NUEVA BIBLIOTECA UNIVERSAL
SECCIÓN JURÍDICA

De la causa de las obligaciones

POR

HENRI CAPITANT

Profesor en la Universidad de Paris.

TRADUCCIÒN Y NOTAS POR

EUGENIO TARRAGATO Y CONTRERAS

Doctor en Derecho. De la Carrera judicial,
y de la de Filosofía y Letras.

GONGORA
CASA EDITORIAL FUNDADA EN 1875
SAN BERNARDO, NÚM. 50.—MADRID

Establecimiento tipográfico de J. Góngora.-San Bernardo, 85. Madrid.Tef. M 5-80

PRÓLOGO

El artículo 1.108 del Código civil, entre las condiciones esenciales para la validez de una convención, exige una causa lícita en la obligación, y el artículo 1.131, añade que una obligación sin causa, o con una causa falsa o ilícita, es nula.

¿En qué consiste la causa? ¿Cuál es su vida desde la perfección del contrato y después, hasta la completa ejecución de las obligaciones que origina? ¿Cuándo puede decirse que una obligación carece de causa o la tiene ilícita o inmoral? No existe unanimidad entre los intérpretes con relación a estas cuestiones, y puede decirse que son materia completamente opinable a pesar de haber transcurrido más de un siglo desde la publicación del Código civil. Ni siquiera hay unanimidad sobre el objeto a definir. Unos se refieren a la causa de la obligación, otros a la causa del contrato. Las definiciones propuestas son dispares y adolecen de falta de concreción. En general, los comentaristas reducen la causa a algo inconsistente, artificial, que se confunde, ya con el objeto, ya con el concierto de voluntades, ya con los móviles que determinan este concierto, según las diversas clases de contratos. Las explicaciones de los tres arts. 1.131, 1.132 y 1.133 que el

Código civil dedica a la causa, están lejos de ser satisfactorias y de contener algo material. Aridas y teóricas producen la impresión de que estos textos no tienen gran interés práctico y podrían ser suprimidos sin inconveniente.

No es de admirar que se haya creado una escuela «anticausalista» que pretende que la causa es una creación artificial de la que es menester desembarazar la técnica jurídica. No se dieron cuenta los redactores del Código al establecer este elemento entre las condiciones necesarias para la validez de una convención. Todo contrato es perfecto y completo—dice esta escuela—, desde que las partes capaces, han cruzado el consentimiento y han convenido acerca del objeto de su trato. Nada real añadiría la causa a estos elementos, que son los únicos necesarios, siendo aquélla una expresión vacía de contenido, o más bien una manera nueva de designar alguna de las condiciones precedentes según los casos.

Teniendo por base una demostración simple, especiosa y convincente, para el que no investiga el fondo de las cosas, cuenta esta escuela con numerosos partidarios, entre ellos, singularmente, a Laurent, Artur, Timbal, Huc, Baudry-Lacantinerie [1] y Barde, Cornil y Planiol [2]. Muy recientemente M. Juan Dabín, Pro-

1 *Nota del Traductor*: Baudry-Lacantinerie y Chéneaux son los autores que mejor ponen de relieve la obscuridad reinante en materia de causalidad; pero en su afán simplificatorio reducen luego la cuestión a distinguir entre el «cur debetur» y el «quid debetur». Puede consultarse la obra *Précis de Droit civil*, II, págs. 53, 54, 55 y 56 (1913).

2 *Nota del Traductor*: En opinión de Planiol, la teoría de la causa, tal como la ha formulado la doctrina francesa, es *falsa* e *inútil*. Puede consultarse la obra *Traité... de Droit civil*, II, págs. 345 a 348 (1912).

tesor de la Universidad de Lieja, presentaba una habilísima defensa de esta teoría en una notable tesis doctoral.

Sin embargo, la mayor parte de los autores creen en la realidad de la causa, al menos en los contratos a título oneroso, y dicen, sin llegar al fondo de la cuestión, que es un elemento esencial para la validez de estos contratos. Es verdad que no sucede lo mismo en actos de liberalidad, y en este particular, la tesis anticausalista tiene casi todo el terreno ganado; tan decisivos parecen sus argumentos. ¿Dónde está, en efecto, la causa de una donación? En el «animus donandi», decimos nosotros. Pero, ¿qué es el «animus donandi» sino la voluntad de dar?, objetan los anticausalistas. No debe llamarse causa al consentimiento del donante. Si se quiere penetrar aún más en la voluntad del dador, no se encuentran más que motivos que le han determinado a gratificar. Ahora bien, los motivos no pueden confundirse con la causa. No hay más que consentimiento y motivos en un acto de liberalidad, se dice. Se presenta tan clara esta demostración, que ha convencido a casi todos los autores.

La doctrina está envuelta en una interminable y estéril controversia sobre la realidad de la causa, cuya exposición forma el objeto principal del desarrollo que los tratados dedican a esta materia. Casi nada se encuentra en los autores que se refiera a la vida de la causa, a su importancia práctica y a las consecuencias de su ausencia o de su desaparición. Se considera a esta materia como una de las más obscuras del Derecho civil; se esquiva el hablar de ella. Esto nos explica la ausencia de una verdadera teoría, bastante pro-

funda y vivificada por la adaptación de esta noción a las diversas relaciones jurídicas originadas por contratos o liberalidades entre vivos y «mortis causa».

Al paso que estas cuestiones permanecían en la sombra entre los autores, un movimiento opuesto atraía hacia ellas la atención de los Tribunales. Viendo las colecciones de la jurisprudencia, se nota en efecto, que un número considerable de decisiones, dadas a propósito de litigios de orden muy distinto, se fundan sobre esta idea de causa.

A ella se atienen los Tribunales cuando juzgan los procesos procedentes de la ejecución de los contratos sinalagmáticos, cuando una de las partes contratantes se constituye en mora, cuando rehusa cumplir sus obligaciones y cuando se halla impedido por un acontecimiento independiente de su voluntad. Estas cuestiones con frecuencia tienen que resolver los Tribunales, y lo hacen inspirándose en la causa o fin que explica y justifica la promesa de cada una de las partes contratantes.

Los artículos 1.131 y 1.133 tienen un lugar muy importante en la Jurisprudencia. Los Magistrados acuden a ellos para anular una convención ilícita, haciendo de estos textos guardianes del orden público y de las buenas costumbres. Debido también a la noción de causa, los Tribunales han podido conciliar la aplicación del art. 900 del Código civil, norma de orden público, con el respeto debido a la voluntad del dador, donante o testador, y reglamentar de una manera razonable, según esta voluntad, la revocación de las liberalidades por incumplimiento de sus cargas.

Puede decirse que la Jurisprudencia ha dado vida

a textos cuya utilidad había sido desconocida por los autores. Ha sabido extraer la savia que se encuentra allí realmente contenida. Nuestros Tribunales han elaborado poco a poco, día tras día, sin el apoyo de la doctrina, y a pesar de sus observaciones y sus críticas, una teoría de la causa que ocupa puesto considerable en el Derecho jurisprudencial de contratos y de liberalidades. Solamente que los elementos de esta teoría se encuentran dispersos en innumerables sentencias; no han podido todavía ser agrupados, clasificados y organizados en cuerpos de doctrina. Nos ha parecido haber llegado el momento oportuno de su sistematización sometiéndolos a una crítica racional, depurándolos por la comparación de países extranjeros. Una de las principales funciones del jurista de hoy debe ser interpretar el derecho de la Jurisprudencia, que los textos legislativos de derecho escrito se ocupan de completar, enriquecer, modificar y cubrir de nuevos ropajes. Verdadero derecho consuetudinario moderno, que vive en estado latente mal conocido, estudiado sólo fragmentariamente, ignorado a veces, hasta tal extremo, que los doctores ni siquiera han recogido, criticado, formulado, clasificado y armonizado sus disposiciones. Por eso nos hemos determinado a publicar este libro. Pero nuestro esfuerzo sería incompleto si se limitara exclusivamente a coordinar y comparar. La Jurisprudencia es tradicionalista como la doctrina; no inventa nada; una cadena sin interrupción liga las más de las veces sus decisiones con otras precedentes históricas. Debido a esto, nos ha parecido necesario buscar a través de la historia el origen, las vicisitudes y las aplicaciones de la idea de causa.

Tarea ardua, porque nadie ha andado todavía este camino. Ordinariamente no se llega más allá de Domat. Domat es el primero que hace una exposición metódica de la causa, y los anticausalistas le dirigen el reproche de haber inventado todos sus elementos, apoyándose en textos romanos y falseando su verdadero sentido. Según ellos, hay que atribuir a Domat la introducción de esta noción parásita en nuestra técnica jurídica. Pero la razón y la experiencia se levantan contra esta afirmación, y para admitirla serían precisas pruebas decisivas que de ningún modo se alegan. Por lo general, la sistematización inventada arbitrariamente por los juristas no alcanza tal fortuna; muere con sus autores o antes que ellos. El mejor mérito para ser aceptada una construcción teórica, lo contrae, si se funda sobre observación justa de hechos o sobre sana apreciación de relaciones jurídicas. Por eminente que sea un jurisconsulto y por mucha fama que tenga, no depende de él introducir en la técnica del Derecho concepciones artificiales reñidas con la realidad de las cosas. Véanse algunos pasajes que Domat ha consagrado al estudio de la causa; habla como de una noción admitida en su tiempo; en ninguna parte se atribuye los laureles del innovador. El estudio de quienes nos han precedido, nos confirma más y más en nuestra presunción. Es evidente, en efecto, que la noción de causa confusamente conocida por los jurisconsultos romanos [1], y a quien se

1 *Nota del Traductor:* El vocablo tuvo varios sentidos que indica Klingmüller: la causalidad perceptible exterior, el fallo lógico que se hace recaer sobre una causalidad (Erkenntnisgrund), el motivo. Puede consultarse: *Der Begriff des Retsgrundes*, págs. 14 a 18 (1901).

concedía en derecho un lugar secundario, se ha concretado y afirmado en el curso de los siglos, a medida que se veía libre de las categorías jurídicas creadas por ellos. Los canonistas han sido los primeros en comprender la importancia que tiene en la manifestación de voluntad y la influencia que ejerce en la suerte de los contratos. Domat no ha creado nada, ni inventado nada. No ha hecho más que construir una teoría con materiales preparados por sus predecesores. Ha interpretado las ideas hasta él fluctuantes. En esto estriba su mérito.

Otras muchas conclusiones se desprenden del estudio de la historia que aclaran y explican la obra de la Jurisprudencia actual. Las indicaremos de paso. Notemos aquí solamente que el sistema de nuestros Tribunales acerca de la causa de las liberalidades tan vivamente criticado por los autores (injustamente, a nuestro parecer), tiene su origen en nuestro antiguo Derecho.

Hay todavía una cuestión que debía necesariamente atraer y retener más nuestra atención; nos referimos a la validez del acto jurídico abstracto [1]. Si toda obligación creada por la voluntad depende fuertemente de su causa y no puede vivir sin ella, seános permitido imaginar que este lazo se rompa, que la obligación se separe de su causa, ya porque las partes lo quieran, ya porque las necesidades del comercio jurídi-

1 *Nota del Traductor:* Cuando habla nuestro inolvidable y querido maestro Mr. Capitant del «acto jurídico abstracto», se refiere a un concepto que la ciencia utiliza para sistematizar la materia de derecho, y como tal puede extenderse a relaciones de Derecho público. Pueden consultarse las obras: Fadda, *Teoria del negozio giuridico*, págs. 209 y s. (1909), y Windscheid, *Pandekten*, I, pág. 310, n. 1 y pág. 311 n. 1 a. (1906).

co lo exijan. ¿Es posible esta separación? ¿Está permitida? La doctrina francesa se pronuncia por la negativa. Muy raros son los autores que admiten la validez de una relación jurídica de tal género, y más raras todavía las monografías dedicadas a este objeto. Hemos creído necesario examinarlo de cerca, y su examen nos ha conducido a admitir la validez de los actos abstractos, a investigar cuándo y bajo qué condiciones pueden nacer, y qué efectos producen.

Tales son los principales puntos de vista donde nos hemos colocado para componer este libro.

Comenzado durante la guerra, interrumpido muchas veces, y vuelto a emprender otras tantas, no se nos ocultan sus defectos. ¿Podrá servirnos de excusa la dificultad de la materia? Según nuestra manera de pensar, tiene alguna utilidad, porque destruye, salva mejor opinión, la tesis anticausalista, y fundamenta el concepto de causa sobre base incontrovertible.

Para terminar, hemos limitado nuestro estudio a las cuestiones relativas a la causa de las obligaciones contractuales o unilaterales y a las donaciones entre vivos o *mortis causa*.

La causa tiene un campo más vasto. La entrega voluntaria de una cosa que una persona hace a otra, tiene su entronque siempre y necesariamente en una causa. Así como nadie se obliga sin causa, así tampoco se hace entrega de una cosa sin causa; o si se quiere, la entrega se verifica siempre con vista a un fin determinado, que puede ser bien cumplir una obligación preexistente, *animo solvendi*, bien pasar a ser acreedor, *animo credendi*, bien hacer una liberalidad, *animo donandi*.

Pero la tradición de la cosa no tiene en nuestro derecho actual la misma importancia que en Roma y en ciertas legislaciones modernas. Según nuestro Derecho, no transmite ella la propiedad, cuando se trata de cosas ciertas. Se nos presenta, en su principal función, cual es la de ejecutar una obligación preexistente, *animo solvendi*, como un simple acto de ejecución que no transfiere al *accipiens* ningún derecho sobre la cosa. No se diga, sin embargo, que tratándose de cosas muebles, corporales y de títulos al portador, no añade nada al derecho de quien obtiene la posesión. Antes al contrario, crea en favor suyo un título nuevo, independiente del que ha recibido del *tradens* es decir, un título abstracto. Hemos insistido sobre este punto en nuestro capítulo quinto (núm. 195).

También es verdad que con relación a las cosas genéricas, que constituyen el objeto de la mayor parte de las transacciones comerciales, la tradición efectúa la transferencia de la propiedad, a falta de individualización de aquéllas; pero los problemas que por la causa surgen en esta materia, distan mucho de tener la misma importancia que los que nacen de la causa de las obligaciones. Fundamentalmente, todo se reduce a saber si la tradición de la cosa tiene o no tiene causa, y si no existe causa, a determinar cuáles son los derechos del «tradens» frente a los del «accipiens». Ahora bien, la cuestión surge ordinariamente con ocasión de la ejecución de los contratos, y la hemos examinado en el curso de esta obra, singularmente al tratar de los contratos sinalagmáticos (núms. 115 y sigs.). No hemos creído conveniente abordar la materia especial del pago de lo indebido, harto explo-

rada ya, y que nos habría llevado a inútiles repeticiones.

Hemos prescindido, igualmente, de penetrar en el dominio, afín al precedente, de la acción de «in rem verso», que sanciona el enriquecimiento sin causa. Al hablar de *enriquecimiento sin causa* se da a esta palabra un sentido bastante más amplio que el que nosotros entendemos aquí [1]. La causa no es el fin previsto; es todo acto, toda acción jurídica que tiene lugar, no sólo entre el empobrecido y el enriquecido, sino también entre el enriquecido y un tercero, que legitima el acrecentamiento del patrimonio y dificulta, por consiguiente, la reclamación del empobrecido.

Así, por ejemplo, la Jurisprudencia admite que el donatario que ha recibido de un comprador objetos que éste no ha pagado, no se enriquece sin causa con detrimento del vendedor, porque justifica su enriquecimiento con el título de donatario. Ninguna relación jurídica ha mediado en este caso entre el enriquecido y el empobrecido, ninguna promesa. No puede, pues, hablarse de causa en el sentido técnico de la palabra.

En resumen, nos hemos limitado a las obligaciones nacidas del contrato o de la manifestación de voluntad unilateral, porque en nuestro derecho francés moderno se contiene el terreno propio de la causa en el límite de estas materias. Toda obligación voluntariamente contraída por una persona o impuesta por el testador a su heredero, debe tener una causa. ¿Qué suce-

1 *Nota del Traductor:* La nueva teoría del enriquecimiento sin causa está adquiriendo interesantísimo valor. Puede consultarse la obra de Demetre D. Gerota, titulada *Ungerechtfertigte-Berechaung*, con un prefacio de nuestro ilustre maestro M. René Demague (París, Edouard Duchemin, 1925).

derá cuando falta esta causa, cuando es ilícita o inmoral, cuando desaparece después de haber nacido la obligación? Tales son las cuestiones esenciales que se plantean y que hemos examinado en sus diferentes aspectos.

Agosto 1922.

CAPÍTULO PRIMERO

Nociones preliminares.

SECCCIÓN PRIMERA

Idea del fin o de la causa.

1. Importancia del fin en la manifestación de la voluntad de quien se obliga.—2. Sinonimia de las palabras fin y causa en la lengua jurídica.—3. Distinción entre causa y motivo.—4. Influencia de la causa en el nacimiento y existencia de la obligación.—5. Distinción de los contratos que llevan la causa en sí mismos, y de las obligaciones que pueden ir separadas de su causa.

§ 1.—*De la importancia del fin en la manifestación de la voluntad de quien se obliga.*

1. Todo el que consiente en obligarse hacia otro, lo hace por la consideración de un fin que se propone alcanzar por medio de esta obligación. La obligación de quien contrae está siempre y necesariamente dominada por el deseo de alcanzar un fin que él ha previsto. Obligarse sin tendencia a un fin es acto propio de locos [1]. Este fin varía según la naturaleza de la obligación, y, especialmente, del contrato que origina la

1 «Para que la voluntad obre, es preciso - dice Ihering—una razón suficiente, una causa, esto es, una ley universal. Pero en la naturaleza inanimada, esta causa es de esencia mecánica (causa eficiens); de naturaleza psicológica cuando se trata de la voluntad; esta obra por un fin (causa finalis). La piedra no cae por caer, sino porque debe caer, porque se la ha quitado su punto de apoyo. El hombre que obra no obra *por qué* sino *a fin de qué*, para alcanzar tal o cual fin. Este *a fin de qué* rige tan indefectiblemente la acción de la voluntad como el *por qué* determina el movimiento de la piedra que cae. Un acto de la voluntad sin causa final, es un imposible tan absoluto como el movimiento de la piedra sin causa eficiente.» *Zrreck im Recht.* «La Evolución del Derecho», (traduc. Menlenaere, pág. 2.)

obligación. Y atendiendo precisamente a la distinción de los diversos fines que se proponen los contratantes, se ha establecido una clasificación general de los contratos de Derecho patrimonial, y se les ha dividido en tres grandes grupos: *contratos a título oneroso*, en los cuales cada una de las partes contratantes atiende a su propio interés, es decir, al deseo de adquirir alguna cosa en cambio de la que entrega: *las liberalidades*, donaciones entre vivos, instituciones contractuales, legados que empobrecen al dador, haciendo pasar el valor de su patrimonio al de quien es gratificado sin adquirir nada en cambio; finalmente, los *contratos desinteresados*, que se caracterizan porque una de las partes contratantes, por ejemplo, el que presta una cosa en uso, el prestamista de dinero sin interés, el depositario, el mandatario no retribuído, el fiador, cuando se obliga únicamente en interés del deudor principal, quiere prestar a la otra un servicio de orden económico o pecuniario no retribuído, pero que no lleva consigo la disminución de su propio patrimonio.

El más importante de estos tres grupos, es sin duda el primero, porque la satisfacción de un interés personal, incita habitualmente al hombre a entrar en relaciones con otro. En tanto consiente obligarse un individuo en cuanto espera obtener su provecho, que compensará la carga de su obligación [1].

Así que la mayor parte de los contratos son sinalagmáticos, es decir, que cada uno de los contratantes se obliga hacia el otro, y lo hace en vista de la prestación que le promete en cambio de la suya. En la venta, el vendedor consiente en desajenarse de su cosa, porque quiere recibir el precio que el comprador promete pagarle, y el comprador se obliga a dar el precio, porque quiere adquirir la propiedad pacífica y útil de la cosa vendida. En el alquiler de inmuebles, el arrendador lo hace en vista de la percepción de alquiler que le promete el arrendatario, y este último se aviene al pago por obtener el

1 *Nota del Traductor:* Está siendo discutidísima la división que hace Lenel de los fines, como «determinantes de la naturaleza económica de la prestación misma», unos comprendidos en la denominación de fin de donación *(Schenkungszweck)*, otros en la categoría de fin de economía. Puede consultarse el trabajo de Windscheid: *Die Voraussetzung* (en Archiv., cit. 78, págs. 170 y 171).

goce de la cosa arrendada. Lo mismo sucede en el contrato de trabajo; el patrón quiere tener a su disposición el trabajo del obrero, del empleado, para la explotación de su empresa, y éstos, por su parte, se obligan porque cuentan con el salario que el dueño les ha prometido.

No sucede de otra manera en los contratos unilaterales, como el préstamo a interés. El prestamista entrega el dinero al prestatario porque quiere hacer producir una renta a este dinero y apropiarse los intereses que el prestatario se obliga a entregarle periódicamente durante la duración del préstamo, y el prestatario, por su parte, se obliga a pagar los intereses según han convenido, y a reembolsar el capital al tiempo prefijado, porque tiene necesidad del capital que el prestamista le entrega.

Así, pues, de un modo general, en los contratos a título oneroso, cada parte se obliga en vista de la prestación que debe hacerle la otra, o de la abstención a que una de ellas se obliga En resumen, toda persona que se obliga voluntariamente, persigue un fin de orden económico pecuniario, y se obliga para llegar a conseguirlo [1].

2. El fin constituye parte integrante de la manifestación de voluntad creadora de la obligación. Puede decirse que es un elemento esencial suyo. En efecto, el deudor no consentiría ciertamente obligarse en empresa si el resultado que se propone no lo obtuviera. El acto de voluntad se compone de dos elementos: primero, del consentimiento, que es el hecho de prometer, de obligarse, y después de la consideración del fin que se propone alcanzar, por medio de esta promesa. *La obligación no es más que un medio para alcanzar un fin.* No pueden separarse estas dos cosas. Aislarlas, no tener cuenta más que de la primera, sin fijarse en el fin que la explica, sería amputar arbitrariamente el acto volitivo, deformarlo y desconocer la intención de su autor.

1 Algunos autores se sirven de la expresión de *fin jurídico*, pero es menos exacta que la de *fin económico* o *pecuniario*, o, mejor todavía, *patrimonial*. Así no se puede decir del depositario que se obliga para prestar un servicio al depositante, que se propone un fin jurídico. Lo mismo acontece con el individuo que promete una recompensa por un objeto extraviado.

«El fin—dice Bufnoir, *Propiedad y contrato*, página 529—, es como un elemento subjetivo que completa la voluntad de quien se obliga. Obligarse es una parte de la voluntad, es la voluntad tomada en relación con su decisión final y no con la unidad de su fin y la complejidad de sus elementos.

En realidad se obliga uno para alcanzar resultado determinado, resultado que espera del contrato, o se obliga, porque tal resultado se encuentra ya realizado. En este sentido, la voluntad se toma en su unidad psicológica.» En estas líneas se encuentra toda la profundidad del pensamiento del maestro.

La misma idea se expone con una perfecta precisión en la importante tesis doctoral de Schlossmann («Zur Lehre von der causa obligatorischer Vertrage. Breslan, 1886, pág. 39): «El fin—dice—, no es por su naturaleza algo distinto de la voluntad expresada en un acto jurídico, sino su elemento constitutivo, y desde el punto de vista de quien quiere, el elemento esencial de su voluntad. Yo doy, o me obligo por alcanzar el fin que me propongo; no daría ni me obligaría si no esperara llegar a conseguir mi fin. La tradición, la obligación que yo asu-

1 M. Bartín, en su *Teoría de las condiciones imposibles* (París, 1887, pág. 366), considera también la causa del acto a título oneroso, como una fracción ideal de la voluntad concreta de la persona que se obliga. Esta voluntad se desdobla en voluntad de obligarse (es el consentimiento en sentido jurídico de la palabra), y voluntad de adquirir (es la causa). V. igualmente Colmet de Santerre (t. 5.º, n. 47 bis, II, y 361 bis, III): «El artículo 1.131—dice éste en su último número—, consigna solamente una regla de buen sentido (se refiere a la teoría del consentimiento), y declara que no es posible atribuir efecto jurídico a voluntad viciada en un principio inspirador... La existencia de la causa es uno de los elementos necesarios del consentimiento». Pero aquí la expresión empleada adolece de poquísima exactitud. La causa no es, hablando con propiedad, un elemento del consentimiento. A los redactores del Código les ha parecido más justo distinguir una del otro. Estas dos operaciones psicológicas constituyen por su reunión el acto de volición o la manifestación de voluntad creadora de la obligación.

Consúltense también los tres interesantes trabajos que M. Duguit ha consagrado al *objeto* y al *fin* en el contrato. (*Tratado de Derecho constitucional* (2.ª edic., 1921, t. I, § 34). V. también Jeze, *Teoría general sobre los motivos determinantes de los actos jurídicos en Derecho público.* (*Revista de Derecho público*) 1922, pág. 377.

mo, carecen por sí mismas de interés para mí; no me interesan sino por el resultado apetecido; no constituyen un fin para mí, sino un medio para alcanzar el fin. El medio está subordinado al fin. Fin y medio, los dos son deseados por mí, pero el último solamente porque conduce a la realización del primero; cuando no conduce no le quiero.»

§ 2.—*Sinonimia de las palabras «fin y causa» en lenguaje jurídico.*

3. En terminología jurídica al fin se le llama causa de la obligación [1], expresión censurable, como justamente se ha hecho notar, porque no es lógico designar con el nombre de causa el fin perseguido.

La palabra causa [2] hace pensar, en efecto, en algo anterior al acto cumplido, en algo de lo cual es consecuencia este acto [3], y la palabra fin hace relación a algo futuro, o, a lo más, presente, porque puede suceder que se alcance en el momento mismo de la conclusión del acto, pero nunca se refiere al pasado. Sería preferible para la claridad de las ideas, sustituir la expresión de fin por la de causa.4. Sin embargo, es preciso aceptar esta última, que está consagrada por el uso.

Se explica fácilmente por qué ha sido adoptada. Puede decirse, en efecto, que la consideración del fin determina al deudor a obligarse, que es, por consiguiente, la causa de su con-

1 Los jurisconsultos alemanes emplean la palabra «Grund o Rechtsgrund». V. especialmente, Windscheid, Lehrbuch. des Pandeccktenrechts, t. II, § 318.

2 *Nota del Traductor:* Dice Lemonaco en su obra *Nozioni di Diritto civile* (pág. 611, 3.ª ed.) que la voz traducida por causa en la filología contemporánea, tiene más de 64 significados distintos, según hace notar cierto filósofo inglés, refiriéndose a los escritos de Platón y Aristóteles.

3 Cicerón de Fato 15. 34 Causa ea est, quae id efficit, cujus est causa, ut vulnus mortis, cruditas morbi, ignis ardoris: itaque nom sic causa intelligi debet ut quod cuique antecedat, id ei causa sit, sed quod cuique efficienter antecedat...

4 La expresión de causa final que se emplea algunas veces, es todavía más imperfecta, porque encierra dos cosas opuestas: el pasado y el futuro.

sentimiento [1]. Por otra parte, en doctrina francesa, tomada del Derecho romano, hay ciertos contratos llamados reales: el préstamo, la prenda [2], que no nacen hasta la entrega del objeto prestado o constituído en prenda. En estos contratos, la obligación de restituir que asumen el prestatario y pignoratario, se deriva de una prestación necesaria para la perfección del contrato, mientras que el fin perseguido por el deudor, se consigue en el momento mismo de obligarse [3].

1 «La causa se enlaza con el pasado; el fin con el futuro. Si inquirimos la razón de sus manifestaciones, el mundo físico nos dirá que busca sus explicaciones en el pasado; la voluntad nos remitirá al porvenir. *Quia* responde el uno: *ut* contesta la otra. No quiere esto decir que la causa final intervenga en el orden de la creación, después del cual la causa determinante debe preceder en el tiempo al efecto determinado.

Aquí pasa lo mismo; la razón determinante pertenece al presente; la causa determinante precede en el tiempo al efecto determinado. En este impulso determinador se halla el concepto inmanente (*el fin*) del agente, y lo que le lleva a obrar, pero el objeto de este concepto es el futuro, lo que el agente quiere conseguir. En este sentido puede afirmarse que el futuro contiene el motivo práctico de la voluntad.» Ihering, op. cit., pág. 3.

2 No hablamos del depósito, porque el depositario se obliga a restituir, no porque recibe la cosa depositada, sino porque debe prestar un servicio al que constituye el depósito. A diferencia del préstamo y de la prenda, el contrato de depósito no puede concebirse sin que haya cosa depositada, es decir, sin que una cosa se confíe a la custodia de una persona. Volveremos después sobre este punto y expondremos lo que debe entenderse por contrato real según esta concepción.

3 En las donaciones entre vivos, siendo el fin perseguido por el donante enriquecer al donatario sin recibir nada en cambio de él, se consigue aquél en el momento mismo del contrato. Finalmente, cuando se trata de contratos puramente unilaterales, unas veces el fin perseguido será objeto de futura convención (por ejemplo, en la promesa de venta); otras veces consistirá en ejecutar, consolidar o transformar una obligación preexistente. Este caso se presenta especialmente cuando una persona se obliga civilmente con otra, porque está obligada de antemano con ella por una obligación natural. La palabra causa adquiere entonces su verdadero sentido, y puede decirse que la obligación anterior es la causa de la nueva. Pero aun así se realiza la causa cuando la obligación es aceptada.

§ 3.—*Distinción entre causa y motivo.*

4. Las explicaciones precedentes permiten distinguir fácilmente el concepto de *causa o fin* del *motivo o móvil determinante*, que decide al deudor a obligarse [1].

El motivo es la razón contingente subjetiva, y, por lo mismo variable de individuo a individuo, que determina a una persona hacer un contrato [2]. Así, uno vende determinada cosa porque tiene necesidad de dinero para pagar deudas o porque abandona el lugar donde está situada esta cosa, o porque quiere adquirir otra más remuneradora, etc. De la misma manera, el comprador se determina por consideraciones harto distintas, según los casos. El que toma a préstamo, lo hace bien por pagar una deuda, bien por especular, bien por edificar, bien por cualquiera otra razón.

El motivo ejerce una influencia decisiva sobre la voluntad del que contrata. Es lo que le determina a obligarse. Existe una relación indiscutible de causa a efecto entre el motivo y la obligación. Y por eso el error sobre el motivo no anula la obligación. El derecho no lo tiene en cuenta; aunque el consentimiento no corresponda a la voluntad efectiva del contratante, admite sin embargo la validez de la obligación. ¿Cómo se explica esto?

La razón consiste en que el contrato es esencialmente un acuerdo de voluntades; el acuerdo de voluntades es quien fija límites a su contenido. Todo lo que han convenido los interesados, es decir, todo aquello en que se han puesto de acuerdo, viene a ser un elemento constitutivo del contrato. Por el contrario, aquello que no han conocido ni deseado las partes contratantes, queda fuera del campo contractual, y, por

1 Los juristas alemanes emplean la palabra de «Beweggrund» para designar el *motivo*, y lo oponen a «Rechtsgrund», que es la *causa* del acto jurídico.

2 *Nota del Traductor:* Hace notas Lemonaco que con respecto a disposiciones testamentarias no hay distinción entre *causa* y *motivo*. Puede consultarse la obra de Pacifici-Mazzoni: *Instituzioni di diritto civile ital.* (VI, Parte speciale, págs. 165 y 166) (1914).

consiguiente, no puede ejercer ninguna influencia sobre la validez de las obligaciones. Ahora bien, el motivo psicológico que determina a cada uno a obligarse, no forma parte del acuerdo de voluntades.

Efectivamente; en tanto que el acreedor conoce siempre, o casi siempre [1] la causa de la obligación de su deudor, porque en principio esta causa se desprende de la naturaleza misma del contrato hecho, ignora las más de las veces por qué este último se ha obligado, pues tal motivo le es indiferente al acreedor, y el deudor tiene interés con frecuencia de no revelarlo por temor de que su conocimiento influya en las condiciones del contrato. El motivo, a diferencia del fin, no forma parte del acto volitivo del deudor. No tiene nada de jurídico; precede al acuerdo de voluntades. Poco importa que sea verdadero o falso, lícito o ilícito; el deudor no queda por eso menos válidamente obligado. Poco importa también que el acreedor lo haya conocido o no; no basta para que por el contrato resulte obligado.

Otra cosa sería si las partes le hubieran concedido la importancia de un elemento, es decir, si hubiera sido para las dos partes la causa eficiente del acuerdo.

Nos servirá un ejemplo para fundar esta distinción. Supongamos que una persona compra un inmueble para instalar en él cierta casa de juego, pero oculta su intención al vendedor. No hay duda que la venta sería válida, y que el comprador, si la policía cierra la casa, no podrá anular el contrato. Mas, por el contrario, la venta estará viciada de nulidad, si se trata de un inmueble que servía para la explotación de juego, o si las dos partes se han puesto de acuerdo en que la venta se hiciera para organizar esta explotación. Más tarde veremos el interés de distinción semejante.

Como se ve, es necesario no confundir la causa con el motivo determinante. El motivo es un factor psicológico que no está comprendido en el acto de voluntad que crea la obligación, y

1 Decimos *casi siempre,* porque se dan casos excepcionales, en que la causa de la obligación del deudor es exterior al contrato por el cual éste se obliga con el acreedor. V. infra, n. 9.

por eso no es un elemento constitutivo del convenio de voluntades, al paso que la causa es parte integrante de este acto de voluntad, y, por consecuencia, del contrato [1].

No es posible confundir el uno con el otro, y hay que guardarse de decir, como lo hacen ordinariamente los autores, que la causa es el móvil inmediato, directo (causa próxima), y el motivo la causa secundaria, lejana (causa remota), que mueve a obrar. Con estas excepciones se hace fácil la confusión, y se desconoce la diferencia esencial que existe entre la causa, o fin previsto por el obligado, y el motivo o móvil psicológico que le decide a concertar el convenio [2].

5. De las observaciones que preceden se deduce que la causa se encuentra en toda obligación voluntaria, es decir, en toda obligación originada por la voluntad del deudor. Existe no solamente en las obligaciones contractuales, sino también en las obligaciones que tienen su origen en acuerdo unilateral y en los legados. En efecto, el testador y el donante aspiran a un fin determinado; el de aquél varía según se trate de un legado puro y simple o con alguna carga; éste desea remunerar a una persona, crear una obra científica, literaria, caritativa, artística, etc. Del mismo modo en la promesa de recompensa, que es un con-

1 Puede añadirse que el motivo hace relación ordinariamente al pasado, determina la manifestación de voluntad, mientras que el fin no se alcanza sino en lo futuro, o, por lo menos, lo más pronto, al momento mismo de contratar. Así, pues, no es una verdad inconcusa que el motivo sea un hecho anterior. En el ejemplo indicado en el texto (adquisición de una casa para instalar juegos de azar), el motivo se aproxima sensiblemente al fin; hasta puede decirse que es un fin secundario. Pero queda fuera del contrato, a no ser que las partes expresamente se refieran a él.

2 Puede suceder que el deudor haya tenido en consideración dos fines unidos mutuamente, y que por tanto la causa de su obligación sea doble. Por ejemplo, yo vendo un inmueble a una persona a precio determinado para cumplir una prescripción testamentaria; yo pago la deuda del deudor para remunerarle; vendo mi inmueble a una persona a quien tenía hecha promesa de venta. En todos estos casos persigo un doble fin: de una parte, ejecutar la obligación que me ha impuesto el testador y obtener el precio; de otra, extinguir la deuda y hacer una donación, pagar mi promesa de venta y cobrar el precio. Cada uno de estos resultados previstos por mí constituye una causa y no un simple motivo. V. infra, número 21.

trato unilateral, el promitente quiere obtener la prestación que solicita para hacer efectiva la suma prometida. Así también, el comprador de un inmueble hipotecado, que promete pagar su precio a los acreedores inscritos, quiere purgar al inmueble de las hipotecas que le gravan. Es un error pretender, como frecuentemente se hace, que solamente existe causa en las obligaciones contractuales.

Igualmente es un error hablar como lo hacen ciertos autores de la causa del contrato. Hay una evidente equivocación. La causa de un contrato, por sí sola no significa nada. No puede hablarse sino de la causa de las obligaciones asumidas por los contratantes. En un contrato unilateral es menester inquirir el fin que busca quien se obliga, y en un contrato sinalagmático, el fin que pretende cada parte contratante. Los redactores del Código no han cometido la confusión señalada. El art. 1.108, que enuncia las condiciones esenciales para la validez de una convención, cita el consentimiento de quien se obliga, su capacidad para contraer obligaciones, objeto lícito que constituye la materia del contrato, y, finalmente, la *causa lícita de la obligación*. El art. 1.131, el primero y más importante de los tres artículos que componen la sección cuarta, consagrada a esta misma condición, repite a su vez: «La obligación sin causa o con causa falsa o ilícita no puede tener ningún efecto». Aquí se trata de la obligación y no del contrato [1].

Debe notarse que es bien exacto el análisis de los elementos constitutivos del contrato que nos presenta el art. 1.108. Este artículo cuida bien de distinguirnos la causa del consentimiento. El consentimiento, en efecto, es simplemente el acuerdo de voluntades, considerado de una manera abstracta; es decir, separado de la intención de quien se obliga. El consentimiento para uno de los contratantes es el hecho de obligarse, para otro el de aceptar esta obligación; en los contratos sinalagmáticos es la obligación recíproca que contraen mutuamen-

1 Podría objetarse, es verdad, que el art. 1.132 habla de la causa del contrato. «El contrato es válido—dice—aunque no se haya expresado la causa». Pero nosotros explicaremos después este texto, que se refiere exclusivamente a las promesas de pagos o contratos unilaterales.

te los contratantes. Pero como hemos demostrado, el consentimiento es una parte del acto de la voluntad, constitutivo de la obligación, porque quien contrata no se obliga por otra cosa que por alcanzar su fin; su obligación tiene necesariamente una causa. Y en la manifestación de voluntad, la causa es el factor principal, esencial. El deudor no consentiría en obligarse si no esperara obtener el fin que se propone. El consentimiento, pues, está subordinado a la causa, como el medio al fin; fin y medio son queridos por mí, se ha hecho notar justamente, pero el último lo es en tanto que me conduce al primero; si no fuera por esto no le querría [1].

§ 4.—*Influencia de la causa en el origen y existencia de la obligación.*

6. El consentimiento y la causa pertenecen al mismo orden psicológico; pero la causa establece relación entre la voluntad y un hecho exterior, extraño a ella, que el deudor tiene en perspectiva, y por eso no es puramente subjetiva; participa de un carácter objetivo. Desde luego, la perfección de la obligación depende íntimamente de la existencia, posibilidad y naturaleza del fin previsto. Además, la vida de la obligación, una vez nacida, queda subordinada a la realización del fin perseguido, porque si este fin no llega a realizarse, tampoco es admisible que la obligación mantenga su fuerza obligatoria.

Expondremos primero la importancia de la causa cuando se perfecciona el contrato, y después la de cuando se ejecuta.

Pongámonos al margen de la perfección del contrato. La influencia de la causa sobre el origen de la obligación trae consigo dos consecuencias:

Primera. Forma parte integrante de la manifestación de voluntad creadora de la obligación. El acreedor de una obligación voluntaria, debe probar no solamente el contrato, sino también que este contrato tiene causa y causa lícita. Así el acreedor no puede contentarse con decir que se le debe tal

1 Schlossmann, op. cit, pág. 39.

suma; debe probar la causa del crédito; por ejemplo, un préstamo de dinero, una venta, una locación de inmuebles, una intención de liberalidad, una obligación natural que el deudor ha querido transformar en obligación civil, etc.

Segunda. Una obligación no es válida sino cuando el fin previsto es susceptible de ser alcanzado y lícito; es decir, no prohibido por la ley ni contrario al orden público, ni a las buenas costumbres.

Acontece a veces que el fin a que tiende la obligación no puede ser alcanzado. Así cuando un comprador compra de buena fe una cosa de la que no es propietario el vendedor; o cuando una persona se obliga a reembolsar una suma de dinero que dice haber tomado a préstamo sin que el préstamo haya tenido lugar; o cuando un heredero, creyéndose parte en un testamento revocado sin su conocimiento, promete dar al pretendido legatario un objeto determinado en pago.

Del mismo modo el fin puede ser ilícito, contrario al orden público o a las buenas costumbres. Casos de esto: el cesionario de un servicio oficial que promete pagar al cedente un suplemento del precio oficialmente declarado por el Gobierno; el industrial que se obliga a pagar a un funcionario una comisión, a fin de obtener por su mediación el suministro de cosas para la administración; el individuo que adquiere una casa de tolerancia.

En todos estos casos la obligación aparece viciada en demasía. Como dice el art. 1.131 del Código civil: «la obligación ilícita no puede surtir ningún efecto [1].

7. La idea de causa no interviene solamente en el momento de concertarse las voluntades. Su influencia se deja sentir hasta cuando el contrato ha sido puesto en completa ejecución. La obligación, en efecto, no tiene vida sino mientras está sus-

1 «La equidad no puede reconocer como obligatoria una convención en que no hay consentimiento si la parte que se obliga no ha consentido, si es incapaz de contratar, si no hay objeto cierto que constituya la materia del contrato, si este contrato no tiene causa o si esta causa no es lícita». Bigot Preamenen, *Presentación al Cuerpo legislativo del título de los contratos*, Fenet, XIII, pág. 222.

tentada por su causa. Por eso la causa se distingue de las otras dos condiciones que deben reunirse en el deudor para la validez del contrato: consentimiento y capacidad. Basta, en efecto, que el consentimiento y la capacidad existan al tiempo de la perfección del contrato. Poco importa que desaparezcan los dos fines. Si el deudor, por ejemplo, es atacado de locura o le sobreviene alguna incapacidad, no impide que la obligación contraída anteriormente permanezca válida.

Hay algo más en la causa. Para que cierta relación obligatoria, una vez nacida, siga obligando al deudor, es necesario que se realice el resultado querido por él. De otra suerte, el lazo obligatorio no puede subsistir; debe ser roto.

Dos nuevas consecuencias se desprenden de aquí, que conviene añadir a las precedentes.

Tercera. En un contrato sinalagmático, cuando una parte reclama el cumplimiento de la prestación que le ha sido prometida, debe probar que este cumplimiento no conduce a un resultado distinto al que pretendió la otra parte. [1]. Así, pues, debe probar, o que su adversario ha conseguido ya el fin que quería, porque él mismo ha cumplido su obligación, o que le va a conseguir, porque está dispuesto a cumplirla. Por consiguiente el vendedor, por ejemplo, no puede reclamar del comprador el pago del precio, a no ser que haya entregado o prometa entregar al mismo tiempo la cosa vendida. Recíprocamente el art. 1.612 del Código civil autoriza al vendedor para no entregar

1 Schlossmann, obra cit. pág. 119: «El que pretende obrar en virtud de un contrato obligatorio debe probar que específicamente la ejecución significa el cumplimiento íntegro de la voluntad de obligarse; y así pasa en los casos siguientes: *a*) si la causa se ha realizado; *b*) en un contrato sinalagmático, si el acreedor está dispuesto a ejecutarlo parte por parte; *c*) si la causa debe por naturaleza realizarse necesariamente en virtud de la ejecución de la promesa como en las donaciones; *d*) si la realización de la causa debe tener lugar algún tiempo después de la ejecución de la promesa, por virtud de la naturaleza especial de la causa (como en el préstamo, comodato, etcétera), o debe acaecer después de una cláusula fijada a este efecto (por ejemplo, si la contraprestación es a término), o después de una disposición legal que fija el momento de la realización de la causa (como por ejemplo, en el arrendamiento)».

la cosa al comprador si éste no paga el precio y si no le ha sido concedida prórroga para el pago. En otros términos, en los contratos sinalagmáticos las obligaciones recíprocas contraídas por las partes deben ser ejecutadas simultáneamente, o, como dicen los alemanes, parte por parte. El contratante que no ha recibido todavía la prestación que le ha sido prometida, puede oponer a la reclamación de su adversario un medio de defensa que se llama *exceptio non adimpleti contractus*.

Cuarta. Finalmente si por consecuencia de un acontecimiento posterior al origen de la obligación (caso fortuíto o fuerza mayor, falta de cumplimiento por la otra parte), el fin querido por el deudor no puede tener cumplimiento, cesa su obligación de la que queda liberado. La obligación, en efecto, desaparece necesariamente con su causa. No puede admitirse que una promesa conserve su fuerza obligatoria cuando no lleva al fin apetecido. El medio vale mientras conduce a la consecución del fin, cuando no, no debe producir efectividad mayor [1].

Esta comprobación es de grande importancia en los contratos sinalagmáticos, porque en estos contratos, como hemos dicho, el contratante se obliga a fin de obtener la prestación que en cambio le ha sido prometida. Si la fuerza mayor o la mala voluntad de la otra parte se oponen a la ejecución de esta prestación, su obligación cesa de tener causa, y por lo mismo se ve liberado con pleno derecho o puede pedir la rescisión del contrato y la restitución de lo que él dió. «Así, cuando la fuerza mayor impide a quien debe entregar una herencia verificar la entrega prometida, el comprador queda libre de pagar el precio. Así también en un contrato *sucesivo*, el alquiler de inmuebles, por ejemplo, si perece la cosa arrendada

1 «Si yo ejecuto la prestación porque espero alcanzar el fin que pretendo, y no me conduce a este fin, surge entonces una oposición entre el efecto y mi voluntad. Si, por ejemplo, he dado a alguien una suma de dinero para determinarle a hacerme en cambio otra prestación, y ésta no tiene lugar, el resultado de mi acto me dispensa de lo que yo temía; es contrario a lo que yo he querido. Tal contradicción entre el resultado y la voluntad reclama una confirmación. La equidad exige que la verdadera voluntad de las partes sea respetada y que no se atienda a lo que no han querido aquéllas». (Schlosmann, ob. cit., pág. 39.)

durante el arrendamiento, el arrendatario queda libre también de la obligación de pagar el arrendamiento (art. 1.722 y 1.741 del Código civil), y recíprocamente si el arrendatario no paga el alquiler prometido, tiene derecho el arrendador a desahuciarle (art. 1.741 del Código civil). Y, finalmente, no pagando el precio el comprador, el vendedor puede pedir la rescisión de la venta (arts. 1.654 del Código civil); y por su parte el comprador, vencido en juicio por un tercero, tiene derecho a negar el pago o pedir el reembolso (art. 1.630 del Código civil).

Resumiendo, la obligación es inseparable de su causa, no solamente cuando nace, sino también mientras dura. La causa es el apoyo necesario e indispensable que sustenta la obligación.

§ 5.—*Distinción entre aquellos contratos, que tienen la causa en sí mismos, y los que pueden ser separados de ella.*

8. No tiene la misma fuerza en todos los actos jurídicos el lazo de unión de la obligación con su causa. Es menester hacer una distinción entre las diversas clases de contrato.

En la mayor parte de los contratos [1] es invariable e indestructible el lazo que une a la obligación con la causa; es invariable ante el fin perseguido por cada contratante; es siempre el mismo, sea cual fuere la personalidad de las partes. En una venta, por ejemplo, el vendedor pretende siempre el pago del precio; el comprador en cambio adquiere la propiedad y posesión pacífica y útil de la cosa. En el préstamo, el prestatario, cualquiera que sea, contrae la obligación de reembolsar, porque el prestamista le ha entregado la suma de dinero. La causa de las obligaciones es, pues, siempre la misma para todos estos contratos. Se presenta al hacer el examen superficial del contrato. Puede decirse que estas convenciones tienen la causa en sí mismas y la manifiestan evidentemente.

Por otra parte, tal lazo es indestructible. Entendemos por

1 Este es el caso de todos los contratos sinalagmáticos; de los contratos llamados reales y de algunos contratos unilaterales, como el depósito, la promesa de venta y la promesa de compra, etc.

esto que la obligación no puede nacer si no tiene causa real, lícita y no puede vivir si desapareciese esta causa.

Pero ocurre en algunos contratos unilaterales, que la unión entre los dos elementos es menos íntima. Los contratantes pueden separar dichos elementos y convenir que el deudor se comprometa pura y simplemente sin más; es decir, sin que se averigue la causa de esa promesa. Pueden tener interés en dejar oculta la causa verdadera de la obligación, para dar al acreedor derecho de obrar en justicia, sin ser obligado a establecer la existencia y naturaleza de la causa, y para evitar toda controversia posible relativa a esta materia.

Por eso, en el escrito donde conste el acuerdo de voluntades, se dirá simplemente que el deudor se obliga a pagar una suma determinada: «Yo pagaré a X, en tal fecha, la suma de...»; ninguna alusión se hará a la causa que le determinó a obligarse.

¿Por qué no va a ser lícito tal contrato separado de su causa y en un estado de abstracción, si verdaderamente tiene una causa lícita? ¿Por qué razón se va a imponer al acreedor la carga de una prueba de la que ha querido librarle la parte? ¿La voluntad de las partes, mientras se contiene dentro de los límites fijados por el orden público y las buenas costumbres, no es soberana? Bien sabido es que el Derecho romano reconocía validez a tales contratos. Pero se necesitaba para ello que la promesa se hiciera en términos solemnes; que hubiera sido vaciada en el molde de la estipulación. En efecto, la pronunciación de las palabras solemnes constituía una garantía que llamaba vivamente la atención del deudor sobre la importancia del acto y le protegía contra toda sorpresa. Hoy no existe ya la estipulación; pero esto no es razón suficiente para poner trabas a la libertad de las partes y prohibirles lo que la ley no prohibe. Volveremos a tratar esta cuestión de la obligación abstracta en el capítulo quinto.

Contentémonos con añadir aquí que en ningún modo es definitiva esta escisión entre los dos elementos constitutivos del acto de volición. Una obligación, en efecto, no puede existir si no tiene causa real, y si esta causa es ilícita o inmoral. El deudor, pues, tendrá siempre derecho a probar que ha sido

víctima de un error, y que en realidad la obligación carece de causa, o que la tiene contraria a las leyes o a las costumbres, y en este caso quedará libre y podrá reclamar lo que haya entregado al acreedor. El Derecho romano permitía de la misma manera y en semejante caso al deudor obligado por una estipulación, o poner al acreedor la excepción de dolo o intentar la *condictio indebiti*.

9. Queda, en fin, un caso que no hemos examinado todavía, y que llama la atención; nos referimos al de la obligación unilateral contraída, que tiene su causa en relación jurídica que media entre el deudor y tercera persona.

Tal es, por ejemplo, el caso de la delegación y de la fianza. El delegado se obliga para con el delegatario, según la orden del delegante. La causa que le determina a obligarse, el fin que persigue, puede ser hacer una liberalidad al delegante o un anticipo de fondos, o también librarse de una deuda con él contraída.

El fiador se obliga también para con el acreedor a fin de prestar un servicio al deudor, o por cualquier otra causa, que en principio debemos buscar en una relación jurídica existente entre deudor y fiador.

Del mismo modo, cuando un deudor se obliga para con un tercero que no conoce de antemano, cuando firma una letra pagadera a la orden de un deudor o al portador, los terceros a quienes se trasmita esta letra, sucesivamente ignoran la relación jurídica inicial que ha dado origen a la obligación.

Semejantes obligaciones presentan todas la particularidad de que hay que buscar fuera de ellas su causa, en una relación jurídica distinta que media entre el promitente y tercera persona. Esta causa no se contiene en la manifestación de voluntad constitutiva de la obligación; no aparece aquí. Y las más de las veces el acreedor ignora esta causa, porque desconoce las relaciones que existen entre el promitente y el tercero [1].

1 Otra cosa sería si las partes introdujeran esta causa en el contrato e hicieran así de ella un elemento constitutivo de la voluntad del deudor. Entonces se restablecería el vínculo entre la obligación contraída y su causa.

En tales casos y otros análogos que después estudiaremos, hay verdadera escisión entre causa y obligación.

La equidad y la seguridad de las relaciones jurídicas impiden que el promitente, que se ha obligado sin causa, creyendo falsamente ser deudor de un tercero, o por causa ilícita o inmoral, pueda hacer valer esta excepción contra el acreedor de buena fe, y rehusar el cumplimiento de la obligación.

Este resultado se da solamente cuando el acreedor es de buena fe, es decir, si ignora la causa que ha determinado al deudor a obligarse. En efecto, tal regla aspira a dar seguridad a las transacciones, a proteger a los acreedores que creen en la existencia de una causa que justifica la obligación del deudor. El derecho nunca protege a los que proceden de mala fe. Ninguna razón abona la derogación de las reglas ordinarias en interés suyo.

La particularidad de estas hipótesis estriba en que la escisión entre la obligación y su causa es completa, definitiva. El deudor queda obligado en realidad, por el solo hecho de haberse obligado. El error que ha padecido, la falsa creencia en la existencia de una causa, el carácter ilícito de ella, no vician el consentimiento que ha prestado.

No hacemos aquí más que indicar esta idea, que será desenvuelta más tarde.

SECCION SEGUNDA

Definición de la causa según los intérpretes del Código civil.—Críticas dirigidas por algunos autores modernos contra este concepto.

§ 1. Textos del Código civil, relativos a la causa de las obligaciones.—§ 2. Cómo definen la causa los intérpretes del Código civil.—§ 3. Autores anticausalistas: sus argumentos.

§ 1.—*Textos del Código civil, relativos a la causa de las obligaciones.*

10. Veremos en el capítulo siguiente, que la primera exposición sistemática de las obligaciones contractuales se encuentra en *Las leyes civiles* de Donato, publicadas de 1689 a 1697.

Los redactores del Código se han inspirado en este autor para redactar los arts. 1.108 y 1.131 a 1.133, que han dedicado a tales cuestiones.

El art. 1.108 [1] indica que las condiciones esenciales para la validez de una convención son cuatro: consentimiento de quien se obliga; capacidad para obligarse; objeto cierto que constituye la materia de la obligación, y causa lícita de la obligación.

A cada una de estas condiciones dedica el Código una sección especial. La sección cuarta que trata de la causa, contiene tres artículos. El más importante, el art. 1.131, declara que la obligación sin causa o con causa falsa o ilícita, no puede surtir efecto alguno.

El art. 1.133 concreta el anterior, precisando lo que hace falta entender por causa ilícita: «La causa es ilícita cuando la prohibe la ley, cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público» [2].

Finalmente el art. 1.132 fijándose en el caso de una obligación abstracta, declara que: «la convención no es menos válida porque no se haya expresado la causa [3]. Después de las expli-

1 *Nota del Traductor:* Este artículo corresponde al 1.261 del Código civil español, que por cierto resulta inarmónico con el 1.274, según el cual pueden ser dos o uno solo los requisitos para la validez del contrato. Después de leer los arts. 1.275, 1.276 y 1.277 del Código español, ocurre preguntar: ¿en qué supuesto puede haber un contrato sin causa? Tal vez se trate de objeto o causa aparentes.

2 *Nota del Traductor:* El acto jurídico nunca resultaría ilícito si la causa se identificase con el objeto (prestación o liberalidad del art. 127 del Cód. civ. español).—Enseña el maestro Stammler que habrá ilicitud de la causa cuando el derecho aplicado para la protección del fin en el negocio sea justo.

3 Los trabajos preparatorios del Código civil no contienen más que algunas palabras de Bigot, Preameneu y de Portalis, sobre estos textos. El primero en *La exposición de motivos del título de las obligaciones*, se ha contentado con decir: «La causa redunda en interés recíproco de las partes o en beneficio de una de ellas» (Locré título XII, página 327, número 26. Faneto título XIII, página 228). Esta frase alude a la distinción de los contratos en contratos a título oneroso y gratuíto. Portalis no ha sido más explícito en sus explicaciones. Mirando exclusivamente a los contratos sinalagmáticos, que son los más importantes, ha dicho:

«La causa consiste en el interés, es decir, en la ventaja que las partes

caciones anteriores, parecen muy claros y fáciles de comprender estos textos. Sin embargo, los comentaristas del Código civil no han llegado a ponerse de acuerdo sobre su alcance; y las explicaciones divergentes y poco concretas que acumularon alrededor de ellos, han acabado por obscurecerlos, hasta tal punto, que hoy es corriente decir que la materia de la causa es una de las más difíciles y complicadas de todo el Derecho civil. Este desconocimiento de la importancia de la causa como creadora de las obligaciones, también ha dado origen a que se afirme por algunos escritores modernos, que la causa es construcción sin ningún valor técnico, un simple artefacto detrás del cual no hay cosa alguna [1].

Lo más curioso es, que las discusiones de los autores no han ejercido influencia alguna sobre la orientación de la jurisprudencia. Entre ella y la doctrina de los autores, se abre un abismo. Para los Jueces, la causa es una condición necesaria no sólo para la perfección, sino también para la vida de las obligaciones contractuales, y condición distinta del consentimiento. Veremos singularmente que los Tribunales han comprendido bien el lugar que ocupa en el mecanismo de los contratos sinalagmáticos. Y al mismo tiempo hacemos notar que los Tribunales han construído una teoría interesantísima de la causa en las donaciones a título gratuíto, teoría que de ningún modo está de acuerdo con las ideas de los civilistas. Finalmente, los arts. 1.131 y 1.133 que para muchos intérpretes no tienen ningún alcance, ni utilidad, por la jurisprudencia son tenidos como textos fundamentales. En efecto, según ella son los verdaderos guardianes del orden público y de las buenas costumbres, y sobre aquéllos apoyan sus decisiones los

hagan al contratar. En la venta, para el vendedor el interés está en recibir el precio representativo de la cosa, mejor para él que la cosa misma; para el comprador en recibir la cosa mejor que el precio que representa su valor». Locré, título XIV, pág. 77.

1 *Nota del Traductor:* Así lo debieron entender los redactores del vigente Código civil alemán que prescindieron de la *causa* como elemento constitutivo de la obligación; y por lo mismo hubo de suplir la jurisprudencia germana el sistema de nulidad del contrato en defecto de causa por el de enriquecimiento sin *causa, si bien anulando* en vez del acto, sus efectos.

tribunales al declarar la nulidad de las obligaciones, cuya causa peca de ilicitud.

§ 2.—*Definición de la causa según los intérpretes del Código civil.*

11. Antes de exponer las críticas, que algunos escritores dirigen contra nuestra figura, y para comprender mejor su razón de ser, interesa ahora examinar las definiciones de la causa que se encuentran en los tratados de los civilistas, que aprueban la clasificación enunciada en el art. 1.108.

Bien está decir de paso, que no son uniformes estas definiciones, y algunas no dan un concepto completo y preciso de la causa, porque no analizan la manifestación de voluntad creadora de la obligación.

Merlín, el más célebre de los primeros comentadores del Código, se expresa de la siguiente manera en sus *Cuestiones de Derecho o Causa de las Obligaciones:* «Todos los jurisconsultos están de acuerdo en que la causa de una obligación es lo que produce la obligación misma, el motivo que impulsa a contraerla, lo que Blacketone llama en inglés (libro II, capítulo 30) *consideration inducement*, y en latín *id quod induxit ad contrahendum.*»

Toullier y Deloincourt nada nuevo dicen. «Por causa de una obligación o de un contrato, dice el primero (título III, página 103), el Código entiende el motivo que determina a hacer la promesa que contiene; el por qué ha sido hecha.»

Y usando el lenguaje de nuestros autores antiguos, Toullier la llama causa determinante, y la opone a la causa impulsiva o simple motivo [1].

Delvincourt es todavía más breve: «La causa de un contrato, es aquello que determina a contratar.» (T. II, art. 1.131).

«Es—dice Zacaría—, la razón jurídica que ha determinado a la parte a contratar.» (Edición Masié y Vergé. T. III,

1 Toullier añade en una nota, cierta explicación que demuestra no tener un concepto preciso de la causa: «Hablando con exactitud, dice él, la voluntad es siempre la causa o el motivo del contrato; pero se llama por metonimia causa del contrato, a la cosa, al objeto de la voluntad».

pág. 559.) Aubry y Rau (t. IV, § 345), se explican más claramente, aunque empleando también términos imperfectos:

«El Derecho francés exige, como condición de la forma obligatoria de toda promesa, y, por consiguiente, de toda convención, que el autor de la promesa haya sido determinado a obligarse por un motivo jurídicamente suficiente. A este motivo se le llama causa de la obligación. En los contratos de beneficencia, gratuitos, la intención de ejercer un acto de liberalidad o de prestar un servicio, constituye causa suficiente del contrato. En los contratos onerosos, la causa para cada una de las partes se halla en la ventaja que esperan conseguir, atendida la naturaleza del contrato y el efecto directo que debe producir. Esta ventaja puede consistir en una prestación cierta o eventual de la otra parte, o en quedar libre de una obligación preexistente. Bajo esta última relación, las obligaciones naturales, lo mismo que las civiles, pueden servir de causa a un nuevo contrato» [1].

El concepto del fin se manifiesta en la definición de Dernombe, «la causa final—dice (t. XXIV, n. 346)—, reside en el fin

1 Aubry y Rau añaden una nota: «En los contratos conmutativos o aleatorios, la *causa de la obligación de una parte, consiste en la prestación prometida por la otra.* La teoría de la causa se enlaza así con la del objeto. Al hablar del objeto de los contratos se hace referencia a la prestación debida por cada una de las partes considerada en sí misma y aisladamente; por el contrario, al ocuparnos de la causa se aprecian las prestaciones respectivamente debidas por los contratantes en oposición mutua.»

M. Oudat, explicando en la Facultad de París, proponía el medio siguiente para distinguir el objeto de la causa: «El objeto—decía—, es la respuesta directa a la cuestión; «quid debetur». La causa es la respuesta directa a la pregunta «cur debetur». Pero esto no quiere decir nada, porque el «cur debetur» se aplica lo mismo al motivo que a la causa. Muchos comentaristas se contentan con esta explicación y repiten que la causa de la obligación es su *por qué.* (W. Mourlon, *Repeticiones escritas sobre el Código civil*, t. II, 11.ª edic., números 1.101, 1.102, nota 1.ª; Bandry, Lacantinerie, *Compendio del Derecho civil*, 10.ª edic., t. II, n. 70.)

Entre los trabajos dedicados al estudio de la causa, hay que citar en primer orden la notable disertación de Brissand: *Del concepto de la causa en las obligaciones contractuales en Derecho romano y en Derecho francés* (Burdeos, 1879). El autor se contenta con dar una definición insuficiente, como sigue. «La causa es la que determina de una manera directa e inmediata la voluntad del agente.»

inmediato por el cual la parte se obliga o que se propone alcanzar al obligarse», pero cuando pasa a su aplicación, cae en la definición defectuosa examinada poco antes. Así para el contrato sinalagmático declara que la obligación de una parte tiene por causa la obligación de la otra, lo cual demostraremos más tarde ser un concepto inexacto, porque el fin que persigue una parte no es la obligación de la otra que interviene simultáneamente con la suya, sino el cumplimiento de esta obligación, es decir, de la prestación que se le ha prometido.

Demante y Colmet de Santerre (t. IV, art. 1.131, núm. 46 bis II), Baudry-Lacantinerie y Barde (*Obligaciones*, tercera edición, t. I, n. 298) reputan a su vez que en los contratos sinalagmáticos, la obligación del uno tiene por causa la obligación del otro, y que las dos obligaciones se sirven recíprocamente de la causa. (V. Bufiriow, *Propiedad y contrato*, página 530.)

Algunos autores han aumentado la confusión, introduciendo, según el método escolástico, los términos de causa eficiente y causa racional, y esforzándose por separar una y otra de la causa final [1].

§ 3.—*Autores anticausalistas; sus argumentos.*

12. No es de admirar que exasperados por explicaciones inconsistentes, que no penetran en el fondo de la cuestión, algunos autores hayan combatido la noción en sí misma, y emprendido el trabajo de desembarazar de ella la técnica jurídica.

Erust, profesor de la Universidad de Lieja, ha sido el primero que en 1886, en un folleto titulado *La causa, condición esencial para la validez de los contratos* [2], publicado con ocasión de un estudio de revisión del Código civil en Bélgica, pide que se supriman los textos relativos a esta noción, que no corresponden a nada real, y son fuente de errores y confusiones.

1 Baudry-Lacantinerie et Barde, obra cit., n. 297.

2 V. *Biblioteca del jurisconsulto y del publicista.* 1826 (t. I, págs. 250 y 264). M. Timbal ha insertado este artículo en un apéndice a su tesis del doctorado sobre la causa.

Esta opinión no ha tenido éxito en Bélgica, aunque Laurent la ha apoyado con su grande autoridad. Así lo ha hecho, en efecto, en sus *Principios de Derecho civil francés* (t. XVI, n. 111), donde sostiene a su vez que la teoría del Código sobre la causa no es jurídica, y que el Código había distinguido injustamente la causa del objeto con el cual después se la confundía, para hacer una cuarta condición esencial en la validez de los contratos [1].

Algunos años más tarde, en Francia, dos excelentes tesis doctorales de nuestros compañeros Artur [2] y Timbal [3], emprendieron el desenvolvimiento de estas críticas, concluyendo ambos en que la teoría del contrato se complicaba inutilmente con el análisis de sus elementos. Reunieron en torno suyo cierto número de jurisconsultos, entre los cuales cabe citar a Hue [4], Baudry-Lacantinerie y Barde [5] y Planiol [6]; en Bélgica, Cornil [7], y en Italia, Giorgio, Giorgi [8].

1 Laurent ha conservado en su anteproyecto de revisión del Código civil (1884), los arts. 1.108 hasta el 1.131 y 1.133, porque su crítica de la causa había quedado aislada, y porque sus principios establecidos por el Código civil, se admiten por los escritores y los ha consagrado la jurisprudencia. Laurent proponía solamente suprimir el art. 1.132 como inútil. Veremos más adelante al estudiar este texto, lo que hay que pensar de esta crítica.

2 Artur. *De la causa en Derecho romano y en Derecho francés.* París, 1878.

3 Timbal. *De la causa en los contratos y obligaciones en Derecho romano y en Derecho francés.* Tolosa, 1882.

4 Hue. *Comentario del Código civil*, t. VI, n. 39, VII, núms. 77 y 78.

5 Baudry-Lacantinerie y Barde. *De las obligaciones.* 3.ª edic., t. I, números 321 al 327.

6 Planiol. *Tratado elemental de Derecho civil.* 7.ª edic., t. II, números 1.037 y sigs.

7 Cornil. *A propósito de la revisión del Código civil; de la causa en los contratos.* Bruselas, 1890. Hay que citar también una sólida tesis doctoral sostenida en la Universidad de Lieja en 1919 por M. Juan Dabin. *La teoría de la causa.*

8 Georgio, Giorgi. *Teoria delle obligazioni.* 7.ª edic., t. II, págs. 606 y sigs. A los autores citados puede añadirse: Belime, *Filosofía del Derecho*, t. II, pág. 430; Ahrens, *Curso de Derecho natural*, part. espec. 5 y 4, Seferiades, *Estudio crítico sobre la teoría de la causa.* Tesis del Doctorado. París, 1897.

Para juzgar del valor de sus críticas [1] y poder suscribirlas es indispensable determinar antes con cuidado cuál es la causa de las obligaciones, según que nazcan de contratos sinalagmáticos, de contratos unilaterales o de liberalidades. Este será el objeto de la sección siguiente.

SECCION TERCERA

Determinación de la causa de las obligaciones originadas por las diversas clases de contratos y liberalidades. Refutación de los argumentos dirigidos contra la teoría de la causa.

§ 1. Obligaciones nacidas de los contratos sinalagmáticos.—I. Definición de la causa de estas obligaciones. Refutación de las críticas de los adversarios.—II. Particularidades relativas a los contratos aleatorios: a los contratos en los cuales los contratantes se proponen un fin común; a los contratos hechos *intuitu personae*.—III. Doble causa.—§ 2. Obligaciones originadas por los contratos reales.—§ 3. Obligaciones nacidas de los contratos propiamente dichos unilaterales: Clasificación de estos contratos. - I. Contratos unilaterales que tienen siempre y necesariamente la misma causa. Depósito, mandato no retribuído. Ante-contratos. - II. Obligaciones unilaterales cuya causa puede variar: Promesa de pagar deudas preexistentes.—III. Obligaciones cuya causa reside en obligación jurídica existente entre un deudor y un tercero: 1.° Fianza. 2.° Obligación del delegante para con el delegatario. 3.° Aceptación de la letra de cambio por el librado.—§ 4. Obligación unilateral. § 5. Liberalidades: Donaciones entre vivos y legados.—I. Donaciones entre vivos. - *A*) Donaciones puramente graciosas.—*B*) Donaciones hechas en vista de fin determinado.- II. Legados.

§ 1.—*Obligaciones nacidas de contratos sinalagmáticos.*

13. I. *Definición de la causa de estas obligaciones. Refutación de los argumentos de los adversarios.*

La mayor parte de los escritores dicen que en los con-

1 *Nota del Traductor:* Es muy curioso el razonamiento de Planiol: «Si son contratos reales, la ausencia de la causa es ausencia de contrato; en materia de donaciones la ausencia de la causa sería ausencia del motivo; en los contratos sinalagmáticos se llega igualmente a la nulidad sin que se acuda a la causa, porque la conexión que liga a las partes son los compromisos de una relación de dependencia mutua». En opinión de Planiol, sólo Laurent ha reconocido que el motivo es la causa de la donación, conclusión a su juicio lógicamente exacta, e históricamente verdadera.

tratos sinalagmáticos la obligación de cada contratante tiene por causa la obligación del otro (V. supra n. 11); ahora bien, tal definición está vacía de sentido; en efecto, hace notar simplemente, que cada parte se obliga porque la otra se obliga igualmente; por ejemplo: que en la venta, el vendedor consiente en vender porque el comprador consiente en comprar y recíprocamente.

Esta definición no nos enseña nada que no esté ya contenido en la noción del consentimiento.

Si la causa no fuera más que esto, tendrían razón los autores anticausalistas diciendo que se confunde con el consentimiento.

Algunos intérpretes, llevando un poco más lejos el análisis, observan que la causa de la obligación de una parte es el objeto de la obligación de la otra; es decir, que la causa de la obligación del vendedor, es el precio, y de la del comprador, la cosa vendida [1]. Esto es decir más, pero todavía resulta concepto incompleto. Con razón se objeta que la causa así entendida se confunde con el objeto; que tales intérpretes son víctimas de una ilusión, porque se colocan en un punto de vista especial al considerar el objeto de cada obligación. Hablando de la causa, se refieren siempre al objeto. Así, la causa no sería un elemento distinto, y Laurent (T. XVIII, núm. 111) ha podido afirmar en consecuencia que un contrato es perfecto desde que existen las tres primeras condiciones exigidas por el art. 1.108: consentimiento, capacidad y objeto.

14. La imperfección de estas definiciones procede de que sus autores no han tenido un concepto bastante claro de la cosa que se trataba de definir. Todo se simplifica, por el contrario, y la respuesta que buscamos se presenta fácil si partimos de la identidad de las nociones de fin y causa, pues basta buscar cuál es el fin pretendido por cada una de las partes, y no es cosa difícil precisar este fin. En realidad, es evidente que si una parte se compromete, no lo hace solamente para que la otra se obligue también. Las dos obligaciones correlativas son

1 V. especialmente Larombiere, *Teoría y práctica de las obligaciones*. T. I, art. 1.131, núm. 2.

como el primer paso para preparar el resultado definitivo, que no es otro sino la realización de las prestaciones pactadas. Lo que determina a una persona a vender sus cosas, no es sólo la promesa hecha por el comprador de pagarle el precio convenido, sino el deseo de tener a su disposición la suma prometida.

A su vez el comprador consiente en pagar el precio por adquirir la propiedad pacífica y útil de la cosa vendida [1].

En un contrato sinalagmático, por ejemplo, la causa que determina a obligarse a las dos partes, es la voluntad de obtener la realización de la prestación que le ha sido prometida en cambio [2].

Este análisis de la causa difiere, sin duda, algo del que acostumbran a hacer los civilistas, pero nos parece que no se le puede censurar de inexacto. Por lo menos no innova nada, ni es inédito tampoco, pues se le encuentra en un importante estudio de M. Lobbé, y aparece igualmente en numerosas resoluciones de la jurisprudencia.

Hace mucho tiempo, que con su perspicacia jurídica tan notable, M. Labbé ha puesto en claro el doble elemento que

1 No decimos simplemente que el comprador quiere adquirir la propiedad, porque, ¿de qué le serviría ser jurídicamente propietario de la cosa vendida, el mismo día que tiene lugar el contrato, si de hecho no se le hace entrega de la misma, o si no puede disfrutar de ella por causa de un vicio oculto, o de una servidumbre ignorada? Lo que quiere es la propiedad y la posesión pacífica y útil.

2 Podrá objetarse a nuestro análisis que el que contrata no quiere ligar íntimamente la realización de su obligación a la del fin que persigue, porque a veces consiente cumplir su prestación antes que la otra parte. Así el vendedor a término entrega la cosa sin recibir inmediatamente el precio. Está conforme con romper, provisionalmente al menos, el lazo que une su obligación con el fin al cual debe conducirle.

Es fácil deducir que el fin perseguido constituye siempre el factor decisivo de la manifestación de voluntad. Que la ejecución del contrato se verifique simultánea o sucesivamente por ambas partes, no cambia nada al contenido del acto de volición; no es más que una variante impuesta por las circunstancias o la naturaleza del contrato. Cuando el vendedor realiza el primero la ejecución, lo hace para obtener el pago del precio, y esta ejecución reviste en su pensamiento un carácter previsorio. Siempre es, como la obligación misma, medio para llegar al fin.

encierra la manifestación de voluntad de los contratantes, en su estudio acerca de algunas dificultades relativas a la pérdida de la cosa debida (pág. 118, núm. 101). Es tan decisivo el pasaje a que aludimos, que conviene copiarle íntegro: «En los contratos comunales, escribe, a propósito del Derecho romano, el consentimiento, un consentimiento que se basa sobre objeto real y lícito, un consentimiento que se presenta entre los elementos del contrato, es la causa eficiente y generadora de las obligaciones, pero en ningún modo su causa, si tomamos esta palabra en el sentido de respuesta a la pregunta *cur debetur*». (Nótese aquí la influencia peligrosa de los civilistas de su tiempo). «Consideremos la venta: El consentimiento origina las obligaciones de las partes, y además de por la naturaleza del contrato y por la intención de las partes contratantes, las obligaciones nacidas están unidas entre sí por reciprocidad esencial. Nacen juntas; si el contrato es nulo desde su origen, nulas son desde su raiz las obligaciones. ¿Es esto decir que la obligación de una parte tenga por causa la obligación de la otra? Como condición para existir, sí. Pero como causa impulsiva no [1]. Afirmarlo sería desconocer el fin que las partes se han propuesto. El comprador se obliga a pagar el precio, para tener como poseedor o como dueño la cosa que ha comprado. El vendedor se obliga a entregar la cosa con todas sus utilidades para recibir el precio. Es verdad que el vendedor que entregaba la cosa antes de ser pagado, se suponía en la mayor parte de las veces que subordinaba la traslación de la propiedad al pago del precio; retenía la propiedad para tener un medio de volver a adueñarse de la cosa si no se le pagaba el precio. No es, pues, su fin un crédito contra el acreedor; la ventaja en vista de la cual había consentido, el motivo determinante, la causa impulsiva de su voluntad, era la adquisición de la suma fijada como precio.

¿Por qué interpretar diferentemente la intención del com-

1 *Nota del Traductor:* Según el art. 1.271 del Código civil español, las cosas o los servicios son objeto del contrato; y si la causa para cada parte es la prestación de la otra, resultará que el contrato oneroso no requerirá para su validez más que: *consentimiento y causa u objeto.*

prador? ¿Acaso se contentaría el comprador con adquirir un crédito sin aspirar a conseguir otro resultado? Convenzámonos; el comprador quiere adquirir la cosa, conseguir la posesión útil del objeto, y por estos fines se obliga. Si no llega a conseguir este resultado, su obligación carece de causa; la causa impulsiva de su voluntad ha desaparecido [1].

15. La definición que acabamos de dar de la causa en las obligaciones originadas por los contratos sinalagmáticos, se encuentra asimismo en las resoluciones de nuestros Tribunales. Los Jueces llamados a determinar los efectos jurídicos de los contratos cuya perfección o ejecución da lugar a litigios, se ven obligados con mucha frecuencta a invocar la noción de causa impulsiva y determinadora de la voluntad de cada contratante, para resolver si se han obligado válidamente, o si la causa de su obligación, una vez nacida, no ha desaparecido posteriormente, arrastrando con su desaparición la de la obligación misma. Ahora bien, en vez de contentarse con las explicaciones imprecisas de los comentaristas del Código, los Tribunales van al fondo de la cuestión, analizando cuidadosamente la manifestación de voluntad de los contratantes y declarando que cada uno de ellos persigue la ejecución del compromiso en que se ha empeñado.

1 Hemos dicho arriba que tal es también la opinión de Bufnoir y la de M. Bostín. Añádase, Gény, *Ciencia y Técnica en el Derecho privado positivo*. T. III, págs. 70 hasta la 80.

Este sistema defiende también M. P. Colin, en su disertación sobre la teoría de la causa en las obligaciones convencionales (París, 1896). V. Dubreuil, *Los móviles en los contratos* (Lyón, 1909). La definición que da M. Gaudemet en su importante tesis sobre la trasferencia de las deudas (París, Rousseau, 1898): «la causa es la razón de ser económica de la obligación», se asemeja mucho a la nuestra.

M. Maury, a nuestro parecer, ha tomado en consideración demasiado exclusivamente el lado objetivo y económico del problema, en su *Ensayo sobre la vida y la equivalencia en el Derecho civil francés* (Tolosa, 1920); y particularmente M. Pierre Lois, Lucas, en su *Voluntad y causa* (Dijon, 1918). Uno y otro introducen para la perfección de los contratos una condición de equivalencia que en derecho no existe, salvo en los casos de lesión. Como dicen los ingleses, en principio un grano de polvo puede ser motivo suficiente de una obligación de ciento.

Vamos a indicar aquí especialmente algunas resoluciones, que por su alcance merecen ser citadas: «Considerando, dice una sentencia del Tribunal de Lión, de 10 de Febrero de 1886 (Bonnet c. Thomas, S. 87. 2, 179) que la causa de la obligación en un contrato sinalagmático consiste en la prestación impuesta a una parte en favor de la otra; que la causa de la compra de 150 acciones hecha por B., había sido la transmisión de propiedad de estas 150 acciones» [1]. Otra sentencia del Tribunal civil del Sena, de 9 de Junio de 1917 (Gar. Pol. 5 de Julio de 1917), decide que si el vendedor no entrega los objetos vendidos, el comprador puede reclamar el reembolso del precio entregado sin causa.

En una sentencia de Tolosa, de 5 de Noviembre 1900 (S. 1905, 1, 281, bajo Cass. Massip contra Bruyiere, *cuestión matrimonial)* leemos: «En vista de que sí se ha estipulado remuneración proporcional o fija, *esta remuneración era la causa de la obligación tomada por Massip, y el fin perseguido por él, al aceptar el mandato de Bruyiere o para obrar como Gerente de sus negocios*».

«Atendiendo, dice igualmente el Tribunal de casación civil (22 Nov. de 1921, Lucard, c. la Mutual Accidents, Gaz, Pal 22 de Diciembre de 1921), que en una convención sinalagmática la obligación de cada parte tiene por causa el cumplimiento de la obligación de la otra».

Pero ha sido principalmente a propósito de los contratos sucesivos cuando los Tribunales han concretado este concepto. Así en numerosas sentencias han resuelto que si el locatario

1 Esta sentencia distingue claramente la causa y el motivo. El señor Bonnet había comprado el 28 de Diciembre de 1881, por medio del Sr. Thomas, Agente de Cambio, 150 acciones antiguas de la Unión General, en liquidación en 31 de Diciembre, por 367.000 francos, y el mismo día había vendido por el mismo intermediario 150 acciones nuevas de la misma Sociedad, todavía no emitidas, por 387.000 francos. El Agente de Cambio había comprado las acciones antiguas, pero no había podido realizar la venta de las nuevas, por haberle prohibido la emisión la Unión. El señor Bonnet sostenía que las dos operaciones de compra y venta estaban unidas entre sí, siendo la una la causa de la otra. La sentencia decidió sobre los hechos, que en el pensamiento de las partes, la validez de una operación estaba subordinada a la necesidad de la otra.

ha sido privado del goce de los objetos en todo o en parte, no teniendo contraprestación la obligación suya de pagar los alquileres, ya por el todo, ya por una parte, se encuentra desde entonces privada de causa [1]. De la misma manera una sentencia de la Cámara civil de 14 de Abril de 1891 (Cecculdi c. Albertini, D. P. 91, 1, 329. S. 94, 1, 391) declara que si en un contrato sinalagmático una de las partes no cumple su obligación, sea por lo que sea, la obligación de la otra queda sin causa [2].

Finalmente, se explica por la idea de causa, que en materia de mandato los Tribunales se hayan arrogado la facultad de revisar el salario estipulado. En efecto, dice la Jurisprudencia, que en el mandato, la causa real de la obligación asumida por el mandante de pagar un salario al mandatario, es posterior a la obligación misma, porque esta causa reside en la ejecución del compromiso de que se ha encargado el mandatario, y este último no puede tener derecho a remuneración sino con la condición de haber prestado el servicio prometido y esperado, en la medida de la utilidad del servicio y del trabajo que ha costado [3].

16. Fácil nos será ahora refutar las dificultades que se han dirigido contra la aplicación de la teoria de la causa en los contratos sinalagmáticos.

1 Orleans 27 Noviembre 1890 y Civ. rej 5 de Marzo 1894, de Luis Mirepoix c. Bertín, D. P. 94, 1, 508. S. 97. 1, 74: «La obligación del arrendatario de pagar el precio, siendo correlativa a la del arrendador de entregar la cosa arrendada, se halla sin causa en la medida en que no ha sido ejecutada la del arrendador. (El arrendador había descuidado construir en el terreno alquilado, cuyo goce había sido uno de los elementos para la fijación del precio del arriendo, según la resolución discrecional de los Jueces.) V. también París 9 de Julio 1887, P. Fv. 88. 2, 1; Tribunal Civ., Sena 15 Marzo de 1904. El Derecho, 22 Junio de 1904; Dijón, 1 Julio de 1909, Gaz. Pol. 1909. 2, 419.

2 Se trataba de un arriendo al contado; habiéndosele prohibido al arrendatario plantar viñas por la invasión de la filoxera, el arrendador pedía la rescisión del contrato. La Cámara civil ha casado la sentencia del Tribunal de Bertín que había rechazado esta demanda.

3 V. Especialmente, París, 3 Abril 1873, D. P. 73, 2, 199; París, 14 Diciembre 1910, Gaz, Pol. 1911, 1, 140. Volveremos después sobre esta cuestión de la reductibilidad del salario de los Agentes de Negocios. (Capítulo 4.°, Sección 1.ª § 1.°)

Estas se reducen a dos:

Se ha pretendido, en primer lugar, que es imposible lógicamente decir que la obligación de una de las partes es la causa de la obligación de la otra, porque estas dos obligaciones «derivándose de un mismo contrato, nacen al mismo tiempo; son dos hermanas gemelas. Es imposible que cada una de ellas sea la causa de la otra, porque un efecto no puede ser contemporáneo exactamente a su causa. Según el común sentir, es crear un círculo vicioso; si cada una de las obligaciones es efecto de la existencia de la otra, alguna de ellas está privada de origen. Este fenómeno de mutua producción es incomprensible; luego la idea es falsa». (Planiol, ob. cit., séptima edición, T. II, 1038.)

Esta objeción descansa en una doble equivocación. Toma la palabra causa en su sentido filosófico de antecedente, siendo así que en materia jurídica, es sinónima de fin pretendido por el contratante [1].

Además, parte de un concepto imperfecto de la causa, porque como hemos demostrado, no puede decirse que cada obligación tenga por causa la obligación correspondiente. La causa o en otros términos el fin perseguido, es la ejecución de la prestación prometida por la otra parte. Ahora bien, contra esta definición que es la única exacta, el argumento precedente pierde toda eficacia.

La segunda objeción dice que la noción de causa no corresponde a ninguna realidad. No hay más que tres condiciones necesarias para la validez de una convención: consentimiento, capacidad y objeto cierto. No se necesita más que existan esas tres condiciones, para que el contrato esté ya completo y perfecto. Así, por ejemplo, la venta es perfecta si las partes capaces se han puesto de acuerdo sobre el objeto y el precio. Para nada sirve agregar a estas tres condiciones un cuarto elemento, que sería la causa; hablar de causa en un contrato sinalagmático, equivale a considerar de un lado particularista el objeto de la obligación opuesta. Por ejemplo,

1 *Nota del Traductor:* La circunstancia-fin es un acto que ha de seguir, futuro, que ha de ser realizado. Puede consultarse la obra de Lotmar: *Uber causa in römischen Recht*, págs. 32, 37, 43 y 44.

en la venta de una casa de tolerancia, la Jurisprudencia sienta el principio de que la obligación del comprador tiene una causa ilícita; ¿pero no es esto lo mismo que decir que el objeto de la venta es ilícito? De la misma manera, en el arrendamiento, si la casa alquilada perece por caso fortuíto, la Jurisprudencia declara que la obligación del arrendatario queda extinguida por falta de causa; ¿acaso no es más sencillo decir que el contrato cesa de producir sus efectos por falta de objeto? La causa, pues, es una concepción artificial; es un modo especial de considerar el acuerdo de voluntades; pero desde este punto de vista en realidad no se descubre ninguna novedad.

Esta objeción es halagadora por su simplicidad.

Mas una pequeña reflexión demuestra que está mal fundada, porque descansa sobre análisis imperfecto del acuerdo de voluntades.

En realidad, como ya hemos demostrado, el consentimiento, es decir, el hecho de obligarse, no se basta a sí mismo; no constituye él solo el acto de querer de quien contrata. Hay en este acto otro elemento, que es el hecho esencial, primordial y decisivo, y este es el deseo de alcanzar un fin jurídico determinado. De los dos factores de la manifestación de voluntad, este es èl principal. Porque si el contratante consiente en obligarse, es sólo porque quiere obtener un resultado determinado.

Que se intente reducir el contrato sinalagmático, como se propone, al consentimiento y al objeto, y entonces se verá si resulta verdaderamente completo. Si la obligación de cada parte fuese independiente de su causa, se desprendería que esta obligación viviría con vida propia, independiente de la de la otra. Una perecería, poco importa; la otra, en cambio, quedaría subsistente. Había que admitir que en una venta, el comprador está obligado a pagar el precio, aunque el vendedor no le entregue el objeto, o le entregue la cosa de otro, y que en arrendamiento, el arrendatario está obligado a pagar el alquiler hasta el fin del arriendo, aunque el inmueble perezca por caso fortuíto.

Dígase lo que se quiera, el fin buscado por cada uno de los contratantes es el lazo que une sus obligaciones recíprocas y

da también al contrato su verdadero carácter. Separar el consentimiento de la causa, equivale, como lo hemos dicho ya, a mutilar la manifestación de voluntad del contratante. No se puede dar mejor prueba de ello que lo que sucedía en Roma en el caso de la *stipulatio*. En la estipulación no se hacía caso más que del consentimiento, es decir, de la obligación contraída por el promitente; pero si éste probaba que había dado su consentimiento sin causa, o por una causa ilícita, se concedía entonces al deudor el derecho de oponer la excepción de dolo o de restitución. ¿No constituye esto una prueba evidente de que el consentimiento no es válido sino cuando se apoya sobre la causa? [1].

17. Después que los enemigos de la causa han examinado su proceso, encuentran mil dificultades para explicar los efectos característicos que se deducen del contrato sinalagmático. Donde es más visible esta dificultad es en la tesis de Timbal, tan bien construída. Después de afirmar que en un contrato no hay más que el consentimiento de cada contratante y el objeto,

1 Citamos aquí un ejemplo de Jurisprudencia para demostrar que no es exacto decir, como se ha pretendido, que en un contrato sinalagmático, el concepto de causa se confunde con el del objeto de la otra prestación. Tomamos esta cita de una sentencia de Dijón de 15 de Enero de 1908 (C. Conunaille y otros, C. Garnier y otros. S. 1911, 2.275). Se trataba de una convención por la que los carniceros y choriceros de la ciudad de Sanlien se habían comprometido recíprocamente y mediante una cláusula penal, a cerrar sus tiendas el domingo después del mediodía. Uno de los signatarios había traspasado su negocio sin imponer al adquirente la obligación de conformarse con esta cláusula. No considerándose obligado por aquel acuerdo este último, no le cumplió y otros signatarios se creyeron libres también, en la expectativa de ver resuelta la rescisión del contrato. El Tribunal de Semor y la corte de Dijón han creado derecho en esta demanda, pues dicen que las obligaciones contraídas por las partes carecen de causa desde que una de ellas o su derechohabiente no las ejecuta, porque estas obligaciones son indivisibles en su ejecución. El fallo de Semor declara que el objeto y la causa del contrato se confunden en especie; pero esta es una forma desgraciada. El objeto del contrato lo constituía la clausura de los comercios el domingo al mediodía. En realidad, si el causahabiente de una de las partes no ejecuta la prestación, no puede decirse por esto que las obligaciones de las otras están privadas de objeto; cesan de tener una causa, o si se quiere el fin a que tendían los contratantes, que era obtener la clausura de los comercios el domingo al mediodía.

el autor hace esfuerzos por construir la teoría del contrato sinalagmático, teoría que, según él, los jurisconsultos han cometido la injusticia de descuidar [1].

Ahora se quiere saber la relación que guardan entre sí una vez nacidas las obligaciones del contrato sinalagmático, si viven separadas con vida independiente, o si, por el contrario, son correlativas en su existencia y duración como en su origen. Y en algunas páginas interesantes hace notar que debe considerárselas como correlativas y dependientes las unas de las otras, que no es más que ir por un camino torcido a la idea del fin perseguido.

Así, cuando se halla a mitad del camino, Timbal conoce bien que los materiales que ha conservado sólo para edificar su teoría, son insuficientes y que le falta algo, y vuelve en busca de los elementos que en un principio había descartado.

18. II. *Particularidades relativas a ciertas clases de contratos sinalagmáticos.* En algunas clases de contratos sinalagmáticos, la causa se complica con un elemento nuevo pues los contratantes persiguen un fin especial que viene a agregarse al fin ordinariamente pretendido. Esto sucede en los contratos aleatorios para quienes se inspiran en un mismo fin común, y en los contratos hechos *intuitu persone*. Puede suceder también que una obligación tenga causa doble. Estudiemos, pues, estos diferentes casos.

Contratos aleatorios.—Estos contratos no presentan todos el mismo carácter. En los unos (el juego, por ejemplo), una sola de las partes quedará obligada si la suerte se vuelve contra ella; en los otros (seguros contra incendios, contra accidentes, etc.), una parte se obliga a pagar una suma determinada para estar al abrigo de un riesgo, prometiendo la otra indemnizarle para el caso en que el riesgo tenga lugar; en los demás, en fin (renta vitalicia a título oneroso, venta de un usufructo, de un derecho litigioso, etc.), cada contratante se obliga a una prestación determinada, pero cada uno especula con riesgo. Sin embargo, en todos estos contratos, la buena y la mala suerte esperada o temida por los contratantes, es uno de los

1 *De la causa en los contratos y las obligaciones.* Tolosa, 1882, p. 126 y sig.

elementos constitutivos de su manifestación de voluntad, pues hacen depender de ella el origen, la extinción o la extensión de sus obligaciones, según los casos. En otros términos, la consideración del riesgo, forma parte del acuerdo realizado por los interesados.

Se deduce que la causa de sus obligaciones es más compleja que en los contratos conmutativos. Sin duda esta causa es siempre la prestación prometida por la parte contraria; pero también es, y en primer lugar, la perspectiva de una suerte de la que el contratante espera sacar provecho o contra la cual se quiere defender.

Se ha sostenido, es verdad, que el riesgo no es más que el motivo de la obligación del contratante [1]. Pero esto no es exacto. El riesgo forma, indudablemente, parte integrante de la manifestación de voluntad de los dos contratantes. En el juego y la apuesta, por ejemplo, ¿no es cierto que el jugador se compromete porque espera ser favorecido por la suerte?

¿No es esta la razón principal de su obligación, a la que viene a unirse, como en todo contrato sinalagmático, la consideración de la obligación asumida? De la misma manera, en la constitución de la renta vitalicia a título oneroso, cada parte, ¿no especula en sentido opuesto sobre la duración del plazo del crédito rentista? A diferencia del motivo, que es puramente personal y ordinariamente desconocido por la otra parte, el riesgo es un elemento del contrato, forma parte de la manifestación de voluntad de cada contratante. La suerte es la causa de la obligación, dice muy justamente un fallo del Tribunal civil del Sena de 2 de Marzo de 1898, O. P. 01, 2, 145; se sobrepone a la causa ordinaria. Resulta que si el riesgo, en consideración al cual el contrato ha sido realizado, no existe en realidad, o es imposible por su naturaleza su producción, las obligaciones contraídas se encuentran sin causa, el consentimiento dado no tiene su razón de ser. Veremos más tarde las consecuencias de esta afirmación.

19. *Contratos sinalagmáticos en los que los contratantes persiguen un mismo fin común a todos.*—Entre los contratos sina-

1 V. nota Wahl. S. 1900. 2, 273, p. 274, 1.ª col.

lagmáticos, hay que distinguir, tomando a la causa como punto de partida, aquellos en que cada una de las partes tiende a conseguir un fin egoista distinto del que pretende la otra, de aquellos otros que se caracterizan por la persecución de un mismo fin que se proponen todas las partes. Tales son la Sociedad que consiste en poner en común alguna cosa con ánimo de partir las ganancias que de ella se deriven (art. 1.832 del Código civil), y la Asociación o Convención en virtud de la cual, «dos o más personas ponen en común, de una manera permanente, sus conocimientos o su actividad, a fin de partir los beneficios» (art. 1.° de la Ley de 1.° de Julio de 1901) [1]. Aquí la causa que determina a los partícipes a agruparse, es más compleja que en los contratos con fin egoista. No se trata sólo de conseguir la ejecución de las obligaciones que ha asumido cada miembro. Puede decirse que excepto en las Sociedades personalistas, esta preocupación de cada miembro ocupa un lugar secundario [2]. Ante todo y sobre todo, está alcanzar beneficios positivos, si se trata de una Sociedad; defender

1 A estos dos contratos se podría añadir otros. En efecto, la sociedad y la asociación se caracterizan porque los contratantes ponen algo en común. (V. los arts. 1.382 del Cód. civ., y 1.° de la Ley de 1.° Julio de 1901.) Ahora bien, hay contratos en los que las partes no ponen nada en común, sino sólo se comprometen para conseguir un fin común. Por ejemplo: los comerciantes se ponen en inteligencia para cerrar sus comercios el domingo; los fabricantes de productos similares se convienen para fijar las tarifas de ventas de sus productos.

Puede hacerse entrar también en este grupo a la transacción, porque es un contrato en virtud del cual las partes, defendiendo intereses opuestos, persiguen un mismo fin, que consiste en terminar un proceso ya iniciado, o impedir un proceso inminente. Este fin es el que los induce a hacer cada uno un sacrificio; aquí también a la causa ordinaria, que para cada parte consiste en la promesa que la otra debe cumplir, o en la renuncia que consiente, hay que añadir una causa común que se sobrepone, y consiste en la existencia de un derecho litigioso o susceptible de llegar a ser tal.

2 En las sociedades personalistas, el compromiso de cada asociado tiene por causa primera la realización de la obligación prometida por los otros, y si alguno de éstos no cumple su promesa, los demás pueden pedir la resolución del contrato. Por el contrario, en las sociedades de capitales y en las asociaciones, si uno de los miembros no entrega su parte, será excluído del grupo.

los intereses colectivos de la profesión, si se trata de un Sindicato profesional; perseguir un fin determinado o crear una obra de utilidad general, si se trata de una Asociación.

Esta es la verdadera causa que determina a las partes a entrar en la sociedad o en la asociación [1]; es la misma para todos los partícipes. Las aportaciones de los asociados o de los societarios, es decir, las cosas puestas en común, constituyen el objeto de estos contratos; el fin o la causa que determina a los interesados a asociarse, es la distribución de beneficios, la defensa de un interés común, la creación de una obra de utilidad general. Según los casos, el objeto o la causa pueden ser ilícitos. El objeto será ilícito si se ha puesto en común una cosa contraria a las buenas costumbres, una casa de tolerancia, una casa de juego de azar, o una cosa que la ley prohibe poner en sociedad, como un cargo ministerial. Por ejemplo: que se creara una asociación para publicaciones pornográficas o para atentar a la integridad del territorio nacional, a la forma republicana de Gobierno. (Art. 3.° de la Ley de 1.° de Julio de 1901) [2].

1 Los autores que rechazan la noción de causa, no tienen más remedio que afirmar que el fin común es el objeto de la sociedad, víctimas de una confusión evidente. Así M. Hemard, en su excelente obra *Teoría y práctica de los casos de nulidad de las Sociedades*, declara en la pág. 36, que el término *objeto,* en lo que se refiere a las sociedades, encierra un doble sentido. Significa primero las aportaciones de los asociados, y, además, el «objeto de la explotación de la sociedad, o, si se quiere, el fin». (V. también Lacour y Bouteron. *Resumen del Derecho comercial,* núms. 212 y 213.)

2 El art. 3.° de la Ley de 1.° de Julio de 1901, distingue muy bien esto. «Toda una asociación fundada sobre causa ilícita o en vista de un objeto ilícito..., es nula y sin ningún efecto.» Una sentencia del Tribunal de Pau de 13 de Mayo de 1912 (D. P. 12, 2, 243. S. 12, 2, 265), reconociendo la validez de una asociación de padres de familia, constituída para asegurar en las escuelas primarias públicas el respeto de la fe católica y de la moral cristiana, toma estas dos palabras como sinónimas: «Considerando que conviene de antemano precisar que las expresiones *causa* y *objeto* empleadas por el legislador de 1901, deben ser entendidas en un mismo sentido, y que las dos se refieren al fin inmediato, final y esencial, que los contratantes han podido tener en cuenta...» (V. una sentencia de Riom, de 30 de Diciembre de 1918. Sociedad de las Minas de Marmeissat c. Basse Gaz. de Trib. 4-5 Agosto 1919, que declara nula, *falta de objeto,* una sociedad constituída con las aportaciones del arriendo de una

Finalmente, el acuerdo que diera a uno de los asociados la totalidad de los beneficios (art. 1.855 del Código civil), sería nulo por falta de causa [1].

20. *Contratos perfeccionados intuitu personae.*—En los contratos sinalagmáticos hechos *intuitu personae*, mandato retribuído, contrato con un Abogado, un Médico, un artista, etc., la consideración de la persona con quien se contrata, forma parte integrante de la manifestación de voluntad del mandante, del *conductor operis*, y se incorpora a la causa de su obligación; se obliga por obtener los servicios no de una persona cualquiera, sino de la que él ha elegido.

Esta particularidad se halla expresa en el art. 1.110 del Código civil, que dice que el error acerca de la persona anula el contrato, cuando su *causa principal* ha sido la consideración a aquélla. Aquí toma la palabra causa en sentido técnico, es el que le atribuyen los arts. 1.108 y 1.131. Puede darse el error en la causa de la obligación, es decir, en el fin querido por el contratante [2].

concesión minera, porque el Consejo de Estado había negado la autorización de explotarla, fundándose en el art. 138 de la Ley de 13 de Julio de 1911).

1 La jurisprudencia ha hecho aplicación muchas veces de los artículos 1.131 a 1.133 (C. civ.), a los *trusts* o maniobras de explotadores de productos semejantes, para reglamentar el precio de venta. Resuelve que aunque no se hallen reunidas las condiciones exigidas por el art. 419 del C. pen., el contrato es nulo si tiene causa ilícita. Ahora bien, existe una causa ilícita cuando las partes se han propuesto por fin impedir y prevenir la formación de negocios de mutua competencia, por ser contrario al principio de libertad de comercio y de la industria. (Donai, 13 Mayo 1851; Dn. part., S. 51, 2, 733; Civ. 13 Enero 1879; Romanatroc, Isaac Simón: D. P. 79, 1, 77; S. 79, 198; Regi, 11 Febrero 1879; Connerce c. Fellieux, D. P. 79, 1, 345; S. 79, 1.198; Burdeos, 2 Enero 1900; Mallebay c. cie deschaux de Saint-Aytier, S. 1901, 2, 225.) Nota de M. Levy-Ullmann.

Véanse entre las sentencias que rehusan pronunciar la nulidad, por no haber causa ilícita: Grenoble 1, Mayo 1884; Bometon c. Sociedad de Tullerías, S. 94, 2, 277; Burdeos, 8 Agosto 1888 y Regrej 12 Julio 1892, Sociedad de los fosfatos del Sub Este c. Fosfatos franceses, D. P. 93, 1.390; S. 94, 1, 733; Aix, 5 Noviembre 1906 y Reg, rej., 20 Jun. 1908; Trabut. c. Torgnoli. S. o. 9, 1, 15, París, 16 Abril 1910. P. 13, 5, 2, y Reg rej. 3 Mayo 1911, Gaillard c. Renaissance. D. P. 12, 1, 93, S. 11, 1, 541.

2 Véase infra. núms. 102 y 103.

21. *Doble causa.*—Hemos dicho antes (en el núm. 4.°, página 25, nota 1), que un contrato sinalagmático puede tener doble causa. Por ejemplo, un testador, que ordena a su heredero vender cosas por cierto precio a determinada persona, y el heredero lo hace en cumplimiento de esta orden. Supongamos que aparece después un segundo testamento en que revoca la orden dada. ¿Podrá pedir el heredero la resolución de la venta? Ciertamente sí, si el comprador conocía la causa especial, en virtud de la que se había realizado la venta, pero de ninguna manera en el caso que la ignorara. En efecto, el contrato sinalagmático constituye un todo, que se basta a sí mismo. En un contrato de este género, la causa normal de cada obligación es el deseo de obtener la prestación recíproca. La voluntad de cada parte es completa desde que ha existido acuerdo sobre cada una de las prestaciones prometidas. El contrato es perfecto existiendo este acuerdo. Toda causa secundaria que ha determinado a uno de los contratantes a obrar, queda fuera de su manifestación de voluntad; extraña, pues, al campo contractual. Otra cosa sería si las partes la hubieran introducido en su concierto de voluntades [1], y hubiesen convenido expresa o tácitamente que la venta se realizara por conformarse con el testamento del difunto [2].

§ 2.°—*Obligaciones originadas por los contratos reales.*

22. Se llama contrato real al préstamo (comodato y simple préstamo), fianza y depósito, porque, según la concepción

1 *Nota del Traductor:* Hace al caso recordar la doctrina del art. 767 del Código civil español, según la cual, para que no sufra alguien las consecuencias de un hecho ilícito, la expresión de causa contraria a derecho se tendrá por no escrita en los testamentos.

2 La Ley 5.ª, párrafo 1, d. 19, 1, de act. e. v., que se refiere a esta hipótesis, establece que el heredero podrá oponer la excepción de dolo a la demanda del comprador, como si se hubiera obligado en virtud de una estipulación, creyendo erróneamente estar obligado por el testamento de su autor. Para explicar la solución dada por el jurisconsulto en lo relativo a la venta, hay que admitir que el comprador conocía la cláusula del testamento, en virtud de la cual la venta se verificó. V. en este sentido Schlossmann, obra citada, pág. 56; Lorenzeu, *Causa and consideration in the law of. contracts. Yale Law Journal*, Mayo de 1919, pág. 629.

romana conservada por la doctrina moderna, no se forman *solo consensu*, sino cuando la cosa prestada, dada, garantizada o depositada, se ha puesto en manos del prestatario acreedor o depositario.

Consiguientemente se clasifica a estos contratos entre los unilaterales, y se pregunta cuál es la causa de la obligación contraída por el *accipiens*. Ahora bien, esta causa es evidentemente el hecho de la entrega de la cosa. El prestatario, y depositario de la prenda [1], se obligan a restituir las cosas prestadas o dadas en prenda, porque les han sido entregadas a ellos. Así, en estos contratos el fin que persigue el obligado lo alcanza por la perfección misma del contrato.

Los autores anticausalistas han cuidado bien de señalar el carácter artificial de este análisis, que con el nombre de causa designa la entrega de la cosa, que es una condición de la perfección del contrato. Decir que la obligación del *accipiens* tiene por causa la tradición, ¿no es acaso reconocer que la causa de la obligación es el contrato mismo? «Se toma la palabra causa, dicen ellos, en un nuevo sentido, el de causa eficiente, o de causa generatriz, sin darse cuenta de que juegan con la doble significación de la palabra causa» [2]. A primera vista esta objeción es aplastante, pero es fácil destruirla examinando un poco de cerca la verdadera estructura de los contratos reales. Este examen nos mostrará una diferencia característica entre el préstamo y la prenda de una parte y el depositario de otra.

23. *Préstamo y prenda.* — En realidad el préstamo y la prenda son verdaderos contratos sinalagmáticos, en virtud de los cuales una de las partes se obliga a entregar una cosa y la otra a restituirla. Pero la concepción que nos han legado los romanos, formalista y arcaica, explicable por la manera de formarse en Roma la teoría de los contratos [3], arroja tales som-

1 Dejamos por ahora el depósito; más adelante veremos en qué se distingue del préstamo y de la prenda.

2 V. Paniol, *ob. cit.*, 6.ª edic., t. II, n.º 1.038; Baudry-Lac; y Basde, *Obligaciones*, 3.ª edic., t. I, n.º 324; Timbal, *ob. cit.*, págs. 278 a 284.

3 La entrega de dinero a título de préstamo, antes de ser reconocida como contrato, fué sancionada en Roma con la *condictio*, por aquello de que quien tiene una cosa de otro sin causa, está obligado a restituirla

bras, que los comentaristas se niegan a admitir su análisis. No hay, en efecto, ninguna razón plausible, como pretenden y afirmaba ya Potiher (*Obligaciones*, núm. 10); pero que por *su naturaleza misma*, el préstamo y la prenda exigen la tradición de la cosa. Pues lo mismo podría decirse de todo contrato en que una parte entrega una cosa a la otra, y ésta a su vez se obliga a devolverla, como por ejemplo, en el alquiler de inmuebles o muebles. Siempre que las partes se han puesto de acuerdo sobre el objeto y la duración del préstamo, y sobre la cosa dada en prenda, nada se opone a que el contrato nazca inmediatamente, lo mismo que el arrendamiento nace por este solo acuerdo, sin que se necesite poner al locatario en posesión de los objetos arrendados. En estos contratos cada parte contrae una obligación: la de entregar una cosa; y la de conservarla y restituirla en el plazo convenido respectivamente.

Nuestro punto de vista es exacto, y lo prueba una práctica constante que no ha podido aceptar el sistema romano de considerar el préstamo como contrato real. Prácticamente, en efecto, el prestatario se obliga siempre antes de haber recibido las cantidades que deben serle prestadas. El prestamista a interés hace que se le entregue un escrito del prestatario en que éste reconozca haber recibido las sumas y se obliga a devolverlas, y hasta que no se ha redactado este escrito y se le ha puesto en posesión de él, el prestamista no da su dinero. Lo mismo acontece en el préstamo hipotecario.

Las partes redactan primero el acta notarial; la firman después y, finalmente, el acreedor entrega su dinero. Así que el contrato se halla perfecto y el prestatario se halla obligado antes de poner en sus manos la cantidad que necesita [1]. Es, pues,

(V. Gisord, Manual, 6.ª ed., págs. 517, 518, 625; y S. Cuq, Manual, páginas 430, 536). Esta tradición ha permanecido como elemento esencial del préstamo en la concepción romana: «En el *mutuum*, dice M. Cuq, *ob. cit.*, página 536, lo esencial es la entrega de la cosa. El deber de restituirla se mide por la dación; la voluntad de las partes no puede cambiar nada. Esta voluntad, pues, no es aquí el elemento preponderante». Y la prueba mejor es que los *pactos adjuntos in continenti al mutuum*, carecieron en principio de eficacia.

1 «El capitalista que hace préstamos quiere facilitar de la manera más posible el ejercicio de su acción reivindicadora, y por esto exige un escrito

un error decir, como se hace corrientemente, que el carácter real del préstamo es debido a su naturaleza económica y a la fuerza de las circunstancias [1].

que justifique la recepción del capital antes de haber hecho su entrega. El prestatario que necesita el dinero, firma el escrito haciendo constar su recepción como conviene y cuando place al usurero, exponiéndose al riesgo de que éste le engañe y no le entregue la suma prometida. Así sucede desde que los hombres han aprendido a servirse del papel, pero antes de la invención del papel no sucedía de otra manera. Puede admitirse que la mitad, al menos, de los escritos reveladores de los préstamos contienen menciones inexactas. El que en la expectativa de que le sean prestados los capitales después de haber realizado el acto, escribe: «yo he recibido», afirma, una cosa inexacta; y esta mentira subsiste, aunque realmente tenga lugar la remuneración de desquite». (C. Collatz; Zur Sehre von Schuldversprechen, Iherings Jahrbücher, 2.ª serie T. XL (1899), p. 131). Así sucede muchas veces que los prestatarios demandan la nulidad de la obligación contraída, invocando la carencia de causa, es decir, el no habérseles entregado las sumas prometidas en préstamo. (V., por ejemplo, Amiens, 20 de Febrero 1879. S. 80, 2, 134).

1 Los partidarios del sistema tradicional responden a este análisis que no hay que confundir la promesa de préstamo y el préstamo mismo. Son, según ellos, dos contratos sucesivos. El primero convierte en deudor al futuro prestatario (V. Baudry-Lacant y Barde. T. I, n.º 23). Pero al razonar así, suponen una simple promesa unilateral de préstamo hecha por una persona a otra que la acepta. Ahora bien, no es esta hipótesis la que hay que considerar, sino la de un contratato sinalagmático consensual, por el que una parte se obliga a prestar una cosa a otra que, por su parte, se obliga a restituirla en el plazo convenido.

Así, por ejemplo, la apertura del crédito, que ordinariamente se considera como un contrato unilateral que no obliga más que al acreedor, en realidad es un contrato sinalagmático, porque el futuro prestatario se obliga desde entonces a reembolsar las sumas prestadas y a pagar los intereses convenidos. Esto que decimos lo confirma una sentencia de la Cámara civil de 21 de Noviembre de 1849 (Lippmann C. Lpelletier, D. P., 49, 1, 275, S. 50, 1, 91): «Considerando que quien acepta la apertura de un crédito contrae inmediatamente la obligación de reembolsar las sumas que le serán entregadas..... que no hay allí una obligación potestativa en el sentido del art. 1.174 del Código civil, sino sólo una obligación condicional autorizada por el art. 1.168 del mismo.....» (Adde, Req, 8 de Mayo de 1853, Bordelot c. Sabiod, S. 55, 1, 214): «Considerando que el contrato sinalagmático se perfecciona en el momento de su formación, la hipoteca estipulada para su cumplimiento debía tener origen desde la formación del contrato.» V. también: Req. 12 Marzo 1901, Klehe c. Sacassin, D. P., 03, 1, 349, S. 05, 1, 439, que declara que un acta notarial que contiene la confe-

Podría sostenerse, como hemos observado, que hasta que la cosa arrendada no ha sido puesta a disposición del locatario, no puede hablarse de arrendamiento, porque es cierto que el locatario, como el prestatario, no está obligado a restituir la cosa sino cuando la ha recibido [1].

Estas observaciones adquieren doble valor cuando se considera la *prenda* de inmuebles o anticresis, contrato real también que, según el art. 2.071 del Código civil, no se perfecciona

sión de un crédito, es título auténtico en virtud del cual el acreedor puede pedir el embargo de los bienes del deudor, si consta la entrega de fondos con la representación de efectos remitidos por el deudor al acreedor y protestados al tiempo de su vencimiento. Esta sentencia reconoce que la obligación del deudor se deriva de la confesión del crédito. Y tiene razón, pues el deudor se obliga *hic et nunc*, y la hipoteca constituída en provecho del acreedor surte efectos desde el mismo día del contrato, y no a contar desde la entrega de dinero. Véase igualmente el art. 4.° del Decreto de 10 de Junio de 1853, a propósito del *Crédito Hipotecario*. «La hipoteca consentida en favor de una Sociedad de *Crédito Hipotecario* por el *contrato condicional* de préstamo, es válida desde que se inscribe, aunque los valores se entreguen después».

1 A lo más, los romanos admitieron que existía *mutuum* en dos casos en que no había mediado entrega de cosa: 1.° Cuando el prestamista, no teniendo dinero, es acreedor a plazo de un tercero, y delega este crédito en el prestatario, quien en acto de recibir la cosa, viene a ser simplemente acreedor del delegante. (V. Celso. D. 12. 1, de *reb. créd.*, 32 y Juliano, D. 46, 1, de *fidejussoribus*, 18). 2.° En caso de constitución de dote, si el constituyente pide a un tercero que le preste cierta cantidad con este objeto y el tercero se compromete a entregarla al futuro esposo. (Papiniano D. 14, 3, de *instituct. act.*, 19, 3). En estos dos casos declaran los textos citados que existe *mutuum* después de la promesa y no sólo después del pago. (V. Girard. *Manual*, 5.ª edic., págs. 513 y 514.)

El nuevo Código civil suizo ha abandonado, con razón, la concepción tradicional en lo que se refiere al préstamo, y le ha restituído su verdadera naturaleza de contrato sinalagmático consensual: «El préstamo a uso, dice el art. 305, libro 5.° (derecho de obligaciones), es un contrato en virtud del cual el prestamista se obliga a ceder gratuítamente el uso de una cosa, que el prestatario se compromete a devolver después de servirse de ella». «El préstamo mutuo, dice el art. 312, es un contrato en virtud del cual el prestador se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles, para que éste, a su vez, devuelva otro tanto de la misma especie y calidad». El derecho suizo no ha conservado la necesidad del desprendimiento más que para la prenda de los bienes muebles corporales (art. 884 del Código civil).

hasta què el inmueble se ha puesto a disposición del *anticresista*. El carácter artificial de esta condición resalta todavía más aquí que en los otros casos, pues no es exacto que sea necesario para la perfección del contrato llegar a la posesión de la cosa. Cuando las dos partes se han puesto de acuerdo, ¿puede negarse que exista constitución de anticresis, y puede sostenerse, con razón, que el contrato no nacerá hasta haber puesto en posesión de la cosa al acreedor? [1]. Estas observaciones permiten responder de una manera perentoria a la crítica dirigida contra la aplicación del concepto de causa a los contratos reales. La causa de la obligación del prestatario, o del que pone la cosa puesta en prenda, es, indiscutiblemente, la entrega de la cosa prestada o dada en prenda.

Si el prestatario o el depositario de la prenda se obliga a velar por la cosa como un buen padre de familia, y a restituirla, es porque quiere que le sea confiada la cosa a título de préstamo o de prenda. Este es el hecho decisivo que le determina a obligarse. Nótese que es inexacto pretender que al

1 De la misma manera, cuando se trata de dar en prenda un crédito, ¿no es absurdo hacer depender la perfección del contrato de la entrega del título, siendo así que ha intervenido acuerdo de voluntades y redacción de un escrito conforme al art. 2.075? Por lo menos habría convenido que el legislador, abriendo los ojos, abandonara la vieja técnica romana, al reglamentar la dación en prenda de fondos de comercio y los *warrnts* agrícola y fondista, para quienes la entrega de los objetos dados en prenda es imposible. Algunos autores han querido salir de la dificultad defendiendo que en estos casos no existe prenda, sino hipoteca mobiliaria. Nos parece que este análisis es inexacto. (Véase Ambrosio Colin y Capitant. T. II, 3.ª edición, páginas 761 a 764).

Se verá fácilmente el carácter puramente formalista de la concepción tradicional si consultamos una sentencia de la Cámara civil de 18 de Mayo de 1898 (Picarde c. Herve y otros, D. T. OO. 1. 481, nota M. Sarrut, S. 98, 1, 433). Un deudor había constituído títulos en prenda, pero sin hacer entrega al acreedor, y negaba, por consiguiente, que este último pudiera ejercer los derechos de un acreedor de prenda. La Cámara civil admitió esta pretensión, contrariamente a lo que había hecho el Tribunal de apelación de Orleans de 21 de Diciembre de 1894, por la razón de que poner en posesión al acreedor es necesario para que éste pueda prevalerse de los efectos del contrato en contra de su deudor. (Contra esta sentencia, véase Lyon-Caen, nota S. 98, 1, 433; Charmons, *Revista crítica de legislación*, año 1899. T. XXVIII, páginas 77 a 79).

analizar así la voluntad del contratante, se desvíe involuntariamente la palabra causa de su sentido ordinario, y se pase inconscientemente de la causa final a la causa eficiente.

Aquí se trata de la causa final, es decir del fin [1].

24. Resultando que el préstamo y la prenda son contratos bilaterales, es preciso buscar cuál es la causa no solamente de la obligación del *accipiens*, sino también de la del *tradens*. No puede, en efecto, pedirse solamente en qué consiste la finalidad que persigue este último al contratar. Ahora bien, este fin cam-

1 La opinión que defendemos la admiten muchos autores. (V. Vigil, *Curso elemental de Derecho civil*, T. II, núm. 1.111, página 506; T. III, núm. 1.115, 1.200; Combercure, *Revista crítica de legislación*, 1903, título XXXII, página 477-491; Baudry-Lacan, y Wahl, *Del Préstamo*, número 596; Baudry-Lacan y Basde, *Obligaciones*, T. I, núm. 23, página 30; Leduc, *Ante contratos*, páginas 175 y siguientes, disertación, París, 1909; Demogue. *Revista trimestral de Derecho civil*, 1905, página 759; Maury, *Ensayo sobre la importancia de la noción de equivalencia*, disertación 1920, T. I, página 119 a 140). Pero es ir demasiado lejos pretender como hace M. Vigil, que en el estado actual de nuestra legislación, estos contratos son sinalagmáticos; no es posible si nos fijamos en los artículos 1.875, 1.892, 1.915 y 2.071.

A los que se colocan en un punto de vista teórico, defendiendo que hay que considerar a los contratos reales como contratos sinalagmáticos, arguye M. Planiol (T. II. núm. 996, nota 1, séptima edición, página 332) «que en los verdaderos contratos sinalagmáticos, las obligaciones recíprocas de las partes son por su perfección coetáneas la una de la otra, y deben en principio ejecutarse simultáneamente, mientras que en los casos de prenda y de préstamo, las dos obligaciones no coexisten nunca; en realidad tienen lugar entonces dos convenciones sucesivas, porque una promésa de préstamo no es un préstamo, ni siquiera un elemento del préstamo; la segunda convención es la ejecución de la primera, de tal suerte que la relación que une las obligaciones sucesivas de las partes no es de la misma naturaleza que la coexistencia de las obligaciones recíprocas nacidas de un contrato sinalagmático». Baste decir, nos parece a nosotros, que podría hacerse el mismo razonamiento para el arrendamiento, que es a todas luces un contrato sinalagmático.

La confusión de ideas procede de que se dice y repite que una promesa de préstamo no es un préstamo. Y esto es evidente en la concepción romana. Pero nosotros defendemos que esta concepción es ilógica, y que una promesa de préstamo acompañada de promesa de restituir es un préstamo, lo mismo que una venta, y un arrendamiento son tales, aunque no haya intervenido tradición de la cosa.

bia según que se trate de un préstamo gratuíto, de un préstamo a interés o de una prenda.

En el comodato y el préstamo sin interés [1], es doble la causa que determina al prestador. Por una parte el deseo de prestar un servicio al prestatario; por otra recobrar la cosa en el plazo convenido.

En el préstamo a interés, la causa de la obligación del prestamista no es prestar un servicio, sino que se cumpla la promesa de pago de interés.

Finalmente, en la prenda el deudor se obliga a entregar una cosa al acreedor, porque quiere obtener con ello un crédito [2].

La prenda como la hipoteca son contratos accesorios, cuyo fin es procurar al deudor cierta suma que necesita o la prórroga de su deuda.

25. *Depósito.*—Si el préstamo y la prenda son contratos sinalagmáticos, no sucede lo mismo con el depósito. Es también éste un contrato real que se perfecciona por el hecho mismo del depósito, es decir, por la entrega en guarda de una cosa. Hasta que la entrega no ha tenido lugar, no queda constituída en depósito. Sin duda puede concebirse que una persona prometa a otra aceptar en depósito ciertos objetos, que aquélla le confiara, pero esta promesa no obliga más que al promitente, de ninguna manera al futuro depositante; es un antecontrato muy distinto del que se verificará el día que el depósito se haya realizado. Este día solamente, y en virtud de la entrega de la cosa, el *accipiens* será responsable de las obligaciones que produce el depósito (arts. 1.927 y siguientes). Así en la práctica no es lo mismo hablar de depósito que de prenda;

1 *Nota del Traductor:* El comodato es esencialmente gratuito, mientras que el mutuo, aunque naturalmente es también gratuito, admite el pacto de pagar interés, según los arts. 1.740 y 1.755 del Código civ. español.

2 *Nota del Traductor: Pignus apellatum a pugno; guia res quae pignori dantur, mann traduntur.*—Vid.: *Digesto,* párrafo 2.°, frag. 238, tít. XVI, Lib. L. La castellana *prenda* se deriva del verbo latino *prehendere,* asir o agarrar una cosa, y revela la característica de pasar la cosa al poder del acreedor. En efecto se trata de una forma de garantía real especificada por el desplazamiento en la posesión de la cosa.

nunca se obliga un depositario a restituir antes de recibir los objetos en depósito [1].

El depósito es, pues, un contrato unilateral e indudablemente un contrato real. ¿Qué causa origina la obligación del depositario? Si decimos que es el hecho mismo del depósito, semejante respuesta sería manifiestamente inexacta y vendría a confundir la causa con la fuente de la obligación.

El fin que persigue el depositario al aceptar el depósito, no puede ser en realidad el depósito mismo. Esto es evidentísimo; el fin no puede ser otro que prestar un servicio al depositante [2].

1 Comp. Leduc, *Antecontrato*, pág. 189.

2 No hablamos, entiéndase bien, sino del depósito gratuíto. El depósito retribuído es un contrato sinalagmático. Puede sostenerse que la estipulación de un salario modifica la naturaleza del contrato y lo transforma en arrendamiento. En efecto el art. 1.917 del Código civil, declara que el depósito, propiamente dicho, es un contrato esencialmente gratuíto. (Véase Ambrosio Colín y Capitant, T. II, 3.ª edición, pág. 650, 651. *Contra*; Baudry-Lacan, y Wahl; depósito, número 1.168, 1.169).

Se da algunas veces el nombre de contratos sinalagmáticos imperfectos, al depósito, comodato, prenda y mandato no retribuído, porque si el deudor se ve obligado a hacer gastos para conservar la cosa o cumplir el mandato, el acreedor está obligado por su parte a reembolsar la suma empleada (art. 1.890 para el comodato, 1.947 para el depósito, 1.999 para el mandato, 2.080, 2.° para la prenda). La mayor parte de los autores afirman que esta obligación eventual trae su origen no del contrato mismo, sino de un hecho independiente y posterior, esto es, de las expensas realizadas. Este hecho origina la obligación del acreedor, como acaece también en la gestión de negocios. A la acción de negocios hay que señalarle pues un origen extracontractual (Plamid, T. II, núm. 950). Esta doctrina está mal avenida con las disposiciones de nuestro Código civil; el Código en efecto desvía la obligación de reembolsar los gastos del contrato mismo tan pronto como conste su prueba, según los artículos precitados. Además, el artículo 1.999 declara que el mandante debe reembolsar todos los gastos (sin distinción) que el mandatario ha hecho para cumplir el mandato; ahora bien, si la obligación tuviera su origen en un enriquecimiento injusto, el mandatario sólo tendría derecho al reembolso de los gastos útiles, cual es el caso del Gerente de Negocios (art. 1.375). Por lo menos parece más racional hacer derivar esta obligación del concierto de las dos voluntades. (En nuestro sentido, Cassin. *La excepción resultante de la inejecución en las relaciones sinalagmáticas. Disertación*, París, 1914, pág. 451).

Pero si la obligación del mandante o de quien entrega la cosa es con-

§ 3.—*Obligaciones originadas por los contratos unilaterales propiamente dichos. Clasificación de estos contratos* [1].

26. Los contratos unilaterales son aquellos que no producen obligación mas que para una de las partes, como el depósito, el mandato no retribuído (2), la fianza, el compromiso del delegado hacia el delegante, y todas las promesas unilaterales, de vender, de comprar, de pagar una suma de dinero, etcétera. La vida de la causa en las obligaciones nacidas de contratos unilaterales ha sido todavía muy poco estudiada por los comentaristas de nuestro Código civil. Muchas cuestiones de interés han permanecido hasta ahora entre sombras, y algunas lagunas de nuestra técnica jurídica se explican por esta falta de investigación.

Para estudiar metódicamente esta materia, es indispensable clasificar desde luego los contratos según la naturaleza del fin que persigue quien se obliga.

Ahora bien; al paso que los contratos sinalagmáticos son todos onerosos, los unilaterales se dividen en dos categorías. Los unos son contratos de beneficencia, como dice el artículo 1.105 del Código civil, los otros son de interés mutuo para ambas partes. En los primeros, el contratante se obliga a prestar un servicio, bien a aquel con quien contrata (deposita-

tractual, no reviste siempre el mismo carácter que las obligaciones recíprocas nacidas en el momento mismo del contrato. No existe una relación de causa entre esta obligación eventual del mandante o del *tradens* y el cumplimiento de la obligación de hacer o de restituir del *accipiens*. No puede decirse que el mandatario, el depositario, el prestatario y el acreedor de la prenda no consientan en obligarse, sino en vista del reembolso de los gastos que eventualmente podrían serles satisfechos de antemano. Este reembolso eventual no es el fin que buscan al obligarse. (V. en este sentido, de la doctrina Alemana, Dernburg, *Bürgerlichen, Rechts*, T. II, § 91; Planck, *Kommentor*, 2.ª edición, T. II, pág. 135; Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, T. II, § 168). Volveremos a hablar de esto a propósito de la *exceptio non adimpleti contractus*.

1 Dejamos por ahora las donaciones entre vivos, de las que trataremos después.

2 Nótese bien que siendo retribuído el mandatario, el mandato se convierte en contrato sinalagmático.

rio, mandatario no retribuido), bien a un tercero (la fianza, donde hay obligación en interés del deudor principal, delegado que se obliga en interés del delegante). En los segundos, el deudor busca la satisfacción de un interés personal. El fin que le determina a obligarse es distinto según la naturaleza del contrato y algunas veces también según las circunstancias que acompañan a su perfección.

Así la causa, en los contratos unilaterales es unas veces el deseo de prestar un servicio, otras el de perseguir un fin interesado.

Además de esta primera clasificación, y para llevar más allá nuestras investigaciones, es importante distribuir los contratos que estudiamos en varios grupos. En efecto hay contratos que tienen siempre y necesariamente la misma causa, cualesquiera que sean los contratantes; otros en cambio cuya causa puede variar según los casos; finalmente los hay que presentan la particularidad notable de que la causa no forma parte integrante del acuerdo de las dos voluntades, queda fuera de él.

27. I. *Contratos unilaterales que tienen siempre y necesariamente la misma causa.*—Están comprendidos en este grupo el depósito, el mandato no retribuído y las promesas unilaterales de vender, de comprar, de dar o de tomar en arriendo un inmueble.

Del depósito y del mandato no retribuído, no hay nada de particular que decir. Conviene, por el contrario, fijar bien la causa de las promesas unilaterales de venta, compra y otras semejantes que corresponden a la clase de los antecontratos.

28. *Antecontratos.*—Se designan con este nombre los compromisos generalmente unilaterales contraídos por una persona para con otra a fin de llegar a la perfección de un contrato definitivo entre las partes. Tales son las promesas unilaterales de vender, de comprar y de tomar o de dar en arriendo [1].

1 En la concepción tradicional que hace del préstamo un contrato real, la confesión de crédito debe ser igualmente considerada como un antecontrato destinado a preparar el préstamo.

Puede citarse también entre los antecontratos la convención colectiva del trabajo, reglamentada por primera vez, por Ley de 25 de Marzo de

¿Dónde está la causa de la obligación que contrae el deudor? La respuesta no es dudosa. El propietario que promete a una persona venderle un objeto a precio determinado pasado un lapso de tiempo fijo, si ésta quisiere comprarlo, es porque aspira a la venta definitiva; y lo mismo el que promete al propietario de un objeto comprárselo a precio cierto, después de un plazo convenido, si el propietario quisiera venderlo, persigue el fin de adquirir un día la cosa. La obligación así contraída tiene por fin o por causa la celebración del contrato definitivo.

Es preciso no confundir el antecontrato con el contrato subordinado a una condición suspensiva. Existe entre ambos una diferencia esencial.

El contrato cuyos efectos dependen de que se realice un acontecimiento futuro e incierto, tiene su causa en sí mismo. Si se trata de un contrato sinalagmático, por ejemplo, que yo le venda una cosa y usted se obligue desde ahora a comprarla a un precio fijo, para el caso de que yo hubiera adquirido fama en época determinada, nos hallamos delante de un contrato de venta ordinario; la obligación de una parte tiene por causa la de la otra; pero cada una de estas obligaciones depende de que se realice el evento previsto.

Si se trata de un contrato unilateral, por ejemplo, que yo ceda una cosa si tal acontecimiento se realiza, la obligación del dador tiene por causa, como en todo contrato gratuito, el *animus donandi*. El contrato bajo condición suspensiva es un contrato completo, no se ejecuta para preparar un contrato futuro. Si la condición se realiza, entonces el contrato primitivo producirá sus efectos; no será reemplazado o completado por un segundo contrato que venga a sustituir o añadirse al primero. Por esto se explica la regla de retroactividad admitida por nuestro Derecho (art. 1.179 del Código civil). Teniendo lugar el acontecimiento previsto, el contrato produce sus efectos desde que fué contraído, lo cual se explica lógicamente, pues todos los elementos necesarios para su formación estaban reunidos

1919; pero este es un antecontrato sinalagmático celebrado en vista de los contratos de trabajo individuales, que ha tenido lugar no sólo entre los primeros contratantes, sino también entre éstos y los terceros.

desde aquel momento, y sus efectos dependían simplemente de un acontecimiento futuro e incierto.

Por el contrario, el antecontrato se celebra en vista de un segundo contrato, distinto del primero, que debe intervenir entre las partes contratantes o entre una de ellas y un tercero. Este segundo contrato no puede producir sus efectos antes de haberse celebrado. Por consiguiente, la noción de retroactividad no tiene aquí razón de ser.

Si se trata, por ejemplo, de una promesa de venta, de compra, de arrendamiento, todos estamos de acuerdo en reconocer que si la promesa se trasforma en un contrato definitivo, éste no producirá sus efectos sino desde el día en que esto suceda; no se pretendería remontar sus efectos al momento mismo en que la promesa ha sido hecha [1].

29. II. *Contratos unilaterales cuya causa puede variar según los casos: promesa de pagar deuda preexistente.*—Los autores no se ocupan de este género de convenciones, que ocupan un lugar importante en las relaciones jurídicas individuales. Difícilmente se hace mención de ellas en los tratados de Derecho civil.

Este silencio es todavía menos explicable siendo así que el Derecho romano nos presenta, además de la estipulación, contratos de este género. En efecto, el *pacto de constituto* no era más que promesa de pagar una deuda preexistente, promesa que se hacía por el deudor mismo o por un tercero al acreedor o también a otra persona distinta del acreedor con el consentimiento de éste. Y así como hoy la promesa de pagar no implica casi nunca novación, así también en Roma *el pacto*

1 Resulta que si el autor de la promesa de venta vende de buena fe a un tercero el objeto, antes que el estipulante reclame la realización de la promesa, el adquirente se hace propietario y su derecho es opuesto al del estipulante, a quien no queda sino un derecho de crédito. En este sentido, Planiol, obra citada, T. I, núms. 1.403 y 1.405; Leduc, obra citada, pág. 122. En contra Demogue: *Revista trimestral de Derecho civil*, 1906, pág. 240 y siguientes, que sostiene que el promitente no puede transmitir a los terceros más derechos que él tiene; pero podríamos contestar que por la promesa de venta el promitente no ha enajenado todavía nada de su derecho de propiedad; no ha hecho más que contraer simplemente una obligación de hacer.

de constituto daba lugar a obligación y acción nuevas que se unían a las primitivas (V. Girard, *Manual*, pág. 602, Cuq, *Manual*, pág. 511).

Una promesa de esta naturaleza puede tener causas diferentes, porque quien la hace persigue, según los casos, fines diferentes:

1.° Puede obligarse, primero, según orden establecido o en interés de un tercero, como el delegado o el fiador de que hablaremos después, o el donante que se obliga para con el acreedor de quien quiere gratificar.

2.° En segundo lugar, puede obligarse hacia una persona indeterminada; es el caso del signatario de un título a la orden, de un título al portador o de un título en blanco.

3.° Quiere hacer una liberalidad a aquel para con quien se obliga y por lo mismo se reconoce su deudor [1].

4.° O, mejor todavía, quiere transformar una obligación natural en una obligación civil. El fin que entonces persigue no es hacer una liberalidad, sino cumplir un deber que le impone su conciencia. La promesa tiene por causa la consolidación de este deber, de esta obligación natural. Por lo mismo es un contrato a título oneroso y no una donación [2].

1 La promesa de pagar hecha *animo donandi* constituye una donación directa y no indirecta o disfrazada. Es nula, por consiguiente, si no reune las condiciones de forma prescriptas por el art. 931 del Código civil. De otro modo sucede en el *reconocimiento de la deuda*, porque reconociéndose deudor, el donante disimula su verdadera intención con la apariencia de una obligación subsistente a su cargo. Y como la jurisprudencia admite la validez de las donaciones disfrazadas, se deduce que un reconocimiento de deuda que encubre una liberalidad es válido, sea cualquiera la forma de realización.

2 La validez de esta promesa no es dudosa. El art. 1.235, párrafo 2.°, sienta el principio de que es inadmisible la repetición de lo pagado con relación a las obligaciones naturales que han sido voluntariamente pagadas, lo cual significa que el pago hecho en estas condiciones es válido. La ley considera, pues, la obligación natural como causa suficiente de la entrega hecha por el *tradens*, y esta causa reviste a dicha entrega de un verdadero carácter que no es otro que el de pago, porque el *tradens* paga para liberarse y no *animo donandi*. Ahora bien, lo mismo que la entrega verificada en cumplimiento de una obligación natural, es un verdadero pago, así también

La jurisprudencia ha resuelto muchas veces en casos de esta índole, que la obligación natural constituye la causa lícita del contrato contraído [1].

la obligación civil nacida de la misma obligación es una deuda civil que tiene su causa en la obligación natural.

Algunos autores han impugnado esta solución y sostenido que una obligación natural no puede servir de causa a una obligación civil (Laurent, T. XVII, núm. 29; Brissand, *Disertación* pág. 70), porque el art. 1.235, párrafo 2.º, no atribuye a la obligación natural más que un solo efecto legal, el de convalidar el pago realizado en cumplimiento de esta obligación; ahora bien, según ellos, debe darse a este artículo una interpretación restrictiva; pero tal manera de razonar es inaceptable. Los términos en que está redactado el art. 1.235, párrafo 2.º, no autorizan semejante interpretación. ¿Por qué va a prohibir la ley a una persona transformar una obligación natural en obligación civil, a no ser que el orden público o las buenas costumbres se opongan a ello? ¿Qué razón podría justificar este atentado a la libertad individual? Así, pues, esta opinión se rechaza por la doctrina en pleno.

1 Véanse algunas de estas resoluciones a título de ejemplo: *A.* El padre de un hijo natural no reconocido está obligado, naturalmente, a subvenirle en sus necesidades. En consecuencia, si se obliga para con la madre a pagar los gastos de alimentación y educación, esta obligación es lícita y obligatoria precisamente porque su causa es un deber de conciencia (Grenoble 29 Agosto 1898, Sir-Chr; Montpellier, 7 de Diciembre 1843, S. 44. 2. 205 Burdeos 5 Enero 1848, S. 48. 2. 308, D. P. 48. 2. 97; París 24 de Noviembre 1860. S. 61. 2. 7 y civil rej. 25 de Mayo 1862; Mont c. Bloch, D. P. 62. 1. 208, S. 62. 1. 566; Angers, 11 Agosto 1871, S. 72. 2. 198 y civil. rej. 15 Enero 1873, D. P. 73, 1. 80, S. 73. 1. 29; Req.-rej. 3 Abril 1882, Goutier c. Pascal, D. P. 82. 1. 250, S. 82. 1. 464; Grenoble, 8 Febrero 1898 y Req. rej. 30 Julio 1900; Bertand C. Savigner, S. 01. 1. 259, D. P. 01. 1. 502; Chamberij, 17 Marzo 1908, Fantin c. D. Villa, S. 09. 2. 309; París 18 Febrero 1910. S. 1910. 2. 220; París 27 Marzo 1912, Gar. Pal; 18 Mayo 1912).

B. La seducción crea a cargo del seductor una obligación natural que puede servir de causa válida a una obligación civil (C. Nimes 22 Diciembre 1875; Lyon, 30 Diciembre 1890, S. 98. 2. 183. S. 92. 2. 197; Burdeos 11 Marzo 1896, Mondaut c. Zarasin, S. 98. 2. 141).

C. La promesa de pagar renta vitalicia a una concubina después de cohabitar con ella mucho tiempo, dejándola sin recursos luego, es válida; pues tiene por causa el reconocimiento de una obligación natural.(Rennes, 7 Marzo 1904, D. P. 1905. 2. 305, nota de M. Planiol, S. 1907. 2. 241, nota M. Hemard).

D. Cuando un quebrado se obliga a pagar la totalidad de sus deudas después del convenio, esta obligación tiene su causa licita en la obligación

Los anticausalistas se encuentran confusos para justificar la formación de esta obligación civil. No han tenido más remedio que decir que existe una novación de la obligación natural por obligación civil [1]. Pero esta explicación, que la jurisprudencia se ha cuidado bien de adoptar, es por dos conceptos inexacta.

En efecto, la novación supone un cambio de obligación principal, ya en las personas, ya en el objeto, bien en las modalidades, bien en cuanto a la causa eficiente de la obligación. Ahora bien, ningún cambio de esta naturaleza se verifica aquí, porque primeramente no existía obligación civil a cargo del promitente. No puede tener lugar novación en este caso con mejor derecho que en aquel en que una persona confirma una obligación viciada de nulidad relativa. Por otra parte, la novación supone la extinción de la primera obligación. ¿Mas cómo puede existir extinción de una deuda que jurídicamente no existe?

5.° Finalmente, puede concebirse que el promitente se obligue hacia una persona de la que es deudor, y esto por varias razones: por sustituir con la obligación nueva la antigua (existe entonces el *animus novandi*), por ofrecer una segunda acción que no presente los caracteres de la primitiva al acreedor, por fijar la extensión de la deuda.

A) Novación.—Si las partes realizan una novación pueden cambiar ya la cosa, ya el objeto de la obligación. Una persona, por ejemplo, causa un daño a otra intencionadamente, y pro-

natural que existe sobre el convenio (Rennes, 8 Enero 1872, D. P. 73. 2. 14, S. 72. 2. 91, y civil Rej. 29 Abril 1873. Synd. Ducasse c. Conlier, D. P. 73. 1. 207, S. 74. 1. 127).

E. El acto en virtud del cual un legatario manifiesta que se obliga, en cumplimiento de la última voluntad del difunto verbalmente manifestada, a entregar a un tercero una suma de dinero, tiene por efecto transformar la obligación natural del legatario en obligación civil que tiene causa válida (Nimes 5 Diciembre 1860, de Gray c. Cler, S. 61. 2. 1; Req. 20 Noviembre 1876, Servain c. Girardeau, D. P. 92. 2. 568, S. 92. 2. 155; Montpellier, 30 Enero 1893, Tivayrenc c. Oficinas de Beneficencia, D. P. 94. 2. 15, S. 94. 2. 84; Amiens, 12 Mayo 1903. D. P. 04. 2. 439, S. 04. 2. 239 y Req. rej. 10 Enero 1905, Dumensnil c. Bonef. D. P. 05. 1. 47, S. 05. 1. 128).

1 Planiol, T. II, 339 y 334; Baudy-Lacan. Y Barde, *Obligaciones*, T. I, núm. 1.678.

mete pagarle a título de reparación una suma determinada; o bien un deudor de cierta suma promete a su acreedor entregarle en lugar del capital una renta vitalicia anual.

De la misma manera los acreedores del quebrado convienen en hacerle rebaja de una parte de sus deudas, siempre que éste se obligue con ellos a reembolsarles la parte que le ha sido perdonada, si vuelve a mejor fortuna [1]. En estas hipótesis, la causa que determina al deudor a contratar una nueva obligación es el deseo de extinguir inmediata y completamente la obligación anterior. Tal extinción es el fin que pretende, y éste se halla alcanzado por el nacimiento de la obligación nueva. A lo más, la novación constituye un verdadero contrato sinalagmático; el deudor que se obliga a fin de extinguir su obligación primitiva, y el acreedor que consiente esta extinción a causa del nuevo compromiso.

B) No existe «animus novandi».—La novación es una pura cuestión de voluntad; en tanto se produce, en cuanto que las partes han querido extinguir la obligación primitiva. Ahora bien, el *animus novandi* raramente se encuentra, por la sencilla razón de que el acreedor las más de las veces tiene interés en conservar su acción y en superponer la que nace a favor suyo de un nuevo contrato.

Tal es el caso, que se presenta con frecuencia, de un comprador el cual se entiende con el vendedor, dándole un pagaré a la orden, a vencer en una fecha determinada. El pagaré a la orden es, como lo demostraremos más tarde, una promesa de pago, y en la intención de las partes no extingue la obligación antigua, sino que se superpone a ella, pues el acreedor no tiene deseos de renunciar a su crédito primitivo y a sus garantías [2], antes al contrario, acepta este modo de arreglo, que para

1 Suponemos que el deudor se obliga civilmente. La obligación del quebrado puede consistir, en efecto, en un contrato civil o en un simple contrato de honor u obligación natural; depende de la intención de las partes. (Cons. Req., 26 Enero 1874 Vienard c. Leblond, D. P. 75, 1. 23. S. 76. 1. 72; Nancy, 21 Junio 1902, Varinet c. Hecht, S. 03. 2. 35 y Req. Sej. 4 Julio 1904, D. P. 04. 1. 559. S. O. § 1. 37. V. Rouen, 29 Julio 1908, Cons. Sachetc c. Baudonin, S. 09. 2. 211.)

2 Civil. Cos. 21 Julio 1841, Barbaude c. Vergne-Duogoulet, S. 41. 1; 473; véase la sentencia casada de Bourges, 6 Mayo 1837, S. 37. 2. 439.

él es un modo de negociar su crédito y le da derecho a perseguir al deudor ante los Tribunales consulares [1].

Lo mismo sucede cuando el deudor perdona una letra de cambio a su acreedor; aquí el deudor o librador ordenan a un tercero (el librado) pagar la suma indicada a la orden del tomador. Al emitir la letra, el librador no se limita a dar una orden de pago, sino que sale garante del pago para con el acreedor (art. 118 Comercio); contrae con éste un nuevo contrato sometido a las reglas de cambio. El acreedor tendrá desde ahora contra él dos acciones: 1.ª, la nacida de su antiguo crédito con las seguridades que lleva consigo; 2.ª, la nacida del contrato de cambio [2]. Resulta que la causa de la promesa

Req. 5 Agosto 1878, Neveu c. damas, D. P. 79, 1. 71. S. 79. 1. 301. V. a propósito de una confesión de crédito, Civil. 28 Abril 1900, Gompertz, c. Grimal, D. P. 01. 1. 17, S. 00. 1. 277; Tolosa, 8 Mayo 1878, D. P. 89. 2. 208. V. también Bourcat, nota S. 1. 1. 910. 1. 353, bajo Cass. 26 Febrero 1908. Los Jueces en el fondo tienen un poder soberano de apreciación, Req., 8 Noviembre 1910, S. 11. 1. 152. De la misma manera la renovación de los efectos de comercio no puede ser considerada como envolviendo en sí misma una novación, a menos que conste la intención contraria claramente expresa. (Civil, 23 Agosto 1871; Poulain c. Godefroy, D. P. 71. 1. 323, S. 71. 1. 133; Alger 19 de Mayo 1909, D. P. 09. 2. 368, S. 09. 1. 112.)

1 Tratándose de un pagaré a la orden, la jurisdicción comercial es competente si el pagaré se halla firmado por un comerciante (art. 636, C. Com.) París 22 Diciembre 1891, D. P. 92, 2. 184.

2 Véase una sentencia de civ. 2 Mayo 1919, Gaz. Pal. 20 Diciembre 1919. El locatario de un inmueble arrendado el 4 Agosto 1914, reconoce el 29 Noviembre 1915, por acto auténtico, deber al arrendador 550 fr. de alquileres atrasados y 195 fr. de alquileres cuyo vencimiento es el 24 Diciembre 1916, reembolsable el 24 Junio 1920, con intereses y garantía hipotecaria. El Tribunal civil resuelve que no existe novación, porque el objeto de la deuda ha permanecido el mismo, porque la adición de una garantía hipotecaria no cambia la naturaleza de la obligación, y porque la obligación primitiva no se ha extinguido. Por lo mismo no es dudoso que la parte deudora haya asumido una obligación nueva que se superpone a la antigua.

El simple reconocimiento de deuda constituye a veces de por sí un contrato nuevo, en virtud del cual el deudor consolida o determina su deuda. Por ejemplo: el responsable civil se reconoce deudor de una cantidad fijada de conformidad con la víctima. En esta hipótesis y en otras semejantes que se puede concebir, el reconocimiento no es simplemente un título de confesión, un *instrumento*, sino también un contrato, que fija la extensión de la deuda, y si es preciso su vencimiento.

del pagaré a la orden o de la letra de cambio reside en la obligación anterior, en cuento que el signatario se propone por fin extinguir esta obligación. Los arts. 110 y 188 del Código de Comercio exigen derogando al art. 1.132 del Código civil, y sin explicar la utilidad de la exigencia que esta causa designada con el nombre de *valor prestado* (en especies, mercancías, en cuenta o de otra manera, según el texto), sea expresamente enunciada en el acto.

C) Cuenta corriente.—Finalmente, el nuevo contrato puede tener por objeto fijar exactamente a lo que asciende la obligación del deudor. Dos personas, por ejemplo, han estado en relación de negocios, y para ponerlas fin efectúan un balance final, de resultas del cual una de las partes se reconoce deudora de la otra de una suma determinada, según lo que arroje el balance realizado. Aquí también el contrato origina una nueva obligación que consolida la antigua con su misma extensión.

Resumiendo, nótase que la causa de la promesa unilateral de pagar, puede ser variable. Pero distintamente de lo que sucede en la fianza y en el compromiso del delegado para con el delegante, esta causa no es ni puede ser ignorada por la otra parte. Aunque no se hiciera mención de ella en el escrito verificado para establecer la promesa, como lo prevé el art. 1.132 del Código civil, el acreedor conoce siempre y necesariamente el fin que persigue el promitente.

30. Los anticausalistas han intentado demostrar que la idea de causa no tiene más utilidad en los contratos unilaterales que en los contratos precedentes. Han sostenido que también aquí se jugaba con los diversos conceptos de esta expresión, y que se confundía la causa *eficiente* con la *final*. Según ellos, aquello a lo que llamamos causa de la promesa de pagar, sería simplemente el hecho jurídico que la ha originado. Basta un poco de atención para echar de ver el olvido que cometen aquí nuestros adversarios. Razonan, en efecto, como si la promesa de pagar fuera un simple escrito, un *instrumentum* puro destinado a probar la existencia de una obligación anterior y no un verdadero contrato generador de promesa que se adiciona al contrato anterior. Ahora bien; las hipótesis que

acabamos de examinar, demuestran que esto es inexacto.

La promesa de pagar constituye un contrato nuevo distinto de la relación jurídica preexistente (y esta última es indiscutiblemente la causa de la promesa), ya se trate de la fianza, ya del mandato, cuando se transforma una obligación natural en obligación civil, tratándose de una donación, y cuando se agrega simplemente a otra obligación anterior cuyo pago prepara. No existe, pues, confusión entre la causa eficiente y la causa final. La causa eficiente es la misma promesa, y la causa final son el *animus novandi*, el *animus donandi*, la consolidación de la obligación natural, la relación jurídica existente entre el mandatario y el mandante, entre el fiador y el deudor principal, y, finalmente, entre el promitente y el estipulante

31. III. *Contratos cuya causa reside en relación jurídica existente entre el deudor y un tercero.*—Se hallan en este grupo la fianza, la delegación y la aceptación del librado en la letra de cambio.

1.° *Fianza.*—El fin que busca el fiador al prometer pagar para el caso de que el deudor no cumpla con su obligación (art. 2.011 civ.), no se presenta a la sola vista de este contrato. No es posible decir *a priori* como en los demás contratos ordinarios, cuál es el fin que pretende el fiador. Este fin puede ser, en efecto, variable. Las más de las veces se obliga el fiador a prestar un servicio al deudor, algunas veces por-

1 Timbal (Dis. precitad, pág. 304 y s.), sostiene también que la promesa de pagar una deuda preexistente, no es un contrato nuevo, sino simplemente la confesión de la obligación preexistente. Ahora bien, dice él, confesar o reconocer una deuda no es obligarse de nuevo. Por lo tanto la promesa escrita no es, ni puede ser un medio de prueba de una obligación preexistente.

Podemos contestar nosotros de la misma manera. Cuando el promitente está también civilmente obligado, su nueva promesa viene a añadirse a la precedente para reforzar el derecho del acreedor. En este sentido, Saleilles. *Obligación*, núm. 262, 2.ª y 3.ª edic., pág. 291. Por lo menos, ¿no era así, como hemos dicho nosotros, el efecto que producía en Roma el pacto de *constituto*, en virtud del cual un deudor se obligaba a pagar en día fijo determinada deuda preexistente? ¿No producía este pacto en beneficio del acreedor una obligación y una acción que coexistían con obligación y acción primitivas?

que el deudor le ha prometido una remuneración [1], otras porque tiene un interés personal en el negocio, con ocasión del cual interviene [2]; también puede ser fin de la obligación del fiador el interés mismo del acreedor, ya para prestarle un servicio, ya porque éste ha obtenido el cumplimiento del contrato mediante una indemnización [3].

Siempre que el fiador se obliga a petición del deudor, que es el caso habitual, la causa de su obligación hay que buscarla en la relación jurídica que le une al deudor, es decir, en el deseo de prestar un servicio, en la promesa de una remuneración, etc. El acreedor ignora casi siempre la causa que determina al fiador a obligarse con él. Resulta de esto, que la obligación del fiador hacia el acreedor está separada de su causa, y toma, por consiguiente, un carácter abstracto. Veremos más tarde las consecuencias de esta particularidad.

Ordinariamente se dice en los tratados de Derecho civil, que la obligación del fiador tiene por causa la deuda principal [4]. Hay aquí un error que Bufnoir ha puesto de relieve justamente. Sin duda esta deuda sirve de base a la obligación del fiador, y si aquélla adolece de nulidad o no existe, la obligación, no puede producir ningún efecto, porque la fianza, como la hipoteca, son contratos accesorios. Sin embargo, no hay

1 Limoges, 23 Diciembre 1847, Coquet c. Mercier, S. 48. 2. 144. D. P. 48. 2. 85.

2 V. Por ejemplo, Burdeos 30 Mayo 1904, Lappa y Chevallir e. Leger, S. 05. 2. 64, y las sentencias citadas.

3 Baudry-Lacant. y Wall, *De la fianza*, núms. 1.006, 1.007, 1.071 Planiol, T. 1. n. 2.324.

4 La misma afirmación encontramos en algunas resoluciones de la jurisprudencia. (V. especialmente Danac 9 Febrero 1893, Goceu c. Rongier, D. P. 94. 2. 213, S. 95. 1. 72. s Cass.) El fiador no había querido obligarse, sino porque se le había dicho que la deuda principal estaba asegurada con una garantía hipotecaria que en realidad no existía más que parcialmente. La sentencia de la Corte de Douai declara que esta falsa creencia del fiador ha sido la *causa determinante* de la fianza, y reduce en consecuencia la fianza al valor de los bienes hipotecados. El Tribunal de requerimientos que ha rechazado la apelación contra esta sentencia (30 Julio 1894, D. P. 95. 1 340. S. loc. cit.), se ha expresado de una manera más exacta, diciendo que el contrato estaba viciado de error sobre las cualidades sustanciales del objeto afianzado.

que confundir la base de la obligación de la fianza con la causa que la determina. «El fiador se obliga, no porque exista una obligación principal, lo cual sería insuficiente, sino por garantizar esta obligación principal y aumentar el crédito del deudor. En realidad, la razón jurídica que explica la obligación del fiador, es una intención liberal» *Propiedad y contrato*, página 533) [1].

Por lo demás, Puffendorf había indicado ya claramente en su *Tratado de Derecho natural y de gentes*, aparecido en 1672, este carácter particular de la obligación del fiador. «En la fianza, dice, título II, libro V, cap. II, § 10, hay, a decir verdad, dos contratos distintos que aparentan ser uno solo. Porque el fiador tiene relaciones al mismo tiempo con el acreedor y el deudor. Entre el fiador y el acreedor existe una simple promesa, que, hablando con propiedad, obliga al fiador para con el acreedor, sin ser, sin embargo, la causa por la que se obliga el fiador.»

42. *Delegación.*—La misma particularidad se halla en la obligación que el delegado contrae según órdenes del delegante, para con el delegatario. Este contrato tampoco deja traslucir sus causas. Es menester buscarlas entre las relaciones del delegado y del delegante. El delegado se obliga, bien a prestar

1. Es evidente, en efecto, que la simple voluntad de afianzar una deuda preexistente y aportar un suplemento de garantía al acreedor, no constituye una causa en el sentido propio de la palabra. Como hace notar Schloss Mann (ob. cit., pág. 60), «tal concepción solamente puede fundarse en un concepto oscuro de la causa. Ateniéndonos a la definición abajo enunciada de la causa, fin económico de la promesa, se puede probar que es imposible considerar el hecho de unirse voluntariamente a una deuda preexistente, y de dar una seguridad al acreedor como una verdadera causa, porque con esto no se demuestra la existencia de una relación con el patrimonio propio del promitente; el momento de garantía del acreedor se deduce de que la pura promesa del fiador es válida; mas la validez de la obligación del fiador no es la que se deriva de la seguridad intencionalmente dada al acreedor.

Una argumentación de este género debía conducir lógicamente a admitir la validez de toda promesa sin causa. Porque no se explica que se admita como causa válida, no sólo la intención de garantizar una obligación preexistente, sino también la de crear una obligación que no existe todavía.»

un servicio al delegante, bien a darle un préstamo, a veces también por liberalidad, bien, finalmente, por lo general, porque es un deudor y mira a extinguir su deuda [1].

Casi siempre el delegatario que recibe la obligación del delegado ignora cuál es su causa.

3.° *Aceptación de la letra de cambio por el librado.*—La situación del librado que se compromete a pagar el valor de la letra de cambio, presenta grandes semejanzas con la del delegado que se obliga para con el delegatario [2]. En efecto, la causa de esta obligación descansa en la relación que une al librado con el librador. Por lo general, el librado no acepta sino porque no ha recibido provisión de fondos del librador; a veces también porque quiere hacer el anticipo de la suma del contrato, o bien por pura complacencia, ya también por hacerle una donación [3].

La naturaleza de la donación del librado que acepta, ¿cuál es? Es una cuestión esta que examinaremos más tarde; contentémonos ahora con afirmar que este contrato tiene una causa exterior y que es independiente de esta causa; es, pues, también, un contrato abstracto, es decir, separado como los precedentes de la causa que determina su formación.

1 V. Hubert, *Delegación* núm. 12, disertación, Poitiers, 1889. Es un error decir como se hace generalmente (V. Baudry-Lacan. y Barde, *Obligaciones*, tít. III, núm. 1.751), que la relación de derecho existente entre el delegado y el delegante, es el motivo y no la causa de la obligación contraída por el primero. Las explicaciones anteriores nos relevan de insistir en este punto.

¿Dónde estaría la causa de esta obligación si no lo fueran las relaciones con el delegante? Según M. M. Baudry-Lacan, Ibarde, la causa de la obligación del delegado sería la renuncia que ha hecho el delegatario de su antiguo crédito. Pero si es así, ¿cuál sería la causa no renunciando el delegatario su crédito contra el delegante? Hay un detalle evidente. La causa de la obligación del delegado no debe buscarse en las relaciones del delegante y del delegatario, sino en las del delegado y del delegante.

2 Veremos más tarde que Thalle ha defendido que la emisión de una letra de cambio es una delegación.

3 V. Lacvier y Bauteron, *Compendio de Derecho mercantil*, núm. 1.199.

§ 4.—*Obligación unilateral.*

33. Con el nombre de obligación unilateral se designa la obligación que tiene su origen en la sola voluntad de quien se obliga, no en un contrato unilateral. La mayoría de los autores niegan la posibilidad de semejante obligación. Según ellos, a excepción de los legados, la voluntad no puede originar una obligación sino en tanto que concurre con otra. Pero esta opinión pierde partidarios de día en día. Nos parece, en efecto, imposible dudar que existen casos en que una persona se obliga por la sola manifestación de voluntad, y aun antes que esta obligación *haya sido aceptada por aquél en cuyo mérito fué contraída.* El Código civil nos da un ejemplo en materia de liberación de gravámenes. El adquirente de un inmueble gravado con privilegios e hipotecas que quiere cancelar, está ligado por la oferta que ha hecho a los acreedores inscritos de satisfacer las deudas y cargas hipotecarias hasta donde el precio alcance (arts. 2.184, 2.185, 2.186); así también en la estipulación con otra persona, la obligación del promitente para con el tercero nace de la sola voluntad del promitente; del mismo modo la promesa de recompensa dirigida por una persona a los que realizaron un acto determinado, da origen a una obligación a cargo de esta persona, desde el mismo día en que comienza el conocimiento del tercero.

Veremos más tarde que la emisión de un título a la orden o de un título al portador, producen igualmente una obligación de esta naturaleza.

Conviene, por tanto, buscar la causa de las obligaciones de este género.

No es posible responder sólo de una forma a esta cuestión. La causa varía a compás de las circunstancias que generan la obligación. Tratándose de una estipulación en favor de otro, la causa es evidentemente la prestación prometida por el estipulante. Así en el seguro sobre la vida a beneficio de un tercero, el asegurador promete pagar el capital convenido, porque descuenta el pago de las primas que el asegurado se obliga a entregar.

La obligación que el asegurador asume hacia el beneficiario, reconoce, pues, por causa la promesa del asegurado. La promesa de recompensa, el fin que se propone el promitente, es obtener la ejecución del acto que deja a la iniciativa de terceros [1].

Finalmente, tratándose de títulos nominativos al portador o a la orden, hay que buscar la causa de la obligación, bien en una relación de derecho anterior (letra de cambio, pagaré a la orden), bien en la prestación de fondos hecha a la sociedad emisora de los títulos nominativos o al portador.

§ 5.—*Liberalidades; donaciones entre vivos y legados.*

I.—*Donaciones entre vivos.*

34. Para determinar la causa de una donación entre vivos es necesario distinguir las donaciones puramente graciosas de las verificadas con cargas o hechas en vista de un fin determinado.

A) Donaciones puramente graciosas.—Siempre que una persona se obliga hacia otra con la sola intención de gratificarla, o la instituye, en virtud de contrato, heredera de todo o parte de sus bienes (conforme a los arts. 1.082 y 1.093 del Código civil), es preciso, como en los casos precedentes, determinar el fin que persigue. Ahora bien, este fin se manifiesta con el solo examen de la convención. En efecto, está tan íntimamente unido con la manifestación de voluntad, que parece confundirse con ella y constituir no sólo un elemento, sino el todo.

El donante se propone enriquecer gratuítamente a la persona hacia quien se obliga; es decir, hacer pasar un valor de su patrimonio al de ella sin recibir nada en cambio.

1 Supongamos que el acto en vista del cual se ha realizado la promesa de recompensa es ilícito. La promesa caerá entonces bajo el art. 1.131, y será nula por tener causa ilícita. Así, notémoslo bien, los autores anticausalistas difícilmente podrían combatir la exactitud de esta solución, porque la causa se distingue bien claramente del objeto. El objeto de la promesa es la recompensa prometida y no puede sostenerse que esta promesa tenga un objeto ilícito.

Verdaderamente, decía ya Pothier: «En los contratos de beneficencia, la liberalidad que una de las partes quiere ejercer para con la otra es causa eficiente del contrato contraído con ella... El deseo de gratificarla ocupa el lugar de la causa [1]». Esto es lo que decían los redactores del Código civil en los trabajos preparatorios. La exposición de motivos del título de obligaciones [2] de Bigot-Pseameneu declara que la causa consiste en el interés recíproco de las partes o en la beneficencia de una de ellas; y Portalis añade en la exposición de motivos del título de venta [3]: «Por lo que hace relación a los contratos de beneficencia, la causa se halla suficientemente en el sentimiento que los produce. No se ha querido privar a los hombres del dulce sentimiento de la bondad. La causa de un acto de beneficencia se halla siempre en la beneficencia misma».

Así puede afirmarse con los comentaristas que la causa de la obligación del donante es el *animus donandi*, pero no un *animus donandi* abstracto, sino aplicado a la persona a quien el donante quiere favorecer [4].

Aquí también la causa se distingue fácilmente del motivo que determina al que dispone de sus bienes. El motivo, queda en el fuero interno del donante, en tanto que la causa es inseparable de la manifestación de voluntad constitutiva del acuerdo. Puede ser el amor, la amistad, el reconocimiento, la caridad, la vanidad, la corrupción, etc. Y como en las otras obligaciones, el motivo es algo indiferente; no hay que preocuparse de él.

35. Los adversarios de la causa han dirigido igualmente críticas a este desdoblamiento de voluntad del disponente. Han

1 *Tratado de las obligaciones núm. 42.* Veremos más tarde que Domat admitía la misma idea, si bien un pasaje de sus leyes civiles ha podido hacer creer lo contrario.

2 Loese, T. XII, pág. 324; Fenet, T. XIII, pág. 228.

3 Loese, T. XIV, págs. 77 y 164; Cenet, T. XIV, págs. 47 y 131.

4 *Nota del Traductor:* El Rey Sabio tenía el más general concepto de «donación» equivalente de «liberalidad»: bien fecho que nasce de nobleza, de bondad de corazón quando es fecha sin ninguna premia. Según el publicista Girard, el empobrecimiento del donante es elemento esencial de esta figura. Véase el art. 618 del Código civ. esp. acerca de la donación *contractual* y *traslativa*.

pretendido que se daba el nombre de causa al consentimiento mismo. El *animus donandi*, según ellos, no es sino la manifestación de voluntad necesaria para la constitución del contrato; es el consentimiento mismo, la causa [1].

Varios autores, aun entre los causalistas, se han dejado convencer por esta objeción, que les ha parecido decisiva. Brissaud especialmente, uno de los más ardientes defensores de la teoría clásica, confiesa (*Disertación*, pág. 49) que en materia de donación la causa no es un elemento distinto de la formación del contrato, y que es preciso eliminar «por confundirse con el consentimiento».

Basta, entre tanto, para refutar este argumento, analizar con exactitud el acto volitivo del disponente. Aquí están, en efecto, los dos factores que se encuentran en toda obligación voluntaria, trátese de un contrato o de un compromiso unilateral; es decir, de una parte el hecho de obligarse, de otra el fin en vista del cual se obliga; fin que cambia según la naturaleza del contrato. Este fin perseguido, en general, es como hemos dicho, o el interés o el deseo de prestar un servicio, o la intención de gratificar [2].

La existencia de estos dos elementos en la liberalidad, ha sido notada por M. Bartín, en su *Teoría de las condiciones imposibles e ilícitas*, y por MM. Baudry-Lacant y Mauricio Colin, en su *Tratado de las donaciones o testamento*. «La causa jurídica de

1 Timbal, obra citada, pág. 228 y sig.; Planiol, 7.ª edición, T. II, número 138: *Revista crítica de Legislación y Jurisprudencia*, 1888, páginas 708, 709; Baudry-Lacant. y Barde, *Obligaciones*, 3.ª edición, T. I. n.° 326.

2 Coviello (*Manual de Derecho civil italiano*, T. I, § 130, pág. 399), responde que esta objeción descansa sobre un juego de palabras: «Una cosa es la voluntad que mira a producir el efecto de la atribución de un derecho patrimonial, otra es el fin en vista del cual se quiere esta atribución; fin que considerado subjetivamente, puede ser llamado intención, *animus*, o también voluntad. En efecto, si se quiere la transmisión patrimonial para recibir en cambio una prestación, la voluntad de hacer tal transmisión no puede confundirse con la intención o el *animus* de recibir la prestación contraria. Y de hecho nadie las confunde. ¿A qué razonar diferentemente tratándose de la donación? Aquí todavía hay voluntad de producir el resultado patrimonial, determinada por la voluntad de realizar una liberalidad».

la donación—dice el primero de estos autores (ob. cit., T. 362)—, se distingue del consentimiento. El consentimiento es la pura voluntad de obligarse o de transferir la propiedad. La causa es la *razón inmediata* de esta voluntad. En el acto a título oneroso es la conveniencia de obtener, en el acto a título de gratitud, la de no tener un equivalente a la prestación que se hace»; y en la pág. 366: «Yo me obligo a pagaros 100, he aquí el consentimiento; yo no intento recibir de vosotros ninguna prestación correspondiente, he aquí la causa».

«La causa—dice Mauricio Colin (ob. cit., T. I, n.° 52)—es distinta del consentimiento. Este consiste en la pura voluntad de obligarse o de transferir la propiedad. Ahora bien, esta voluntad puede abstraerse de su causa, es decir, de la razón inmediata que lo explica. Sin duda, desde el punto de vista psicológico, la causa así entendida forma con el consentimiento un todo indivisible. Mas esto no sucede sólo en el acto a título gratuíto. En el acto a título oneroso pasa lo mismo. ¿No hemos notádo, en efecto, que en el acto o título oneroso la ley no llega a distinguir la causa del consentimiento, sino descomponiendo la voluntad en realidad indivisible? Lo que es posible en los actos a título oneroso, debe serlo también, evidentemente, en los actos a título gratuíto». La respuesta es perentoria.

Precisamente porque el acto de volición se compone de dos elementos, el donatario que presume ser acreedor, debe probar no sólo el hecho de la promesa, sino su causa, es decir, el *animus donandi*. Supongamos, por ejemplo, que la liberalidad haya sido disfrazada bajo un reconocimiento de deuda. Si los herederos del signatario prueban que su autor no era deudor de su pretendido acreedor, éste no podrá triunfar si no prueba a su vez que la causa verdadera del reconocimiento era la intención de gratificarle.

La distinción entre el hecho de obligarse y su causa se presenta todavía más clara cuando el promitente se obliga para cumplir con un deber de conciencia. La causa entonces consiste en el deseo de transformar la obligación natural en obligación civil, que no es el *animus donandi*.

Hay también hipótesis en las que es muy difícil decidir si existe liberalidad o ejecución de obligación natural. Así su-

cede en el caso de constitución de dote por los padres en favor de los hijos. Los autores modernos ven en esto una donación, en tanto que los antiguos la consideraban como el cumplimiento de una obligación natural [1].

36. *B. Donaciones hechas en vista de un fin determinado.*— En las donaciones puramente graciosas, la causa consiste únicamente en la intención del donante de enriquecer gratuitamente al donatario; en todas las liberalidades, en cambio, no sucede lo mismo. Se dan muchos casos, quizá sean los más frecuentes en la práctica, en los cuales la intención de gratificar no es el elemento decisivo ni principal. El donante, al hacer la donación, se propone llegar a un resultado determinado. La donación no lleva su fin en sí misma; viene a ser entonces un acto complejo, en el que la intención de gratificar se adhiere a otro fin, del que es imposible separarla.

Es fácil presentar ejemplos de estos casos. El más característico es el de una fundación en forma de liberalidad hecha a persona moral o persona privada con encargo de afectar las cosas dadas a una obra determinada. La mayor parte de las liberalidades dejadas a los establecimientos públicos, están afectas de cláusulas de este género. Es evidente que lo que principalmente se propone el fundador, es no ya enriquecer a la persona gratificada, sino asegurar la creación y el funcionamiento de la fundación, de orden caritativo, literario, científico, deportivo, moral, etc., que quiere establecer. Con exactitud puede decirse entonces que el *animus donandi* no es más que un medio para alcanzar el fin que se propone. Tan es así esto, que se ha pretendido que en este género de liberalidades los verdaderos gratificados eran, no la persona designada como donataria, sino todos aquellos (indigentes, viejos, enfermos, niños, artistas, hombres de letras, sabios, etc.) en vista de quienes se creaba la institución. Pero esta manera de expresarse, aunque exacta de hecho, no es jurídica, porque el verdadero donatario y legatario es el designado como tal. Sea de ello lo que quiera, es ciertísimo que si separamos aquí el *animus donandi*

1. Pothier, *Tratado de la comunidad,* núm. 346. En este sentido Ambrosio Colin y Capitant, T. I, 3.ª edición, pág. 53; T. III, 3.ª edición, pág. 47.

del fin perseguido, se desnaturalizaría la operación y no se tendría en cuenta la voluntad del donante. La causa de la liberalidad reside en la intención de crear la obra elegida por el donante. Esta causa, notémoslo bien, no se confunde con los motivos que han podido determinar al fundador; se distingue claramente de ellos. Estos motivos quedan en el campo psicológico; son susceptibles de cambiar según la personalidad del disponente; no forman parte del acto jurídico [1].

37. No sólo en las liberalidades con carga hay que buscar fuera de la intención de gratificar, el fin real perseguido por el donante. En muchos otros casos, también el *animus donandi* y la persecución de un fin determinado están unidos irreparablemente.

Así sucede en materia de constitución de dote en provecho del esposo futuro. El constituyente busca el fin de facilitar el matrimonio asegurando recursos a los futuros contrayentes. Aquí tampoco la intención liberal puede separarse de su fin; el matrimonio proyectado es la causa de la constitución, hasta tal

1 Demolombe ha precisado bien el carácter particular que puede presentar la causa en las liberalidades con carga, según la naturaleza de ésta: «Suponed, dice (T. XX, núm. 557) que un hombre a quien por su edad avanzada, o por sus enfermedades, se le haga penoso el gobierno del patrimonio o la gestión del negocio comercial, y al mismo tiempo que por un pensamiento de beneficencia hacia un sobrino o un amigo, y para descanso de sus días haga donación a este sobrino o amigo de sus bienes o de su negocio comercial, imponiendo al donatario la carga de prestarle una pensión vitalicia. Ciertamente, ésta no es sólo una causa impulsiva, sino al contrario, la causa final en parte de la donación». ¿No es más evidente el caso de los labradores que parten sus tierras entre sus hijos a cambio de una renta vitalicia?

M. Bourcart se expresa también así en nota a Sirey (9, 2, 209), a propósito de las liberalidades con carga: «No es exagerado decir que la liberalidad es un medio, y que el fin perseguido es la realización de un resultado que de ningún modo puede ser confundido con la pura intención de beneficencia». V. finalmente Truchy, *De las fundaciones*, pág. 246: «La intención principal y dominante ha sido procurar la ejecución de la carga impuesta». Por lo menos la idea no es nueva. Nuestros autores antiguos habían notado ya este rasgo particular: «La donación, dice especialmente Furgole, se hace en consideración de la carga». *De los testamentos*, cap. VII, sec. 3, número 112.

punto, que puede afirmarse que si el matrimonio no se celebra, la constitución de la dote carece de causa [1].

Las donaciones mutuas nos ofrecen igualmente aplicación de nuestra teoría. Es evidente, en efecto, que en estas donaciones cada parte tiene en perspectiva la liberalidad que la otra debe realizar. La causa que determina a una a dar es la donación que la otra debe realizar en cambio. Se trata aquí verdaderamente de un contrato sinalagmático [2].

La distinción que acabamos de presentar entre liberalidades puramente graciosas y liberalidades que persiguen fin determinado, no ha sido admitida todavía por los autores que permanecen fieles a la teoría de la causa. La mayor parte siguen aferrados a tan simplicísima idea, y contradicha muchas veces por los hechos, de que la causa de las liberalidades reside siempre y únicamente en el *animus donandi*, elemento abstracto, sin conexión con ninguna otra consideración. Otros afirman que en materia de liberalidades la causa se confunde con el motivo determinante. Según ellos, es imposible separar la intención liberal de los móviles que la hacen surgir. Pero esta segunda tesis, como la primera, tampoco puede ser aceptada. En efecto, confunde dos hechos psicológicos que es preciso sepa-

1 Así la caducidad tiene lugar si el matrimonio no se realiza por fuerza mayor, que sobrevenga, por ejemplo, la muerte de uno de los cónyuges (Trib. civ. sent. 18 Julio 1923, D. P. 23. 2. 206). Para explicar este resultado, se dice con frecuencia que la constitución de la dote queda tácitamente subordinada a la condición *si nuptiae sequantur*. Pero esto no es más que un procedimiento técnico de explicación sin utilidad y no sin inconvenientes, pues es menester aplicar la regla de retroactividad y hacer remontar los efectos de la constitución de dote al día en que se ha verificado, siendo así que en realidad es a partir del día del matrimonio, cuando estos efectos comienzan a producirse (V. especialmente los arts. 1.440 y 1.548). ¿No es más exacto decir que el fin perseguido por el constituyente es la celebración del matrimonio, y que este fin forma parte integrante de la voluntad de dar?

2 No debe colocarse en este grupo la donación remuneratoria. Es una donación pura y simple. El deseo de recompensar el servicio prestado es el motivo que determina al donante, pero no constituye la causa de la donación, que es exclusivamente el *animus donandi*. No es un elemento constitutivo de la donación, y, por consiguiente, aunque sea falso, aunque los servicios no se hayan prestado, la donación subsiste.

rar, porque el uno forma parte de la manifestación de voluntad, está contenido en el acuerdo de voluntades, cae dentro del campo contractual; en tanto que el otro no figura en él.

Ahora bien, lo mismo en materia de donaciones que en los actos jurídicos, el Juez no debe traspasar los límites del campo contractual y penetrar en el foro interno del individuo para entregarse aquí a investigar la intención. Una tradición sólidamente establecida por el Derecho romano, afirma que el error acerca de los motivos de la liberalidad no produce su nulidad [1].

38. Los jurisconsultos romanos decían que el donante no puede anular su donación, si la hace para remunerar servicios que en realidad no se le habían prestado: «Quia donare volui, quamvis falso mihi persuaserit» [2]. El acto de volición está completo aunque haya sido determinado por falsa creencia. De la misma manera, si un padre de familia creyendo a su hijo muerto, constituye dote en favor de su sobrino, no puede repetir la dote cuando se demuestre la existencia de su hijo, a no ser que pusiera su muerte como condición de la liberalidad [3].

1 Aubry y Rau, 5.ª edic., T. X, § 651, texto y nota 4; Demol, T. XVIII núm. 393; Poitiers, 11 Junio 1889, D. P. 92. 1. 145.

2 Paul, D. 12. 6, *De cond. indeb.* 6. 2; Pomponius, eod. Tít. 52; Ulpiano, D. 12. 4, *De cond.* c. d. c. n. s. 3, 7.

3 El Código civil en el art. 1.110 nos ofrece la prueba relativa al error, de que es preciso distinguir siempre los simples motivos de los elementos constitutivos del acto de volición. Se deduce en efecto de este texto que el error acerca de los motivos no envuelve consigo la nulidad del contrato, al paso que el error acerca de la sustancia de la cosa objeto del contrato, es causa de nulidad. Y por eso tan determinante es el error acerca de los motivos, como el error acerca de la sustancia. Pues no hay duda que de no haber sido determinado el contratante por un motivo erróneo no habría realizado el contrato. ¿Por qué, pues, el error sobre la sustancia anula el acto, y no lo anula el error sobre los motivos? Porque, como hemos dicho ya (supra núm. 4), los motivos son anteriores a la manifestación de voluntad y no forman parte de ella; las cualidades sustanciales de la cosa en cambio son uno de los elementos constitutivos del acuerdo de voluntades.

¿Por qué también en algunos contratos el error sobre la persona o sobre tal cualidad de la persona es una causa de nulidad? Porque en estos contratos, como dice el art. 1.110, 2.°, esta consideración ha sido la causa principal de la convención, expresión exactísima que significa que aquél-

La distincion esencial de la causa y de los motivos se volverá a presentar cuando estudiemos la jurisprudencia relativa a las disposiciones entre vivos y *mortis causa*. Este estudio demostrará la falsedad de los que dicen con bastante frecuencia que en materia de liberalidades los Tribunales confunden la causa con el motivo, y designan con el nombre de causa impulsiva y determinante de la liberalidad el motivo principal que ha inspirado al donante. Un examen atento de la jurisprudencia nos llevará a una conclusión completamente diferente; demostrará que la jurisprudencia, lejos de caer en esta confusión, busca siempre el fin último querido por el disponente, y distingue, como hemos hecho nosotros, entre las liberalidades puramente graciosas y aquellas en que domina la preocupación de un fin que quiere alcanzar el disponente.

II. *Legados.*—39. Generalmente los autores no hablan de la causa más que a propósito de las liberalidades contractuales; no se ocupan de ella al tratar de los legados [1]. Es evidente por demás que las liberalidades testamentarias tienen causa como las entre vivos, porque resultan de la manifestación de voluntad del imponente y producen desde el día de la muerte ya un derecho de propiedad, ya un derecho de crédito contra el heredero. El testador, como el donante, persiguen un fin determinado que inspira y ordena la manifestación de su voluntad. Las cuestiones que suscita la determinación de la causa de las liberalidades, que estudiaremos más tarde, lo mismo salen al paso tratándose de legados que si se trata de donaciones entre vivos. Por ahora debemos atender a precisar en qué consiste la causa de los legados. La misma respuesta se impone evidentemente en esta cuestión que en las donaciones. Si nos referi-

lla forma parte integrante del acto de volición creador del contrato y se distingue claramente de los simples motivos. Volveremos sobre esto al fin del capítulo IV.

1 *Nota del Traductor:* Es Windscheid quien estudia como especies particulares de donaciones, la de todo el patrimonio, la remuneratoria, la con carga y *la por causa de muerte.* De Diego apunta que hay donaciones especiales por razón de sus fines, o por las personas, o por los bienes sobre que recaen. Entendemos que las verdaderamente especiales son las *familiares.*

mos a un legado puro y simple, la causa de la voluntad del testador es el *animus donandi*, es decir, la intención de dejar todo o parte de sus bienes; si se trata de un legado con carga, el fin perseguido será unas veces la intención de gratificar, otras veces la voluntad de crear una obra determinada.

Este es el caso en materia de fundación.

Llegamos a concluir que la causa de un legado es la misma que la de una donación entre vivos, y la distinción que hemos hecho de donaciones puramente graciosas y otras en que predomina la persecución de un fin determinado, se aplica igualmente con relación a la causa de las liberalidades testamentarias; importa, no obstante, notar una diferencia de naturaleza entre los dos géneros de liberalidades, que produce aquí sus efectos. Pues en un caso la manifestación de voluntad es unilateral, mientras que en el otro es contractual.

Se deduce que no se puede emplear el mismo procedimiento para delimitar en cada uno de estos casos el contenido exacto del acto de volición.

En presencia de un contrato, esta delimitación más difícil de hacer; fácilmente se separa el contenido de la manifestación de voluntad de los motivos que la han precedido y determinado. El acuerdo mismo de las partes contratantes permite hacer la separación. Este elemento de la voluntad ha constituído el objeto del acuerdo, es decir, del consentimiento que ha mediado entre las dos partes. En un contrato unilateral, como la donación, la manifestación de voluntad comprende el hecho de obligarse y además el fin, necesariamente conocido por el donatario que busca el donante: *animus donandi*, creación de una obra, etc. Todo lo que cae fuera de esto, es elemento puramente psicológico, de orden interno, que no entra en el campo contractual.

Pero esta delimitación no es posible tratándose un legado, porque se encuentra entonces en presencia de una voluntad única, y es muy difícil separar la voluntad del legante de los móviles que la han determinado.

¿Dónde comienza esta voluntad, dónde es preciso detenerse, cómo aislar el acto de volición de los motivos psicológicos que le han precedido y acompañado?

No tenemos otro elemento de determinación que los términos mismos de que se ha servido el testador, la fórmula a que ha incorporado su intención liberal. Mas hay que guardarse de atenernos exclusivamente a esta fórmula, porque correríamos el riesgo de desconocer la voluntad exacta del testador. Con razón tiene aplicación aquí el adagio clásico: «el espíritu vivifica, la letra, mata». Ante todo debemos inquirir el espíritu que ha dictado la letra, porque lo que importa principalmente es conocer la intención real y completa del disponente [1]. Y para descubrirla hay que atender no sólo a los términos empleados, sino a todas las circunstancias que permiten reconstituir en toda su integridad la voluntad del testador, pues sólo ella interesa. Ahora bien, es necesario para esto penetrar en su fuero interno e investigar no sólo el fin que buscaba, sino también las razones que ejerciesen influencia determinante sobre sus intenciones [2]. Si el testador ha obrado erróneamente, es preciso averiguar si este error ha sido determinante; y si se llega a la conclusión de que informado exactamente no habría hecho el legado, no debe dudarse en pronunciar su nulidad. Porque, repetimos, en esta materia hay que atenerse escrupulosamente a su voluntad.

Resulta de estas observaciones, que el motivo tiene en esta materia una importancia de que carecen los contratos. La distinción de la causa y de los motivos se hace aquí casi imposible; en tanto que el motivo es verdaderamente determinante y ejerce una influencia decisiva sobre el espíritu del disponente no puede prescindirse de él.

Basta por ahora haber señalado la diferencia que separa en nuestra materia al legado de la donación entre vivos; obtendremos más tarde las consecuencias.

1 «In testamentis plenitus voluntates interpretantur», D. 50. 17, de dio. reg. 12.

2 *Nota del Traductor:* La jurisprudencia de nuestro Supremo Tribunal enseña que los legados se han de cumplir en el modo dispuesto por el testador. Sentencias de 22 de Marzo y de 19 de Octubre de 1867.

CAPITULO II

Nociones históricas.

SECCION PRIMERA

Derecho romano.

§ 1. Actos de traslación de propiedad. La causa de la tradición.—§ 2. Los contratos abstractos. La estipulación.—I. Resultado de la teoría de las *condictiones*. —II. La *querela non numeratae pecuniae*.—§ 3. Los contratos consensuales.— I. La venta. La venta primitiva. La venta consensual. Independencia de las obligaciones del vendedor y del comprador, una vez perfecto el contrato. Pruebas de esta independencia. II. Otros contratos consensuales. Dependencia de las obligaciones recíprocas que originan.—§ 4. Los contratos innominados.— § 5. El pacto de constituto.—§ 6. Las liberalidades. § 7. Conclusión. Diversos sentidos de la palabra causa.

§ 1. *Actos de traslación de la propiedad.—La causa de la tradición.*

40. Una teoría de la causa no se encuentra en los textos del Derecho romano. Esto no tiene nada de sorprendente. Los jurisconsultos de Roma antes que nada eran prácticos. Se preocupaban de hallar soluciones concretas, de adaptar el Derecho a las necesidades del comercio humano, mejor que de construir teorías. Pero no se puede deducir de este silencio que ignoraran esta noción. Llevaban el análisis muy al extremo, y eran harto respetuosos hacia la voluntad de los contratantes, para no comprender que el fin forma parte de esta voluntad y constituye su elemento principal.

Así, a medida que fueron perfeccionando su sistema jurídico, concedieron más extensión al concepto de fin, que, sin embargo, no ocupa en su técnica un lugar tan importante como en el Derecho moderno.

Es muy interesante seguir de cerca los progresos de esta idea en su historia, tanto más, por ser debida su introducción a un proceso lento e indirecto en un sistema jurídico, del que al principio estaba ausente por completo.

El Derecho primitivo, en efecto, es un derecho formalista. Todo acto está sujeto a fórmulas solemnes, y depende en su perfección del cumplimiento de estas fórmulas, aunque no corresponda a la voluntad real de su autor.

Esto es verdad en cuanto a los modos de traslación de propiedad, así como por lo que se refiere a los contratos.

Vamos a tratar ahora, brevemente, de los primeros, y notar la importancia de la causa de las transmisiones voluntarias de la propiedad.

41. Se sabe que en Roma el concierto de voluntades no era suficiente, como sucede ahora entre nosotros, para adquirir la propiedad. Se necesitaba, además, que este concierto se completara ya con el empleo, de un modo solemne, de transmisiones, *mancipatcio*, *in jure cessio*, ya con la entrega de la cosa o la tradición. Los comentaristas antiguos expresaban esto distinguiendo el *titulus*, diríamos hoy nosotros la causa de la adquisición, del *modus adquirendi* [1].

La emancipación y la *injure cessio* eran dos actos solemnes y abstractos al mismo tiempo. En principio, el *titulus adquirendi* no influía nada en el efecto jurídico de estos actos [2]. Transmitíase la propiedad desde que se había realizado su cumplimiento, aunque carecieran de causa o tuvieran una causa inmoral e ilícita. El Derecho primitivo no se preocupaba de la causa que determinaba al enajenante a despojarse de su cosa.

A diferencia de estos dos primeros modos de transmisión, la tradición, por el contrario, era un acto sencillo; consistía en un simple acto material la entrega de la cosa. Pero esta entrega no bastaba para hacer adquirir la propiedad al *accipiens*, era preciso que fuera acompañada de la voluntad recíproca de transferir la propiedad de la cosa. El convenio de las dos voluntades aparece aquí como el elemento principal; asu-

1 Cuq. *Manual*, pág. 268.

2 Véanse los ejemplos indicados abajo en el mismo número.

me una importancia de que está privado en los actos precedentes, en los que el cumplimiento de las formalidades requeridas, constituye el hecho esencial. Así, pues, los textos nos salvan aquí de la necesidad de una *justa causa*, de que no se hace mención en la *mancipatio* o en la *in jure cessio*. Tan verdadero es esto, que desde que la voluntad viene a ser en un acto jurídico el factor predominante, la noción de causa aparece inmediatamente. Así Ulpiano dice (Reg. 19. 7), que se adquiere la propiedad de las *res mancipi* por la tradición, *scilicet si ex justa causa traditae sunt nobis*. ¿Pero en qué consiste *esta causa justa* de la que hablan los tratadistas? ¿Consiste simplemente en el convenio de las dos partes para enajenar y adquir, en cuyo caso la tradición sería, en definitiva, un acto abstracto, como la mancipación o la *in jure cessio*, o estas palabras se refieren al acto jurídico anterior, venta, donación, convenio de cambio, etc., en cuyo caso el efecto de la tradición dependería de la existencia y de la validez de este acto?

No dan una solución uniforme los textos acerca de este punto tan importante [1]. Según Paulo, la *nuda traditio* no basta para transmitir la propiedad; es preciso que se haga a consecuencia de una venta o de otra causa que la justifique [2]; pero la opinión contraria parece triunfar. Juliano afirma que se transmite la propiedad por el solo hecho de que las partes hayan querido enajenar y adquirir, aunque el *tradens* haya obrado por error creyendo ser deudor de la cosa, aunque las partes no estén de acuerdo en la causa que las determina a hacer la tradición, queriendo el *tradens*, por ejemplo, hacer una donación y el *accipiens* recibir un préstamo [3]. Lo mismo sucede si la causa de la tradicción es inmoral [4], o si el fin buscado por el *tradens* no debe alcanzarse [5]. En todos estos casos el Derecho Ro-

1 V. Girard, *Manual*, 6.ª edic., P. 300; Cuq, *Manual*, pág. 276 y s. Savigny, *Obligaciones*, trad. Guenoux, T. II, p. 420-27. Los intérpretes admiten generalmente que en derecho clásico la tradición es un acto abstracto como la mancipación. Contra, Ferrini, *Pandectas*, núm. 307,

2 D. 41. 1, *de, adq. rer. dom.*, 31, pr.

3 Juliano, D. 41. 1, *de, adq. rer. dom.*, 36. Ulpiano, es verdad, defiende la opinión contraria, D. 12. 1, *de. reb. cred.*, 18, pr.

4 Ulpiano D. 12, 5, *de. cond. ob. turp. caus*, 2.

5 Paulo D. 12. 4, de. c. c. d. c. n. s, 9, pr; D. 12, b, *de. cond. ind.* 65, 4.

mano no establece en favor del *tradens*, cuando lo merece, más que una acción personal por daños y perjuicios [1].

Así, pues, en materia de transmisión de propiedad, el acto

1 Es necesario observar que en nuestros días se discute todavía la cuestión, con ocasión del pago de lo indebido. En nuestro antiguo Derecho, Potiher, fiel a la tradición romana, decía que este pago transmitía la propiedad de la cosa entregada al *accipiens*. «El que paga por error una cosa que cree deber, tiene intención de transferir su dominio por la entrega que de ella hace; el que la recibe tiene igualmente intención de adquirir su propiedad. Este concurso de dos voluntades basta; con la tradición se verifica la transmisión de la propiedad». (*Tratado de la acción, condictio indebiti*, p. 178, 179). Y concluía que si el *accipien* enajenaba la cosa, el *solvens* no podía en principio reivindicarla contra el tercer adquirente.

La misma cuestión se presenta con ocasión del art. 1.380 del Código civil. No se vuelve a presentar más que con ocasión del *pago de lo indebido*, y esto cuando el objeto es una cosa genérica, pues si se trata de una cosa específica, no es la entrega de la cosa la que transmite la propiedad, reputándose el *accipiens* propietario de la cosa que le fué entregada desde que nació la pretendida obligación con que el *solvens* se cree vinculado por error. Hay que suponer que el *solvens*, creyéndose deudor de una cosa indeterminada, por ejemplo, cierta cantidad de terreno no delimitada todavía o de mercancías, ha verificado la entrega de ello a su pretendido acreedor. Los autores se preguntan si esta tradición, aunque hecha sin causa, pero con intención recíproca de enajenar y de adquirir, transmite la propiedad. A primera vista, el art. 1.380 parece consagrar la afirmativa, porque dice que si el que ha recibido la cosa la ha vendido de buena fe, no debe restituir sino el precio de la venta. Así este texto concede acción al *solvens* contra el *accipiens*, pero no contra el comprador de la cosa. Corroboran este argumento las explicaciones de los trabajos preparatorios de Bertrand de Greuille y Tarrible (Loesee, T. XIII, p. 39, núm. 7, 55, núm. 16). Los primeros intérpretes del Código civil se declaraban en favor de esta solución, al menos para el caso en que el *accipiens* haya obrado de buena fe (V. Toulller, T. XI, 97, s; Delvincourt, T. III, t. 681; V. Zacarie, § 442, texto y nota 8). Pero los intérpretes modernos rechazan esta opinión porque la tradición hecha sin causa no puede transmitir la propiedad.

«La falsedad de la causa, dice Calmet de Santere (T. v. núm. 361 bis, III), debe también viciar y anular lo mismo una enajenación que la creación de una obligación, porque la existencia de la causa es elemento necesario del consentimiento, y el consentimiento tan indispensable es tratándose de enajenar, como si se trata de obligarse». (V. en el mismo sentido Demolombe, T. XXXI, núms. 405 et s.; Aubry et Rau, 5.ª édit., T. VI. § 442, p. 317; Laurent, T. XX, núms. 378, 379; Baudry-Lacantineire et Barde, *Obligaciones*, T. IV, núm. 2.845).

de transmisión se aislaba por completo de su causa y producía efecto traslativo, prescindiendo del fin que intervenía.

Los jurisconsultos habían aportado algunas modalidades a esta regla; existen casos en que habían sentido la necesidad de enlazar la transmisión con su causa y habían resuelto entonces que no tenía lugar la transmisión sino cuando era alcanzado el fin perseguido por las partes. El ejemplo más demostrativo se halla en materia de venta. Se admitía que la tradición de la cosa vendida, y lo mismo acontecía en la mancipación [1], no transfería la propiedad al comprador hasta que se hubiera pagado el precio al vendedor [2].

Aquí, en efecto, la correlación entre la transmisión de propiedad y el pago del precio es tan estrecha, que no se puede romper sin ponerse en oposición evidente con la voluntad del vendedor y hacerle correr un riesgo que no ha querido asumir. Y lo mismo en caso de constitución de dote [3] se resolvía que la transmisión de propiedad quedaba subordinada a la condición que se realizase en matrimonio.

§ 2.—*Los contratos abstractos. La estipulación.*

42. Los contratos solemnes del derecho romano antiguo, el *nexum*, desde que fué ficticio el acto referente al dinero, la *expensilatio*, la *stipulatio*, se convierten en actos abstractos; producen obligaciones, sin que correspondan a la voluntad de quien se obliga. Habiéndose realizado en la forma requerida, obligan al promitente, aunque se haya vinculado sin causa, o en virtud de causa ilícita o impulsado por violencia, dolo o error [4].

En la estipulación, que es la forma más empleada en las obligaciones, la causa de la promesa no se enuncia; el promitente se contenta con responder afirmativamente a la pregunta que le dirige el estipulante [5], Es el acto abstracto por excelencia.

1 V. Girard, *Manual*, 6.ª édit., p. 295, 296.
2 Inst., 2. 1. de rer, div., 41.
3 D. 12. 7, de condict. sine causa, 5 pr. et 1.
4 Gayo, 4, 118, a.
5 Las partes podían suprimir el carácter abstracto de la estipulación.

Este sistema es ventajoso por su simplicidad, porque con él siempre es fácil reconocer si un acto debe o no producir sus efectos.

No movió a los romanos a adoptar este sistema, como sucede actualmente en ciertas legislaciones, el fin de desarrollar y hacer más seguras las operaciones comerciales, sino la necesidad de una simplicación natural de las legislaciones primitivas.

43. I. *Consecuencias de la teoría de las condictiones.* — Mas este desdoblamiento del acto jurídico, esta separación de los dos elementos de la voluntad, la dación y la promesa y su causa, debe de ser provisional, porque es inadmisible que el que transmite la propiedad, o se obliga sin causa, tenga obligación de cumplir su promesa, o quede privado del derecho de que se le devuelva su prestación. La jurisprudencia vino en su ayuda, creando lentamente, según que lo exigían las necesidades de la práctica, la teoría llamada de las *condictiones sine causa* [1], teoría que sin destruir los principios tradicionales, corrige su injusticia al establecer que el *accipiens* o el estipulante queda obligado por el solo hecho de recibir una cosa o de llegar a ser acreedor sin causa. Esta teoría tiene un origen muy antiguo. Se deduce, en efecto, de los textos que la *condictio* ha tendido en un principio, no a sancionar un acuerdo de voluntad

enunciando la causa en virtud de la cual el deudor se obligaba. Este era el caso de *la estipulatio debiti; Centum, quae ex vendito mihi debes spondesne dare?* «El Juez debía asegurarse de que los cien sextercios eran realmente debidos por causa de venta». Euq., *Manual,* pág. 390, núm. 6; Saleilles, *Obligación,* p. 287; Cons. Pomponiuns, D. 45. 1, *de verb. obl.* 5, pr.; Paulo. Sent. 2. 22. 2).

Hay un caso en que la estipulación ha terminado por perder su carácter de acto abstracto, que es el de la novación. En tiempo de Justiniano, y probablemente desde la época clásica, la novación no produce su efecto extintivo más que cuando esas partes han obrado con intención de extinguir la deuda antigua *amino novandi.* (Just. 3. 29, 3. a.)

1 Se sabe que los redactores de las Pandectas hicieron una nueva clasificación de estas *condictiones* en el *Digesto (L. XVI, títulos IV a VII):* condictio causa data, causa non secuta: y ob causam datorum, D. XII; L., condictio ob turpem vel injustum causam, D. XII, 5; condictio indebiti, D. XII, 6; condictio sine causa, D. XII, 7.

des, sino a prohibir un enriquecimiento injusto a expensas de otro [1].

Si hubo transmisión de propiedad, el enajenante podía en la época clásica intentar la *condictio certae rei* o la *condictio certae pecuniae*. El promitente que se ha obligado sin causa, puede oponer la excepción de dolo en contra del acreedor, o puede también, sin esperar al vencimiento de la deuda, alcanzar desde luego su liberación por la *condictio incerti* [2].

Solamente que, y por eso la estipulación conserva su ventaja de acto abstracto para el acreedor, es preciso sea el deudor mismo quien pruebe la ausencia de la causa o el carácter ilícito de su promesa, al paso que en los contratos ordinarios es el acreedor quien debe establecer el hecho generador del crédito. El fin perseguido quedaba, pues, ajeno a la perfección del acto jurídico, destinado, bien a crear obligaciones, bien a transmitir la propiedad. Intervenía sólo posteriormente a

1 Los romanos, dice M. Girard (*Manual*, 6.ª edic., p. 625), en nuestro sentido han admitido desde muy antiguo, que quien retiene sin causa una cosa ajena, tiene obligación de restituirla.

Y admitieron esto, no porque como dicen algunos autores, hicieran extensión de las reglas del contrato de *mutuum* a casos análogos del pago de lo indebido, y de otros enriquecimientos en que el deudor quedara obligado *quasi ex contractu* como si existiera *mutuum*, sino por un principio superior e independiente, en virtud del cual, la obligación del prestatario es una simple derivación en vez de ser su origen, y esto en virtud del principio de que quien adquiere o retiene sin causa un bien ajeno, está obligado por equidad a devolverlo, no porque medie un contrato, sino porque existe una adquisición, o, mejor todavía, un enriquecimiento. Esta idea verdadera, siempre que se retiene injustamente una cosa ajena, es la base de una acción en favor de la persona empobrecida que se remonta a nuestro parecer a un pasado remoto, a una época en que se accionaba *per sacramentum*, a un tiempo anterior al de la introducción de la *condictio*. La prueba de su antigüedad está testimoniada por Sabino, que dice al principio del Imperio que estaba ya reconocida por los *Veteres* (Ulpiano D. 12. 5. de cond. ob temp, 6). La prueba de su antigüedad y de su ejercicio por *sacramentum* está en una disposición de una ley del 605 que organizaba una aplicación particular por este procedimiento. V. cuq, *Manual*, p. 536.

2 Juliano D. 12. 7, *De condit. sine causa*, 3; Ulpiano D. 12. 6, *De condit. indeb.* 31.

UNI - SEMINARIO DE DERECHO PRIVADO - VIC

la conclusión para paralizar o destruir, si era preciso sus efectos jurídicos.

Así, pues, con la teoría de las *condictiones*, el concepto de *fin* se introdujo en la técnica jurídica romana, pero hay que notar que se introdujo, no como elemento necesario para la formación del acto, sino como correctivo impuesto por la equidad, para impedir que un acto produjese efectos contrarios a la voluntad de las partes, a la ley y a las buenas costumbres.

Por otra parte, es importante establecer que los romanos abandonaron en algunos casos la concepción originaria, y admitieron que una estipulación contraria a la ley o a las buenas costumbres, estaba atacada de nulidad, que es nuestro sistema moderno, consagrado por el art. 1.131, Código civil. Esta es la solución que propone Juliano en la hipótesis siguiente: Un marido, queriendo hacer una donación a su mujer, le ha permitido estipular a este efecto con su deudor; después, habiendo tenido lugar la estipulación, pero antes de que el dinero se haya entregado, se divorcian. El jurisconsulto se pregunta si el marido se ha hecho acreedor de su deudor, y si esta estipulación por causa de donación origina alguna acción, y responde que es *inanis*, es decir, no produce ningún efecto. (D. 2.401. de donat. int. vir. etux; 393) [1].

44. II. *La querela non numeratae pecuniae.*—En la época clásica la idea de causa penetró todavía más profundamente en el sistema de contrato formal, en virtud de la *querela non numeratae pecuniae*, que fué introducida en favor de los prestatarios para protegerlos de la mala fe de los prestamistas. En el préstamo, el prestamista, antes de entregar el dinero al prestatario, le hace obligarse. En Roma, al *mutuum* precedía una estipulación, por la que el prestatario se obligaba a restituir la cantidad que le fuera prestada [2]. Se introdujo después, al uso de origen griego, redactar en escrito las convenciones [3]; el prestamista obligó a firmar al prestatario una letra demostrati-

1 Véase también la estipulación hecha bajo condición de venta de una cosa fuera del comercio. (Venuleyus, D. 45. 1, deverb, obl. 137. 6.

2 Gayo, 4, 115 y 119.

3 Este uso se introdujo en tiempos de Cicerón, y se desarrolló bajo el Imperio. (V. Cuq., *Manual*, p. 416).

va del préstamo, que terminaba ordinariamente por la cláusula estipulatoria que ocupaba el lugar de pronunciación de las palabras solemnes [1].

Por lo menos, hubiere o no intervenido cláusula estipulatoria, el prestatario se reconocía obligado antes de recibir la suma. Corría ciertamente un riesgo, porque podía acontecer que no se le entregaran los fondos, y más aún, que el prestamista inscribiera una suma superior a la que en realidad había prestado [2]. Sin duda el prestatario tenía derecho a probar la deuda, a pedir la restitución de la carta de pago o a exigir su liberación mediante la *condictio*, y siendo perseguido por el prestamista, podía oponer la excepción de dolo, pero a él le tocaba probar que no había habido entrega de dinero, prueba verdaderamente difícil de hacer. Es probable que más de un deudor fuera víctima de la mala fe de su adversario. Y en efecto. Constituciones imperiales que se remontan al principio del siglo III [3] aportaron una innovación en esta materia, reconociendo al deudor obligado por escrito el derecho de negar su deuda y oponer a su adversario la *querela non numeratae pecuniae*, antes de toda persecución y después de ejercitar alguna acción contra él.

Esta denegación tenía por objeto imponer al prestamista la carga de probar por otros medios, que por escritura, la entrega de dinero. La *querela* no se concedía al deudor más que durante un tiempo limitado, un año al principio, comenzando a contar desde la redacción del acto, que fué prorrogado hasta cinco años en tiempo de Diocleciano, y reducido a dos por Justiniano. El prestatario que dejaba transcurrir este tiempo sin reclamar, se presumía que confesaba la realidad del préstamo acusada por la escritura [4]. Es verdaderamente interesante consignar la evolución que produjo el Derecho romano en esta materia. Después de haber admitido durante mucho tiempo la validez del contrato abstracto en virtud de la estipu-

1 Paulo. Sent. 5. 7. 2; Just. 3. 19, de inut stip. 17; Paulo, D. 45, 1. de *verb. obli.* 134. 2.

2 V. Monnier, Nonv. Rev. hist. 1900, pág. 171.

3 C. 4, 30, de n. n. p. 3.

4 C. 4. 30, de. n. n. p. 8 y 14, pr; Inst. 3. 21. de litl. obl. pr.

lación, se quitó toda la fuerza a este contrato, al menos en el caso más frecuente y más práctico, el de préstamo, imponiendo al estipulante la obligación de probar la entrega de dinero cuando la combatía el promitente. La estipulación inherente al *mutuum* no significaba ninguna ventaja apreciable para el prestamista. Y no sólo la estipulación se hallaba desprovista de eficacia, sino que también la escritura carecía de valor probatorio, puesto que bastaba probar la recepción de cantidades, aun cuando las mencionara expresamente. Esto era ciertamente salirse de lo justo, y el derecho del Bajo Imperio llegó a un punto de vista más exacto de las cosas. El Emperador Justino resolvió, en efecto, que la *querela* no se concedería al deudor cuando la carta suscrita por él manifestara que se hacía en virtud de causa pasada *(cautio discreta)*. En tal caso, el deudor que contradecía la realidad de la causa debía probarla, y no podía hacerlo sino trayendo a colación otro escrito capaz de destruir la fuerza del primero [1]. Así, pues, el campo de aplicación de la *querela* se restringió sensiblemente. No podía ser invocada más que cuando la escritura no indicaba expresamente la entrega del dinero [2].

Hay que añadir que la *querela* creada para la hipótesis del préstamo, y por causa del daño particular que representaba para el prestatario la firma de un escrito que mencionaba ordinariamente el contrato por estipulación, se extendió en seguida al caso de constitución de dote, porque, como decía Juan Faber (Inst. de. lit. oblig.), estos dos casos se prestan especialmente a que confiesen los hombres con más facilidad haber recibido lo que no les ha sido pagado, *propter affectiones quas habent ad pecunias et uxores*.

Fué aplicada igualmente por Justiniano a los préstamos de mercancías.

Importa, finalmente, notar que el texto arriba citado de Paulo, interpolado por Justiniano, que ha ocasionado tantas

1 C. 4. 30, de n. n. p. 13.

2 C. eod. tit; 5 y 15; Paulo D. 22. 3. de probat. 25. 4, fragmento interpolado por Justiniano, que introdujo pasajes casi textuales de la const. 13. C. de n. n. p.

discusiones [1], parece ampliar más todavía el campo de la excepción, pues no se refiere especialmente al *mutuum*, sino a toda *cautio* que va contra la existencia de una deuda. Si la *cautio* es *indiscreta*—dice—es decir, no indica el acto jurídico que ha motivado su redacción, el deudor puede imponer al acreedor la carga de la prueba. Resulta de todo esto que un escrito estipulatorio en el Bajo Imperio, es decir, la *stipulatio* [2], no tenía fuerza probatoria, a no ser que se hiciera mención en ella de la causa de la promesa. Este texto y la constitución (13, C. de. n. n. p.), cuyos términos reproduce en parte, como veremos más tarde, han desempeñado un papel importante en la historia de la teoría de la causa [3].

§ 3.—*Los contratos consensuales.*

45. La admisión en el Derecho civil del efecto obligatorio de los contratos consensuales (venta, arrendamiento, mandato, sociedad), significa un nuevo progreso de la idea de fin económico perseguido por los contratantes. Porque el contrato consensual constituye un todo perfecto, y porque revela él mismo un fin querido por cada una de las partes, el derecho ha sancionado estos acuerdos de voluntad sin exigir solemnidad alguna [4]. Con todo eso, no han deducido los juriscon-

1 D. 22. 3, de probat, 25. 4. Windscheid, Pand. § 318, nota 4, 9.ª edic. T II. p. 315, dice que se podría llamar un texto «desacreditado» (berüchtigt.)»

2 En efecto, no es el escrito el que obliga, sino la estipulación: *non figura litterarum sed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur.* Paul D. 44. 7, de obl. et act, 38.

3 «Malditos fragmentos, dice Windscheid (9.ª edic. § 412 b, nota 2, T. II, p. 828), que han costado tantas penas, y las que cuesten todavía, antes de que se llegue a un resultado preciso». En esta nota de Windscheid se encontrará un resumen de los diversos sistemas propuestos por los pandectitas alemanes para explicar las palabras: *cautio quae indiscrete loquitur.* Se ha discutido mucho acerca de la significación de la palabra *indiscrete.*

4 Es curioso observar que los romanos no tienen término técnico para designar estos contratos, que son los contratos por excelencia, y para los cuales Labeón reservaba esta denominación (D. 50. 16. de Verb. signar 18). Para denominarlos emplean la palabra griega συναλλαγμα, D. 2. 14, de paac, 7. 2.

sultos las consecuencias que se desprenden de este concepto, sino de una manera lenta e incompleta.

I. *La venta. La venta primitiva. La venta consensual. Independencia de las obligaciones del vendedor y del comprador, perfecto el contrato. Pruebas de esta independencia.*—El origen mismo del más usual y del más importante de estos contratos, la venta, ha contribuído a disfrazar la importancia esencial del fin tenido en miras por cada contratante. La venta al contado, única conocida al principio, no era un contrato, es decir, un acuerdo de dos voluntades productivo de obligaciones recíprocas, sino simplemente un acto traslativo de propiedad, mancipación o tradición. Pero la operación al contado no podía llenar por mucho tiempo las necesidades del comercio, porque el comprador, que casi siempre fija la ley del contrato, reclama ordinariamente un lapso de tiempo para pagar el precio, sobre todo tratándose de inmuebles, y el vendedor se ve muchas veces en la imposibilidad de entregar inmediatamente las cosas vendidas. Fué menester salir del acto simplemente traslativo de propiedad para llegar al contrato [1].

¿Cómo se verificó esta transición? Las opiniones están divididas en este punto. Admiten los unos que la venta consensual tuvo al principio un valor puramente moral [2]; piensan los otros que desde el principio fué un contrato real que tenía lugar por la entrega de la cosa [3]; finalmente, dicen otros que se perfeccionaba por medio de dos contratos verbales, estipulando el vendedor el pago del precio y haciéndose prometer el comprador la tradición de la cosa [4].

Sin tomar parte en esta controversia [5], que interesa poco

1 V. Girard, *Manual*, 6.ª edc., t. 545 y s.; Cuq, *Manual*, p. 453 y s.

2 V. Cuq, *loc. cit.*

3 Pernice, Labeon, T. I, t. 456 y s, II, p. 318, núm. 1; Huvelin, en *Dasemberg* y *Saglio*, T. I, 1904, p. 138, vers. *Obligación.*

4 Girard, *op. cit.*, 6.ª edic., p. 545 y s., y los autores citados por é Dernburg, Roemisches, Recht, T. II, p. 59.

5 *Nota del Traductor*: Aún hoy subsiste la dificultad en aquellas transmisiones en que a cambio de una cosa se dan a la vez cosa o cosas y dinero. Nuestro Código trata de desviarla en el art. 1.446 estableciendo las dos siguientes reglas: 1.ª Que se calificará el contrato cuando el precio de la

para nuestras explicaciones, es cierto, sea dicho de paso, y podríamos invocarlo en favor del último sistema, que los jurisconsultos romanos no han tenido idea clara de la conexión existente en las obligaciones recíprocas, por causa de la voluntad misma de los dos contratantes. Como dice muy bien M. Georges Cernil [1]: «Partiendo de la época en que se conoce en Roma el contrato consensual (es decir, un siglo, por lo menos, antes de Labeon), sólo en el momento de la formación del contrato se manifiesta el carácter sinalagmático de la venta; las obligaciones del vendedor y del comprador guardaban entre sí una relación de dependencia recíproca en su origen; las unas eran causa de las otras y no podían, por consiguiente, nacer sin ellas [2]. Pero una vez nacidas, estas obligaciones se libraban de todo lazo de dependencia recíproca; en su ejecución, las obligaciones del vendedor y del comprador eran completamente independientes las unas de las otras [3]». Sin duda esta falsa concepción, contraria a la naturaleza del contrato sinalagmático, se atenuó después; pero jamás fué definitivamente abandonada, y algunas reglas derivadas de ellas subsisten todavía [4].

venta consistiera, parte en dinero y parte en otra cosa, por la intención manifiesta de los contratantes; 2.ª Que no constando dicha intención, se tendrá por permuta si el valor de la cosa, dada en parte del precio, excede al del dinero o su equivalente, y por venta en el caso contrario.

1 *Evolución de la venta consensual*, Nouv. Rerv. Hist. T. XXV, p. 150

2 Esta dependencia era tan íntima, que en la cuenta al contado que primitivamente se realizaba por la mancipación, ésta no transmitía la propiedad a no ser que hubiera mediado pago de precio; y la misma regla fué aplicada a la tradición, cuando se trataba de la *res, nec mancipi*. (Inst. 9. 1, de. rer. div, 41.)

3 «Estando perfecto el contrato, las obligaciones son ya independiente la una de la otra; aquélla no puede perecer y ésta subsistir. Un acontecimiento posterior no puede impedir que el contrato haya existido y haya producido efectos propios de su naturaleza. El comprador se ha obligado a pagar un precio para que el vendedor se obligara a procurarle una cosa; el vendedor se ha obligado y el comprador se ha hecho acreedor; ha alcanzado su fin». (Labbe, *Estudios acerca de algunas dificultades relativas a la pérdida de la cosa debida*, t. 97, núm. 81).

4 M. Cuq. (*Manual*, p. 461, núm. 1), afirma, por el contrario, que los romanos han tenido plena conciencia de la unidad de la venta y de la conexidad de las obligaciones que origina; y en su apoyo invoca el fragmento

46. Es fácil aportar pruebas en apoyo de esta afirmación. Desde luego la regla de la ejecución simultánea de las obligaciones del vendedor y comprador, permitiendo al que era perseguido oponer el medio de defensa que los intérpretes han calificado de *exceptio non adimpleti contratus*, data de la época clásica. Según Varrón [1], que escribía en tiempo de César, el comprador podía exigir la entrega de la cosa vendida aunque no hubiera pagado el precio. En el siglo segundo se adoptó la solución contraria, reconociéndose consiguientemente al vendedor el derecho de retener la cosa, *pignoris loco*, hasta que el precio fuera entregado totalmente [2]. Según la Constitución de Caracalla [3], parece deducirse que el comprador que rehusaba pagar el precio invocando la falta de entrega de la totalidad de los bienes vendidos, era obligado a invocar la excepción de dolo contra la demanda del vendedor, lo cual probaría que el derecho

famoso (50, D, de act. e. v. 19, 1.), en que Labeón dice que la buena fe se opone a que el vendedor quede obligado a entregar la cosa cuando el comprador se acoge al beneficio de alguna ley para no pagar el precio. Pero nuestro sabio compañero nota también que si el vendedor queda libre, no es porque la ejecución de una de las obligaciones sea condición de la ejecución de la otra, sino porque el comprador comete un acto de mala fe reclamando del vendedor el beneficio de una ley dada sólo para los deudores alcanzados. Según se ha notado, con razón, si Labeón recurre a la buena fe para justificar su solución, ¿no es, acaso, porque, según los principios, el vendedor está obligado a entregar la cosa? Así este fragmento viene en apoyo de nuestra afirmación. Véase, además, acerca de esta interpretación el artículo precitado de M. Georges Cornil. Sostiene éste que las palabras «*Bona fides non patitur ut*» constituyen una interpolación, y que después de Labeón, el vendedor estaba obligado a entregar la cosa.

1 *De re rustica*, II, 2. 6. M. cuq.; observa, es verdad (*Manual*, c. 472, n. 2), que Varrón atiende solamente al derecho del comprador de hacerle entregar la cosa sin pagar el precio, pero no concede al vendedor el derecho correlativo de hacerse pagar sin entregar la cosa; no se deduce menos por eso que la facultad dada al comprador por Varrón, aunque no sea reciproca, está en contradicción con el principio admitido más tarde de la simultaneidad de la ejecución de las obligaciones, y esto prueba que en tiempo de Varrón, el concepto de la conversión de las obligaciones, no se comprendía bien todavía.

2 Gayo, *Inst.*, IV, 126 a; Ulpiano, D. 21, 1, *de oedil, ed.* 31, 8; D, 19. 1° de act. e. v. 13, 8.

3 C. 8. 24 (45, de evict., 5).

de prevalerse de inejecución del adversario, fué concedido por razones de equidad y no por aplicación de la idea de la conexión de las obligaciones [1].

Del mismo modo, según un fragmento de Ulpiano (D. 4, 3, *de dolo malo*, 7, 3). Labeón, que vivió en tiempo de Augusto, examinando la hipótesis de que un vendedor envenenara al esclavo vendido antes de entregarle, o constituyera una servidumbre, cortara árboles, demoliera construcciones en el fundo vendido antes de hacer su entrega, dudaba que en estos casos pudiera el comprador intentar la acción *ex empto* y le concedía la acción de *dolo*. Otro texto prueba también que Labeón no percibió la conexion de las obligaciones originadas por un contrato sinalagmático. En la Ley 23, d. 46, 4, *de acept*, proclama en términos generales, que si un acreedor perdona al deudor, no por esto queda libre de la propia deuda, por la que puede ser obligado para con el mismo deudor. Así, según él no debe hacerse excepción cuando hay un contrato sinalagmático que ha originado las dos obligaciones. Paulo, por el contrario, no es de la misma opinión, lo cual prueba que la concepción primera ha sido abandonada; a la regla sentada por Labeón, pone reserva cuando se trata de una venta o de una locación no cumplida todavía y declara que la aceptilación, aunque no haya sido realizada más que por una de las partes, deja libre también a la otra [2].

47. No puede dudarse que en el transcurso del tiempo se ha verificado una evolución, en virtud de la cual se ha penetrado mejor en la intención de los contratantes y se ha comprendido que las obligaciones nacidas de un acuerdo de voluntades, no pueden ser tratadas como obligaciones completamente separadas.

La evolución no ha sido completa, y hasta en la época clásica la construcción del contrato sinalagmático es todavía imperfecta, porque en vez de rechazar la concepción primera la ha conservado en parte.

El más importante, y al mismo tiempo más raro vestigio de

1 V. Cassin; *de la excepción del incumplimiento en las relaciones sinalagmáticas*. dis., París, 1914, p. 9 y s.; Girard, *Manual*, p. 534, nota 4; cuq. *Manual*, p. 472, nota 4.

2 V. Georges Cornil, ot. c., p. 153.

esta concepción originaria, se encuentra en la regla que imputa los riesgos de la cosa vendida al comprador, cuando perece por caso fortuito antes de la entrega [1] en manos del vendedor [2]. En vano los intérpretes han intentado justificar esta solución; es insostenible; viola indiscutiblemente la voluntad del comprador, que se comprometió a pagar el precio con la condición de que se le entregara la cosa. ¿Cómo han podido desconocer la naturaleza del contrato sinalagmático los jurisconsultos romanos que poseían un sentido jurídico tan refinado? [3]. La verdad de esto está en que la idea tradicional de la independencia de las dos obligaciones dominó siempre en su espíritu.

Pensaron que la pérdida fortuita de la cosa no podía librar al comprador de su obligación de pagar el precio. «Si los romanos, dice muy bien M. Labbe [4], adoptaron la solución que cri-

1 Si por el contrario, la cosa se había destruído sin saberlo las partes, antes de la venta, el contrato no tenía lugar por falta de objeto. Por consiguiente, el comprador que hubiera pagado el precio antes de conocer la verdad, podía obtener su restitución (Paulo, d. 18, 1, de contra 4, mpt. 57. ps.)

2 Inst. 3. 23, de empt. vend., 3; Juliano, d. 18, 5, de Rescind. vend., 5, 2; Apriano, d. 46, 3, de solut. 39; Paulo, d. 18, 1, de contr. emp. 8; Ulpiano, d. 47, 2, de fecotu, 14, ps.

3 M. Girard *(Manual*, sexta edc., p. 559) veía en esta regla la prueba de que al principio la venta se perfeccionaba por medio de dos estipulaciones. «La teoría de los riesgos—dice—es a nuestro parecer un rasgo singularmente interesante del tiempo en que las dos obligaciones del vendedor y comprador nacían de dos contratos distintos». (En el mismo sentido Dernvur, *System des Roemischen Rechts*, 1912, 2.ª parte, § 277, 1, p. 583). Sin ir más allá puede afirmarse en todo caso que constituye una prueba de que al principio estas dos obligaciones, una vez nacidas, corrían su propia suerte, sin influir la una en la otra.

Para M. Cuq, por el contrario (*Manual*. p. 461), esta regla es una señal de que en aquel tiempo sólo estaba en uso la venta al contado: «En principio todo debe suceder como si la venta hubiese sido perfecta desde su conclusión. Si la tradición se ha diferido y la cosa ha perecido sin intervenir dolo ni falta de parte del vendedor, queda libre». En el mismo sentido Windscheid, *Lechrbuch des Pandektenrecht*, 9.ª edc., T. II, texto y notas 18 y 19 a; V. Chausse, *Singularidades de la venta romana*, 5, R. H., t. XXIII, p. 513 y s.

4 *Estudios acerca de algunas dificultades relativas a la pérdida de la cosa debida*, núm. 101, ps. 117 y 118.

ticamos, creemos encontrar la razón en que la teoría de la causa impulsiva en los actos jurídicos voluntarios, desconocida en principio en Derecho romano, se desarrolló muy poco y no alcanzó su perfección en la jurisprudencia romana».

48. Otras modalidades del punto de vista primitivo encontramos en el Derecho clásico. Así, especialmente el Derecho romano no llegó a admitir nunca que uno de los contratantes pudiera pedir ante los tribunales la resolución del contrato cuando su adversario rehusaba cumplir su obligación [1]. Fué menester que la práctica remediara esta laguna, al menos en el caso más interesante, es decir, cuando el comprador no pagaba el precio [2].

Finalmente, el Derecho romano no atiende a garantir al vendedor de la insolvencia del comprador. Sin duda, cuando no se le otorgaba plazo para el pago, se protegía al vendedor quedando propietario de la cosa aun después de la tradición, mientras que el precio no fuera pagado, pero sucedía de otra manera cuando se le concedía un plazo. (Inst. 2, 1, de Grum, divis, 41.) En este último caso, que debía ser frecuente (porque el comprador dictaba ordinariamente las condiciones al vendedor, y si el precio tenía alguna importancia, le exigía además una demora para el pago), la tradición transmitía la propiedad. El vendedor se hallaba expuesto a la insolvencia del

1 C. de. contrah. empt. 4 38. 8; 4. 44, de reescind. vendit., 14.

2 Volveremos sobre este punto al estudiar la historia de nuestro artículo 1.184.

Notemos también que la venta consensual al principio no producía ninguna obligación de garantía en contra del vendedor. (Cuq, *Manual*, t. 462 y s.; Gird, *Manual*, 6.ª edc., t. 564 y s.). ¿No prueba esto acaso que el Derecho romano se preocupaba poco del fin perseguido por los contratantes?

Durante la época clásica también en que el punto de vista ha cambiado, y en que la obligación de garantía es consecuencia de la venta, el comprador, en caso de evicción total de la cosa no tuvo siempre derecho a restitución de la totalidad del precio; si la cosa ha disminuido de valor después de la venta, no puede reclamar más que una suma igual al valor actual (Paulo, d. 21. 2, de ede. evict., 70). Esto constituye una nueva prueba de que los jurisconsultos romanos no tuvieron un concepto claro de la causa. Desde que el vendedor debe devolver por evicción de la cosa vendida, la entrega del precio carece de causa y debe serle devuelto totalmente. El vendedor que no ha cumplido con su obligación, no puede conservar el precio entregado.

comprador; era tratado como un simple acreedor quirográfico. Debía precaverse estipulando garantías [1].

49. II. *Otros contratos consensuales. Dependencia de las obligaciones recíprocas que originan.* El Derecho romano no distinguía claramente en la venta la dependencia que la voluntad de las partes establece entre sus obligaciones recíprocas. No pasa lo mismo con todos los contratos sinalagmáticos, pues existen algunos en los que esta dependencia es evidente. Así la cuestión de los riesgos no desapareció en esta clase de contratos como había desaparecido en la venta. Relativamente al alquiler de cosas, un texto de Apriano (D. 19. 3, loc. cond. 33), dice que si un solar arrendado está amenazado de confiscación sin culpa ninguna imputable al arrendador, no pudiendo éste procurar al arrendatario el goce de la cosa arrendada, no puede exigir más el pago del alquiler [2]. Esta solución obedece a la naturaleza misma del arriendo, contrato sucesivo, en virtud del cual las dos partes se prometen por tiempo determinado, la una el goce de un bien, la otra el pago de un alquiler periódico. Es imposible admitir en este contrato, que quedando privado del aprovechamiento por pérdida de la cosa el arrendatario tenga que pagar los alquileres hasta el plazo convenido.

Por esto la estrecha correlación que liga las prestaciones que se prometieron el arrendador y el arrendatario, se halla sancionada por las resoluciones siguientes. En un principio, el crédito por arriendo nace en la medida que del aprovechamiento de la cosa hace el arrendatario, y en proporción de este aprovechamiento. Así, si el aprovechamiento se interrumpe, aunque sea por caso fortuito, cesa la obligación de pagar

1. V. cup., *Manual*, pág. 473.

2. En este fragmento Apriano comparando el arriendo con la venta, dan la misma solución para cuando el solar vendido, queda confiscado antes de venderse. El vendedor dice es quien soporta la pérdida y debe, por tanto, restituir el precio o hacer entrega al comprador, si éste no ha pagado todavía. Los intérpretes han intentado en vano armonizar esta solución con la regla enunciada en los textos precitados.

V. Labe, op. cit. núm. 92 y s. p. 110 y s.; Girad, *Manual*, 6.ª edc., pág. 557, nota 3, Cuq. *Manual*, pág. 460.

el alquiler mientras dure la privación del aprovechamiento. (Ulpiano, D. 12. 2. loc. cond. 19. 6. [1]; 15, 2.)

El colono tiene derecho a una remisión del precio del colonato cuando la recolección ha quedado destruída por fuerza mayor. (Gayo, D. Hoc., tít. 25, 6.) El arrendatario tiene derecho a resolver el arriendo por su sola voluntad, si el arrendador no le procura el goce de la cosa como se lo había prometido. (Gayo, D. Hoc., tít. XXV, 2.) Por su parte, el arrendador puede adquirir su cosa si el lacatario abusa de ella (Paulo, D. Hoc., tít. LIV, 1; Caracalla, C. 4. 65, de locato, 3), o si no paga el alquiler durante dos años. (Paulo, D. Hoc., tít. LIV, 1; 56.)

Así también en caso de *locatio operis faciendi,* si la cosa perece por caso fortuito en manos de quien deba realizarla, éste no tiene derecho a la remuneración convenida. (D. 19, 2. Loc. cond. 62.)

«Así, dice M. Labe, si el contrato tiene por fin procurar el aprovechamiento o el uso de una cosa o de una facultad del hombre, la remuneración se debe en tanto que se ha facilitado esto; los riesgos caen del lado del deudor; bien entendido que si no facilita el aprovechamiento o el uso convenido, no puede exigir el salario o precio del alquiler correspondiente a las prestaciones futuras.» (Op. cit. núm. 128.)

En resumen, excepto en los casos antes notados, se ve que la noción de fin económico ha penetrado definitivamente en el Derecho romano con la admisión de los contratos consensuales. En estos contratos, efectivamente, la voluntad de las partes tomada en su integridad, es el elemento esencial de la relación jurídica, y a esta voluntad debe atender el Juez para sacar el efecto querido por las partes. Por esto se dice que estos contratos son de buena fe. El Juez debe interpretarlos *ex fide bona*; debe inquirir lo que las partes han querido *(quidquid dare facere oportet fide bona).*

1 En este fragmento, Ulpiano cita el caso de una casa arrendada por un año y con pago adelantado, y al cabo de seis meses la casa se destruye por un incendio. Mela resuelve muy justamente, dice Ulpiano, que el locatario tiene derecho a reembolsarse del exceso pagado, en virtud de la acción nacida del arriendo y no por la *condictio indebiti.* Se deduce de este texto que antes de Mela la cuestión era discutida.

§ 4.—*Contratos innominados.*

50. Al lado de los contratos consensuales existe otro género de convenciones sinalagmáticas, en los que el fin económico perseguido por las partes se encuentra en primer plano, en el modo de adquirir su fuerza obligatoria. Estos son los contratos innominados; estos contratos no se perfeccionan hasta que una de las partes ha cumplido su prestación. La clasificación que de ellos se hacía en el Bajo Imperio, dividiéndolos en cuatro grupos, *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*. (D. 19. 5, *praeser.*, verb, 5, pr.) proyecta luz sobre el fin a que tiende el *praestans*. En los textos relativos a estos actos se halla el origen de la teoría moderna de la causa y del sentido que se da hoy a esta palabra. Y por lo mismo, los jurisconsultos romanos no insistieron acerca de la importancia esencial de este concepto, ni en estos contratos ni en los precedentes. Obedece esto, sin duda, a dos razones: Primero a que la teoría de los contratos innominados no ha sido construcción estricta de los jurisconsultos. La construcción se hizo poco a poco, según las necesidades, y hasta el Bajo Imperio no fué acabada.

Los jurisconsultos romanos antes que nada se preocuparon de llenar las lagunas de su derecho, y de dar satisfacción a las reclamaciones de la equidad; atendieron poco a edificar construcciones teóricas. En esta materia procedieron empíricamente como siempre, concediendo una acción contractual en un caso determinado, primeramente en el *aestimatum* o contrato, en virtud del cual a un buhonero o corredor se le entregaban mercancías por un comerciante, a fin de venderlas, con obligación de pagar el valor de la estimación convenida, o de restituirlas si no conseguía venderlas, y después en el cambio y en algunas otras hipótesis [1].

1 Los contratos innominados, desde el punto de vista económico no tienen la importancia de los contratos consensuales; por esto el Derecho romano pudo pasarse sin ellos largo tiempo. Podría sorprender a primera vista que *el cambio*, el más antiguo de los contratos, que dió origen a la venta (Paulo, D. 18, 1, de contra. empt. 1, pr.), no haya sido clasificado

De otra parte aquí, también el hecho material de las obligaciones, necesario para la perfección del contrato, les veló la importancia del elemento psicológico y desvió su atención de este último. En otros términos consideraron sólo la prestación, y no distinguieron entre la cosa o el hecho de cada obligación y el fin jurídico que determina a las partes. Así en la clasificación de las *condiciones*, tal como se establecía en el Bajo Imperio, la palabra causa significa el objeto de la obligación de cada parte, la prestación que han prometido hacer *(condictio ob causam datorum, causa data, causa nom secuta, ob turpem vel injustam causam)*; las palabras *causa* y *res* se emplean indistintamente una por otra *(datio ob causam, datio ob rem* [1].

entre los contratos consensuales. Esto obedece, sin duda, a que el cambio se realiza casi siempre por entrega simultánea de las cosas cambiadas, y a que, por otra parte, la importancia de este contrato disminuye a medida que las transacciones aumentan. Por eso durante mucho tiempo no conoció el Derecho romano otra forma de cambio que la que tiene lugar por una doble tradición simultánea. Esta doble tradición, no producía ninguna obligación. Por lo que se refiere al simple pacto de cambio, los romanos jamás sintieron necesidad de investirle de fuerza obligatoria.

En la definición que da el art. 1.702 del Código civil, podemos ver todavía una huella del antiguo estado del Derecho: «El cambio es un contrato en virtud del cual las partes se dan respectivamente una cosa por otra», definición mal avenida con el artículo siguiente: «El cambio se realiza por el sólo consentimiento».

1 Paulo, D. 12, 5, de cond. ob temp. vel., enj. caus, pr. 1 y 2; Ulpiano, D. 12, 4, de cond. c. D. n. s., 1, pr.

Cuando, por el contrario, la palabra *causa* se toma en sentido de motivo (causa praeterita), se opone entonces al de *res*. (V. especialmente: Paulo, D. 12, 6, de cond. ind. 65, § 2 y 4; Pomponio, D. cod., tít. 52.) V. también Ulpiano, D. 2, 14, de pactis, 2 a 4), que emplea la palabra causa para designar la prestación ejecutada. *Dare ob causam* significa entonces el motivo que impulsa a un donante a hacer una liberalidad; *causa* es sinónima de motivo, y se refiere al pasado. Por el contrario, *dare ob rem* significa hacer una prestación en vista de otra que debe ser ejecutada en cambio.

En la expresión *condictio sine causa*, en el sentido que le atribuyó Justiniano (D. 12, 7), *causa* significa ora la causa final que intentaba el autor de la tradición, ora el simple hecho del enriquecimiento injusto cuando éste tiene lugar sin haber mediado tradición. Por ejemplo, el poseedor de un esclavo que creyéndose injustamente ser su legatario, y le vende, y después este esclavo muere. El verdadero legatario del esclavo podrá reclamar del vendedor aquello en que sea enriquecido por la *condictio sine causa*

51. Después de todo, esta terminología no es inexacta, porque en un contrato innominado el *praestans* cumple con su obligación, a fin de obtener la prestación recíproca *(Dat ob rem)*. Si esta prestación recíproca no se realiza, se dice que *causa non est secuta;* la dación se retarda por carecer de causa [1].

Sin embargo, aunque la idea de causa no haya sido definitivamente afirmada por los romanos en esta materia, el desarrollo histórico de los contratos innominados señala un nuevo progreso de ella, al haber introducido en el organismo jurídico la teoría de la resolución por incumplimiento por parte de

(Apriano, D. 12, 1, de reb. cred., 23). Aquí no ha mediado ningún acto jurídico entre el empobrecido y el enriquecido. La palabra causa no puede referirse al fin perseguido, sino que quiere decir que el poseedor sea enriquecido sin ninguna razón plausible. Tomaremos en este amplio sentido la palabra causa, siempre que empleemos la expresión de enriquecimiento sin causa para designar el caso en que un tercero se enriquece con detrimento de otro, sin haber intervenido ningún acto jurídico entre ellos. Ejemplo: un comerciante de abonos da a crédito abonos a un colono; éste después quiebra, y a la terminación de su arriendo, abandona la recolección al propietario en pago de lo que le debe. El comerciante podrá intentar la acción de enriquecimiento sin causa contra el propietario, aunque no haya mediado entre ellos ningún acto jurídico. (V. req. 15 Junio 1892, Patuseau-Miran. c. Boudier, D. P. 22, 1, 596, S. 93, 1, 281.)

1 V. especialmente las conclusiones del artículo de M. Ch. Appleton, acerca del fragmento, 16, D. 12, 4, *Revista General de Derecho de la Legislación*, 1912, p. 481 y s.

En este texto célebre, Celso supone que Primo ha dado dinero a Segundo para que éste le transfiera la propiedad del esclavo Stico. El jurisconsulto se pregunta si este contrato es una venta o una *datio ob rem*. Él se pronuncia en favor de la segunda opinión, y concluye que si Stico ha muerto, el *tradens* tiene derecho a pedir la suma entregada para que se le transfiriera la propiedad de Stico. M. Appleton, completando el comentario de Dumoulin sobre esta materia, explica esta solución por la idea de *causa determinante*. El *tradens* ha entregado el dinero, porque quería adquirir la propiedad de Stico. Ha querido que Segundo no sólo se obligara a transmitirle la propiedad, sino a que de hecho se la transmitiese. Hasta que la transmisión no se ha realizado, no existe contrato. Puede objetarse que ésta es una distinción muy sutil. En toda venta, el objeto final del comprador es no solamente que se obligue el vendedor, sino que le haga propietario, o por lo menos, le asegure la posesión pacífica y útil de la cosa. Esto no impide que el contrato se perfeccione cuando las dos voluntades se han puesto de acuerdo.

uno de los contratantes. Pero esta introducción ha sido más bien resultado de la evolución del derecho, que de una concepción doctrinal.

En efecto, durante mucho tiempo no se concedió al que había transmitido la propiedad de una cosa, acción para obligar al *accipiens* a ejecutar su promesa, porque la entrega, unida al convenio de voluntades, no creaba relación obligatoria. Se le concedía solamente una *condictio* (que los compiladores del Digesto llaman *condictio causa data*, *causa non secuta*, *ob causam datorum*. D. XIII; 4. C. IV, 6) para constreñir a su adversario recalcitrante a restituirle, siendo posible la cosa entregada o a indemnizarle. Es preciso notar que, siéndole concedida esta acción para evitar un enriquecimiento injusto de su adversario, podía intentarse, aunque a este último le fuera imposible por fuerza mayor realizar su prestación, y esto no sólo en el caso de que la imposibilidad proviniese el día en que había tenido lugar la *datio ob rem* [1], sino también cuando sobrevenía después [2].

La equidad, en efecto, imponía esta solución en los dos casos, porque el *accipiens* se enriquecería injustamente, si pudiera conservar el beneficio de la prestación, sin entregar nada en cambio.

Ahora bien; esta *condictio* subsistió al lado de la acción contractual, que más tarde fué concedida al *praestans*. Este pudo optar desde ahora entre pedir en justicia el cumplimiento de la obligación a la otra parte, o exigir la devolución de lo que él había entregado [3]. Y si el derecho de repetir lo que había entregado fué mantenido en beneficio de la parte defraudada en su expectación, no se debió sólo a una supervivencia histórica, como se dice con frecuencia, sino porque esta opción estaba

1 Marcelo, D. 23, 3, *de jur. dot.* 59, 2.

2 Celso, D. 12, 4, *de cond.* c. d. [illegible] 6, 16.

3 Paulo, D. 19, 5, *praescr. verb.* 9 pr. Esta última acción fué concedida en principio solamente para el caso de la *datio*, pero no cuando la prestación consistía en un hecho. Marciano, D. 19, 5, *praescr. verb.* 25. V. Ulpiano, D. 12, 6, de cond. ind. 26, 12.

en consonancia con la voluntad de las partes, mejor interpretada aquí que en los contratos consensuales [1].

A pesar de eso, la *condictio* no se aplicó tan extensamente como en un principio. El contrato la redujo a los mismos límites de la acción *proescriptis verbis*. Siendo así, que al principio la repetición podía pedirse contra el *accipiens*, impedido por fuerza mayor de ejecutar su promesa, sólo se admitió después, cuando la inejecución provenía de culpa del *accipiens* [2].

Esta distinción, entre culpa y caso fortuito, manifiestamente contraria a la voluntad de la parte que ha cumplido con su obligación, fué probablemente adoptada por imitación de la regla admitida en materia de venta para el caso de la pérdida fortuita de la cosa vendida antes de la entrega. Así como el acreedor soportaba los riesgos de la cosa, así también pareció lógico que soportase el *praestans* la carga del caso fortuito, que impide a la otra parte ejecutar su obligación.

1 Aquí, en efecto, la prestación se verificaba no para cumplir una obligación anterior, como en el contrato consensual, sino para procurarse la prestación recíproca; de suerte que no realizándose esta última, la prestación no tenía razón de ser; carecía de causa. Por el contrario, en el contrato consensual parece que conservaba siempre una causa, pues había tenido lugar en cumplimiento de la obligación nacida del contrato.

Esto es lo que dice Doneau para explicar la diferencia entre los contratos con nombre y los innominados. (T. VIII, p. 735), sobre la ley 8 C. *de contrah. emp.* 4, 38. «La razón—dice—consiste en que en los contratos innominados, el que da una cosa para recibir otra, no queda obligado, pues no se obliga antes de la tradición, aunque hubiera convenido en darla; tampoco queda obligado si ha entregado la cosa, porque si estuvo obligado antes, ha sido liberado por esta tradición. Ninguna obligación se opone a que reclame lo que entregó; pero en la venta y contratos análogos que tienen su nombre propio, la obligación se contrae por el solo acuerdo, *solo consensu*. El comprador, por consiguiente, tiene una acción para que se le entregue la cosa. Si hay, pues, una acción antes de la tradición, con mayor motivo habrá después de la tradición la excepción para retener la cosa, en virtud de aquella regla que dice: «a quien compete una acción, debe *a fortiori* corresponder una excepción».

2 No se sabe si esta distinción entre el incumplimiento culposo y el no culposo, se remonta hasta la época clásica, o si fué introducida por los comisarios de Justiniano, que a este efecto interpolaron los textos anteriores. (Paulo, D. 19, 5, *proescr. verb.* 5, 1, in fine y 2; Diocleciano y Maximiano, c. 4, 6, *de cond. ob. c. d.* 10. V. Girard, *Manuel*, 6.ª edic., p. 604; Cup, *Manuel*, pág. 507.)

§ 5.—*El pacto de constituto.*

52. Consideremos, finalmente, los pactos pretorianos y los pactos legítimos. En estos contratos no hay nada que oculte la importancia del fin perseguido, porque su perfección no depende de ninguna formalidad. El consentimiento sólo liga a las dos partes, y como la mayoría de estos pactos son unilaterales, es decir, una sola de las partes se obliga es preciso buscar la causa, que ha determinado al promitente a obligarse.

El concepto de causa se manifiesta con toda su importancia en estos actos, en cuyo primer término hay que colocar el *pacto de constituto* [1].

Este pacto desempeñaba en Roma un papel análogo al que en nuestro Derecho moderno tiene la promesa de pagar una deuda preexistente.

Al principio, según la opinión más común después de Bruns, existía un convenio entre el acreedor y aquel que le debía cierta cantidad, y que, por consiguiente, podía ser perseguido por la *condictio certae pecuniae*, convenio por el que el deudor prometía pagar su deuda en época fija. Si el deudor faltaba a su promesa, el acreedor, defendido por la *condictio*, cuyo beneficio conservaba, podía intentar la acción de *pecunia constituta*, que le permitía obtener además de su crédito una mitad más. Así, por un simple pacto sin forma, hecho con posterioridad al nacimiento de su crédito, el acreedor adquiría una nueva acción que venía, no ya a reemplazar y extinguir la antigua, pues el constituto no producía efectos novatorios, sino a reforzarla.

El pacto de constituto fué dotado después de una extensión grandísima. Toda deuda de cosas fungibles, y en tiempo de Justiniano de cualquier cosa puede ser objeto del constituto. Poco importaba el origen o la naturaleza de la deuda, que hubiera nacido de un contrato o de forma no contractual, que fuera perpetua o temporal, civil o natural. Una simple obligación natural podía transformarse en civil por el constituto.

1 D. 13, 5, *de pac. const.*

El constituto servía también para depositar una prenda o fianza en garantía de una deuda primitiva, porque podía efectuarse entre el acreedor y persona distinta del deudor. Por él se podía sustituir igualmente un nuevo acreedor al antiguo, porque podía tener lugar entre el deudor y persona distinta del acreedor. En este caso, producía efectos análogos a la delegación, pero no extinguía como ésta el crédito primitivo [1].

Así, pues, el constituto llegó a ser un procedimiento muy cómodo y muy práctico para modificar el lugar del pago, adelantar o retrasar la fecha del vencimiento, reforzar el derecho del acreedor, y construir una delegación imperfecta [2]. Con él fué posible alcanzar resultados, que antes sólo se conseguían por medio de la estipulación.

Mas el elemento necesario para la validez de este pacto, es la existencia de una deuda anterior. «Sin obligación preexistente no existe constituto». Esta deuda es la *causa* de la nueva obligación contraída por el deudor que se obliga para con su acreedor, o mediante la delegación de éste para con un nuevo acreedor [3]. Así los textos dicen que el constituto es nulo si se apoya sobre una deuda civil pendiente en virtud de excepción concedida por el prestamista [4]. De la misma manera, si el

1 Lo más importante en el pacto de constituto es, que añade una obligación a la preexistente, que en principio continúa subsistiendo, sin que el deudor esté obligado a pagar dos veces (Ulpiano, D. h. t. 18, 3). En realidad, el deudor no debe más que una deuda, pero el acreedor tiene dos acciones para reclamar el pago.

El mismo efecto se produce en nuestros días, cuando se obliga a pagar una deuda en determinadas condiciones, mediante un pagaré a la orden o una letra de cambio.

2 Cuq. *Manuel*, p. 511 y s.; Girard, *Manuel*, p. 613 y s.

3 Pasamos por alto el caso del fiador que se obliga a pagar la deuda primitiva. Como hemos dicho más arriba, la causa de la obligación del fiador hay que buscarla en sus relaciones personales con el deudor principal.

4 Ulpiano (D. h. t. 3, 1). ¿Sucedía lo mismo cuando el deudor se obligaba por orden de su acreedor para con un acreedor nuevo? ¿El deudor podía en este caso oponer al delegatario la nulidad de su deuda para con el delegante? Los textos no lo dicen, pero nosotros sabemos que sucedía de otra manera en el *receptum*. El banquero que se obligaba con un tercero por orden de su cliente, y creyendo erróneamente ser deudor de éste, no se obligaba menos con el tercero. Justiniano, que fundó el *receptum* en el

que debe ciento, por un pacto de constituto promete dar doscientos, no queda obligado más que por los ciento que debía; finalmente, debiendo una persona simplemente determinada cantidad, si por un pacto de constituto se obliga a entregar el capital y los intereses, no queda obligado más que por el capital [1]. Por lo mismo los jurisconsultos romanos no insisten en que la deuda preexistente es la causa de la nueva obligación nacida del constituto [2].

§ 6.—*Las liberalidades.*

53. Nos queda, finalmente, por tratar, la teoría de la causa en las liberalidades, donaciones entre vivos y legados.

Con relación a las primeras, sólo en tiempo de Justiniano la promesa de dar fué erigida en pacto legítimo. Hasta entonces no existió la donación como acto jurídico distinto. Para realizar una donación, el donante transmitía la propiedad de la cosa al donatario, o se obligaba con él en los términos del derecho común, o le liberaba si era su acreedor, o delegaba en él para cobrar de su deudor. Así, todo pacto podía servir para realizar una donación, a excepción del simple acuerdo de voluntades [3]. Ahora bien, importaba por muchos motivos, especialmente por la aplicación de la ley *cincia*, que prohibía las donaciones superiores a una tasa determinada, averiguar si tal acto encerraba o no liberalidad, es decir, si su autor había obrado *donationis causa*. De aquí derivaba la obligación de escudriñar la voluntad del agente. Lo que caracterizaba la liberalidad y la distinguía de otras operaciones que se realizaban de la misma

constituto, suprimió esta solución, declarándola absurda y contraria a las costumbres y a las leyes (V. C. *de cons. pec.* 4. 18. 2).

1 Ulpiano, D. h. t. 11. 1; Paulo, 12.

2 Nuestros autores antiguos se cuidan bien de notar, por el contrario, que la deuda preexistente es la causa del *constituto* (V. Bartolo, ad. leg. 7. § 4 y 5; D. *de pactis*, 2. 14; Demoulin, edic. de 1681, T. III, *Rubs et leg.* 1 y 2, *de verb. oblig.* n.° 14.

3 *Nota del Traductor*: En acepción tan amplia como impropia *donación*, es sinónimo de liberalidad, y, por consiguiente, hay donación en el legado, en el comodato, en el depósito gratuito, etc.

manera, era el *animus donandi*, la intención de gratificar. Por eso los jurisconsultos ponen de relieve la importancia de esta intención. Juliano, distinguiendo la donación pura y simple de la donación condicional (D. 39. 5. de donat, 1. pr.), dice hablando de la primera, que el donante no está determinado por ninguna causa más que por el espíritu de liberalidad, «et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: *hœc* propria donatio appellatur». En la donación resolutoria, por el contrario, la condición pasa a ser un elemento esencial de la voluntad, porque el disponente entrega la cosa con intención de que el *accipiens* entre inmediatamente en su propiedad; pero quiere que le sea devuelta, si se realiza o si no se realiza el hecho previsto. Y en el fragmento 30 del mismo título, Ulpiano acepta la misma distinción, y dice que es muy importante saber si ha habido *causa donandi* o *condictio* en las donaciones. Interviniendo *causa donandi*, toda repetición es imposible; existiendo condición, la repetición puede tener lugar [1]. El *animus donandi* es tan necesario e indispensable, que el hecho de cumplir una obligación natural no se considera como una donación [2].

Finalmente, los textos distinguen cuidadosamente el *animus donandi* y el simple motivo que le es indiferente, y cuya falsedad, por consiguiente, no vicia la liberalidad [3].

Estos textos tienen mucho interés para nosotros. Prueban que la concepción de la causa de la donación, considerada bajo la forma de *animus donandi*, tiene origen romano, y no constituye, como se ha pretendido [4], una invención vana y vacía de contenido de la doctrina moderna [5].

1 V. también Juliano (h. t. 2, 7). Javoleno (D. 44. 7, de obl. et act., 55), cita la donación entre las *causae contrahendi* con la venta y el arrendamiento, demostrando que para él el *animus donandi* es la causa de la obligación del dador.

2 Ulpiano, D. cod. tit. 19, 4; Juliano, D. 46. 1, de fidei. 16, 4.

3 Pomponio, D. 12, 6, de cond. ind. 52, y Paulo, h. t. 69, 2. En estos textos la palabra causa se toma como sinónima de motivo, lo cual sucede con frecuencia.

4 V. Planiol, T. II, n.° 1.038.

5 Se asemeja a la donación la policitación o la oferta, que obligaba a su autor en dos casos: 1.° Cuando se había hecho a una divinidad en

54. Existe, además, un género de donación por el cual se vieron obligados los jurisconsultos romanos a extender el análisis de la intención del disponente; esta donación es la liberalidad con carga. En estas liberalidades, como hemos demostrado antes, la consideración de la carga ejerce con frecuencia una influencia preponderante sobre la voluntad del dador, convirtiéndose en una cosa esencial para él, hasta tal punto, que la liberalidad en su pensamiento no es más que un medio para llegar al cumplimiento de la carga. Ahora bien, el Derecho romano dictó para estas donaciones reglas especiales destinadas a asegurar el respeto a la voluntad del disponente. Durante mucho tiempo, hasta el siglo tercero de nuestra Era, la donación *sub modo* fué considerada como un simple pacto, no concediendo ningún derecho al donante ni para obtener la ejecución de la carga, ni para que se le devolvieran las cosas dadas en caso de inejecución [1].

Pero al final del siglo III se reconoció al dador el derecho de reclamar los bienes dados por medio de la *condictio causa data, causa non secuta*, y también haciendo de la donación un verdadero contrato, se le otorgó la acción *praescriptis verbis* para constreñir al donatario al cumplimiento de la carga [2], y por lo que se refiere a la *condictio* especialmente, es preciso notar que el Juez no siempre otorgaba la restitución; para resolver, atendía a la voluntad del donante [3]. El jurisconsulto Juliano, que fué uno de los primeros en considerar el acto como una *datio ob causam*, indica razonablemente la distinción oportuna. (D. 39, 5, de don. 2, 7, 2). Supone una donación a Ticio con

forma de voto. 2.º Cuando se había hecho a una ciudad. Mas en el segundo caso no obligaba al policitante, a no ser que existiera *justa causa*, como por ejemplo, si se hacía en pago de un honor concedido o que se iba a conceder al interesado. Aquí se ve también, que los Romanos buscan la causa de la promesa, es decir, el fin perseguido por el promitente (Ulpiano, D. 50, 12, de pollicit. 1, 1 y 2, 3).

1 Ulpiano, D. 24, 1, *de donat. int. vir. et ux.* 13, 2; Papiniano, D. 35, 1, *de cond. et dem.* 71, pr.)

2 Ulpiano D. 24. 1, *de donat int. vir. et ux.* 13, 2; Papiniano, D. 35, 1, *de cond. et dem.* 71, tr.

3 Diocleciano, C. 8. 53 (54), *de don.*, 9, 22, 1, Valeriano y Galieno, C. 8. 54 (55), *de don quae sub modo*, 1.

condición de que comprará al esclavo Stico. Habiendo muerto éste, antes de que su adquisición se realizara, se pregunta Juliano, si el dador conservará alguna acción para reclamar la cantidad entregada; se plantea aquí, dice, una cuestión de hecho mejor que de derecho; porque si la suma entregada a Ticio lo ha sido precisamente para que comprara a Stico, y que de otra suerte la donación no surtiera efecto, el donante podrá intentar la *condictio*. Si, por el contrario, el donante ha querido antes que nada hacer una donación a Ticio, pero conociendo el deseo de éste de comprar a Stico, añade que le entrega tal suma para que realice esta compra, será menester considerar la indicación como el motivo (causa) de la donación mejor que como una condición, y no obstante la muerte de Stico, Ticio conservará la suma entregada [1]; este texto es muy importante, porque contiene el origen de la teoría moderna de revocación de liberalidades por incumplimiento de las cargas afectas [2].

1 Pernice, interpretando este fragmento (Labeon, T. III, p. 199), dice muy justamente: «Juliano fundó su decisión en que la compra del esclavo ha sido la condición, no el motivo, *conditio, non causa*. Esta no es más que una manera de expresar su pensamiento, pues tratándose verdaderamente de una condición ausente, no es sólo la *condictio*, sino también la *vindicatio* las que serían admisibles. Está claro que Juliano quiere elevar aquí la intención accesoria al rango de intención principal; para él, el carácter gratuíto del acto se borra; o, mejor dicho, lo relega conscientemente a un plano secundario, para poder aplicar a la relación jurídica los principios de la *datio ob rem*. Esto es enteramente lógico, porque si se ha entregado una cantidad a alguien exclusivamente para que compre un esclavo, el objeto real de la transmisión no es el dinero sino el esclavo. Esto lo exponía Javoleno en el fragmento 50, 1, D, *de dont. int. vir y ux.* 24. 1. Juliano saca de su construcción la consecuencia de que aun en el caso de imposibilidad fortuíta de la compra del esclavo, por causa de su muerte, por ejemplo, la repetición debe ser permitida. Esto se aviene perfectamente con los principios clásicos acerca de la *condictio ob causam datam*».

Ulpiano dice igualmente (D. h. t. 3), que en materia de donación hay que distinguir el motivo que determina a dar, de la condición impuesta a la donación. Tratándose de un motivo, el donante no puede reclamar lo que ha dado; si se trata de una condición, en cambio, puede reclamarlo.

2 Semejante a esta solución es la que daban los jurisconsultos en el caso de constitución de dote, cuando el matrimonio no había podido realizarse. Afirmaban que el constituyente podía hacerse devolver la dote, por-

55. En cuanto a liberalidades testamentarias, los jurisconsultos romanos analizan más detalladamente todavía los diversos factores que influyen en la voluntad del testador [1]. Colocan en primer lugar la existencia de la intención liberal, elemento esencial e indispensable de la institución de heredero, así como de los legados [2]; y de la intención liberal separan los motivos que la han determinado, a los cuales designan con el nombre de *causa* o de *ratio*. *Ratio legandi legato non cohaeret.* Por esto el error cometido por el testador en el motivo que determina su voluntad, no anula el legado: *falsa causa legato non nocet* [3]. Por tanto, esta regla no debe llevarnos a despreciar la voluntad del disponente, que es lo esencial y lo que más que nada hay que respetar: *in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur*, dice Paulo. (D. 50. 17. de div. reg. 12) [4]. Por esto, sin declarar la nulidad de la disposición, se permitía al heredero oponer al legatario la excepción de dolo, con tal que probase que el motivo erróneo había sido la causa deci-

que ésta se había entregado sin causa: *Nulla causa dotis dandae fuit.* (C. Papiniano, D. 12. 7, *de cond. sine causa*, 5. 1; Ulpiano D. 12. 4, de c. c. d. c. n., s, 6; Juliano, D. 39, 5, *de donat*, 1. 1.).

1 *Nota del Traductor*: El legado tuvo en los primeros tiempos de las leyes romanas, un significado equivalente a cualquiera disposición testamentaria. (L. 120. De verb. sig. Dig., según el sentido en que explica Pomponio la frase *uti legassit*). Más tarde, se consideró como especie de donación hecha en testamento, que sólo así podía ser válido, aunque después lo fué también ordenado en Codicilo, confirmado por testamento. Puede consultarse: *Pár. 1.°, tit. 20, Ins. de legat.*

2 Así la *institutio captatoria*, es decir, subordinada a la condición de que el instiuído instituyera a su vez al testador, es nula porque falta la intención liberal (Papiniano, D. 28. 5. de hared. int., 70). De la misma manera es nulo el legado *nomine penae* (Vulp. reg. 24. 7).

3 Inst. 2. 20. *de leg.* 31; Gayo, D. 35. 1, *de cond. et dem.*; 17, 2 y 3. Papiniano, h. t. 72, 6; Uulp. *reg.* 24. 19; D. 39. 5, *de don*, 3. Comp. Paul, D. 34. 3. *de lib. leg.* 25. 25; Javoleno, D. 35. 1, *de cond. et dem.*, 40, 4. Así también la condición imposible o ilícita se tenía por no escrita en las instituciones de heredero y en los legados, porque la intención liberal es el elemento esencial, que debe prevalecer sobre la simple modalidad (Inst. 2. 14, de haered. inst. 10; Gayo, 3. 28; Ulpiano, D. 35. 1. de cond. et dem, 3.

4 La regla data del tiempo de César y de Augusto. Antes lo era todo la interpretación literal del testamento. (V. Cuq., *Manual*, p. 767, núm. 3.)

siva del legado, y que sin este error, el legado no habría tenido lugar [1].

Finalmente, fuera del motivo, los jurisconsultos señalan entre los elementos del legado la *demonstratio*, que, como dice Bartolo [2], se refiere, ya a la persona del disponente, ya a la del gratificado, ya al objeto legado, la *condición* a la cual el legado puede ser subordinado, y el *modus* o carga que el testador y el donante han podido considerar como de más o menos importancia [3].

§ 7.—*Conclusión.—Diversos sentidos de la palabra causa.*

56. El concepto de fin perseguido por las partes, o en un sentido más amplio, por cualquiera que se obliga voluntariariamente, se introdujo en el Derecho romano como un correc-

1 *Sed exceptio doli locum habebit, si probatur alias legaturus non fuisse.* Dos fragmentos muy conocidos anuncian esta importante restricción a la regla: el uno, sacado de las cuestiones de Papiniano, es la ley precitada. 72. § 6. D. 35. 1; el otro es un fragmento de Paulo. D. *de. hared. inst.* 28. 5. 93 (92). Este jurisconsulto aduce el ejemplo siguiente: Pactumeyo Androsthene habia instituído por heredera a su sobrina Pactumeya Magna, hija de Pactumeyo Magno, poniéndola por sustituto su padre. Habiendo muerto éste, el testador revocó su testamento, instituyendo por heredero a Novio Rufo, diciendo: Instituyo a Novio Rufo, porque no he podido conservar los herederos que yo tenía. La sobrina del testador dirigió una solicitud al Emperador para que se la diese posesión de la heredad de su tío, y esta demanda fué bien acogida, a pesar de decir Paulo que la falsedad del modo no anula la institución. Consiguientemente un rescripto imperial resolvió que la herencia pertenecía a Pactumeyo, pero imponiéndole la obligación de satisfacer los legados contenidos en el segundo testamento, como si hubiera sido designada heredera.

Se puede traer también el ejemplo citado por Cicerón (*de Oratore*, I. 38) de un padre que testó en favor de extranjero creyendo que su hijo había muerto en la guerra.

2 En la ley 17. § 2: *Quod autem*, núm. 1. D. 35. 1 *de cond. et dem.*

3 Papiniano, D. 35. 1. 72, 6 a 8; Gayo, l. t. 17. 2 y 3. Gayo indica un procedimiento muy simple para subordinar la eficacia de los legados a la exactitud del motivo indicado; consistía en hacer del motivo la condición del legado. El testador debía solamente modificar su fórmula y decir: Yo lego a Titio *si ha gestionado mis negocios;* en vez de: *porque ha gestionado mis negocios.*

tivo necesario del sistema de los actos abstractos. Adquirió después pujanza a medida que se ensanchó la importancia de la voluntad, sin alcanzar el puesto preponderante que ocupa en nuestra técnica jurídica moderna, porque los jurisconsultos romanos, que empleaban poco el procedimiento de la construcción jurídica, no sistematizaron este concepto.

Por lo menos, como hemos demostrado ya, la terminología romana adolecía de falta de precisión. Los romanos no tenían término especial, para designar el fin que persigue el deudor, al obligarse. La palabra causa se empleaba en sentidos muy distintos, siendo los más comunes los cuatro siguientes: Primeramente designaba la causa eficiente de la obligación, es decir, el acto jurídico que le daba origen. Así, Gayo, en el fragmento 1, D. 44. 7, de obl. et act., nos dice que las obligaciones nacían bien *ex contractu*, bien *ex variis causarum figuris;* y Ulpiano (D. 12. 1. de reb. crea. q. pr.), que la *certi condictio competit ex omni causa* [1].

En segundo lugar se llamaba causa al hecho necesario para dar fuerza obligatoria a los contratos sinalagmáticos, distintos de los contratos consensuales; es decir, al hecho del cumplimiento de la obligación de una de las partes. Así se declara en la famosa Ley 7, § 2 a 4, D. *de pactis*, 2, 14. Aquí la causa es, según la expresión de los glosadores, el *vestimentum* indispensable para hacer obligatorio el pacto: *Causa id est datio vel factum quod vestiet pactio nem,* dice la glosa.

En las liberalidades, la palabra causa sirve para designar a la vez, como hemos visto, el fin que persigue el gratificante, es decir, el *animus donandi* y el simple motivo que le determina a hacer la donación o el legado.

1 La Ley 49. 2. D. 15. 1. *de peculio,* emplea en el mismo sentido la expresión de *causa civilis*. V. también Ulpiano, D. 13. 5, de pec. const., 1 6, y Paulo, D. 44. 2. *de exc. rei jud.*, 14 pr. y 2.

De la misma manera en materia de posesión, la *causa possessionis* es el acto jurídico en virtud del cual se ha entrado en posesión de la cosa (Paulo, D. 41. 2. de adq. vel. am, poss. 3. § 19, 20, 21, 23): y quien no puede indicar el título en virtud del cual posee como el ladrón, o el que se apodera por fuerza de una cosa que le deben, posee sin causa (Paulo, eod. tít. 5; Ulp., D. 5. 3. *de hered. petit.*, 12 y 13 pr.)

En la *pollicitatio* sabemos que la expresión *justa causa* tiene un sentido muy restringido, pues se refiere a los casos excepcionales, en que el policitante se obliga por efecto de su voluntad.

Finalmente, hay gran número de textos en que esta palabra designa claramente, indudablemente, el fin perseguido por el que realiza el acto [1].

Agreguemos que esta palabra se tomaba también en otras acepciones sobre las que es inútil insistir [2].

SECCION SEGUNDA

Derecho antiguo.

§ 1.º—*Disquisiciones sobre el concepto de causa antes del siglo XVII.*—I. De la causa en las promesas unilaterales: estipulación y pactos.—*A)* Desaparición de la *querela non numeratae, pecuniae.—B)* Cuestión de la validez de la promesa sin causa.—*a)* Discusiones de los glosadores acerca de la estipulación sin causa.—*b)* Los canonistas. El *pactum nudum a salemnitate sed nom nudum a causa.—c)* Los civilistas. Nulidad de la promesa sin causa. - II. De la causa en los contratos sinalagmáticos.—*A)* Concepción de los canonistas. La máxima *non servanti fidem non est fides servanda.* Sus consecuencias.—*B)* Regla de los correlativos admitida por los civilistas.—III. Progreso de la idea de causa. La *causa finalis* opuesta a la *causa* de la Ley T. D. de pactis. Bartolo, Baldo, el Presidente Favre, Vinnio.—IV. Distinción de la *causa finalis* y de la *causa impulsiva.* Su interés en materia de liberalidades.—V. Predecesores inmediatos de Domat, Francisco Connano, Papón, Charondas el Carón. § 2.º—La teoría de la causa en Domat.—Las leyes civiles de Domat. Sus sucesores: Prevot de la Jannés, Pothier.

§ 1.º—*Disquisiciones sobre el concepto de causa antes del siglo XVII.*

57. Hemos dicho ya (núm. 10) que la teoría de la causa se halla formulada por vez primera en algunos pasajes breves,

1 Véase, además de los autores citados en el curso de nuestras explicaciones, Ulpiano (D. 44. 4, de dol. mal. 2, 3), que trata de los casos en que puede faltar causa a una estipulación, porque nunca la haya tenido o por que posteriormente haya desaparecido, o porque no se haya realizado (V. también D. 12. 7. *de cond. sine causa,* 1; Juliano, h. T, 3.)

2 Se encontrarán indicados en el *Handlexicon Zu, den Quellen desroe-*

pero llenos de enjundia, del *Tratado de las Leyes civiles*, de Domat, escrito en el siglo XVII. No hay que admirarse, de que la construcción de esta teoría se haya elaborado tan tardíamente.

Ello se explica, porque en esta época los civilistas, atenidos a la tradición romana, rehusaban conceder al simple cambio de voluntades el poder creador del vínculo obligatorio. Ahora bien, la influencia preponderante que tiene el fin perseguido por cada parte en la perfección y hasta en la ejecución completa del contrato, no se destaca claramente más que en un sistema que haga de la voluntad el elemento esencial de la relación contractual. Y como nosotros veremos, solamente en el siglo XVII, y por la influencia de la escuela de Derecho natural y de su jefe Grocio (1522-1590), la regla *solus consensus obligat*, enunciada después de muchos siglos por los canonistas, consiguió imponerse definitivamente.

Pero sería un error, por otra parte, creer como pretenden los anticausalistas [1], que la teoría de la causa haya sido inventada de pies a cabeza por Domat, quien la había construído, fundándose en textos del *Corpus juris civilis*, y deformándolos al efecto. El estudio de los precedentes nos ha convencido de la inexactitud de esta afirmación. Demuestra que mucho tiempo antes de Domat, los jurisconsultos habían aislado el concepto de *causa final* [2], y la habían separado de la *causa* tomada en el sentido de la Ley 7, D. *de pactis*. Y después de mucho tiempo se intentó conciliar los textos del Digesto con la regla nueva, de que el consentimiento basta para obligarse, desviando las palabras de su verdadero sentido, y dando a los textos

mischen Rechts, De Heumann, Sekel (9.ª ed.), V.° causa. Cons. también Voigt, *Uber Die condictiones ob causam* p. 1 y s. Chlossman, *Zur Lehre Von der causa obligatorischer Vertraege* P. 32 y s. Breslao, 1868.

1 V. especialmente Planiol, *ob. cit.*, 7, II, núms. 1.029 y siguientes.

2 Una sola cita sacada de los *Comentarios* de Baldo de Ubaldis (muerto en 1400), bastaría para probarlo. Baldo, estudiando la Constitución 13, C. 4, 30, nos dice, (n.° 23), que la estipulación es un contrato que tiene una causa exterior, *aliunde causandus*; y por eso, añade, se distingue de los contratos consensuales que tienen la causa en sí mismos *qui sunt causa sui ipsius*. Se ve por esto que Baldo tenía un concepto claro de la importancia de la causa final. V. *infra*, n.° 64.

un alcance que no tenían en el pensamiento de sus autores. Esto no es extraño. El caso se presenta con bastante frecuencia. Casi siempre las ideas nuevas se presentan bajo la capa de la tradición para disimularla. Domat no es responsable de la deformación de los textos. La interpretación que dió era corriente en su época. Puede afirmarse, a nuestro parecer, que la teoría de la causa se formó insensiblemente en el transcurso de los siglos, y que hacía mucho tiempo flotaba en la atmósfera jurídica. Domat no la ha inventado; la expuso simplemente por primera vez en términos claros y precisos. Esta es la impresión que se saca de la lectura de sus explicaciones. Porque del modo como las presenta, se convence uno de que para él no son inéditas ni contienen nada original, y de que solamente expresan ideas que le parecen indiscutibles. Ordinariamente el autor no presenta así una tesis, de la que cree ser inventor. Volveremos sobre este punto al estudiar la obra de Domat. Ahora nos interesa justificar nuestro aserto, investigando la evolución de la idea de causa desde los glosadores hasta el siglo XVII.

58. La historia de esta evolución, como hemos dicho, está íntimamente unida a la del nudo pacto, pues cada paso dado en el camino que debía llevarnos a la admisión de la regla *sólus consensus obligat*, significa un progreso de la idea de penalidad; pero sería pasar los límites de nuestra materia si trazáramos el largo proceso que ha sido necesario seguir para llegar a tal resultado. Este estudio hace mucho tiempo que está hecho y sería inútil repetirlo 1.

Nos limitaremos, pues, a inquirir rápidamente el progreso de la idea de causa a través de los glosadores y después de los canonistas, que en esta materia, como en tantas otras, han ejercido una influencia profundísima en los civilistas, y, finalmente, en los escritos de los principales jurisconsultos de la antigua Francia, hasta Domat, dividiendo nuestras explica-

1. Cons. especialmente: *Seuffert, Zur Lhere der obligatorischen Vertrage*, 1871; Karstens, *die Lehre vom Vertrage Cei der italiénern Juristen*, 1882. V. también una importantísima tesis doctoral de M. Zeylemaker, *Overeenkaemst* en *Wilsovereemstemming*, Leyde, 1921, cuyo autor ha querido indicar las ideas esenciales.

ciones en el orden siguiente, sin duda arbitrario como toda clasificación, pero necesario para su claridad [1].

I. De la causa en las promesas unilaterales: estipulación y pactos.

II. De la causa en los contratos sinalagmáticos.

III. Progreso de la idea de causa final en oposición a la causa de la Ley 7, D., de pactis, 2, 14.

IV. Distinción entre la causa final y la causa impulsiva. Su interés en materia de liberalidades.

V. Predecesores inmediatos de Domat.

59. I. De la causa en las promesas unilaterales; estipulación y pactos.—Con ocasión de las promesas unilaterales sin causa, los jurisconsultos comenzaron a estudiar la influencia de la causa en la obligación; y, en efecto, siempre que una persona se obliga, sin prestación recíproca inmediata hacia otra, conviene preguntarse por qué se obliga; porque su obligación no le ligará de modo definitivo, a no ser que el fin que pretende lo haya conseguido, y por otra parte no sea ilícito ni inmoral.

Ahora bien; una promesa cuya causa no se indica expresamente, presenta algo anormal, y el velo corrido por las partes sobre el origen del contrato se descorrerá necesariamente ante la justicia, si urge el procedimiento oportuno. Es menester que se determine ante el Juez el fin que perseguía el deudor al contraerse semejante promesa. Una doble cuestión se presentará entonces; primero, saber si esta promesa es válida jurídicamente; y en segundo lugar, si se responde afirmativamente, a quién incumbirá la carga de la prueba de la causa, al acreedor o al deudor.

En Roma, con la estipulación, contrato formalista, esta doble cuestión se hallaba resuelta muy sencillamente, porque la promesa obligaba por la sola pronunciación de las palabras solemnes, sin que fuera necesario que figurara la causa. Y si el promitente se oponía a la pretension del acreedor o se adelan-

1 La historia de la Causa desde los glosadores hasta el siglo XVII, no ha sido estudiada todavía; las pocas noticias que doy en las páginas siguientes abren el camino.

taba invocando la falta de causa o su carácter ilícito o inmoral, a él tocaba probar la exactitud de su pretensión. La estipulación conservaba también sus ventajas de acto abstracto para el estipulante.

Pero nosotros hemos visto que esta regla fué derogada en favor del deudor, que se hubiere comprometido sin haber recibido la suma prometida. Las Constituciones imperiales le concedieron la *querela non numeratae pecuniae*, descargándole así de la prueba. Recordemos que en el Bajo Imperio el deudor no podía invocar la *querela* más que durante los dos años que seguían a la firma de la *cautio*, y solamente cuando ésta era *indiscreta*. Los textos que reglamentaron esta derogación [1] han atraído vivamente la atención de los intérpretes acerca del problema de la causa de la obligación.

60. *A) Desaparición de la querela non numeratae pecuniae.* Por lo que respecta a la *querela non numeratae pecuniae* propiamente dicha, la antigua doctrina continúa admitiendo que el prestatario podrá accionar en contra de su acreedor, a no ser que se hubiere obligado por sello de autenticidad y que de las pruebas se dedujese que la cantidad había sido pagada realmente y a título de préstamo [2].

Sin embargo, la *querela* no tardó en perder casi toda su aplicación práctica. En efecto, para librarse del peligro de que el deudor opusiera esta excepción, se acostumbró a exigirle que renunciara por escrito al beneficio de la *querela*. Estas renuncias aparecen en Francia a fines del siglo XII, según dice M. Meynial en su excelente estudio acerca de las renuncias en la Edad Media y en nuestro Derecho antiguo [3]. Los glosadores pusieron en duda su validez, terminando por declararlas nulas; pero el empleo de estas cláusulas siguieron subsistiendo, y para evitar que fueran anuladas, se acudió al juramento que consolidara sus efectos.

Este movimiento de hostilidad práctica contra la *querela* se

1 C. 4. 30 de n. n. p. 13; Paulo, D. 22. 3, de probat, 25, 4.

2 V. Dumoulin, en el Código, *de non numerata pecunia;* Mazuer, *de obligat*, T. XXIX.

3 *Nueva Revista histórica*, 1900, p. 108.

manifestó en la relación de las Costumbres. Algunas de ellas las suprimieron expresamente [1].

Por influencia de este doble movimiento, nuestros autores antiguos acabaron por admitir que el deudor podía contradecir la recepción de las cantidades entregadas, pero pesaba sobre él la carga de la prueba. Así opina Dumoulin en el art. 3, cap. 18, de la Costumbre de Auvergne, el cual denegaba al prestatario el derecho de oponer la excepción de las cantidades no entregadas o no numeradas, obligando al acreedor a probar el número de estas cantidades. Dumoulin declara que este artículo contiene toda nuestra jurisprudencia en la materia y que generalmente se observa en todo el reino [2].

Loysel piensa también que la excepción de *non numeratae pecuniae* no tiene razón de ser [3], y Davot, profesor de Derecho en Dijon, que en el siglo XVIII comentó la Instituta de Loysel, añade: «En Francia no se admite esta excepción; ocupa el reconocimiento el lugar de la prueba; era preciso que quien había reconocido, probase que no había recibido el dinero, y no era admitida prueba de testigos en contra de una promesa por escrito (salvo los casos de violencia, dolo y fraude)». Así la *querela non numeratae pecuniae* cayó en desuso.

1 V. Boiceau, *Tratado de la prueba de testigos en materia civil*, con las observaciones de Danty (1752), p. 514 y s.

V. *Cout. de Auvergne*, cap. 18, art. 4: «El que ha dado recibo de alguna suma en dinero no puede alegar la excepción de no haberlo entregado para hacer pesar sobre el acreedor la prueba de dicho dinero». La Costumbre del Comercio se desenvolvía de la misma manera. Capítulo 44, art. 99.

Otras Costumbres (Berry, T. II, art. 31; Bourbonnais) cap. 4, art. 36), no concedían al deudor más que el derecho de deferir el juramento al acreedor.

La Costumbre de Bretaña, art. 280, permitía al deudor que se quejaba de no haber recibido la cosa, pedirla durante dos años después de la obligación. V. Argentré, que afirma que el deudor podía en este caso oponer al acreedor la *exceptio n. n. p.*

V. también la Costumbre de Cambrai, título del Stilo, art. 15; Montargis, cap. 24, art. 12; Orleans, T. XX, art. 44; Blois, cap. 22, art. 269.

2 Dumoulin, *Cost. de Bourbonnais*, cap. 4, art. 36, dice que en su tiempo la *exceptio n. n. p.* era admitida por los eclesiásticos. Pero en contra Bebuffe, Tractatas de chirogr, n, 5.

3 *Instit. cout.* l. 5, T. II, n.° 6; V. también Imbert. *Práctica*, libro 1.°, capítulo 30; Charondas, *Observaciones*, v.° *Exceptión.*

61. *B) Cuestión de la validez de la promesa sin causa. a) Discusiones de los glosadores acerca de la estipulación sin causa.* Las vicisitudes de la *exceptio n. n. p.* representan sólo un aspecto, y no el más importante de la historia de la promesa sin causa. Como hemos observado ya (n.° 45) los textos antes citados, y especialmente el fragmento de Paulo [1], parecen referirse no sólo al préstamo de uso, sino a todo documento, en virtud del cual una persona se reconoce deudora, sin indicar la causa de su deuda. Se deduce que en todos estos casos tocaba al acreedor probar la causa de la obligación. Por otra parte, estos textos hablan de actos que contienen una estipulación, y realizados para hacer constar una deuda preexistente. Naturalmente, llevados, los glosadores y los post-glosadores, plantearon la cuestión de saber si de manera general una estipulación podía ser válida cuando no se expresaba la causa.

La costumbre de agregar la fórmula de la estipulación al final de los escritos se mantuvo, efectivamente, en la Edad Media. Se encuentra especialmente en Italia y en el mediodía de Francia, donde fué conservada por los tabeliones formados en la Escuela del Derecho romano [2].

La inserción de la palabra *promissit* en un acto redactado por Notario, o también en acto privado, con tal que se hubiera realizado en presencia de las partes, equivalía a la estipulación, y obligaba, por consiguiente, al promitente [3]. Se obtenía

1 Paulo, D. 22, 3, *de probat.* 25, 4; C. 4, 30, *de n. n. p.* 13.

2 Se agregaba la cláusula estipulatoria a todos los actos, aun a aquellos en que constaba la existencia de un contrato obligatorio. Se la empleaba también en los contratos innominados, fundándose en la c. 3, C. *de rer. perm.* 4, 64, lo cual constituía un medio de darles fuerza obligatoria independientemente del acto de ejecución. (V. Karsten, *op. cit.*, ps. 210 y 213; comp. Esmein, *Estudio acerca de los contratos en el antiguo derecho francés*, 1883, p. 19.)

3 *Verbum promisisse in scriptis repertum importat stipulationem;* gl. *si scriptun, ad* § 17, Inst. de *inut. stipul;* gl. *instr. doméstica* ad c. 5, C. *de probat*, 4, 19; gl. *quod fere novissima*, ad 7, § 12, D. *de pactis* 2, 14. V. También Bartolo: 1, C. 4, 32; 30, D. 45, 1; 40, D. 12, 1, n.° 12; 1, C. 8, 38; Baldo I, C. 4, 32, núms. 1 a 9; *tract. de pactis*, n.° 11; 12, Inst. 3, 19.

Después de Bartolo, el empleo de la estipulación es necesario solamente cuando el sólo consentimiento no basta para producir una obligación. Pero entonces importa poco que se haya empleado la palabra *promittere* o la

así un resultado curioso, pues siguiendo la tradición romana conservada por los civilistas, el nudo pacto no producía acción, y la simple redacción de un escrito no le investía de fuerza alguna, a no ser que se hiciera constar que el deudor se había obligado mediante estipulación [1].

De esta manera penetró la cláusula estipulatoria en el Norte de Francia [2], y se implantó de tal suerte, que Duaren, que vivió en el siglo XVI (1509-1559), nos dice que en su tiempo no había contrato que no mencionase la estipulación [3].

palabra *convenire*. Es de presumir que en los dos casos se haya recurrido a la solemnidad. Baldo es de la misma opinión. Pero sus sucesores se pronuncian en sentido contrario, y reconocen como necesario el empleo de la palabras *stipulatio* o *promissio*. (V. Karsten, *op. cit.*, ps. 189, 190.)

1 En los núms. 5 y 6 de su *Tract. de pactis*, Baldo declara que la simple redacción escrita de un pacto no le transforma en estipulación, y no impide que quede como un nudo pacto. Pero si la escritura ha sido redactada en presencia de las partes, y se ha insertado la palabra *promissit* vale como estipulación, salvo prueba en contrario.

2 Bouteiller, V. *Grand Contumier et Practique du Droit civil*, edición de 1621, por Charondas el Carón, título 42, p. 311.

3 Comentario al título del Digesto, *de verb. obl.*, *epist. ad lector*. V. también Papón, *Instrumento del primer Notario*, libro 3.º, ed. de 1576, p. 163. Charondas el Carón, que describe la práctica consuetudinaria en sus *Pandectas de Derecho francés*, dice igualmente, libro 2.º, cap. 25, ed. de 1637, página 282: «En todos los contratos, sea cualquiera su cualidad y especie, acostumbraron a insertar los Notarios términos, en virtud de los cuales se perfeccionaba la estipulación, a saber: los promitentes y estipulantes entregaban o hacían lo que se convenía entre las partes, representando así la forma de estipulación y promesa, de suerte que podía decirse con Paulo (Sent. 5, 8), que las estipulaciones se practicaban *obligationum firmandarum gratia*». Es verdad que Connano, que vivió en la misma época (1508-1551), afirma, por el contrario, que la estipulación no tiene fuerza ninguna y vale lo que una *nuda pactio*. (*Comment. jur. civ.* libri decem, l. 1, cap. 6, n.º 14, edic. de 1558, p. 28.) Mas, como explica Seuffert (*op. cit.*, p. 111, n.º 6), no existe contradicción entre esta afirmación y las precedentes, porque Connano, comparando el Derecho natural con el civil, quiere decir simplemente que la estipulación es una sustitución propia del Derecho romano, desconocida en nuestro Derecho antiguo, y de importación extraña.

Comp. Dumoulin, acerca de las leyes 1 y 2 D., *de verb. obl.* rubr., n.º 42, que a diferencia de los precedentes declara que todas las teorías sobre las fórmulas de las estipulaciones carecen de interés. Es, en efecto, el primero en afirmar que toda convención libremente realizada vale tanto como la

62. Trasplantada la estipulación a un medio completamente diferente de aquel en que había nacido, perdió su carácter esencial de acto abstracto.

Para los glosadores, en efecto, toda obligación contractual es un pacto, y la estipulación, según ellos, no es más que un pacto de género especial, al que la solemnidad da una «vestimenta» que falta en el nudo pacto, porque fortifica el consentimiento, atrae la atención del contratante sobre la importancia de su promesa y le defiende de un compromiso ireflexivo [1].

Ahora bien; considerando la estipulación como una variedad del pacto, los glosadores tuvieron naturalmente que preguntarse, si era preciso para su validez que se hiciera mención de la causa de la promesa. En efecto, en todos los demás contratos esta causa se menciona, y una promesa sin causa presenta, como hemos dicho, algo anormal. Además, a la estipulación se la colocaba ordinariamente entre los actos de préstamo, y debía parecer extraño que una escritura hiciera mención de la estipulación sin hablar al mismo tiempo del préstamo. Semejante acto sería incompleto, irregular. Esta cuestión llegó a preocupar vivamente a los glosadores. Fué objeto de una larga controversia [2]. Finalmente la glosa admite que, como debe existir una relación de causa a efecto entre la demanda y su fundamento, el promitente puede oponer la excepción de dolo a toda estipulación sin causa. Invoca las famosas leyes antes citadas, el texto de Paulo y la constit. *generaliter*, 13. C. de

estipulación, es decir, produce una obligación eficaz; solución que, según él, aceptaban ya en su época la jurisdicción civil y la eclesiástica. Furgole en el siglo XVIII, en sus *Cuestiones notables sobre la materia de las donaciones* (T. II de su *Tratado sobre la Ordenanza* de 1731, cuestiones 8, n.° 32), afirma que existe una máxima en Francia, según la cual la estipulación se reputa introducida en todos los contratos redactados por los Notarios, y todas las convenciones serias son tomadas como si fueran estipulaciones.

1 V. Karsten, *op. et loc. cit.* Por la misma razón se admitía el pacto doble y el pacto de constituto, porque la manifestación doble de voluntad prueba que es seria y reflexiva.

Cujas, aceptando la verdadera concepción romana, rechazó la tesis de los glosadores y dijo: *stipulatio non est pactum*. T. I, *ad titul. de pactiss.*, p. 922.

2 V. Karsten, *op. cit.*, que expone bien la cuestión, págs. 191 a 208.

n. n. p. 4. 30., y deduce igualmente un argumento del fragmento 2, § 3. D. *de. dol. mal. et. met. exc* 44. 4 [1], donde se dice que si alguien ha estipulado la causa, el promitente puede oponer a su demanda la excepción de dolo; porque, ¿no equivale a estipular sin causa no enunciar en el acto la causa de la promesa? *Sine causa promittere is videtur quoties vel causa non exprimitur, vel in falsa seu putativa causa quis promittit* [2].

Fuera de la glosa, se defiende la misma tesis por Roffredo Epifanii, quien sostiene que es necesario decir: *promitto tibi ex tali causa;* de otra suerte, la estipulación es nula. Pero otros autores, Martino de Fano, Joh. de Blanosco y, después de ellos, Pedro de Belleperche, pretenden, por el contrario, que la causa debe siempre presumirse, y que no es necesario enunciarla, porque la estipulación produce por sí misma una obligación civil, bajo la cual se esconde una obligación natural [3].

63. La discusión se complicó además, pues se necesitaba saber si era preciso, en caso de estipulación sin causa, presumir una intención liberal de parte del promitente, y esta cuestión dividió entre sí a los intérpretes. Bartolo se inclinaba por la afirmativa [4], admitiendo consiguientemente que la estipulación sin causa valía como una donación, porque se desprende de la ley *Si divortio* (D. 45. 1. 21), que la estipulación *ex falsa causa* es válida, por lo cual también es válida la estipulación sin causa. Añade que el demandante no puede contentarse

1 Gl. sine causa.

2 V. también c. *generaliter*, C. de. *n. n. p.* 4. 30. 13; gl. *eamque:* «Item not. causam exprimi si nulla experimeretur, cautio non valeret... Sed an stipulatio valeat sine causa? Potest dici quod sic, secumdum quosdam: sed uisi causa probetur, reus absolvitur». Y al margen: «promissio sine causa non valet, etiam stipulatione vallata, nisi appareat animo donandi factam fuisse. Presumitur error potius quam donatio».

3 V. estas diversas opiniones en las adiciones de Joh. Andre al *Speculum juris* de Durand, l. 2. part. 2, *de confessionibus*, § 3.°, núms. 5, 6 y 7.

4 Ley 2, § 3 D. 44. 4, y la ley 1, D. 50. 12. A propósito de esta última, oponiendo la promesa hecha a la ciudad a la de particulares, dice: «Nota quod speciale est in civitate, quod non valet promissio facta sine causa.» Ergo apparet quod in privatis promissio facta sine causa habet vim donationis validae. V. también *Repertorium Bertachini*, Venecia, 1577, v.°. Promissio, «promissio sine causa sed ex certa scientia videtur facta animo donandi», y las referencias de Baldo, Imola, Paulo de Castro, Alex Tartagnus.

en su demanda con perseguir al deudor, fundándose únicamente en su promesa; tiene que indicar la causa, dice [1]. Y lo mismo afirma Baldo (en la *const.* 13 C. 4. 30, de n. n. p. número 23); declara que el demandante debe indicar la causa de la estipulación, porque ésta es un contrato que tiene fuera de sí su causa, a diferencia de los contratos con nombre propio, como la venta y el arrendamiento, que tienen la causa contenida en ellos mismos. Antes ya hemos citado esta frase tan característica, y que pone de relieve concepto tan claro de la causa.

En el fondo se reducía todo a una cuestión de prueba, admitiéndose generalmente que si el promitente oponía la excepción de dolo, la obligación de probar incumbía al demandante, porque en la duda debe favorecerse al demandado.

64. La misma cuestión planteada a propósito de la estipulación se planteaba también con ocasión de la *litteris obligatio* que los glosadores trataban como una institución todavía en vigor, pudiendo servir para realizar un *mutuum* [2], y que muy pronto asimilaron a la *confessio* extrajudicial. Ahora bien, la glosa nos dice, en el título de las *Instituciones de litt. obl.* (III, 22), que el valor de una *confessio* de este género depende de la manera de realizarse: *aut est facta sine causa, et tunc non valet, aut cum causa,* y entonces es válida. Sólo que en el último caso hay que distinguir según la indicación de la causa que se mencione. Si se trata de un *mutuum* o de una constitución de dote, el deudor puede oponer la *exceptio non numeratæ pecuniae* y obligar al acreedor a probar que ha entregado el dinero. Reconociendo el deudor haberse obligado en virtud de otra causa, por ejemplo, a título de comprador, la causa entonces se tiene por verdadera y puede oponerse al que la ha confesado [3]. Así, pues, la *confessio* extrajudicial no es válida, a no

1 Quaero quid si propono in libello; ago contra te, quia promisisti, an sufficiat? Certe non, nisi exprimatur causa. V. Karsten, *op. cit.*, p. 193 y siguientes.

2 V. Placentino, C. *ad tit.* Si certum petatur, de n. n. p.; *Inst. de litt. obl.*, y en su escrito *de action*, III. T. 21.

3 V. también gl. *debere* en el mismo título; gl. *solvere,* ad c. un. C. 7. 59; gl. *religionem* ad c. 13. C. 4. 30, non tamen sola scriptura obligat, sed ne-

ser que haga mención de la causa, en virtud de la cual el deudor confiesa haberse obligado [1].

65. [2] *b) Los canonistas—El pactum nudum a solemnitate sed non nudum a causa.*—Llamó la atención de los canonistas igualmente la importancia de la causa en la obligación del contrato unilateral. Y, en efecto, fué el Derecho canónico, antes que el civil, el que abandonó la tradición romana, en virtud de la cual el simple pacto no producía acción.

Los glosadores habían insistido mucho en la gravedad de toda promesa, en el deber de sinceridad que se impone la persona que se obliga por su palabra [3]. Pero aferrados a la tradición romana, afirman que el nudo pacto no produce más que una excepción.

Ahora bien: al mismo tiempo la Iglesia iba sancionando todas las obligaciones de conciencia. Siempre castigó como una mentira el faltar a la palabra empeñada [4]. Para mejor asegurar la represión de esta falta, se recurrió al juramento promiso-

cessaria est ratio intellectualis obligandi. Item not. quod licet quis scribat se debere alicui non inserta causa, non obligatur: non enim plus facit scriptura, quam faceret stipulatio; unde sic dicendo: debeo tibi decem, non obligatur quis alü; et cum scribat confiteri se accepisse mutuam pecuniam, obligatio oritur civilis, sed exceptio opponitr intra biennium, nisi contrarium probetur.

1 Cons., acerca de esta cuestión la exposición de Karsten, *op. cit.*, página 200 y s., donde se hallarán los principales textos, de los cuales reproduzco aquí lo esencial.

2 Debo dar las gracias a mi joven amigo M. G. Le Bras, profesor en la Facultad de Derecho de Estrasburgo, porque ha tenido a bien completar mis investigaciones sobre Derecho Canónico y redactar los números 65 y 66.

3 *Summa trecensis*, II, 3, *de pactis* (ed. Fitting, p. 25): «Equitas seu ratio qua pacta servantur tam judicium proprium est cui resistendum non est; hoc enim varii et inconstantis hominis est, quia quod semel nobis placuit, id postea displicere non debet. Tum fides quoe ab uno promittitur (et) ab alio speratur, hoc suadet, ut ea quoe complacita sunt serventur, cum veritati hoc debemus ne fallamur, et hoc naturaliter in nobis inest ut verum dicamus».

4 V. Seuffert, *op. cit.*, p. 45. 55. V. especialmente los textos de San Agustín, *de mendacio*, cap. 20, y de Santo Tomás, *Summa, secunda secundae.* q. 110. art. 3, núms. 5 y 6.

rio [1], aunque se reconociese que para Dios no existe diferencia entre la simple promesa y la promesa con juramento.

Los intérpretes de los Decretos y de las Decretales, comentando el texto famoso en que se expresa esta equivalencia [2] y algunos otros textos que atribuyen efectos a la simple promesa [3], no dejaron de obtener las conclusiones que autoriza el desenvolvimiento de los medios canónicos, capaces, al final del siglo XII, de dar fuerza enorme a actos que el prestamista había dotado de una simple excepción.

A partir de 1180, existe en la Iglesia una doctrina constante y general de que toda convención es válida sin necesidad de formalidades. Se duda solamente sobre el procedimiento que hay que seguir cuando se produzca su impugnación.

Huguccio (hacia 1188), relega *al officium judicis* [4] lo que antes se estimaba contenido dentro del nudo pacto. Inocencio IV acude a la *denunciatio evangelica* [5]. Mas la opinión común expresada en la glosa ordinaria del Decreto, concedía al que exige el cumplimiento de la simple promesa una *condictio ex cano-*

1 Esmein: *El juramento promisorio en el Derecho canónico:* N. R. H., 1888, p. 252 y s. El juramento promisario es un contrato formalista, válido independientemente de su causa. V. *Repertorium* de Bertachini, V.° *juramentum.* Venecia, 1577. Bartolo, in. l. *si quis pro eo de fideic.*

2 Chromatio. in c. 5. *Matth. Tract.* 10, núm. 3, ap. Migne P. L. T. XXII, col. 352. Ese texto está en el Decreto de Graciano: C. XXII, q. 5. c. 12, con el nombre de San Juan Crisóstomo: «Juramenti haec causa est: quia omnis qui jurat, ad hoc jurat, ut quod verum est, eloquatur. Et ideo Dominus inter juramentum et loquelam nostran, nullan vult esse distantiam; quia sicut in juramento nullam convenit esse perfidiam, ita quoque in verbis nostris nullum debet esse mendacium: quia utrumque et perjurium et mendacium divini judicii poena damnatur, dicente scriptura: hoc quod mentitur occidit animan. Quisquis loquatur ergo verum loquetur, jurat: quia scriptum est: Testis fidelis non mentitur».

3 Especialmente en el Decreto de Graciano, lec. 66 (quicumque) C. XII, q. 2, y en las *Decretales* de Gregorio IX, el c. 1 (Antigonus) I. 35. *de pactis.*

4 In. c. *quicumque prelati* (Bibl. Nat, ms. lat. 3.892. f.° 209). Sed quam actionem proponetur cum ex nudo pacto non oriatur actio. Sed non exigitur ut semper proponatur actio sed simpliciter proponatur factum et postuletur officium judicis.

5 *In. c. Novit* X. II. 1, *de judiciis* núm. 4).

ne [1]; y desde entonces fué admitida generalmente la máxima *ex nudo pacto actio oritur*, que jamás ha sido aún puesta en duda [2].

Hay que notar bien que los razonamientos de los canonistas parten de premisas teológicas. Atienden solamente a la promesa sin examinar el acto jurídico que se sobreentiende. Las *nuda verba* son palabras pronunciadas descuidando en absoluto las formas de la estipulación [3]. Poco importa el fin de las partes; su compromiso vale por sí mismo. El Derecho canónico obliga al promitente a cumplir su promesa a la letra, porque si no le será inflingida una penitencia, pues al renegar de su palabra comete pecado mortal [4]. Como todas las teorías propiamente canónicas (las del testamento y de la prescripción, por ejemplo), la teoría del nudo pacto transforma en obligación jurídica un deber de conciencia [5].

Con esto se derogaba el principio fundamental del Derecho romano, no sin alguna violencia. Los canonistas pusieron empeño en justificar una revolución, pues significaba un embarazo considerable para ellos, ya que destruía en un momento la autoridad de «Leyes venerables».

No llegaron nunca a calmar sus escrúpulos [6].

Cuando necesitaban dar formas jurídicas a su doctrina

1 *In. c. Quicumque, v.° promiserint, et in c. Juramenti, v.° distantiam.*

2 V., por ejemplo, Ang. de Ubaldis in. l. 1, C. *de judiciis.*

3 Esto, singularmente, está claro en el c. *Indicante* (X, III, 26, c. 4), donde se trata del legado hecho *nudis verbis*, y en las glosas sobre el c. *Quicumque v.° promiserint.*

4 Vinc Hisp., *In Decret* sobre el c. *Antigonus* (Bibl. Nat. *sus. lat.* 3967, f.° 53)... (de pacto nudo servato oritur actio secumdum canones quia mortaliter (peccat) qui non servat)... V. también Archidiácono *Sup. Decretis II.ª part. in. c. Quicumque.*

5 Los canonistas llegaron, naturalmente, a preguntarse si se puede obrar *ex simplici pollicitatione.* No concedieron en general acción más que en las *causae piae.* V. s. este punto Felino, *in c. Antigonus*, n.° 7.

6 La burda argumentación de Antonio de Butrio no consiguió sino acentuar la resistencia.

Cf. A. de Butrio, *Sup. II parte I Decrt. Comment. in. c. Antigonus*, n.° 7, Venecia 1578, f. 94. La oposición a esta argumentación se manifiesta especialmente en la *Lectura dm. Angeli de Gambiglionibus* de Aretio, *Sup. tit. de actionibus Institutionum*, Lovaina, 1475, f.° 66.

cuasi religiosa, buscaban elementos en la obra de Justiniano, apoyando con éxito en el *Código* y en el *Digesto* una novedad frágil a los ojos del siglo y casi intolerable.

66. La primera dificultad que debían resolver era la relativa a la prueba del nudo pacto.

Toda palabra obliga al que la pronuncia. Pero es difícil establecer la existencia de una promesa puramente verbal y sin forma. Las más de las veces una escritura haría constar la obligación. A principios del siglo XIII se planteaba la cuestión de las condiciones que debía reunir esta escritura para ser válida.

Ahora bien; una solución a esta cuestión acababan de presentar en dos textos [1] los Boloneses, y Gregorio IX copia sus palabras en una carta al Prior de San Bartolomé, en que reproduce la distinción romana entre *Cautio discreta* y *Cautio indiscreta* [2]: «*Si cautio quam a te indebite proponis expositam indeterminate loquitur, adversarius tuus tenetur osténdere debitun quod continetur in ca. Sed si causam propter quam hujusmodi scriptura processe it expresse is in eadem, confessioni tuae statur nisi probaveris te indebite promississe*».

¿Quiere esto decir que la promesa verbal sin causa sea ineficaz? Puede que fuera imprudente obtener tal conclusión. Los Canonistas, como todos los autores de la Edad Media, conceden una importancia particular a la escritura [3]. Sin duda, es muy raro que la promesa sin causa no sea avalada por una *cautio*, y, por otra parte, la regla aplicada a la escritura probatoria debería lógicamente extenderse a la expresión a que se refiere. Pero la distinción del *instrumentum* y de la *obligatio* está muy clara en el *Speculum juris* [4]. La discusión en el siglo XIII no versa más

1 C. IV, 30, l. 13; D. 22. 3. fr. 25.

2 X, II, 3, *de libelli oblatione*, c. 3.

3 Se ha discutido mucho acerca del sentido de esta *cautio*. V. Esmein. *Estudio acerca de los contratos...*, especialmente p. 674. Las controversias relativas a la *traditio chartae* se han expuesto claramente en un artículo de G. Arias, *Il valore della traditio chartae nei documenti medievali italiani* (*Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, 1908, p. 293 y s.). La c. *si cautio* demuestra que el Derecho canónico ve en la escritura que atestigua la promesa, un medio de prueba.

4 V., por ejemplo, *de instrumentorum, edit.* núm. 11, f.° 312.

que acerca de la prueba. La teoría de la causa se consolidó en este campo. La *cautio* fué asimilada a una *confessio extrajudicialis* [1], y se amplió a toda *confessio extrajudicialis* la exigencia de una indicación expresa de la causa [2]. Es decir, que el Juez no valorará la promesa sin causa. Pero no es cierto que tal promesa no surta ningún efecto y que no produzca obligación natural. En el siglo XVI, los canonistas expresan las condiciones para la *validez de la promesa*. Se le aplica simplemente lo que Gregorio IX había dicho de la *cautio*. Desde ahora los canonistas harán extensiva la c. si *cautio* a la escritura y a la promesa verbal. Esta confusión es completa en los Comentarios de Antonio de Butrio [3] y del Panormitano [4], que sientan la nulidad de toda promesa como de toda *cautio* desprovista de causa.

Baldo había puesto de relieve, en términos especialísimos, la idea definitiva [5]. Nada significa que un pacto no vaya acompañado de cláusula estipulatoria, que sea *nudum a solemnitate*. Esto no impide que sea válido, con tal que no sea *nudum a causa* [6]. Adoptando la teoría de la causa, los canonistas creen resolver una antinomia entre el derecho secular y el derecho de la Iglesia. Pero restringen su doctrina del *nudo pacto*, porque las promesas sin causa carecen de efectividad. Sin embargo,

1 Hostiense (*Summa aurea*, ed. de 1605. p. 595), desarrolla esa idea, que Cregorio IX había enunciado.

2 G. Durant (*Speculum juris*, II, 2, *de conf.* núm. 5) admite que la confesión verbal se toma en consideración si indica la causa. No hay más que reproducir las ideas expresadas por Hostiense en el texto arriba indicado. La eficacia de la *confessio extra judicialis* no fué admitida sin resistencia, y la mención de la causa contribuyó mucho a su éxito.

3 A. de Butrio, *Sup. II.ª parte II Decretal. inc. si cautio*, Venecia, 1578, f.° 65: *confessio et cautio seu debitum sine causa non obligat.* Tal es la rúbrica del § 2.

4 Panormitano. *Comentaria Sup. II.ª. parte II Decretal in c. si cautio* ed Venecia 1617, f.° 4, f.° 110.

5 La escuela francesa de los dialécticos, al comienzo del siglo XIV, llamó la atención de los comentaristas sobre la importancia de la causa; la concibieron, a pesar de esto, con un criterio muy restringido, como el *interventus rei.*

6 Baldi, *ad Sec. Cod de transactionibus, in l. sive apud acta.* núm. 4; ed Venecia, 1615. f.° 124. «Illud capitulum (Antigonus) loquitur in nuditate respectu solemnitatis verborum, non respectu causae».

esta reacción no aniquiló, como podría creerse, los resultados adquiridos por la creación de *la actio ex nudo pacto.*

Desde luego, la validez de toda promesa con causa, asegura la sanción de los acuerdos puramente consensuales.

Por otra parte, si se impuso a los canonistas la condición de la causa, la entendieron de una manera particular. Dominados por las fórmulas romanas, las han completado, después de todo, con sus inspiraciones.

Lo mismo que los jurisconsultos romanos, los canonistas no tuvieron de la causa una idea clara y única. Baldo la considera unas veces como el motivo determinante de la acción jurídica [1], otras como el fin y, sobre todo, el fin moral de esta acción: *pax*, *liberalitas* [2]. Lo que equivale a decir que el pacto solamente es válido si el promitente ha manifestado su intención; y que, por otra parte, esta intención da fuerza a su compromiso, aunque no se haya atenido a los moldes de los antiguos contratos, con tal que sea razonable. De suerte que la teoría canónica del pacto nudo llegó a sancionar toda promesa hecha con voluntad refleja.

Puede, pues, decirse que la teoría de la causa es especialmente obra de los canonistas.

¿Por qué la desarrollaron? Obedeciendo a una inspiración religiosa y práctica a la vez. La teoría de la causa, según ellos, está destinada a proteger a las partes y a los terceros. Una promesa, en efecto, cuyo fin no se exprese, es sospechosa de dolo. Beaumanoir traduce así el sentimiento de los canonistas y de los jurisconsultos de su tiempo [3]. Los comentaristas de las Decretales temieron, sobre todo, el error. Panormitano insiste acerca de este punto [4]: existe presunción de error, y, por consi-

1 Así *in e., si divisiones, fam. ercisc.* núm. 3.

2 Baldi *In Decretal.* in c. Antigonus. «Ubi habet causam extrinsecam ut liberalitatis, pacis et concordiae, tunc pactum est omnino servandum, ut hic praeterea istud non est pactum nudum, sed vestitur robore canonicae sanctionis...»

3 Beaumanoir. *Les coutumes de Beauvaisis* ed Salmon, Ch. 35, número 22. V. la cita en el número siguiente.

4 *In c. si cautio*, núm. 2; «... *non limitationem ad caput 1*, de pac. et c. 22. q. 5, c. *juramenti, ut pactum nudum obliget, cum limitatione s. hu-*

guiente, ausencia de consentimiento, cuando las partes han omitido precisar el acto que realizan.

En suma, la teoría de la causa amplía sensiblemente el concepto de los vicios del consentimiento. Los presume en muchos casos en que sería difícil probarlos. Protege la voluntad contra sus propios defectos y contra sus propias debilidades.

Puede afirmarse que, fortificando y coronando la concepción nueva del pacto (que sin ella hubiera sido muy débil), justifica y asegura el principio de la libertad de las convenciones, exigiendo a las partes un acto atento, preciso y manifiesto. Así se cumple definitivamente en derecho un progreso del espíritu, de la moralidad y de la seguridad.

67. *c) Los civilistas. Nulidad de la promesa sin causa.* Fortificada por esta larga tradición, pasó al Derecho civil la tesis de la nulidad de los contratos sin causa. Los civilistas la adoptaron a su vez, tanto más fácilmente cuanto que esta clase de contratos les parecía anormal y susceptible de ocultar cualquier fraude. Desde el siglo XIII, Beaumanoir, como hemos dicho ya, observa y recomienda al juzgador que no admita sin prueba compromiso semejante: «La carta, que dice, que yo debo cierta cantidad y no hace mención de por qué debo, es sospechosa de malicia, y si tal carta *vient en cort*, debe saber el Juez de dónde procede tal deuda, antes de exigir que se pague» [1].

Existe unanimidad entre nuestros autores antiguos, puede decirse, en admitir que estas promesas no tienen fuerza obligatoria.

Así en el siglo XVI se designa corrientemente con el nombre de pacto nudo, sin producir, por consiguiente, ningún efecto la promesa sin causa [2].

jus cap. quando exprimitur causa, alias presumitur per errorem promississe et si non potest allegari consensus naturalis, cum nihil sit tam contrarium consensui sicut error...»

1 Ch. 35, núm. 22 Esmein. *Los contratos en el derecho antiguo francés.* Cita igualmente un pasaje de la *Summa de legibus Normanniae*, parte segunda, cap. 26, *de pactis:* Expromisso enim nemo debitor constituitur nisi causa legitima praecesserit promittendi Ludwig. *Reliquiae manuscriptorum omnis oevi*, 7. VII, pág. 313.

2 V. especialmente Connanus, *Comment. Jur. civ. libri decem* (1558), número 5, cap. 2, p. 288, *verso, in fine*; Charondas el Carón, *Pandectes, du*

En su *Tratado de la prueba de testigos* [1], obra que ha gozado de gran reputación, Boiceau declara (2.ª parte, cap. 3, número 1) que ha visto con frecuencia alegar en juicio como una excepción la nulidad de estas promesas, porque carecían de causa, y por este concepto se hacían incluir motivos de rescisión para invalidar las aceptadas, como hechas sin causa, y que no debieron, por lo tanto, realizarse. El acreedor debía probar la causa de su promesa, y de la misma manera, añade, el que ha pagado determinada cantidad en virtud de un contrato sin causa puede repetirla, por haberla pagado indebidamente. Debe ponerse de relieve un punto importante que se desprende claramente de las explicaciones de su autor; a saber: no es solamente la escritura en *instrumentun* la que es nula, sino la promesa misma, hasta tanto que la causa no se haya establecido. Prueba de la exactitud de esta observación es que permite al promitente exigir que se le restituya lo que entregó por haber pagado indebidamente. Es inútil avanzar más en la historia de la promesa sin causa; estudiaremos ésta otra vez, al comentar el art. 1.132 C. c.

De las explicaciones precedentes se deduce que la concepción de la causa ha sido profundamente modificada por los Canonistas. Según ellos, no es la causa (en el sentido que Ulpiano da a esta palabra en la Ley 7, D. *de pactis*, cuando dice que una convención no puede producir obligación *cum nulla causa subest*), la que da fuerza obligatoria a un contrato, porque sólo el consentimiento basta para obligar al deudor según su

Droit français, l. 2, cap. 24, ed. de 1637, p. 279; Papon, *Instrument du 1.er Notaire*. Lyon, 1576, t. I, l. 5, p. 335, declara que una estipulación no puede valer si no se inserta la causa en ella. V. igualmente Automne, Abogado del Parlamento de Burdeos, *Confér. du Droit franc. avec le Droit romain*, ad. leg. 25, D. *de probat.* «Las promesas, cédulas u obligaciones son nulas si no tienen causa o la tienen ilícita». V. también Brunnemann (XVII, ss.), *Decissions*, art. 2, cap. 99. La misma solución admitió la doctrina alemana. V. especialmente el más conocido de los Jurisconsultos alemanes del siglo XVI, Zasio, acerca de la Ley 41, D. 21, 1: «Sed pactum obligatorium non valet sine causa expressa». Citado por Seuffert, *ob. cit.*, p. 97.

1 Esta obra, publicada en 1599, ha sido editada varias veces, especialmente por Danty en el siglo XVIII, que la ha adicionado con comentarios.

parecer. Para que la promesa sea válida, es preciso sea causada, es decir, que tenga razón de ser, una causa propiamente hablando.

Ahora veremos cómo los Canonistas sacaron a luz igualmente la importancia de la causa en los contratos sinalagmáticos.

68. II. *De la causa en los contratos sinalagmáticos: A) Concepción de los Canonistas. La máxima «non servanti fidem, non est fides servanda». Sus consecuencias.*

A diferencia de los Jurisconsultos romanos, que como hemos demostrado antes, no habían estudiado suficientemente la relación de causalidad que existe entre las obligaciones recíprocas originadas por los contratos comensuales, los Canonistas comprendieron que estas obligaciones están estrechamente unidas, no sólo al nacer, sino hasta su completa ejecución, deduciendo de ello importantes consecuencias. Se explica esta diferencia entre las dos concepciones, sin duda porque, habiendo admitido la fuerza obligatoria del simple pacto de voluntades, ésta les llevó lógicamente a asimilar los antiguos contratos consensuales a los contratos innominados y a aplicarles a todos idénticas reglas.

Por otra parte, las convenciones, tanto los contratos sinalagmáticos como las simples promesas solían ir acompañadas de juramento, en virtud del cual cada parte se obligaba solemnemente a cumplir sus obligaciones [1]. Por efecto de este juramento la obligación preexistente se confirmaba y consolidaba, viéndose obligada cada parte desde ahora no sólo por el contrato, sino por la fuerza de su juramento. Además, haya habido o no juramento, los Canonistas admiten, fundándose en la equidad, que quien se obliga, quien empeña su palabra, debe cumplirla; de otra suerte no puede exigir el cumplimiento de la obligación recíproca contraída con él. Esta regla se halla enun-

1 V. acerca de lo siguiente Brissaud, *Manuel d'hist, du dt. priv.*, 1908, p. 447 y s.; Esmein, N. R. H, 1888, p. 249 y s., 311 y s., Naz. *Ensayo acerca de la historia de la resolución de la venta.* París, 1870, p. 145 y s.; Cassin, *ob. cit.*, ps. 42 a 46, 94 a 102.

El uso del juramento lo encontramos principalmente en materia de renuncias. No se desprende de los textos que se empleara necesariamente también en los contratos.

ciada en términos amplísimos, que se refieren no sólo al caso del juramento, sino a todo contrato, en un texto célebre de la *Summa* del Hostiense (siglo XIII), libro 2.°, *de jurej.* núm. 3: *Non servanti fidem, non est fides servanda. Ideo juramentum illud non ligat qui praestitit, dum is cui praestitum fuerat servare negligit quod promissit* [1].

Se aplicaba a todos los contratos sinalagmáticos, a los antiguos contratos consensuales o a los contratos innominados [2].

1 En sus comentarios, Hostiense desarrolla esta proposición y refuta las objeciones que pudieron traerse de ciertos textos del Decreto de Graciano: «In Secundum decretalium librum commentaria in c. 3 (pervenit), X, II, 24 de jurejurando, v.° patuisse. Venecia, 1581, f. 125. «Arg. expressun est, hic quod non servanti fidem, fides non est servanda; ad idem, ff. pro socio si convenerit, 28, q. 2 si infidelis, ff. de inoff. test. si instituta. C. de pac. Cum proponas. infra eo. sicut in fine. Arg. contra 23, q. 1, noli existimari, 33, q. 5, quod Deo, 22, q. 4. Innocens. Sal. quod hic et in similibus dicitur generale est. Nec obstat c. noli. Intelligas enim, quod infideli fides servanda est. si et ipse eam servet, alias contra, ut hic et sic concordat. Nec obstat ca. quod Deo, quia loquitur in voto, quod potius promitti tur Deo quam homini, et ideo ex quo semel emissum est omnino servandum est»...

Inocencio IV había expresado la misma idea con ocasión del juramento en su *Apparatus* in c. *pervenit*, v.° *minime;* no, si duo aliquid sibi ad invicem juraverunt: si unus non servavit juramentum, nec alius tenetur servere.

Esta fórmula famosa, cuya invención se atribuye al Hostiense, parece haber sido creada hacia 1235 por Vicente de España, el primero de los decretalistas, a consecuencia de discusiones sugeridas. Vicente de España (*Apparatus* in Decretal. Greg. in c. *pervenit* Bibl. Nat. sus. lat. 3978, f.° 81). El principio ha debido formarse en el primer tercio del siglo XIII. Es interesante notar que ha sido en el campo de la fe, y a propósito de las relaciones con los infieles, donde comenzó a debatirse. (Nota de M. G. Le. Bras.)

2 V. c. 3 et 29, X. II, 24 *de jurejur.* La regla enunciada por Hostiense tuvo su expresión definitiva en el Canon *Frustra*, publicado en 1298 (75, Sexto, V, 13, *de reg. jur.*): «Frustra sibi fidem quis abeo servari postulat, cui fidem a se proestitam servari recusat». Comp. Panormitano, *Lecturæ in Decretales*, sobre c. 3, X, II, 24, *de jurej...*, que explica cómo las obligaciones nacidas de nn contrato sinalagmático son correlativas: promisi te non expellere de domo tibi concessa per me in emphyteosim, certe tacite subintelligitur si solveris mihi canonem; alias si non solvis, possum te expellere, quod tu non servas id ratione cujus facta fuit promissio

69. Esto demuestra que los canonistas analizaron muy exactamente la manifestación de voluntad del contratante, que como sabemos, se obliga porque cuenta con la ejecucion de la prestación, que en cambio le fué prometida. Comprendieron bien que su obligación pierde la causa desde que la correlativa no se cumple.

Toda la teoría de la causa de las obligaciones procedente de los contratos sinalagmáticos, se halla en germen en este principio formulado por el derecho canónico. Y precisamente los canonistas han deducido las dos principales consecuencias, que como ya hemos dicho, se desprenden de la interpretación de la voluntad de cada una de las partes.

La primera consiste en la *exceptio non adimpleti contratus,* o derecho a favor de una parte de oponerse a la demanda de cumplimiento de la otra, cuando ésta no promete ejecutar al mismo tiempo su obligación. Volveremos más tarde sobre la historia de esta institución, tan bien presentada por M. Cassin en el estudio que la ha dedicado. Algunas explicaciones bastarán para manifestar la influencia ejercida por el Derecho canónico en esta materia.

Los jurisconsultos romanos, hemos dicho ya, no habían enunciado el principio en que se fundaba esta excepción. Según su costumbre, se contentaron con hacer algunas aplicaciones a los contratos consensuales, y especialmente a la venta. Esta materia no atrajo de una manera especial la atención de los glosadores, y por eso no dieron ninguna explicación acerca de las excepciones *pretii non soluti, rei non traditae.* Un canonista que ejerció influencia considerable sobre sus sucesores, Guillermo Durand, fué el primero que las concedió un lugar en su estudio acerca del mecanismo de las excepciones perentorias [1]. Y los glosadores, «canonistas y civilistas a la vez», fueron los que dieron a este medio de defensa un nombre y una fórmula general, expresada primeramente por Bartolo: *Contractu ultro citroque obligatorio non potest effectualiter agi nisi ab eo qui effectualiter totum contractum ex parte sua impleve-*

1 Cassin, *op. cit.,* p. 45. V. Gill. Durand. *Specul. jur.* l. 2, p. 2, de exec. sentent. § 6, n. 8.

rit 1. Y para justificar esta regla invocan el famoso texto canónico: *Frangenti fidem* 2.

70. Una segunda consecuencia se derivaba del principio formulado por el Derecho canónico. Consistía en que si el vendedor o el comprador no podían obtener de la otra parte la prestación prometida, podían optar por exigir la ejecución o reclamar el equivalente, o si lo preferían, pedir a los Jueces eclesiásticos que les devolvieran su libertad, que les libraran de su juramento y pronunciaran la rescisión del contrato. Porque, como decía Hostiense, el juramento no obliga al que lo ha prestado, mientras aquel a quien se le ha hecho no cumple lo que ha prometido 3. Esta resolución presentaba rasgos particulares que la diferenciaban de la *lex commisoria romana*, porque, fuera de que podía intentarse por el comprador lo mismo que por el vendedor, el demandante estaba obligado a dirigirse a la jurisdicción eclesiástica para que se le librara de su juramento, y por lo mismo de su obligación; y además la liberación no envolvía la de la otra parte, que caía bajo las penas eclesiásticas, por no haber cumplido su palabra, y seguía siendo deudor de lo que importara la cláusula penal 4. Este es el origen del art. 1.184 del C. c.; es decir, del segundo efecto característico de los contratos sinalagmáticos.

El primero en aplicar a los antiguos contratos consensuales la acción de rescisión por incumplimiento, que no existía en Derecho romano más que para los contratos innominados,

1 Bartolo, acerca de la ley 13, § 8, D. 19, 1. de act. e. v.

2 V. Cynus y Joh. Faber, en sus comentarios a la C. 21, C. 2. 3, *de pactis* Entre las controversias a que dió lugar el estudio de esta excepción, merece citarse una que muestra bien la importancia que el concepto de fin había adquirido desde esta época, en el sentir de algunos jurisconsultos. Santiago de Revigny había sostenido que el derecho del comprador de pedir la entrega de la cosa, nacía solamente de haber pagado íntegramente el precio. Esta opinión fué rechazada por sus contemporáneos, con razón, porque en los contratos consensuales las obligaciones, y, por consiguiente, las acciones, nacen al mismo tiempo que el acuerdo de voluntades. V. Cassin, *op. cit.* p. 55, 56. La misma cuestión ha sido nuevamente discutida en los siglos XVIII y XIX por los pandectistas alemanes.

3 Caps. 3 y 29, X, *de jurej* (2,24). V. también p. 146, n. 1.

4 V. c. 19, X, 3, 39, *de censibus.*

fué el Derecho canónico. Sin duda, como veremos al estudiar esta acción, se ha necesitado un largo trascurso de tiempo para que la regla pasara a nuestro Derecho civil, ya que no se implantó definitivamente hasta el siglo XVII; pero el principio que invocaron nuestros autores antiguos para explicar su razón de ser, era el expuesto por el Derecho canónico. Así, Dumoulín, en su *Comentario del título del Digesto «de verborum obligationibus»* (rubr. 1, núms. 57 y s.), declara que siempre que el vendedor ha tenido para deshacerse de la cosa, una razón sin la que no hubiera contratado, puede obtener la rescisión del contrato, porque *fidem prorsus non servanti non est servanda.*

71. *B). La regla de los correlativos admitida por los civilistas.* Afirmemos, para terminar, que desde el siglo XVII, es decir, desde el tiempo de Domat, la conexión entre las obligaciones nacidas de los contratos sinalagmáticos, es un principio completamente conocido. Se la encuentra, en efecto, varias veces mencionada en las obras de los jurisconsultos de esta época, especialmente de los de países de derecho escrito, con el nombre de *regla de los correlativos.* Se lleva tan lejos su aplicación, que se sostiene que si una de las partes ha ejecutado su obligación, no puede la otra valerse de la prescripción extintiva para no verificar la suya. Suponiendo, por ejemplo, que se ha concedido el derecho de usar una cosa mediante un canon anual, y que el que disfruta el uso, ha gozado de este derecho durante treinta años, sin pagar el censo, no podrá, dicen, invocar la prescripción liberatoria para negarse en lo futuro a pagarlo. «Hay que tener como una máxima constante e indudable, dice Salvaing *(Del uso de los feudos y de otros derechos señoriales*, cap. 94, 2.ª ed. (1668), p. 457 y s.), que siempre que una persona realiza un acto justo, y siempre que lo emplea como fundamento de su intención, o que pide la ejecución del mismo, si por este acto está obligado a realizar alguna cosa, no puede abstenerse de ejecutar lo que ha prometido, aunque de otro modo hubiera podido librarse en virtud de la prescripción. Porque como los contratos recíprocos son correlativos, y dependen mutuamente uno del otro, y es tal la naturaleza de los correlativos, que dado uno se da el otro, y quitado uno se quita el otro, ha de deducirse que demandando la ejecución de un

acto, se abre el camino a la otra parte para que reclame a su vez ejecución contraria, y por lo mismo se destruyen las prescripciones que contra ella hubieran podido adquirirse [1].

El Presidente Favro difunde la misma opinión en su Código, l. 7, t. 13, def. 23. «*nam fieri nom potest ut contractus qui ex una parte impletus est, ex alteri praescribatur*) [2].

72. III. *Progreso de la idea de causa. La causa final opuesta a la causa de la Ley 7, D., de pactis. Bartolo; Baldo; El Presidente Favro; Vinnio.*—De las explicaciones precedentes se deduce que el Derecho canónico contribuyó altamente a introducir en la técnica jurídica el concepto de causa final; en efecto, este concepto que raramente aparece en los glosadores, lo emplean a menudo los postglosadores, que son romanistas y canonistas a la par, y se ve que les fué pronto familiar.

Estudiaron especialmente el problema de la causa con ocasión de la famosa Ley 7 del Digesto, título *de pactis* (2, 14), de que ya hemos hablado. Recordemos que en este fragmento opone Ulpiano las convenciones que producen acción a los

1 En apoyo de su tesis, Salvaing cita a Connanus (libro II, cap. 5, *sub litt.* G.), que a propósito de la ley 7, § 2, D. *de pactis*, 2, 14, se expresa así: «Quum autem aliquid jam dedi aut feci tua causa, ut aliquid similiter mihi dares aut faceres, non de verbis jam quaestio est sed de aequitate quae non permittit ut ex rebus meis, me invito, lucrum facias, sic aut faciendum tibi est quod promisisti, aut quod mea interest restituendum.

2 V. también Despeiseas *(Orden judicial)*, y en el siglo XVIII s. Dunod, *Tratado de las prescripciones* parte primera, cap. 8, 3.ª ed. ps. 51 y 73; Juliano, *Commentarios a los estatutos de Provenza* (1778) T. II, p. 4. 22, número XXIX; Salviat. *La Jurisprudencia del Parlamento de Burdeos* T. II, p. 229.

En su reedición del *Repertorio de la Jurisprudencia* de Guyot, Merlin ha adoptado también esta solución; V. *Prescripción*, Sec. 1, § 6, art. 3, pero la abandona en sus *Cuestiones de Derecho*, V. *Prescripción*, § 10, núm. 4.

Antes de la redacción del C. C. el Tribunal de apelaciones de Tolosa había preconizado la adopción de la regla de los correlativos (V. Fenet, T. V, p. 627). Después del Código civil, hay sentencias que aplican esta regla: Riom, 28 Mayo 1810, Beaufle c. Boyer, S. chr; pero no tarda en ser abandonada; Reg. 7 Agosto 1833, de Bethune c. comen. de Sexfontaine, S. 33, 1, 721; Reg. 14 Mayo 1834, Mollerat, c. Saclier, S. 34, 1, 810; 22 Julio 1835, Peclet c. Comm. de Fauville, S. 35, 1, 729. V. Troplong. T. 1, núm. 73 y T. II, núm. 534; Aubry et Rau, 4.ª edic. T. VIII, § 776, texto y nota 10. Laurent, T. XXXII, núm. 334.

pactos nudos que sólo producen excepción. Las primeras comprenden los contratos que tienen nombre propio; pero, añade, aunque el acto no sea un contrato con nombre propio, y por lo tanto carezca de causa, lo que sucede en el caso del συναλλαγμα cuando una de las partes da, para obtener de la otra una prestación o un hecho, nace igualmente una obligación civil. Cuando por el contrario *nulla subest causa*, es decir, cuando existe simple cambio de consentimientos sin cumplimiento por ninguna parte, entonces es evidente que no es obligatoria la convención. Por la palabra *causa* entiende el jurisconsulto la aportación que da a la convención sinalagmática su fuerza obligatoria.

Este es también el sentido que la glosa atribuye a la palabra *causa*, y la precisa más añadiendo el epiteto de *justa causa*: «Causa id est datio vel factum quod, vestiet pactionem. Simplex conventio innominata, si non vestitur implimento, justæ causæ, dicitur nuda; ideo non parit actionem». La causa es el *vestimentum* que transforma el *nudum pactum* en contrato *(pactum vestitum)* [1].

Mas en tanto que los glosadores se contentan con estas breves explicaciones de la *causa romana*, sus sucesores, por el contrario, más directamente sometidos a la influencia canónica oponen a aquélla la noción canónica *causa finalis*.

Bartolo hablando de la distinción de los *nuda pacta* y de los *pacta vestita* [2] dice, que cómo se explica que pueda haber un pacto nudo, siendo así que todo pacto tiene lugar en virtud de una causa cualquiera, o en otros términos, se da en virtud de un fin determinado. Y plantea la objeción en esta forma:

1 Importa notar que para los glosadores, esta distinción entre pacto nudo y pacto vestio, es contraria al derecho natural. «Pactorum equitas est naturalis sumna», dicen Placentino y Azon (Inst. lib. 2, núm. 2). Para ellos es difícil entender que el pacto nudo no produzca acción.

Parece, dicen, que no existe pacto nudo, porque todo pacto lleva consigo el consentimiento. Pero el consentimiento es un vestido elegante y ligero que no basta para los contratos nominodos: «elegans et tenuis vestis est consensus, quae non datur nisi certis contractibus enumeratis, qui cum sint favoraviles et pingues et calidi, levi veste vestiuntur».

2 Acerca de la Ley 7, D. *de pactis*.

«No existe contrato nudo, dice, entendiendo por tal un contrato realizado sin causa. En efecto, o el contrato se realiza en virtud de una causa verdadera, *ex aliqua vera causa*, y entonces tiene lugar la acción de constituto (Bartolo se refiere aquí al compromiso unilateral que tiene su causa en una obligación anterior) o el contrato adolece de una causa falsa, y entonces es inútil buscar la acción que pueda competirle, *quia si competeret, posset condici liberatio*. O, finalmente, no existe ninguna causa (se entiende causa enunciada en el pacto), y entonces se presume que se ha querido donar (47, D. *de oper., liber.* 35, 1).»

A esta objeción responde Bartolo, que en el pacto puede haber una causa futura, como en los contratos innominados «y entonces no tiene lugar la acción de constituto, y el pacto es verdaderamente nudo (la palabra causa se toma esta vez en el sentido romano). De la misma manera puede haber también una causa anterior no obligatoria, como si te prometo cien francos porque me has prestado un determinado servicio, lo cual constituye una remuneración, y no una simple donación (6 D. mandat. 17, 1) en cuyo caso el pacto no produce acción, más que tratándose de salario.»

Bartolo alude a esta distinción, en otras partes de su obra, y especialmente en su *Comentario* al título *de donationibus* (D. 39, 5) de que nosotros hablaremos después [1].

La misma preocupación se encuentra en Baldo, que comentó las leyes romanas y las Decretales: «Causa finalis, dice, est objectum intellectus, sicut signum est objectum visus, et portus est objectum navigantium, et quidquid agimus propter finem agimus [2].» «Causa finalis in contractibus, dicitur, ea de cujus radice emanat obligatio [3].» «Causa finalis dicitur ea, qua posita inesse ponitur voluntas disponentis, et ea cessante, cessat consensus [4].»

73. Los sucesores de Bartolo, comentando a su vez la Ley 7, D. *de pactis*, reproducen igualmente la distinción del maes-

1 V. también *de cond. et dem.*, § 1, núms. 3, 4, 5, 9 (D. 35, 1).

2 In l., núm. 17, C. VI, 44, *de falsa causa adj. leg.*

3 In l., 1, 3.e col., in princ, «quaero quomodo cognoscamus causum finalem in contractibus». C. VI, 44, *de fals. causa adj. leg.*

4 In l., 1.er ed., V.es item poni possunt, C. *quando non pet* part. 6, 10.

tro. Hagamos especial mención del Presidente Favro, que en el siglo XVI, en sus *Rationalia*, interpretando la palabra *causa*, observaba que no hay que entender por causa lo que provoca la formación habitual de los contratos y de los pactos nudos, porque no puede darse el caso, sin tal causa, de un pacto nudo que tenga eficacia para producir al menos la excepción, ya que el prestamista rechaza todas las convenciones hechas sin una causa de este género. Se trata en la Ley 7 no de esta causa, sino del *negotium*, que envuelve la convención en sí misma, y constituye no sólo ocasión, sino la materia de ésta 1. Y más adelante, volviendo sobre la misma idea, se expresa así: «No debe decirse que un pacto es nudo, siempre que exista una convención sin causa». En efecto, todos los pactos sin causa serían ineficaces para producir una excepción. Porque, ¿cómo se explica, o por qué razones de equidad concedería una excepción en virtud de un pacto nudo sin causa, el pretor, que concedió excepción de dolo contra estipulación sin causa. Era preciso, pues, colocar entre los pactos nudos, que el pretor amparaba en su edicto, no sólo al que no tiene causa, sino también al que no tiene *negotium,* y queda en los límites de mera convención, es decir, de acuerdo de voluntades. Así, un pacto de *non petendo* es un pacto nudo, en el sentido de que no puede ni quitarme ni concederme acción; mas produce sólo una excepción, y, por consiguiente, *no carece de causa*, *porque lo he hecho*, *o porque he querido gratificarle*, o *porque he recibido alguna cosa en cambio, que no representaba ni más ni menos*».

Estas citas prueban claramente que la concepción canónica del *pactum nudum* o causa, pasó definitivamente a la doctrina de los civilistas.

74. A medida que la idea de causa final se hacía más fami-

1 Acerca de las palabras *subsit tamem causa:* «Noli inteligere de causa quae solet non solum contractibus sed etiam pactis nudis interveniendum (nam neque pactum nudum, sine tali causa ullum esse potest, saltem efficax, vel ad merendam a pratore exceptionem, quia proetor abhorret conventiones omnes sine causa factas (2, § 3, D. 44, 4. 4. D. 12. 1), sed de negotio quod subest in ipsa conventione, eique non tam occasionen qua materiam praestat».

liar a los juristas (y dejamos el hacer resaltar todavía más sus progresos para cuando estudiemos la rescisión judicial de los contratos sinalagmáticos por falta de cumplimiento de una de las partes), la de *causa civil*, por el contrario, les parecía cada vez más artificiosa. Así, los jurisconsultos de fines del siglo XVI, que intentan destruir la barrera que separa los contratos con nombre propio de los contratos innominados, interpretan la ley precitada de una manera nueva, y sostienen que el jurisconsulto Ulpiano habla de una *causa*, que es única y verdadera, es decir, la causa final. El jurisconsulto holandés Vinnio, que pertenece al siglo XVII (1588-1657), y que se enlaza con Domat (1625-1695), alude a esta interpretación, que combate como errónea. En su *Tractatus de pactis* (cap. 8, números 7 y s.), se plantea la cuestión de saber lo que los jurisconsultos romanos entienden por *causa* en la Ley 7 D. *de pactis*. Y responde «que no pueden referirse a la *causa finalis*, porque no hay convención en que los contratantes no persigan un fin, ni a la *causa impellens* [1], es decir, a la que impulsa a las partes a contratar, como algunos han pensado. Porque aun en las convenciones nudas que oponen los jurisconsultos a las que una *causa subest*, hay algo que determina a los interesados a llevar a cabo la convención; por ejemplo: un convenio entre nosotros, por el que te has comprometido a darme cierta suma de dinero y yo a renunciar al proceso que había intentado o a cambiar mis esclavos. Estas convenciones son nudas en el sentido que de ellas no nace ninguna acción; por tanto, no puede negarse que las hemos realizado en vista de algo, es decir, porque he desistido del proceso que había intentado contra vosotros, mediante una suma de dinero, y vosotros habéis preferido entregar la cantidad mejor que estar a las resultas de algo incierto; o porque yo he preferido vuestro esclavo y vosotros el mío. Y lo mismo sucede en los casos análogos. Mas lo que aquí debe entenderse por causa, es lo que uno da o hace en vista del contrato. Aclaremos esto con un ejemplo.

1 Nótese que Vinnio llama *causa impellens* al fin perseguido por cada parte, y la distingue de la *causa finalis*, sin que se vea claro lo que designa con esta última expresión.

Hemos convenido en que yo te daré, a Stico; y tú a mí, Pánfilo. Esta convención, que consiste en un puro acuerdo, es *nuda*, aunque los dos nos hayamos decidido a contraerla por un fin determinado, yo porque prefiero tener a Pánfilo y tú a Stico. Pero si tú o yo cumplimos la prestación, cesa de ser nuda y traspasa los límites de un simple acuerdo».

El fin perseguido por las partes que realizan un contrato sinalagmático, se halla claramente indicado en este pasaje. Y después de haber distinguido así la *causa* final de la *causa romana*, Vinnio añade que esta doctrina ha sido obscurecida por una teoría nueva; «porque algunos autores, dice, intentando asimilar los contratos con nombre propio a los contratos innominados, han sostenido que estos últimos producen una obligación, desde que se han perfeccionado, antes que alguna de las prestaciones se haya ejecutado, pero que el derecho de obrar en justicia en virtud de esta obligación, arranca del hecho y momento de la ejecución. Y estos autores pretenden que Ulpiano, con la palabra *causa*, ha querido designar, no ya la dación o el hecho que ha tenido lugar, sino el motivo precedente que determinó a los contratantes a entrar en negociaciones». Puede juzgarse de aquí los esfuerzos de los civilistas por desembarazarse de este concepto inútil de la *causa romana*.

Así, poco a poco fué aislándose la *causa final*, y entró en la técnica jurídica. Pero debemos reconocer que hasta Domat, las explicaciones de los autores, relativas a la causa, son imprecisas. Más tarde tendremos ocasión de demostrarlo, citando varios pasajes de Dumoulín acerca de la rescisión de los contratos [1].

75. IV. *Distinción entre la causa final* y la *causa impulsiva. Su interés en las liberalidades.* — A la *causa finalis* oponen los glosadores la *causa impulsiva*, es decir, el simple motivo que impulsa a una persona a obligarse, pero que no constituye la verdadera razón de ser de su obligación. Siempre que la glosa cita el famoso adagio de la filosofía griega, *cessante causa, cessat effectus*, restringe su aplicación, añadiendo que se aplica a la

1 V. cap. 4, sec. 2, § 3.

causa final pero no a la causa impulsiva. *Causa cessante cessat effectus, habet locum si causa fuerit finalis non impulsiva* [1].

Fué, sobre todo, en materia de liberalidades, donde los romanistas, establecieron la separación entre estos dos elementos, para explicar los numerosos textos del Derecho romano, en los que la palabra *causa* designa el motivo determinante que impulsa al donante, y, especialmente, al testador, a gratificar. Ahora se comprende bien la importancia práctica que encierra saber, cuándo existe causa final y cuándo causa impulsiva, porque la ausencia de la primera anula la liberalidad, al paso que la de la segunda es indiferente (*falsa causa legato non nocet*) [2].

Los postglosadores tratan profusamente esta materia. Baldo se pregunta cómo se puede reconocer la causa final en los legados: «*Quæro quomodo cognoscamus causam finalem in legato. Respondeo quando cessante causa cessat titulus legati ut in legato pro dote, vel sepultura*» [3]. Y más adelante añade [4]: *aut falsa causa est extranea legato et non vitiat, aut intrinseca et coessentialis legato, et tunc falsa vitiat... Tunc autem dicitur coessentialis, quando alius non esset legatarius, quod probatur per indicia* [5].

1 V. gl. filia, in l. 6. c. 4. 6. de condit. ob. caus; gl. ocupata, in l, 1. D. de feriis 2. 12; gl. iniquitas, in l. 1. D. post. 3. 1; Inst. 1. 10. de nuptiis, § 6: gl; 1. in l. 25. c. de jure dotium, 5, 12. V. también la aplicación que la glosa hace de este adagio a propósito de la interdicción impuesta a las mujeres de litigar por otro. gl. causam, in l. 1, § 5. D. de post. Se sabe que Tiraqueau escribió en el siglo XVI un curioso tratado acerca de este adagio, y aquí estudia sus diversas aplicaciones y las acepta con las limitaciones que comprende.

Los glosadores acuden igualmente a la *causa finalis* para explicar la solución, en apariencia singular, de la famosa ley de Cumte (6. c. 4. 54, de pact. int. empt et vend.) de que hablaremos más tarde a propósito de la historia de la rescisión de los contratos sinalagmáticos.

2 V. especialmente la glosa acerca de los textos siguientes: D. 12. 6. de cond. ind. 52 y 65, § 2; 35. 1, de cond. et dem. 12. 17. 72 § 6; Inst. 2. 20. 31: Adde gl. 1. in l. 25. c. *de jure dotium* 5. 12. Causa apposita in stipulatione quando continet commodum stipulantis, non dicitur finalis sed impulsiva, cujus defectus non vitiat stipulationem, veluti do tibi decem ut emas caligas, licet non emas, non reddes illa decem, quia est causa impulsiva.

3 C. VI. 44 *de falsa caus.* adj. l. 1. n. 12.

4 Eod. loc. n. 17.

5 V. también cons., n. 124.

Quien más se extiende en el estudio de esta distinción es Bartolo, pues no sólo intenta caracterizar cada una de las dos clases de causa, sino que también investiga, cuándo debe ser considerado el modo como causa final.

Consagra a esta distinción una importante disertación en su comentario al fragmento antes citado de Gayo, 17, §§ 2 y 3, D. 35, 1., de cond. y dem. Define del modo siguiente la causa aplicada a las liberalidades: *Causa est quid praeteritum vel instans quo impellimur ut aliquid disponamus, ad differentiam conditionis quae est de futuro, causa semper est de praeterito.* La falsa causa, añade, núm. 13, anula la disposición si se pone *conditionaliter*, pero no la vicia en principio, *si est apposita causaliter.* Distingue después clarísimamente la *causa impulsiva* de la causa *proxima et finalis.* La causa final, dice, es la liberalidad pura, porque el legado es una donación *et in donatione causa proxima est liberalitas.* He aquí formulada de una manera precisa, y por el más distinguido de los postglosadores, la noción de la causa en las liberalidades. La causa consiste en la intención liberal, en el *animus donandi.*

La causa impulsiva, por el contrario, es el motivo antecedente que mueve a gratificar. Esta es la causa remota, dice Bartolo, *non cohaerens legato*, y aunque se pruebe que es falsa, no se anula por eso el legado, *nisi probetur quod testator aliter relicturus non fuisset, quia tunc vitiat ope exceptionis.*

Finalmente, después de distinguir las dos clases de causas, se pregunta Bartolo (núm. 16), si en los contratos la causa falsa anula el contrato, y responde: «*Breviter dic, ant non est proxima et cohaerens, quia non erat obligatoria et tunc non vitiat sicut in ultimis voluntatibus* (ley, *damus*, 52, D. 12. 6). *Quandoque causa est cohaerens proxima, et finalis et obligatoria, ut quando praecedit causa, et tunc licet falsa causa non vitiet ipso jure tamen parit repetitionem...*»

Aquí está clarísimamente afirmada la distinción de la causa y del motivo [1].

1 Cons. también el Comentario de Bartolo a la ley 2. D. 39. 5. *de donat.* Explica aquí que la ausencia de causa final otorga al donante la *condictio ob causam*, pero que además puede darse el defecto de *causa impul-*

76. Citemos aún el desarrollo que hace Doneau de la causa final y de la causa impulsiva [1] a propósito de la donación verificada con el fin de obtener una prestación recíproca, manifiesta Doneau que la causa de esta dación es la intención de conseguir la prestación prometida por la otra parte. *Causa dandi futura est, dandi finis, cum quid salicet datur hoc amino ut aliquid sequatur.* Y parafraseando el fragmento 52, D. XII, 6 *de cond. ind.* en el cual Pomponio opone la *datio ob causam* a la *datio ob rem*, Doneau distingue claramente la causa del motivo a propósito de la *causa praeterita* (l. 8. p. 250, § 3.) «La *causa praeterita*, dice, es doble, voluntaria y necesaria; voluntaria la que no obliga al que ha realizado la *datio*. Por ejemplo, te hago una donación porque eres gestor de mis negocios, porque te has casado, porque has venido a la indigencia. Necesaria se llama a la causa, que crea una deuda, y, por consiguiente, lleva consigo la necesidad de pagarla. Siendo el caso de una *causa praeterita voluntaria*, entonces no puede hablarse de repetición.

En este caso existe, en efecto, una donación (ex. ley 65, § 2. D. XII. 6) porque el *tradens* no estaba obligado; si, no obstante, ha dado la cosa, es que ha querido hacer una donación. En efecto, aun existiendo gestión de negocios, no por eso estará obligado a dar; a fortiori, estará menos obligado si no intervino tal gestión. Más aún, si creyó injustamente que existían actos de gestión de negocios, no cambia en nada su voluntad, porque sabía muy bien que no estaba obligado a dar. Si ha dado alguna cosa a pesar de eso, hay que pensar

siva. «Por esto, dice, hay que investigar lo que se entiende por causa final y por causa impulsiva cuidadosamente, cuya distinción ni Dyno ni ningún otro entendieron bien». Ahora bien: ¿en qué puede consistir la causa final en una donación?

Hemos visto que en el pasaje precedente, Bartolo explica que esta causa es la misma liberalidad; mas aquí, con relación, especialmente a las donaciones modales, trata de averiguar en qué casos el *modus* puede ser considerado como causa final o simplemente como causa impulsiva. Así la distinción que pusimos al principio de liberalidades puras y simples y liberalidades modales, se hallaba ya expuesta por Bartolo. Volveremos sobre este punto en el cap. dedicado a las liberalidades.

1 Commentarii de jure civili. 6. ed. 1. 7. p. 372. § 7, l. 8, p. 250, § 3.

qué quería hacer una donación. Otra cosa sería si yo hago una donación porque me creo deudor, pues entonces no verifico la donación, sino porque me creo deudor, es decir, obligado a pagar».

Doneau combate también las objeciones que se han levantado contra su interpretación, y al llegar a la objeción *cessante causa cessat effectus*, responde que esta regla se aplica a la *causa finalis*, pero no a la *causa impulsiva*, citando en apoyo de su doctrina a Accursio acerca de la Ley § 2, D. de postul, 3, 1.

Es inútil seguir todavía en el estudio esta distinción, que se hizo corriente entre nuestros jurisconsultos. Volveremos a encontrarnos con ella al estudiar la causa de las liberalidades. En esta materia ha sido donde principalmente se fijaron ellos para hacer la distinción, porque es donde tiene mayor interés. Pero si esto es verdad, también es cierto que es donde más dificultades presenta, y veremos los esfuerzos que ha costado a los jurisconsultos encontrar un *criterium*. No nos queda otra cosa, para completar esta ojeada general, que señalar la influencia ejercida por algunos autores del siglo XVI, sobre Domat.

77. V. *Predecesores inmediatos de Domat: Francisco Connano, Papón, Charondas el Carón.*—Exceptuado Dumoulin [1], casi todos los civilistas del siglo XVI [2] permanecen fieles al sistema tradicional, según el cual, el simple cambio de consentimientos no basta para crear un lazo obligatorio, y para ello la división en contratos nominados e innominados es una división fundamental que siempre ha estado en vigor. Sin embargo, algunos, especialmente Francisco Connano [3], y, a ejemplo suyo, Papón (1505-1590), que utilizó visiblemente en su *Instrumento del*

1 Dumoulin (1500-1566), *nova et analytica explicatio rubr. et leg. I et II de verb. obl. in rubr. n.° 42*, y ley I, *si quis ita*, n.° 7; C. Just. 2, 3; Loysel, *Inst cout.* max. 357: «al buey por el asta y al hombre por la palabra; y vale tanto una simple promesa o convención, como las estipulaciones del Derecho romano».

2 Duaren (1509-1559), Connano (1508-1551), Cujas (1522-1590), Doneau (1527-1591), opinan todos que los pactos nudos no producen acción; V. las citas de estos autores hechas por Seuffert, *ob. cit*, p. 108 y s.

3 Francisco Connano, maestro de *requetes*, en tiempo de Francisco I: *Commentariorum juris civilis, libri decem.* París, 1552 y 1558.

primer Notario, publicado en Lyon en 1576, los comentarios del primero, comparan estas dos clases de contratos cuya naturaleza es la misma, y declaran varias veces que los contratos consensuales de venta, arrendamiento, mandato y sociedad, no deben separarse de otros contratos sinalagmáticos. Las explicaciones minuciosas de Connano, jurisconsulto prolijo, son muy interesantes, y es muy probable que Domat haya sacado provecho de ellas. En Connano encuéntrase la sistematización, y, además, todos los elementos de la teoría de la causa expuesta en las *Leyes civiles.* En el libro V de sus comentarios estudia Connano los pactos y las convenciones [1]. En el capítulo II comienza clasificando los contratos en dos grupos: contratos a título gratuito y contratos onerosos, o como él los llama, *ob causam.* En los primeros, una parte entrega a la otra bien la propiedad definitiva (donación), bien la propiedad temporal (mutuum), bien el uso (comodato), bien su actividad (mandato), bien su diligencia para conservar una cosa dada en depósito.

Todos estos contratos están inspirados en un espíritu de liberalidad y hechos en consideración a una sola de las partes (unius tantum causa fiunt): el gratificado.

«Los contratos a título oneroso caen bajo la denominación de, συναλλαγμα [2] sean nominados o innominados, porque la venta, el arrendamiento, la sociedad, el mandato, producen de pleno derecho una acción, no porque tengan nombre propio, como algunos burdamente piensan, sino porque en ellos hay un συναλλαγμα. Todos estos contratos, en efecto, están hechos *ob causam et utriusque gratia,* y el tipo de todos es el de cambio, del que se han derivado los demás». Todos tienen la misma naturaleza, y Connano sostiene que nominados o innominados se perfeccionan por la ejecución. En tanto la venta y el arrendamiento, dice, producen obligaciones en cuanto hay un precio fijo y convenido [3]; y haber fijado el valor de la cosa, equivale

1 Edic. de 1558, p. 287 y siguientes.

2 Connan apoya su razonamiento en la famosa ley *naturalis* de Paulo, D. 19, 5, proescr. verb. 5. Al συναλλαγμα Connano opone la *estipulación,* en la cual no hay ningún contrato συναλλαγμα.

3 He aquí un recuerdo de la controversia del siglo XIII, sobre la naturaleza de la *exceptio non adimpleti contractus,* y de la opinión sostenida por Santiago de Revigny.

a su transmisión, porque a contar desde este momento la cosa se reputa entregada y el precio pagado; y lo mismo sucede, añade, en la sociedad y en el mandato. Es muy curioso este intento de asimilar los contratos nominados e innominados. Es evidente que para el autor la distinción entre unos y otros es artificial, y que, en realidad, todos tienen la misma y única naturaleza: la de ser sinalagmáticos, es decir, productores de obligaciones recíprocas, que son causa de sí mismas [1].

Esta es la primera tentativa a nuestro entender, para precisar la naturaleza jurídica de los contratos sinalagmáticos; la comparación sugestiva, en extremo, de los contratos nominados e inominados, se encuentra en otros autores posteriores a Connao. Especialmente, como ya hemos notado en Papon, que divide también los contratos en gratuítos y no gratuítos: «Todos los contratos no gratuitos, dice, incluyen alguna carga, por alguna causa, o para hacer alguna cosa, devolverla o alquilarla...» Charondas el Caron (1536-1617) la reproduce a su vez en sus Pandectas de derecho francés, libro 2, cap. 26. Después de haber hablado de las obligaciones que se contraen en virtud de la cosa (mutuo, comodato, etc.), añade: «Algunos han querido comprender en ellas los contratos sin nombre, pues tienen lugar, cuando la cosa ha sido dada en arriendo o ejecutada; pero me parece que deben mejor asimilarse a los contratos nomina-

1 Véase la cita siguiente: «Nullus enien eorum ex sola conventione satis valet ad astringendam alterius fidem, sed necesse est re impleatur, si non omninos altem aliqua parte, ita ut alteri contrahentium non sit integrum sine suo incommodo recedi a conventis quod ut demonstrem clarius, percurram breviter omnia contractuum genera, et in inunoquoque eorum ostendam eam, quae in ipsius est obligationem, non aliunde nasci quam ex eo quod συναλλαγμα diximus».

Connao admite desde luego que existe una diferencia entre los contratos nominados y los sin nombre; y consiste en que en estos últimos la parte que ha realizado su obligación, y no obtiene de la otra la contraprestación prometida, puede repetir lo que ha dado, *cuasi ob causam datum, qua non est secuta.* Se pregunta por qué no sucede lo mismo en la venta y en el arrendamiento, y halla la insuficiente razón de que haber fijado el precio, equivale a la tradición recíproca de la cosa y del precio, y que reputándose por ambas partes hecha la entrega, ya no hay rescisión posible.

Compárense estas citas con el principio del cap. XV, del libro VII, de *contractibus innominatis.*

dos con los cuales se relacionan más y tienen más semejanza [1].

Bien manifiestos están los esfuerzos de estos jurisconsultos, para desembarazarse de la añeja distinción pasada de moda en su época, entre contratos nominados e innominados. Así prepararon e hicieron posible la sistematización, cuyo mérito corresponde a Domat. Estos precedentes demuestran, que este último no inventó nada. No hizo más que edificar con materiales preparados de antemano. Puede afirmarse de él lo que Claudio Bernard ha dicho de Bichat: «Ha tenido el mérito de encontrar una fórmula para las concepciones flotantes de su tiempo.»

§ 2.—*La teoría de la causa en las leyes civiles de Domat.*

78. Como hemos dicho, en algunos pasajes breves, pero llenos de enjundia, de las Leyes civiles se expone por primera

1 Conviene señalar algunas citas de la obra de Doneau, que han podido ejercer alguna influencia sobre Domat. En el libro XII de sus *Comentarios de Derecho civil*, cap. 8, al final, estudiando la materia de las convenciones, explica Doneau que los elementos necesarios para la validez de una convención son cuatro: consentimiento, fin, objeto y partes contratantes: Quatuor sunt natura sine quibus conventio ut quid fiat esse non potest. Conventio ipsa per sese, seu consensus tamquam efficiens causa, interduum et forma obligationis, ut in stipulatione; finis dandi adquirendique quam ad rem omnis hujusmodi conventio comparata est; res promissa deductave in promissionem, tanquam materia in qua obligatio ver setur, tum convenientium sen contrahentium personae, partim tanquan pars quaedam efficientis causae, quateuns per eos obligatio contralitur; partium materia quatenus in esis obligatio recte consist. Nisi vero hon omnia ita concurrunt, ut recipiantur jure ad obligationen nec valet jure conventio, nec contractum efficiet ea, quae jure obligationem non parit, hanc enim parere est efficere, ut contrahatun.

En los capítulos siguientes, estudia Doneau sucesivamente cada uno de estos elementos. ¿Qué es lo que entiende por las palabras *finis dandi adquirendique finis conventionis legitimus?* Nos lo explica en el cap. 16 al principio: Finis omnium conventionum ad obligationem communis hic unus est summus, ut quid detur aut fiat, ut in definitione contractus ostendimus. Atque adeo in eo est obligatio omnis. Según él, el fin de la convención es llegar a una dación o a una prestación. La idea de causa se halla incontrovertiblemente, aunque de una manera velada, contenida en esta concepción.

vez la teoría de la causa de las obligaciones contractuales Domat es entre nosotros el más ilustre representante de la escuela del Derecho natural y de gentes.

Se le ha llamado restaurador de la razón en la jurisprudencia. Es, en efecto, el primer jurisconsulto que, remontándose sobre los textos del *Corpus juris civilis*, sin dejar de invocar su autoridad para fortalecer la certidumbre de sus deducciones y dejar los espíritus en calma, ha intentado exponer las leyes civiles «en su orden natural», es decir, en el orden que la razón dicta.

Sus predecesores se habían contentado con interpretar las leyes romanas, sin emprender la tarea de separarse de sus clasificaciones y *sutilezas*. Ahora bien, como hemos dicho varias veces, la importancia del fin en la formación y ejecución de los contratos, no se concibe claramente, más que en un sistema que hace de la voluntad el elemento preponderante de la relación contractual; y solamente a fines del siglo XVI, gracias a la influencia y a la autoridad de los maestros de la escuela del Derecho de gentes, singularmente de Grocio [1] (1583-1645), la

1 V. varios pasajes del *Tratado de la guerra y de la paz* libro 1.° cap. 11 y 12, en los cuales Grocio expone la nueva regla y combate la opinión contraria, defendida por Francisco Connano. Cons., también Puffendorf, *El derecho natural y de gentes*. l. 3, cap. 5, § 9.

Nada se halla en las obras de Grocio acerca de la causa. No es Grocio un civilista del valer de Domat. No hace más que hacer mención en los capítulos 11 y 12 del libro 2 del *Derecho de la guerra y de la paz*. Tampoco contiene nada, su tratado, de Derecho Holandés. *Inleidinge tot de Hollandische Rechtsgeleerdheit*, que no ha sido todavia traducido al francés. Nuestro sabio compañero, M. Van Kan, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Leyde, nos ha escrito diciendo atentamente que Grocio no habla aquí de la causa más que incidentalmente (libro 3, parte 1, § 52) con relación a la promesa unilateral.

Los germanos, dice aquí, ignorando las sutilezas romanas, admitieron siempre, que toda promesa con causa razonable (redelicke oorzaechen) sin atender a las palabras, en que se contenía, a presencia o en ausencia de las partes, originaba una acción o una excepción. Por causa razonable (añade, § 53) se entendía la promesa hecha a título de donación, o por otro cualquiera, ya se hiciera en el momento de la convención o después. Así Grocio no hace mención de la causa razonable más que a propósito de los contratos verbales, y para señalar una pretendida regla germánica, que de hecho jamás ha existido.

regla *solus consensus obligat* triunfó definitivamente de la oposición de los romanistas.

Cuando Domat escribe sus *Leyes civiles*, las antiguas distinciones romanas entre pactos nudos y convenciones obligatorias, entre contratos formales y consensuales, entre contratos nominados e innominados están definitivamente abandonadas.

«Todas las convenciones, dice (libro 1, t. I, sec. 1, n. 7), tengan o no tengan nombre, producen siempre su efecto, obligan a lo que ha sido concertado.» Y añade: «No es necesario explicar aquí la diferencia que se hacía en Derecho romano entre contratos nominados e innominados. Estas sutilezas, a las que no estamos acostumbrados, nos embarazarían inútilmente.

Los anticuados moldes rígidos del Derecho romano no existen ya. Se admite sin réplica que el simple consentimiento, aun verbalmente expresado, obliga a las partes y les otorga el derecho de obrar en justicia. El contrato es única y exclusivamente un acuerdo de voluntades. Domat, jurisconsulto filósofo, fija su atención en la manifestación de esta voluntad, y especialmente en el fin perseguido por su autor.

Por lo demás, no consagra Domat largo desarrollo a esta noción de fin. Habla de él de corrida en varios lugares, y la misma brevedad de sus explicaciones bastaría a probar que no se trata de algo nuevo, de algo inadvertido hasta entonces, sino de una noción admitida por todos.

En la primera parte de sus *Leyes civiles* (libro 1, t. I), estudia Domat como sus predecesores las convenciones en general e investiga (sección primera) cuál es la naturaleza de las convenciones y de cuántos modos se verifican. El nombre de convención, dice al principio, es un nombre general que comprende

Fuera de este lugar, no habla Grocio de la causa más que a propósito de la promesa escrita (lib. 3.° part. 5.ª, § 2); declarando que lo dicho de la promesa verbal tiene aplicación a la promesa escrita. Finalmente, en el § 7, añade que toda persona ligada en justicia en virtud de una promesa escrita fundada en causa legítima, sin que pueda negar su firma, o alegar su liberación, está obligada desde el principio del proceso, a dar fianza al demandante, salvo la caución por parte de éste, para el caso en que perdiera el juicio.

toda suerte de contratos, tratados y pactos de cualquier naturaleza. La convención es el consentimiento de dos o más personas para hacer surgir entre ellas una obligación, o para extinguir otra preexistente, o para cambiarla.

La materia de las convenciones está constituída por diversidad infinita de formas voluntarias, según las cuales, los hombres regulan entre sí relaciones y negocios de su industria y trabajo, y de todas las cosas, según sus necesidades.

Las relaciones y negocios útiles a las personas y a las cosas, son de cuatro clases que constituyen cuatro especies de convenciones. Pues los que contratan entre sí o se dan recíprocamente una cosa por otra, como en la venta y permuta, o hacen alguna cosa en beneficio recíproco como cuando se encarga uno de los asuntos de otro; o bien el uno hace y el otro da alguna cosa, como si uno da su trabajo por cierto precio; o, finalmente, uno solo da o hace, sin que el otro dé o haga nada, como cuando una persona se encarga gratuitamente de los negocios de otra, o cuando uno hace cierta donación por simple liberalidad.»

Esto nos lleva a clasificar los contratos en contratos a título oneroso y a título gratuito. «En estas tres primeras especies de contratos, continúa, tiene lugar una relación en que nada hay gratuito, la *obligación de una parte es el fundamento de la de la otra.* Y en los contratos en que tan solo una parte aparenta quedar obligada, como en el préstamo de dinero, *la obligación del que presta ha sido precedida por parte del otro, de lo que éste debía dar para realizar el contrato. Así, pues, la obligación que en estas convenciones se verifica en provecho de uno de los contratantes, tiene siempre su causa en la del otro, y la obligación sería nula, si verdaderamente careciera de causa*» [1].

1 Hemos subrayado los puntos principales de la cita. En apoyo de su exposición invoca Domat dos textos. El primero es la famosa *ley 7, D., de pactis*, que expresa, como sabemos, que una convención sinalagmática no produce obligación civil sino en virtud de una *causa*, es decir, si se ejecuta por una de las partes.

Y como en la época en que él escribe se admitía sin ningún género de duda, que el solo consentimiento obliga a los contratantes, Domat, lo mismo que sus predecesores inmediatos (V. supra., n. 75), atribuye a esta pa-

«En las donaciones y en los otros contratos en que del lado de una sola parte está el dar y el hacer, y la otra no hace ni da nada, la aceptación perfecciona el contrato, y la obligación del que da se fundamenta en un motivo razonable y justo, como, por ejemplo, un servicio prestado o algún otro mérito del donatario, o el solo placer de hacer bien. Y este motivo hace las veces de causa de quien recibe y no da nada.»

Tal es la parte fundamental en que Domat ha trazado las líneas de la teoría de la causa.

Varias veces, en el curso de su obra, vuelve sobre esta teoría.

En la sección quinta del mismo título primero, n. 13, indica cuál es el efecto de la ausencia de la causa. «En las convenciones en que alguien se encuentra obligado sin alguna causa, la obligación es nula, y *lo mismo sucede si la causa perece después*. Pero hay que atenerse a las circunstancias para juzgar si la obligación tiene o no tiene causa». Así que Domat concibe muy bien que la desaparición de la causa con posterioridad a la conclusión del contrato, acarrea la desaparición de la obligación.

Más allá, en el título 18. *De los vicios de las convenciones*, sección 1.ª, *de la ignorancia o error de hecho o de derecho*, números 7 y 14, Domat supone que uno de los contratantes se obliga por error, creyendo en la existencia de una causa, que en realidad no existe; por ejemplo: «el heredero de un deudor, que en vida habia pagado, pero cuyo pago no se prueba después, se obliga para con el heredero del acreedor, ignorando el pago hecho, y la obligación quedará sin efecto cuando se pruebe el pago. Así también, si dos herederos, al hacer la

labra un sentido nuevo. Para él la *causa* no es ya el hecho de la ejecución, sino la promesa de ejecutar que hace cada parte. Invoca la ley 1., D., *de cond. sine causa*, 12. 7., relativa a la estipulación sin causa: «qui autem promisit sine causa condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem. Sed et si ob causam promisit, causa tamen secuta non est, dicendum est condictionem locum habere. Sive ab initio sine causa promisum est, sive fuit causa promittendi qua finita est, vel secuta non est, dicendum est condictioni locum fore...» Aquí evidentemente se trata de la causa final.

partición de una herencia, el uno cede al otro bienes que le habían sido entregados en virtud de un codicilo, si se prueba luego la falsedad de éste, podrá pedir una nueva partición». Así también, «si el que compra un feudo según costumbre, conforme a la cual ninguna obligación contrae por esta adquisición, va a casa del señor del feudo dominante y concierta con él un derecho de reconocimiento de vasallaje que cree serle debido, esta convención, que no tiene más fundamento que un error, no obligará de ningún modo a ese reconocimiento, que no se debía».

79. Se recordará que en las explicaciones que hace al principio del título primero, Domat se sirve de fórmulas un poco pueriles. En cuanto a los contratos sinalagmáticos especialmente, declara que la obligación de uno es el fundamento de la del otro. Pero al tratar de la venta, se expresa de una manera más exacta y más precisa: «El contrato de venta es una convención en virtud de la cual una parte da una cosa por un precio de dinero en moneda pública, y la otra da el precio para adquirir la cosa» (lib. 1, tít. 2, sec. 1, n. 1). Y un poco más abajo añade (sec. 2, n. 1): «No se compran las cosas, sino para tenerlas o poseerlas». Estas citas no dejan nada que desear. En el contrato sinalagmático, cada parte se obliga, porque tiene a la vista la ejecución de la prestación prometida por la otra 1.

Del mismo modo, con ocasión de las donaciones, Domat dice en el lugar citado antes (pág. 167), que el motivo determinante (servicio prestado, o algún otro mérito del donatario) es el que sirve de causa a la liberalidad. Pero más atrás, en el título 10 *de las donaciones entre vivos* (sec. 1, n. 13), rectifica su pensamiento de suerte que deja lugar a dudas sobre su tesis.

«Es preciso diferenciar bien en las donaciones, dice, los motivos que los donantes manifiestan como verdaderas causas de su liberalidad, de las condiciones a que las someten. Por-

1 Veremos igualmente, a propósito de la rescisión judicial de los contratos sinalagmáticos, por falta de ejecución de una de las partes, que Domat hace derivar este derecho de la naturaleza de estos contratos, porque los contratantes, dice él, no quieren que el contrato subsista, sino cuando cada uno ejecute aquello a que venía obligado.

que, anulando la falta de condición, *la donación condicional subsiste, sin embargo, a pesar de que los motivos expresados no sean verdaderos*. Así, por ejemplo, si en una donación se dice que tiene lugar por servicios prestados, o para facilitar al donatario una adquisición que éste quería hacer, no se anulará la donación si no existen servicios recibidos o la adquisición no se ha realizado. *Porque permanece siempre la voluntad del donante, y ha podido tener otros motivos que los manifestados*». En este lugar Domat distingue bien claramente los motivos de la causa [1].

80. La teoría de la causa quedaba desde ahora construída. Los jurisconsultos posteriores de Domat, la reproducen, sin modificarla en nada. Prevot de la Janes, Profesor de *Derecho francés* en la Universidad de Orleans [2], dedica en su obra, titulada *Principios de la jurisprudencia francesa, según el orden de las acciones*, un parágrafo a la causa de la obligación. La definición que da de ella carece de precisión. «Toda obligación tiene necesariamente su causa en el motivo que ha determinado a la parte a obligarse». Es verdad que después, con ocasión de la venta da una definición más clara, explicando que ésta tiene su causa en la prestación recíproca de las partes.

Pothier, sucesor de Prevot de la Janes, como Profesor de Orleans, estudia también la causa en su *Tratado de las obligaciones*. Emplea a veces este nombre en el sentido de causa eficiente, generatriz de las obligaciones, y en el de causa final de la misma. «Es esencial, dice al principio de su tratado, que haya una causa de donde nazca la obligación»; y añade que las causas de las obligaciones son los contratos, los cuasi contratos, los delitos y los cuasi delitos [3].

1 Además, los textos que alega Domat en este sitio no dejan lugar a ninguna duda sobre su pensamiento. Son las Leyes 1, D. 39, 5. *de donat*, y 7, C. 2, 19, *de his quae vi metusve*. En el primero de estos fragmentos, Juliano declara que existe donación si uno da una cosa con intención de que pase inmediatamente a ser propiedad del *accipiens*, y de que en ningún caso le sea restituída, y que sólo a la voluntad de gratificar, y no *a ninguna otra causa* obedece la donación. La causa de la donación, según Domat, reside evidentemente en el *animus donandi*.

2 Muerto en 1749.

3 *Tratado de las obligaciones*, 1.ª parte, cap. 1.°, n.° 2.

Después de haber estudiado los diferentes vicios que pueden darse en los contratos [1], examina el caso en que falta la causa en un contrato [2]. «Toda obligación, dice, debe tener una causa honesta. En los contratos *onerosos*, la causa de la obligación que una parte contrae, está en lo que el otro le da, o se compromete a darle, o en el riesgo que asume por su parte. En los contratos de *beneficencia*, la liberalidad que una parte quiere mostrar hacia la otra es una causa suficiente de la obligación que contrae para con ella. Pero si una obligación carece de causa o, lo que es lo mismo, es falsa la causa en virtud de la cual se contrajo, la obligación resulta nula y el contrato en que se contiene es nulo también» [3].

Como se ve, Pothier tiene una idea precisa de la causa de la liberalidad; para él el *animus donandi* es la causa de la obligación del que gratifica, y de ningún modo el motivo que le determina a obligarse.

El sentido de la palabra causa queda ahora bien fijado. Por lo mismo, en materia de legados se continúa siguiendo el ejemplo de los jurisconsultos romanos designando con este nombre el motivo que ha decidido al testador [4].

1 Art. 3.°, núms. 16 y sigs.

2 Números 42 a 46.

3 «Por ejemplo, continúa Pothier, si creyendo falsamente que os debo 10.000 libras, que os han sido legadas en el testamento de mi padre, que ha sido revocado después por un codicilo que yo no conocía, y me he obligado a concederos una parte de herencia en pago de tal suma, este contrato es nulo porque la causa de mi obligación es una causa cuya falsedad se ha descubierto después; en virtud del reconocimiento de la falsedad de la causa, no sólo no podíais tener acción para hacer que os entregara la herencia, sino que habiéndoosla entregado, me quedaría a mí la acción para exigir que me la devolviérais, y a esta acción se la llama *condictio sine causa*». En los números siguientes, 43 a 46, Pothier trata de los casos en que la causa ataca la justicia, la buena fe o las buenas costumbres.

4 Véase Ferriere: *Diccionario de Derecho y de práctica, v. Cause:* «Causa en materia de legados significa alguna vez el motivo que ha inducido al testador a hacer un legado, y a esto se llama *causa* en el Digesto, en el título *de conditionibus et demonstrationibus*... La falsedad de la causa en virtud de la cual se hace un legado, no le anula, porque se añade solamente como especie de demostración. Así el afecto y la liberalidad del testador se reputan siempre como la verdadera causa de los legados que hace, pero

Los redactores del Código no han hecho más que reproducir estas fórmulas en los arts. 1.108 y 1.133. Las concisas explicaciones aducidas por Bigot-Premeneu y Portalis en los trabajos preparatorios (véase supra, núm. 10, nota 1), han sido a todas luces obtenidas de Domat y Pothier.

Consagrada por el Código civil, la noción de causa parecía definitivamente implantada en nuestra técnica jurídica. Pero no sucedió así. Los primeros intérpretes del Código civil, como ya hemos demostrado, no concedieron a esta teoría la importancia que merece; se contentaron con definiciones vagas, imprecisas, que no les permitieron darse cuenta de la verdadera función de la causa en el concierto de voluntades y en la ejecución de las obligaciones. Bajo su pluma se presenta esta noción como una noción artificial, cuya utilidad no se veía por ninguna parte. Y esta utilidad ha sido contradicha por la escuela anticausalista, de cuya influencia en ciertas legislaciones extranjeras hallaremos vestigios.

Por esto la teoría de la causa ha sido nuevamente rodeada de oscuridad cuando apenas había sido bosquejada. Estas sombras no se han desvanecido todavía actualmente, aunque la jurisprudencia ha contribuído en alto grado a disiparlas con numerosas decisiones, ya en materia de contratos, ya a propósito de las liberalidades, y que están fundadas en los artículos que el Código civil dedica a esta cuestión.

de ninguna manera lo es la causa que a éstos se añade». *Cf. nuevo Denizart*, T. IV. V. *Causa de las donaciones y de los legados:* De Rousseaud de Lacombe, eod. v. En las liberalidades con carga se designaba a ésta con el nombre de causa. V. Ferriere, *loc. cit.*

Volveremos sobre esto al tratar de las liberalidades.

CAPÍTULO III

Nociones sumarias acerca de la causa en las legislaciones extranjeras.

§ 1.—1. Códigos que, a imitación del de Napoleón, hacen mención de la causa al enumerar las condiciones necesarias para la validez de los contratos.— II. Códigos latinos que, a diferencia de los precedentes, no hablan de ella.—§ 2. Legislaciones germánicas: Código civil austriaco, Código civil alemán, Código civil suizo. De la importancia de la causa en estas legislaciones. Distinción entre los actos jurídicos dichos causados y los actos abstractos.—§ 3. La *consideration* en Derecho anglo-americano.

§ 1.—1. *Códigos que, a imitación del Código de Napoleón, hacen mención de la causa al enumerar las condiciones necesarias para la validez de los contratos.—II. Códigos latinos que, a diferencia de los precedentes, no la mencionan.*

81. I. La mayor parte de los Códigos civiles promulgados durante el siglo XIX siguen el ejemplo dado por el Código de Napoleón, y hacen mención, al enumerar los elementos necesarios para la validez de los contratos, de una causa lícita en la obligación.

Así lo hacen especialmente el Código civil holandés de 1838 (artículos 1.356, 1.371 a 1.378), el Código civil italiano de 1865 (artículos 1.104, 1.119 a 1.122) [1], el Código civil de Rumania

1 La bibliografía italiana sobre la causa es más importante que la nuestra. Véase Barassi, *Enciclopedia giuridica italiana*, de Maucini, v.° *causa*, y los autores citados por él, especialmente Chironi, *Questioni di Diritto civile*, ps. 135 y s.; Ferrarini, *Note di Diritto civile*, págs. 65 a 82; Milone, *La causa nei negozi giuridici*; Filangieri, 1898, ps. 422 y s. Brusa, *Il concetto di causa nei negozi giuridici*; Venezian, *La causa nei contratti*, Roma, 1892; Bonfante, *Il contratto et la causa del contratto*; *Riv. di Dir. commerc.*, 1908; Roberto de Ruggiero, *Instituzione di Diritto civile*,

de 1864 (arts. 948, 963, 966, 1.310), el Código civil español de 1889.

Este último, muy influenciado por el nuestro, ha sabido conservar la claridad, mejorando el método y la técnica. Es una obra que merece justa reputación. Dedica a nuestra materia varios artículos, cuidadosamente redactados (1.261, 1.262, 1.°, 1.274 a 1.277). El art. 1.261 enumera las condiciones necesarias para la existencia del contrato: 1.° Consentimiento de los contrayentes. 2.° Objeto cierto. 3.° Causa de la obligación establecida. El art. 1.262 1.°, sigue declarando que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que deben formar el contrato. Fórmula excelente, que muestra bien a las claras el lugar que el fin perseguido ocupa en la voluntad de las partes.

Es útil también citar el art. 1.274, que define la causa: «En los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor» [1].

tomo I, § 29, p. 249; t. II, § 82; IV, p. 299; Coviello, *Manuale di Diritto civile*, t. I, § 130, p. 394; Gaetano Fratini, *La causa come requisito del contratto*, Roma, 1924.

La tesis anticaulista no cuenta con muchos partidarios en la doctrina italiana, al menos, en lo relativo a los actos a título oneroso. Puede citarse entre éstos a Giorgio Giorgi, *Teoria delle obliazioni*, t. III, n. 437, 3.ª edic., ps. 666 y s. La mayor parte de los autores italianos combaten esta tesis y afirman que la causa es un elemento esencial, no sólo del contrato, sino de todo acto jurídico, y, como los autores alemanes, clasifican en dos grupos los actos jurídicos: actos que tienen en sí mismos su causa (*negozi causali ou materiali*) y actos independientes de su causa (*negozi astratti ou formali*). V. los autores precitados y la refutación que hacen de la tesis anticausalista.

1 Añadamos que los artículos 1.275 y 1.276 se cuidan de distinguir mejor que nuestro Código el caso de un contrato que *no tiene causa*, o la tiene *ilícita* (art. 1.275), del caso de un contrato con *causa falsa*, lo cual supone una simulación (art. 1.276). Citemos, por fin, el art. 1.277, que corresponde a nuestro art. 1.132, pero completando ventajosamente su texto, como lo hace también el Código rumano (art. 967) y el Código civil italiano (arts. 1.120 y 1.121) para evitar la duda a que dió lugar su interpretación:

Se pueden citar igualmente la mayor parte de los Códigos civiles de América Central y de América del Sur: el Código civil de Bolivia (1843), art. 699; el de Guatemala (1877), art. 1.375; el de Chile (1856), arts. 1.445, 1.487; el de Uruguay (1869), artículos 1.261, 1.287 a 1.290 [1]; el de Honduras (1880), artículos 1.381 a 1.384; el de Venezuela (1873), arts. 1.901 a 1.906; el de Colombia (1873-1887), arts. 1.524, 1.525 [2]; a los cuales hay que agregar, en cuanto a los Estados Unidos de América del Norte, el Código civil de la Luisiana (1828), que está calcado sobre el Código de Napoleón (arts. 1.899-1.900).

82. II. Sin embargo, conviene añadir que entre los Códigos de los Estados latinos de Europa o de América, hay algunos que abandonan la tesis tradicional y no mencionan la causa entre el número de las condiciones esenciales para la validez de los contratos. Así hacen el Código civil portugués, el brasileño y el argentino.

Aunque ha tomado por guía a nuestro Código civil, el Código civil portugués de 1867 ha rechazado casi totalmente la noción de causa. El art. 643 no menciona más que tres condiciones para la validez de los contratos: capacidad de los contratantes, consentimiento mutuo y objeto posible. Se habla, sin embargo, de la causa en los arts. 657 a 660 y 692.

«Aunque no se manifieste la causa del contrato, se presume que existe y que es lícita, a no ser que el deudor pruebe lo contrario».

Como comentario de estos artículos, véase J. M. Manresa y Navarro, *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, ps. 640 a 651. Las sentencias citadas por el autor prueban que la jurisprudencia española, como la nuestra, hace gran aplicación de estos principios.

1 El art. 1.287 del Código civil uruguayo determina con precisión la causa, en estos términos: «En todo contrato a título oneroso, es causa de la obligación de una parte, la ventaja o provecho que le proporciona la otra. Si el contrato es a título gratuito, la causa se halla en la pura liberalidad del bienhechor».

2 Art. 1.254, Código civil colombiano: «No puede haber obligación sin una causa real y lícita; por lo tanto, no es necesario expresarla. La simple liberalidad es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce a realizar el acto o contrato, y por causa ilícita la causa prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar alguna cosa en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar alguna cosa en recompensa de un crimen o de un acto inmoral es una causa ilícita».

Los primeros tratan del error sobre la causa del contrato. Este error puede ser de hecho y de derecho. El error de derecho anula el contrato, salvo que la ley establezca lo contrario. El error de hecho sobre la causa del contrato solamente produce la nulidad si el que ha sido víctima del mismo ha declarado expresamente que sólo por esta causa se determinó a contratar, y si, a su vez, acepta esta declaración expresamente la otra parte. El art. 692 se refiere a la causa ilícita: «Si la causa o el fin del contrato es un hecho criminal o culpable, imputable a las dos partes, ninguna podrá obrar en justicia, en virtud de este contrato; pero si la mala fe es de una de las partes, la otra no vendrá obligada a ejecutar lo que prometió, ni a restituir lo que ha recibido, y podrá pedir la restitución de lo que entregó».

De estos artículos se deduce que la palabra causa es empleada como sinónima de motivo [1].

Por lo que respecta al Código civil brasileño (1916), sólo se hace mención de la causa en su art. 90: «La causa falsa, dice este texto, no vicia el acto, a no ser que se haya puesto como la razón determinante o en forma de condición». Aquí también la palabra causa se emplea en un sentido amplio que abarca al simple motivo. Por lo demás, Clovis Bevilaqua, autor y comentador del Código, se coloca del lado de los anticausalistas en las observaciones añadidas al texto [2].

Finalmente, el Código civil de la República argentina (promulgado en 1871, revisado en 1882) tampoco enumera las condiciones requeridas para la validez de los contratos, pero habla de la causa de las obligaciones en los arts. 499 a 502 [3]. El primero de estos textos declara que «no existe obligación sin causa, es decir, sin que proceda de alguno de los siguientes hechos: bien de un acto lícito o ilícito, bien de relaciones fami-

1 V. José Díaz Ferreira, *Código civil portugués anotado* (1896), T. II, artículos 656 a 662.

2 *Código civil dos Estados Unidos do Brazil*, comentado por Clovis Bevilaqua, editor Francisco Alvez, Río de Janeiro.

3 V. también los arts. 792 y siguientes, que tratan del pago sin causa, y 812 y s., que tratan de la causa de la obligación a propósito de la novación. En estos dos grupos de artículos, la palabra se halla en la acepción de fuente de la obligación. V. Colmo, *De las obligaciones en general*, núm. 9.

liares, bien de relaciones civiles». Este artículo toma nuestra palabra en el sentido de causa eficiente o de fuente de las obligaciones.

En los arts. 500 a 502, por el contrario, parece más bien tener una significación diferente: «Aunque no se exprese la causa de la obligación, se presume su existencia, a no ser que el deudor pruebe lo contrario» (art. 500).

«La obligación es válida, aunque la causa expresa sea falsa, si está fundada en otra causa real» (art. 501).

«No produce ningún efecto la obligación fundada en una causa ilícita. La causa es ilícita si es contraria a las leyes o al orden público» (art. 502). Estos textos se refieren a la causa propiamente dicha, es decir, al fin perseguido por las partes. Sin embargo, los jurisconsultos argentinos no conceden lugar especial a la teoría de la causa.

Así el distinguido profesor Alfredo Colmo, autor de un notabilísimo Tratado de las obligaciones, *De las obligaciones en general* (Buenos Aires, 1920), dice (núm. 9) que en estos artículos la palabra causa significa el motivo o factor impulsivo que determina a contraer la obligación [1]. Hay, pues, que colocar a los autores argentinos en el número de los adversarios de la causa.

§ 2. *Legislaciones germánicas: Código civil austriaco, Código civil alemán, Código civil suizo.—De la función de la causa en estas legislaciones.—Distinción entre los actos jurídicos dichos causados y los actos abstractos.*

83. Los Códigos de los países germánicos no conceden a la causa el mismo puesto que los de los países latinos en general. Ni el Código civil austriaco, ni el Código civil alemán la mencionan en sus disposiciones relativas a la formación de los con-

1 V. el comentario de estos textos en la obra citada, ns. 10 a 16. La numeración de los artículos del Código civil argentino se ha modificado por la inserción en el Código de la Ley del Matrimonio civil (1889). Hemos conservado la numeración antigua, que es la que se continúa citando y que se indica entre paréntesis en las nuevas ediciones. V. *Código civil*, Buenos Aires, Librería Rosas, 1918.

tratos, y el Código civil suizo no hace más que enunciarla en una breve disposición relativa al reconocimiento de la deuda.

El más antiguo de los tres, el Código civil austriaco, que es de fecha de 1810 [1], trata en el capítulo dedicado a los contratos (art. 859 y s.), de la capacidad (art. 865 y s.), del consentimiento (art. 869 y s.), del carácter posible y lícito del objeto del contrato (art. 878 y 879 reformados), pero no hace ninguna alusión a la causa. De los textos dedicados a la condición, el artículo 901 se refiere al motivo (Bewegungsgrund), y resuelve que «si las partes hacen del motivo o finalidad (Endzweck) de su consentimiento una condición expresa, este motivo o finalidad debe ser considerado como otra condición. Fuera de este caso—añade—las enunciaciones de este género no producen ningún efecto sobre la validez de los contratos a título oneroso. Pero en los contratos a título gratuito hay que aplicar aquellas reglas por las que se rigen las disposiciones de última voluntad».

El Código civil alemán, en vigor desde 1.° de Enero de 1900, no enumera las condiciones necesarias para formar un contrato, y no habla ni del objeto del contrato, ni de la causa de las obligaciones que de él nacen. Los artículos del libro primero dedicados a la declaración de la voluntad en los actos jurídicos en general (arts. 116 a 144) nada dicen del contenido de esta voluntad, y no distinguen entre su manifestación y su fin. Tampoco se habla de ello en el título siguiente (arts. 145 a 157) que trata de los contratos [2], ni en el libro segundo que regula las relaciones de la obligación, que tiene su origen en un contrato (arts. 305 a 361).

El Código civil alemán habla de la causa solamente con ocasión del enriquecimiento injusto (arts. 812 a 822). «El que (dice el primero de estos textos) en virtud de prestación hecha

1 El Código ha sido revisado durante la guerra en 1914, 1915 y 1916, sufriendo modificaciones que le han acercado sensiblemente al Código civil alemán. V. la edición nueva publicada en Leipzig en 1917 por Gustavo Scheu.

2 El art. 154 sienta la regla siguiente: «Hasta que las partes no han llegado a un acuerdo acerca de todos los puntos de un contrato, que debían ser objeto de la convención, el contrato, mientras subsista la duda, no está perfecto.....»

por una persona o de cualquier otra manera, adquiere alguna cosa sin causa jurídica (ohne rechtlichen Grund) a expensas de esta otra persona, queda obligada a restituirlo.

Existe igualmente esta obligación siempre que desaparece la causa jurídica, o el resultado perseguido por medio de una prestación, tal como resulta del contenido del acto jurídico, no llega a realizarse...»

El Código civil suizo, vigente desde 1912, si bien inspirado en una concepción completamente distinta de la del anterior, ha seguido en este caso el mismo método que él. El libro quinto, que trata del derecho de obligaciones, no habla de la causa a propósito de la formación de las obligaciones que se derivan de un contrato [1]. Se afirma simplemente aquí que el contrato se perfecciona cuando las partes recíproca y uniformemente han manifestado su voluntad (art. 1.º).

Tan sólo un texto hace mención de la causa, el art. 17, (análogo al 1.132 nuestro), pues dice que el reconocimiento de una deuda es válido aunque no se halle enunciada la causa de la obligación. El concepto de causa no aparece claramente más que en un capítulo dedicado a las obligaciones que se derivan del enriquecimiento ilegítimo, cuyo principio lo formula en los siguientes términos el art. 62: «El que sin causa legítima se enriquece a expensas de otro, está obligado a restituir. La restitución debe hacerse en particular de lo que se recibió sin causa válida, en virtud de una causa que no ha llegado a cumplirse, o de una causa que ha dejado de existir».

84. Así, pues, la teoría de la causa se encuentra desde luego en los Códigos alemán y suizo; pero se halla en ellos a título subsidiario y bajo una forma harto distinta de la que tiene en el nuestro. Esto obedece a que las dos legislaciones citadas han conservado la concepción romana de los actos abstractos. El acto jurídico abstracto, bien sea traslativo de propiedad, bien generador de obligaciones, es válido aunque se ejecute sin causa, o aunque la causa, en vista de la cual se ha llevado a efecto, no tenga realización. La propiedad queda transferida y el deudor queda obligado, aunque no se haya alcanzado el fin

1 Título primero, capítulo primero.

apetecido. El que en virtud de este acto se empobrece injustamente, es decir, no obtiene la contraprestación, con la cual contaba, sólo tiene derecho a una acción personal análoga a la *condictio*, que arranca del enriquecimiento injusto de la otra parte. El equilibrio roto se restablece sin necesidad de tocar en la validez del acto originario de donde proviene este enriquecimiento.

Pero todos los actos jurídicos no son abstractos. Los contratos que presentan este carácter constituyen la excepción en medio del conjunto de las convenciones ordinarias. La mayor parte de éstas llevan la causa en sí mismas, como ya hemos dicho, y no pueden ser separadas de ella. No se perfeccionan válidamente sin una condición, a saber: que las obligaciones que engendran tengan una causa posible, lícita, y que esta causa se cumpla. Aun con relación a las otras, la causa se halla enunciada las más de las veces en el acto que las demuestra. Esto es verdad, tanto en el derecho germano como en el nuestro.

Sería un grave error deducir del silencio guardado por los precedentes Códigos, que estas legislaciones han excluído de su técnica jurídica la idea de causa, como elemento de la perfección de los contratos. Basta abrir una obra doctrinal alemana o suiza para convencernos de lo contrario [1]. En todos los autores pandectistas o comentaristas de los nuevos Códigos, se encuentra doctrina sobre la causa. Todos convienen en afirmar que no existe obligación sin causa [2].

1 V. especialmente Windscheid-Kipp, *Pandekten*, T. II, § 316, 319; Endemann, *Einfürung in das studium des B. G. B.* 3.ª ed., T. I, p. 264 y 404, nota 7: Crome, *System des deutschen bürgerlichen rechts;* T. I. § 75. Blank, *Bürgerliches Gesetzbuch*, T. I, p. 184, IX, 2, 3.ª ed: *Oser Kommentar, zum schweizerischen* Z. G. B: *das obligationenrecht*, art. 17.

2 Las explicaciones de Regelsberger en sus *Pandekten*, T. I, § 167, es lo más claro y más preciso que yo conozco en esta materia: «I. No existe acto jurídico sin causa. El acto jurídico en sí mismo no es un fin. Ha sido realizado en vista de un fin determinado, querido por las partes, y a este fin se le designa con el nombre de causa. El desplazamiento de valor producido por los actos jurídicos más importantes, cuales transmisión de propiedad, nacimiento, extinción de una obligación, no constituye un fin en sí mismo, sino sólo el medio de alcanzar un fin. Por ejemplo, se transfiere la

Y con todo dan a este concepto un campo de aplicación más extenso, que se le reconoce en derecho francés. Entre nosotros, en efecto, la teoría de la causa se estudia únicamente al tratar de las obligaciones convencionales, al paso que los tratados alemanes y suizos la aplican a todos los actos jurídicos patrimoniales que designan con el nombre de «Vermoegenszuovvendugen», término muy comprensivo, de cuya equivalente carecemos nosotros, que comprende el nacimiento, la cesión, la extinción de los derechos de crédito, la transmisión de propiedad,

propiedad para hacer una liberalidad, para prestar, para extinguir una deuda *(causa donandi, causa credendi, causa solvendi)*. Este fin es el que determina el desplazamiento del valor y constituye la causa del mismo. Con algo de inexactitud en la expresión, se le designa como el motivo determinante, la causa de la transmisión de la propiedad, de la obligación, etc. Se habla indiferentemente, ya del fin, ya de la causa del desplazamiento del valor.

II. El fin (Bectimmungsgruund, causa) puede ser de varias clases: *causa solvendi, credendi, donandi*. Estas son las más frecuentes. Generalmente el desplazamiento de valor tiene lugar bien gratuítamente, bien en vista de una contraprestación.

III. El motivo determinante no se confunde con el fin hasta aquí considerado. Así la voluntad de dar tiene su origen en otro fin: sentimiento de afecto, mutualidad, sentimiento de vanidad mundana, etc. Entre el motivo que determina inmediatamente el desplazamiento de valor y el motivo de la voluntad de hacer una donación, de comprar, de pagar, existe jurídicamente una diferencia esencial.

La causa (Bestimmungs grund) da normalmente al acto su carácter jurídico, y le transforma en donación, préstamo, pago; su ausencia produce por lo menos derecho a la restitución de la cosa entregada. Por el contrario, el motivo determinante (Beweggrund) es ordinariamente indiferente para el acto jurídico y sus efectos; sólo por excepción adquiere una importancia jurídica (por ejemplo, una enajenación hecha *creditorum frau dandorum causa)*.

IV. Los actos jurídicos se relacionan de modo distinto con la causa. Se dan actos jurídicos a cuya perfección concurre una causa determinada, de tal suerte, que no pueden tener otra; tal sucede con todos los contratos reales y consensuales. Otros pueden llevarse a cabo con diferentes causas. Tales son: la transmisión de propiedad, la creación de servidumbre, la constitución de un derecho real sobre cosa ajena, la transmisión de un crédito, la estipulación romana, el cambio moderno, etc. Podrían llamarse los actos del primer grupo actos unidos a su causa o subordinados, y a los del segundo, actos independientes».

así como la constitución y la transmisión de otros derechos patrimoniales.

Pero dentro de estos actos jurídicos, los autores germanos, fieles a la tradición romana, distinguen dos grupos, desde luego de importancia desigual: el de los actos en unión con su causa (kausale Rechtsgeschaefte), y el de los actos abstractos (abstrakte Rechtsgeschaefte).

La mayor parte de los actos se encuadran en el primer grupo, es decir, están enlazados a su causa de tal suerte, que si el fin jurídico en vista del cual se llevaron a efecto, no puede ser alcanzado, no producen ninguna eficacia. La mayor parte de los contratos, y especialmente los contratos sinalagmáticos y los contratos reales, caen dentro de esta categoría 1.

Así, en los contratos sinalagmáticos, dicen los autores alemanes, la causa de cada una de las dos obligaciones correlativas es la existencia de la promesa recíproca: «si bien es cierto que todo el organismo se mantiene por la existencia de cada una de las dos obligaciones unidas de esta suerte, y cae, se desploma, desde que falta semejante coexistencia 2.

De la misma manera en el préstamo no se obliga el prestamista sino porque piensa que le será entregado el dinero prometido. Si la entrega no se verifica, puede pedir la nulidad del contrato u oponer una excepción para perseguir al pretendido acreedor. En fin, añaden los mismos autores, en los contratos

1 Los juristas alemanes observan que puede darse el caso de un contrato, que además de tener la causa en sí mismo, tenga un fin externo; por ejemplo, una venta puede verificarse para cumplir una obligación impuesta por un contrato anterior, o por un legado. En este caso, dicen, la causa anterior desempeña el mismo papel que la causa de los contratos abstractos; es decir, que si llega a faltar, subsiste no obstante la validez de la venta, pero hay lugar a una acción de enriquecimiento injusto. (V. Plank Bürgerliches Gesetzbuch, T. I, p. 184, IX 2, cons. supra, n. 5.)

2 Véase Crome, *op. cit.* T. I, § 74 y 75, T. II, § 167, IV. Este autor, del cual hemos tomado las líneas citadas en el texto (§ 75, nota 8), distingue entre la coexistencia y la inejecución de las obligaciones. «La inejecución, afirma, no ejerce ningún efecto sobre la existencia de la contraobligación». Esta distinción, que nos admira porque evidentemente es contraria a la voluntad de los contratantes, se aplica porque el Derecho alemán, de acuerdo con el Derecho romano, no admite la rescisión por incumplimiento.

desinteresados hay que buscar la causa de la obligación o en la liberalidad o en la intención de prestar un servicio 1.

Estas explicaciones bastan para demostrar que la teoría de la causa tiene un puesto en todas las legislaciones, a pesar de todo lo dicho, y que ninguna puede prescindir de ella, y ni siquiera relegarla al lugar secundario que tiene en los sistemas de acción de enriquecimiento sin causa.

85. Pero la ciencia alemana, a diferencia de la nuestra, ha conservado la categoría de los actos abstractos o separados de su causa, y en esta categoría incluye de una parte a los *contratos reales* o de traslación, y de otra a algunos contratos del derecho de obligaciones.

Contratos reales.—El Derecho alemán ha conservado la distinción romana de actos traslativos o constitutivos de derechos reales y actos productores de obligaciones. Dice que no basta el simple concierto de voluntades para producir la transmisión de la propiedad de una cosa, o para constituir un derecho real sobre algún bien. El contrato origina la obligación de transferir o de constituir el derecho prometido; pero para que se verifique la transmisión o la constitución hace falta un acto jurídico distinto, que es el contrato de enajenación.

En cuanto a los inmuebles, este contrato se perfecciona por las declaraciones del enajenante y del adquirente, quienes a este efecto deben presentarse simultáneamente en la oficina

1 V. Crome, op. cit., T. II, p. 504: «Hemos visto ya que una transmisión en sí misma considerada, no tiene existencia real; no se concibe razonablemente si no está unida a un fin que se pretende conseguir con la transmisión. Aquí (en materia de donación) el fin es el enriquecimiento gratuito del *accipiens*, así como en la venta es la obligación del equivalente». El autor añade en una nota: «El enriquecimiento gratuito constituye lo que se llama causa de la donación. Esta no comprende los otros motivos más remotos, por ejemplo, la amistad, la caridad, el afecto, la vanidad, la corrupción, etcétera. Bien entendido, que algunos de estos motivos no son indiferentes». V. § 233 y notas 30 y s. Así también los autores suizos afirman que la causa o el fin de la obligación contraída por el donante, hay que buscarla en el deseo de procurar un enriquecimiento puro y simple al donatario, y distingue acertadamente esta *causa donandi* de los motivos que impulsan al donante a hacer una liberalidad. V. Oser, *Obligationenrecht* sobre el artículo 239, 17, 2.

del Registro (arts. 873 y 925, B. G. B.), y por la inscripción del cambio operado en el libro registro. En cuanto a los muebles, es preciso que el propietario entregue la cosa al adquirente, y que por ambas partes se preste el acuerdo de voluntades para verificar la transmisión (art. 929, B. G. B.). Lo mismo sucede en el Derecho suizo (arts. 656, 1.er al. y 657, 1.er al., C. civ., para los inmuebles; y 714 1.er al., para los muebles) [1].

Pero el desdoblamiento de los contratos de obligación y de los contratos traslativos, conduce a dos sistemas diferentes, según que se haga del uno o del otro de estos contratos el eje del acto jurídico [2].

Si se considera como elemento principal, esencial al contrato de obligación, la transmisión entonces no es más que un acto de ejecución, y el efecto jurídico de esta transmisión dependerá de la validez de la convención, venta, cambio, donación. La transmisión no contiene en sí su fuerza jurídica; la toma prestada del acto originario. Esta era, a nuestro parecer, la concepción romana, al menos en un principio, en lo relativo a la tradición. Esta no transmitía la propiedad si no había *justa causa*, designándose con estas palabras al contrato, en virtud del cual se verificaba la tradición [3].

El derecho suizo ha conservado esta concepción. Según el art. 974, 2.ª al., del C. c. suizo, la inscripción en el libro regis-

1 (Artículo 657, 1.er al., C. c. suizo: «Los contratos cuyo objeto es la transmisión de la propiedad, no son válidos si no constan en forma auténtica». Art. 656, 1.er al.: «La inscripción en el Registro es necesaria para la adquisición de la propiedad». Art. 714, 1.er al.: «Para la transmisión de la propiedad de bienes muebles, es preciso entrar en posesión de los mismos».

2 Lógicamente, no hay duda de que el contrato de obligación es el acto esencial. La transmisión no es más que la ejecución. No es un fin en sí misma, y su razón de ser es la obligación a cargo del enajenante. Cuando se pregunta a alguien: «¿Por qué es usted propietario de tal cosa?, no responde: Porque me han transmitido su propiedad», sino «Porque la he comprado, me la han dado, la he heredado», etc. Las relaciones obligatorias en frase de Endemann *Einführung*, p. 404, son «las fuerzas actrices, determinantes del comercio jurídico, y a despecho de las limitaciones que les impone el contrato real, siguen siendo la base esencial de las relaciones jurídicas.

3 Girard, *Manual*, 6.ª ed., ps. 300, 301.

tro no produce la transmisión de la propiedad de un inmueble, si no está conforme con el derecho, es decir, si no descansa en un acto jurídico, en un título de adquisición válida. «La nulidad del título obligatorio obstruye el nacimiento del derecho real» [1].

Se puede, por el contrario, considerar al contrato de transmisión como el momento decisivo de la operación jurídica, como un acto independiente o abstracto, y decir que siempre producirá la transmisión de la propiedad, aun en el caso de que el contrato obligatorio que le sirve de causa fuese tachado de nulidad.

El adquirente se hará siempre propietario de la cosa, y el enajenante que ha transmitido sin causa, no tendrá más recurso que la acción personal basada en el enriquecimiento injusto.

De esta suerte se transmitían la propiedad la *mancipatio* y la *in jure cesio* entre los romanos, aunque no existiera causa jurídica, y según la opinión dominante, la tradición producía el mismo efecto en el derecho clásico, pues lo que los juristas clásicos designan con el nombre de *justa causa*, no es el hecho jurídico anterior, sino la intención de enajenar y de adquirir [2]. Este sistema se halla consagrado por el derecho alemán [3]. Tiene la

1 Sin embargo, el lazo de dependencia entre los dos actos, sufre relajamiento en interés de los terceros que contratan con el que en el registro consta ser propietario. El art. 973 del Código civil suizo, establece, en efecto, que el que adquiere la propiedad u otros derechos reales fundándose con buena fe en una inscripción del registro inmobiliario, debe ser mantenido en su adquisición; es una excepción justificada de la regla: *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet,* excepción que la apoyan las mismas consideraciones que a nuestro art. 2.279. Cons. Wieland, *Los derechos reales en el Código civil suizo,* traducción de Henry Bovay. T. II, p. 526, n. 2.

2 V. Girard, *Manual,* 6.ª ed., ps. 300, 301; Cuq., *Manual,* ps. 276 y s. *Contra,* Strohal, Jahrbucher de Hiering. T. XXVII, 1868, ps. 325, 462. V. supra n. 41.

3 Artículos 873, 925: B. G. B. El primer proyecto del Código civil alemán (art. 829), declaraba expresamente que no es necesaria la existencia de la causa para la eficacia del contrato real, y que en nada modifica esta eficacia el hecho de que los contratantes hayan perseguido fines diferentes, o que el fin que se propusieron fuera imposible o ilícito.

ventaja de prestar al derecho de propiedad base inconmovible,

La inscripción verificada en el libro registro reviste de una fuerza probatoria absoluta la demanda del enajenante y adquirente.

El que contrata con el propietario que ha inscrito en el Registro no tiene que temer, en principio, ninguna causa de evicción.

El derecho alemán tiene en cuenta, especialmente la necesidad de la garantía. El derecho francés, por el contrario, es individualista. Coloca en primer lugar el respeto a los derechos del enajenante, y sacrifica los derechos de los terceros [1].

El derecho suizo ocupa un lugar intermedio entre los dos precedentes. Intenta conciliar los intereses de los enajenantes y de los terceros. No considera al contrato de transmisión como un contrato abstracto, pero garantiza los derechos de los terceros, ya que al que adquiere la propiedad o un derecho real fundándose con buena fe en la inscripción en el registro, se le protege en su adquisición. (Art. 973. C. c. suizo.)

86. *Contratos abstractos del derecho de obligaciones.*—En el Derecho germánico no se encuentra solamente la noción del contrato abstracto al tratar del Derecho de propiedad, sino también en materia del Derecho de obligaciones. Atendiendo a las razones que explican la existencia de esta segunda clase, se pueden clasificar en tres grupos las convenciones que presentan este carácter.

No se han reproducido estas explicaciones en el texto definitivo, porque se reputaron inútiles.

1 En el Derecho francés, la transmisión de la propiedad depende siempre de la clase de obligación que le sirve de causa. Para que la tradición produzca el efecto traslativo, es preciso que el contrato sea válido, aun en el caso de que no se realice automáticamente, por el solo concierto de voluntades, en el momento del contrato, porque la prestación a que viene obligada una parte, consiste en cosas genéricas. Si el contrato es nulo, nula es también la traslación, a menos que las cosas entregadas hayan perdido su individualidad. Así el fabricante que ha entregado mercancías, vuelve a ser su propietario en caso de nulidad, y lo mismo en el caso de invalidación. V. lo que diremos en el cap. V, § 3.°, apéndice con ocasión del art. 2.279 del C. c.

1.° El primer grupo comprende los contratos referentes a transmitir un derecho de crédito, una deuda o a extinguir una obligación. Tales son la cesión de un crédito (art. 398-413 B. G. B.), cesión de deuda (art. 414 y s. B. G. B.), remisión de deuda (art. 397 B. G. B.). El carácter abstracto tiene la misma explicación aquí que en el contrato real. Así como la transmisión de la propiedad de una cosa puede obedecer a distintas causas, *causa solvendi, causa credendi, causa donandi*, así también en la cesión de un crédito, en la «cesión» o remisión de una deuda pueden intervenir las anteriores causas. Ahora bien; tanto en este caso como en el precedente, el derecho germánico admite que debe producirse el efecto, porque las partes están de acuerdo en su realización, y esto aunque no existiera o fuera ilícita o inmoral la causa que las determinara. El mismo desdoblamiento establece aquí que para los derechos reales. Separa de su causa los contratos de cesión o de remisión. Supongamos, por ejemplo, que se trata de la cesión de deuda: una persona compra un inmueble hipotecado, y consiente en asumir la deuda hipotecaria en el puesto del vendedor, consintiéndolo expresa o tácitamente el acreedor. Desde este instante el comprador queda obligado para con el acreedor, y no podrá oponerle las excepciones que se deriven del contrato de venta; por ejemplo que el vendedor no ha cumplido las condiciones estipuladas en el contrato. No podrá intentar otra cosa que una acción personal contra el vendedor [1].

Del mismo modo, una persona que cree ser deudora de otra le cede un crédito contra tercero, y después se da cuenta de que, realmente, no tenía ninguna deuda para con el cesionario.

1 Se ha discutido mucho en Alemania acerca de la configuración jurídica, que convenía dar a esta operación. La que generalmente se adopta, que sigue el Código civil alemán, consiste en desdoblar la institución. Entre el antiguo y el nuevo deudor tiene lugar un contrato de cesión de deuda, en virtud del cual, el cesionario se compromete a quedarse con ésta. La transmisión posterior de la obligación del cedente al cesionario se realiza por la aceptación expresa o tácita del acreedor porque no es posible el cambio de deuda, en tanto que el acreedor no lo consienta. Ahora bien, este segundo contrato es independiente del primero, es decir, es un contrato abstracto: produce su efecto traslativo, aunque el primero sea anulado o rescindido.

Sin embargo, la cesión del crédito es válida; el cedente no puede perseguir al deudor; no tiene más que una acción personal contra el cesionario [1].

Finalmente, la rescisión de deuda presenta el mismo carácter abstracto: extingue la deuda, aunque los contratantes hayan tenido en vista causas distintas, o aunque la causa considerada por ellos fuese nula o inexistente [2].

Interesa hacer notar que el derecho suizo, que rechaza la concepción del contrato abstracto en materia de traslación de derechos reales, admite, sin embargo, que la cesión de créditos (art. 164 y s. C c. suizo, libro V), la nueva figura de deuda (art. 179, 3.° al.) y también su remisión son actos abstractos [3].

1 Para nosotros, sucede de otra manera. La rescisión de la cesión, por ejemplo, lleva consigo la rescisión de la transmisión del crédito. Así, el cedente que no ha recibido el precio convenido, obtenida la rescisión judicial de la venta, viene a ser acreedor, de pleno derecho. Por eso, el art. 1.240 del Código civil protege contra este riesgo al deudor que hubiera pagado al cesionario; establece, en efecto, que el pago hecho de buena fe al que está en posesión del crédito es válido, aunque el poseedor después se hallare en situación de evicción.

2 El primer proyecto del Código civil alemán lo declaraba expresamente en el art. 290, 2.° al.: «La existencia de la causa no es necesaria para la eficacia del contrato (de remisión de deuda). La eficacia del contrato no queda perjudicada porque los contratantes se propusieran causas diferentes, o porque no exista o sea declarada nula la causa que ellos se propusieron. Entonces tienen aplicación las disposiciones sobre el enriquecimiento injusto». La segunda Comisión ha visto que estas explicaciones eran inútiles y las ha suprimido. En Derecho francés, la remisión de deuda produce su efecto extintivo a condición de que su causa sea válida. Por lo cual, hay que recordar aquí la presunción *juris et de jure*, que establece el art. 1.282 del Código civil. Si el acreedor, creyendo falsamente en la existencia de una causa de extinción, hace remisión de su deuda al deudor; por ejemplo, un heredero que hace entrega del título, en virtud de un testamento de su autor, posteriormente revocado sin saberlo él, el deudor no quedaría menos liberado, y el acreedor sólo tendría contra él una acción fundada en el enriquecimiento injusto.

3 El art. 179, 3.° al., relativo a la nueva figura de la deuda, declara expresamente que «el nuevo deudor no puede oponer al acreedor las excepciones que los hechos que han dado origen a la nueva asunción de deuda le habrían permitido oponer al antiguo deudor». Así no podría excepcionar contra el acreedor por el hecho de que se obligó para con él, porque el an-

2.° El segundo grupo comprende la *aceptación de la asignación por el asignado* (art. 784, B. G. B., art. 468 C. c. suizo, libro V). La asignación es una operación que guarda analogía con la que denominamos en Derecho francés con el nombre de *delegación.*

Cuando el asignado o delegado se obliga, por orden del asignante o delegante, para con el asignado o delegatario, el contrato que se forma en virtud de esta obligación es abstracto, en el sentido de que es válido, aunque esta obligación carezca de causa; es el caso, por ejemplo, de que el asignado no se haya obligado, sino porque se creía injustamente deudor del asignante, o también que el asignado no se haya obligado, sino porque el asignante le debía entregar los fondos necesarios para el pago.

La razón siguiente explica el carácter abstracto de la obligación; no conviene que el asignatario, ignorante del fin que persigue el asignado al obligarse hacia él, vea que éste opone la no existencia o la no realización del fin. Esto sería contrario a la equidad. Hablaremos después sobre ello al estudiar la delegación.

3.° Pueden colocarse en un tercer grupo la *promesa abstracta de pagar* (art. 780, B. G. B., y art. 17, C. c. suizo, libro V) y el *reconocimiento abstracto de deuda* (art. 781, B. G. B.).

El acreedor puede, en efecto, exigir de su deudor que contraiga con él una nueva obligación o reconozca su deuda, sin que se haga mención en el nuevo contrato de la causa de la obligación. Tiene en esto la ventaja de que se le dispensa de probar la existencia de esta causa: el vínculo que une al deudor se refuerza en provecho del acreedor, el derecho de este

tiguo deudor debía prestarle la cantidad necesaria para el pago, la cual no la ha entregado (V. Oser, ob. cit., art. 179, p. 449).

La nueva figura de deuda perdería, sin embargo, su carácter abstracto, si en el contrato que medió entre el acreedor y el nuevo deudor hubiera sido especialmente previsto el acuerdo entre el antiguo deudor y el que nuevamente hubiera tomado el crédito. Así, Oser admite que si en una venta un tercero se obliga para con el vendedor a pagar *el precio debido por el comprador*, en vez de obligarse pura y simplemente, este tercero podría oponer al vendedor las excepciones que existen a favor del comprador.

último se consolida. Volveremos a tratar de esto al estudiar el art. 1.132 de nuestro Código civil.

§ 3.—*La «consideration» en el Derecho angloamericano* [1].

87. Existe en el Derecho inglés de las obligaciones una institución, la «*consideration*», que tiene contenido análogo al de la causa en el Derecho continental. Esta institución, que a nuestro parecer es de origen inglés [2], merece ocupar nuestra

1 V. Jenks, *History of doctrine of consideration.* Londres, 1882; sir F. Pollock, *Contracts*, 8.ª ed., cap. 4, and Appendix, nota E., London, 1911; sir W. R. Anson, *Contracts*, 14 ed., p. 96 y s.; Pollock and Mailand, *History of english law*, T. II, p. 211. Cambridge, 1898; Holdsworth, *History of english law*, T. III, cap. 3.°. London, 1909; Street, *Foundations of legal Liability*, T. II, ps. 1-161. Northport, N. Y., 1906; Ernest Lorenzen, *Causa ana consideration in the law of contracts*, Yale Law Journal. May 1919; volumen 28; J. P. Walton, *Cause et consideration dans le Droit anglais des obligations*, *Revue trimest de Droit civil*, 1919, p. 469 y s.; Esmein, *Un capítulo de la historia de los contratos en el Derecho inglés.* Neuv. Rev. «Hist. de Dt. franc., 1893, p. 555; Bresse, *La Theoria de la consideraiion* en droit anglais, tesis doctoral; Dijon, 1919, y la bibliografía publicada al fin de esta obra.

2 Salmond, *History of contracts*, p. 336, pretendía que la doctrina de la *consideration* era una modificación del principio romano de la causa adoptada por la «Equidad» y transportada de aquí al «Common law»; pero esta afirmación es generalmente contradicha, y se admite que la «consideration» es una institución autóctona del Derecho inglés. V. Pollock, *Contracts*, p. 181; Walton, artículo citado.

«Se mantiene ahora, dice Lorenzen, *ob. cit.*, p. 636, que la doctrina de la «consideration» ha nacido del «Common law» y no ha sufrido la influencia del Derecho romano ni del Derecho continental. Únicamente se tomó del Derecho romano el adagio «ex nudo pacto non oritur octio», que en el Derecho inglés tomó un sentido completamente distinto que en el romano. Este adagio se aplicó al principio para las convenciones que no podían dotarse de acción *of debt*, falta de *quid pro quo*, y más tarde, al crearse la acción *of assumprit*, designó las convenciones que no eran obligatorias, porque carecían de «consideration».

Sobre la historia de la «consideration», que no podemos trazar aquí, véanse, además de las obras citadas, J. B. Ames, *History of assumpsit; History of parol contracts, prior to assumpsit;* Salmond, *History of contracts;* estos tres estudios fueron publicados en *Select essays in anglo american legal history.* Cambridge, 1909.

atención, porque prueba que la noción de fin apetecido por los contratantes es fundamental y se encuentra en todos los sistemas jurídicos.

El Derecho inglés clasifica los contratos en dos grupos, según que se realicen o no de una manera determinada: contratos sellados *(contract under seal)* y contratos puramente consensuales *(simple contracts)*.

El contrato sellado es un contrato formalista (que no exige la intervención de un funcionario para su perfección). El acto por el cual se perfecciona es el *deed*. Como la estipulación romana, el *deed* es obligatorio por el sólo hecho de su redacción, sin atender para nada a la causa que haya determinado a las partes a obligarse. Puede decirse, pues, que es un acto abstracto. Un contrato «*deed*» es obligatorio sin «consideration». Sin embargo, hay que añadir que, como en Derecho romano, el deudor puede obtener la anulación del *deed*, con la condición de probar que su obligación descansa sobre una causa contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres [1].

Una promesa a título gratuito no es válida, si no se hace en la forma del *deed*. No se pueden hacer liberalidades por *simple contract*. Esta es regla análoga a la de nuestro derecho, que somete a solemnidades las donaciones entre vivos.

El segundo grupo, el de los *simple contract*, abraza la generalidad de los contratos, y en especial todos los de carácter oneroso. El *simple contract* no se halla sometido a ninguna condición de forma; puede hacerse verbalmente o por escrito, pero en tanto es válido, en cuanto que se funda en una *valuable consideration* [2].

1 V. Brerse, *ob. cit.*, p. 68.

2 Así el Derecho inglés exige bien una forma solemne, bien la existencia de una *valuable consideration*. «Ambas condiciones, dice Salmond, *obra citada*, p. 389, se establecen para precaver el riesgo de dar eficacia legal, a promesas inconsideradas y a ligerezas de lenguaje. La Ley elige ciertas razones y ciertas presunciones, que son normalmente suficientes para un consentimiento razonado y deliberado, y encierra todas las convenciones válidas, aunque no sean formales dentro de estos límites. En todos los demás casos exige la garantía de una forma solemne». Citado por Bresse, *obra citada*, p. 7.

¿Qué significa, pues, esta expresión? Quiere decir que «el acreedor debe haber pagado para obtener la promesa [1].

En otros términos, la *consideration* designa el *quid pro quo* que el acreedor debe a otro a cambio de la obligación de este último. «Este *quid pro quo* puede tomar la forma de un acto, de una abstención, de una renuncia, o de la promesa de cualesquiera de estos hechos, siempre que el acto, la abstención, la renuncia, tengan relación directa con la obligación del deudor, es decir, hayan sido dados, prometidos o ejecutados en vista de tal obligación. La obligación que resulta de un *simple contract* no es válida, si no tiene por contra-prestación una cosa hecha, abandonada o soportada por el estipulante, o que éste ha prometido hacer, abandonar o soportar en atención a la promesa [2].»

«Una parte recibe una *consideration* por su promesa, dice Jenks [3], si el estipulante hace, abandona o soporta alguna cosa, o si promete hacer, abandonar o soportar algo en compensación de la promesa que se le ha hecho y en el momento preciso de ella.»

Así en los contratos sinalagmáticos la *consideration* no es otra cosa que la prestación del otro contratante.

«En la cuestión de la *consideration*, dice M. Walton [4], el principio más importante es que en un contrato bilateral, la obligación lícita de una parte es un a *consideration* válida para la obligación de la otra. Esta jurisprudencia data de un pleito del año 1588: *Promesa a cambio de promesa, engendra acción.*

Aquí se enuncia una regla parecida en alto grado a la que, después de Domat, ha sido norma clásica del Derecho francés, si bien esta semejanza no arranca probablemente de una filiación histórica.»

En los contratos unilaterales onerosos, la *consideration* es el sacrificio o pérdida que el acreedor soporta, como contra prestación de la obligación contraída para con él. En el préstamo es la entrega de la cosa por el acreedor.

1 Walton, obra citada.
2 Ason, *Principies of the english law of contracts.* Oxford. 1905.
3 *Codificación*, § 204.
4 *Obra citada.*

88. Para que la obligación sea válida, se requiere que la *consideration* reuna los tres caracteres siguientes:

1.° La *consideration* dada por el estipulante, no debe ser *past*, sino que debe ser siempre presente. Ya hemos hecho alusión a esta condición en puntos precedentes.

En los contratos sinalagmáticos esta condición se encuentra necesariamente, porque la *consideration* consiste en la contraprestación de la otra parte. Poco importa que esta contraprestación haya sido ya ejecutada; no por eso deja de haber *consideration* presente, *executed consideration*.

En los contratos unilaterales, hay *past consideration* si se trata de prestación pasada, que no se ha hecho en vista de la obligación actual. Así el hecho de haber dado voluntariamente cierta cantidad de dinero a una persona para venir en su ayuda, no será una *consideration* suficiente para hacer válida la obligación que esta persona asumiera después, a fin de reembolsar esta suma. Existe en esto diferencia notable entre el Derecho inglés y el nuestro. El Derecho inglés no admite que el simple deber moral pueda servir de causa o de *consideration* a una obligación. Considera como pura liberalidad, pagar o prometer para satisfacer un sentimiento de gratitud o deberes de conciencia [1].

2.° En segundo lugar, la *consideration* debe ser real *(reelle)*, es decir, que constituya una desventaja para el estipulante. Es preciso, como hemos dicho, que el estipulante «haya hecho, abandonado o sufrido alguna cosa».

1 Aunque la teoría de las obligaciones naturales no existe en Derecho inglés, llega de hecho en varios casos importantes a las mismas soluciones prácticas, que la aplicación de esta teoría señala en Derecho francés. Así una deuda de juego que se ha pagado, no puede repetirse..., si uno paga una deuda que ha prescrito, no tiene acción para repetirla... En tercer lugar hay algunos contratos, que en Derecho inglés no son válidos si no están escritos y firmados por las partes. Pero si un contrato de esta clase se ha celebrado sin guardar la forma prescrita, y se ha pagado una cantidad en virtud de él, este pago no puede repetirse. Finalmente, cuando A. ejecuta en favor de B. un trabajo, que habitualmente exige remuneración, y el trabajo ha sido ejecutado a sabiendas de B., pero sin orden especial por su parte, el Derecho inglés infiere que B. está obligado a pagar este trabajo. Todos estos casos, y otros muchos que podrían citarse en otras materias, demuestran que el Derecho inglés está acorde con el francés sobre muchos puntos en que parecen discrepar. Walton, *ob. cit.*

Pero, notémoslo bien, no es necesario que exista equivalencia entre la importancia de la obligación y la del sacrificio del estipulante. «Para los Tribunales es indiferente saber si la *consideration* es equivalente o no de la promesa». La pérdida sufrida por el acreedor, puede ser escasa, pero si representa algún valor a los ojos del Derecho, esto basta [1].

3.° La *consideration* debe ser *legal*, es decir, no contener nada contrario a los reglamentos, al orden público o a las buenas costumbres.

Se deduce de estas breves explicaciones que la *consideration* es figura muy distinta de los motivos que determinan a una persona a obligarse. Así el simple deseo de venir en ayuda de una persona, no bastaría para convalidar la obligación contraída con ella por *simple contract* de pagarle cierta renta anual. Esta promesa no tendría *valuable consideration*, porque carecería de *quid pro quo* [2].

Ordinariamente el motivo es un elemento sin importancia jurídica, y el hecho de que una persona se determine a obligarse por razones contrarias al orden público o a las buenas costumbres, no vicia su obligación. De otra manera sucede si estas razones han sido conocidas por la otra parte y la han determinado igualmente a contratar. Así, el que una persona preste dinero para jugar no anula el préstamo. Pero si el prestamista hizo el préstamo con miras a permitir al prestatario que jugara, el contrato sería nulo. Sobre este punto la jurisprudencia inglesa, está de acuerdo con la nuestra.

En resumen, en los contratos onerosos la *consideration* corresponde a nuestra noción de causa. La gran diferencia que existe entre el derecho inglés y el nuestro, está en que aquél no admite que una obligación moral sea causa suficiente del pago o de la obligación civil. La teoría de la *consideration* es menos amplia que la de la causa [3].

1 Walton, ob. cit. «Es un adagio tradicional, el que un grano de polvo, puede ser *consideration* suficiente de una obligación de cien libras.»

2 Lo mismo sucedería en nuestro Derecho, porque esta promesa constituye una liberalidad.

3 Véase la crítica de la *consideration* en el artículo antes citado de Lorenzen, p. 640 y s.

CAPÍTULO IV

De la causa de las obligaciones, nacidas de los contratos sinalagmáticos.

89. La teoría de la causa de las obligaciones originadas por los contratos sinalagmáticos no ha sido aún estudiada con debidos detalles. Vamos a intentar hacer su exposición. Es necesario a este efecto considerar la causa, primero en el momento que las voluntades se ponen de acuerdo, y después en el período de ejecución del contrato.

SECCIÓN PRIMERA

La causa en el momento de la perfección del contrato sinalagmático.

90. Cuando dos o más personas se obligan recíprocamente unas respecto de otras, y las prestaciones que se han prometido no son ilícitas, el contrato sinalagmático es válido en teoría porque reune todos los elementos necesarios para su perfección. En efecto, desde que cada obligación tiene por objeto un hecho que no es contrario a la ley, ni al orden público, ni a las buenas costumbres, cada una tiene también necesariamente su causa lícita. A primera vista parece que no hay nada especial que decir acerca de la causa en el momento de la conclusión del contrato. Sin embargo, iremos a probar con nuestras explicaciones que hay interés en considerar la causa, aun en este momento, como elemento constitutivo de construcción del vínculo jurídico. Para esto examinaremos sucesivamente en los diversos grupos de contratos sinalagmáticos las consecuencias que traen consigo la ausencia total o parcial de la causa, el error sobre ella y, por fin, la causa ilícita.

§ 1. Ausencia total o parcial de causa.—§ 2. El error acerca de la causa. Vínculo que relaciona el art. 1.110 del Código civil con la teoría de la causa.—§ 3. De la causa ilícita.

§ 1.—*Ausencia total o parcial de la causa.*

La ausencia parcial de la causa es más frecuente que la ausencia total. Distinción necesaria en esta materia entre los contratos conmutativos y los aleatorios.—I. *Contratos conmutativos, Casos diversos en que una de las obligaciones nacidas de estos contratos puede carecer parcialmente de causa:* 1.° *Pérdida parcial de la cosa vendida antes de la venta.* 2.° *Venta de la cosa de otro. Art. 1.599 del C. c. Precedentes históricos. Justificación de la solución adoptada por el Código civil. Razón de ser de la nulidad: sus efectos.* 3.° *Mandato retribuido. De la causa de la obligación del mandante de pagar el precio, según la jurisprudencia.*—II. *Contratos aleatorios. Diversos casos de ausencia de causa:* 1.° *Artículos 1.974 y 1.975 del Código civil. Explicación de estos textos.* 2.° *Otras aplicaciones de la jurisprudencia sobre la ausencia de la causa en estos contratos.*

91. Se concibe que la ausencia total de causa en las obligaciones nacidas del contrato sinalagmático sea cosa muy rara, porque no puede darse, a no ser que la obligación recíproca no tenga objeto, o tenga por tal una prestación no susceptible de ejecución. Así en la venta, la obligación del vendedor carecerá de causa si el precio convenido no es (según consagrada expresión) justo, si consiste, por ejemplo, en una renta vitalicia inferior del producto normal del inmueble [1].

Y, recíprocamente, la obligación del comprador no tendrá causa si la cosa vendida ha perecido totalmente sin saberlo las partes, cuando contrataban entre sí (art. 1.601 1.° al., C. c.; cf. Paulo, D. 18. 1. *de contrah. empt.* 15. p. [2].

1 V. Req. 27 Mayo 1908, *Gente s. c. Guérimon*, D. P. 08. 1. 480; 1.° Mayo 1911, *Pellet c. Probel*, D. P. 11. 1. 353, nota de M. Planiol, S. 11. 1. 459, y numerosas sentencias anteriores. V. también París 21 Diciembre 1922, *Gaz. Pal.* 23. 1. 62.

2 He aquí algunos ejemplos de contratos sinalagmáticos anulados por falta de causa: Alger, 10 Febrero 1862 y Req. rej. 19 Enero 1863. *Cohen-Scali c. Roubieu*, D. P. 63. 1. 248, S. 63. 1. 185. El locatario de un inmueble se había obligado a no interponer ninguna reclamación de daños y perjuicios contra el arrendador, ni a intentar contra él ninguna acción por alguna

Si la ausencia total de causa es enteramente excepcional en materia de contratos sinalagmáticos, puede suceder por el contrario que exista ausencia parcial de causa, es decir, que la causa de la obligación de uno de los contratantes exista sólo

causa. La sentencia de Alger y el Tribunal de Casación declararon que esta cláusula encerraba la nulidad del arrendamiento, porque libraba al arrendador de toda obligación, de toda responsabilidad, y porque es de esencia del contrato de arrendamiento que el arrendador se obligue para con el arrendatario a mantenerle en el goce de la cosa arrendada. Req. 30 Julio 1873. Michel c. Rouet, D. P. 73. 1, 330. S. 73. 1. 448: Contrato de reemplazamiento militar hecho por uno, que sin saberlo, quedó libre por su número de sorteo. Rouen, 15 Julio 1881, S. 81, 2, 243. D. J. G. Supplt. *Obligaciones*, 57: La renuncia a la indemnización, en caso de incendio, debida por una Compañía aseguradora, es nula por falta de causa, si en cambio el director de la Compañía renunció a proceder criminalmente, porque en ningún modo depende de él provocar otras medidas de las que hayan sido tomadas por la Autoridad judicial. París, 25 Junio 1884. S. 84. 2. 176. Req. rej., 12 Mayo 1885. S. 85. 1. 440. Venta de la clientela de un Médico, después de su partida, no teniendo ningún valor serio esta clientela. Civ. 11 Diciembre 1900. *Banque transatlantique c. liquid. Cie Panamá.* D. P. 01. 1. 257. S. 04. 1. 262: No tienen más que apariencia de contratos aleatorios las convenciones que han mediado entre una Sociedad y un Sindicato para la emisión de obligaciones de dicha Sociedad, si los sindicados no deben prestar a la Sociedad ningún servicio que justifique las ganancias que deben proporcionarles estas convenciones.

En un contrato de préstamo, contrato sinalagmático, como ya hemos demostrado, la obligación del prestatario no tendrá causa si no recibe la cantidad prometida. V. Amiens, 21 Febrero 1879. S. 80. 2. 134, que declara sin causa la obligación de un prestatario en el caso en que el prestador había entregado la suma a un Notario, y éste la había malversado: Req., 2 Abril 1878. S. 79. 1. 16, un cliente entrega al Agente de cambio efectos en blanco firmados por él en garantía de la apertura de un crédito, y no ha realizado el crédito abierto. *Adde*, París, 27 Marzo 1920. *Gaz. Pal.*, 28 Marzo 1920; París, 21 Mayo 1920. *Gaz. Pal.*, 21 Octubre 1920. La entrega de honorarios a un Agente de negocios, por representar a una persona ante una Comisión arbitral de salarios, es nula por falta de causa, porque según el art. 48 de la Ley de 9 de Marzo de 1918, sólo los Abogados matriculados y los Oficiales ministeriales en ejercicio están autorizados para representar a las partes ante estas Comisiones. Trib. Civ. Sena, 15 Abril 1920, *Gaz. Pal.*, 24 Septiembre 1920. El contrato en virtud del cual una parte ha comprado a la otra, mediante precio, el contenido desconocido de una caja de hierro, es nulo, si en efecto la caja no contenia ningún objeto de valor. Careciendo de objeto la obligación del vendedor, no puede nacer la del comprador por faltarle su causa.

en parte, y entonces cabe preguntarse cuáles serán las consecuencias.

Para estudiarlas, es preciso separar los contratos conmutativos de los aleatorios.

92. I. *Contratos conmutativos.*—Se da la ausencia parcial de causa en los casos siguientes, que si no tienen grande aplicación práctica, son, sin embargo, muy interesantes para su estudio desde el punto de vista teorético:

1.° Pérdida parcial de la cosa (vendida) antes de la venta. 2.° Venta de cosa ajena. 3.° Precio estipulado por el mandatario.

93. 1.° *Pérdida parcial de la cosa antes de la venta.*—Según el art. 1.601 del Código civil, si una parte de la cosa vendida ha perecido, sin saberse por los interesados, al tiempo de la venta, puede el adquirente, a su elección, rescindir la venta o pedir la parte conservada, previa su valuación.

En la hipótesis a que se refiere el texto, no puede decirse que la obligación no tenga objeto, porque la cosa vendida no ha perecido totalmente, sino que existe en parte. Los intérpretes, que sólo consideran este elemento, censuran la solución dada por el Código, que a su parecer es más equitativa que lógica [1]. Según ellos, la lógica exigiría que la venta se considerase inexistente en cuanto a la parte destruída, y válida en cuanto a la parte conservada, y que el precio se redujese proporcionalmente. Pero razonando así se olvidan de la voluntad del comprador, que debe sugerir toda solución. Importa saber si el comprador habría comprado o no, si hubiera sabido la pérdida parcial. En otros términos, para dar solución razonable hay que colocarse en el terreno de la causa, no en el del objeto. Lo cual comprendieron muy bien los redactores del Código civil. Concediendo una opción al comprador, han tenido en cuenta el fin a que aspiraba éste; han previsto lo que habría hecho el comprador, si al tiempo en que él contrataba, le hubiera sido conocida la pérdida parcial de la cosa. ¿Habría renunciado al contrato? Es probable, porque en teoría lo que pretendía era llegar a ser propietario de la cosa

1 **Baudry-Lacant et Saignat.** *Vente* **núm. 99.**

íntegra, tal como creía que era. Por tanto, no es seguro que la hubiere comprado lo mismo, si hubiera sabido que había perecido en parte (por ejemplo, tratándose de un edificio que se proponía demoler). Por esto, es necesario dejar al comprador la facultad de elegir. Así la solución del art. 1.601, 2.º al., se explica y se justifica por la noción de causa [1]. Si la pérdida parcial de la cosa extingue la causa de la obligación del comprador, el contrato desaparece. Dejando, por el contrario, subsistir en parte la causa de esta obligación, el contrato debe mantenerse, y el precio disminuirse proporcionalmente a tal pérdida.

¿Pero es libre el acreedor de elegir entre los dos partidos que le concede el art. 1.611, o por el contrario, debe hacer el Tribunal la elección?

La cuestión es importante, porque si la opción pertenece exclusivamente al comprador, la verificará como le parezca cuando conozca la pérdida de parte de la cosa. Si, por el contrario, es el Tribunal quien la realiza, deberá atender para ello a la voluntad del comprador, pero no a la actual, es decir, a la voluntad del día en que se pronunció, sino a la que tenía cuando contrató. Los Jueces deberán inquirir primero el fin que el comprador se proponía el día del contrato y resolver después lo que proceda. Se preguntarán: ¿qué habría hecho el comprador si al tiempo de contratar hubiera sabido la pérdida de parte de la cosa? ¿Habría contratado o no? Y, según la respuesta, declararán disuelto el contrato o concederán al comprador una disminución en el precio.

Se ve bien donde estriba el interés de la cuestión.

De la simple lectura del art. 1.601, 2.ª al., se deduce que se concede al comprador tomar el partido que más le guste. Pero esta solución no se conforma con el fundamento jurídico de la opción. Así, muchos intérpretes admiten que hay casos en que

1 Según Paulo, D. 18. 1. *de contrat empt.* 57, pr. Neratio era de parecer que había que distinguir según que el incendio hubiera destruído más o menos de la mitad de la cosa vendida. En el primer caso, decía que debía anularse la venta; en el segundo, por el contrario, debía mantenerse, pero procediendo a fijar el precio del valor del inmueble.

Conviene relacionar el art. 1.601, 2.º al., con el art. 1.636, que presenta solución análoga para el caso de evicción parcial.

no obstante la demanda de rescisión del contrato, el Tribunal puede mantenerle. Pero no están conformes al determinar cuáles sean estos casos. Para unos, no puede el Tribunal rechazar la demanda de rescisión del contrato, más que cuando la pérdida es de una importancia mínima con relación al todo [1]. Otros, con más lógica, dicen que al comprador no le es dado abandonar el contrato más que cuando intervengan circunstancias en virtud de las cuales no hubiera comprado, habiendo conocido la pérdida [2]. Nosotros, decididamente nos ponemos de parte de esta última solución, que es la única compatible con el fundamento atribuído al art. 1.601, 2.ª al., y en favor de la cual, el art. 1.633, relativo al caso de evicción parcial, presta un argumento excelente de analogía [3].

Conviene, finalmente, notar que compete solamente al acreedor la elección entre la rescisión o el mantenimiento de la venta. Al vendedor no se le autoriza pedir la rescisión cuando prefiriera esta solución a la disminución del precio. Se le obliga a aceptar la decisión recaída en virtud de la demanda del comprador. Así, el vendedor no puede oponer la ausencia parcial de causa de la obligación del comprador. Interesa hacer notar esto, porque demuestra, en contra de la opinión corriente, que la ausencia parcial de la causa en la obligación de una de las partes, no acarrea la nulidad absoluta del contrato sinalagmático. A propósito de la cuestión siguiente, volveremos a tocar este punto.

94. *Venta de cosa ajena.*—La venta de cosa ajena nos presenta también un caso interesante de ausencia de causa. El que

1 Aubry y Rau, T. IV, § 349, nota 20; Baudry Lacant y Saignat, n. 99.

2 Duranton, T. XVI, n. 184; Troplong, Vente, T. I, n. 252.

3 Puede citarse en el mismo sentido una sentencia de la Corte de Rennes de 18 Diciembre 1853. D. P. 56. 1. 254. S. 56. 1. 819, bajo Cass., que rechazó la rescisión de una venta de castañas que en cierto número llegaron podridas. «Considerando, dice esta sentencia, que el menoscabo natural de una mercancía tan fraccionada como las castañas, no equivale a la pérdida de parte de una cosa, cuya recepción en su totalidad puede ser esencial.....»

Por el contrario, en favor de la rescisión a elección del adquirente, Alger, 23 Junio 1920 y Req. 23 Junio 1921. *Refregier c. Bernadat. Gaz. Pal.*, 26 Octubre 1921.

compra una cosa se obliga porque quiere llegar a ser su propietario. Ahora bien, esto no tiene lugar si la cosa vendida no pertenece al vendedor. ¿Qué suerte correrá este contrato? El artículo 1.599 del C. c. declara la nulidad. Esta solución ha sido censurada [1]. Se ha llegado a decir que los redactores del C. c. habían injustamente roto con la tradición romana. En Derecho romano, en efecto, no sólo no transmite el contrato, de pleno derecho la propiedad, como pasa en nuestro Derecho, sino que ni siquiera obliga al vendedor a ejecutar esta transmisión. El vendedor no está obligado a hacer que el comprador venga a ser propietario, solamente está obligado a entregarle la libre posesión de la cosa (*vacuam possessionem*). El comprador que descubre que la cosa no pertenece al vendedor, no puede por esta sola causa rehusar de pagar el precio y de recibirla primero; solamente cuando ha sido turbado en su posesión o demandado de evicción, tiene derecho a obrar en contra del vendedor [2]. La venta continúa siendo válida a pesar de esta novedad y produce la acción de garantía en provecho del adquirente. Se introdujo este sistema por razones de utilidad práctica, a fin de dar el mayor ámbito posible a las aplicaciones del contrato de venta y de extenderlo a los peregrinos, y estas ventajas «tanto como la rutina» [3], le mantuvieron en vi-

1 El art. 1.599 constituye un error indigno de un legislador, dice Demangeat. *Tratado de Derecho comercial*, T. II, p. 416.

2 Africano, D. 19. 1. *de act. e. v.* 30. 1; Ulpiano, D. 18. 1, *de contrah. empt.* 25. 1 y 28. Cons. Girard *Manuel* 6.ª ed., p. 560 y s. Cuq. *Manuel*, p. 458 y s. Kohler hace muy justamente observar, *der Kouf einer fremden Sache* Zeitschrift für franzosisches Civilrechts, T. VIII, p. 535, que la brevedad de los plazos de la prescripción debía atenuar los inconvenientes de la regla. Además, si la cosa vendida perecía por caso fortuito antes de la tradición, el riesgo de perderla lo corría el comprador, pues la venta era válida. En nuestro Derecho, por el contrario, el comprador podía ser dispensado de pagar el precio, haciendo anular el contrato, que es más satisfactorio.

3 V. Girard, *loc. cit.* Para justificar la solución del Derecho romano, se ha dicho que se explica porque la venta era un simple contrato productivo de obligaciones, no traslativo de propiedad. V. Mourlon *Répét., escritas sobre el Código civil*, 11 ed., T. II, n. 514. Pero esta explicación no es más que aparente; no es menos irracional considerar como válido un contrato que en definitiva debe transmitir la propiedad, si no puede alcanzarse este fin.

gor. Se mantuvo en nuestro Derecho antiguo y permaneció en vigor hasta el Código civil.

Sin embargo, los redactores del Código civil lo abandonaron. Dos razones les movieron a ello. Primeramente, la regla romana parecía inconcebible con el principio proclamado de que la venta transfiera de pleno derecho la propiedad (arts. 1.138, 1.583, C. c.); pero no es este el motivo que invocan. Insisten sobre todo en la idea de que la venta de cosa ajena es en sí misma, una convención contra la razón [1], ridícula [2], contraria a la naturaleza de las cosas y a las orientaciones sanas de la moral [3]. La declaran nula, porque a sus ojos es un acto inmoral, que es necesario prohibir.

Difícil nos parece dudar de la exactitud de su solución. Teniendo por fin la venta, transferir la propiedad ¿no es acaso desconocer la voluntad del comprador, haciendo que perdure su obligación cuando el resultado por él apetecido no puede tener cumplimiento? ¿No es irracional denegarle toda clase de recursos contra el vendedor, mientras no sea perturbado por el propietario? ¿Por fin no es verdaderamente contrario a los principios del orden público y de la moral conceder validez a un contrato que expone a los adquirentes sucesivos al riesgo de evicción?

Por lo demás, si se admite la validez de la venta de cosa

1 Portalis, *Exposición de motivos.* Fenet, T. XIV, p. 118.

2 Tronchet, Fenet, T. XIV, p. 157.

3 Grenier Fenet, T. XIV, p. 192. V. el resumen de los trabajos preparatorios en Leligois. *La venta de cosa ajena*, Revista crit. de legisl, título XXXV, p. 16. Cons. igualmente de Folleville. *Tratado sobre la venta de cosa ajena,* Revist. práct. de Derecho francés, T. XXXII, XXXIII, XXXV, París 1874. Kohler *ob. cit.*, p. 496 y s. Este autor propone, como conclusión de su estudio, introducir en el Derecho aleman la regla de que la venta de cosa ajena es nula, porque a su parecer la exactitud de esta regla es independiente de la cuestión del momento en que se verifica la transmisión de la propiedad. El Código civil alemán no acepta esta solución. Este obliga al vendedor a transferir la propiedad de la cosa (art. 433), pero no declara la nulidad de la venta de cosa ajena. (Así también el C. c. suizo, lib. V, artículo 184). Sin embargo, los comentaristas del Código, admiten que el error de una o de otra parte da derecho a pedir la nulidad del contrato. V. Crome, *System des D. B. R.*, t. II, § 212, nota 13.

ajena, ¿cómo explicarse el derecho del comprador vencido, a los daños y perjuicios? ¿En virtud de qué título el vendedor será condenado a resarcir daños y perjuicios, si la venta es lícita? Para resolver la dificultad, los jurisconsultos romanos admitieron que la venta producía para el vendedor la obligación de indemnizar al comprador en caso de evicción. Supusieron que entre ambas partes intervenía este extraño contrato: Yo os vendo esta cosa, diría el vendedor, y si se descubre que yo no soy propietario y que perdéis con un tercero en caso de evicción, yo os indemnizaré. Explicación poco verosímil, que solamente hombres habituados a sutilezas jurídicas podían imaginar. La razón de ser del recurso del comprador es más sencilla: porque el contrato es nulo, y consiguientemente el vendedor debe restituir el precio y reparar además el perjuicio que la nulidad causa al comprador [1].

Así, pues, los intérpretes, injustamente, critican la solución del art. 1.599; antes al contrario, más parece que escribiendo este texto, sustituyeron los redactores una regla simple y lógica, por una concepción complicada. La abrogación de este artículo, que se ha propuesto alguna vez, estaría muy lejos de señalar un progreso [2].

1 Poco importa que el vendedor lo haya sido de buena o de mala fe; en ambos casos la venta es nula. Por lo tanto según M. Planiol, T. II, número 1.407, se deduce evidentemente de la lectura de los trabajos preparatorios del Código, y en especial de la exposición de motivos de Portalis, Fenet, T. XIV, p. 118, que los redactores quisieron anular solamente la venta de cosa ajena hecha a sabiendas por el vendedor. Según él todos los motivos expuestos, no tendrían aplicación al caso en que hubiera habido error por su parte acerca del derecho del propiedad.

Tal es nuestro parecer. La razón que determinó a los redactores del Código, es una razón de buen sentido o teorética si se quiere. La venta de una cosa que no es vuestra, y de la cual os decís y os creeis propietarios, no puede ser válida porque *no puede producir* el efecto jurídico querido por el comprador. «El motivo de la ley, ha dicho el tribuno Faure, consiste en que no se debe tener el derecho de vender una cosa, cuando no se tiene el de transmitir la propiedad. La transmisión de la propiedad es el objeto de la venta».

2 No carece de interés la elección entre las dos tesis. Supongamos que la cosa vendida perece, por caso fortuito, antes de la entrega. Si la venta es válida, sufrirá la pérdida el comprador, que deberá pagar el precio. (Ar-

95. Pero, admitido todo esto, ¿cuál es el fundamento jurídico de la nulidad?

Sobre este punto existen divergencias entre los autores. Los más han pretendido que esta venta era no nula, sino rescindible, por inejecución de la obligación del vendedor.

El art. 1.599 sería una aplicación del 1.184 [1]. Pero esto equivale a admitir que la venta de cosa ajena es válida, porque la acción rescisoria presupone que las partes estén unidas por un contrato reglamentariamente hecho, pero no cumplido por ellas. Ahora bien, la venta de cosa ajena encubre una imperfección originaria, porque el vendedor ha contraído una obligación, que no puede ser ejecutada.

Otros, más respetuosos con el texto de la ley, han relacionado la cualidad establecida por ella con la teoría del error, tal como la formula el art. 1.110 del Código civil. El comprador se ha engañado; ha creído que contrataba con el verdadero propietario de la cosa vendida. ¿Pero este error es de los que, según el artículo antes citado, anulan el contrato? Las respuestas adolecen de imprecisión. Unas veces se dice que el error cae sobre la sustancia de la cosa, lo que es muy discutible, porque es cosa muy difícil considerar la carencia de derecho del vendedor, como una cualidad sustancial de la cosa (aun interpretando de un modo subjetivo, como se hace ordinariamente, la palabra *sustancia)*; otras se pretende que el error recae sobre la persona, porque el comprador creía contratar con el propietario; pero puede objetarse a esto que la venta no figura en el número de los contratos, en los que la consideración de la persona, en el sentido del art. 1.110, 2.ª al., es la causa principal de la convención.

Finalmente, algunos intérpretes acuden a la causa [2]. La obligación del comprador, dicen, no tiene causa, porque contrata para hacerse propietario y no llega a serlo. Esta última explicación no se presta a las mismas críticas que las precedentes.

tículo 1.138 C. c.). Si es nula el comprador conservará el derecho de anularla. A esta conclusión llega Kohler, *ob. cit.* p. 496 y s. V. especialmente página 529 y siguientes.

1 *Demante et Colmet de Santerre*, T. VI, n. 28 *bis*, VI.

2 Leliglois, *ob. cit.*; de Folleville, *ob. cit.*

Descansa sobre una observación exacta: a la obligación del comprador le falta causa, porque el fin a que aspiraba no se puede alcanzar. Sin embargo, es preciso corregirla, enmendarla, porque no hace caso de un hecho del que no puede prescindirse, para explicar el art. 1.592 el error del comprador. El comprador cree, en efecto, que su obligación tiene una causa, cree adquirir la propiedad. Incurre en un error acerca de la causa de su obligación [1]. Tal es, según nuestro parecer, la razón de ser de la nulidad decretada por la ley.

Nos queda por determinar las consecuencias del error sobre la causa, es decir, la naturaleza de la nulidad que lleva consigo.

Estudiaremos después este género de error; pero podemos decir desde ahora que en contra del común sentir de los autores, tal error produce, no ya nulidad absoluta del contrato, sino que le hace simplemente anulable, como los dos errores a que se refiere el art. 1.110, C. c. Y esta solución se comprende fácilmente, después de las explicaciones que hemos dado acerca de la importancia de la causa en la formación de los contratos. Esta es el elemento principal de la manifestación de voluntad del contratante. El contratante, decíamos, consiente en obligarse porque quiere llegar a un fin. Por eso el error acerca del fin vicia la manifestación de voluntad del contratante [2].

1 Podría objetarse que tal explicación está contradicha por los términos del art. 1.599, así concebido: «La venta de cosa ajena es nula; puede dar lugar a indemnización de daños y perjuicios cuando el comprador ignoraba que la cosa fuera de otro». Se deduce de esto que la ley admite la nulidad, aunque el comprador conociera la ausencia del derecho del vendedor. Es fácil responder. Cuando el comprador sabe que la cosa no pertenece al vendedor, o contrata a su cuenta y riesgo, entonces no puede reclamar la nulidad porque es un contrato aleatorio, o bien cree que el vendedor tomará sus disposiciones para hacerse propietario o para que se ratifique la venta por el verdadero propietario antes de la entrega, y entonces contrata bajo el imperio del error, porque no se le transferirá la propiedad. Pero el error es menos excusable, y por eso no tiene derecho más que a la restitución del precio y no a los daños y perjuicios.

2 M. M. Baudry-Lacant. et Saignat: *De la venta*, n. 118, admiten una explicación muy complicada que en el fondo se relaciona mucho con la

Concluímos, en consecuencia, contrariamente a los autores que explican el art. 1.592 por la ausencia de la causa, que la venta de cosa ajena está tachada de nulidad relativa que sólo puede invocar el comprador, pero no el vendedor, y prescribe a los diez años contados desde el descubrimiento del error [1].

La conclusión está corroborada por dos artículos del Código civil. En primer lugar, por el art. 1.601, 2.º al., antes estudiado, que para el caso de venta de una cosa en parte perecida no concede acción de nulidad más que al comprador, y por el art. 1.636, que establece que en el caso de evicción parcial el comprador puede rescindir la venta. Ahora bien; en ambos casos la acción del comprador se funda en que ha incurrido en un error acerca de la causa, y este error puede ser lo bastante grave, que dé lugar bien a la anulación, bien a la rescisión del contrato.

Por otra parte, el vicio de que adolece la obligación del comprador es susceptible de desaparecer, en virtud de circunstancias posteriores, pues el fin que éste perseguía puede ser

nuestra. Declaran, en efecto, que la venta adolece de un vicio, que es la imposibilidad en que se encuentra el vendedor de hacer propietario al comprador y cumplir con ello su principal obligación. «Ordinariamente, dicen, la inejecución de las obligaciones concede solamente la facultad de reclamar su rescisión (art. 1.184). Pero entonces nada en su origen se oponía a la ejecución del contrato que había nacido normalmente. De otra manera sucede en la venta de cosa ajena. La imposibilidad de transferir al comprador la propiedad de la cosa vendida es la consecuencia inmediata de no ser propietario el vendedor; la imposibilidad de ejecución existe desde que las partes han contratado; en este caso el legislador declara nulo el contrato porque la ejecución no ha sido posible en ningún momento. Esta imposibilidad de ejecución, que se remonta al origen del contrato, es el vicio de que adolece la venta de cosa ajena, y a causa de este vicio la ley la declara nula. Pero este vicio original, arguye, implica una falta del vendedor que ha asumido obligaciones que no puede ejecutar; la nulidad, que es su consecuencia, no se da más que en favor del comprador; es una nulidad relativa». En el fondo, esto equivale a reconocer que el comprador ha sido inducido a error sobre el fin que se proponía.

1 Si el comprador durante los diez años después del desvanecimiento de su error no demanda la nulidad del contrato, no puede ya intentar la acción de nulidad; pero, entiéndase bien, si posteriormente es vencido por el propietario en caso de evicción, tendrá un recurso de garantía contra el vendedor.

alcanzado por causa de una modificación sobrevenida después de la conclusión del contrato. Esto sucede cuando el vendedor adquiere la propiedad de la cosa o el verdadero propietario ratifica la venta. En estos dos casos, en efecto, el comprador se hace inmediatamente propietario, sin necesidad de un nuevo acuerdo de voluntades; el resultado que se deseaba se ha conseguido; la obligación del comprador tiene ya una causa; la nulidad desaparece. Pero para que se verifique esta confirmación es preciso que el uno o el otro de los efectos indicados se produzca antes que el comprador haya reclamado la nulidad de la venta. En efecto, desde que intenta la acción de nulidad retira el consentimiento que antes había dado.

Así, pues, como se ve, aplicando la teoría del error sobre la causa, se llega no a una nulidad radical del contrato, sino a una nulidad relativa que no puede invocarse más que por el comprador, y que puede desaparecer por efecto de circunstancias posteriores.

96. Las soluciones a que llegamos han sido adoptadas por la Jurisprudencia hace mucho tiempo. Sin duda los Tribunales no han tomado parte en la controversia que divide a los autores. No se han preocupado de determinar el fundamento jurídico de la nulidad declarada por el art. 1.599. No incumbe, en efecto, a los magistrados edificar construcciones técnicas, o si se quiere, descubrir bases jurídicas sobre las cuales se apoyen reglas de derecho. Los jueces toman la regla legal tal como existe; la consideran como un hecho, y se contentan con deducir las consecuencias que se derivan de ella. Ahora bien; la jurisprudencia ha admitido siempre que la nulidad establecida en el artículo 1.599 no puede invocarse más que por el comprador y no por el vendedor; que se extingue por la ratificación del verdadero propietario y por el hecho de llegar a ser el vendedor propietario del objeto vendido, antes que el comprador haya interpuesto la demanda de nulidad [1].

1 Esta jurisprudencia es muy antigua. La primera sentencia del Supremo traída en las Colecciones es una sentencia de la Ch. civ. de 23 de Enero de 1832. *Fargeot c. Laroche.* S. 32. s. 666. Resulta admirable cuando se consultan las colecciones que contienen un número considerable de decisiones de aplicación del art. 1.599. En la mayor parte de los casos,

97. 3.° *La retribución prometida por el mandante al mandatario* [1].—En el mandato se arrogan los Jueces la facultad de revisar la retribución convenida entre el mandante y mandatario, aun en el caso de que aquél consienta libremente abonar este salario, sin haber sido víctima de maniobras dolosas, y aunque el mandatario ejecute todo lo que había prometido. Si juzgan que el salario es exorbitante, es decir, que excede notablemente de una justa remuneración de los tra-

la venta procede de un marido que vende como suyos los bienes de su mujer, o de un copropietario que vende en su propio nombre los bienes indivisos. Nótese bien: el comprador ignora casi siempre que compra una cosa ajena; el vendedor, por el contrario, es raro que sea de buena fe.

He aquí, además de la sentencia precitada, las principales decisiones que declaran que la nulidad es relativa:

Req., 25 Enero 1835. *Bacherie c. Bactave.* S. 36. 1. 70. Amiens, 13 Agosto 1840. *Despeaux c. Devaux.* S. 42. 2. 429; París, 25 Agosto 1845. *Sautereau c. Lafriche.* S. 46. 2. 161. Agen, 17 Dic. 1851. *Bes.* D. P. 52. 2. 89. S. 52. 2. 392. Agen, 13 Jun. 1866. *Plubel c. Causseilhat.* S. 66. 2. 339. Req., 30 Dic. 1872. *Langlais c. Delapille.* D. P. 73. 1. 437. S. 73. 1. 125. Pau, 8 Julio 1874, *Aucoin c. Dunogués.* S. 81. P. 1. 355. s. Cass.; Dijon, 9 Marzo 1881. *Vechambre c. Thomassin.* S. 82. 2. 220. Burdeos, 23 Febrero 1883. *Marroy.* S 83. 2. 176. Chambéry, 28 Jul. 1884. Jacquier c. Cramer. D. P. 86. 2. 36. Grenoble, 10 May. 1892. D. P. 92. 2. 518. Civ., 28 Febrer. 1894. *Peltrizot c. acieries de Longwy.* D. P. 94. 1. 235. S. 96. 1. 209, nota de M. Lyon-Caen. Nancy, 14 Nov. 1894. *Didot c. Leturc-Desroziers.* D. P. 95. 2. 349. Burdeos, 1 Dic. 1899. *Guyonnet c. V.ve Desbons.* D. P. 1900. 2. 381. Amiens, 9 Dic. 1905. *Syndics Societé coop. agr. du Nord c. Saint fr.* D. P. 07. 2. 273. Lyon, 19 Feb. 1908. *Chomarat c. Lecouturier.* D. P. 1909. 2. 161.

Hay que observar que ninguna decisión de la jurisprudencia establece que la acción de nulidad de la venta de cosa ajena prescriba a los diez años. No se encuentra esta afirmación más que en la sentencia antes citada de Civ., 23 Ener. 1832, pero simplemente a título de cosa incidental. La sentencia de Dijon de 9 Marz. 1881 declara expresamente que «si la nulidad fundada en el art. 1.599 no es de orden público, no se debe considerar como relativa, susceptible de ser allanada por el silencio de las partes durante un cierto tiempo... La venta de cosa ajena no produce ningún efecto traslativo, y no confiere al comprador derecho alguno sobre la cosa vendida; no se sabría cómo hacer derivar de esta venta alguna obligación para el comprador...»

1 Cons. Perrin. *Ensayo sobre la reductibilidad de las obligaciones excesivas.* Tesis. París, 1905.

bajos y cuidados del mandatario, le reducen y le ajustan a medida de la utilidad del servicio prestado y del trabajo empleado. Los Tribunales mercantiles y los civiles hacen uso con frecuencia de esta facultad, con ocasión de los Agentes de negocios, y disminuyen los emolumentos que tienen derecho a percibir de las personas que recurrieron a su mediación, bien para vender o comprar efectos de comercio, bien para defender sus intereses ante los Tribunales, bien para negociar un préstamo, bien para cualquier otro género de servicios.

Esta jurisprudencia se remonta a principios del siglo XIX. Las primeras sentencias recogidas por las colecciones, son un juicio del Tribunal de Meaux de 6 de Enero de 1822. Este último declara que la retribución del Agente de negocios debe evaluarse y reglamentarse por el Juez y la sección de requêtes de la Corte de Casación, en virtud de apelación, afirma a su vez el 11 de Marzo de 1824, que la sentencia no ha violado ninguna ley haciendo esta declaración. (S. chron.) [1].

Algunos Tribunales y Cortes de Apelación se han pronun-

1 Es inútil citar todas las decisiones que desde tal época han consagrado esta jurisprudencia; baste notar las principales, que son las siguientes:

París, 20 Nov. 1854, de Larochefoucauld c. M. D. P. 55. 5. 243. S. 54. 2.688; 25 Nov. 1855. *Trannoy c. Marc.* S. 55. 1. 527. ss. Cass. asunto de revelación de sucesión; 12 Enero 1856. *Trecul c. Lefévre* D. P. 56. 2. 175. S. 56. 2. 293.

Burdeos. *Coeffard c. Charpentier*, 12 Febr. 1857. S. 58. 2. 554. Tolosa, 27 Nov. 1862 y Civ. 9 May. 1866. *Derrieux c. Ferradou*, D. P. 66. 1. 246. S. 66. 1. 273, nota de M. Boullanger. París, 23 Junio 1865, y Civ. 29 Enero 1867. *Poitevin c. de Seraincourt*, D. P. 67. 1. 53. S. 67. 1.245. París, 3 Abril 1873. *Coudert c. David* D. P. 73. 2. 199. Agen, 4 Marzo 1889, *Charroy c. Ladois*. S. 89. 2. 139. Montpellier, 6 Feb. 1893, *Malleville c. Abet*, S. 94. 2. 208. D. P. 94. 2. 21. 2.

Paris, 14 Enero 1903 *Gaz. Trib.* 1903. 2. 320. Riom 18 Enero 1908. *Levy c. Alizard.* S. 08. 1. 224. s Cass. París, 14 Diciemb. 1910. *Effantin Ramet c. Dell. Pelletier. Gaz. Pal.*, 1911. 1. 140.

París, 27 Nov. 1911. *Bl.... c. Dame. Marc.... Gaz. Pal.* 1911. 2. 659. Burdeos, 13 Dic. 1912. *Lanezval. c. Pambrum.* S. 1915. 2. 38. París, 27 Marz. 1920. *Morel c. Falaize. Gaz. Pal...* 1920. 2. 270.

La jurisprudencia belga se pronuncia en favor de esta facultad de control. Cass. belg. 17 Ene. 1851. Cass. belg. 28 Nov. 1889. S. 90. 4. 4. Gand. 6 Jun. 1900. Pas. 1901. 2. 13.

ciado en contra de esta jurisprudencia, y sostenido que no corresponde a los Jueces la facultad de modificar la retribución fijada libremente de común acuerdo por las partes. (V. Trib. civ. Sena, 16 de Enero de 1862, y París, 27 de Junio de 1863. *Sicque et Mayaud c. Paillard*, D. P. 63. 2. 164. S. 36. 1.249. *ad notam.* Burdeos, 18 de Julio 1898 [1]. V. *Frenna c. Pady*, D. P. 99. 2. 95. S. 99. 2. 235, y en especial dos sentencias muy categóricas de Nancy. 19 de Marzo de 1912. *Gaz. Pal.* 22 de Mayo de 1912 y 17 de Febrero de 1914. *Pierson c. Rude*, S. 1914. 2. 215 [2]. (Comp. Cass. Belg., 26 Febrero 1885, D. P. 86, 2, 267. S. 89. 4. 22, que resuelve que la indemnización estipulada en provecho del mandatario para el caso de revocación del contrato, es irreducible.

Pero la Corte de Casación, por numerosas sentencias emanadas de la Cámara de apelación y de la civil, ha afirmado que los Jueces tienen el derecho de reducir el salario de los agentes de negocios, y que su facultad de apreciación es soberana, es decir, que no cae bajo la revisión (control) de la Corte Suprema [3].

98. Claramente se ven las consideraciones de orden prác-

1 Esta sentencia no se pronuncia formalmente sobre la cuestión. «Considerando, dice, que si puede sostenerse que los Tribunales deben respetar las convenciones de las partes, y que no pueden reducir los emolumentos de un mandatario retribuído, porque les parezcan excesivos...»

2 Considerando, dice la sentencia de Nancy de 19 de Marzo de 1912, que el derecho de revisión de los honorarios de los Agentes de Negocios, reconocido a los Tribunales por la jurisprudencia, es contrario al principio de libertad de contratación, y sólo se justifica por consideraciones de orden práctico.» La segunda sentencia de Nancy de 17 de Febrero de 1914, rehusa reducir el salario convenido reconociendo que era excesivo.

3 Req. 11 Marzo 1824, *Isart. c. her. Desgardes.* S. chr. 7 Febrero y 18 Abril 1855, *Navoit c., Gresillon, Tranncy c., Marc.* S. 55. 1. 527. Req. 12 Enero 1863, *Picque et Mayand c. Paillard* D. P. 63. 1. 302. S. 63. 1. 249; 29 Febrero 1904, *Conre c., Ray* S. 1907, 1, 389. 27 Enero 1908, *Levy c., Alizard*, D. P. 08, 1, 155, S. 1908, 1. 223. 12 Dic. 1911. *Juillar, c. Marchal.* D. P. 13. 1. 129, nota de M. Feuilloley, S. 1912, 1. 374; 11 Marzo 1913, *Amyot c., Breton*, D. P. 13. 1. 408. S. 1913, 1.240; 23 Mayo 1913, *Lejeune c., Guillemet*, S. 1915, 1. 116. Civ. 9 Mayo 1866, *Darrieux c., Ferradou*, D. P. 66. 1. 246. S. 66. 1. 273. 13 Febrero 1872, *Lafontaine et Lagare c., Dastanieres*, D. P. 72. 1. 166. S. 72. 1. 17. 13 Mayo 1884, *Cabaret c., Girard*, D. P. 85. 1. 21. S. 85, 1, 345.

tico que han llevado a los Tribunales superiores, con tanta frecuencia a entender en contratos, cuyos emolumentos proporcionales u ocasionales exigidos por los agentes de negocios, sobrepasan manifiestamente el valor de los servicios prestados.

Pero es muy difícil comprender, cómo han podido basar sobre argumentos jurídicos una solución, que está condenada *a priori* por el principio del respeto debido a las convenciones, proclamado en el art. 1.134 (1er. al) del C. c.

Y, en efecto, los autores, excepto unos pocos disidentes [1], se ha pronunciado enérgicamente contra esta opinión en nombre del principio precedente; pero los tribunales persisten en el camino que abrieron. ¿Cómo se justifica su sistema?

Recurriendo a la teoría de la causa; las más de las veces la argumentación se halla sólo bosquejada en las decisiones que hemos citado, pero algunos la formulan en términos precisos [2], y puede afirmarse, que inspira todos los juicios o sentencias recaídos en esta materia [3].

Esta argumentación parte de que, según la concepción del Código civil, el mandato es un *contrato gratuito* por parte del mandatario, es decir, un contrato que no puede ser para él un acto de especulación. Sin duda las partes pueden fijar un precio (art. 1.986), pero este precio, como se ha dicho en los trabajos preparatorios, debe siempre conservar el carácter de simple indemnización; no puede ser tal, que constituya un verdadero beneficio para el mandatario. Es preciso, que sea proporcionado a los servicios realmente prestados, al trabajo efectivamente ejecutado [4]. La obligación que contrae el mandante

1 V. Troplong, *Del mandato*, T. XVI, núm. 632; Pont, *Pequeños contratos*, T. I, núm. 1.109; Larombiere, *De las obligaciones*, art. 1.131, núm. 13, Demolombe, *Revista de Legislación* (Wolowski) 1864, T. II, p. 445.

2 La argumentación se halla expuesta muy bien en la sentencia de Cass. belg. de 28 Noviembre 1889. V. también Agen, 4 Marzo 1889, S. 89. 2. 139; *Charroy c. X... et Ligeois*.

3 Todas las resoluciones citadas no se refieren al carácter gratuíto del mandato, pero la mayor parte aluden a él al declarar que es un contrato de una naturaleza especial, que escapa por consiguiente a las reglas ordinarias de las obligaciones.

4 La exposición de motivos de Berlier, y la relación del tribuno Tarrible, declaran que la retribución debe tener menos de lucro que de indemni-

de pagar un emolumento al mandatario, tiene por causa única el trabajo que realiza a el mandatario, y el provecho que este trabajo reportará al mandante.

«La causa real de la obligación asumida por el mandante, dicen las sentencias [1], es posterior a la obligación misma y el mandatario sólo tiene derecho a la remuneración, si ha prestado el servicio previsto y esperado, y en la medida de la utilidad de este servicio y del trabajo que le ha costado». Cuando el mandante promete la retribución pedida, no puede conocer todavía con exactitud los servicios que debe ejecutar el mandatario. No lo sabía exactamente hasta después de la ejecución, y entonces solamente podrá apreciar si se corresponden el emolumento prometido y el trabajo realizado.

Algunas sentencias deducen de esta argumentación la consecuencia, que si el mandante ha fijado el tanto de salario, o le ha confirmado expresamente con pleno conocimiento de causa, después del cumplimiento de la operación, es decir, después de apreciar la importancia y utilidad de los cuidados y servicios del gestor, su obligación no puede reducirse, porque él mismo la ha proporcionado libremente con estos servicios [2].

Notemos, sin embargo, que esta intención del mandante no se deduce solamente de haber pagado lo que prometió, después del cumplimiento del trabajo prometido. Hasta que no se pruebe que el mandante ha querido confirmar su obligación, conserva éste el derecho de reclamar la entrega de una parte de lo que entregó al gestor. Así que no hay que ver ninguna oposición en manera de pensar entre las precedentes sentencias y

zación, que es una indemnización y no un beneficio. V. Fenet, T. XIV, páginas 584 y 591.

La jurisprudencia solamente aplica esta teoría al mandato, de ningún modo a los contratos afines que presentan otro carácter. No la aplica especialmente a la revelación de sucesión, porque es un contrato aleatorio. (V. *infra*, núm. 102).

1 V. París, 3 Abril 1873. París, 14 Diciembre 1910.

2 Rouen, 12 Diciembre 1881, *Lirieux c., Lugand* S. 82, 227; Montpellier, 6 Febrero 1893, *Malleville c., Abet*, D. P. 94. 2, 212, S. 94, 2, 208; Paris, 13 Diciembre 1894, *Theuret c., Felicia Mallet*, D. Pd^lle. 95, 2, 445, S. 97, 2, 214; París, 14 Diciembre 1910, *Effantin Ramet c., Pelletier*, *Gaz., Pal.* 1911, 1, 140.

aquellas, bastante numerosas, que condenan al gestor a restituir una parte de la suma recibida por él, aun cuando le hayan sido pagadas después de la ejecución del mandato. (V. Req., 8 Abril 1872; *Leroy c. Arman., S.* 72. 1.207; Riom, 25 Abril 1902 y Req., 29 Febrero 1904; *Corre c. Ray.* s. 1907, 1.389; D. P., 1904, 1.263.) [1].

Las críticas que sin cesar dirigen los autores contra el sistema adoptado por la jurisprudencia no son decisivas, porque pasan por alto la dificultad. Los autores se contentan con afirmar que los contratos legalmente efectuados tienen fuerza de ley para los contratantes, y añaden que no hay en el Código civil texto que contradiga este principio, en lo relativo al mandato. Niegan que el art. 1.986 pueda tener tal significación, porque dicen que este artículo, después de declarar que el mandato es gratuito, añade inmediatamente: «si no existe acuerdo en contrario»; lo cual prueba que las partes pueden concertar libremente la retribución.

Pero hay que interpretar este texto a la luz de los precedentes. Ahora bien, no hay duda que la tradición romana, que veía en el mandato un contrato de naturaleza especial, que derivaba su origen «ex officio et amicitia» (1. 4. D. *mand. vel contra* XVII. 1.), se conservaba en nuestro antiguo Derecho y duró hasta el Código civil. Pothier dice que es de esencia del mandato la gratuidad (*Tratado del contrato de mandato*, núm. 22, ed. Bugnet, T. V., p. 181.) Esto no impedía al mandatario ejercitar el derecho de estipular el pago de precio, en Roma como en nuestro antiguo Derecho. Los textos del *Digesto* y la *Instituta* nos dicen que la estipulación de precio convierte al mandato en otra figura y le transforma en *locatio conductio* (13. Just. Just. de *mandato* III. 26; Paulo, 1. 4. D. *mand. vel contra* XVII, 1; Jarvoleno 36. 1. ibid); por ejemplo, si yo doy un traje al quitamanchas o al sastre, para limpiarle o repararle, y éste no estipula ningún precio, existirá entonces mandato.

1 En este último punto la jurisprudencia sentaba que el derecho de revisión de los jueces no es posible cuando el pago ha tenido lugar posteriormente a la ejecución del mandato, pero la Cámara de apelación lo ha rechazado.

Pero esta regla no se aplicaba en todos los casos; algunos servicios, cuya enumeración se halla en el libro 50, tít. 13, *de variis et extraordinariis cognitionibus*, se consideraban como no susceptibles de una evaluación en metálico, y, por consiguiente, de remuneración, y no podían constituir objeto de otro contrato que del mandato. Ahora bien, en este género de servicios se admitía que las partes podían estipular una remuneración (*honos*, *honorarium*, *salarium*); pero esta remuneración no modificaba la naturaleza del contrato [1]. Si esta remuneración era después impugnada, en virtud de una *persecutio extra ordinem*, podía elevarse el caso ante el pretor o el gobernador de provincia, quienes tenían amplias facultades de apreciación porque no sólo estaban facultados para otorgar emolumentos, cuando no se habían concertado, sino que podían modificar la cifra expresamente fijada por las partes. (V. especialmente las leyes 10 y 12 D. *de variis et extra cogn.* 50. 13, en las cuales nos dice Ulpiano que el magistrado tiene el derecho de apreciar lo que se debe al abogado por su cliente.) [2].

99. II. *Contratos aleatorios.*—Hemos demostrado antes que en los contratos aleatorios, el riesgo, es decir, el buen o mal resultado esperado o temido por las partes, es uno de los elementos determinantes de su consentimiento y constituye parte del fin perseguido por cada contratante. Se deduce, por consiguiente, que la causa de sus obligaciones es incompleta, si, al contra-

1 Ulpiano D. 17, 1. *mand.* 6. pr. T. C. 4. 35. *mand.* 1.

2 Se relaciona nuestra jurisprudencia con el art. 655 del B. G. B. Si, por indicar la ocasión de perfeccionar un contrato de servicios, o por negociar un contrato semejante, se concierta un precio de corretaje incomparablemente elevado, puede, a petición del deudor, reducirse en juicio razonablemente. Entregado el precio, la reducción es imposible.

El corretaje es un contrato de mediación; consiste, dice el art. 652, en el hecho de indicar la ocasión de concertar, o de haber negociado, un contrato.

V. también el art. 477 del Código civil suizo, libro de las Obligaciones: «Cuando se ha estipulado un precio excesivo, ya por haber indicado la ocasión de concertar un contrato de trabajo o de venta de inmuebles, ya por haber negociado uno de estos contratos, puede, a petición del deudor, reducirse equitativamente por el juez».

rio de lo que creían las partes, este riesgo no existe o no es de tal condición que pueda realizarse [1].

Existen diversas aplicaciones de esta idea en la ley y en la jurisprudencia.

100 1.° *Art. 1.974 y 1.975 del C. c.*—Según el art. 1.974, todo contrato de renta vitalicia hecho sobre la vida de una persona que había muerto antes del contrato, no produce ningún efecto. Las dos obligaciones recíprocas están tachadas de nulidad a la vez, porque faltando la inseguridad (alea) que ha decidido a las partes a obligarse, resulta inexistente la causa. Es, pues, una nulidad absoluta.

El art. 1.975 declara igualmente sin efecto el contrato en virtud del cual la renta se funda sobre la vida de una persona atacada de enfermedad, de la que murió antes de los veinte días, a contar desde la fecha del contrato. ¿Dónde está, en este caso, la razón de ser de esta nulidad?

Pothier [2] pretendía que se basaba en el error acerca de una cualidad esencial de la venta, porque lo que el constituyente se proponía vender y el otro comprar, era algo relacionado con la vida de una persona en buena salud, y no una venta que dependiese de la de un moribundo. Pero los redactores del Código rechazaron ciertamente la explicación, porque la redacción del art. 1.975 prueba que se trata en este texto como en el precedente, de una nulidad absoluta. Además, los términos amplísimos del art. 1.975 se refieren, no sólo al caso que los contratantes ignoren, sino también al de saber la enfermedad que aquejaba a la parte, y aun a la hipótesis de inserción de una cláusula, descartando la nulidad [3].

Hay, pues, que buscar en otra parte la razón de ser de esta prohibición. A nuestro parecer, la verdadera explicación, la

1 Larombiere. Obligaciones, art. 1.131, n. 10; Aubry y Rau, 5 ed. T. VI, § 388, nota 10, p. 83. Laurent, T. XXVII, n. 276; Baudry Lacant y Wall, *Contrats aleat*, n. 215; Lyon Caen, nota S, 1905, 1. 5.

2 Tratado del contrato de constitución de renta, n. 225.

3 En este sentido, Angers, Trib. civ. 23 Marzo 1896, y Corte 29 Junio 1897. *Bellanger c. Drouin.* D. P. 01. 2.369. S. 00. 2. 273, nota de M. Wahl; *adde* Req. 15 Julio 1824. S. chr.

que admiten la mayor parte de los comentaristas [1] y también la jurisprudencia [2], consiste en decir que también hay aquí ausencia de causa de las obligaciones de los contratantes. Pero conviene precisar que la ausencia de causa hace las veces de falta de riesgo, como en el art. 1.974, porque, efectivamente, no hay inseguridad (alea) cuando se impone la renta sobre la vida de un moribundo. Desde que las partes han querido obli-

1 En este sentido Larombiere. *Tratado de las Obligaciones*. T. I, artículo 1.131, n. 10; Aubry y Rau, 5.ª ed. T. VI, § 388, nota 10; Baudry Lacantinerie y Wahl, *Contratos aleatorios*, n. 215; Ambrosio Colin y Capitant, 4.ª *ed.* T. II, p. 700.

2 París 23 Marzo 1865. *Rousseau c. Renault*. S. 65. 2. 321, y Req. rej. 6 Febrero 1866. *Renault c. Rousseau*. S. 66. 1. 192; París 23 Mayo 1865. *Cletaire c. Montchanin*, S. 65. 2. 323; Angers 29 Junio 1897. *Bellanger* c. *Drouin*. D. P. 1901. 2. 369. S. 1900. 2. 273; Douai 23 Noviembre 1901. *Cuvelier c. Mille* S. 1902. 2. 297 y civ. Cass. *Mille c. Cuvelier*, 14 Noviembre 1904. D. P. 1. 89, nota Planiol, S. 1905. 1, 5, nota Lyon Caen.

M. Lyon-Caen en nota a la S. 1905. 1. 5, dice que en el caso del artículo 1.975 no ha lugar a hablar rigurosamente de falta de causa «porque la renta podría haberse fijado sobre la vida de la persona de la cual debía depender. Pero puede explicarse la denegación de todo efecto al contrato, añade, por la idea de un error sobre la causa». No creemos que debamos atenernos a esta explicación. La renta constituída en provecho de un moribundo es nula, falta de causa, porque el *alea*, elemento esencial en la perfección del contrato, no existe. La explicación de M. Lyon Caen conduciría a decir que el contrato es válido si el constituyente de la renta sabía, en efecto, la enfermedad de la persona, sobre la vida de la cual la constituía, o consentía en derogar el art. 1.975. Creemos, por el contrario, con la jurisprudencia (Angers, 29 Junio 1897. *Bellanger c. Drouin*. D. P. 1901. 2. 369. S. 1900. 2. 273), que aun en este caso el contrato es nulo porque le falta el elemento determinante de la voluntad de las partes, el riesgo de la ganancia o de la pérdida esperada.

Por su parte, M. Planiol, nota D. P. 1905. 1. 89, explicando los artículos 1.974 y 1.975, por la ausencia de objeto, que el contrato sinalagmático supone cambio de prestaciones, y el que se obliga a entregar una renta vitalicia a un muerto o a un moribundo, nada ha prometido en serio. Esta explicación es plausible, porque la causa de la obligación del enajenante es la promesa de pagar la renta. Sin embargo, creemos preferible mantener la noción de causa. No puede afirmarse en todos los casos que el que promete una renta a un enfermo no promete una cosa en serio, porque las partes han podido ignorar la gravedad de la enfermedad. Mientras que siempre es verdad decir que falta la causa determinante de las obligaciones de cada parte, porque el *alea* descontada por ellas no existe.

garse a título oneroso [1], no puede tener lugar esta obligación si no hay riesgo verdadero. Ahora bien; el legislador estima que no existe este riesgo si el titular de la renta muere antes de transcurrir los veinte días a consecuencia de una enfermedad que padecía al perfeccionar el contrato. Importa poco, por consiguiente, que los contratantes conocieran la gravedad del estado del rentista; importa poco también que, conociéndola, hayan descartado expresamente la aplicación del art. 1.975; el contrato es nulo porque sus obligaciones carecen de causa. Así, pues, con razón admiten los Tribunales estas soluciones discutidas por los autores [2].

Así también hay que aplicar sin género de duda el artículo 1.975, no sólo al caso de constitución directa de la renta, sino también a la venta hecha mediante una renta vitalicia, a la cual se había obligado anteriormente el vendedor (V. la sentencia precitada de Angers y la nota de M. Wahl.)

La Sala de lo civil del Tribunal de Casación ha interpretado claramente el art. 1.975, rehusando extenderlo al caso de una renta impuesta sobre varias vidas, cuando alguno de los rentistas muere dentro del plazo marcado por la ley, y que esta muerte no modifica en nada la cifra de la renta a percibir. En efecto, la muerte no suprime el riesgo del contrato [3].

1 Pasamos por alto el caso de una donación simulada. Los autores se preguntan si tal donación es válida. Se inclinan ordinariamente por la negativa, porque este contrato aparente no reune las condiciones requeridas para su validez. (D. P. 1901. 2. 369, nota 2: Aubry y Rau, 5.ª ed. T. VI, § 388, texto y nota 10, Laurent. T. XXVII, ns. 285. 286: Huc; T. XI, n. 347). Pero esta razón no vale nada. No es necesario para la validez de la donación simulada que el contrato aparente reuna todas las condiciones de fondo requeridas para su validez; basta que presente aparentemente los rasgos de un acto a título oneroso. Así la jurisprudencia reconoce hoy que la ausencia de precio justo, no impide la validez de una donación simulada bajo la apariencia de venta. (Civ. 3 Dic. 1912. D. P. 13. 1. 175, S. 14. 1. 388. V. Ambrosio Colin y Capitant, 3.ª *ed.*, T. III, p. 771.

2 V. *supra*, p. 216, nota 2.

3 Civ. 14 Noviembre 1904, *ép. Mille. c.* Luzelier, D. P. 05. 1. 82, nota Planiol, S. 05. 1. 5, nota Lyon-Caen, casando una sentencia de Douai de 23 Noviembre 1901. S. 02. 2. 297, *adde.* Tib. civ. Valence, 21 Diciembre 1903. *Juge, C. cie. d'assur. gen.* S. 05. 2. 23.

M. Lyon-Caen, en la nota antes citada, combate la solución adoptada por

Otra cosa sería si se hubiera estipulado reducir la renta para el caso de la muerte del primero, porque entonces el riesgo se suprimía en lo que se refiere a éste. El art. 1.975 se puede aplicar sin dificultad a la parte de renta, que se extingue con el premuerto [1].

Finalmente, no hay duda que el art. 1.975 es extraño a las donaciones hechas a cargo de una renta vitalicia [2], porque en ellas no hay contrato aleatorio.

10. 2.° *Aplicaciones de la jurisprudencia sobre ausencia de causa en los contratos aleatorios.*—Se halla en las colecciones un gran número de resoluciones que declaran nulos los contratos de esta especie por falta de causa. La mayor parte se refiere a los contratos de revelación de sucesión [3], en virtud de los cua-

la Sala de lo civil, porque dice que desconoce la voluntad de las partes, pues la muerte de uno de los rentistas durante los veinte días, modifica el riesgo que aquéllas han tenido presente. «Supongamos una renta vitalicia constituída sobre la vida de un joven y sobre la de un viejo; si el primero padece una enfermedad de la cual muere antes de los veinte días, la renta se fundaría solamente sobre la vida del viejo y los pagos serían muy inferiores a los que se habrían fijado, si se hubiera sabido que no había riesgo real, por lo que respecta a la vida del joven». La objeción es apremiante, pero la respuesta es fácil. El art. 1.975 no anula el contrato sino cuando no existe riesgo, no cuando el riesgo previsto se halla simplemente modificado.

1 En este sentido, París, 23 Marzo 1865, *Rousseau c. Renault*, S. 65. 2. 321, nota Labbé y Req., 6 Febrero 1866. *Renault c. Rousseau*, S. 66. 1. 192. Burdeos, 16 Agosto 1872, *Dellome c. Peyrat*, S. 73. 2. 15. Contra París, 23 Mayo 1865. *Cletaire, c. Monchanin*, S. 65. 2. 321.

2 V. nuevo Cód. civ. anot. Dalloz, art. 1.975, ns. 35 y s.

3 V. igualmente, Civ. 19 Noviembre 1889. *Roux c. liquid. de l'Union Univ.* D. P. 90. 1. 293. S. 91. 1. 507, tratado de reaseguro general realizado entre dos Sociedades de seguros, la Cia. reaseguradora quedaba expuesta a pérdidas, sin ninguna probabilidad de ganancia.

París, 13 Marzo 1898, Civ. 11 Diciembre 1900, *Banco Trasatlanti, c. liquid. de la Cia. del can. de Panam.*, D. P. 01. 1. 257. S. 04. 1. 262, nulidad de los contratos celebrados entre un Sindicato de emisión de obligaciones de una Sociedad anónima y la dicha Sociedad, habiendo sido ejecutados estos contratos en interés exclusivo del Sindicato, que no corre ningún riesgo, y sin atender a los intereses de la Sociedad, que debe soportar las cargas.

Puede citarse la hipótesis siguiente: Un patrón, creyéndose por error so-

les el genealoguista promete al heredero revelarle una sucesión que le ha correspondido, y toma a su cuenta y riesgo los trámites y gastos necesarios para ponerle en posesión de sus derechos hereditarios, mediante el abandono de una cuota que es parte del activo. Esta clase de convención no es un mandato, porque no cabe dentro de la definición del art. 1.984; es un contrato aleatorio *sui generis* para las dos partes: para el heredero, porque sin la revelación no habría tenido oportunidad de conocer la apertura de la sucesión, y para el genealoguista, que puede no sacar ningún provecho de sus desembolsos, ya por el hallazgo de un testamento que priva de su parte a los herederos naturales, ya por la existencia de herederos más próximos. Por lo cual los Tribunales no se reconocen el derecho, que se arrogan en el mandato, de reducir el precio estipulado por el genealoguista 1. Sin embargo, se da el caso de anular la obligación contraída por el heredero bajo el pretexto de que carece de causa. En efecto, dicen, la causa de la obligación del heredero es la revelación de una sucesión ignorada por él, y que no hubiera conocido sin intervención del genealoguista. Si, pues, no hay verdadero secreto, si en otros términos se trata de una sucesión de cuya existencia más tarde o más pronto el heredero hubiera tenido

metido a la Ley de 9 de Abril de 1898, sobre accidentes del trabajo, hizo con una Compañía de seguros cierta póliza para garantirse contra este riesgo. Pero este caso entra de lleno en la teoría del error sobre la causa.

1 París, 27 Junio 1863, D. P. 63. 2. 164. S. 63. 1. 249, en nota y Civ. 7 Mayo 1866. *Aubert et Mongin c. Navoit*, D. P. 66. 1. 247. S. 66. 1. 276, París, 12 Agosto 1880, *Senecart c. Hubert*, D. P. 82. 2. 115. S. 81. 2. 87, Cour app. Turín, 29 Diciembre 1880, D. P. 81. 2. 245. S. 81. 4. 22 y Cass, Turín, 9 Mayo 1882. *Magnan c. Auvray* D. P. 82. 5. 12. S. 82. 4. 33. Trib. civ. Courtrai, 22 Julio 1892. Trib. civ. Lieja, 25 Marzo 1893. S. 93. 4. 21. París, 12 Marzo 1894. *Pelletier c. Vve. I ehec.* D. P. 94. 2. 484. S. 94. 2. 193. Trib. civ. Montauban, 17 de Marzo de 1894, *Baj. c. Pagés*, S. 94, 2, 150; Trib. civ. Nevers, 13 Marzo 1905, *ep. Portesseau. c. Pavy*, S. 06. 2. 219, D. P. 06. 5. 14, Trib. civ. Sena, 21 Marzo 1905. D. P. 06. 5. 5. Lyon, 1 Marzo 1911, *Journet c. outot*, S. 12. 2. 243 Trib Saumur, 30 Julio 1915, *Plumereau c. Pavy* S. 15. 2. 78. Trib. civ. de Charleroi, 10 Marzo 1917, Gaz. de Trib. 31 Enero 1919. Trib. civ. de Saumur, 4 Enero 1919. Gaz. de Trib. 30-31 Julio 1919. París, 29 Noviembre 1919. *Fleuriet et Jarlot c. Legrand*, Gaz. Pal. 20. 1. 219.

conocimiento, el contrato deja de ser aleatorio y la obligación del heredero no tiene causa [1].

§ 2.—*Del error sobre la causa.—Vínculo que une el art. 1.110 con la causa.*

I. Efectos del error de uno de los contratantes.—Los dos casos de error previstos por el art. 1.110, del C. c., son errores sobre el fin perseguido por el contratante.—II. Otros casos de error: 1.° El error de derecho. 2.° El error en materia de transacción. Los arts. 2.054 a 2.057, del C. c.

102. I. No se ha fijado la atención en el vínculo que une la teoría de la causa con la del error, tal como se la presenta por el C. c. Existe entre ambas una estrecha relación. Es un punto de sumo interés que hay que poner en claro. Pero antes traigamos a la memoria brevemente los efectos del error sufrido por una de las partes.

Sabemos que estos efectos son distintos, según la gravedad que revista el error.

Primeramente, el error impide la perfección del contrato, porque obsta al acuerdo de voluntades. Hay entonces nulidad radical, absoluta, o si se quiere, inexistencia de vínculo jurídico, porque en el fondo tales términos son idénticos. Esto tiene lugar cuando las partes no están de acuerdo sobre la naturaleza del contrato que van a realizar o sobre el objeto de las prestaciones prometidas por cada una de ellas. Cada parte se engaña, no ya sobre lo que ella misma quiere, sino sobre lo que quiere la otra. Las dos manifestaciones de voluntad van cada una por su parte [2].

Desde que las partes se ponen de acuerdo sobre el contrato

1 Cons. París, 25 Noviembre 1854 y Req. 18 Abril 1855. *Trannoy c. Marc.* S. 55. 1. 527; Dijon, 21 Julio 1880. *Meyer c. Bizouard*, D. P. 82. 2. 115. S. 81, 2. 85; París, 28 Julio 1879, *Mayaud c. Ranaert* S. 80. 2. 262. Burdeos, 18 Julio 1898. Vve. Fenna c. *Pavy*. D. P. 99. 2. 95. S. 99. 2. 235; Rouen, 15 Mayo 1909, Linden c. Vve. Morel, S. 09. 2. 207. D. P. 10. 2. 167; París, 31 Diciembre 1918. *Mourgues c. Binoux*, *Gaz. de Trib.*, 18 Agosto 1919.

2 Puede decirse que, propiamente hablando, en este caso no hay error. En efecto, ninguno de los contratantes se engaña. Cada uno sabe bien lo que quiere, pero no quieren la misma cosa.

que quieren concertar y sobre el objeto de sus prestaciones, la relación contractual nace; los contratantes quedan obligados. Sin embargo, la voluntad de uno de los dos puede estar viciada de error que reste el valor a esta voluntad. En este caso puede pedir la anulación del contrato la parte que se ha engañado. Pero para que sea anulable el contrato es preciso que el error recaiga sobre el acto de voluntad, en virtud del cual se obliga el contratante; de otra suerte, estando completo este acto de voluntad, no viciado, conservará su efecto obligatorio. Por consiguiente, el error que no afecte a la manifestación de voluntad, carece de valor, no produce ningún efecto.

Por esta razón el error acerca de los motivos no anula el contrato, si bien ejerce influencia decisiva sobre la obligación. El que compra un caballo porque cree falsamente que ha perecido el suyo, el donador inducido por un motivo erróneo, no contratarían seguramente si supieran lo que pasaba; pero no por eso dejan de ser menos válidas la venta y la donación. Y es que los motivos quedan en el fuero interno del individuo y le determinan a obligarse, pero caen fuera del campo contractual; son anteriores al acto de voluntad por el cual se obliga; no son elemento constitutivo del mismo. La obligación del comprador, y del donante, es completa, a pesar del error cometido. El uno ha querido comprar el caballo, el otro gratificar al donatario; el contrato reune todos los elementos necesarios para su validez.

El error es causa de nulidad solamente cuando vicia el acto de voluntad que genera la obligación. Ahora bien ¿en qué puede consistir un error de esta clase? *Será siempre y necesariamente un error sobre el fin pretendido, es decir, un error sobre la causa de la obligación*, porque el fin o la causa es un elemento esencial del acto de voluntad creador de la obligación. Por ejemplo, yo quiero comprar la obra de un artista conocido, y el cuadro que se me vende no es sino una copia. Yo me obligo a entregar una cantidad porque creo injustamente estar obligado, *naturalmente*, hacia el estipulante. En ambos casos me engaño sobre el fin que pretendo. Lo que yo quiero comprar no es una copia, sino el original; yo quiero transformar mi obligación natural en obligación civil.

103. Así pues, llegamos a la conclusión de que el error no vicia el contrato o más generalmente la obligación, porque nuestras investigaciones tienen aplicación tanto en los actos unilaterales, como en los bilaterales, a no ser que recaigan sobre la causa misma de la obligación.

Ya lo decía Domat en sus *Leyes civiles*, I. 1. t. 18, sect. 1, núm. 7: «Si el error de hecho es tal, que resulta evidente que quien lo cometió consintió precisamente por haber ignorado su realidad, y de manera que el contrato no tenga otro fundamento sino un hecho contrario a esta verdad que le era desconocida, tal error bastará para anular el contrato, bien que se haya obligado con alguna pérdida, bien que haya dejado de usar de un derecho que le correspondía; porque no solo carece de causa la convención sino que tiene por fundamento una que lo es falsa [1].

Esta conclusión resulta confirmada por el art. 1.110 del C. c. que enuncia los casos en que el error es causa de nulidad de la convención.

Esta se anula según el Código: 1.°, cuando el error recae sobre la sustancia de la cosa, es decir, según la interpretación generalmente adoptada sobre la cualidad que el contratante ha tenido especialmente a la vista al contratar; 2.°, cuando la consideración de la persona con la que se contrata ha sido la causa principal de la convención y ha habido error en la persona.

En estos dos casos, el error cometido por el contratante es un error sobre el fin que se proponía, es decir, sobre la causa de su obligación.

¿Cuál es, en efecto, la cualidad que se ha tenido a la vista especialmente, sino aquella misma en virtud de la cual se ha contratado? Así en el ejemplo clásico, si compro dos antorchas que yo estimo de plata, y no son más que plateadas, no adquiero lo que quería; el resultado que apetecía no lo he conseguido. Yo me he obligado, porque quería hacerme propietario de las antorchas de plata. Esta consideración subjetiva, sobre la

1 Véase la misma cita de Domat, citado *infra* núm. 105, a propósito del error de derecho.

sustancia de la cosa se ha incorporado por mí al fin que buscaba; se ha hecho una parte integrante de la causa de mi obligación. Indudablemente no puede decirse que mi obligación no tenga causa porque he llegado a ser propietario de la cosa a que yo aspiraba, pero hay error en el fin económico, que era el fin subjetivo. Ahora bien, tal fin económico formaba parte del fin que yo buscaba [1].

Y de la misma manera el fin a que yo aspiraba no lo he conseguido, si queriendo contratar con una persona determinada por razón de su capacidad o de su talento, contrato por error con otra. No es dudoso, en efecto, que en los contratos perfectos *intuitu personae* (mandato retribuído, contrato efectuado con un artista, con el Abogado, el Médico, etc., para no hablar más que de contratos a título oneroso) la consideración de la persona forma parte integrante del fin apetecido por el mandante o el *conductor operis*. Este se obliga con el fin de asegurar, no ya los servicios de un mandatario cualquiera, sino los de la persona misma que ha elegido.

Por lo demás, la prueba de la exactitud de nuestras observaciones se halla en el art. 1.110, 2.º al., pues supone que la consideración de la persona ha sido *causa principal* de la convención. La palabra se emplea acertadamente aquí en su sentido técnico. La ley misma señala la relación que hay entre el error y la causa, observando que el *intuitus personae* forma parte del fin a que tendía el contratante [2].

1 Los Tribunales han declarado que la cualidad sustancial es aquélla cuya ausencia si hubiera sido conocida, habría impedido la perfección del contrato; Trib. c. Sena, 21, Febrero 1913. S. 1914. *Boletín de Sumarios*, 2. 5. Civ. 28 Enero 1913. *Domino c. Vae. Bocard et la Providence*, D. P. 13. 5. 48 S. 13. 1. 487.

Una sentencia de la Corte de Orleans de 18 Enero 1895, D. P. 95. 2. 417, a propósito de la venta de terreno para la construcción de una escuela, el cual se estimó luego impropio para tal fin, anuló el contrato por error sobre la sustancia y añadió que la causa de la obligación era falsa, habiéndose obligado el comprador en vista de una causa imaginaria que suponía real. Adde. Chambéry. 11 Enero 1894. *Moutier c. D. P.* 95. 2. 235; Douai, 9 Febrero 1893. D. P. 94. 2. 213 y Req. 30 Julio 1894. *Grau c. Rogier*. D. P. 95. 1. 340. S. 95. 1. 72.

2 Por el contrario el error acerca de los motivos deja intacta la causa de la obligación. El que compra un caballo fundado en la falsa noticia de que el

El art. 1.110 se relaciona, pues, evidentemente, con la teoría de la causa, y estamos en el caso de afirmar que una persona no puede prevalerse de su error para reclamar la nulidad de un contrato más que cuando ha habido engaño en la causa que la determinó a obligarse [1].

104. II. ¿Solamente los dos errores previstos por el artículo 1.110 anulan el contrato? Esto podría creerse por la simple lectura de los mismos, pero nuestras explicaciones van más allá. Es evidente, desde luego, que todo error sobre cualquier elemento de la causa que no sea los dos fijados por este artículo, debe producir el mismo efecto.

Ahora bien; es fácil hallar otras aplicaciones de este género de error. Hemos encontrado una a propósito de la venta de cosa ajena. Otras dos estriban en el error de derecho y en el error sobre las condiciones de la transacción. (Artículos 2.054 a 2.057, C. c.)

1.° *Error de Derecho* [2].—Se ha admitido siempre que el error de derecho produce en la obligación el mismo efecto de invalidación que el error de hecho. No hablando del primero el Código civil, hay que suplir su silencio e investigar en qué casos el error de derecho anula el contrato.

Los autores se contentan con decir que el error de derecho vicia el consentimiento, si recae sobre una cualidad sustancial de la cosa o de la persona [3]. Pero es un descuido, porque el error sobre la sustancia o sobre la persona es necesariamente un error de hecho.

suyo ha perecido, consigue el resultado que se proponía. Su manifestación de voluntad queda intacta, aunque se haya determinado por error. *V. Supra* n. 102. Otra cosa sería si las partes hubieran anunciado especialmente el motivo que decidió la perfección del contrato, porque este sería entonces uno de los elementos constitutivos del acuerdo de voluntades.

1 M. Delachenal señaló ya la relación entre la teoría del error y la de la causa. *De la influencia ejercida por el art. 1.110 sobre la determinación de la causa. Revist. crit. de legisl.*, 1904, p. 596; y, más recientemente, nuestro compañero M. Maury, en su *Ensayo sobre la importancia de la noción de equivalencia en el Derecho civil francés.* Tolosa, 1920, T. I, página 113, y M. Raymond Célice en *El error en los contratos.* París, 1922.

2 Cons. René Descout. *El error de derecho.* Tesis. París, 1917.

3 V. Baudry Lacant y Barde. *Obligaciones.* T. I, n. 69.

No es posible contentarse con esta respuesta, y hay que indagar una más precisa. Ahora bien; no se puede hallar si no acudimos a la noción de causa. Efectivamente, el error de derecho [1], así como el error de hecho, no puede llevar consigo la nulidad del contrato, si no recae sobre uno de los elementos de la manifestación de voluntad, es decir, sobre el fin que se proponía el contratante. Así, pues, diremos nosotros, el error de derecho anulará el contrato si recae sobre la causa misma de la obligación, o, en otros términos, si el contratante, a consecuencia de un error de derecho, se ha engañado sobre el fin jurídico que quería alcanzar.

Este criterio es el que fijaba Domat en sus *Leyes civiles*, libro I, tít. XVIII, sobre los vicios del consentimiento, sec. 1.ª, número 14: «Si la ignorancia o el error de derecho, dice, es tal, que sea la única causa de una convención, en la que uno se obliga a lo que no se debía, y no existiendo ninguna otra cosa en que fundar la obligación, como la causa es falsa, la convención es nula.»

A la idea de causa se refieren igualmente los Tribunales para determinar el efecto del error de Derecho. Este error, dicen, solamente produce la nulidad del contrato, siendo la causa principal y determinante de la obligación [2].

1 *Nota del Traductor*: En doctrina francesa se reconoce, frente al acto inexistente, el acto *nulo de pleno derecho* (que viola una prescripción legal). Nació esta diferenciación para incluir, dentro de las causas de ineficacia del matrimonio, algunas no formuladas por el Código civil como causas de nulidad, y después se hizo extensiva a las obligaciones. Pero Colin y Capitant, lo mismo que Baudry Lacantinerie, las combaten.

2 Req. 13 Marzo 1898. *Cardella c. Merlhes*. D. P. 98. 1. 301. «Considerando que el error de derecho o de hecho no es una causa de nulidad de la convención, si no ha sido el motivo principal y determinante de la misma.» Después habla la sentencia, no del motivo sino de la causa principal y determinante.

Cons. las otras resoluciones citadas por Barde. T. .I, p. 110, nota 1. Grenoble, 24 Sept. 1830, *Tabouréche c. Buée* S. 31. 2. 95. D. J. G. Oblig. 147. Limoges, 8 Dic. 1837. *Tramont c. Magénest*. S. 39. 2. 27. D. J. G. Oblig. 149. Civ. 12 Mar. 1845. *Leroux c. Leroux*. S. 45. 1. 524. D. P. 45. 1. 202. Agen, 17 Mar. 1887; y Req. 28 May. 1888. *Paget c. Larrabe* D. P. 89. 1. 315. S. 89. 1. 248; Chambery, 11 Ene. 1894. *Moutier* c. D. P. 95. 2. 235.

Así el heredero que por escaso precio cede su parte hereditaria a consecuencia de un error sobre la extensión de la porción sucesoria que le atribuía la ley, puede reclamar su nulidad. (Grenoble, 24 Julio 1830, antes citada.)

Es igualmente nula la división de una comunidad en la cual se comprendían bienes adquiridos por el marido después de la muerte de su mujer, en la creencia de que la falta de inventario de los bienes comunes había operado su continuación de pleno derecho (Civ. 12 Marzo 1845.)

La obligación asumida por el heredero de pagar un legado, sin cláusula de mejora hecha a su coheredero que ha aceptado la sucesión, debe también ser anulada cuando se ha producido con ignorancia del art. 843, según el cual, el heredero que toma parte en una sucesión no puede reclamar los legados que se le han hecho sin condición de mejora. (Req. 28 Mayo 1888, antes citado.)

Del mismo modo un patrono que ha asegurado a sus obreros contra el riesgo profesional, porque creía erróneamente estar sujeto a las prescripciones de la Ley de 9 de Abril de 1898, podrá pedir la anulación del seguro.

Y el mismo derecho correspondería al deudor por cierta simple obligación natural que se hubiera comprometido a pagar una cantidad, creyendo falsamente que esta obligación le constreñía también civilmente [1].

105. 2.° *Error en materia de transacción.*—La transacción es un «contrato, en virtud del cual las partes ponen término a una contienda o la previenen» (art. 2.044), renunciando cada una a ciertas pretensiones, o dicho de otra manera, haciéndose concesiones recíprocas. Es un contrato sinalagmatico que presenta el rasgo característico, de que el fin perseguido por cada parte es el mismo: terminar un proceso o impedir un litigio inminente. Esta preocupación determina a ambas partes a hacer un sacrificio; interviene a título de elemento decisivo en su consentimiento y constituye, por consiguiente, la

1 En este caso hay error, no sobre la realidad de la causa, sino sobre su eficacia jurídica. (V. Aubry et Rau, 5.ª ed., T. IV, § 343 bis, t. y n.° 5.)

causa de la obligación [1]. La causa, pues, presenta aquí un carácter más complejo que en los contratos sinalagmáticos ordinarios. Indudablemente, como en los demás contratos, la obligación de cada parte tiene por causa la promesa que la otra debe cumplir o la renuncia que consiente, pero hay una causa primera que se superpone a aquélla y que es común a las dos partes, a saber: la existencia de un derecho litigioso o susceptible de engendrar un proceso.

Algunas veces se dice que el derecho litigioso constituye el objeto de la transacción, pero esto es presentar las cosas de un modo inexacto. El derecho litigioso es la causa de la transacción, porque en consideración a él las partes se hacen concesiones recíprocas, y éstas son las que constituyen el objeto de su acuerdo o si quiere de sus obligaciones. Bufnoir ha puesto bien de relieve esta distinción: «Cuando—dice—además de los equivalentes recíprocos de un contrato, existe un fin común a ambos contratantes, en virtud del cual cada parte acepta suministrar el equivalente de lo que da y recibir lo que le es prometido, entonces puede decirse que este fin común ha sido introducido por las partes mismas entre los elementos del contrato, y viene a ser una causa para cada contratante [2].

1 *Nota del Traductor:* El contrato de transacción, en la definición legal francesa, hace referencia directa al *resultado* únicamente; pero, en cambio, los Códigos italiano y español—éste en el art. 1.809 copiando a aquél—se fijan más en el *medio*, al determinar que es «un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado».

2 Cons. también Maury, *Ensayo sobre la importancia de la noción de la equivalencia*, T. 1.º, p. 95. El derecho que sirve de causa a la transacción es las más de las veces un derecho dudoso. Los autores tienen la costumbre de decir que se trata de un derecho controvertible. (V. Guillouard, *De las transacciones*, n.º 11; Laurent, T. XXVIII, n.º 324; Aubry et Rau, 5.ª edición, T. VI, § 418, texto y nota 2.) Pero esta afirmación es discutible. Puede transigirse con motivo de un derecho no susceptible de contradicción o de un derecho tachado de nulidad. En efecto, aquel a quien se opone el derecho que adolece de nulidad puede preferir una transacción a los gastos, a los disgustos, a la lentitud y quizá al escándalo de una instancia judicial; puede preferir un mal arreglo a un buen pleito. Y del mismo modo el que invoca un derecho cierto puede renunciar a una parte de lo que se le

Se deduce de esto que cuando hay error sobre el carácter litigioso o acerca de la existencia del derecho, sobre el cual se transige, el adversario que se engaña puede pedir la anulación de la transacción, porque su manifestación de voluntad está viciada. Existe error sobre la causa de la obligación que contrae. Así se explican las soluciones contenidas en los arts. 2.054 y 2.057, cuya interpretación ha dado lugar a tantas dificultades [1].

debe, antes que ser reducido a llevar a su adversario ante los Tribunales. Y no se diga, como hacen algunos autores, que en este caso hay simple renuncia, pero no transacción. Esto es inexacto, porque la renuncia es un acto unilateral, en tanto que la transacción supone concesión recíproca. Ahora bien; en el caso arriba indicado hay concesión recíproca, porque mediante el abandono de una parte de lo que podría reclamar, el acreedor obtiene el pago amistoso del resto. La transacción se caracteriza, como dice muy bien una sentencia del Tribunal de Grenoble, 29 Enero 1907, *La Foncière c. Noble* D. P. 1912, 1. 70, en Cas., por el abandono recíproco que cada parte hace de una porción de sus pretensiones para poner fin a la contienda o prevenirla.

Todos los días vemos que ciertas administraciones del Estado transigen con personas que se han hecho culpables de delito, y renuncian a perseguir a los delincuentes en justicia, mediante el pago de una suma amistosamente pagada.

Hallamos además en los artículos del Código, relativos a la materia, una doble prueba de la exactitud de esta observación.

En primer lugar, el art. 2.054 que declara válida la transacción verificada en ejecución de un título nulo si las partes han contratado expresamente sobre la nulidad; después, en el 2.056, del cual resulta que la transacción sobre litigio terminado por sentencia firme es válida, si las partes tenían conocimiento de este juicio. En este caso el litigante que ha ganado el pleito no tiene nada que temer; no hay más que ejecutar en contra de su adversario el derecho que le ha reconocido el juicio; pero puede todavía preferir un arreglo a la lentitud y a los disgustos de la ejecución obligatoria. Y este arreglo es evidentemente una transacción, aunque se haya sostenido lo contrario, ya que el vencedor abandona una parte de su derecho, para obtener del adversario un pago amistoso, que es el rasgo característico de la transacción. (V. en nuestro sentido Req., 12 Noviembre 1902. *Agenc. inmob. c. John arthur* c. D. P. 1902, 1. 566, S. 1905, 1. 14, y Req., 24 Dic. 1900. *Humbert c. Duret* D. P. 1901, 1. 135. S. 1904, s. 127.

1 *Nota del Traductor:* En técnica legal española, la intervención de error en la transacción sujeta a ésta a lo dispuesto en el art. 1.265 del C. c. español, o lo que es igual la anula por falta de consentimiento. Pero se

A) De estas cuatro aplicaciones de la teoría de la causa, la más clara resulta aquella del art. 2.056, según el cual «la transacción sobre un pleito terminado por sentencia firme, del cual las partes o una de ellas no tenían conocimiento, es nula». Bigot Preameneu en la *Exposición de motivos*, n. 13. (Locré, T. 7, p. 461), explica la razón de esta disposición. «La transacción es nula, dice, porque el derecho no era ya dudoso cuando las partes han transigido.» «Toda convención tiene una causa, dice Gillet (Locré, T. 7, p. 471); la de la transacción es el temor del pleito. Así cuando una sentencia se ha hecho firme, no es posible ya la transacción, porque no puede caber la duda.» El derechohabiente que en tales condiciones ha renunciado a una parte de sus pretensiones, se ha engañado sobre el fin que perseguía. Ha hecho concesiones para terminar un litigio estando éste ya concluido por sentencia firme. Hay error sobre la causa de su obligación. La nulidad que se deriva es una nulidad relativa que no puede ser invocada sino por la víctima del error [1].

B) El art. 2.057 se refiere a un caso que se relaciona mucho con el precedente: el de que se pruebe por títulos nuevamente descubiertos que una de las partes no tenía derecho sobre el objeto de la transacción. Aquí también es evidente que el contratante que ignorando estos títulos renuncia a una porción de sus pretensiones, hace a otro una concesión puramente gratuita. Se engaña sobre la causa de su obligación [2]; puede, pues, reclamar la anulación de la transacción [3].

sienta como excepción motivada por su finalidad que siempre que una de las partes se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado podrá oponerse a que la otra invoque error de hecho.

1 Según Laurent, T. XXVIII, n. 420, habría nulidad absoluta o más aún inexistencia de transacción, porque a la transacción le falta causa. Esta solución es inexacta. El error de una parte no puede invocarse más que por ella. Sería en extremo abusivo que el que de mala fe se ha aprovechado del error en que se hallaba su adversario pudiera invocar después la nulidad de la transacción, si tenía interés en ello.

2 Véase *Exposición de motivos* de Bigot-Preameneu. Locré, T. VII, p. 462, n. 15; la Memoria del tribuno Albisson Locre, T. VII, p. 466, n. 12, y el Discurso del tribuno Gillet ib., p. 471, n. 8.

3 V. acerca de esta hipótesis, Req. 28 Julio 1908 de *Speyr c. de Speyr*. S. 11. 1. 388.

C) El caso previsto por el art. 2.054 es más delicado y ha suscitado largos debates. «Se da igualmente la acción rescisoria contra una transacción si se ha verificado para ejecutar un título nulo, a menos que las partes hayan expresamente previsto el caso de nulidad».

¿Por qué es impugnable en el primer caso la transacción? Siempre por la misma razón. El que creyendo en la validez de un título que se le opone, se compromete a pagar parte de lo que se le reclama, se obliga sin causa, porque en realidad no debe nada. (Así Bigot-Preameneu: *Exposición de motivos*, n. 12, Locré, T. 7, p. 461; Discurso del tribuno Gillet; Locré, T. 7, p. 471, n. 8).

¿Por qué, por el contrario, no se da la rescisión si las partes han tratado expresamente acerca de la nulidad? Porque ambas han querido evitar el riesgo de una acción injusta. La parte que podía invocar la nulidad ha preferido aceptar un sacrificio antes que empeñarse en los disgustos y gastos de un proceso. «Un mal arreglo, se dice, vale más que un buen pleito» [1]. La transacción, pues, tiene causa. En cuanto a la na-

1 No es necesario en este caso que las partes hayan expresamente tratado sobre la nulidad, como lo expone el párrafo final del art. 2.054; habiendo obrado con conocimiento del vicio del título, la transacción tiene un fin verdadero, que consiste en evitar un pleito.

Hay que añadir que si el motivo sobre el cual recae la transacción es contrario al orden público o a las buenas costumbres, aquélla es nula, aunque las partes hayan expresamente prevenido la nulidad de este caso, porque la causa de la transacción resulta entonces inmoral o ilícita. (Así, Req. 17 Enero 1882, *Walser c. Boudet*. D. P. 82. 1. 333; S. 82. 1. 160), transacción entre un banquero y su cliente, con motivo de operaciones que tienen el carácter de juego de Bolsa; Civ. 17 Marzo 1884. *Michel c. Ch. des not Bourg*. S. 84. 1. 224, transacción a causa de una contraescritura, en virtud de la cual el cedente de un oficio ministerial se obligaba a no otorgar ningún instrumento durante cinco años en el cantón, caso que fuera nombrado notario o jefe de departamento: Agen 23 Junio 1891 y Civ. 18 Diciembre 1893. *Marqué c. Teisseire*; documentos suscritos en favor de una concubina y transacción que tuvo lugar con ocasión de estos documentos, Rennes, 19 Junio 1907. Cons. *Jegouic c. cons Daniel*, en Cass. S. 12. 1. 381: Civ. 5 Febrero 1895 *cons. de Menou c. dlle. Lépinay*. D. P. 95. 1. 199. S. 95. 1.121, transacción interpuesta sobre acción de nulidad intentada por un heredero legítimo contra el legatario universal apa-

turaleza de la nulidad declarada por el art. 2.054, el texto no da lugar a ninguna duda, pues concede la acción rescisoria, que no es otra que la acción de nulidad.

D) Finalmente, la transacción, según el art. 2.055, es también nula cuando objetivamente resultare falsa. Supongamos, como era el caso en la decisión de Req. 14 Agosto 1877, *Marés c. ep. Larrieux* D. P. 78. 1. 298, que tenga lugar una transacción entre el legatario universal y los herederos con ocasión de un testamento que estos últimos pretenden invalidar y cuya falsedad resulte posteriormente demostrada. Tal transacción es nula, porque tiene por causa la creencia en la veracidad del testamento, siendo tal causa errónea, como afirma muy acertadamente la sentencia anterior [1].

109. *Observación final sobre el error en general.*—Con frecuencia se ha relacionado la teoría del error con la garantía sobre los defectos de la cosa objeto del contrato. Las dos figuras tienen en realidad el mismo fundamento. Basta con leer el art. 1.641 C. c.: «El vendedor debe prestar la garantía de vicios ocultos de la cosa vendida, que la hagan impropia para el uso a que se la destina o que disminuyen su uso, de suerte que el comprador no la hubiera adquirido o hubiera dado menor precio si la hubiera conocido». Basta, digo, leer este artículo para convencerse de que la existencia de vicio oculto se opone, lo mismo que el error, a que el comprador alcance el fin que se proponía.

rente instituído para ocultar la transmisión de bienes a una congregación no reconocida.

Así la transacción hecha expresamente sobre un título nulo no es válida sino a condición de que la nulidad, que afecta al título, no ataque al orden público, ni a las buenas costumbres.

Lo mismo el art. 2.052, 2.º al., que dice que las transacciones no pueden ser impugnadas por error de derecho, no impide que sea nula una convención contraria al orden público o a las buenas costumbres, aunque las partes ignoren que el acto estaba prohibido por la ley.

1 Otra solución habría que dar si en la transacción el heredero se hubiese obligado a no impugnar por ninguna causa el testamento. En este caso la intención de las partes tiende a descartar cualquier impugnación ulterior sobre la veracidad del testamento; la transacción tiene una causa real. (Así, Req. 15 Diciembre 1902, *Ducasse c. Ducasse.* D. P. 04. 1. 209, nota Guenée.)

Sin embargo, los efectos del error no son los mismos que los de la garantía. El vicio oculto abre camino a la acción de disminución del precio, o a la acción resolutoria, pero no a la acción de nulidad, como el error.

Se comprende fácilmente que la ley haya concedido al comprador opción entre dos acciones, porque el vicio oculto puede simplemente disminuir el uso de la cosa, sin hacerla inútil. Pero, ¿por qué razón, cuando la cosa es absolutamente impropia para el uso a que la destina el comprador, ha lugar a la resolución, y no a la nulidad del contrato?

Esta diferencia no puede explicarse sino por la tradición histórica. La manifestación de voluntad del comprador, en efecto, tanto en uno como en otro caso, adolece de un vicio. Es verdad que Laurent contesta diciendo, T. XXVIII, n. 278, que cuando la cosa vendida está afectada de un vicio redhibitorio, no existe error sobre la cualidad sustancial; la cosa tiene un defecto que impide servirse de ella o que disminuye la utilidad del uso que de ella se puede obtener; y sostiene que el consentimiento no tiene vicio alguno. Pero su argumentación no convence, porque el comprador quiere comprar, no ya un objeto que tiene una cualidad, que él ha tenido en mira principalmente, sino un objeto que no tenga ningún vicio que le haga impropio para el uso a que se le destina [1].

1 Además, la jurisprudencia emplea a veces la expresión de *nulidad* por vicio oculto, en vez de la de resolución. (París, 4 Diciembre 1913. *Vasseur c. Bettinger*, D. P. 17. 2. 121). El Trib. civ. de Saint Amand, 17 Marzo 1911, D. P. 13. 2. 48. declara que el art. 1.641 no es más que una aplicación de la regla general dictada en el art. 1.110.

En una especie análoga, venta de títulos de una serie con amortización, la Corte de París, 3.ª ch., 19 Julio 1890, *Terras c. Lefevre*, D. P. 92. 2. 257, declara la nulidad por causa de error, al paso que la Cámara 2.ª, París, 2 Julio 1891, *Lión c. Lecomte, ib.*, aplica el art. 1.643. Cons. Maury, *ob. cit.*, T. I, p. 107 y s.; Celice, *ob. cit.*, p. 199 y s.; Demogue, *Tratado de las obligaciones*, T. 1, n. 270.

§ 3.—*Causa ilícita.*

I. Importancia de los arts. 1.131 y 1.133. La jurisprudencia se basa en ellos para declarar la nulidad de los contratos de fin ilícito. Son, en efecto, los únicos textos en que se tacha de nulidad a tales contratos. Relación de estos textos con el art. 6 del C. c.—II. Extensión dada a la noción de causa por la jurisprudencia. 1.° Los Tribunales anulan todo contrato sinalagmático en que las dos partes persigan un fin ilícito o inmoral. *A)* Contratos referentes a la explotación de casas de tolerancia. *B)* Arrendamiento de un inmueble para la instalación de casa de juego. *C)* Corrupción electoral. *D)* Préstamo hecho para el juego. 2.° Justificación de estas soluciones. 3.° Derecho comparado. Art. 138 del C. c. alemán.—III. Consecuencias del carácter ilícito de la causa. Del adagio *In pari tempitudinis causa, cessat repetitio.* 1.° Nulidad. Principio de restitución de las prestaciones. 2.° El adagio *In pari turpitudinis.—A)* Su valor en el Derecho actual. *B)* Evolución de la jurisprudencia. *a)* Casos en que los Tribunales han accedido siempre a la restitución de las prestaciones cumplidas. *b)* Casos en que la jurisprudencia aplicaba de otra manera el adagio, pero en que actualmente no lo aplica. *c)* Casos en que deniega la restitución de las cosas pagadas. 3.° Derecho extranjero.

107. *Artículos 1.131 y 1.133 del Código civil.*—A juzgar por los términos del art. 1.131, la obligación que se funda en una causa ilícita no puede surtir ningún efecto. El art. 1.133 añade, a título de explicación, que la causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, como contraria al orden público o a las buenas costumbres.

Parte de los autores impugna la utilidad de estos textos, que, en la práctica tienen grandísima importancia. En virtud de ellos, los Tribunales pueden anular las convenciones ilícitas o inmorales; por eso se aplican con tanta frecuencia en las decisiones judiciales [1]. Su fórmula es, en efecto, muy com-

1 *Nota del Traductor:* La ilicitud de la causa puede ser apreciada de oficio por los Tribunales, tratándose de cuestiones de orden público. Se incurre en error al señalar un fin de solidaridad social como criterio para determinar la licitud de la causa. Sostiene mi querido maestro Stammler que no cabe la ilicitud de la causa, siempre que el derecho aplicado para la protección del fin en el negocio sea justo, y será justo cuando, al aplicar las normas jurídicas, cada hombre vea un prójimo en sus semejantes.

prensiva; se refiere no solamente a lo que expresamente la ley prohibe, sino también a todo lo contrario al orden público o a las buenas costumbres. Son dos artículos fundamentales, verdaderos guardianes del interés general y de la moralidad pública. Y nótese bien, que no hay en el Código civil un artículo que contenga prohibición tan amplia. En la sección dedicada al objeto y a la materia de los contratos (art. 1.126 a 1.130), no se encuentra una disposición relativa a los contratos de objeto ilícito o inmoral. No se halla más que el art. 1.128, el cual alude exclusivamente a las cosas que están fuera del comercio.

Existe solamente en nuestro Código civil un texto que pueda relacionarse con los precedentes: el art. 6. «No se pueden derogar por convenciones particulares, las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres». Pero este artículo está muy lejos de tener un contenido tan vasto como los arts. 1.131 y 1.133, y se equivocan los adversarios de la causa si creen que bastaría para reemplazarlos. El art. 6, en efecto, no hace más que prohibir las convenciones particulares que deroguen *las leyes* referentes al orden público y a las buenas costumbres. Prohibe solamente las derogaciones de las prescripciones legales fundadas sobre la moral o el orden público; por consiguiente, para que la convención sea nula es indispensable que una ley la prohiba. [1] En otros términos, el art. 6 consagraba la distinción entre leyes imperativas o prohibitivas y simplemente permisivas o dispositivas. En manera alguna pretende tachar de nulidad las convenciones que *sin violar ninguna prescripción determinada*, son, sin embargo, inmorales o contrarias al orden público. Estas convenciones caen fuera de su dominio; no están comprendidas en los artículos 1.131 y 1.133.

1 Así interpreta Merlín el art. 6. *Rep.* V. Leyes § 8. Indudablemente los anticausalistas pretenden que hay que dar a este texto un sentido más vasto, y que prohibe hacer todo lo que es contrario al orden público o a las buenas costumbres (V. especialmente Laurent. T. I, núm. 56); pero no se puede negar que tal intención es contraria al art. 6, y que obedece solamente a que era preciso encontrar un punto de apoyo fuera de los artículos 1.131 y 1.133, pues se restaba todo el valor a estos textos. (Comp. la nota de Labbè S. 79. 2. 393).

La jurisprudencia no se ha engañado en esto, y basta abrir un Código civil anotado, para comprobar que las aplicaciones jurisprudenciales del art. 6 son poco frecuentes, al paso que las de los arts. 1.131 y 1.133 son muy numerosas. El art. 6 ejerce ante los Tribunales un valor ínfimo, comparado con el de los otros. De otra suerte serían muy grandes las dificultades de los Tribunales para apoyar sobre un texto la nulidad de las convenciones contrarias a las buenas costumbres o al orden público [1].

1 En general los Tribunales delimitan muy exactamente las aplicaciones respectivas del art. 6 y de los arts. 1.131 y 1.133. Tratándose de convenciones contrarias al texto de una ley determinada, aplican el art. 6. Aduciremos algunos ejemplos: Civ. 22 Diciembre 1879, *Pinguet c. Debeíny*. D. P. 80. 1. 112. S. 80. 1. 125, nulidad de una convención que tiene por objeto modificar o restringir la capacidad de la mujer casada; Civ. 13 Julio 1885, *Mari c. Stefani*, D. P. 86. 1. 263, S. 86. 1. 205: nulidad de una contraescritura aumentando el precio estipulado por la cesión de oficio ministerial; Cass. ch. reun. 2 Julio 1903, *Menard c. Roux*, D. P. 03. 1. 353. S. 04. 1. 65, nulidad de los pactos sobre sucesión futura; Alger. 25 Enero 1905, S. 07. 2. 17, nulidad de una cláusula de fianza de efectos de comercio, estipulando que en el caso de realización de la prenda la venta se haría por Notario, y no por comisionista; Civ. 8 Diciembre 1909. V.ve Strappe c. *Perú* D. P. 10. 1. 320; 22 Mayo 1912. *Schot c. Teresimo* D. P. 13. 5. 14 S. 12. 1. 517: nulidad de un contrato de arrendamiento de servicios, hecho por un menor de trece años.

Algunas sentencias invocan al mismo tiempo el art. 6, y los arts. 1.131 y 1.133, lo cual se explica porque el art. 1.133 se refiere a la vez a la causa prohibida por la ley y a la que es contraria a las buenas costumbres o al orden público. (V. Civ. 22 Abril 1898, D. P. 98. 1. 415, S. 02. 1. 343; nulidad del pacto *de quota litis parte*. París, 29 Noviembre 1899. *Tremblay c. Raffaitin*. D. P. 03. 2. 197. S. 01. 2. 121; a propósito de la nulidad de una contraescritura acompañando a la cesión de un oficio ministerial.

Las numerosas sentencias que anulan los contratos contrarios a las buenas costumbres se fundan solamente en el art. 1.133, y es muy raro que se apoyen además en el art. 6. (V. Bourger. 13 Junio 1889, D. P. 89. 5. 329, Arrendamiento de una casa de tolerancia; Caen 29 Julio 1874. *Mary c. Lemée*. D. P. 75. 2. 127. S. 75. 2. 298, venta de una casa de tolerancia.)

Tratándose de cosas fuera de comercio, los tribunales invocan ya solamente el art. 1.128; Trib civ. Saint Etienne. 31 Agosto 1855 y Lyon 21 Julio 1856, *Desmarets c. Bouvier et Roche*, D. P. 56. 2. 263, S. 57. 2. 108 cesión de funciones de ejecución de sentencias criminales; París, 30 Enero 1857, *Cholet c. Leroux*, cesión de las funciones de guarda puerto.

108. Pero hay más aún; no bastaría para reemplazar los arts. 1.131 y 1.133, insertar en nuestro Código, en la sección del objeto y de la materia de los contratos, otro que declarase nula toda convención que tenga por objeto una cosa imposible, ilícita o contraria a las buenas costumbres [1].

Indudablemente, una disposición de este género permitiría impugnar la mayor parte de las convenciones inmorales o ilícitas; sin embargo, para los Tribunales sería arma más incómoda y de menor eficacia que los preceptos actuales. Esto pone de relieve el interés que tiene para los contratos sinalagmáticos la distinción entre la noción de causa y la del objeto. En efecto, se dan casos en que el carácter ilícito o inmoral de una promesa no se destaca cuando se le considera aislada, separada de la obligación de que forma parte.

Mirado así el hecho o la abstención prometida, parece que no es contraria al orden público o a las buenas costumbres; *in abstracto* es lícita. Pero se reviste de otro carácter, si se la confronta con la obligación de la otra parte, que a su vez se obligó para obtener la ejecución de la promesa. Entonces solamente se descubre la inmoralidad del contrato. Así, por ejemplo, yo prometo una cantidad a una persona para que se abs-

D. P. 59. 5. 194. S. 57. 2. 108; ya a veces el art. 1.128 y los arts. 1.131 y 1.133; París, 18 Noviembre 1837, *Duguet c. Scarcez*, S. 38. 2. 66; Montpellier, 17 Diciembre 1849. *Bergon c. V.ve* Herand D. P. 50. 5. 329. S. 50. 2. 217; convención en virtud de la cual un recaudador se obliga mediante renta vitalicia a dar su dimisión para facilitar el nombramiento de un tercero en su lugar; Cass belg. 15 Marzo 1905. *Dubois c. epoux Hamaide*, S. 08. 4. 22, nulidad de un contrato de corretaje matrimonial.

Además, la jurisprudencia distingue muy bien, cuando es necesario, entre el objeto ilícito y la causa ilícita.

Así en los casos en que anula, como atentatoria a la libertad individual la obligación de un empleado o un director para con su patrono, de no establecer una industria concurrente o similar, en el caso de ruptura del contrato, se cuida muy bien de invocar el art. 1.133, porque aquí la obligación es nula, no en virtud de la causa ilícita sino porque tiene un objeto ilícito. (V. Req. 17 Mayo 1911 *Speidel c. Hardegg*. D. P. 13. 1. 342. S. 13. 1. 253; Civ. 14 Marzo 1904, *Bonardel c. Icart*, D. P. 04. 1. 613. S. 04. 1. 444).

1 Esto es lo que ha hecho el Código civil suizo, libro V, *Derecho de obligaciones*. Art. 20 1.er al: «El contrato es nulo si tiene por objeto una cosa imposible, ilícita o contraria a las buenas costumbres.»

tenga de cometer un delito o acceda a ejecutar una obligación que antes contrajo. Por ejemplo: un individuo se ha apoderado de la cosa de otro y no quiere restituirla. En vez de perseguirle ante los Tribunales, y para evitar los gastos de un proceso, el propietario consiente en entregarle cierta suma para que se la restituya.

Del mismo modo el deponente imposibilitado de probar el depósito hecho, se ve en la necesidad, para entrar otra vez en su posesión de prometer una cantidad al depositario de mala fe. Un individuo que se va a casar legalmente, suscribe una obligación con su querida en cambio de la promesa, por parte de ésta, de no promover ningún escándalo con ocasión de la ruptura de sus relaciones.

En estas hipótesis, las cosas prometidas por ambas partes no contienen ilicitud alguna, y, sin embargo, no hay duda que tales convenciones son contrarias al orden público o a las buenas costumbres, y que el pago o la promesa de pagar son nulos. ¿Cómo explicarse este resultado? Según Colmet de Santerre [1], la razón hay que buscarla en que la obligación de realizar un hecho impuesto por la ley o de abstenerse de un delito, verdaderamente carece de objeto, «porque no es esta pretendida obligación la que liga al deudor, que se halla ya obligado por otros títulos». Además, la obligación correlativa no tiene causa. «La ausencia de la causa y no su carácter ilícito trae consigo la nulidad de la obligación.» Pero no puede decirse con verdad que la promesa de abstenerse de un delito o de ejecutar una obligación preexistente carezca de objeto. El otro contratante no participa de esta opinión, porque consiente en entregar la suma.

¿Cuál es, pues, la verdadera razón de ser de la nulidad? Que el pago o la promesa de pagar tienen una causa ilícita. Contra esta afirmación se levantan en masa los adversarios de la causa.

Lejos de perseguir un resultado condenable, dicen, el *solvens* o el *promittens*, quiere, por el contrario, desviar a su adversario de un delito, o volver a entrar en posesión del objeto.

1 T. v. n. 49, bis II.

¿Qué cosa más justa y más apetecible que este fin? Pero la observación es enteramente superficial. Hay que mirar el fondo de las cosas. Ahora bien; el interesado paga o promete pagar para hurtarse de la resistencia injustificada del adversario de mala fe. La inmoralidad está en hacerse prometer una suma para cumplir lo que se *debe* cumplir.

Aquí comienza la ilicitud de la causa del pago o de la promesa, pues este pago o esta promesa dan el carácter inmoral a la obligación de la otra parte. «No se trata de indagar las apariencias, dice muy acertadamente M. Demogne [1], de ver si la condición es lícita *in abstracto*, si el hecho prometido es en sí lícito.

Hay que examinar las cosas en relación las unas con las otras. El derecho no vive en la abstracción, se enraíza en múltiples realidades.»

La jurisprudencia tampoco vacila en aplicar los arts. 1.131 y 1.133 si juzga que el fin perseguido por las partes ha sido ilícito o inmoral.

Las aplicaciones que la jurisprudencia ha hecho de los artículos 1.131 y 1.133, son muy numerosas para reproducirlas aquí.

Los casos más frecuentes de nulidad con respecto a las convenciones sinalagmáticas se refieren a la cesión o explotación de casas de tolerancia [2], al tráfico de influencia [3], al acto

1 Nota al S. 1913. 1.497.

2 V. especialmente para la venta o arrendamiento de una casa de tolerancia: Lyon, 11 Julio 1862, *Chavanton c. David*, S. 63. 2. 165: Caen, 29 Julio 1874, *Mary c. Lemée*, D. P. 75. 2. 1, 27, S' 75. 2, 298; París, 3 Marzo 1870, y Civ. 15 Dic. 1873. *Vilmain c. Lecomte*. D. P. 74. 1. 222, S. 74. 1. 241; Douai, 22 Enero 1887, *Fouquet. c. Richard*; 24 Octubre 1887 (motivos), las mismas partes, S. 90. 2. 99; Bourges, 13 Jun. 1889, D. P. 89. 5, 329; Trib. civ. de Clermond-Ferrand, 7 Dic. 1892 y Rion, 30 Nov. 1893, *Recamier c. Geneveix y Reynier*, S. 94. 2. 75: Argel, 15 Nov. 1893, *Loumiet c. Gardon*, D. P. 94. 2. 528. S. 94. 2. 211; 9 Mayo 1894, las mismas partes. S. 94. 2. 302; Req. 17 Julio 1905, *Berthier c. Laprade et Garin*, D. P. 06. 1. 72, S. 09. 1. 188; Amiens 1.º Abril 1912, *Pariselle c. Remy*. Gaz. Pal., 12. 2. 136.

3 Req. 5 Febr. 1902, *Moussy c. Dubois*, D. P. 02. 1.158. S. 02. 1.389; París, 31 Dic. 1903. *Haymann c. Radenac*, S. 05. 2. 206; Req. 15 Marzo

de sacar provecho del ejercicio de su función [1], a la restricción de libertad de las subastas [2], al corretaje matrimonial [3], a las contraescrituras aumentando el precio aparente de cesión de un oficio ministerial, etc. [4].

109. II. *Interpretación extensiva de los arts. 1.131 y 1.133 según la jurisprudencia.—1.° Anulación de los contratos sinalagmáticos cuando los contratantes han tenido a la vista un fin ilícito o inmoral.* Para obtener comprensión completa de la importancia práctica de estos artículos, es preciso saber que la jurisprudencia ha ensanchado considerablemente su campo de aplicación. Porque no anula solamente las obligaciones que propiamente hablando tienen una causa ilícita o inmoral, sino que la invalidez alcanza, en virtud de los arts. 1.131 y 1.133, a todos los contratos sinalagmáticos que, aun teniendo por ob-

de 1911, *Crespi c. Schneider*, D. P. 11. 1. 382, S. 11. 1. 447; Civ. 3 Abril 1912, *Megroz c. Buffeau*, D. P. 15. 1. 71. S. 12. 1. 382.

1 Civ. 5 Dic. 1911, *Caron c. Leducq*, D. P. 13. 1. 120. S. 13. 1. 497, Nota de M. Demogue.

2 Req. 5 Agosto 1903. *Soleil c. Abbé Coeur*, D. P. 04. 1. 22, S. 04, 1. 283.

3 Civ. 1.° Mayo 1855, *Foubert c. Fleury*, D. P. 55. 1. 147, S. 55. 1. 337; París, 27 Octub. 1893, *Richebois c. Dussau*. S. 93. 2 24, Tolosa, 5 Noviembre 1900. *Massip c. Bruyere*, D. P. 04. 1. 420, S. 05. 1.281. en Cass: Pau., 9 Agosto 1904, *Auriol c. Tessier*, S. 05. 2. 15; Trib. civ. Niza, 29 Dic. 1909. S. 10. 2. 293: Trib. civ. Saint Etienne, 8 Ene. 1893, *Desormier c. Faure*, S. 14. 2. 102.

Contra: Agen, 13 Dic. 1909, *Benezit c. Griffoult*. S. 10. 2. 211; Lyon, 15 Oct. 1913, *Desormier c. Faure*, S. 14. 2. 2.102.

Después de algunos años, las resoluciones que reconocen la validez del corretaje matrimonial, se hacen más frecuentes, tanto en Francia como en el extranjero. (V. Wahl. *El corretaje matrimonial, Rev. trim. de Derecho civil*, 1904, ps. 471 y s.) A las resoluciones citadas en las notas precedentes *adde* Req. 4 Marzo 1914. *Fleury Datidan c. Ruffier*, D. P. 16. 1. 27, S. 14. 1. 430, pacto inmoral hecho entre un marido y el amante de su mujer; Civi. 26 Nov 1919. Mosse c. Nivet, Gaz. P, al. 19. 2. 389, Venta de productos de cobre hecha con infracción de las prescripciones de la Ley de 4 Agosto 1903.

4 En muchos casos se ha discutido sobre si la causa es o no ilícita. Es suficiente remitirnos a los autores, y en especial a la excelente discusión que se halla en el *Tratado de Obligaciones* de Baudry Lacant. y Barde T. 1.er, ns. 311 y 312.

jeto prestaciones lícitas, tienden, sin embargo, en la intención común de las partes a un fin contrario al orden público o a las buenas costumbres [1].

Esta interpretación extensiva parece que confunde la causa con los motivos determinantes, y los autores no han cesado de reprocharla. A nuestro parecer la crítica no es justa, y nos esforzaremos por demostrarlo estudiando de cerca estas aplicaciones. Se las puede agrupar en cuatro clases principales:

A) Contratos relativos a la explotación de las casas de tolerancia.

B) Arrendamiento de un inmueble para instalación de una casa de juego.

C) Corrupción electoral.

D) Préstamo hecho para el juego.

110. A) *Contratos que se refieren a la explotación de una casa de tolerancia.*—No se trata aquí, notémoslo bien, de la cesión de estas casas o del arriendo de los locales que sirven a su explotación. La nulidad de estas operaciones no ofrece ninguna duda; caen directamente bajo la prohibición de los artículos 1.131 y 1.133, porque la obligación del cedente, del arrendador tiene un objeto ilícito, y, por consiguiente, la del cesionario o del locatario tiene una causa ilícita.

Algo distinto sucede, a nuestro juicio, con los contratos que tienen por objeto directo no ya la casa de tolerancia, sino su explotación, para facilitar la cual se efectuaron. Así un propietario alquila unos locales, y se sabe que el tomador establecerá en ellos una casa de tolerancia; un individuo presta dinero a otro para adquirir un establecimiento de este género; el empresario de una casa pública contrata trabajadores para el servicio de esta casa. No es el objeto propio ni la causa jurídica de las obligaciones los que son ilícitos. El trabajador arrienda su trabajo y el empresario se obliga a pagarle su precio; el arrendador al-

1 *Nota del Traductor:* La causa ilícita produce nulidad, bien constituyendo el hecho un delito o falta común a ambos contratantes, bien constituyendo un simple caso de ilicitud, haya culpa de las dos o de una sola de las partes. El C. c. español incluye los efectos especiales de la nulidad por ilicitud de la causa en la doctrina de la anulabilidad, con impropiedad evidente.

quila su inmueble y el arrendatario se obliga a pagar el alquiler convenido. En la doble manifestación de voluntad constitutiva de estos contratos no hay nada inmoral; lo que es inmoral es el destino de los servicios o de los locales, pero esto no entra en la noción de causa. Y, sin embargo, la jurisprudencia anula ordinariamente todos estos contratos, fundándose en el artículo 1.131 [1].

1 Sentencias relativas al arrendamiento de un inmueble para instalación de una casa de tolerancia. París, 30 Nov. 1839. *Pillot c. Marlot*. S. 40. 2. 121; Lyon, 11 Julio 1862, *Chaventon c. David*, S. 63. 2. 165; Angers, 29 Marzo 1897; anulando un juicio del Trib. de la Fleche de 21 Julio 1896; La Ley 12 Abril 1897. París, 26 Dic. 1899. *Martens c. Mazurier*, Gaz Pal. 00. 1. 132. Préstamo de dinero hecho para la adquisición de una casa de tolerancia. París, 14 Ene. 1881, L. c. Quatrefages, S. 81. 2. 51; París, 26 Enero 1894, y Req, 1 Abril 1895, *Cons. Benoist c. Faivre*, S. 96. 1. 289, D. P. 95. 1. 263; Trib. civ. Bruselas, 5 Dici. 1894, Pas. belg, 95. 3. 98; comp. Trib. del Imp. alemán, 21 Enero 1903. S, 05. 4. 15.

Arrendamiento de servicios prestados en una casa de tolerancia: Req; 11 Nov. 1890. *Lapsolu c. V.ve Michaud*. S. 91. 1. 319. D. P. 91. 1. 484. Demanda formulada por una joven pública en restitución de efectos y muebles contra el poseedor de la casa. Limoges, 30 Abril 1888, D. P. 89. 2. 38. Utensilios destinados a una casa de tolerancia. Trib. comun. Sena, 1 May. 1888. *Coquille c. This*, Gaz Pal. 88. 1. 797. Trib. Lieja, 14 Nov. 1896, Pas. belg, 97. 3. 75: Esta sentencia resuelve que el vendedor que entrega a crédito un mueble, sabiendo que va a ser destinado a una casa de prostitución, coopera directamente a ella.

Sentencias que han rehusado anular el contrato, aun cuando el que contrataba con el empresario de la casa conociera el fin ilícito del contrato, porque el motivo no debe confundirse con la causa. París, 13 de Junio de 1877. *Bizot c. Facquet*, S. 77. 2. 233, Préstamo hecho para la adquisición de una casa de tolerancia; el Trib. revoca un fallo del Trib. de comun. de Versalles, que había anulado el préstamo declarando que el demandante sabía en qué destino debían ser empleados los dineros; Burdeos, 6 Febr. 1885. *Caget c. Dreyfus*. S. 86. 2. 16, Utensilios de *toilette* destinados a una casa de tolerancia. París, 14 Nov. 1890. *Massy et Jossu c. d.lle Detour*, D. P. 90. 2. 189. Venta de la licencia de explotación de casa de tolerancia de muebles y de inmuebles. La sentencia anula la venta de la licencia de explotación de la casa de tolerancia y la venta de los muebles, pero convalida la del inmueble, declarando que el vendedor había podido no tener exclusivamente en vista la explotación en éste de una casa de tolerancia; que además la causa de la venta de los inmuebles no es otra que el precio estipulado y que del lado del adquirente la causa de pagar el precio no es sino la adquisición del inmueble; Trib. cil. La Fleche,

111. *B) Arriendo de un inmueble para explotación de una casa de juego* [1].

C) Pago de consumaciones gratuitas a un posadero para procurar votos a un candidato [2].

D) Préstamo hecho a un jugador en el curso de una partida para continuarla. En lo que se refiere a este género de préstamos, la jurisprudencia no los anula por la sola razón de que el prestamista conociese el destino del dinero; solamente declara la nulidad si el prestador ha participado por sí mismo en el juego,

21 Julio 1896. Precitado. V. finalmente Req, 4 May. 1903, *C.ie de segur. Le Monde c. Haward.* D. P. ob. 5. 33. S. 04. 1. 509; Seguro de una casa de tolerancia.

«Considerando que las prestaciones recíprocas de las partes eran lícitas en sí mismas, que no diferían en nada de las prestaciones estipuladas en los contratos de esta naturaleza, y que no han podido hacerse ilícitas solamente porque los riesgos asegurados dependiesen de una casa de tolerancia; que no deberían ser consideradas como habiendo tenido en vista la creación, la conservación o la explotación de un establecimiento de esta naturaleza; que no implican ninguna inmoralidad susceptible de producir la anulación de la convención». Poitiers, 8 Feb. 1922. D. P. 22. 2. 33, nota de M. René Savatier.

1 Trib. civ., Niza 18 Noviembre 1909. *Sociedad de los Casinos de Niza c. Archipretre* et Gout, Rec. Gaz. Trib., 1910. 1. 119: Cuando la causa final, la única causa del arriendo, descansa en la explotación de juegos y el precio del alquiler se ha fijado solamente en consideración a los productos de esta explotación, la causa es ilícita. Comp. Pau 28 Junio 1906. *Lafond c. Soc. imm. des Pyrenées.* S. 07. 2. 61: esta sentencia declara que es nula la convención en virtud de la cual cierta persona arrienda a otra una casa de juego de azar. Mas aquí la casa de juego es el objeto mismo del contrato.

2 Trib. civ., Tarbes 14 Marzo 1899, *Conte c. Fould,* D. P. 04. 2. 201, S. 00. 2. 219: «Considerando que inútilmente el demandante quería distinguir entre la causa de la (deuda) que según él consistiría en la entrega de las mercancías y el destino de dichas mercancías, que sería solamente el motivo de la obligación. Considerando, en efecto, que la jurisprudencia rechaza, con razón, esta distinción, cuando es cierto, como en el caso, que el objeto del contrato debe, según la intención de las partes, servir a un uso prohibido, porque entonces el motivo está tan íntimamente unido con la causa, que el carácter ilegal o inmoral del uno afecta necesariamente a la otra. Id. Trib. civ. Castelnanaudary, 25 Junio 1902, *Conte c. Fould,* D. P. 04. 2. 201.

o se ha interesado en él de alguna manera, porque entonces cae bajo el art. 1.965 [1].

112. 2.º *Justificación de estas decisiones.*

Tales son los principales casos en que nuestra jurisprudencia, aplica el art. 1.131, a los contratos sinalagmáticos verificados con vistas a un fin contrario a las buenas costumbres. Es

1 Así los Tribunales aplican este artículo al préstamo hecho a un jugador por el empleado del círculo durante una partida y para alimentarla, o al préstamo hecho por una caja destinado a proseguir el juego y del cual se beneficia ella misma. (Civ. 15 Noviembre 1864, *Destournelles c. Raimbaux*, casando una sentencia de París, 8 Agosto 1861; Limoges 29 Abril 1891, y Req. rej. 4 Julio 1892; *Chigot c.*; *Thibaul*, S. 92. 1. 513, D. P. 92. 1. 500; París 1 Abril 1895, *Roblin c. Caravita* Gaz. Pal. 95. 2. 158; Trib. civ., Sena, 17 Noviembre 1905, D. P. 06. 5. 60; París, 13 Mayo 1909, *Morgan c. Risacher* S. 10. 2. 270.)

Una sentencia reciente de París, 8 Febrero 1917, Rec. Gaz. Trib., 1918, 2. 372, ha ido más lejos y ha resuelto que el sólo hecho de destinar el préstamo a la continuación del juego, basta para denegar al prestamista toda acción en justicia.

Si, por el contrario, el prestamista ha quedado por completo extraño al juego, el préstamo es válido aunque haya conocido el destino de la cantidad. París, 6 Julio 1882. *Leroux c. Welte* D. P. 84. 2. 95; la cualidad de empleado de sala de un círculo no basta por sí sola para presumir que el préstamo hecho por este empleado a un miembro del círculo haya sido hecho en vista de continuar el juego en que el prestatario estaba empeñado; en este caso el dinero se había prestado, no para jugar, como en el caso de Limoges, 29 Abril 1891, antes citado, sino después de terminada la partida y para pagar la deuda del juego. Trib. civ., Lyon, 21 Febrero 1908. D. P. 08. 5. 36; el préstamo hecho a un jugador durante el juego por un tercero que no tenía interés en él, es lícito y obliga al prestatario al pago de la cantidad; de poco sirve que el prestamista sea accionista de la casa de juego: Agen, 25 Enero 1909, *Guenin c. Bastit* D. P. 09. 2. 346. S. 09. 2. 76; Trib. civ. Bruselas, 27 Enero 1893, *Lebon c. ep. Lebleu*, S. 94-4. 32.

Sin embargo, dos antiguas sentencias, París, 11 Julio 1836. S. 36. 2. 395. y Req. rej., 30 Mayo 1838. S. 38. 1. 753, *Agentes de cambio de París c. Creanc. Bureaux*, han denegado la acción de reembolso por préstamo hecho por la caja común de los agentes de cambio a uno de ellos para pagar sumas que había perdido en el juego de Bolsa, porque el prestamista que conociendo la naturaleza del préstamo la ha pagado, no puede adquirir un derecho que no tenía el acreedor primitivo; se padece aquí un verdadero error jurídico; el prestamista no actúa en subrogación delos derechos del acreedor desinteresado, sino como acreedor directo, en virtud del contrato de préstamo.

interesante notar que en todas las sentencias citadas, el destino inmoral de la cosa, de las cantidades prestadas, de los servicios retribuídos, no sólo la conocían ambas partes, sino que era tomada directamente en consideración por ellas.

La mayor parte de las sentencias insisten sobre esta circunstancia y declaran que las partes han participado en la inmoralidad de este fin subjetivo. Ella ha influído de una manera especial en que se llevara a cabo el contrato; se ha introducido en él a título de elemento determinante en su doble manifestación de voluntad; se ha incorporado a ella de un modo real. El fin económico perseguido se enlaza con el acto jurídico. Separar ambos equivaldría a truncar la voluntad de las partes. Cuando una persona da en arriendo un inmueble, o presta dinero, y se conviene entre las partes que este contrato tenga por fin la instalación o la adquisición de una casa pública, ¿puede negarse que las dos partes realizan un acto contrario a las buenas costumbres, y no es, acaso, juzgar ciegamente querer asimilar estos actos a un arrendamiento de inmuebles o a un préstamo ordinario? En la voluntad de las partes, volvemos a repetir, el fin económico perseguido está tan íntimamente asociado con el fin jurídico, que es imposible distinguirlos. No se profundiza en la realidad de los hechos al sostener que anulando estas convenciones, la jurisprudencia sacrifica la libertad de los contratantes a superfluos e insuficientes motivos de moralidad. Más repugnante sería imponer a los Magistrados la obligación de respetar y sancionar, a pesar de su repugnancia justificada, semejantes contratos.

Tales son, a nuestro parecer, las consideraciones que explican y justifican la extensión del art. 1.131 a estas hipótesis. Decimos que la justifican. Y, en efecto, las partes pueden introducir en su acuerdo tal o cual consideración que pase a ser elemento constitutivo, y especialmente pueden añadir al fin jurídico a que aspira cada contratante, es decir, a la causa, la persecución de un fin común de orden económico. Y cuando así sucede, es necesario incluir este nuevo elemento en la apreciación de la operación jurídica.

Estas observaciones tienen un punto de apoyo muy firme en el art. 1.110 del Código civil, relativo al error, que antes hemos analizado.

Hemos demostrado que el error sobre la sustancia de la cosa y el error sobre la persona en los contratos hechos *intuitu personae*, son errores sobre el *fin económico* o sobre el *fin subjetivo* que persigue el contratante. ¿No prueba esto que el fin económico o subjetivo forma parte integrante del acuerdo de voluntades? De otra manera sucede, por el contrario, con los simples motivos individuales que determinan la conclusión del contrato. En efecto, como ya sabemos, el error sobre los motivos no lleva consigo la nulidad de la convención. Así la misma ley distingue en materia de error entre el fin económico perseguido por el contratante y los motivos determinantes de la voluntad.

Por lo demás, es muy fácil comprender ¡cuán poco justificado está el reproche, que los autores dirigen a la jurisprudencia, de confundir la causa con los motivos de la obligación [1]. Esta objeción no resiste a un examen un poco minucioso de las decisiones recriminadas. Jamás los Tribunales incurrieron en la confusión que se les reprocha, nunca desconocieron esta distinción tradicional, y se podrían, por el contrario, aducir numerosas resoluciones en que se afirma. Una cosa es el motivo, otra cosa el fin perseguido. El motivo es anterior al acuerdo de voluntades; queda, como ya hemos dicho muchas veces, en el fuero interno del individuo. Por el contrario, el fin perseguido es algo futuro; el contrato se perfecciona para llegar a él. Ahora bien, si analizamos una a una todas las resoluciones antes citadas, se verá que en cada caso se trataba no de estos móviles psicológicos casi siempre desvinculados que impulsan a cada parte a obligarse, sino de un destino económico de la cosa objeto del contrato, que, lejos de estar disimulado, guía a las dos partes hacia el mismo fin [2].

1 V. especialmente la nota de M. Appert, S. 96. 1. 289, Ss. Req. 1 Abril de 1895.

2 Es necesario relacionar con las resoluciones precedentes las sentencias que afirman que la venta de un animal doméstico puede rescindirse por vicio oculto distinto de los previstos por las Leyes de 1838 y de 2 de Agosto de 1884, si la garantía de este vicio se reclama en virtud de una convención tácita de las partes. Req. 6 Diciembre 1865; *Gambus c. Dupuy*, D. P. 66. 1. 167.

En resumen, lejos de asociarnos a las críticas de los autores, estamos convencidos de que la jurisprudencia ha aplicado sabiamente las disposiciones del Código civil.

113. 3.º *Derecho comparado.*—Es interesante notar que el art. 138 del Código civil alemán contiene una solución análoga a la que ha sido consagrada por nuestra jurisprudencia. Este artículo invalida todo acto jurídico, que signifique un ataque a las buenas costumbres [1].

El precepto está concebido en términos de amplitud extraordinaria; concede al Juez la facultad de anular todo acto jurídico que se inspire en consideraciones inmorales, sin tener que inquirir si lo que resulta inmoral es el mismo objeto del contrato o simplemente el motivo determinante. Puede estimarse que es peligroso en cuanto abre la puerta al arbitrio judicial y autoriza las inquisiciones en el campo de la conciencia. Preferimos con mucho el sistema moderado de nuestra jurisprudencia, que por el hecho mismo de mantenerse dentro del artículo 1.131, limita el campo de investigación del Juez a los elementos constitutivos del acuerdo de ambas voluntades [2].

Venta de pollino semental, vendido como tal, sin serlo; 1 Marzo 1899, *Riviere c. Vialar*, D. P. 99. 1. 247. Venta de una vaca que el comprador había declarado no comprarla sino para unirla con otra, y que el vendedor vendía como apta para el trabajo.

1 El nuevo C. c. austriaco de 1911, en su revisión de 1916, art. 879 contiene la misma disposición: «un contrato que viola una prohibición legal o las buenas costumbres, es nulo».

2 La sentencia citada del Tribunal de apelación del Imperio, de 21 de Enero de 1903, S. 05. 4. 15, ha hecho concreta aplicación de este artículo 138 a un préstamo de dinero y a una venta de provisiones para abrir y explotar una casa de tolerancia. Esta sentencia declara que el art. 138 concede al Juez el derecho de negar todo valor jurídico y toda fuerza obligatoria a los actos que, objetiva y subjetivamente, teniendo en cuenta a la vez su contenido, sus motivos y su fin, son contrarios a las buenas costumbres, y cuya validez, por consiguiente, no puede conciliarse con la moral.

Saleilles ha dedicado un largo y sabio comentario a este art. 138, en un libro sobre *La declaración de voluntad*, p. 252 y s. Compara este sistema con el de nuestro art. 1.131, y se pronuncia por la superioridad del primero. Pero no tiene en cuenta la corriente jurisprudencial que acabamos de estudiar y que modifica el alcance aparente del art. 1.131.

El art. 20 del Cód. civ. suizo, lib. V, *Derecho de obligaciones*, que corresponde al art. 138 del B. G. B., es menos comprensivo. «El contrato es

114. III. *Consecuencias del carácter ilícito de la causa. Del adagio «in pari turpitudinis causa cessat repetitio»* 1.—La obligación con causa ilícita no puede surtir ningún efecto, dice el artículo 1.131 del Cód. civ. La nulidad más absoluta le envuelve.

En principio, cuando un contrato es anulado, puede cada uno de los contratantes pedir la restitución de lo que ha entregado. Sin embargo, hay casos en que se deniega esta restitución, por aplicación del adagio así concebido: *in pari causa turpitudinis cessat repetitio, o possessoris melior conditio habetur* 2.

El origen del adagio se remonta al Derecho romano. Los textos del Digesto conceden la *condictio* al que hace una prestación sin causa 3, pero la deniegan, si cumpliendo la prestación, se cometió un acto inmoral 4. Los jurisconsultos distinguen, en efecto, según que la prestación sea ilícita para el que la realizó o solamente para el que la recibe o para ambos. Cuando solamente por parte del *accipiens* está la *turpitudo* (por ejemplo, una persona da una cantidad a otra para impedir la comisión de un crimen), el *tradens* conserva el derecho de repetición. Pero si la

nulo, dice, si tiene por objeto una cosa imposible, ilícita o contraria a las buenas costumbres». Se refiere únicamente al *objeto* del contrato.

Sin embargo, M. Oser, interpretando este texto, no vacila en decir que debe aplicarse al caso en que las partes persigan un fin contrario a las buenas costumbres; por ejemplo, la venta de un inmueble para instalar en él una casa de tolerancia, el préstamo hecho para que tenga lugar esta instalación. Y el autor cita resoluciones del Tribunal federal suizo, aplicando esta interpretación, *Kommentar zum Schweizerischen Z. G. B. das Obligationenrecht*, p. 181 y s.

1 Cons. Wagner, *Nulidad de la causa illcita.* Tesis, París, 1900; Arbus, *De la causa illcita.* Tesis, Mompeller, 1903, p. 136 y s; Savatier, *De los efectos y de la sanción del deber moral,* Tesis, Poitiers, 1916, p. 339 F. s; Dubois, nota S. 74. 1. 241. Poncet, nota D. P. 96. 1. 465; Meynial, notas S. 90. 2. 97; 91. 2. 89; Apert, nota S. 96. 1. 289; Naquet, nota S. 1913. 1. 297; Charmont, nota, P. F. 98. 2. 1.

2 Se dice también: *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, pero esta fórmula no se halla en los textos romanos.

3 V. especialmente Papiniano, D. 12. 7, *de cond. sine causa*, 5, que distingue los dos casos.

4 Paulo, D. 12. 5, *de cond. ab turp. ved. inj. caus.* 3 y 8. C. 4. 7. *de cond. ob. turp. vel. inj. caus.*, 2. Los textos hacen aplicación de este adagio a los actos inmorales, pero no a los actos ilícitos.

turpitudo es común (un ladrón entrega una cantidad para no ser denunciado, un litigante soborna al Juez para que le haga ganar un proceso), o es *turpitudo* de hecho del *tradens*, entonces la cuestión varía.

Así, dice Ulpiano, lo que se da a una cortesana no puede reclamársele, no porque haya *utriusque turpitudo*, porque una prostituta puede muy bien *turpiter facere*, pero no *turpiter accipere* porque sea cortesana, sino porque hay *turpitudo* de hecho, del que la paga [1].

Esta distinción la conservaron fielmente los glosadores y nuestros antiguos autores [2]; el adagio llegó a través de los siglos hasta nuestro Derecho actual, a pesar de que el Cód. civ. no haga mención de él.

Los primeros comentaristas del Cód. civ. Merlín [3], Delvincourt [4], Toullier [5], después Pont [6], Aubry et Rau [7], Larombiere [8], admiten todos que la regla permanece siempre en vigor. Algunos intérpretes más recientes [9], sin embargo, han defendido que había sido abrogada tácitamente por el Código civil, y citaban en su apoyo los arts. 1.235 y 1.376, que prescriben sin reserva alguna la restitución de lo que se ha recibido indebidamente. Pero no son argumentos definitivos éstos, porque al escribir tales textos el legislador probablemente tuvo presente la *condictio indebiti* y no la *condictio ob turpem causam*. Aumenta de valor esta probabilidad, porque los artículos en cuestión están tomados de Pothier, que admitía la regla: *Nemo auditur*.

1 Ulpiano, D. 12. 5, *de cond. ob. turp. vel. inj. caus.*, 4. 3; Paulo, D. *eod tit.* 1. 3. 8; D. 3. 6. *de Calumn*, 5. 1; C. 4. 7, *de cond. ob. turp. vel. inj. caus.*, 4; C. 4. 32, *de usuris*, 18.

2 Domat, *Leyes civiles*, l. 1, t. XVIII, secc. 4, n. 8; l. 2. t. VII, secc. 2, n. 4; Ferriere, *Diccionario de Derecho*, v°. Repetición de lo que se ha dado por causa deshonesta o injusta. Pothier, *Obligaciones*, ns. 43 a 45.

3 *Cuestiones de Derecho*, v.° *Causa de las Obligaciones*, § 1, n. 2.

4 T. II, p. 687.

5 T. XVI, n. 126 y T. XI, n. 62.

6 *Pequeños contratos*, T. I, n. 663.

7 5.ª ed., T. VI, § 442 bis, nota 8, p. 322.

8 *Obligaciones*, 2.ª ed., T. I, art. 1.133, n. 10.

9 Laurent, T. XVI, n. 164; Demol, *Contratos*, T. I, n. 382; Huc, T. VIII, n. 392; Baudry Lacant et Baudry, *Obligaciones*, T. I, n. 316; Adde Meynial, notas S. 90. 2. 97, S. 91. 2. 89; Dubois, nota S. 74. 1. 241.

115. Por su parte, la jurisprudencia ha sufrido evolución análoga. Durante la mayor parte del siglo XIX, siguió la tradición; y casi toda la doctrina recogida en las Colecciones hasta 1880, rechaza las demandas de restitución derivadas de la ejecución de los contratos anulados como contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres [1]. Pero desde esta fecha hay muchas sentencias, cada vez más numerosas, que ordenan la restitución de la cosa pagada. Se ha pretendido que había actualmente contradicción en esta materia entre la Cámara de apelación y la Cámara civil de la Corte de Casación, continuándose por la primera con la aplicación del adagio *in pari turpitudinis causa cessat repetitio*, mientras que la segunda resuelve que la causa ilícita de la obligación no constituye obstáculo para el ejercicio de la acción de repetición de las prestaciones ejecutadas [2].

Indudablemente tal afirmación está en gran parte fundada; sin embargo, veremos que en muchos casos la Cámara de apelación misma abandona también el sistema tradicional; y además nada se opone a que la Cámara civil se adhiriera al mismo si se presentaran ante ella ciertos casos. En efecto, todo es cuestión de detalle, y para darse exacta cuenta del estado actual de la jurisprudencia, es indispensable no sólo poner de relieve

1 V. la nota de M. Dubois, S. 1.874. 1. 241., en que se ponen en relación la opinión de los principales autores y muchas aplicaciones jurisprudenciales del referido adagio.

Las decisiones anteriores a 1850 son casi todas favorables a la denegación de la acción. No se pueden citar en sentido contrario más que algunas raras sentencias: Civ., 12 Diciembre 1810; *Zerboi c. Bertinato*. s. ch., convención de reemplazamiento militar, considerado entonces como ilícito; París, 23 Abril 1814. *Deruder c. Sauvage*. S. chr. Cesión de una función pública; Limoges, 16 Abril 1845. S. 46. 2. 465., pone trabas a la libertad de las subastas; esta sentencia rehusa la aplicación del adagio por argumentos muy serios: París, 14 Marzo 1849. Synd. *Larade c. Savalette*. S. 50. 2. 316: negociación de promesas de acciones de ferrocarril.

2 V. especialmente Civ. 11 Febrero 1884. *Synd. banq. franco-holand. c. de Constantin*. D. P. 85. 1. 99. S. 84. 1. 265; 25 Enero 1887, *Montfort c. Lanoe*, D. P. 87. 1. 465, S, 87. 1. 224; 14 Mayo 1888. *Court c. Maugras*, D. P. 88. 1. 487, S. 89. 1. 12; 5 Diciembre 1911; *Caron c. Leducq*, S. 13. 1. 497; D. P. 13. 1. 120; 25 Enero 1921. *cons. Resqui c. Lesfargues*. Gaz. Pal, 19 Marzo 1921.

las decisiones reproducidas en las Colecciones, sino distinguir los diversos géneros de contratos, a propósito de los cuales se verifica la intervención.

Si emprendemos esta investigación, llegaremos a las comprobaciones siguientes. En primer lugar se dan contratos ilícitos a los que la jurisprudencia no ha hecho aplicación del adagio tradicional. Tal sucede en los tratados secretos realizados con ocasión de la cesión de oficios ministeriales. Jamás los Tribunales denegaron al cesionario la acción de repetición.

En otros casos los Tribunales, por el contrario, han denegado durante largo tiempo la acción de repetición, pero actualmente la conceden.

Finalmente, los casos en que los jueces continúan sin acceder a la demanda de restitución van siendo cada vez más escasos. El principal, podría casi decirse que el único, es el de los contratos relativos a la explotación de una casa de tolerancia. En esto la jurisprudencia es casi unánime: rechaza sin piedad toda demanda que se funde en semejantes tratos. Una rápida revisión de sentencias demostrará la exactitud de estos asertos.

116. A) *Casos en que los Tribunales nunca aplicaron el adagio: Nemo auditur...*

Contra-escrituras que han tenido lugar con ocasión de la cesión de oficio ministerial. La jurisprudencia estuvo vacilante sobre si considerar estos convenios como ilícitos, y existen algunas sentencias antiguas que admitían la validez [1]; pero tal opinión fué pronto abandonada, y todos los Tribunales están de acuerdo en declarar la nulidad de estas contra-escrituras [2]. Ahora bien; como la contra-escritura se ejecuta casi siempre inmediatamente, a los jueces se les han ofrecido con frecuencia casos de demandas de restitución del exceso del precio así entregado. Fijémonos ahora en que después de una sentencia de la Cámara civil de 30 de Julio de 1844, *Chedevi-*

1 Grenoble, 16 Diciembre 1837, *Second c. Brun et Bergeron*, S. 38. 2. 489; Tolosa, 22 Febrero 1840. Lacombe c. Clarenne, S. 40. 2. 126.

2 Req. 7 Julio 1841, *Legris c. Moreau*, S, 41. 1. 372; V. Sirey, Tabla general de jurisprudencia de Devilleneuve, 1790-1850, v.° *offices* n. 107. Dalloz, Tabla alfabética, 1845-1857, *Eod V.° ns.* 108 y s.

lle c. Delamotte, S. 44. 1. 582, nunca ha sido negada la repetición [1].

Esta sentencia declara que siendo nula la contra-escritura, de nulidad absoluta, el cedente está obligado, en virtud del art. 1.376, a restituir lo que indebidamente recibió. En la misma época una sentencia de la Cámara de apelación de 1 de Agosto de 1844, *Marion c. Chabaniez*, S. 44. 1. 584., rechaza la aplicación del adagio, sosteniendo que en un tratado de esta índole es el cedente sólo quien ha violado el orden público. «La falta, dice, no es igual para el postulante y el titular, pues ha sido este último quien, siendo funcionario público y teniendo por ende deberes más estrechos, ha hecho señalar a la ley un precio exagerado para el postulante» [2]. Esta tesis no se encuentra luego en las resoluciones posteriores. Se contentan con declarar que existe nulidad absoluta y que, por consiguiente, el cedente debe restituir todo lo que ha recibido sobre el precio aparente [3].

Lo más notable en esta jurisprudencia relativa a las contra-escrituras, es que nunca después de la sentencia precitada, ni la Cámara de Apelación, ni la Cámara civil de la Corte Suprema, denegaron al cesionario la restitución de la suma indebidamente entregada. Les pareció que la aplicación del adagio tradicio-

1 Dos sentencias anteriores de la Cámara de apelación, 7 de Julio de 1841, ya citada; 23 Agosto 1842, *Gellee* c. Peaucellier, S. 43. 1. 123, habían declarado la inadmisibilidad de la acción de repetición porque el pago había tenido lugar voluntariamente, es decir, con conocimiento de la nulidad que afectaba a la contra-escritura.

2 Id. Req. 11 Agosto 1845, *Planchenaud c. Houlliot*. S. 45. 1. 642.

3 Civ. 19 Abril 1852. *Dupuis c. Delamotte*, B. P. 52. 1. 105, S. 52. 1. 449: Civ. 26 Mayo 1856. *Lasserre c. Darrieux*, D. P. 56. 1. 377, S. 56. 1. 587; Req. 5 Noviembre 1856. Levraux c. Lefébvre, D. P. 56. 1. 397, S. 56. 1. 916; Civ. 10 Dic. 1878. *Francois c. Francois*. D. P. 79. 1. 8, S. 80. 1. 61; Civ. 13 Julio 1885, *Mari c. Stefani*, D. P. 86. 1. 263. S. 86. 1. 205, Amiens 7 Marzo 1893 y Req. 18 Marzo 1895. *Cons. Marquis c. Marquis*, D. P. 95. 1. 346. S. 95. 1. 11: Trib. civ. Sena, 11 Febrero 1897, y París, 29 Noviembre 1899, *Tremblay c. Raffaittin*, D. P. 0. 3. 2. 197. S. 01. 2. 121; Grenoble, 26 Junio 1907, Cons. *Berthon*, Delhomme S. 09. 2. 22; Nancy, 27 Enero 1894, *Cons Germain c. Vancher*, D. P. 95. 2. 93. S. 94. 2. 69. Se recordará que la Cámara civil (v. la sentencia de 13 Julio 1885), funda la nulidad, no sobre los arts. 1.131 y 1.133, sino sobre el 6. del C. c.

nal se opondría a la ley y consolidaría la situación creada por la contra-escritura. Estimaron sin duda que el mejor medio de luchar eficazmente contra estos contratos secretos, es conceder al *solvens* el derecho de que se le restituya lo que entregó [1], porque este derecho de repetición es causa de inseguridad para el cedente.

117. B) *Casos en que la jurisprudencia aplicó el adagio, que ya no aplica:*

1. *Sociedad de un oficio ministerial.*—La cuestión acerca de la validez de esta clase de sociedad ha sido muy discutida por los autores hasta la Ley de 2 de Julio de 1862, que implícitamente la puso término, dejando autorizados excepcionalmente a los agentes de cambio en las Bolsas (art. 75, E. Com.). En cuanto a la jurisprudencia, ha habido durante cierto tiempo en esta materia, divergencia de opiniones, actualmente desaparecida, entre las dos Cámaras de la Corte Suprema [2]. Mientras que varias sentencias de la Cámara de Apelación no admitían la demanda de restitución de los capitales entregados por uno de los asociados, fundándose en la máxima *Nemo auditur*, la Cámara civil, por el contrario, ha resuelto siempre que las aportaciones entregadas debían ser reembolsadas. La primera sentencia, dada por la Cámara civil, es de fecha de 15 de Enero

1 Por esta razón el art. 6.º de la Ley de hacienda de 27 de Febrero de 1912 declara nula y sin ningún efecto toda contra-escritura que tenga por objeto el aumento del precio estipulado en la cesión de oficio ministerial. Esta disposición no hace más que consolidar la solución admitida por la jurisprudencia, pero con aplicación al Derecho fiscal. Además, envuelve penalidades nuevas y ensancha los medios de prueba puestos a disposición del registro.

El art. 7.º de la misma ley declara igualmente nula y sin ningún efecto toda convención que tenga por fin disimular parte del precio de una venta de inmuebles o de una cesión de efectos comerciales o de clientela. Un fallo del Tribunal de Comercio del Sena de 31 de Marzo de 1914, *Feignier c. dme. Margerand et Norgelet, Gaz. Pal.*, 1914, 1. 683, ha resuelto que este texto no permitía a uno de los defraudadores invocar su propia *turpitudo* y hacer pronunciar la nulidad de la convención. Pero a esta solución la contradicen el texto de la Ley y los trabajos preparatorios.

2 Req., 9 Feb. 1852, D. P. 52. 1. 70, S. 52. 1. 190; Req., 31 Marzo 1869, *Lafaye c. Nast* S. 69. 1. 306. D. P. 69. 1. 452.

de 1855. *Margotteau c. Barrabé*, D. P. 55. 1. 5. S. 55. 1. 258; y la última de 25 de Enero de 1887, *Montfort c. Lanoë*, D. P. 87. 1. 465, nota de M. Poncet. S. 87. 1. 224 [1].

Después de esta época, la Cámara de Apelación ha aceptado el sistema de la Cámara civil, y ha resuelto en una sentencia de 11 de Diciembre de 1888, *Noe c. Deletang*. D. P. 90. 1. 342. S. 89. 1. 80, que la cantidad pagada como precio de la cesión de una parte de oficio de un corredor debe ser restituída.

2. *Efectos de complacencia.*—La jurisprudencia considera contraria al orden público e invalida la creación de letras de cambio con causas falsas, para hacer creer en un crédito imaginario o engañar a los terceros. En consecuencia ha establecido la demanda de repetición, formulada por el librado que ha pagado su valor o por el portador que las ha avalado y pagado con conocimiento de causa. Numerosas sentencias han rechazado estas reclamaciones, alegando que debían su nacimiento a hechos ilícitos [2], y la Cámara de Apelación de la Corte de Casación se ha pronunciado varias veces en el mismo sentido. Pero en una sentencia reciente de 21 de Marzo de 1910, *Soc. an. l'agenc. nation. c. Sallard* [3], ha abandonado esta opinión y resuelto que el librado tenía derecho de repetir contra el librador las sumas desembolsadas para ayudar a su crédito.

3. *Cesión de una concesión de ferrocarril sin consentimiento de la autoridad.*—La sentencia de la Cámara civil de 11 de Fe-

1 V. también Civ., 10 Dic. 1878, *Frrnçois c. François*, D. P. 79. 1. 8. S. 80. 1. 61, y Caen, 18 Enero 1888. *Montfori c. Lanoe* sobre remesa, S. 90. 2. 97, nota de M. Meynial. D. P. 88. 2. 319.

2 París, 16 Nov. 1888, *Seyboth c. Synd. de la Société de Fontvannes*, D. P. 88. 2. 253, S. 91. 2. 89, nota de M. Meynial; Req., 8 Junio 1891, *Prevotel c. Guillaume*. D. P. 92. 1. 336, S. 92. 1. 439; París, 13 Junio 1892, y Req. rej., 29 Nov. 1893, *Bauchet c. V.e Crespin et Dufallel*. S. 94. 1. 328, D. P. 94. 1. 63; Nancy, 2 Enero 1893. *Tempier c. synd. Vitu - Aubertin*. D. P. 94. 2. 172, S. 94. 2. 206; Douai, 22 Octub. 1895, y Req. rej., 27 Julio 1897, *Bremond c. Synd.* Casse. D. P. 97. 1. 607, S. 01. 2. 522; Burdeos, 10 Marzo 1903, Mondon c. Vigouroux. S. 03. 2. 243. Grenoble, 21 Mayo 1901. *Gagnaire c. Liquid. Biboud*. S. 03. 2. 214.

3 S. 13. 1. 297, nota de M. Naquet, D. P. 12. 1. 281, nota de M. Lacour, concl. de M. *l'av. conce. gen. Feulloley*.

brero de 1884, *S'ynd. de la Banq, franco-holand. c. de Constanten*, D. P. 85. 1. 99. S. 84. 1. 265, anula esta cesión como hecha en fraude de la Ley de 15 de Julio de 1845, y prescribe la restitución de las cantidades entregadas.

4. *Obligación contraída con un corredor matrimonial.*—Una sentencia de Besanzon de 6 de Marzo de 1895, *Nathan Wolf c. Grisey et Picard.* D. P. 95. 2. 223. S. 95. 2. 196, declara la nulidad y ordena la restitución del precio convenido, no obstante la máxima: *Nemo auditur...*

5. *Trabas a la libertad en las subastas.*—París, 12 de Junio de 1912. *Lect c. Grolsheiser. Gaz. Pal.* 12. 2. 33. Esta sentencia concede la acción de repetición al contratante que ha entregado cierta cantidad a una persona para determinarla a abstenerse de tomar parte en cierta adjudicación.

6. *Pacto por el cual un hermano obliga a su hermana a que le entregue una cantidad, y la promete, a su vez, valerse del ascendiente que tiene para con su madre, a fin de decidirla a hacer una donación-partición entre ellos.*—La sentencia de la corte de Poitiers de 28 de Diciembre de 1896. *Ep. Sage. c. Sabiraud.* P. F. 98. 2. 1 nota de M. Charmont, reconociendo el carácter ilícito de este pacto, autoriza, sin embargo, la acción de restitución, y rechaza la máxima: *Nemo auditur.*

7. *Asociación ilícita constituída entre un Notario y un particular para la adquisición en grande y la reventa al detalle de inmuebles.*—Dijon, 25 de Junio de 1884 y Civ., 14 de Mayo de 1888. *Court c. Maugras.* D. P. 88. 1. 487, S. 89. 1. 12. Estas dos sentencias conceden el derecho de repetición al asociado que ha adelantado cantidades en virtud de pacto social.

8. *Asociación para la venta de remedio secreto.*—Burdeos 27 de Julio de 1914 y Civ., 25 de Enero de 1921. *Cons Pesqui c. Lafargues. Gaz. Pal*, 19 de Marzo de 1921 [1].

1 A las resoluciones precedentes hay que añadir Rouen 24 Diciembre 1901. *Delamare c. Synd. Rochette* D. P. 02. 2. 397, S. 04. 237, que a propósito de la nulidad de la venta de una farmacia sin título, decide que la máxima *nemo auditur...* no está consagrada por ninguna ley; que las disposiciones del art. 1.131 la contradicen formalmente; que el orden público y las buenas costumbres están interesados en que se lleve adelante la acción de nulidad y que la obligación ilícita sea desprovista de toda eficacia.

118. C) *Casos en que la jurisprudencia continúa aplicando el adagio.*—El más importante de estos casos se refiere a los contratos sobre explotación de las casas de tolerancia. En esta materia hay muy pocas resoluciones en contra [1]; casi todas, y son muy numerosas, deniegan a las partes la acción en justicia, ya para reclamar las sumas entregadas, ya para hacerse restituir la posesión del inmueble que se ha explotado [2].

(Id. París 11 Diciembre 1903 *Petit c. Coppin.* S. 05. 2. 133; caso análogo).

N. B. No hemos hablado de operaciones de Bolsa sobre valores anotados, hechas por intermediarios distintos de los agentes de cambio. Estas operaciones son nulas, y la cuestión que se plantea es de saber si el donante puede reclamar la repetición de las sumas que pagó a su mandatario, habiéndolas entregado sin conocimiento de causa, es decir, en virtud de la operación, cuya ilegalidad conocía. Esta cuestión ha sido en otro tiempo muy controvertida; pero la jurisprudencia y la mayoría de los autores están hoy de acuerdo en negar la acción de restitución; Civ., 22 Abril 1855. *Joly c. Oudille* y 29 Junio 1885. *Crédito general franc. c. Becus,* D. P. 85, 1, 273; civ. 22 Mayo 1895, *Decamp. c. Rodrigues,* D. P. 97. 1. 49; Req. 9 Diciembre 1895. *Delphin c. Banq. de comerc.* D. P. 97. 1. 177, S. 97. 1. 385, nota de M. Wahl; Req. 20 Diciembre 1905, *Chavaroux Poyer c. Lavigne,* D. P. 07. 1. 285. S. 10. 1. 175; Civ., 9 Febrero 1910, *Marchand c. Bombars,* D. P. 10. 1. 455. S. 10. 1. 175.

¿Cómo justifican esta denegación los Tribunales?

La Corte de Casación ha recurrido sucesivamente a dos explicaciones. Primeramente, a una sentencia del Consejo de 24 de Septiembre 1742, art. 18; después, habiendo sido abrogada esta sentencia por la Ley de 28 de Marzo de 1885 sobre las ventas a plazo, la Corte de Casación fundó su solución en el art. 1.967 del C. c. que prohibe la repetición de las sumas perdidas en el juego (V. Req. 9 Diciembre 1895, Civ., 9 Febrero 1910, antes citados). Para justificar la denegación de la restitución, la Corte Suprema no invoca en esta materia el adagio *in pari turpitudinis causa*...

Hay, sin embargo, algunas sentencias que hacen referencia a esto. (V. nota Aix, 28 Febrero 1894, S. 97. 1. 388. En Req. 9 Diciembre 1895, ya citado). Cons. sobre esta cuestión, Lacour et Bouteron, *Compendio de Derecho mercantil,* núm. 1.605.

1 París 31 Mayo 1870. *Vilmain c. Leconte* S. 74. 1. 241; en Cas. y en nota; Trib. sup. del Imp. aleman, 1 Diciembre 1891. D. P. 93. 11; Aix. 28 Febrero 1923, *Gaz. Pal.* 1 Junio 1923.

2 Citemos algunas de las últimas resoluciones: Req. 1 Abril 1896, *Cons. Benoist c. Faivre.* S. 96. 1. 289, nota de M. Appert; Req. 17 Julio 1905. *Berthier c. Laprade,* D. P. 06. 1. 72. S. 1909. 1. 188; Amiens 1 Abril 1912. *Pariselle c. Remy. Gaz. Pal.* 1912. 2. 136. Algunas otras se muestran en

La Cámara civil tuvo ocasión de conocer, por última vez, sobre un caso de esta naturaleza el 15 de Diciembre de 1873, *Vilmain c. Leconte* D. P. 74. 1. 222. S. 74. 1. 421, nota de M. Dubois, resolviendo en su sentencia que el adquirente que ha abonado los efectos de comercio suscritos en pago del precio, no puede pedir su reembolso, porque solamente podría mantener su pretensión alegando la propia torpeza de la causa.

Si la Cámara civil entendiera de nuevo sobre uno de estos casos, estamos seguros de que no se retractaría, y rehusaría, una vez más la acción, como lo ha hecho varias veces después la Cámara de apelación. Quedamos convencidos de que no hay oposición, *en esta materia especial*, entre las dos Cámaras [1].

Fuera de los pleitos referentes a casas de tolerancia, no se encuentra en las grandes colecciones de la jurisprudencia durante una veintena de años, más que un número reducido de resoluciones que apliquen todavía la máxima: *In pari turpitudinis causa;* y casi todas estas sentencias han sido da-

extremo severas. Aix Bourges 13 Junio 1889, D. P. 89. 5. 329, a propósito del arriendo relativo a una casa de tolerancia, rechaza declarar la rescisión porque los contratantes son indignos de que les escuche la justicia; Alger 5 Mayo 1894. *Loumiet c. Gardon.* S. 94. 2. 302. En esta materia la Corte de Alger había dado primeramente una sentencia por defecto, el 15 Abril 1893. S. 94. 2. 211; por lo cual se declaraba inexistente el arrendamiento y el derecho del propietario, a volver a tomar su inmueble. A oposición del interesado, se retracta esta sentencia el 5 Mayo 1894, y se establece que siendo común la causa torpe, las pretensiones de ambas partes deben ser rechazadas; Caen 29 Julio 1874. *Mary c. Lemee* D. P. 75. 2. 127. S. 75. 2. 298.

Otras sentencias menos intransigentes autorizan al propietario para que entre de nuevo en posesión de su inmueble. París, 22 Diciembre 1899. ep *Martens c. Mazurier. Gaz. Pal.* 1900. 1. 132.

1 Las sentencias en virtud de las cuales la Cámara civil autoriza la repetición son las ya citadas de 11 Febrero 1884. S. 84. 1.265, D. P. 85. 1. 99, cesión ilícita de una concesión de ferrocarriles; 25 Enero 1887, D. P. 87. 1. 465. S. 87. 1. 224, sociedad de un oficio ministerial; 14 Mayo 1888, D. P. 88. 1. 487. S. 89. 1. 12, asociación ilícita de un Notario con un individuo.

Se cita también una sentencia de Civ., 5 Diciembre 1911, *Caron c. Leducq.* D. P. 13. 1. 120. S. 13. 1. 479; venta ilicita entre un carnicero y un veterinario municipal; pero esta sentencia no habla de la restitución.

Declara por el contrario simplemente la nulidad del contrato que la sentencia impugnada habia declarado lícito.

das con ocasión los contratos inmorales, de que tienen por finalidad la corrupción de los funcionarios, la defraudación del fisco, las sumas entregadas para hacerse acreedor a los favores de una mujer galante, y la explotación de las casas de juego [1].

Resumiendo: se deduce del examen de la jurisprudencia, que los Tribunales rechazan actualmente la aplicación del adagio *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*, tratándose de contratos cuyo objeto esté prohibido por la ley o sea contrario al orden público. No acceden a las demandas de repetición de las cantidades entregadas o de las prestaciones hechas, más que cuando tienen lugar en ejecución de contratos que juzgan contrarios a la moral.

1 Las principales decisiones aducidas por las Colecciones son en primer lugar tres sentencias de la Cámara de Apelación. Req. 4 Enero 1897, V.ve de *Jouffroy d'Albans c. Fernández*. D. P. 97. 1. 126, S. 98. 1. 309. Documentos suscritos en favor de una mujer galante, de los cuales varios habían sido pagados. La Cámara de Apelación declaró que la restitución de las sumas entregadas era debida, porque el firmante de los documentos los había pagado constreñido y forzado, a consecuencia de un embargo ejecutivo.

Lo que equivale a decir implícitamente, que habiendo sido voluntario el pago, la Corte habría denegado la restitución. Por tanto, no se traslúce bien la razón de esta distinción. Que hayan sido pagados voluntariamente o por fuerza, no quiere decir nada para que los documentos tengan o dejen de tener una causa inmoral. Req. 19 Julio 1910. *Sicard c. Frenaud*, S. 11. 1. 566, cesión del bufete de un Abogado defensor en Madagascar. La sentencia declara que la Corte de Tananarine juzgó acertadamente resolviendo que esta cesión era nula y que no había lugar a que las partes procedieran a regular las cuentas ni a establecer compensaciones: Req. 15 Marzo 1911, *Crespi c. Schneider*, D. P. 11. 1. 382, S. 11. 1. 447, denegación de la acción al intermediario que reclamaba a una sociedad las sumas entregadas a funcionarios de un Gobierno extranjero para obtener comisiones de aprovisionamiento a dicha Sociedad.

Puede citarse también: Aix., 14 Mayo 1908, *Soc. ferm.* Casinos de Niza c. Martín. S. 08. 2. 291, convención que tiene únicamente por objeto el juego. París, 13 Dic. 1903. *Haymam c. Radenac.* S. 05. 2. 206, sol. impl., tentativa de corrupción del funcionario; Trib. civ. Tarbes, 14 Marzo 1899, *Comte. c. Fould*, S. 00. 2. 219, D. P. 04. 2. 201, tentativa de corrupción electoral: Trib. comun Sena, 21 Junio 1896. *Bergere c. de Lagoanere*, S. 96. 2. 286, contrato de claque: *Contra* Paris 5 Abril 1900, las mismas partes. B. P. 03. 2. 279. S. 00. 2. 144.

Merece ponerse de relieve una postrer observación. Mientras que numerosas resoluciones de Tribunales o de Cortes de Apelación proclaman después del Código civil la abolición del adagio *In pari turp...* [1], semejante afirmación no se halla, por el contrario, en ninguna de las sentencias de la Cámara civil, que prescriben la restitución de las prestaciones verificadas en cumplimiento de contratos ilícitos [2]. Parece que la Cámara civil haya querido reservarse la facultad de poder aplicar en lo futuro, si la ocasión se presentaba a propósito de un contrato inmoral, el adagio tradicional.

119. *Derecho extranjero.*—Los Códigos europeos más modernos, el Código civil suizo y el Código civil alemán, ambos han conservado la regla: *In pari turpitudinis causa cessat repetitio*, dotándole de una base en extremo amplia. El art. 66 del Código suizo, *Derecho de obligaciones*, establece, en efecto que no ha lugar a repetición de lo que se ha dado para alcanzar un fin ilícito o contrario a las costumbres; y el art. 817, B. G. B., contiene una fórmula de no menor amplitud: «Siempre que el fin de una prestación sea tal que el beneficiario mediante su aceptación se ponga en contravención con una prohibición legal o con las buenas costumbres, el beneficiario debe pedir la repetición. Se excluye la repetición cuando semejante contravención cae de un modo idéntico de parte del autor de la prestación, a menos que ésta consista en contraer una obligación: la prestación realizada en cumplimiento de tal contrato no puede repetirse.»

1 V. especialmente Limoges 16 Abril 1845, S. 46. 2. 465; Caen 8 Enero 1888. *Lanoe c. Montfort*, D. P. 87. 1. 465, S. 90. 2. 97; Besanzón, 6 Marzo 1895 *Nathan Wolf c. Grisey y Picard*, D. P. 95. 2. 223, S. 95. 2. 196; Rouen, 24 Dic. 1901. *Delamare c. Synd. Rochette* D. P. 02. 2. 397. S. 04. 2. 237: Amiéns, 1.° Abril 1912. *Pariselle c. Remy*, *Gaz. Pal.* 1912. 2. 136; Aix: 28 Febrero 1923. *Bellieu c. ep. Luzi*, *Gaz. Pal.*. 1.° Junio 1923.

2 V. especialmente las sentencias de civ. 11 Febr. 1884, *Synd. banq. franco holand. c. de Constantin*, S. 84. 1. 265. D. P. 85. 1. 99; 25 Enero de 1887, *Montfort c. Lanoe*. D. P. 87. 1. 465. S. 87. 1. 224; 14 Mayo 1888, *Court. c. Maugras*, S. 89. 1. 12. D. P. 88. 1. 487; 25 Ene. 1921, *cons. Paslesqui. c. Lesfargues*, *Gaz Pal.*, 19 Marzo 1921. La Cámara civ. se contenta con declarar que lo pagado en cumplimiento de obligación nula, no es debido, y que lo que no se ha pagado sin ser debido, está sujeto a la restitución.

Entre los Códigos más antiguos, algunos contienen una disposición expresa que deniega la repetición cuando sea común la causa torpe.

Tales son el Código civil austriaco de 1811, cuyo artículo 1.174 priva del derecho de repetición al que a sabiendas ejecuta una prestación en cumplimiento, no sólo de un acto ilícito, sino también imposible; el Código civil portugués (artículo 622), el Código civil español (arts. 1.305 y 1.306).

Finalmente, el Código civil italiano, como el nuestro, no contienen ninguna disposición relativa a esta cuestión, pero la mayor parte de los civilistas italianos admiten, casi sin discusión el mantenimiento de la regla romana, que consideran como formando parte implícitamente de los principios generales del Derecho [1], y la jurisprudencia se apoya igualmente en la tradición [2].

SECCION SEGUNDA

Importancia de la causa después de la perfección del contrato y hasta que las obligaciones recíprocas han sido ejecutadas completa y regularmente.

§ 1.º La *exceptio non adimpleti contractus*.—§ 2.º Caso en que uno de los contratantes no puede ejecutar su obligación por acontecimiento independiente de su voluntad.—§ 3.º Del derecho de una parte a pedir la resolución del contrato, cuando la otra no ejecuta su obligación.

120. Hemos dicho que la causa influye sobre la suerte del contrato cuando el fin a que aspiraban las partes no se ha alcanzado; es decir, cuando las prestaciones recíprocas no han tenido ejecución completa y regular. Esto se concibe fácilmente, porque los efectos del contrato deben encaminarse a la realización del fin jurídico que cada parte se propuso. Sin esta

1 V. Roberto de Ruggiero. *Instituzioni di diritto civile*, vol. 2. § 82, p. 302; Giorgi, *Teoría delle obligazione*, vol. 5, ns. 134 y s. Ferrara. *Teoria del negozio giuridico illecito nel dir. civ. it.*, ps., 289 y s.

Algunos autores siguen la opinión contraria y sostienen la abolición del principio romano: V. Coviello. *Manuale di diritto civile ital.* Vol. 1. p. 405: en el mismo sentido Ruggiero. *Ob. y loc. cit.* en nota.

2 V. Jurisprudenza ital. 1897. 1. 569: 1905. p. 1. sec. 2. 281.

noción es imposible explicarse las tres reglas siguientes que constituyen las partes esenciales del mecanismo del contrato sinalagmático.

1.° Cuando las partes no han determinado el orden con que deben ejecutar sus obligaciones respectivas, esta ejecución debe tener lugar simultáneamente. Una de las partes no puede, pues, exigir la prestación que se le prometió, si al mismo tiempo no promete cumplir la que le incumbe.

2.° Si una de las partes se halla impedida por caso fortuito o fuerza mayor de cumplir su obligación, la otra queda liberada de cumplir la suya.

3.° Finalmente, cuando una parte no ejecuta su obligación, la otra puede pedir ante el Juez resolver o rescindir el contrato.

Vamos a estudiar sucesivamente estas tres reglas fundamentales [1].

1 Nos atenemos a estas tres reglas esenciales, pero la noción del fin explica del mismo modo otros efectos vinculados por la ley a las relaciones sinalagmáticas, en especial la teoría de la garantía por causa de evicción, a la que tendremos ocasión de referirnos en el § 3; así también el privilegio del vendedor sobre la cosa vendida (art. 2.102, 4.° y 2.103 1.°), el del arrendador de inmuebles sobre los muebles existentes en los lugares alquilados (art. 2.102, 1.°), el del transportador sobre la cosa transportada (art. 2.102, 6.°), el del fondista sobre los efectos del viajero (art. 2.102 5.°), el de los arquitectos y empresarios sobre la *plus valía* dada al inmueble por los trabajos (art. 2.103, 4.°). basan su razón de ser en que el vendeder, el arrendador, el transportador, etc., tienen principalmente por mira el pago del precio del alquiler del transporte, etc,, y que, por consiguiente, es preciso, para respetar esta voluntad, garantir el pago de su crédito.

Para justificar estos diversos privilegios, acuden los autores a diversas ideas: la de constitución tácita de prenda, o la de llevar un valor al patrimonio del deudor. Pero estas son explicaciones artificiosas y frágiles. La verdadera razón de estos privilegios está en que el crédito tiene su origen en un contrato sinalagmático, y el acreedor no ha ejecutado su obligación sino en vista de obtener el pago prometido; el respeto del contrato exige en principio que no quede expuesto a la insolvencia del deudor,

§ 1.º—*De la excepción «non adimpleti contractus».*

I. Breves nociones históricas. - II. Fundamento jurídico de la *exceptio non adimpleti contractus*. III. De su ámbito de aplicación. 1.º Comparación de la excepción con el derecho de retención. 2.º Campo de aplicación de la excepción. *A*) Se aplica con ocasión de la ejecución de las obligaciones engendradas por los contratos sinalagmáticos. *B*) Las partes pueden prescindir de su aplicación. *C*) Hechos de inejecución que autorizan a uno de los contratantes a incoar la excepción. *a*) Distinción entre obligaciones principales y accesorias. *b*) Distinción en cuanto a las primeras entre inejecución total y parcial.

121. I. *Breves nociones históricas.*—Esta excepción consiste, como hemos ya expuesto, en el derecho que tiene una parte de no realizar la prestación que prometió, en tanto que la otra no ejecuta la suya. Dijimos en el cap. II que este medio de defensa no le fué desconocido al Derecho romano, si bien no llegara a percibir claramente todas las consecuencias que lleva consigo la concesión de obligaciones a que da lugar el contrato sinalagmático.

Pero el sentimiento de equidad, tan vivo entre los juristas de la época clásica, les condujo a hacer las aplicaciones más urgentes de esta regla en la venta, el arrendamiento y la sociedad. Así especialmente, varios textos declaran que si el vendedor reclama el pago del precio antes de entregar la cosa, o si el comprador por su parte pretende hacerse entregar aquélla antes de abonar el precio, puede oponer el requerido a esta demanda una excepción derivada del hecho de que el demandante no ha ejecutado su obligación [1].

M. Cassin, en la notable tesis que dedicó a esta excepción, ha trazado sus vicisitudes a través de los siglos [2]. Nos basta con resumir brevemente su desarrollo.

1 Ulp. D. 19. 1. *de act. emp.* y *v.* 13 § 8 y 25, *de aedil. act.* 31 § 8; cof. Scevola, D. 18. 4, *de hoered. vel. act. v.* 22; Paul, D. 44. 4, *de dol. mal. et met. exc.* 5, § 4: Gayo, IV, 126 a; Caracalla, C. 8. 4, de evict, 5. V. Cuq., *Manual*, p. 472; Girad, *Manual*, 6.ª ed., p. 544, 3 y 549. 2; Cassin, *De la excepción sacada de la inejecución en las relaciones sinalagmáticas.* Tesis, París 1914, p. 1, a 33.

2 Ob. cit., p. 42 y s.

El Derecho canónico, como dijimos en el precedente capítulo, fué quien abrió el camino, formulando el adagio *Non servanti fidem non est fides servanda*, adagio que sirvió de punto de apoyo a Bartolo [1] y a los postglosadores, a la vez que a los canonistas y civilistas, para explicar los textos del Digesto relativos a la denegación de la ejecución, para aislar una idea común y construir así la teoría de la *exceptio non adimpleti contractus*.

Esta elaboración quedó terminada en el siglo XVI, y los rasgos principales de la institución quedaron precisados.

Pero mientras que la *exceptio non adimpleti contractus* iba a ser, a partir de esta época, en los países vecinos de Francia, y singularmente en el Derecho germánico [2], norma incontrastable de aplicación a los contratos sinalagmáticos, regla que señalaron todos los pandectistas y que consagraron los Códigos más modernos (C. c. alemán, art. 320 y s. 348; C. c. suizo, *Derecho de obligaciones*, arts. 82 y 83) [3], en Francia, por el contrario, corre muy distinta suerte. Acogida en un principio por los romanistas y admitida por la Jurisprudencia, especialmente por la de los Tribunales del Mediodía, sufre, a partir del siglo XVI, eclipse casi completo, y no se habla más de ella ni en las obras de los juristas ni en las resoluciones de los Tribunales.

Esta desaparición obedece a que la escuela, cuyo jefe fué Cujas, tomó por misión desembarazar al Derecho romano del fárrago de la glosa y de restaurarle en su pureza primitiva. Y como en ninguna parte los textos hacen mención de esta excepción, Cujas no trata de ella, cuidándose bien de aplicar, por vía de analogía, los fragmentos del Digesto, que permiten, ya al vendedor, ya al comprador, oponer a la otra parte la falta de ejecución de la obligación [4].

A su imitación, ninguno de los sucesores soñó en deducir de estos textos un principio general aplicable a todos los con-

1 Bartolo, sobre la ley *Julianus*, § *offerre*, D. 19. 1, *de act. empt. vend.* 13 § 8.

2 V. *Allgemeines Preussische Landrech*, de 1774, 1.ª parte, título 5, art. 271, y título 11, art. 1.040.

3 Comparar el art. 1.052 del Cód. civ. austriaco.

4 V. Cassín, *ob. cit.*, ps. 86, 87.

tratos bilaterales, y la expresión de *exceptio non adimpleti contractus* dejó de emplearse por los autores. Así por la influencia del renacimiento de los estudios de Derecho romano, este medio de defensa quedó restringido a los casos de aplicación que se hallan en las leyes romanas. El mismo Doneau, que a diferencia de su contemporáneo Cujas es un constructor, ignora la expresión de *exceptio non impleti contractus*, y se contenta con enunciar los casos en que el demandado puede oponer la excepción de dolo. Su obra ha sido en esta materia de escasa utilidad para el derecho alemán [1].

Por su parte, la jurisprudencia de los Parlamentos de costumbres no ha concedido a esta excepción una importancia mayor. Así no permitía al comprador amenazado de evicción, negarse a verificar el pago del precio, a no ser en el caso de que la perturbación fuera inminente [2].

Por lo demás, si nuestros antiguos autores no dedican un espacio en sus obras a la *exceptio non adimpleti contractus*, sería un error creer que desconocieran completamente su importancia y que no se dieran cuenta del origen común de las aplicaciones que de ella encontraban en el Digesto. La regla de los correlativos, de que hablamos a propósito de la historia de la

1 De todos nuestros autores antiguos, el que prestó más atención a esta materia fué el presidente Favre. No sólo trae en su Código varias sentencias del Senado de Chambéry dadas en su tiempo, aplicadas a las ventas, cesiones y transacciones (*Codex*, 4, XXXIII (49) *de a. e. v., definiciones*, V. VI. XI; 8. XXXI (44) *de evict. defin.* I. V. X. XIV. XXIII. XXXIX; 8, XXIV (35) *de except, defin.* XLIII), sino quea veces insiste sobre el vínculo que une las obligaciones del vendedor y las del comprador. Declara especialmente que el precio es la *condición* de la obligación del vendedor de entregar la cosa, y concluye que el comprador no puede pedir la entrega, más que a condición de haber pagado el precio en su totalidad, porque toda condición es por naturaleza indivisible. *Rationalia ad Pandectas*, D. 18. 4, *de hared. vel. act. vend*, 22. V. también D. 18. 1. *de contr. empt.* 78. § 2; 19. 1. a. e. v. 13. § 8 y 25. Por otra parte explica que la imposición del cumplimiento por los Tribunales se justifica ante la idea de que a un contratante no se le puede privar de una ventaja del contrato sin la cual no habría contraído. *Codex* 8. XXXI (44) *de evict. def.* XXIII, nota 4. La relación de causalidad se encuentra aquí claramenteafirmada.

2 V. Bourjon. *Derecho común de Francia*, L. 2, t. II, cap. 4, sec. 3.

causa [1], nos suministra una prueba cierta de lo contrario. Y Domat en algunas líneas llenas de enjundia, expone a la perfección la importancia y la razón de ser de esta excepción: «En todas las convenciones, dice [2], siendo *la obligación de una parte el fundamento de la de la otra*, el primer efecto de la convención es que cada una de ellas pueda obligar a la otra a ejecutar aquello a que se comprometió, realizando ella, por su parte, su obligación, según que ambas se hayan obligado por el contrato, ya sea que la ejecución deba tener lugar por ambas partes simultáneamente, como cuando se concierta en una venta que el pago del precio seguirá a la entrega de la cosa, ya sea que la ejecución deba preceder por una parte» [3]. En este párrafo no sólo enuncia Domat el principio mismo de la ejecución simultánea, sino que explica cómo este principio se desprende de la naturaleza del contrato sinalagmático, es decir, de la causa de cada obligación.

Y del mismo modo Pothier, en dos breves pasajes, generalizando las aplicaciones tradicionales, sienta que en todo contrato sinalagmático las obligaciones deben ejecutarse al mismo tiempo [4].

Con todo, en nuestros antiguos civilistas no hay más que notables incidencias, rasgos fugaces de luz. En ninguna parte se encuentra en las obras de nuestros jurisconsultos de los siglos XVII y XVIII una exposición sistemática de la norma y de sus efectos.

1 V. *supra*, n. 72.

2 *Leyes civiles*, l. 1, T. I, sec. 3, § 2.

3 V. también el § 3 *eod. loc.* «Si no estando cumplida todavía la convención, o habiéndolo sido solamente por una parte, sucede un cambio que debe suspender la ejecución, o lo que resta por hacer, debe sobreentenderse a base de la voluntad tácita de las partes que la ejecución ha de ser suspendida hasta que desaparezca el obstáculo. Así el comprador que después de la venta descubre un peligro de evicción antes de pagar el precio, no estará obligado a pagar hasta que haya adquirido seguridad».

4 «En los contratos sinalagmáticos se presume que cada parte no quiere cumplir su obligación hasta tanto que la otra haya hecho lo mismo». (Venta n. 324). «En todos los contratos y cuasi contratos sinalagmáticos una parte no tiene derecho a reclamar de la otra que cumpla su obligación si no está dispuesta ella misma a hacer lo propio». *(Del cuasi contrato negot. gest.*, n. 226 al 2.)

122. Esto nos explica que el Código civil haya guardado silencio acerca de la *exceptio non adimpleti contractus*, y se haya contentado con reproducir aplicaciones tradicionales a propósito de la venta, en los arts. 1.612, 1.613, 1.651, 1.653, y en el 1.704 sobre el cambio.

Pero estos textos son muy significativos. Puede decirse que enuncian en términos claros para el más usual de los contratos sinalagmáticos, el principio de la ejecución simultánea. Los dos primeros autorizan al vendedor a no verificar la entrega si el comprador no paga el precio, y más aún, si se le ha concedido una moratoria para el pago y el comprador ha caído en insolvencia o quiebra.

Y el art. 1.651, volviendo sobre esta obligación del comprador, declara en términos precisos, que si nada se ha pactado sobre esto, el comprador debe pagar en el lugar y *en el tiempo* en que debe verificarse la entrega [1].

Finalmente, el art. 1.653 permite al comprador suspender el pago del precio cuando ha sido perturbado o tiene motivos fundados de que lo será por una acción ya hipotecaria ya de reivindicación [2]. En cuanto al art. 1.704, establece que si en la permuta una parte ha recibido la cosa dada en cambio, y prueba en seguida que la otra no es propietaria de la cosa, no puede ser obligada a entregar la que prometió, sino solamente a devolver la recibida.

1 V. sobre la aplicación del art. 1.651. Req. 15 Enero 1919. *Doussot c. Entrepot metall. Troyen, Rec. Gaz. Trib.* 20. 1. 40., que rechaza la apelación contra una sentencia de Rouen de 10 Enero 1917, resolviendo que el art. 1.651 debe aplicarse cuando las partes no han excluído expresamente su aplicación. Por consiguiente, el comprador de mercancías no debe pagar el precio hasta tanto que le han sido expedidas, porque debe presumirse que la obligación de pagar el precio se ha subordinado a la condición de que la mercancía haya sido expedida.

2 Los autores ven ordinariamente en los arts. 1.612 y 1.613, una aplicación del derecho de retención. Pero esta explicación, plausible todavía en estos dos textos, no se acomodaría bien a los arts. 1.651 y 1.653. El derecho de retención, en efecto, supone que una persona tiene en sus manos la cosa de otro.

Ahora bien: no es este el caso del comprador que rehusa pagar el precio. Para explicar estos textos hay que recurrir necesariamente a la *exceptio non adimpleti contractus*.

Los intérpretes, por su parte, no han concedido ningún espacio en sus comentarios a esta excepción [1]. Según ellos, los artículos antes citados no son más que aplicaciones del derecho de retención.

Los trabajos de Saleilles han sido los primeros en atraer la atención sobre la regla de la ejecución simultánea de las obligaciones sinalagmáticas [2]. A él se debe la introducción en nuestro engranaje jurídico de la excepción *non adimpleti contractus*, y a imitación suya, los civilistas, reconociendo la exactitud de su punto de vista, admiten hoy que la simultaneidad de la ejecución se halla impuesta por la naturaleza del contrato sinalagmático [3].

123. Si consultamos la jurisprudencia, veremos que un gran número de sentencias se inspiran en esta regla, pero los autores no hablan de *exceptio non a. c.* [4].

La cuestión se presenta casi siempre ante los Tribunales con motivo de la entrega de cosa material, y los Tribunales autorizan al demandado para retenerla hasta que su ad-

1 Laurent ha sostenido también, T. XXIX, n. 293, en contra de los autores y de la jurisprudencia de su país, que permanecieron fieles a la teoría de los postglosadores, V. Bruselas, 10 Julio 1878, Pas. belg. 78. 2. 300; 8 Mayo 1907, Pas. bel. 07. 2. 215), que el derecho de retención es un derecho excepcional, que no puede aplicarse fuera de los casos previstos por la ley, y singularmente en los contratos sinalagmáticos. V. en el mismo sentido de Decker, *Estudio sobre el derecho de retención*, Bruselas, 1909, que sostiene que la regla de la ejecución simultánea no existe en el Derecho francés, pero esta tesis no ha prosperado.

2 Saleilles, *Teoría general de la obligación*; ns. 168 a 171. *De la denegación del pago por inejecución del contrato.* Anales de Derecho mercantil, 1892-1893.

3 Baudry Lacant. y Barde, *Obligaciones*. T. II, ns. 963 y s, Planiol, 7. ed. T. II, n. 949; Ambrosio Colín y Capitant, T. II, ps. 135, 278, 314, 315; Huc. T. VII, n. 167; Larombiere T. III, art. 1.184, ns. 12 y 1.186, n. 37; Charmont, *Rev. crit. de legisl.* 1899, p. 68; Cassin, *ob. cit.* ps. 127 y s.

4 M. Cassin, ob. cit., ps. 414 y s., ha puesto de relieve algunos fallos que invocan expresamente el principio de la ejecución simultánea, especialmente Trib. civ. Sena, 8 Febrero 1899; *La Cocarde c. Georges Duval*, El derecho, 9 Febrero 1889; Trib. civ. Lyon 24 Marzo 1900, Mon. jud. Lyon 13 Abril 1900; Trib. civ. Bourges, 19 Junio 1911, *Couturier Mouton, c. V.ve Blouzard Rec. Gaz. Trib.* 1911, 2.ª sem. 2. 179.

versario no ofrezca pagar lo que debe en virtud del contrato [1]. Hay, por tanto, cierto número de sentencias que invocan la conexión o correlación de las obligaciones originadas por los contratos sinalagmáticos [2].

No es este el lugar adecuado donde estudiar las condiciones requeridas para que pueda oponerse la excepción *non a. c.;* nuestro objeto es investigar simplemente, indagar cuál es el fundamento jurídico del principio que ella sanciona, a fin de delimitar su campo de aplicación.

124. II. *Fundamento jurídico de la exceptio n. à. c.*—Ordinariamente los civilistas no plantean esta cuestión; afirman simplemente el principio, sin indicar su razón de ser, o bien se contentan con aducir vagas consideraciones de equidad evidentemente insuficientes, porque la equidad es el fondo común en que todas las instituciones jurídicas hunden sus raíces, y que por lo mismo no permite diferenciarlas.

1 Cuando se estudian los casos muy numerosos en que la jurisprudencia concede al demandado en virtud de la acción de restitución de una cosa, el derecho de retenerla hasta el pago de lo que le es debido, se observa que se divide en dos grupos, uno de los cuales comprende todos los casos en que los litigantes se hallan obligados recíprocamente (derecho de retención del mandatario, acreedor de su retribución sobre las cosas de propiedad del mandante, del arquitecto sobre sus obras, del artesano sobre la cosa que ha reparado, etc.), y el otro comprende las hipótesis en que no hay convención sinalagmática, sino simplemente crédito nacido con ocasión de la cosa detenida (*debitum cum re junctum)*, por ejemplo, el poseedor de buena fe de la cosa de otro, acreedor por los gastos que haya hecho (Besanzon, 17 Marzo 1897. *Comm. de Beaufort c. Boudot.* D. P. 98. 2. 211). Cons. *Ambrosio Colin y Capitant.* T. II, ps. 773 y s.

La evolución de la jurisprudencia ha sido magistralmente expuesta por Cassin, *ob. cit.*, ps. 150 a 189.

2 Rouen, 28 Dic. 1857. *Bouillod c. Vaudet*, S. 58. 2. 411; Caen, 31 Enero 1862, *Leture c. Lemaitre*, D. P. 63. 1. 472, S. 63. 1. 372. bajo Req. 8 Enero 1863; Req. 5 Enero 1876, *Willot c. Godet*, S. 76. 1. 104, sol. impl.; París, 9 Julio 1887. ep. *Syda c. Houterlard.* P. F. 88. 2. 1: Trib. civ. Sena 8 Feb. 1889, *La Bruyere c. Duval*, El derecho, 9 Febrero 1889; Civ. 5 Marzo 1894 de *Levis-Mirepoix c. Bertin*, D. P. 94. 1. 588. S. 97. 1. 74; Trib. civ. Berna, 23 Junio 1905. *Gautron et Bailly c. Lafont*, El derecho 10 Enero 1906: Dijon, 1.º Julio 1909. *Frigarol c. Terrasson, Gaz. Pal.* 09. 2. 419; Trib. civ., Bourges, 9 Junio 1911. *Conturier Mouton c. V.ve Blonzard, Rec. Gaz.* Trib., 1911. 2. sem. 2. 179; Riom, 6 Julio 1912, *Dame Faure c. Bellain Gaz. Pal.* 12. 2. 142.

Es, pues, indispensable avanzar más en la investigación, a fin de descubrir las razones que justifican la esencia de la institución y determinan sus caracteres. Ahora bien, por lo que respecta a nuestra excepción, hay que buscar su origen en el acto de voluntad de las partes contratantes. Este acto, como hemos demostrado, no consiste solamente en el hecho de obligarse, es decir, en el consentimiento, sino que se compone igualmente de la intención de alcanzar un fin jurídico determinado, es decir, de obtener la ejecución de la prestación prometida en cambio de la obligación que se contrajo. Además sería violar la voluntad del contratante si se le constriñera a entregar lo que prometió, sin recibir la contraprestación con que contaba. Y por esto tiene derecho a responder a la demanda de su adversario lo siguiente: «Demandándome para que ejecute mi prestación, sin haber vosotros ejecutado la que prometisteis, violáis los términos de nuestro acuerdo, porque si yo me obligué a una prestación, fué a condición de que cumplierais la vuestra». Así, pues, la ejecución simultánea es la consecuencia necesaria de la idea de causa [1]. Esta explicación tan simple y evidente es la que nos da Domat en el lugar ya citado de sus *Leyes civiles:* «En todas las convenciones (sinalagmáticas), siendo la obligación de una parte el fundamento de la recíproca, el primer efecto de la convención es que cada uno de los contratantes puede obligar al otro a ejecutar aquello a que se comprometió, cumplien-

1 «El que compra, promete ciertamente el precio, pero no jura, y simplemente lo promete porque quiere, por medio de su pago, adquirir mercancías. Precisamente para alcanzar este fin, y de ninguna manera antes de estar seguro de conseguirlo, consiente en pagar y en obligarse al pago. El vendedor no puede simplemente decir: «el demandado ha prometido pagarme 100»; es preciso que pruebe que el pago no conduce a un resultado contrario a la voluntad del demandado y que, por consiguiente, la causa se halla realizada o va a serlo por su propia prestación». *Schlossmann. Zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge*, p. 43. V. también *ibid*, p. 48: «Una consecuencia de la teoría de la causa es que, en virtud de la *exc. non, a. c.*, que en las fuentes sólo se trata al hablar de la venta, y actualmente se extiende, con razón, a todos los contratos sinalagmáticos, la prueba de la ejecución de su propia obligación incumbe al demandante, sin que tenga que probar el demandado que su adversario debe ejecutar el primero su obligación, o que la ejecución debe verificarse por partes.

do su promesa». Domat no se contenta sólo con enunciar el principio de la ejecución simultánea; indica además su razón de ser, consistente en que la obligación de una parte es el fundamento o la «causa» de la de la otra.

En nuestros días Saleilles, a su vez, afirma esta filiación en su magistral estudio sobre la *Teoría general de la obligación*, número 171: «En el contrato sinalagmático, dice, no son solamente dos deudas conexas, sino dos deudas, *cada una de las cuales es la causa jurídica de la otra;* así, pues, no es por hacerle un favor, o porque lo exija la equidad, el que se permita al deudor de una parte no cumplir su obligación, si la otra no le ha prometido el pago de la suya, sino en virtud de un derecho que nace del mismo contrato» [1].

En vano M. Decker [2] combatió esta filiación sosteniendo, por el contrario, que la regla de la ejecución, parte por parte, es incompatible con la idea misma del contrato sinalagmático. Según él, lo que hay de correlativo en un contrato sinalagmá-

1 Del mismo origen deriva Cassin la *excep. non. a. c.* (p. 421 y s.), si bien expresamente no la relacione con la noción de causa. Pero en el fondo, a la causa se refiere cuando dice que la excepción tiende a mantener el equilibrio ya creado por los interesados el día en que asumieron obligaciones recíprocas y correlativas, y cuando hace notar que la relación sinalagmática constituye un todo que no puede destruirse al arbitrio de las partes. Sólo que, a nuestro parecer, no separa suficientemente la primera noción que explica estos efectos. Así siente la necesidad de reforzar esta idea un poco vaga de equilibrio con la equidad, viendo en el artículo 1.134 al. una emanación de ella. Resulta, por lo tanto, que, lógicamente, es llevado a atribuir a la excepción un campo más vasto que fuera conveniente, si se inspirara únicamente en la voluntad de los contratantes. Comparando la excepción *non a. c.* y la acción resolutoria, observa M. Cassin que la igualdad de las partes *durante la ejecución* asegurada por la excepción es menos importante que la igualdad garantida por el art. 1.184. «¿Qué importa, dice, el orden seguido por las partes al verificar las prestaciones, si el fin perseguido por ellas se ha cumplido?» A este razonamiento se responde que la resolución del contrato no se extiende a todo lo que quiere el contratante; es tan sólo un remedio extremo, destinado a impedir que el contrato quede a medias ejecutado. Lo que antes que nada quiere el contratante es obtener lo que se le prometió; solamente cuando no lo obtenga se contentará con la resolución. No es, pues, exacto decir que la excepción es inútil existiendo la acción resolutoria.

2 *Ob. cit.*

tico son las obligaciones, no las prestaciones: «Decir que la falta de ejecución de su prestación impide a una parte exigir la prestación de la otra, es lo mismo que decir que su derecho reposa, no en la misma convención, sino en el hecho de cumplir lo que ella prometió; en otros términos, que la fuerza del contrato nace, no ya del concurso de la voluntad de los contratantes, sino de la *realización* material de esta voluntad. Proposición contradictoria en sus términos y que tiende a suprimir los contratos, al menos los contratos consensuales» (p. 25). Para destruir esta argumentación basta con fijarse en que el fin perseguido forma parte integrante de la voluntad de cada parte. La manifestación de voluntad es una e indivisible; separar la obligación de su causa es romperla, es desconocer, desnaturalizar la manifestación de voluntad y retroceder a la antigua concepción romana del contrato abstracto.

125. En nuestra jurisprudencia se encuentran cierto número de resoluciones que también relacionan con la teoría de la causa la denegación ejecutoria. La más notable es una sentencia de la Cámara civ. de 5 Marzo 1894 de *Levis-Mirepoix c. Bertin*, D. P. 94. 1. 508. S. 97. 1. 74. Se trataba de la inejecución parcial de un arrendamiento, por haber construído el arrendador diez años después de la fecha convenida una cochera que se había comprometido a edificar para encerrar los coches del arrendatario. Este último pedía que se dedujera del alquiler una cantidad equivalente a la privación del aprovechamiento del hangar durante los diez años. La Corte de Orleans, revocando un fallo del Trib. civ. de Vendome, que había rechazado la demanda, accede a la pretensión del arrendatario, porque el disfrute del hangar ha sido uno de los elementos que han influído en la fijación del precio del arriendo, y porque la *obligación del arrendatario, siendo correlativa a la del arrendador de entregar la cosa, carece de causa en la medida que ésta no se ha ejecutado.* Y la Cámara civil, rechazando la demanda del arrendador, reproduce a su vez el mismo argumento.

Del mismo modo, una sentencia moderna de la Cámara de Apelación de 20 Abril 1921, D. P. 22. 1. 181, acaba de resolver que la privación continua del aprovechamiento procedente de la inejecución de los trabajos que el propietario había sido

condenado a ejecutar, autoriza al locatario a oponerse a la demanda de pago de los alquileres, no siendo éstos sino la prestación recíproca del disfrute del inmueble alquilado.

Conviene también citar una sentencia de la Corte de Caen de 31 Enero 1862, *Leture c. Lemaitre*, D. P. 63. 1. 472. S. 63. 1. 372, bajo Cas.: Considerando que el arrendamiento, siendo un contrato sinalagmático en virtud del cual una parte no está obligada a cumplir sus obligaciones sino en tanto que la otra efectúa las suyas, sería contrario a los principios del Derecho no menos que a la equidad, obligar a Lemaitre a pagar sus alquileres a Laurent, si éste no había realizado los trabajos, que eran una condición del arriendo..., *resultaría que el tomador pagaría los alquileres sin habérsele dado su aprovechamiento, es decir, sin causa*, porque los alquileres en tanto eran debidos en cuanto se aprovechara de la cosa arrendada» [1].

Del mismo modo, una sentencia de la Corte de París de 9 Julio 1887, ep. *Syda c. Houtelard*, P. F. 88. 2. 1, resuelve que si el arrendador no ha cumplido las condiciones del arriendo, y si no se ha puesto al arrendatario en posesión de la cosa conforme al pacto establecido, *el crédito de alquileres carece de este modo de prestación recíproca.* Un fallo del Tribunal civil del Sena de 15 Marzo 1904, *ep. Ruhl. c. Bertrand y Soc. inmob. de* St. Enogat, El Derecho, 22 Junio 1904, afirma igualmente *que la obligación del arrendatario de pagar los alquileres, teniendo por causa el aprovechamiento que le proporciona el arrendador*, no existe hasta tanto que el arrendador no le proporcione el disfrute que le prometió [2].

1 La sentencia de la Cámara de Apel, que rechaza la demanda, 8 Enero 1863, reproduce el mismo argumento: «La facultad de inmovilizar los alquileres por el embargo del inmueble, otorgado a los acreedores inscritos, no puede ejercerse más que sobre *los alquileres debidos* por el arrendatario, *y éste no debe los alquileres* más que a condición de habérsele satisfecho por la otra parte lo que procediera, según las condiciones del contrato.

2 Podría citar todavía otras resoluciones en que la misma idea se halla expresada. V. especialmente Trib. civ. Sena, 23 Junio 1905. *Gautron et Bailly c. Lafont, Rec. Gaz Trib.* 1906, 1.er sem., 2. 165; Dijon, 1 Julio 1909; *Figarol c. Terrason, Gaz. Pal.* 09. 2. 419; Riom, 6 Julio 1912, *Dame*

Conociendo ya el fundamento sobre el cual descansa la excepción n. a. c., podemos intentar, basándonos en él, precisar el campo de aplicación de esta excepción y las reglas que la regulan.

126. III. *Campo de aplicación de la excepción.*—1.° *Comparación de la excepción con el derecho de retención.* En primer lugar hay que distinguirla bien del derecho de retención, con el que tiene gran parecido. Son dos instituciones que sirven de medio de defensa que puede oponerse a la reclamación del litigante para obligarle a pagar lo que debe. Parecen confundirse cuando se trata, por ejemplo, de un contratante que se opone a entregar la cosa que prometió. Así el art. 1.612, que permite al vendedor no entregar la cosa hasta tanto que el comprador haya pagado el precio, puede ser considerado indiferentemente como una aplicación bien de la excepción, bien del de-derecho de retención.

Sin embargo, a pesar de esta analogía, existen entre ambas instituciones diferencias características [1].

1.° En primer lugar el derecho de retención supone que una persona tiene en sus manos la cosa de otro, y que rehusa dársela porque se ha hecho acreedora de su adversario, con ocasión de esta cosa o de la misma relación jurídica.

Faure c. Bellain. Gaz. Pal., 12. 2. 142. Limoges, 24 Junio 1922. *Societ. des granit. francaises c. Perperot, Gaz. Pal.*, 4 Agosto 1922.

Se invoca con frecuencia contra el principio de la ejecución simultánea una sentencia de la Cámara de Apel. de 1 Diciembre 1897, *Davey, Paxnann c. Abadie*, D. P. 98. 1. 289. S. 99. 1. 174. Se trataba de contrato de suministro de energía eléctrica a un hotel. El proveedor había denegado la corriente bajo el pretexto de que el dueño del hotel protestaba a cada presentación de los recibos, y pretendía obtener una disminución en las facturas presentadas. La sentencia impugnada habiendo declarado que la Sociedad de alumbrado no podía por su propia autoridad romper el contrato, y que debía, por tanto, continuar el suministro, la Corte de Casación aprobó esta resolución y rechazó la demanda. Pero conviene anotar: 1.° Que no se trataba, propiamente hablando, de la inejecución de las obligaciones del arrendatario, porque éste contradecía la extensión de su deuda. 2.° Que la Corte de Casación encauzó mal la cuestión llevándola al terreno de la rescisión. Estas dos observaciones quitan, creemos, todo valor de principio a esta sentencia.

1 V. una comparación más detallada de estos dos derechos: *Cassin, ob. cit.*, p. 180 y s.

La *exceptio non a contractus* puede invocarse por el contratante, cualquiera que sea el objeto de la obligación, es decir, no sólo cuando está obligado a entregar una cosa material, como el vendedor, sino también cuando su obligación consiste en entregar cualquier cosa de su pertenencia, o una cantidad de dinero, como en el caso del arrendatario o del comprador (artículo 1.653) o aun en el de hacer o no hacer alguna cosa. El principio de la ejecución simultánea se aplica, en efecto, a todas las obligaciones originadas por los contratos sinalagmáticos, cualquiera que sea su objeto [1].

Ahora bien, es evidente que en estos últimos casos, es decir, cuando el *excipiens* rehusa pagar lo que debe, o hacer o no hacer lo que está obligado por el contrato, falta la condición requerida para el ejercicio del derecho de retención.

2.° Pero lo que es esencial y marca una separación bien definida entre las dos instituciones que comparamos, es su fundamento distinto y, por consiguiente, su dominio de aplicación diferente. Conocemos ya el fundamento del principio de la ejecución simultánea de las obligaciones de las partes. Consiste en la manifestación misma de la voluntad de quienes se unen por un contrato sinalagmático, queriendo cada uno obtener la prestación que el otro le prometió.

El derecho de retención tiene una base de más amplitud, y por eso más frágil. Se funda sobre una razón de igualdad que es preciso mantener entre los intereses opuestos del reivindicante y del detentador [2].

Para éste es, al mismo tiempo un medio de constreñir y una garantía de pago [3].

1 En semejante caso la jurisprudencia invoca el carácter sinalagmático de las obligaciones; V. las resoluciones citadas *supra*, núm. 126, o bien recurre a la idea de compensación entre deudas connexas (V. Cassin, p. 202 a 330).

2 Dejamos, pasándolo por alto, el derecho de retención en el caso de prenda (art. 2.082), lo mismo que en el de anticresis (art. 2.087), que cae dentro del objeto mismo del respectivo contrato.

3 La *exceptio n. a. c.* es también una garantía para el *excipiens*, porque es un medio de defensa que le permite obtener la ejecución de lo que se le debe. Así algunos autores alemanes sostienen, a pesar de la distinción precisa que el B. G. B. establece entre las dos instituciones, que la excep-

Sería, en efecto, injusto obligar al detentador a restituir en seguida la cosa, y a reclamar inmediatamente en justícia el reembolso de las sumas a que se ha hecho acreedor con tal motivo.

Además la consideración de equidad que explica y justifica el derecho de retención no es de aquellas que se imponen imperiosamente a la razón. En nuestra legislación moderna no tiene la misma utilidad que en el Derecho romano esta facultad de retención, y podría muy bien suprimírsela, sin que ello trajera consigo ninguna injusticia, y sin que surgiera ninguna laguna en nuestro sistema jurídico. En efecto el Derecho romano admitió el derecho de retención para suplir la falta de acción de reembolso de un tercer detentador que había hecho expensas en la cosa detentada. Este tercer detentador no podía emplear ninguna acción para hacer que se le pagaran las expensas, y por esta razón, a fin de evitar un enriquecimiento verdaderamente injusto del propietario se le concedió el derecho de retener la cosa hasta ver satisfehos sus desembolsos [1].

Pero hoy jurídicamente se sanciona todo crédito mediante

ción no era sino un caso particular de aplicación del derecho de retención (Cosack, *bürgerliches Recht.*, §86, pág. 303; Planck, *bürgerl. recht.* sobre el art. 273, reem. 1; Oertemann, *bürgerl. Gesetzbuch, Rechtder Schuldverhaltnisse*, § 273. 1; Stamler, *das Rech der Schuldverhaltuisse*, pág. 102). Pero esta opinión es combatida por Crome, *System des deuts bürgerl. Rechts*. T. I, § 124, p. 547. Y en efecto, si los dos medios tienden al mismo fin, no dejan de tener por eso una razón de ser diferencial. En el fondo la *excepc. n. a. c.* no es tanto una garantía como una consecuencia necesaria de la naturaleza jurídica del contrato sinalagmático.

Además el Código civil aleman y el Código civil suizo tratan con separación del derecho de retención (art. 273. B. G. B. art. 895 y s. C. c. s.) y de la excepción *n. a. c.* (art. 320 y s. B. G. B. y arts. 82 y 83. C. c. s. *Derecho de oblig.*). Ambos conceden al derecho de retención un campo de aplicación amplio; basta con que el crédito opuesto por el detentador haya nacido con ocasión de la misma relación jurídica que sirve de fundamento a su deudor (principio de connexión). Por el contrario limitan la excepción *n. a. c.* al dominio de los contratos sinalagmáticos perfectos. Sin embargo, el C. c. aleman la aplica por analogía al caso de rescisión de un contrato sinalagmático (art. 348).

1 V. Cassin *ob. cit.* p. 25 y s.

una acción ante los Tribunales. El detentador de cosa ajena tiene siempre el camino abierto para pedir el pago de su crédito; y el derecho de retención, para él, no es más que una garantía contra la insolvencia eventual de su deudor.

Ahora bien; toda garantía otorgada al acreedor de un deudor insolvente, se torna en perjuicio de los otros acreedores del mismo deudor, y hacen falta razones imperiosas para que el legislador pase sobre la regla de igualdad de trato y favorezca a un acreedor con detrimento de los otros.

Por esto los legisladores modernos están lejos de ponerse de acuerdo acerca del lugar que debe ocupar el derecho de retención. Los unos, más rígidos [1], le suprimen pura y simplemente, y solamente le conceden al acreedor prendario, porque en este caso, a diferencia de los otros, la retención se basa, no en una razón de equidad, sino en la voluntad misma de los contratantes. Otros le admiten en los casos en que juzgan que la equidad ordena la concesión [2]. Los hay, finalmente, que aceptan todas sus aplicaciones [3].

1 El Código civil austriaco de 1810 prohibía absolutamente el derecho de retención (art. 471). Ha sido modificado en este punto en 1916, y el nuevo art. 471 concede el derecho de retención a todo detentador por la garantía de su crédito para resarcirle de los gastos hechos con tal motivo, o repararle del perjuicio que se le ha causado.

2 Así el Código civil holandés (art. 630), el Cod. civ. ital. (arts. 706, 708, 709), el C. c. español (art. 452), el C. c. portugués (art. 498) deniegan expresamente el derecho de retención, al poseedor de mala fe. Sabemos que nuestra jurisprudencia lo deniega igualmente. V. *Ambr, Colin y Capitant*, T. II, p. 774.

3 Dijimos antes (p. 274, not. 1) que el C. c. aleman y el C. c. suizo admiten el derecho de retención en todos los casos en que existe una relación natural de connexión entre el crédito invocado por el que está obligado a entregar la cosa y su obligación (fórmula más amplia que el *debitum cum re junctum* que admite el Derecho francés). En materia mercantil el Derecho aleman y el suizo no exigen esta condición, y autorizan al comerciante, que se ha hecho acreedor de otro comerciante, a retener las cosas y efectos mobiliarios pertenecientes a este último, y llegados a su posesión por un acto lícito con ocasión de sus relaciones comerciales, aun cuando no exista connexión entre el origen de la detención y el crédito reclamado. C. de com. alemán, art. 369, 371; C. c. suizo, artículo 895, 2.° al.

No hay que admirarse de que entre nosotros, poseyendo simplemente algunos artículos del Código que conceden el derecho de retención [1], hayan discutido mucho los autores acerca de si convenía interpretar restrictivamente estos textos, o por el contrario, aplicarlos por analogía a otras situaciones. En cuanto a nuestra jurisprudencia, se sabe que concede el derecho de retención siempre que hay *debitum cum re junctum*, y a veces se dan casos en que concede este derecho sin exigir esta condición; por ejemplo: mandatario no retribuído que no quiere restituir los objetos comprados por cuenta del mandante hasta el reembolso de sus anticipos.

Tales incertidumbres hay que achacarlas a que la base sobre que descansa este derecho no es sólida, y deja por lo mismo ancho campo al subjetivismo.

Completamente diferente es el principio de la ejecución parcial. Este se deriva de la voluntad misma de las partes, y no sólo es imposible hacer caso omiso de él sin desconocer la intención cierta de los contratantes, sino que es fácil determinar su campo de aplicación, inspirándose únicamente en esta voluntad.

127. 2.° *Del campo de aplicación de la exc. n. a. c.* — El principio de la ejecución simultánea se aplica solamente tratándose de la ejecución de las obligaciones originadas por contrato sinalagmático.

No tiene lugar esta aplicación si la voluntad de las partes la ha excluído regulando el orden en que las obligaciones recíprocas deben ejecutarse.

Finalmente, todo hecho de inejecución, cualquiera que sea, no autoriza a la otra parte a denegar su propia prestación. Hay que distinguir inspirándose siempre en la noción del fin perseguido.

Conviene desarrollar estas tres proposiciones.

128. *A)* La regla de la ejecución simultánea tiene por dominio exclusivo la materia de los contratos sinalagmáticos.

Es, como dicen Baudry, Lacant. y Barde, t. II, n.° 965, un

1 Arts. 570 C. civ. y 48 1.er al., C. de Trab.; 867, 1.948, 2.280, 1.er al. Código civil.

derecho inherente a la naturaleza misma del contrato sinalagmático.

Por lo tanto, cabe preguntar si no es conveniente ensanchar este dominio natural y comprender en él diversas relaciones que presentan analogías incontrovertibles, con las que produce el contrato bilateral propiamente dicho.

Por esto M. Cassin quiere aplicarlo [1]:

1.° A las relaciones nacidas de la anulación de un contrato sinalagmático ya ejecutado; 2.°, a los contratos unilaterales imperfectos; 3.°, a las relaciones sinalagmáticas incompletas y a los cuasi contratos; 4.°, a lo que él llama relaciones sinalagmáticas, creadas por la Ley o bajo la autoridad de la Ley (expropiación por causa de utilidad pública, retractos, tutela, etc.).

El Código civil alemán, art. 320, y el suizo, *Derecho de obligaciones*, art. 82, limitan, por el contrario, con exactitud, el campo de aplicación del principio a las obligaciones nacidas de los contratos sinalagmáticos perfectos, y el primero la extiende además como excepción a las restituciones impuestas por rescisión de estos contratos (art. 348).

Para apreciar la legitimidad de las aplicaciones propuestas hay que atender a la voluntad de los contratantes:

a) *Relaciones nacidas de la anulación de contrato ya ejecutado.*—La anulación de un contrato sinalagmático puede proceder de la voluntad de las partes, de su resolución o de su invalidez declaradas por los Tribunales.

a') En lo relativo a la rescisión convencional de un contrato ejecutado por ambas partes no se ofrece duda alguna. Ha tenido lugar entre los interesados un nuevo acuerdo de voluntades, un *distractus* sinalagmático como el primero, al que se aplica necesariamente la regla de la ejecución parcial [2].

1 *Ob. cit.*, p. 447 y s.

2 V. Civ., 27 Julio 1892. *Credit du Nord c. Synd. Ste. Paton.* D. P. 93. 1. 462, S. 93. 1. 67: «Considerando que las convenciones pueden revocarse por consentimiento mutuo de las partes, y que, por consiguiente, las partes deben restituirse todo lo que recibieron recíprocamente en cumplimiento de la convención revocada; que, finalmente, estas *restituciones que no son la una causa de la otra,* son en principio exigibles en el mismo momento...»

Y lo mismo hay que decir, sin duda alguna, para el caso en que las partes insertaran en el contrato una condición resolutoria, y afirmar que si la condición se realiza, las prestaciones verificadas por ambas partes deberán restituirse al mismo tiempo. Es la consecuencia necesaria del carácter sinalagmático del contrato, porque siempre en la intención de las partes la obligación de restituir tiene por causa la prestación recíproca debida.

Además tal solución está patrocinada por el art. 1.749 del C. c., que se refiere a la hipótesis en que el arrendador de un inmueble se ha reservado para cuando lo vendiera el derecho de expulsar al arrendatario, es decir, de resolver el arriendo. El art. 1.749 establece, en efecto, que el arrendatatario no podrá ser expulsado si no se le indemniza por el arrendador o, en defecto de él, por el nuevo adquirente, de los daños y perjuicios a que ascienda la privación causada [1].

a") ¿Debe admitirse la misma solución si el contrato se resuelve o anula por decisión judicial, a petición de una de las partes? Aquí es imposible acudir a la voluntad de las partes, porque el acuerdo queda destruído, reducido a la nada. No cabe aplicar, propiamente hablando, el principio de la ejecución parcial. Sin embargo, hay una razón de analogía muy atendible: es justo, equitativo, y cabe añadir que conforme a la intención de las partes, que las restituciones se hagan simultáneamente, para que cada uno vuelva a la situación anterior, y que los efectos del contrato sean absolutamente borrados sin pérdida

1 De aplicación los motivos de Civ. 27 Julio 1892 antes citados. ¿Debe estimarse igualmente como una aplicación de nuestra tesis el art. 1.673, que no permite al vendedor que ha usado de la facultad de retroventa, entrar en posesión de la cosa hasta haber hecho el reemplazo de todo lo que debe al comprador? No lo creemos así, porque como la jurisprudencia enseña, el contrato se resuelve, no por la sola manifestación de voluntad del vendedor, sino por la ejecución misma del rescate, es decir, por el reembolso del precio y de los demás accesorios. Este desembolso es el que resuelve la venta y hace pasar la propiedad del comprador al vendedor. Civ. 14 Enero 1873. *Vandwern de Damas c. Pagés*, D. P. 73. 1. 184, S. 73. 1. 134; Req., 19 Octubre 1904. *Vassal c. Cayla*, D. P. 07. 1. 426, S. 09. 1. 307. Sin embargo, el vendedor no está obligado a reembolsar efectivamente el precio si el comprador no consiente en devolverle la cosa.

por ninguna parte. Así debemos aprobar la extensión del principio de la simultaneidad a esta situación, en varias ocasiones operada por la jurisprudencia y especialmente por una antigua sentencia de la Cám. civil de 13 Mayo 1833, *Legros. c. Synd, Cefray*, S. 33. 1.668, según la cual, en el caso de la nulidad de la venta que acarrea la necesidad de la recíproca restitución del precio y de la cosa vendida, el vendedor tiene derecho de retener una suma del precio pagado equivalente al valor de los efectos y mercancías desaparecidos por culpa del adquirente [1].

b) *Contratos unilaterales llamados sinalagmáticos imperfectos.* — Ya sabemos que se designa con este nombre a contratos tales como el mandato no retribuído, el depósito, la prenda, el comodato, en los cuales una sola parte se obliga en su nacimiento, en su origen, pero después pueden quedar obligados el mandante, deponente, prestamista, constituyente de la prenda, si la otra parte ha hecho anticipos o se le han originado gastos con ocasión del contrato.

¿Pueden el mandatario, acreedor de sus anticipos (art. 1.999), el depositario (art. 1.948) [2], el acreedor prendario (art. 2.080

1 V. también Dijon, 18 Enero 1883, y Civ. 2 Junio 1886; *motivos, commen. de. Limanton c. Ferrand.* S. 90. 1. 379, D. P. 86. 1. 460; Pau, 30 Marzo 87 *epoux, Lahorgue c. Olympe Normande,* D. P. 88. 2. 209; el derecho del adquirente de un inmueble después de rescindida la adquisición, de exigir la restitución de las sumas que justifica haber pagado a cargo de su vendedor, tiene conexión con lo que obtiene en virtud del contrato; por consiguiente, posee facultad de retener la posesión del inmueble vendido hasta que se le haya satisfecho este crédito.

Puede también citarse Req. 26 Abril 1900, *Dame Girard c. Drouville,* D. P. 1900. 1. 455, S. 01. 1, 193, nota de M. G. Ferron, que a consecuencia de la anulación de un préstamo sobre prenda hecho a una mujer casada no autorizada, permitió al acreedor retener la prenda hasta el reembolso de las sumas prestadas a la mujer, y de las cuales ésta se había aprovechado. El préstamo sobre prenda es efectivamente un contrato sinalagmático, y la anulación del mismo produce para cada parte la obligación de restituir lo que recibió, porque desde este momento detienen sin causa. El hecho de que el incapaz no esté obligado a restituir más que el *in rem versum*, no modifica en nada el origen de su obligación. V. sobre esta sentencia Cassin, *ob. cit.*, ps. 164, 165.

2 Por lo que respecta al depositario, el art. 1.948 le concede el derecho de retener el depósito hasta el pago completo de lo que se le debe por el

2.º al.), el comodatario (art. 1.890), y los acreedores de las expensas de la cosa, invocar la *excep. n. a. c.*, para negarse a restituir lo que tienen en su poder, en tanto que no se les haya ofrecido el reembolso?

Respondimos ya a esta cuestión en el primer capítulo, exponiendo que la obligación, si bien engendrada por el contrato, no presenta vínculo de conexión con la que contrae el mandatario o el *accipiens*. En otros términos: el mandatario, el depositario, el acreedor prendario, el comodatario, no se determinaron a contratar para que les fueran desembolsados los gastos eventuales, que se vieron obligados a realizar. Evidentemente, no fué con miras a esta eventualidad por lo que se obligaron. No constituye la causa de su obligación el fin que al contraer les animaba. No es más que un efecto secundario, accesorio del contrato. Por consiguiente, no tiene aquí lugar para el principio de la ejecución simultánea; el solo derecho que el interesado puede alegar es el de retención propiamente dicho [1].

mismo; pero se trata de saber si este texto es una aplicación de la *exc. n. a. c.* o del derecho de retención.

1 En este sentido, como hemos dicho, se ha pronunciado el Código civil alemán (art. 273). Y los civilistas alemanes señalan precisamente en apoyo de esta solución, que la obligación eventual del mandante, del deponente, por el hecho mismo de ser eventual, no puede ser considerada como causa de la obligación de restituir que pesa sobre el mandatario o depositario.

La dependencia, dicen, que existe entre las obligaciones nacidas de un contrato sinalagmático perfecto, no se encuentra aquí. *(Dernburg, Bürgerl Recht,* T. II, § 91; *Planck,* T. II, p. 135; *Crome System des,* B. R., T. II, § 168).

M. Cassin ha defendido vigorosamente la opinión contraria. Para él la *excep. n. a. c.* abarca todas las relaciones sinalagmáticas que nacen de un contrato, de un cuasi contrato, como la gestión de negocios ajenos, o de la ley, como la expropiación forzosa por causa de utilidad pública, y la tutela. La verdadera razón que le determina a darle extensión, está en que si no se hace así, dice, hay que ensanchar sensiblemente la noción clásica del derecho de retención fundado en el *debitum cum re junctum*, es decir, en un lazo de conexión *objetiva* entre el crédito y la cosa detenida, y hay que admitir, como lo hace el Código alemán, un segundo tipo de retención, intermedio entre la *exceptio non a. c.* y el derecho de retención propiamente

B) El principio de ejecución simultánea no se aplica sino en tanto que la voluntad de los contratantes o la naturaleza misma del contrato no lo ha excluído [1].

Esta segunda proposición no necesita de larga explicación. El art. 1.612 del Código civil, contiene su más patente aplicación: «El vendedor no viene obligado a entregar la cosa si el comprador no paga el precio, y *el vendedor no le ha concedido una moratoria para el pago*».

Así, pues, el primer obligado a ejecutar su prestación, no puede, entiéndase bien, negarse a esta ejecución, a no ser que la otra parte no pueda hacer uso del beneficio del término otorgado, como lo prevé el art. 1.613, para el comprador que ha venido al estado de insolvencia o de quiebra.

dicho, para agrupar aquí todos los casos en que existe solamente conexión jurídica entre el crédito y la cosa detenida (mandatario que ejerce el derecho de retención sobre una cosa con ocasión de los gastos hechos por él sobre otras cosas que detiene en su poder todavía por efecto de su contrato o simplemente por el reembolso de sus anticipos). (Req. 13 Mayo 1861. *Bazire c. Surriray,* D. P. 61. 1. 328. S. 61. 1. 865, derecho de retención del obrero sobre las materias primas destinadas a ser adornadas, aun para el pago del precio de los objetos ya entregados por él: 10 Agosto 1870, *Alazet c. Julia.* D. P. 71. 1. 40. S. 70. 1. 398, derecho de retención del Procurador sobre los documentos confiados, hasta el completo reembolso de sus anticipos).

¿Pero por qué hacen de el *debitum cum re junctum* una *condición sine qua non* del derecho de retención? No olvidemos que basándose este derecho exclusivamente en una razón de equilibrio que es necesario conservar entre las pretensiones recíprocas de las partes, abarca por esto mismo un dominio sin límites fijados *a priori*, y que, por consiguiente, es susceptible de extenderse a todos los casos en que el Juez lo estime equitativo. Y denegando la jurisprudencia el derecho de retención en algún caso en que existe el *debitum cum re junctum* (por ejemplo, poseedor de mala fe), porque juzga que no ha lugar a poner en el mismo plano los intereses en conflicto, ¿por qué no extenderlo a situaciones en que solamente se da conexión objetiva, pero que la equidad ordena su aplicación? Además hemos dicho *(supra,* p. 275, n. 3) que el Derecho alemán y suizo admiten el derecho de retención en negocios de comercio, aun en los casos en que no existe conexión entre el origen de la detención y el crédito reclamado por el detentador.

De otro modo sucede con la excepción *n. a. c.,* que tiene base firme y bien delimitada.

1 Cons. *Cassin.* ob. cit., p. 530 a 555.

En compensación la parte que tiene derecho de exigir el cumplimiento prelativo de la prestación que se le prometió, puede, hasta tanto que esta prestación no se haya ejecutado, oponerse a realizar su propia obligación.

Lo mismo debe decirse si la naturaleza del contrato excluye la simultaneidad de la ejecución. Así, el mandatario retribuído no puede, salvo pacto en contrario, exigir el pago de sus honorarios mientras no haya realizado el cometido. De la misma manera el arrendador no tiene derecho a reclamar el alquiler del inmueble arrendado hasta tanto que haya proporcionado su disfrute. Pero, entiéndase bien, el arrendador tendría derecho a impedir el disfrute de la cosa desde que el arrendatario se constituyera en mora en el pago del alquiler [1].

Observación.—Conviene añadir que la *exceptio n. a. c.* puede alegarse cualquiera que sea la causa en virtud de la cual la otra parte haya dejado de cumplir su obligación. No hay que distinguir aquí entre la inejecución procedente de la mala voluntad o de la negligencia del deudor, y la que procede de fuerza mayor.

Esta sólución es una consecuencia indiscutiblemente del fundamento que sirve de apoyo a la excepción. Así, pues, si suponemos que en un contrato sucesivo una de las partes se halla impedida momentáneamente de cumplir su prestación por hechos independientes de su voluntad, y que la otra parte no quiere o no puede pedir la resolución del contrato, no hay duda de que, mientras dure la inejecución tendrá derecho a de-el cumplimiento de su propia obligación. Así, el patrón no vendrá obligado a pagar el jornal al obrero o al empleado impedido de trabajar por enfermedad. (V. *Aubry y Rau*, 5 ed. t. 5, § 372, p. 426, texto y nota 123 y 124). Tocamos aquí la materia de la supresión de los contratos sucesivos, de la que trataremos, al estudiar la cuestión de los riesgos.

129. Cualquier hecho de inejecución, sea el que sea, no autoriza a la otra parte a invocar la *exceptio n. a. c.*

Solamente inspirándose en la voluntad de las partes se pue-

1 V. Civ. 22 Febrero 1882. *Chemim de fer du Vieux Port de Marseille c. Sind. Bowles.* D. P. 82. 1. 396. S. 84. 1. 270.

den establecer las distinciones accesorias. Hay que distinguir, en efecto: *a)*, las obligaciones principales y las accesorias; *b)*, y en cuanto a las primeras, la inejecución parcial y total.

130. a) *Obligaciones principales, obligaciones accesorias.*— Aquí también hay que atenerse a la voluntad de las partes para explicar esta distinción. En efecto, no tienen todas las obligaciones asumidas por uno igual importancia para otro. Así, el vendedor, el arrendador, el obrero, se obligan para alcanzar el precio, el alquiler, el jornal. Del mismo modo, el comprador contrae, no sólo para hacerse propietario de la cosa, sino para obtener su propiedad pacífica y útil, y el arrendatario para disfrutar del goce tranquilo de los inmuebles alquilados.

Existen, por el contrario, obligaciones de orden secundario o accesorio, cuya ejecución no ha sido elemento determinante de la voluntad del contratante [1]. Hemos visto ya algunos ejemplos a propósito de los contratos sinalagmáticos imperfectos, y dijimos especialmente que la obligación del deponente de reembolsar los gastos hechos por el depositario, no era la causa que impulsó a este último a contratar. Del mismo modo, la simple inejecución por el arrendador o por el arrendatario de una cláusula accesoria del arriendo, no autorizará para denegar su cumplimiento. Supongamos, por ejemplo, que el locatario se ha comprometido a no introducir un perro en los lugares arrendados. La contravención de esta obligación accesoria no constituiría causa suficiente para permitir al arrendador que privara al arrendatario del disfrute de los lugares alquilados.

Aduciremos algunas resoluciones harto bien motivadas, que merecen aducirse como ejemplos.

En primer lugar, una sentencia de la Cámara de Apelación de 5 Enero 1876. *Villot c. Godet.* D. P. 76. 1. 267. S. 76. 1. 104. que dice así: «Considerando que en un contrato sinalagmático el incumplimiento por una parte de algunos de sus compromi-

1 Esto no equivale a decir, sin embargo, que la *exceptio n. a. c.* no deba admitirse más que en los casos en que procede la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones. En efecto, la denegación provisional del cumplimiento, no hay que olvidarlo, es un medio de forzar a otro a cumplir su obligación, es decir, a respetar el contrato. Es, pues, natura que los Jueces concedan más fácilmente la excepción que la resolución.

sos, no libera necesariamente a la otra de todas sus obligaciones, y que corresponde a los Jueces resolver, según las circunstancias, si este incumplimiento es lo suficientemente grave para llevar consigo semejante resultado.»

En este caso, el arrendatario se quejaba de que el arrendador no hubiera ejecutado ciertos trabajos de reconstrucción y de reparación, pero los Jueces comprobaron, como lo reconoce la Corte de Casación, *que el pago de los alquileres en la intención de las partes*, no se había subordinado al cumplimiento de dichos trabajos.

La Corte de Burdeos, 4 Junio 1896, *de Juge c. Cattier. Gaz. Pal.* 97. 1. 44., ha resuelto igualmente, «que si el arrendamiento es un contrato sinalagmático, y si el incumplimiento del propietario de sus obligaciones de arrendador puede autorizar al arrendatario para negarse a cumplir sus compromisos, y especialmente a pagar el precio del arriendo, sin embargo, es preciso que los agravios que se reprochen al arrendador, recaigan sobre puntos importantes y priven al arrendatario de parte considerable de la cosa arrendada».

131. b) *Incumplimiento total o parcial de una obligación principal.*—En principio el contratante puede negarse a realizar la prestación a que se había obligado, no sólo cuando la otra parte incumple totalmente la suya, sino aun en el caso que la haya ejecutado en parte [1]. Esta solución se deriva del fundamento mismo de la *exceptio n. a. c.*

En efecto, lo que quiere el contratante, es obtener la totalidad de las prestaciones del otro, y sería desconocer su voluntad obligarle a cumplir su obligación cuando solamente recibe una parte de lo que se le prometió. Así no hay duda de que el vendedor no está obligado a contentarse con el pago de una parte del precio, y que puede denegar la entrega de la cosa,

1 Esta cuestión del incumplimiento parcial ha levantado en Alemania muchas controversias. Cons. André, *die Einrede des nichterfüllten Vertrages im* heutigen gemeinen Recht, 1890; ps. 48 a 121: Saleilles; *Teorías alemanas sobre los derechos que en materia de contratos sinalagmáticos pertenecen en pago a la parte demandada cuando la otra parte falta a sus obligaciones. Anales de Derecho mercantil*, 1892, 1893; Casin, *op. cit.*, páginas 514 y s.

mientras el comprador no ponga a su disposición todo el precio. En el Código civil hay varios textos que así lo establecen. Está en primer lugar el art. 1.653, que permite al comprador suspender el pago del precio cuando ha sido perturbado o tiene fundados motivos de serlo por una acción hipotecaria o reivindicatoria.

Prueba este texto, que la sola entrega material de la cosa vendida, es decir, el cumplimiento de la parte principal de la obligación del vendedor, no es suficiente para privar al comprador del derecho de negar el pago del precio. Y, en efecto, lo que el comprador quiere, no es sólo recibir la posesión de la cosa, sino, entiéndase bien, tener la posesión pacífica y útil de ella. Así lo que el art. 1.653 llama perturbación, sin vacilación ninguna podemos extenderlo a los defectos ocultos de la cosa vendida, y afirmar que si el comprador descubre después de la entrega alguno de estos vicios, tiene igualmente derecho de suspender el pago del precio.

En efecto, el comprador que realizó ya el pago, puede, en semejante caso, si prefiere conservar la cosa viciada, mejor que devolverla, hacerse restituir una parte del precio. (Artículo 1.644.) ¿No es, por consiguiente, evidente, que si no ha efectuado el pago tendrá derecho a negarlo?

El art. 1.653 no es el único texto que autoriza la denegación del pago en caso de incumplimiento parcial de las obligaciones de la otra parte. Puede citarse también el art. 1.722, que refiriéndose a la hipótesis, en que la cosa alquilada perece en parte, permite al arrendatario reclamar, o una disminución del precio o la rescisión del contrato, según los casos. ¿No se deduce de este texto por argumento *a fortiori*, que el arrendatario que opta por lo primero tiene derecho a no pagar el alquiler hasta que la disminución se haya fijado al arbitrio del Juez?

La misma solución se deriva también del art. 1.726 que prevé el caso en que el locatario o arrendatario han sido perturbados en el disfrute de la cosa por una acción relativa a la propiedad del finado [1].

1 V. especialmente una sentencia de Orleans de 20 Abril 1889, S. 90. 2. 85: «Considerando que la obligación del arrendatario de pagar su al-

Finalmente, el art. 1.749 que autoriza al arrendatario expulsado por un adquirente a retener el inmueble en tanto que no se le hayan abonado los daños y perjuicios debidos por esta expulsión, es también aplicación de la idea de que el incumplimiento parcial permite al contratante invocar la *exceptio n. a. c.*

Además la inejecución parcial no permitirá siempre al *excipiens* conservar la totalidad de su prestación. Existen casos en que aquélla no justificará más que una denegación parcial del cumplimiento. Así, por ejemplo, la evicción con que se amenaza al comprador no concierne más que a una mínima parte del fundo adquirido, o bien la perturbación del goce de que se queja el locatario no afecta más que a una parte de los lugares alquilados. La denegación total del cumplimiento no tendría razón de ser. Conviene proporcionar el efecto de la excepción a la gravedad del acto de inejecución [1].

Finalmente, es evidente que tiene que tiene que haber un límite, y que todo hecho parcial de incumplimiento, por endeble que sea, no autorizará a la parte a prevalerse de la excepción. Ahora bien, no es posible fijar con alguna seguridad este límite, si no nos atenemos a la voluntad de las partes, es decir, al fin perseguido. Es necesario plantearse la cuestión sobre si el incumplimiento reprochado es o no de tal importancia que impida o pueda impedir la realización del resultado apetecido por la otra parte. A nuestro parecer este es el único criterio que ofrece suficiente seguridad para resolver definitivamente la cuestión de la admisión o no admisión de la excepción [2].

quiler, es correlativa de la del arrendador de proporcionar al locatario el goce útil y pacífico de la cosa arrendada; que desde que se percibe la perturbación en el goce de la cosa hasta tanto que se haga la reducción que proceda en beneficio del locatario, el pago del alquiler no puede exigirse, porque el *quantum* debido es indeterminado.»

1 En esto difiere también del derecho de retención, que es indivisible.

2 M. Cassin, que estudia esta cuestión en su tesis, no expone tal criterio. Se contenta con esta fórmula un poco vaga (p. 523): «Por regla general, la denegación del pago es posible, aunque el demandante haya realizado los hechos materiales del cumplimiento, si su prestación es imperfecta. La ejecu-

Pueden citarse, además, algunas resoluciones que han prescindido de la *exceptio n. a. c.* Una sentencia de Burdeos de 28 Junio 1831 de *Lestrade c. Coulombeix*. S. 31. 2. 334, resuelve que el comprador no puede denegar el pago del precio convenido cuando la perturbación recae solamente sobre una parte sumamente mínima de la cosa, y que el vendedor tiene en sus manos cantidades más que suficientes para indemnizarle en caso de evicción.

Del mismo modo, una sentencia de la Corte de París de 4 Julio 1868 *Flachenacker c. Quesnay*, D. P. 68. 2. 247. S. 68. 2. 304, deniega al arrendatario el derecho de retención de los alquileres debidos, porque continuó gozando de la mayor parte de los inmuebles alquilados.

§ 2.—*Del caso en que una de las partes está impedida de cumplir la obligación por acontecimiento independiente de su voluntad.*

I. Distinción entre el riesgo del contrato y el riesgo de la cosa.—II. Inejecución total. 1.° Contratos traslativos de propiedad (art. 1.138 C. c.); *A*) Precedentes históricos. *B*) Cómo debe interpretarse este texto. 2.° Contratos no traslativos de propiedad: *A*) (Arts. 1.722, 1.741, 1.788., 1.790 y 1.867 C. c. *B*) Aplicación de estos textos a los demás contratos, *C*) Cómo se verifica la rescisión del contrato.—III. Incumplimiento parcial e impedimento momentáneo de cumplimiento. 1.° Soluciones que se derivan de la idea de fin: *A*) Impedimento parcial. *B*) Impedimento momentáneo. 2.° Soluciones adoptadas por el C. c. y por la jurisprudencia: *A*) Obligaciones de dar. *B*) Obligaciones de hacer. *a*) Impedimento parcial. *b*) Impedimento momentáneo.—IV. Derecho comparado.

132. I. *Distinción entre el riesgo del contrato y el riesgo de la cosa.*—Ordinariamente se designa con el nombre de *teoría de los riesgos* al problema que aquí se plantea; pero es de mucho interés la perfecta inteligencia del sentido de estos vocablos, y

ción o es perfecta o no lo es, y si no lo es, el acreedor conserva el derecho de reclamar por vía de acción o de excepción». ¿Pero esta proposición no abarca todos los hechos de incumplimiento parcial, sin excepción alguna? ¿No se puede decir, en efecto, que toda ejecución incompleta es necesariamente imperfecta?

evitar una confusión frecuente entre *el riesgo del contrato* y *el riesgo de la cosa*, cuando el contrato tiene objeto cierto.

Cuando la fuerza mayor impida a una parte ejecutar su obligación, queda ésta liberada probando que el incumplimiento proviene de causa extraña (art. 148 C. c.) que no puede imputársele (art. 1.147 C. c.). ¿Pero viene obligada la otra parte a cumplir su prestación? Si se responde afirmativamente se fundamentará en que entonces ha de sufrir el riesgo de contrato; sin alcanzar lo que ha esperado, queda, sin embargo, obligada a pagar lo que prometió. ¿Queda, por el contrario, liberada de su obligación? El contrato entonces se resuelve o rescinde según su naturaleza, y ninguno de los contratantes soporta el riesgo. Así, en un contrato sinalagmático, tener a su cargo el riesgo significa estar obligado a cumplir su obligación, cuando por fuerza mayor no se recibe la prestación recíproca prometida [1].

El riesgo del contrato se distingue, hemos dicho, del riesgo de la cosa que es su objeto. Ambos riesgos están íntimamente unidos en los contratos de transmisión de la propiedad de cosa cierta (por ejemplo, venta de un objeto determinado, cambio de una cosa por otra, etc.). En estos contratos, en efecto, la transmisión de propiedad se verifica por el sólo acuerdo de las voluntades de las partes, y el comprador y el permutante, se hacen propietarios en el momento mismo en que el contrato se perfecciona. Si la cosa perece antes de la entrega, el que sufra la pérdida soportará también el riesgo del contrato. Siendo el comprador o el copermutante, como establece el artículo 1.138 C. c., está obligado a pagar el precio o a entregar la cosa, y sin embargo, no recibe el objeto dado en cambio; los riesgos, pues, pesan sobre él. Si fuera, por el contrario, el vendedor o el permutante, éste soportaría una doble pérdida, la de la cosa, aunque no fuera propietario de ella después del contrato, y la del precio o la del objeto que se le debía entregar.

Por el contrario, estos dos puntos de vista quedan separa-

1 La pérdida en los contratos sinalagmáticos consiste, propiamente hablando, no en perder lo que se debía, porque de esto de todos modos sería desposeído, sino en no percibir nada de lo que era debido». Saleilles, *Obligaciones*, 2, 3.ª ed., p. 199.

dos en los contratos que no transmiten la propiedad. Fácil es demostrarlo. Supongamos una venta de cosas genéricas: Un industrial vende productos que se obliga a fabricar y a entregar a término fijo, y he aquí que antes de la entrega, un siniestro destruye estos productos. La pérdida la sufrirá indudablemente el industrial, pero no como vendedor, sino en cuanto propietario, que debe soportar el riesgo. No se puede decir que los riesgos del contrato corran de su cargo y no del comprador, porque queda liberado de su obligación, y el comprador, por su parte, está dispensado de pagar el precio. Veamos ahora al arrendamiento de inmuebles. Si el inmueble dado en arriendo perece por caso fortuito, la pérdida, naturalmente, es del propietario; en cuanto al contrato, se rescinde de pleno derecho (art. 1.722 C. c.), y cada parte, por consiguiente, queda en libertad. Razonemos, en fin, acerca del transporte de mercancías. Si las mercancías perecen por caso fortuito durante el viaje, el propietario sufre la pérdida (art. 1.784 C. c.). ¿Pero, sobre quién pesa el riesgo del contrato? Depende de si el transportador tiene o no derecho al precio convenido.

No tenemos que ocuparnos aquí más que del riesgo del contrato, pero importa examinar la cuestión en todos los contratos sinalagmáticos, cualquiera que sea su objeto y el impedimento que procede de la fuerza mayor sea total o parcial, definitivo o temporal.

133. II. *Incumplimiento total.*—Pasemos por alto los textos del C. c. relativo a este caso, y razonemos inspirándonos exclusivamente en la doctrina.

Dos soluciones son posibles. Hecha abstracción de la causa o del fin, se dirá: obligándose voluntariamente los contratantes, la fuerza mayor que impide el cumplimiento de una de las obligaciones en nada modifica la situación del otro contratante. Este queda ligado, impelido a cumplir la obligación, su promesa [1]. ¿Pero a quién no se le ocurre que este

1 Cons. en este sentido. S. 1885. 4. 17, en Cas. Roma, 18 Dic. 1884: «Si el comprador se ha obligado a pagar el precio debe pagarlo, a no ser que su obligación no subsista ya. No importa que la cosa haya perecido; la pérdida de la cosa no es una causa de extinción de la obligación del comprador. Así, pues, esta obligación subsiste. Sin razón se diría que el

argumento es inaceptable, porque hace caso omiso de la voluntad de las partes? Decir que cada uno se ha obligado pura y simplemente, sin otro equivalente es no ver más que las apariencias, sin analizar la doble manifestación de voluntad. Cada parte no consiente en obligarse, volvemos a repetir, sino con miras a obtener la prestación prometida por la otra. Constreñir a uno a ejecutar su obligación, cuando le es imposible conseguir la contra-prestación con miras a la cual se obligó, es imponerle algo opuesto al fin que perseguía [1]. Donde más se destaca esta contradicción es en los contratos sucesivos como el arrendamiento. Si el inmueble perece por caso fortuito, es evidente que el arrendatario debe quedar exento en lo futuro de su obligación de pagar el precio. Lo mismo sucede en las obligaciones de hacer. Así, si un pintor me ha prometido hacerme un retrato por un precio convenido, y por fuerza mayor se ve impedido de hacerlo, yo no estoy obligado a pagarle el precio. Del mismo modo, tratándose de un contrato que tiene por objeto la transmisión de cosas genéricas. El fabricante que vende las mercancías no puede reclamar su precio, si se destruyen en sus almacenes antes de la entrega.

Y lógicamente, equitativamente, se impone la misma solución si el contrato tiene por objeto transmitir la propiedad de un cuerpo cierto, aunque en tal caso, según los principios de nuestro Derecho moderno, el adquirente se haga propietario al momento de la perfección del contrato. En efecto, lo que quiere el comprador no es sólo adquirir la propiedad, sino ser puesto en posesión de la cosa, para disfrutar y gozar de ella. Ahora bien; esto es imposible si el objeto ha perecido antes de la

comprador no debe pagar el precio cuando no tiene la cosa, no habiéndose obligado el comprador a pagar, sino para obtener la propiedad de la cosa. El comprador se ha obligado a pagar el precio en compensación de la obligación contraída por el vendedor. Ahora bien; habiendo éste cumplido su obligación, debe el comprador realizar la suya también».

1 «Sería contrario a la esencia de los contratos sinalagmáticos, que mientras una parte quedara ligada en virtud de su obligación, la otra estuviese libre de la suya. Por eso no se debe el precio al obrero que por caso fortuito está en la imposibilidad de ejecutar la obra». Bélime, *Filosofía del Derecho*, T. II, p. 498.

entrega [1]. No pudiendo alcanzarse el fin perseguido, desaparece la causa de su obligación y su obligación misma debe también extinguirse. Así, pues, como se ve, no puede resolverse equitativamente la cuestión de los riesgos sin inspirarse en la voluntad de las partes [2].

Veamos ahora cómo el Código civil ha resuelto esta cuestión. Dedica a ella varios artículos. Primero el 1.138 (al cual remite el 1.624 del título de la venta), que se refiere a la obligación de transmitir la propiedad de cosa cierta; después los arts. 1.722 y 1.741, en cuanto al arrendamiento de inmuebles, el 1.788 y el 1.790 sobre el contrato de empresa, y el 1.867 sobre el de sociedad.

134. 1.º *Contratos traslativos de propiedad* (art. 1.138 del Código civil).—Este artículo da una solución contraria a la que hemos adoptado. Sienta que en los contratos que producen obligación de dar, es decir, de transferir la propiedad de cosa cierta, los riesgos del objeto son de cargo del acreedor, desde la perfección del contrato «aunque la tradición no haya tenido lugar». Así en caso de pérdida fortuita de la cosa en manos del vendedor, el comprador está obligado a pagar el precio. Y no sólo en caso de venta pura y simple, sino también cuando se ha concedido un término para la entrega [3]. Recordemos

1 Con frecuencia se razona de distinta manera, sobre la base de que el riesgo no cae en este caso de parte del vendedor, pues, se dice, ha cumplido su obligación principal, que era transferir la propiedad. Es una razón teórica. No es exacto que el vendedor haya cumplido su obligación, haciendo que pase la propiedad de sus manos a las del comprador. En la concepción del Derecho moderno su obligación principal consiste en hacer entrega de la cosa al comprador.

2 En este sentido Saleilles, *Obligación*, 2.ª y 3.ª ed., p. 138. M. Planiol, nota D. P. 91. 1. 329. Admite igualmente que en caso de incumplimiento por fuerza mayor, la liberación del otro contratante se impone en virtud de la teoría de causa. «La idea de carencia de causa explica—según él—la desaparición simultánea de las dos obligaciones en caso de fuerza mayor, porque la fuerza mayor produce la supresión inmediata y definitiva de la obligación cuya realización impide. Por la desaparición de esta obligación la del otro está, por así decir, en el aire; le falta la prestación recíproca; puede decirse que desde ahora no tiene causa».

3 Esto se desprende, a no dudarlo, de la comparación del art. 1.138 con el 1.182, que da una solución contraria tratándose de venta hecha bajo

brevemente los precedentes históricos de este texto e intentemos explicarle.

135. A) *Precedentes históricos.*—Sabemos que el Derecho romano ponía a cargo del comprador los riesgos de la cosa vendida. *Periculum rei venditae ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit,* dicen las *Instituciones de Justiniano*, III, 23, § 3 [1].

Esta decisión encaja mal con los principios generales del Derecho romano en materia de transmisión de propiedad. En efecto, la venta romana no transmitía la propiedad de pleno derecho, y el comprador no se hacía propietario si no se le había dado tradición de la cosa y pagado su precio [2]. De este modo se esforzaron los intérpretes para encontrar una justificación plausible de la regla [3]. Se ha pretendido que el riesgo de la cosa se compensaba con las probabilidades de *plus valía*, de que se aprovecharía el comprador; pero es por demás evidente que la esperanza de una *plus valía* no equilibra el riesgo de la pérdida total, ni siquiera el de deterioro. En efecto, el vendedor no esperó nunca esta *plus valía* porque no estaba destinada a formar parte de su patrimonio desde que vendió la cosa; por el contrario, el comprador estaba en su perfecto derecho al contar con que a cambio del precio obtendría el objeto vendido en el estado que tuviera el día de la venta [4].

condición. Podría objetarse que el art. 1.738 no impone los riesgos al acreedor sino desde que la cosa debió entregarse; por consiguiente, si se pactó término para la entrega, el comprador no asumirá los riesgos hasta que llegue el plazo. Hay que responder que el plazo en nada modifica los efectos del contrato. Así Larombière, T. I, sobre el 1.138, n. 26; Laurent, T. XVI, n. 211; Demolombe, T. XXIV, n. 417; Baudry Lacant y Barde, *Obligaciones*, T. I, n. 240.

1 *Conf.* Paulo *8. pr. D. de per et com. rei. vend.* 18. 6; Ulpiano *14. pr. D. de furtis.* 47. 2. V. *supra*, n. 48. V. la tesis de Konstantinovitch: *Le periculum rei venditae en Droit romain* Lyon 1923, que sostiene que estos textos están interpolados.

2 Inst. II. 1, *de rer divis.*, 41.

3 V. Saleilles, *Obligación*, 2.ª y 3.ª ed., ps. 200 y s.; Cuq. *Manual*, páginas 460 y s. Girard, *Manual*, 6.ª ed., p. 559. *Cons.*; también Pernice. *Labeon* I, p. 462; Windscheid, *Lehrbuch des Pandecktenrechts*, T. II, § 321, t y n. 19, y § 390, n. 15.

4 V. Saleilles, *ob. cit.*, p. 201. V. también Labbé: *Estudios sobre algunas dificultades relativas a la pérdida de la cosa debida*: «Si como muchas

En vano se ha alegado el carácter económico de la venta, puesto que el vendedor quería sustituir un elemento estable, el precio, por otro de valor variable, mientras que al comprador le impulsaba la preocupación inversa. Pero esto es asignar a las partes una intención de que en absoluto carecen. Lo que ellas quieren es alcanzar lo que se les prometió.

Nos parece imposible conciliar esta solución con la voluntad del comprador y el carácter sinalagmático del contrato. A nuestro parecer, como hemos dicho, la solución que dieron a la cuestión de los riesgos prueba que los jurisconsultos romanos no percibieron claramente el vínculo de unión que existe entre las obligaciones del vendedor y las del comprador [1]. Prueba también que no se pueden regular razonablemente los efectos del contrato sinalagmático, si se hace abstracción de la noción de fin.

Sea lo que quiera, la regla *res perit emptori* pasó a nuestro Derecho antiguo y logró implantarse en él, a pesar de las críticas de que fué objeto por parte de la Escuela del derecho de gentes. Los jurisconsultos de esta Escuela, Grocio, Puffendorf y su anotador Barbeyrac, declaran, en efecto, que es contraria a los verdaderos principios [2]. En primer lugar, dicen, el comprador no está obligado a pagar el precio más que a condición de

veces se hace, se compara por una parte el aumento de valor, con la pérdida total o parcial por otro, el razonamiento es vicioso. Se ponen en parangón dos cosas que no tienen la misma naturaleza, que no tienen nada correlativo y que no pueden equilibrarse».

1 Labbé, *ob. cit.*, n. 101, p. 117: «El comprador se obliga a dar un precio para tener una cosa; ¿ha alcanzado su fin sólo con hacerse acreedor de esta cosa? En esto estriba todo. Ahora bien, en nuestra opinión, un derecho de crédito es medio, no fin; no encierra en sí mismo la satisfacción de un interés: es el camino hacia la propiedad; no llega a ser verdaderamente útil sino cuando se extingue. El comprador no llega al resultado que esperaba, y cuya consideración le impulsó a dar su consentimiento, sino cuando habiendo entrado en posesión de la cosa, quede en aptitud para utilizarla. Hasta tanto, no debería soportar los riesgos de una cosa que puede que nunca le pertenezca».

2 V. Grocio: *Derecho de la guerra y de la paz*, l. 2., cap. 12, § 15, y la nota de Berbeyrac; Puffendorf, *Derecho de la naturaleza y de gentes*, l. 5, cap. 5, § 3, Pothier: *Tratado de la venta*, n. 307, se entretiene ingeniosamente en refutar las críticas que estos autores dirigen a la regla romana.

que se le entregara la cosa; además, y sobre todo, es una máxima admitida por los jurisconsultos romanos mismos, que los riesgos de una cosa ceden en perjuicio de su propietario, *res perit domino*. Esta última consideración es para ellos definitiva; la cuestión de los riesgos es tan sólo una consecuencia de la transmisión de propiedad.

Por eso Grocio que admite a diferencia de sus contemporáneos, que la transmisión tiene lugar por la sola voluntad, concluye que los riesgos deben pesar sobre el comprador.

Si admite la solución romana, es, ya se ve, por una razón completamente nueva. Y Domat desenvuelve a su vez la misma idea.

Después de la venta, dice, la cosa pertenece al comprador, y el vendedor queda obligado, según los términos del consentimiento, a entregársela.» *(Leyes civiles*, L. 1, t. II, sen. 7, número 2).

136. B) *Cómo debe interpretarse el art. 1.138.*—Lo que precede es muy interesante para la exacta interpretación del artículo 1.138. Es de admirar, en efecto, que los redactores del Código civil que tuvieron una noción clara del vínculo que une las obligaciones originadas por el contrato sinalagmático, hayan conservado la regla, *res perit emptori* [1].

1 No sólo en Derecho francés se conservó esta regla; se la encuentra en los Códigos civiles noruego (art. 639); italiano (art. 1.125 y 1.480); portugués (art. 117 y 1.550); español (art. 1.096, 3.° al.; de contrario, 1.182, 1.452); de Venezuela (art. 1.200 y 1.544); suizo, *Obligaciones* (art. 185, primero al. 220).

La cuestión de determinar si se conservaba la regla: *res perit emptori* se discutió en Suiza después de la preparación del Código de 1881 de las obligaciones y del de 1911. Se resolvió conservarla, porque depende del comprador evitar el riesgo, entrando inmediatamente en posesión de la cosa. Hugo Oser, *Kommentar, Zum, Schweizerischen Zivilgesetzbuch* T. V, *Las Obligationenrecht*, sobre el art. 185, p. 467).

A la inversa las legislaciones germánicas establecen que el riesgo es del vendedor; Preussisches Allgem, Landrecht, de 1795. I. T. XI, art. 95; Código civil austriaco, art. 1.048 a 1.051, 1.064; C. c. alemán, art. 446. El Código civil argentino que establece que la propiedad sólo se transmite por la tradición (art. 577), admite igualmente que la pérdida fortuita de cosa cierta, libera al deudor, pero deja en libertad, al mismo tiempo a la otra parte, de su obligación (art. 578).

¿Cual es la razón que les determinó? ¿Obedecieron simplemente a la fuerza de la tradición, o, por el contrario, estimaron que la antigua regla remana se justificaba por el nuevo principio, adoptado por ellos, de transmisión de pleno derecho de la propiedad?

¿No razonaron como Grocio, Puffendorf y Domat, y relacionaron el riesgo con la propiedad? En otros términos, ¿el artículo 1.138 no es según su manera de pensar, una aplicación del adagio *res perit domino*?

Es una cuestión muy discutida [1], pero a nuestro parecer, la solución afirmativa merece imponerse por las declaraciones hechas en los trabajos preparatorios del art. 1.138 y por los argumentos que se encuentran en otros varios textos.

Además es la explicación que dieron en los trabajos preparatorios, Bigot-Préameneu y el tribuno Favart. El primero dijo en su exposición de motivos: «No hace falta tradición real para que el acreedor sea considerado como propietario, si ha llegado el instante de hacer la entrega. No es entonces un simple dere-

1 Los primeros comentaristas del Código no se propusieron esta cuestión. Para ellos no hay duda que el Código sigue pura y simplemente la tradición. Esta misma tradición no les parece que deba criticarse.

Se justifica, según ellos, por las razones dadas durante siglos: «Quien aspira a la buena fortuna debe estar dispuesto para la mala». O también, dicen, el vendedor ha cumplido en absoluto su obligación. transmitiendo la propiedad, y velando sobre la cosa; por consiguiente el comprador debe también cumplir la suya. Demolombe defiende que la regla *res perit emptori* es una aplicación regular de los principios de obligaciones: «Lógicamente, dice, T. XXV, número 424, 2.ª, las dos obligaciones correlativas que se desprenden de un contrato sinalagmático, una vez perfecto, son distintas e independientes una de la otra, y cada cual permanece por consiguiente, sometida a las leyes que le son propias, en razón de su carácter particular. Por consiguiente la extinción del crédito del comprador, por la pérdida fortuita de la cosa, no podría llevar consigo el efecto de extinguir el precio que pertenece al vendedor». Pero esto es razonar como jurisconsulto romano, y no como intérprete del Código. Además nuestro autor se contradice más adelante, porque a propósito del art. 1.184, llega a una visión más justa de las cosas, y explica este texto afirmando que en los contratos sinalagmáticos la obligación de una parte es causa de la obligación de la otra, y que si una de ellas no cumple su obligación, la obligación de la otra cesa, por carecer de causa (núm 489).

cho a la cosa el que tiene el acreedor, sino un derecho de propiedad.

Si perece por fuerza mayor o por caso fortuito, después del tiempo en que debió ser entregada, la pérdida se sufre por el acreedor según la regla: *res perit domino*» [1]. Y el tribuno Favart se expresa en términos análogos: «La obligación de entregar la cosa hace al acreedor propietario desde que el consentimiento ha perfeccionado el contrato; de donde se deriva que la cosa perece para él [2].

Léase ahora el art. 1.138, en su segundo párrafo: «Hace al acreedor propietario, y los riesgos son de su cuenta.» La relación es decisiva; no deja lugar a ninguna duda. Los riesgos corren de cargo del acreedor, porque al mismo tiempo es el propietario.

Esta conclusión la confirman otros artículos del Código civil. Y en primer lugar el art. 1.867, en el título *de la sociedad*, referente al caso en que la cosa, que uno de los asociados aporta, se destruye fortuitamente, resuelve la cuestión del riesgo mediante una distinción. Si se hizo ya el aporte de la propiedad de la cosa a la sociedad, lo cual se verifica ordinariamente por la sola perfección del contrato, la sociedad no se destruye; la pérdida se sufre por la sociedad *(res perit domino)*. Pero si la propiedad no fué transferida a la sociedad (por ejemplo, tratándose de terrenos en favor de los cuales tiene el asociado una promesa de venta, pero esta promesa no surte efecto, porque son terrenos dotales inalienables, o porque el propietario, infringiendo su promesa, los vendió a un tercero), la sociedad se disuelve con relación a todos los asociados.

La pérdida de la cosa la sufre en este caso el asociado aportador hecho propietario. Además, los arts. 1.585, 1.586 en el título de la venta, prueban también que la transmisión de los riesgos coincide con la de la propiedad. Estos textos preven el caso de venta de mercancías que se pesan, cuentan y miden. Si la venta se ha verificado en globo de un conjunto determinado de mercancías (por ejemplo: todo el vino que hay en la bodega), esta venta es *perfecta*, lo cual quiere decir que

1 Fenet, T. XIII, p. 230.
2 Fenet, T. XIII, p. 320.

se transfiere la propiedad y se dejan los riesgos de cuenta del comprador, aunque las mercancías no se hayan todavía pesado, contado o medido (art. 1.586). Pero si se vende una parte solamente de mercancías existentes en un local al peso, número, medida, y la totalidad de estas mercancías perece por caso fortuito, los riesgos ceden en perjuicio del vendedor (artículo 1.585).

¿Por qué? Evidentemente, porque la venta no está perfecta todavía, como dice el texto; es decir, porque la transmisión de propiedad de la cosa no se verifica, sino cuando se individualiza por el peso, la cuenta o la medida.

Podemos, pues, afirmar, que los redactores del Código se situaron en punto de vista en absoluto diferente del de los jurisconsultos romanos y de nuestros antiguos autores [1].

1 Esta interpretación se admite hoy casi sin contradicción. V. en su favor Larombiere, *Tratado de las obligaciones*. T. I, art. 1.138, n. 23; Labbé, *ob. cit.*, p. 147, ns. 148 y s.: Baudry-Lacant y Barde. T. I, n. 421; Planiol, 6.ª ed., t. II, ns. 1.344 a 1.448: Ambrosio Colín y Capitant, 3.ª ed., t. II, páginas 128 y s.: Thaller, *Tratado general de Derecho mercantil: Los transportes*, por Josserand, n. 515. En este sentido se declara también la jurisprudencia: Crim. 24, 24 Marzo 1860. *Vermant*, D. P. 60. 1. 199. S. 61. 1. 778; 1.409 S. 97, Civ. 31 Dic. 1894. Dos sentencias *Synd. Pierson c. Lenglet y C.* D. P. 95. 1. 213. 215: Amiens, 13 Agosto 1891. *Ganchy y C. c. Letombe*. D. P. 92. 2. 22. S. 94. 2. 124.

Además, los redactores del Código no llevaron su sistema hasta el último extremo. Así, si el contrato se subordina a la realización de condición suspensiva, el art. 1.182, 1.º y 2.º al., hace caer el riesgo de la cosa sobre el deudor. Lógicamente, el Código debiera habérselo impuesto al acreedor, porque una vez realizada la condición, éste se hace retroactivamente propietario de la cosa desde el día del contrato. Pero la equidad se opone a esta conclusión; sería verdaderamente injusto obligar al comprador a pagar el precio de una cosa, si ésta perece en un momento en que simplemente había *spes debitum iri*.

Esta solución sería abiertamente contraria a la intención de las partes. Así el Derecho romano admitió siempre que en este caso el riesgo recae sobre el vendedor. Paulo D. 18. 6. *de peric. et comm. rei vend.* 8. Conf. Pothier. *Obligaciones*, n. 219. *Venta* n. 311. V., en el sentido de nuestra explicación, Demolombe, t. XXV, n. 426: Labbé, *ob. cit.*, n. 61: «El artículo 1.182, dice Labbé, demuestra que en el pensamiento del legislador, las partes que realizan un acto jurídico con el fin de adquirir una cosa, no deben correr los riesgos de la pérdida de esta cosa, sino cuando tienen la

Han hecho abstracción de la relación contractual, y no tomaron en consideración la calidad de propietarios. Según ellos, la pérdida debe incumbir al comprador, porque el que es propietario de una cosa, debe atenerse a los riesgos de la misma. No es la cuestión del riesgo del contrato la que le preocupa, es únicamente la del riesgo de la cosa.

No percibieron el vínculo que unía estas dos cuestiones, y aplicaron simplemente el adagio *res perit donimo*, sin inquietarse por la relación sinalagmática que liga al enajenante con el adquirente. Y esto fué lo que les indujo a error, porque la máxima *res perit domino* no atiende más que al riesgo de la cosa y no al riesgo del contrato [1]. Así creyeron erróneamente que la transmisión de pleno derecho de la propiedad, envolvía necesariamente la transmisión del riesgo de la cosa [2].

propiedad de ella, pura, firme y estable, y de ningún modo cuando su propiedad está pendiente de una condición.

No debe decirse como hacía la jurisprudencia romana, que la relación jurídica que depende de una condición no puede ser perfecta, no puede tener lugar, si cuando la condición se cumple no existe objeto; fundaremos la disposición de la ley francesa por una interpretación de la voluntad de los contratantes. Los particulares no tenían intención de someterse a los riesgos de la pérdida de una cosa de la que no tienen todavía la plena propiedad a que aspiran.»

1 V. acerca del origen y la razón de ser de esta máxima. Planiol, t. II n. 1.346.

2 Parece que la aplicación del art. 1.138, 2.º p., debería suscitar en la práctica numerosas reclamaciones de parte de los compradores. Sin embargo, no se encuentra más que un pequeño número de resoluciones relativas a esta cuestión en las Colecciones de la jurisprudencia. V. Dijón 13 Dic. 1867. *Pidault c. de Lacarelle.* D. P. 70. 53. 72: Grenoble 22 Mayo 1869, *Taurigna c. Peguet.* D. P. 74. 5. 538: Nimes, 2 Enero 1871. *Fournier et Saurin c Berard.* D. P. 72. 5. 464. S. 7. 1. 2. 214: Caen, 7 Enero 1901. *Lecoispellier c Poullain.* D. P. 03. 2. 111: Nimes, 31 Octubre 1908. *Armand c. Lautier.* D. P. 11. 2. 103. Req. 8 Enero 1906. *Denis c. Compin.* D. P. 06. 1. 262. S. 06. 1. 176: Remes, 24 Dic. 1906. *Fleury c Garreau.* S. 07. 2. 164. Estas dos últimas son interesantes en tanto que atestiguan los esfuerzos hechos por la jurisprudencia para descartar la solución inicua del artículo 1.138.

Se trataba en el primer caso, de la venta de una potra de leche en 1.000 francos. Habiendo muerto el animal antes de su entrega, pretendía el comprador no haber consentido en un precio tan elevado, sino porque

137. 2.° *Contratos no traslativos de propiedad.*—Si es exacta la explicación que acabamos de dar del art. 1.138, p. 2.°, dos conclusiones importantes se derivan: Primeramente, en nuestro Derecho actual sólo la transmisión de propiedad produce desplazamiento del riesgo. La pérdida fortuita corresponde, pues, al deudor, mientras tiene la propiedad de la cosa. Le corresponde de un modo especial si las partes pactaron que la propiedad no pasaría al comprador hasta el momento de la entrega.

Por otra parte, hay que cuidarse de no extender la regla del art. 1.138, p. 2.°, a las relaciones sinalagmáticas que tienen por objeto obligaciones de hacer o de no hacer. En éstas se debe solucionar la cuestión de los riesgos, según el principio arriba enunciado, es decir, que hallándose impedida una parte de cumplir su obligación por un acontecimiento independiente de su voluntad, la otra parte queda igualmente en libertad.

A) *Los arts. 1.722, 1.741, 1.788, 1.790 y 1.867 del C. c.*—Es, por lo demás, la solución que dan varios artículos del Código. En primer lugar, los arts. 1.722 y 1.741 disponen que si, durante el tiempo del arrendamiento, la cosa arrendada se destruye por caso fortuito, el arriendo se rescinde de pleno dere-

su intención era dejar los riesgos al vendedor hasta la entrega. El Tribunal civil del Sena accede a esta pretensión bajo el pretexto de que el vendedor no puede probar que la venta haya tenido por objeto transmitir los riesgos al comprador. Y la Cámara de Apelación rechaza la demanda, alegando la indivisibilidad que se deriva de una carta del comprador, declarando que su pensamiento era abandonar los riesgos al vendedor. En el segundo caso se trataba también de la venta de una potra que había de entregarse después del destete. El animal murió por caso fortuito en poder del vendedor. La Corte de Apelación declara que existe venta condicional y no a plazo.

En cuanto a las ventas de cosas genéricas, establece la jurisprudencia, que la propiedad de estas mercancías no pasa al comprador hasta que se han individualizado en presencia de las partes, o a falta de esto cuando las mercancías salieron de los almacenes del vendedor y se entregaron al portador. El hecho sólo de que el vendedor las hubiera antes individualizado y afectado a la comisión por la que debían satisfacer, no transmite su propiedad. V. Req. 11 Agosto 1874. *Cottenest c. Brare.* D. P. 76. 1. 476. S. 74. 1. 472; Civ. 31 Dic. 1894: dos sentencias *Synd Pierson c Lenglet y C.* D. P. 95. 1. 409. S. 97. 1. 213. 215.

cho. Los arts. 1.788 y 1.790 relativos al contrato de empresa ponen igualmente los riesgos a cargo del obrero o del empresario, si la cosa se destruye antes de ser entregada, tanto en el caso de que suministre los materiales uno u otro. En ambos casos el artesano queda libre de su obligación, pero no puede reclamar ningún salario. La razón está en que la obligación del dueño de pagar el salario convenido deja de tener causa desde que no se le entrega el objeto fabricado [1].

Finalmente, el art. 1.867, de que ya hemos hablado, establece que la sociedad se disuelve siempre por la pérdida de la cosa, si sólo el aprovechamiento se había puesto en común, quedándose el socio con la propiedad.

Se deduce de los textos precedentes que en los contratos sinalagmáticos que tienen por objeto la entrega de una cosa, la pérdida fortuita de ésta lleva consigo la resolución si se trata de un contrato cuyos efectos pueden ser forzados, o de rescisión, si de contratos sucesivos como el arrendamiento [2].

1 Labbé, *ob. cit.*, n.° 129, p. 150, observa cuerdamente que estas disposiciones son de tanta más importancia y revelan tanto más en nuestro legislador un sistema meditado, un pensamiento de innovación, cuanto más se separan de la doctrina de Pothier (*Louage*, 7 pte., cap. 3, n.° 433). En efecto, este autor, tratando de la hipótesis de que el dueño suministra la materia de la obra, dice que si la obra perece por caso fortuito antes que sea recibida y más aún pagada, la pérdida debe sufrirla completamente el arrendador, a quien debe pagársele no todo el precio si la obra pereció antes de anularla, sino el precio de lo que se había hecho. Labbé aprueba la nueva regla adoptada por los redactores del Código: «Han aceptado, dice con más justicia, la idea de que *en un contrato sinalagmático la causa de la obligación de una parte es la realización de la ventaja prometida por la otra*. Es necesario que la ventaja proporcional resulte tal como se había definido y determinado en el contrato para que el precio sea debido».

2 La misma regla debe aplicarse al contrato de transporte, y establecer que si la cosa perece por caso fortuito durante el transporte, el dueño de las mercancías queda dispensado de pagar el precio al porteador, y puede hacérselo restituir si ya lo pagó. El art. 1.784 no contradice de ningún modo esta solución, porque no se refiere más que a la cuestión del riesgo de la cosa y no a la del riesgo del contrato. (V. Thaller, *Tratado general de Derecho mercantil; Los transportes*, por Jorserand, n.° 515.) «Ni siquiera reconoceríamos al porteador, dice este último autor, derecho a reclamar una parte proporcional al trayecto que las mercancías habían recorrido fuera de su pérdida, porque el hecho prometido por él es indivisible, y re-

Se comprenderá que, según los artículos citados, la pérdida fortuita de la cosa lleva consigo de *pleno derecho* la resolución o rescisión del contrato, sin que sea necesario dirigirse a los Tribunales. La otra parte está dipensada de ejecutar su prestación, y si ya la cumplió está autorizada para pedir la restitución en virtud de la acción de repetición de lo indebido. Esta solución se comprende muy bien; una de las obligaciones carece de objeto y la otra deja de tener causa.

138. B) *Aplicación extensiva de los textos antes citados.*—La cuestión de los riesgos no sólo se plantea en los casos previstos por los articulistas citados, sino también en todos los contratos sinalagmáticos cuyas obligaciones tienen por objeto el hacer o no hacer, siempre que un caso de fuerza mayor impide a una parte cumplir su obligación.

No cabe vacilación en generalizar la regla dictada sobre los textos precedentes. Desde que la fuerza mayor impide la ejecución de una de las obligaciones, se extingue la otra de rechazo. Por lo demás, todos los autores están de acuerdo en esta solución, pero se contentan en general con anunciarla, sin intentar su justificación. Algunos, sin embargo, como Denolombe, T. XXV, n. 245, comprendieron claramente su razón de ser: «La obligación de la otra parte no tiene causa desde que la prestación con que contaba no puede ejecutarse» [1].

sulta inexacto pretender que, recorriendo el cargamento la mitad del trayecto convenido, haya cumplido con la mitad de sus obligaciones; o transporta las mercancías a su destino, o de otra suerte se considera que no las transportó del todo». El art. 395 del C. c. italiano resuelve de distinto modo la cuestión; establece que si acaece algún impedimento durante la ejecución del contrato, el porteador tiene derecho al pago del transporte en proporción del camino recorrido. El art. 302 del C. c. ital. hace aplicación de esta regla al contrato de fletamento. Establece que no se debe ningún flete por las mercancías perdidas en naufragio o varamiento, saqueadas por piratas o robadas por enemigos, y obliga al capitán a restituir el flete que le había sido entregado. (V. Thaller, ob. cit.; *Derecho marítimo*, por Jorge Ripert, t. II, núms. 1.486 y 1.487.)

1 V. también Planiol, nota, D. P. 91. 1. 329; en su *Tratado elem. de Derecho civil*, T. II, ns. 1.336, 1.337. M. Planiol, que rechaza la noción de causa, dice que cada una de las obligaciones es *condición* de la otra, porque una ni otra parte quieren obligarse sin provecho. ¿No significa esto vol-

En cuanto a la jurisprudencia, aplica actualmente sin dudar la regla general que acabamos de formular. Ciertamente, algunas resoluciones han pretendido que el caso fortuito no libraba a la otra parte de cumplir su propia obligación; pero estas sentencias son aisladas, y además las ha casado la Corte Suprema siempre que ha entendido en alguna de ellas [1].

ver a la idea de causa, dándole otro nombre, por otra parte incorrecto? El artículo 323 del C. c. alemán establece que, si la pretensión que incumbe a una parte en virtud del contrato sinalagmático, se hace imposible a consecuencia de una causa inimputable a aquélla, pierde su derecho a la prestación recíproca. (V. Saleilles, *Obligación*, n. 184.)

El art. 119 del C. c. suizo, lib. V., *Derecho de obligaciones*, dispone igualmente en este sentido: «La obligación se extingue siempre que la ejecución se hace imposible a consecuencia de circunstancias no imputables al deudor. En los contratos bilaterales, el deudor así liberado está obligado a la restitución según las reglas del enriquecimiento ilegítimo, lo que recibió, y no puede reclamar lo que se le debía».

V. también el C. c. argentino, art. 627: «Si el hecho que debe ejecutarse se hace imposible sin culpa del deudor, la obligación se extingue para las dos partes, y el deudor debe devolver al acreedor lo que recibió».

2 V. especialmente, a propósito de demandas de restitución de dotes monacales formuladas por religiosas contra los liquidadores de las congregaciones: Civ, 13 Marzo 1907, casando una sentencia de Agen de 30 Julio 1905, *Bouchilloux c. Berger liquid.* D. P. 08. 1. 191. S. 07. 1. 321, nota de M. Chavegrin; Riom, 20 Diciembre 1905 y Civ. rej., 4 Junio 1907. *Paquier liquid c. Fonlupt.* D. P. 08. 1. 281, nota de M. Planiol, S. 07. 1. 321; Nancy 9 Diciembre 1905 y Civ. rej. 4 Junio 1907. *Nicolás c. liquid Cosserat*, D. P. 08. 1, 191. S. 07. 1. 321. Grenoble, 19 Febrero 1907. *Criné c. Morand*, S. 07. 2. 230.

V. también 30 Marzo 1833. *Comm. de Luby c. Bagnénes*, S. 33. 2. 551. Civ. 3 Agosto 1875. *Cerf Schmer c. Delobel*, D. P. 75. 1 409; Civ. 20 Marzo 1877, *Mayer c. Bertin*. D. P. 77. 5 379. S. 77. 1. 204; Req. 30 Abril 1878. *Lévy c. Cousin*, S. 79. 1. 200, resolución de un contrato de reemplazamiento militar por causa de fuerza mayor. Civ. 7 Noviembre 1893 (soluc. impl.), *Sté. Moulins de Corbeil c. Havanne*, S. 96. 1. 67. Req. 19 Octubre 1897; *Mallet c. Calmet*, D. P. 97. 1. 576. S. 01. 1. 503; Dijon, 15 Enero 1908, *Commaille c. Garnier*, D. P. 11. 2. 128. S. 11. 2. 275. contrato entre los carniceros de una ciudad comprometiéndose a cerrar sus establecimientos el domingo después de mediodía, habiendo traspasado uno de ellos la tienda sin advertir al adquirente de este pacto, y habiendo abierto éste, cada uno de los firmantes tiene autorización para solicitar la resolución del contrato aunque el incumplimiento provenga de caso fortuito. Civ. 6 Diciem-

139. C) *Cómo tiene lugar la rescisión del contrato.*—La sola divergencia que subsiste se refiere a determinar si además de los casos previstos por los artículos antes citados, la fuerza mayor produce de pleno derecho resolución o rescisión del contrato, o si esta resolución debe demandarse al Tribunal que la pronuncie, conforme al art. 1.184. Sobre este punto no hay uniformidad de pareceres. En general, los autores se inclinan a lo primero, fundadamente creemos nosotros, porque desde que la ejecución de una de las obligaciones se hace imposible, el lazo contractual debe romperse, porque no existe objeto para el contratante que se halla en la imposibilidad de pagar, ni causa para la obligación del otro. Además, los arts. 1.722, 1.741 y 1.767, antes citados [1], que declaran que el contrato se resuelve o disuelve de pleno derecho, prestan en apoyo de esta solución un argumento de analogía que parece definitivo. Y el art. 1.610 prueba, además, que el art. 1.184, del que es una aplicación, se refiere solamente al caso en que el incumplimiento es imputable al contratante. «Si el vendedor, dice, no verifica la entrega en el plazo convenido entre las partes, el adquirente podrá a su elección pedir la resolución de la venta, o que se le dé su posesión, si la dilación es imputable al vendedor» [2].

bre 1909, de *Follin c. Enregistrement*, D. P. 10. 1. 281. S. 10. 1. 261, resolución del contrato de fundación de misas por incumplimiento, a causa de la supresión de la fábrica.

V. también Douai, 10 Marzo 1866. *Marin, snpér, de la Sté. de St. Bertin c. Prefet du Pas-de Calais*, S. 89. 2. 3, ruptura de un contrato entre un departamento y una congregación para el reclutamiento de sus profesores comunales, por efecto de la Ley de 9 Agosto 1879, que obliga a los departamentos a tener una escuela normal. A diferencia de las precedentes, esta sentencia resuelve que el contrato se rescinde de pleno derecho.

Rouen. 22 Junio 1905 y Req., 5 Diciembre 1906. *Inst. des Fréres des Ecol. chret. c. Ville de Paris*, D. P. 07. 1. 249, nota de M. Planiol. S. 08. 1. 193; Rennes, 2 Diciembre 1890 y Req., 2 Mayo 1892. D. P. 93. 1. 501; Lyon, 10 Marzo 1908 y Req. 25 Julio 1909 *Ch. synd. des employes des tranways c. Cie. des chemins de fer de St. Etienne.* D. P. 11. 1. 55, S. 10. 1. 71. Civ. 5 Mayo 1920. *Fornier c. Gros, Gaz. Pal.* 15 Junio 1920.

1 V. también art. 8 de la Ley de 18 Julio 1889, sobre el colonato de aparcería: «Si durante la duración del arriendo los objetos en él comprendidos se destruyen en su totalidad por caso fortuito, el arriendo se resuelve de pleno derecho».

2 En este sentido Planiol, 7 ed.. T. II, n. 1.314; nota D. P. 1891. 1. 389.

La jurisprudencia, por el contrario, se inclina casi toda a favor de la aplicación del art. 1.184. Según ella, no hay por qué distinguir entre las causas a que puede obedecer el incumplimiento de la obligación que provenga de caso fortuíto o que sea imputable al deudor, el Juez en todo caso debe pronunciar la resolución del contrato. No hay resolución de pleno derecho más que cuando la ley lo declara expresamente [1].

La razón de esta divergencia obedece a que los Tribunales buscan siempre un texto en que apoyar sus decisiones, y encontrando tan sólo en el Código un artículo que de modo general se refiera a la resolución de los contratos sinalagmáti-

Baudry-Lacantinerie y Barde, *Obligaciones*, 3.ª ed., T. II, n. 914; Ambrosio Colin y Capitant, 3.ª ed., T. II, p. 131; V. Demol, T. XXV, n. 497, p. 477; Larombiere, sobre el art. 1.184, n. 6; Aubry y Rau., 5.ª ed., T. IV, § 302; t. y n. 82; Huc, T. VII, n. 270, p. 363; Labbé, *Una palabra sobre la cuestión de los riesgos*, Nuev. Rev. hist., T. XII, 1888, p. 382. Estos autores, sin discutir sobre la cuestión, declaran simplemente que el art. 1.184 se aplica a todos los casos en que una parte no cumple su obligación, cualquiera que sea la causa de su incumplimiento.

1 V. las sentencias antes citadas (p. 302). Se encuentra, sin embargo, jurisprudencia que afirma que el caso fortuíto o la fuerza mayor producen rescisión de pleno derecho: Douai, 10 Marzo 1866. *Marin super. de la Sté de St-Bertin c. Prefet Pas-de-Calais*, S. 89. 2. 3; París 14 de Agosto 1871 y Req. 14 Mayo 1872. *Way c. Gillain*, D. P. 73. 1. 78. S. 73. 1. 224; Aix 7 Dic. 1892 y Req. 5 Nov. 1894. *Agelosto c. Waller freres*. D. P. 95. 1. 224. S. 96. 1. 142.

Tratándose de la pérdida de cosa arrendada, la jurisprudencia explica la rescisión de pleno derecho en virtud del art. 1.722: Poitiers 19 Feb. 1894, *de Goué c. Fradin*, S. 94. 2. 201; Limoges 5 Enero 1887, D. P. 88. 2. 167; Req. 11 Febrero 1896. *Fradin c. de Goué*, D. P. 96. 1. 239; S. 97. 1. 10; Poitiers 12 Junio 1899. *de Saint-Pierre c. Morteau*, S. 1900. 2. 298.

En cuanto al contrato de trabajo, la jurisprudencia establece que los acontecimientos de fuerza mayor, enfermedad, huelga, que impiden momentáneamente a una parte cumplir sus obligaciones, no llevan consigo rescisión, sino simplemente suspensión del contrato. Esta jurisprudencia ha sido confirmada por las Leyes de 18 Julio 1901 y de 27 Noviembre 1909, garantizando el trabajo y el empleo, la primera a los reservistas llamados a filas, y la segunda, a las mujeres durante la gestación. Estas leyes suponen que ni el cumplimiento de los períodos del servicio, ni el pacto, producen rescisión de pleno derecho del contrato de trabajo. V. Trib. civ., Sena 2 Marzo 1915. *Chemin de fer du Nord Sud c. Robert*, S. 16. 2. 85; París 21 Noviembre 1918. *Gazanchon c. Pittet*, Gaz. Trib. 1 Enero 1919.

cos por incumplimiento de una de las obligaciones, naturalmente le extendieron al caso de incumplimiento no imputable al deudor, para el cual no fué escrito.

A su parecer, era tanto más lógica esta interpretación extensiva, puesto que el art. 1.184 se aplica ciertamente al caso en que la fuerza mayor impide a la parte realizar no sólo todo lo que prometió, sino una parte solamente de su prestación. En este caso, en efecto, no puede hablarse de resolución de pleno derecho; es necesario que el Tribunal intervenga para resolver, si ha lugar a resolver el contrato o simplemente a compensar los daños y perjuicios sufridos por el acreedor. Sobre este punto volveremos después.

Sea lo que quiera, aun aplicando el art. 1.184 al incumplimiento por fuerza mayor, hay que reconocer que existen diferencias innegables entre los efectos del incumplimiento imputable y los del incumplimiento provocado por un hecho independientede la voluntad del deudor.

En presencia de uno de estos casos salta a la vista que los Jueces no gozan de la facultad de apreciación que les pertenece cuando una parte descuida cumplir su obligación. Sólo pueden declarar la rescisión.

Además, en caso de falta imputable, el derecho de pedir la resolución pertenece solamente al acreedor de la obligación incumplida; por el contrario, en el caso fortuíto, los Tribunales admiten que los dos contratantes, es decir, no sólo el acreedor, sino también el deudor impedido de cumplir la suya, si tiene interés, tienen derecho a que se declare la rescisión del contrato [1].

1 Trib. civ., Niza 28 Diciembre 1914. *Domerego c. Hospices civiles de Niza.* Rec. Gaz. Trib. 1915. 2. 536; Trib. comm. Sena 6 Julio 1915. *Pelliot c. Gaillard,* D. P. 1917. 2. 47; Trib. civ. Sena 16 Febrero 1916. *Dufrenne c. Societé des auteurs et compositeurs dramatiques, Gaz. Pal.* 10 de Mayo 1916, confirmado en París; 29 Noviembre 1916, *Gaz. Pal.,* 22 Dic. 1916; Trib. comm. Carcassone, 5 Marzo 1917. *Haener c. Marteau,* Rec. Gaz. Trib. 1917. 2. 325; Burdeos 17 Junio 1918. *Belley c. Versein et Menvieille,* y Req. 9 Diciembre 1919. *Gaz. Pal.* 25-26Enero 1920.

La ley de 21 Enero 1918 relativa a la entrega de mercancías y otros contratos comerciales hechos antes de la guerra, permite a cualquiera de

Finalmente, en el caso fortuito o fuerza mayor, no se habla de abonar daños y perjuicios al acreedor de la obligación incumplida [1]. (V. art. 1.182 p. 3.°).

Así, pues, ya se ve que si la jurisprudencia insiste en afirmar, aplicando el art. 1.184, que en caso de incumplimiento no imputable al contratante, la resolución del contrato debe pronunciarse por los Tribunales, debe reconocer que esta solución no está sometida a las modalidades ni abarca las consecuencias que el art. 1.184 establece para el caso en que una parte es responsable del incumplimiento de su obligación.

140. III. *Impedimento parcial e impedimento transitorio de ejecución.*—Los autores no se ocupan ordinariamente del caso en que la fuerza mayor impide a una parte, ya ejecutar todo lo que prometió, ya verificarlo en el tiempo pactado. Es necesario estudiar estas hipótesis inspirándonos en la noción de fin. Veremos si las soluciones a que se llega con este procedimiento son las mismas que admiten el Código civil y la jurisprudencia.

1.° *Soluciones que se derivan de la idea del fin perseguido por los contratantes.*—A) *Impedimento parcial.*—A consecuencia del caso fortuito que impide el cumplimiento total de la prestación con que se contaba, el fin a que tendía una parte no se puede alcanzar más que parcialmente, y algunas veces ni siquiera esto. Este incumplimiento parcial debe repercutir necesariamente en su propia obligación; desconoceríamos su voluntad obligándole a cumplir la obligación, como si en realidad hubiera sido satisfecho. Si, por ejemplo, la cosa vendida ha perdido la mitad de su valor, el comprador estará obligado a entregar la mitad del precio. Sin embargo, esta conclusión no se conforma con la de los comentaristas del Código en el caso

las partes pedir su resolución, probando que por causa del estado de guerra, el cumplimiento de sus obligaciones le acarreará pérdidas o se le seguirá perjuicio de tal importancia que excederá con mucho de lo que podía preverse al tiempo del contrato.

1 Civ. 19 Marzo 1884. *Comm. de Vias c. La Fonta*, S. 85. 1. 56. 19 de Marzo 1884. *Ville d'Agen c. Freres des Ecoles chret*, D. P. 84. 1. 181, S. 85. 1. 58; Civ. 7 Noviembre 1893. *Grands Moulins de Corbeil c. Chavanne*, D. P. 94. 1. 16. S. 96. 1. 67; París 21 Noviembre 1901. *Thuillier c. C^ia. gener. transatl*, S. 02. 2. 51; Burdeos 7 Junio 1918, ya citado.

de deterioro fortuito de la cosa vendida. Encuentran éstos, por el contrario, equitativo, que el comprador, a quien corresponderá aprovecharse del aumento del valor que la cosa adquiera, soporte también el riesgo del menor valor. Pero razonar así equivale a contentarse con una mirada superficial sobre la cuestión. Porque como nota Saleilles (*Obligación*, 2.ª y 3.ª ed., p. 201), «los riesgos de plus-valía, si es verdad que acrecen el beneficio al acreedor que se aprovecha sin aumentar el precio, nunca constituyen para el deudor una pérdida verdadera, sino una ganancia frustrada, porque este acrecentamiento de valor no estaba destinado a entrar en su patrimonio; al paso que los riesgos de deterioro, teniendo lugar sin cambiar en nada la obligación del acreedor, constituyen siempre para él una pérdida neta» [1].

Es preciso, pues, no confundir la depreciación de la cosa que procede de circunstancias económicas con el deterioro material procedente de caso fortuito. Es harto comprensible que la parte que está a los riesgos de plus-valía soporte también los de menos valía; pero comparar el aumento de valor con la pérdida fortuita de una parte de la cosa es razonar mal.

Así, imponer al comprador la obligación de pagar todo el precio cuando no se le entrega más que una parte de la cosa, es transformar el contrato, porque el comprador entregará una parte del precio sin recibir su equivalente.

El respeto a la voluntad de las partes, que es la ley suprema, exige no detenernos aquí. Efectivamente, un cumplimiento meramente parcial de la obligación puede que no corresponda a lo que quería el acreedor; puede que no contenga ninguna utilidad para él. Cuando es así, debe permitírsele demandar la resolución del contrato, con tal que pruebe que no se habría

1 En el mismo sentido Lablé, *ob. cit.*, p. 98, nota *in fine:* «Los cambios de valor dejan que subsista en toda su integridad el objeto del contrato; los cambios de sustancia en cambio lo alteran y le modifican en su ser. Los primeros recaen sobre las relaciones del objeto del contrato con una infinidad de cosas extrañas al mismo; los segundos recaen sobre un elemento esencial del contrato sobre las cualidades intrínsecas de este elemento, y pueden más fácilmente ejercer influencia sobre la validez de la figura». En el mismo sentido Demolombe. T. XXV, n.° 437.

obligado, si hubiese previsto que no iba a recibir más que una parte [1].

141. B) *Impedimento transitorio en la ejecución.*—Supongamos, finalmente, que el caso fortuito o la fuerza mayor produzcan simplemente un impedimento transitorio de ejecución. ¿Cuáles serán sus consecuencias? Aquí también hace falta atender al fin perseguido por las partes e investigar lo que han querido, para dar una respuesta.

Si en su común intención la prestación debía rigurosamente realizarse en el plazo convenido, y si el retardo debido a caso fortuito resta su utilidad a la ejecución posterior de esta prestación, el acreedor puede demandar la resolución del contrato, porque una entrega tardía no produciría el efecto apetecido. Por ejemplo, se trata de mercancías vendidas con ocasión de una feria, de una exposición, de construcciones que deben edificarse en vista de una fiesta. En este caso no sólo el acreedor podrá pedir la resolución de la venta, sino que también el deudor estará autorizado para ello, porque su obligación se halla extinguida, ya que la fuerza mayor ha impedido su cumplimiento en el espacio que se había pactado.

1 El Código civil alemán zanja la cuestión de la manera siguiente en el art. 323, 1.er p.: En caso de imposibilidad parcial de cumplimiento, la prestación recíproca se disminuye en la proporción en que la otra parte queda liberada por el caso fortuito. Pero el deudor de la prestación recíproca no está autorizado para pedir la resolución del contrato, aun cuando probare la inutilidad que tiene para él la prestación parcial que se le ofrece.

Esta solución, que obedece a que los redactores del Cód. civ. alemán consideraron la rescisión como sanción de la falta de cumplimiento imputable al deudor (art. 325), tiene el inconveniente de no prestar suficiente atención a la voluntad del contratante. Ahora bien; es menester atender al fin a que él aspiraba antes que a nada; es absurdo obligarle a aceptar una prestación parcial, siendo así, que sólo el cumplimiento total podría llenar sus aspiraciones.

El Cód. civ. suizo, libro quinto, no prevé el caso de pérdida parcial de la cosa. A diferencia del Código alemán, el Código civil argentino establece en su art. 580, que si la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el deterioro corre de su cuenta, y el acreedor puede pedir la resolución del contrato o recibir la cosa en el estado en que se encuentra con disminución proporcional del precio. V. también el art. 611 para las obligaciones de dar las cosas que se cuentan, pesan o miden.

Si se tratara, por el contrario, de un contrato que, a pesar del retraso ocasionado por el caso fortuito, conservara su utilidad, el acreedor de la prestación retrasada no podría reclamar su resolución; pero si el retraso le causa un perjuicio, si disminuye el valor de la prestación que se le hizo, podrá exigir reducción proporcional de su propia obligación.

142. 2.° *Soluciones adoptadas por el Código civil y por la Jurisprudencia.*—Tales son las conclusiones a que conduce la noción del fin al cual tienden las partes. Veamos ahora si concuerdan con las prescripciones del Código civil y con las soluciones adoptadas por la Jurisprudencia. También aquí importa distinguir entre la obligación de dar y las demás obligaciones.

A) *Obligación de dar.*—Si la obligación consiste en transmitir la propiedad de cosa cierta, su pérdida parcial incumbe, como la total, al acreedor hecho propietario por el contrato. El art. 1.245 lo declara expresamente: «El deudor de una cosa cierta y determinada queda en libertad con la entrega de la cosa en el estado que se encuentra en el acto con tal que los deterioros sobrevenidos no procedan de algún hecho o falta suya, ni de las personas de quienes es responsable, o que no hubiese incurrido en mora antes de estos deterioros». El riesgo caerá sobre el deudor si conserva la propiedad hasta la entrega, ya porque así lo pactaron las partes, ya porque la transmisión se subordine a la realización de una condición suspensiva, ya que se trate de la venta de mercancías no en globo, sino al peso, número o medida (art. 1.585 C. c.).

¿Pero en qué consistirá el derecho del acreedor cuando el riesgo no pese sobre él? El Código civil solamente en el caso de la obligación condicional se ocupa de esta cuestión; el artículo 1.182, p. 3.°, que se refiere al caso de deterioro fortuito, concede al acreedor opción entre resolver la obligación o exigir la cosa en el estado en que se halla, pero sin disminución del precio [1].

Esta solución merece doble consideración. Primeramente

1 El acreedor no puede obtener los daños y perjuicios, es decir, una disminución de su propia obligación, más que si la cosa se deteriora por culpa del deudor (art. 1.182, p. 4.°).

denegando al acreedor que opta por la ejecución del contrato el derecho a reclamar una disminución del precio correspondiente a la pérdida de valor sufrido por la cosa, se desconocen los términos de su compromiso. Y por otra parte se le concede una ventaja excesiva otorgándole la facultad de resolver el contrato sin necesidad de probar que el cumplimiento parcial no corresponde al fin que se proponía al obligarse.

A pesar de todo, siendo censurable la solución adoptada por el Código, la creemos preferible a la del Derecho romano *(D. 18. 6. de peric. et commod. rei. vend. 8. pr.)* y a la de nuestros autores antiguos (Pothier. *Obligaciones*, n. 219), que pura y simplemente ponían el deterioro a cargo del acreedor por aplicación del adagio: *Quen sequntur commoda, eumdem sequi debent et incommoda* [1]. No es tal el parecer de los comentaristas del Código que reprochan a sus redactores haber abandonado sin razón plausible tal tradición, porque, según ellos, no se explican que el acreedor que está a la buena suerte, no deba estar también a la mala [2]. Pero razonando así, se dejan seducir por una pretendida razón de equidad y pierden de vista el vínculo contractual y la voluntad que le hace nacer. El comprador se obligó para conseguir la cosa tal como existía al tiempo del contrato; si la recibe deteriorada, su obligación se halla privada en parte de causa [3].

143. Resta ver si es menester aplicar por analogía la solución del art. 1.183, p. 3.°, a otros casos en que la obligación

1 Esta solución da también el Código civil italiano, art. 1.163, p. 4.°

2 «Existe, escribe Larombiere, T. II, art. 1.182, n. 7, un conjunto de críticas contra esta desdichada disposición demasiado favorable para el acreedor, injusta para el deudor». V. Baudry Lacant. y Barde, T. II, n. 854.

3 V. Demolombe, T. XXV, n. 437, quien observa justamente que no debe asimilarse la pérdida parcial con la simple depreciación de la cosa. Esta diferencia se manifiesta claramente en las sentencias siguientes: Lyon 30 Marzo 1849. *Mazeirat c. Demoustiers*, S. 49. 2. 245, y Civ. 26 Mayo 1851. S. 51. 1. 433. La revolución de Febrero de 1848 provocó una gran depreciación de los oficios ministeriales, y los adquirentes de oficios cuyos pactos estaban sometidos a la aprobación del jefe del Estado cuando estalló la revolución, pidieron su resolución, en virtud del art. 1.182. El espíritu sagaz de M. Labbé penetró en el punto débil de la solución romana. (*Etude sur quelques difficultés relatives a la perte de la chose*, p. 106.)

de dar no trasmita inmediatamente la propiedad. Por ejemplo, yo he vendido la mitad del vino que hay en mi bodega, del grano que hay en mis graneros a un tanto el hectólitro, y un caso de fuerza mayor ocasiona un deterioro en este género.

¿Deberá optar el comprador entre la resolución del contrato o su ejecución sin disminución del precio convenido?

Aunque la regla del art. 1.182, p. 3.°, nos parece censurable, el argumento de analogía se presenta con tanta fuerza a consecuencia de las semejanzas de las figuras, que resulta definitivo y nos obliga a atenernos a la afirmativa.

Sin embargo, no parece posible que sea aplicable la misma solución al caso en que se trate, no ya de deterioro, sino de pérdida de una parte de la cosa vendida. Supongamos, por ejemplo, que en vez de la mitad del vino, vendí todo el vino que hay en la bodega a un tanto la medida, y que por un caso de fuerza mayor que ocasionó la destrucción parcial de ello, no puedo entregar más que 50 hectólitros. Es evidente que optando el comprador por mantener el contrato, no vendrá obligado a pagar mayor cantidad. Una sentencia de la Corte de Amiens de 13 Agosto 1891, *Gauchy c. Letombe*, S. 94. 2. 124, tuvo ocasión de sentar esta doctrina, a propósito de la venta de la totalidad de una recolección de remolachas cuyo precio pactado, a razón de 1.000 kilogramos, debía determinarse después de pesadas, previa deducción de los menoscabos y atendiendo al grado de densidad. Una parte importante de las remolachas todavía en las tierras se helaron, y la sentencia resuelve que el vendedor, siendo el propietario de la recolección, mientras no se pesen aquéllas, debe sufrir la pérdida en virtud del art. 1.585, y el comprador, por consiguiente, puede disminuir del precio la cantidad que corresponda a la de remolachas que se halle inservible para la fabricación.

Otra sentencia de la Corte de Rennes de 18 de Diciembre de 1853, D. P. 56, 1. 254. S. 56. 1. 869. *en Civ. rej;* 10 de Junio de 1856, *Brard c. Lagreé*, se pronunció en el mismo sentido a propósito de la venta de unas toneladas de castañas que en parte habían llegado podridas. La Corte, habiendo comprobado que el comprador era responsable del deterioro de las mercancías, deniega la resolución de la venta, pero concede una re-

ducción en el precio. Y la Cám. civ. aprueba esta decisión y rechaza el recurso formulado contra ella.

El Código de Comercio en su art. 302, presta un argumento en favor de esta solución, estableciendo que no se debe ningún flete por las mercancías perdidas. Si, pues, el cargamento se ha perdido en parte, tan sólo se deberá el flete por las mercancías entregadas. (V. civ., 15 Febrero 1893, *Wills c. Crispo*, D. P. 93. 1. 264. S. 93. 1. 456.)

Optando la parte por la resolución, ¿se producirá ésta de pleno derecho, o deberá impetrarse de los Tribunales, como en el caso del art. 1.184? Tiene mayor importancia de la que aparenta a primera vista. Parece, efectivamente, no tener grande interés práctico, porque casi siempre existirá controversia sobre el hecho del incumplimiento, y será menester dirigirse a los Tribunales para solucionar el conflicto. Para percibir el interés que presenta en esta materia la intervención de la justicia, vamos a traer a la memoria el modo como la jurisprudencia interpreta el art. 1.184.

Según ella, los Jueces están dotados de un poder soberano de apreciación para decidir si es o no conveniente declarar la resolución del contrato, en el caso de que una parte falte a su obligación. ¿Debe reconocérsele la misma facultad en el caso de incumplimiento parcial debido a fuerza mayor? Afirmativamente si aplicamos el art. 1.184; negativamente si se parte de que la resolución se verifica de pleno derecho por la sola manifestación de voluntad del derechohabiente. Hemos dicho antes que la jurisprudencia no distingue estas dos diferentes situaciones. Según ella, la parte que se queja del incumplimiento parcial de la obligación de que es acreedora, debe siempre acudir a los Tribunales, y éstos resolverán si ha lugar o no a pronunciar la resolución [1].

Podrá, sin embargo, objetarse a esta jurisprudencia la diversa redacción de los arts. 1.182 y 1.184. En efecto, según este último artículo, el contrato no se resuelve de pleno derecho, y la parte que no recibió la prestación que la correspondía, tiene opción... *a reclamar su resolución*. Por el contrario, el contenido del art. 1.182, es completamente distinto.

1 V. las sentencias citadas más adelante.

El acreedor, dice, puede a su elección *resolver la obligación* o exigir la cosa (con o sin disminución del precio, según que el deterioro sea imputable o fortuíto).

La diferencia de redacción salta a la vista; en el primer caso, debe el contratante *pedir* al Tribunal que declare la resolución; en el segundo no tiene necesidad de acudir a la justicia, opta libremente. Pero la jurisprudencia no hace caso de esto; considera al art. 1.182 como una aplicación del 1.184 [1].

144. B) *Obligaciones de hacer.*—También aquí hay que distinguir dos hipótesis: que la fuerza mayor produzca un impedimento parcial de ejecución, o un impedimento simplemente transitorio o temporal.

a) *Impedimento parcial.*—El Código civil se refiere a este caso con ocasión del arrendamiento de inmuebles en el artículo 1.722 [2].

Este texto dispone que si la cosa arrendada se destruye en parte por caso fortuíto, el arrendatario puede, según las circunstancias, reclamar, o una disminución del precio o la rescisión misma del contrato. En ambos casos, añade, no se da ninguna indemnización. Así, pues, el Código adopta la solución racional, conforme a la naturaleza del contrato, que expusimos antes. Concede al arrendatario opción entre disminuir el alquiler y la rescisión del contrato.

Pero optando el arrendatario por la rescisión no se verificará ésta de pleno derecho, por el solo hecho de su voluntad, como acaece en las obligaciones bajo condición suspensiva,

1 Req. 1.º Marzo 1892. *Synd de la Ste. des usines de la Marquise c. Le Blanc.* D. P. 92. 1. 412. P. 92. 1. 487.

2 V. también el art. 8.º 1er p. de la Ley de 18 de Julio de 1899, sobre el arrendamiento de aparcería: «Si durante el arriendo los objetos en él comprendidos se destruyen en su totalidad por caso fortuito, aquél se rescinde de pleno derecho. Si sólo en parte se destruyen, el arrendatario y el arrendador pueden en este caso, según las circunstancias, pedir la rescisión.»

El Código de Comercio, para el caso en que un navío se detenga en el curso de su viaje y no pueda llegar a su destino por causa de fuerza mayor, no concede al armador más que un flete proporcional a la distancia recorrida. (Arts. 296, 303, 1.er p., 234 in fine.)

según el art. 1.182. El arrendatario solamente podrá «pedir la rescisión del contrato». Son, pues, los Tribunales quienes determinarán y decidirán, «según las circunstancias», como enseña el art. 1.722, si deberá declararse la rescisión o simplemente una disminución del alquiler. Conforme a la interpretación dada al art. 1.184 por la jurisprudencia, el Tribunal tiene amplia facultad para resolver.

Si le parece que el arrendamiento no ofrece estabilidad para el arrendatario, que su obligación, por consiguiente, se halla desprovista de causa, rescindirá el contrato. Si, por el contrario, se deduce del estado y de la interpretación del contrato, que la parte subsistente representa una utilidad apreciable para el arrendatario, el Tribunal se contentará con disminuir el precio [1].

Es preciso sin duda generalizar la solución, y aplicarla a todos los casos en que el cumplimiento de una obligación de hacer, nacida de un contrato sinalagmático, es impedido por un acontecimiento imputable al deudor.

Existen en las colecciones de jurisprudencia numerosas decisiones que en semejante caso declaran la resolución del con-

1 La jurisprudencia ha dado una interpretación extensiva a este artículo 1.722. Le aplica, en efecto, a los acontecimientos que sin destruir materialmente la cosa, impiden al arrendatario aprovecharse de ella, y autoriza, en consecuencia, a éste para demandar bien la rescisión, bien la disminución de los alquileres correspondientes al período de privación de su aprovechamiento. V. especialmente Req. 13 Febrero 1901. *Ville d'Oran c. Soc. gen. des abatt municip. de Franc.* S. 03. 1. 124; privación del derecho de percibir una tasa sobre los animales. París, 21 Enero 1916. *Gaz. Pal.* 30 Sept. 1916 a propósito del cierre de los teatros como medida administrativa en 1914; París, 10 Octubre 1916. *Gaz. Pal.*, 20 Dic. 1916; Trib. civ. Sena 14 Nov. 1916. *Gaz. Pal.* 1.º Dic. 1916, Sociedad hípica privada durante la guerra del aprovechamiento del hipódromo arrendado por ella: París, 3 Marzo 1917. *Gaz. Trib.* 6 Junio 1918; supresión del juego en un Casino: Trib. civ. Sena 24 Nov. 1917. *Gaz. Trib.* 19-20 Junio 1918 y 8 Enero 1919. *Gaz. Trib.* 7-8 Marzo 1919; derecho del locatario a obtener una reducción en su alquiler por no tener calefacción en la habitación, aunque al propietario una fuerza mayor le impida proporcionar la calefacción prometida. Es necesario siempre, para que se aplique el art. 1.722, que la pérdida parcial recaiga sobre la cosa alquilada. Req. 12 Feb. 1919. *Agence Fournier c Petin. Gaz. Trib.* 9. 10. Abril 1919.

trato en provecho del acreedor [1]. Debe pronunciarse la resolución, dicen, siempre que puede con fundamento creerse que el demandante no se habría obligado, si hubiera previsto el incumplimiento de esta parte de la obligación.

Así, pues, los Tribunales se reservan la facultad de apreciación como en el caso en que el incumplimiento es imputable al deudor, y resuelven el contrato solamente si el incumplimiento parcial destruye verdaderamente la causa de la obligación del acreedor [2].

145. b) *Impedimento transitorio de ejecución no imputable al deudor* [3].—Los pocos autores que tratan de esta hipótesis, afirman que el acreedor no puede demandar en este caso la resolución del contrato [4], porque el art. 1.184 no se refiere más que al caso de ejecución culposa. Pero esta solución extrema, rigurosa, no puede defenderse, porque hay que tener en cuenta la voluntad de las partes, como antes demostramos.

1 Civ. 14 Abril 1891. *Cenaldi c. Albertini*, D. P. 91. 1. 329. S. 94. 1.391; Rouen 25 Junio 1905. *Instituto de los Hermanos de las escuelas cristianas c. Ville de París*. D. P. 07. 1. 249. S. 08. 1. 193. En Cas: «Considerando que la jurisprudencia admite que el incumplimiento parcial, contraviniendo de una manera grave al contrato, basta para motivar la resolución»; Lyon 10 Marzo 1908, D. P. 09. 2. 33. S. 10, 2. 40, y Req. 26 Julio 1909. *Ch. syndic. des employes, des tramways c. C.ie des chemins de fer. et de. St. Etienne.* D. P. 11. 1. 55. 1. 10. 1. 71; Civ. 8 Enero 1907. *Julien c. Molinier*, D. P. 07. 1. 57. S. 07. 1. 233, a propósito de un contrato de trabajo modificado por la ley sobre descanso dominical. V. también Cons. de Estado, 19 Marzo 1897. *Audibert* S. 99. 3. 99.

Se cita en sentido contrario una sentencia antigua de Req. 2 Marzo 1832. *Letondal c. Pallu-Dupar c.* D. J. G. *Obligaciones*, núm. 1.246. S. 32. 1. 290; pero esto es un error. Concretamente la Corte de Poitiers se determinó por circunstancias de hecho a rechazar la acción resolutoria.

2 V. París, 9 Junio 1874. *Rebours c. Deslandes* D. P. 77. 2. 52; Req. 13 Febrero 1901. *Vólle d'Oran c. Sté. gén. de los mataderos de Francia.* S. 0. 3. 1. 124; Cons. d'Etat. 12 Enero 1906. *Comm. de Caudry c. Sté. gén. des abbatóires de France*, D. P. 08. 5. 17. S. 08. 3. 13. En materia de contrato de trabajo los Tribunales resuelven que el impedimento transitorio de ejecución debido a fuerza mayor, lleva consigo la suspensión del contrato. V. las resoluciones citadas, p. 292, núm. 2.

3 Cons. Radouant, *Del caso fortuito y de la fuerza mayor*, París 1920, p. 271 y s.

4 V. nota, S. 72. 1. 61; Braudry Lacant y Barde, T. II, núm. 914, p. 109.

En cuanto a saber si el acreedor tendrá derecho a una disminución de su propia obligación correspondiente al perjuicio que se le causó con el retraso, los autores antes citados no hablan sobre ello.

Veamos ahora las soluciones que la Jurisprudencia admite.

Ahora bien, estas soluciones concuerdan perfectamente con las que expusimos antes, al menos en lo relativo al derecho de resolución. Efectivamente, cuando se presenta ante los Tribunales una demanda de rescisión de contrato por retraso en el cumplimiento de una de las obligaciones, retraso procedente de una causa no imputable al deudor, los Tribunales se inspiran para fallar en la voluntad de las partes. Una sentencia moderna de la Corte de Nimes de 4 de Enero de 1918, *Ferrand c. Soncheyre-Souchal*, Gaz de Trib. 28. 29 de Agosto de 1918, puede citarse porque reproduce en excelentes términos la distinción aceptada por la Jurisprudencia. En teoría, dice, si el impedimento procedente de fuerza mayor es momentáneo, el deudor no queda en libertad, y la obligación se suspende solamente hasta que la fuerza mayor desaparezca. La fuerza mayor no extingue la obligación, a no ser que se oponga a su ejecución en el plazo pactado, si este plazo en la intención de las partes era un elemento esencial del contrato [1].

1 En este sentido Rouen 26 Junio 1871. D. P. 71. 2. 177 y Req. rej., 13 Febrero 1872. *Gaillard c. Rungeard*, D. P. 72. 1. 186. S. 72. 1. 60; París 16 Agosto 1871 y Req. rej. 14 Mayo 1872. *Way c. Gillain*, D. P. 73. 1. 78. S. 73. 1. 224; París 19 Agosto 1872, *Camuset c. Way*; París 25 Abril 1873 y Req. rej., 24 Marzo 1874, *Ledellie c. Hericourt*. S. 74. 1. 428; Civ. 15 Febrero 1888. C.ie d'asur Mut le Languedoc c. Guilhem, S. 88. 1. 456. D. P. 88. 1. 203, Trib. civ. Sena 19 Febrero 1916 y París 29 Noviembre 1916. *Soc. des aut. et comp. dram. c. Dufrenne. Gaz. Pal.* 22 Diciembre 1916; Req. 15 Noviembre 1921. *Sté. cidrerie de Cormeilles c. Legrand Gaz. Pal.* 30 Diciembre 1921; 19 Diciembre 1923, *Leblanc c. Saunier Gaz. Pal.* 26 Febrero 1924.

En lo relativo especialmente al contrato de trabajo, la jurisprudencia ha resuelto después de la guerra de 1914, y antes de la promulgación de la ley de 22 Noviembre 1918, que tiene por objeto garantir, a los obreros y empleados a quienes alcanzare la movilización, su trabajo o su empleo, ya que la movilización no rompe sino simplemente suspende el contrato. V. especialmente París 21 Noviembre 1918, Gaz de Trib. 1 Enero 1919.

Y la jurisprudencia admite que cuando el término de la entrega fué uno de los elementos esenciales del contrato cada una de las partes pueda prevalerse de la rescisión de la venta [1].

Además establece que, en caso de rescisión del contrato, no ha lugar a daños y perjuicios, porque el deudor, impedido por fuerza mayor de realizar su obligación, no puede ser condenado a resarcir daños y perjuicios (art. 1.148).

Veamos ahora lo que la jurisprudencia enseña cuando se niega a pronunciar la resolución. En primer lugar afirma que el contratante que se halla impedido de ejecutar su obligación en el plazo convenido, no puede ser condenado a indemnizar daños y perjuicios por la mora, porque según el art. 1.148, no se deben daños y perjuicios si el deudor, en virtud de fuerza mayor o de caso fortuito, no puede dar o hacer aquello a que se

Cons. para época anterior, Req, 28 Junio 1897. *Renault c. Salatché*, D. P. 98. 1. 16. V. Radouant, *ob. cit.* p. 290 y s.

1 V. especialmente París 19 Agosto 1872: Trib. civ. Sena 19 Febrero 1916, ya citados; Cf. Burdeos 17 Junio 1918, y Civ. rej. 9 Diciembre 1919. *Belley c. Versein y Minvielle Gaz. Pal.* 25, 26 Enero 1920:

«Considerando que de los hechos probados, los Jueces dedujeron que la imposibilidad de Versein y Minvielle de expedir la mercancía, por ellos vendida, en el lapso fijado para la entrega, no había podido tener por único efecto, según pretende la demanda, retrasar la ejecución de la venta hasta la reapertura del ferrocarril del Norte, sino que constituía un caso de fuerza mayor y debía producir la resolución del contrato». *Adde* en materia de contrato de trabajo, Civ. Cas. 7 Diciembre 1909 *Hurbier c. Ollivier*, D. P. 10. 1. 65. Compárese Besanzon 7 Agosto 1919, que resolvió que tratándose de mercancías cuyo precio está sujeto a frecuentes variaciones, y siendo el plazo de entrega una parte esencial del contrato, el comprador debe optar, en un intervalo bastante corto, por la ejecución forzosa, y si no lo hace, no puede demandar la rescisión del contrato. Del mismo modo si un comprador no puede, por fuerza mayor, recibir la entrega en el plazo convenido, podrá pedir la rescisión del contrato, si la fecha de la entrega se consideró esencial por las dos partes.

Entiéndase bien, que si la inejecución es debida a la culpa del contratante, no existiría fundamento de incumplimiento para pretender que el contrato se rescindiese en virtud de este hecho, y quedar desligado de sus obligaciones. Civ., 4 Mayo 1920, casando un juicio del Trib. civ. de Autun. del 4 Julio 1917, *Gaz. Pal.* 9 Junio 1920.

Cons. sobre esto. Wahl. *La guerra, como fuerza mayor, en la venta de mercancías*. Rev. trim. de derech. civ. 1915, p. 413, núm. 41, 416, núm. 45.

había obligado [1]. Esta solución indiscutible deja intacta la cuestión de saber si la parte perjudicada por el retraso no puede reclamar una disminución correspondiente de su obligación. No conocemos resoluciones relativas a los contratos sinalagmáticos ordinarios, pero existen en gran número las relativas a los contratos sucesivos cuyos efectos se suspenden momentáneamente en caso de fuerza mayor. Por ejemplo, el aprovechamiento del inmueble alquilado, inservible transitoriamente por causa no imputable al arrendador; el obrero a quien le impide trabajar una enfermedad; el empresario constreñido por una guerra o por una decisión de la autoridad a interrumpir su explotación. En todos estos casos los Tribunales declaran sin vacilar que el contrato se suspende, y que mientras dure la imposibilidad de ejecutar una de las obligaciones, el otro contratante está dispensado de ejecutar la otra [2].

1 V. Civ. 7 Noviembre 1893, *Grands Moulins de Corbeil c. Chavanne*, S. 96, 1. 67. D. P. 94, 1. 16, y a propósito de las huelgas consideradas como fuerza mayor, Rouen 8 Agosto 1900; *Prosser c. Roy*, Poitiers, 12 Enero 1903; *Morel c. Sté. de St. Gobain*, D. P. 03. 2. 389. S. 04. 2. 43; Aix, 21 Noviembre 1901, *Thuillier c. C.ie gen. transatl.* D. P, 02. 2. 197. S. 02. 2. 51; París, 13 Noviembre 1903, *Riviere c. Comp. de transp. de la Seine*, D. P. 04. 2. 73, nota de M. Ambrosio Colin, S 04. 2. 168; Poitiers, 4 Diciembre 1906; S. 07. 2. 135, y Req., 28 Octubre 1907, *Lohden c. Delmas*, D. P. 09. 1. 382, S. 08. 1. 32.

La mayor parte de las sentencias citadas en las notas precedentes han sido dadas con ocasión de ventas periódicas. Establecen que las ventas periódicas que comprenden vencimientos sucesivos, no constituyen un todo indivisible, sino una serie de ventas distintas. Si al vendedor, por fuerza mayor le es imposible verificar una entrega, la venta se rescinde solamente en cuanto a este suministro, quedando el vendedor obligado a realizar las prestaciones posteriores a que se obligó.

2 V., en cuanto al alquiler de inmuebles, las sentencias antes citadas, p. 315, n. 1. Para el contrato de trabajo, v. Trib. civ. Sena, 20 Enero 1915, *Cremieux c. Cipriotti*, S. 19. 16. 52.

Es la misma resolución admitida por las Leyes de 18 Julio 1901 y de 27 Marzo 1909 (arts. 25 y 29 del Código de trabajo), que supenden el contrato de trabajo, la primera durante los períodos de servicio militar, la segunda durante el tiempo del parto. La Ley de 21 Enero 1918, sobre las ventas periódicas y otros contratos comerciales verificados durante la guerra, concede al Juez la facultad de declarar a petición de una parte la suspensión del cumplimiento del contrato durante un plazo que establece (art. 2, ult. p).

146. *Derecho comparado.*—El art. 323 del Código civil alemán resuelve la cuestión del riesgo en los contratos sinalagmáticos, estableciendo que si la prestación que incumbe a una de las partes se hace imposible por circunstancias inimputables, ésta queda en libertad, pero pierde su derecho a la prestación recíproca.

Habiendo solamente imposibilidad por una parte, se disminuye la prestación recíproca en la misma proporción en que la parte impedida queda libre. La comparación deberá establecerse a partir del momento de la perfección del contrato entre el valor de la prestación total y el de la parte de esta prestación que todavía es posible (arts. 472, 473) [1]. El art. 119 del Código civil suizo *(Derecho de obligaciones)*, establece lo mismo: «La obligación, dice, se extingue si el cumplimiento se hace imposible a consecuencia de circunstancias no imputables al deudor. En los contratos bilaterales, el deudor así liberado está obligado a restituir, según las reglas del enriquecimiento injusto, lo que recibiere y no puede reclamar lo que se le debía».

1 Art. 323, B. G. B.: «Si la prestación que incumbe a una parte, en virtud del contrato sinalagmático, llega a resultar imposible a consecuencia de una circunstancia no imputable, aquélla pierde su derecho a la prestación recíproca; en caso de imposibilidad parcial, la prestación recíproca se reduce en la proporción establecida en los arts. 472, 473».

Art. 472. «En caso de disminución, el precio de la venta debe reducirse en la proporción que al tiempo de la venta alcanzara el valor de la cosa, suponiéndola exenta de vicios, comparado con su valor real.

Cuando tratándose de la venta de varias cosas por un precio global, la disminución no tiene lugar más que con relación a algunas de estas cosas, el valor global de todas estas cosas debe servir de base para la reducción del precio.»

Art. 473: «Cuando además del precio de venta fijado en dinero, se estipularan prestaciones cuyo objeto será cosas no fungibles, éstas, en los casos previstos en los arts. 451, 472, deben estimarse en dinero, según su valor, al tiempo de la venta. La reducción de la prestación recíproca del comprador se verifica sobre el precio fijado en dinero; cuando éste no asciende a la suma que debe deducirse, el vendedor debe reembolsar la diferencia.»

§ 3.—*Del derecho de una parte a pedir la resolución del contrato si la otra no ejecuta su obligación.*

I. Fundamento de la acción resolutoria: 1.° Ojeada histórica. *A*) Derecho romano. *B*) Derecho canónico. *C*) Introducción del nuevo principio, proclamado por el Derecho canónico en nuestro antiguo derecho. 2.° E artículo 1.184 del Código civil y sus intérpretes. 3.° La jurisprudencia.—II. Consecuencias del fundamento reconocido a la acción resolutoria: 1.° Poder soberano de decisión del juez. 2.° Incumplimiento procedente de causa independiente de la voluntad del contratante. 3.° ¿Debe aplicarse el art. 1.184 a los contratos llamados reales? 4.° Observaciones relativas a los contratos sucesivos y a los aleatorios. Apéndice. Derecho comparado.

147. I. *Fundamento de la acción resolutoria.*—Dice el Código civil en el art. 1.184: «La condición resolutoria se sobreentiende en todos los contratos sinalagmáticos para el caso de que una parte no cumpla su obligación.

En este caso el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte que no recibió la prestación a que se obligó la otra puede optar entre obligar a ésta a que la cumpla, mientras sea posible, o reclamar la resolución con daños y perjuicios.

La resolución debe demandarse a los Tribunales, y puede concederse al demandado un plazo, según las circunstancias.»

Esta facultad que concede la Ley a cada contratante, para pedir la resolución del contrato, cuando el otro no cumple su obligación, parece a primera vista una anomalía, y muchos autores así lo creen. Efectivamente—dicen—desde que las partes se ligan no hay razón plausible para permitir a una que pida la ruptura de este lazo, bajo pretexto de que la otra no ejecuta voluntariamente su promesa. Al demandante no le queda otro camino que llevar a su adversario ante los Tribunales, y hacer que se le condene a ejecutar su obligación.

La situación varía—añaden—cuando el caso fortuito es el que impide cumplir la obligación de una parte. Entonces es verdad que la liberación de la otra se deriva de la naturaleza de la causa. Pero cuando el incumplimiento se debe a culpa o mala voluntad del contratante, es «manifiestamente inexacto decir que las obligaciones del demandante de la resolución es-

tán sin causa. Las obligaciones tienen siempre una causa, porque enfrente del acreedor hay un deudor obligado en virtud del mismo contrato» [1].

«En tanto que una de las obligaciones tiene por equivalente a la otra, dice igualmente Saleilles [2], no está desprovista de causa jurídica, y, por consiguiente, no hay razón para dejar de cumplir el contrato. El acreedor sólo puede exigir a su deudor que cumpla su prestación por las vías legales, y mientras alienta en él una esperanza de conseguir el pago, no hay razón para desligarse de su obligación, rescindiendo el contrato».

Este argumento aparentemente parece fundado. El error de los que así razonan procede de una visión incompleta de la causa. Se parte de la idea inexacta de que la obligación de una parte tiene su causa en la obligación de la otra [3]. Pongámonos, por el contrario, de cara a la realidad; reconstituyamos, en su integridad, la voluntad de cada parte, y llegaremos a una conclusión completamente distinta. Lo que quiere el que contrata es alcanzar la prestación que se le prometió. A partir del momento en que esta prestación no se efectúa voluntariamente,

1 Planiol, nota D. P. 1891. 1. 389. El autor concluye que el derecho de resolución se deriva del contrato de rescisión sobreentendido, y tiene su origen en la *lex commissoria* romana. Intentaremos demostrar que no es así.

2 *Obligación*, p. 196. V. también Baudry Lacant y Barde, *Obligaciones*, T. II, núms. 903 y 904. Estos autores declaran que el art. 1.184 deroga los principios, y que, por consiguiente, debe interpretarse restrictivamente.

3 Evidentemente si nos contentamos con decir, como hacen ordinariamente los autores, que la causa de cada una de las obligaciones bilaterales es la existencia de la promesa recíproca, el contrato sinalagmático se presenta como un todo completo, perfecto, desde que las obligaciones recíprocas coexisten. Se deduce que cada parte está ligada por su promesa, y cuando una de ellas la ejecutó, no puede invocar el incumplimiento de la prestación recíproca, para pedir lo que entregó, por no tener causa; porque puede decirse que no realizó su prestación a causa de la prestación recíproca que se le prometió, sino para cumplir su propia obligación. Se deduce que regla del art. 1.184, que autoriza a pedir la resolución del contrato por incumplimiento, no puede justificarse. Es preciso entonces considerarla como una simple regla de equidad. (V. especialmente Crome, *Allgemeiner Theil der modernen* franzosischen PrivatrechtsWissentchaft» (1892), § 31, p. 297.

es de temer que le falte el fin a que aspiraba. Efectivamente, en primer lugar puede darse el caso de que la prestación, con la que contaba, no sea susceptible de ejecución forzosa, y tendrá que contentarse con la indemnización de daños y perjuicios, al paso que él mismo continuará obligado a cumplir su propia prestación. Si por otra parte se trata de una obligación consistente en entregar una suma de dinero, puede suceder que su adversario sea insolvente, y será inútil que le lleve ante los Tribunales.

Finalmente, aun con la esperanza de obtener por la fuerza lo que se le prometió, ello exigirá muchos gastos y tiempo; y quizá llegando demasiado tarde, no conduciría a lo que el contratante habría querido. No puede, pues, dudarse de que en muchos casos la culpa del contrario impedirá al contratante alcanzar el fin que se proponía.

En todos estos casos el demandante tiene fundamento para pedir la resolución del contrato y decir: «El fin en vista del cual yo me obligué, no puedo conseguirle; por consiguiente, careciendo mi obligación de causa, yo debo quedar libre de ella» [1]. Sería desconocer su voluntad, violar la ley del contrato y denegarle su derecho, el mantener los lazos del contrato y obligarle a cumplir su propia prestación. La única forma de respetar el acuerdo llevado a cabo es conceder al interesado que elija entre dos partidos: o demandar la ejecución forzosa,

1 Se ha objetado que si el incumplimiento de una de las obligaciones hace que desaparezca la causa de la otra, esta última deja de existir. Y entonces, ¿a qué serviría la resolución judicial del contrato? ¿Cómo podría resolverse lo que ya no existe? V. *Enciclopedia giuridica, Causa n. 15* (artículo de Barassi). Laurent, T. XVIII, n. 122, dice también que la opción entre la *condictio sine causa* y el cumplimiento del contrato es un contrasentido. Timbal *(tesis* ps. 184-185), declara que si el incumplimiento suprime la causa de la otra obligación, tendremos un caso en que la falta de causa no opera de pleno derecho.

Todas estas objeciones parten de una falsa comprensión de la situación. El contratante pide la ejecución si estima que es posible, y si, consiguiéndola, espera alcanzar el fin deseado. Si, por el contrario, piensa que este fin le falta, alega el defecto de causa. Pero se concibe que sea indispensable que el Juez aprecie, en este último caso, el fundamento de su pretensión.

o hacer resolver el contrato y volver a quedar en libertad. Pero debemos añadir que esta opción en ningún caso debe depender únicamente de su voluntad, porque podría abusar en detrimento de su adversario culpable. Podría, sin razón suficiente, pedir la resolución del contrato cuando la ejecución forzosa le diera plena satisfacción. Efectivamente, el solo retraso en el cumplimiento de las obligaciones de la otra parte, no prueba siempre que la finalidad a que él aspiraba no pueda ya ser alcanzada. Puede suceder que el deudor moroso esté todavía en situación de cumplir su prestación y que el retraso no suprima la utilidad que esta prestación pueda tener para el acreedor.

Otras veces el demandante aducirá hechos que no constituyan un incumplimiento total, sino simplemente parcial, y que, quizá, no destruyan el interés que le indujo a contratar.

Para evitar cualquier abuso y respetar la voluntad de las partes, es necesario conceder al Juez un poder soberano de apreciación. A él le toca en último término resolver, ateniéndose a los términos del contrato y a las circunstancias que concurran en el hecho, y a la conducta del culpable, si debe pronunciarse la resolución o si es más conveniente mantener el contrato y condenar simplemente al demandado a cumplir su obligación, imponiéndole, según las circunstancias en ambos casos, indemnizar daños y perjuicios para reparar el perjuicio que su falta hubiera causado al demandante. Asi, pues, a los Tribunales toca resolver definitivamente con poder soberano y declarar si la demanda de resolución está o no justificada. Y al efecto, los Jueces tendrán que acudir a la concepción del fin perseguido. Decretarán la resolución si estiman que por causa del incumplimiento es imposible alcanzar el fin perseguido. La denegarán, por el contrario, si juzgan que por la ejecución forzosa, el demandante obtendrá todavía el resultado que apetecía.

148. 1.° *Ojeada histórica.*—Ha sido preciso el transcurso de largo espacio de tiempo para que el principio de la resolución judicial de los contratos sinalagmáticos se abriera camino en nuestro Derecho civil; y hasta el siglo XVII no llegó a admitirse sin discusión. Se debe esto a que nuestros antiguos escri-

tores, apegados a la tradición romana, hubieron de sacudirla para proclamar aquel principio.

A) *Derecho romano.* — Iríamos demasiado lejos si dijésemos que el Derecho romano no permitió en ningún caso al contratante resolver el contrato por incumplimiento de las obligaciones del otro. La verdad es que los jurisconsultos romanos adoptaron en esta materia dos sistemas opuestos, aplicando el uno a la venta, que es el de más uso, el más importante y, por lo mismo, el contrato típico de los sinalagmáticos; y relegando el otro al arrendamiento de inmuebles y a los contratos innominados.

Respecto a la venta no admitió nunca el Derecho romano la posibilidad de la resolución judicial. Establecía que, una vez perfecto el contrato, la dos partes quedasen definitivamente ligadas y obligadas a ejecutar sus obligaciones. Si una se negaba, no por eso la otra venía menos obligada, no pudiendo acudir a los Tribunales a pedir la resolución del contrato. Tenía solamente el derecho de perseguir a la parte negligente o de mala fe. Esto era especialmente peligroso para el vendedor, que por lo mismo se hallaba expuesto, en caso de insolvencia del comprador, a perder la cosa y el precio. Es verdad que en cierto modo, le protegía el derecho contra este riesgo, porque disponía que el propietario siguiese siendo dueño de la cosa vendida aun después de la tradición, en tanto que no se le entregara el precio. Pero no era menor el peligro del vendedor en el caso, muy frecuente en la práctica, de concesión de plazo al comprador. Para garantirse de la eventualidad de no ser pagado al vencimiento, tenía que protegerse él mismo, estipulando al tiempo de la venta que conservaría la propiedad de la cosa vendida hasta el pago del precio.

Pero estas excepciones de la regla eran insuficientes, y la experiencia bien pronto se encargó de demostrar el inconveniente que significaba para el vendedor quedar obligado cuando era cierto que el comprador no podía pagar el precio. Así la práctica vino a corregir las normas jurídicas; se introdujo la costumbre de insertar en los contratos de venta una cláusula llamada de *lex commissoria*, que concedía al vendedor la facultad de resolver la venta cuando el comprador no pagara el pre-

cio en el plazo convenido. Bastaba entonces que el vendedor diese a conocer al comprador la intención de prevalerse de este pacto para que la venta se resolviese de pleno derecho (D. 18. 3. *de. lege. comm.* 1, 2 y s.), sin que fuera necesaria la intervención de los Tribunales.

Debe notarse que la *lex commissoria* no amparaba más que los intereses del vendedor. En cuanto al comprador, no modificó en nada la práctica rituaria, sin duda porque se hacía sentir menos su necesidad. Así, pues, si el vendedor no hacía la entrega en el tiempo convenido, el comprador solamente podía pedir a los Tribunales que le dieran su posesión [1].

Tal es el sistema que adoptó el Derecho romano en la venta, admitiendo para el arrendatario de inmuebles y los contratos innominados otro completamente distinto.

En primer lugar, por lo que respecta al arrendamiento de inmuebles, contrato sucesivo, los jurisconsultos comprendieron en seguida que era imposible aplicarle la misma regla que a la venta, y que no podía constreñirse al arrendador o arrendatario a ejecutar el contrato si la otra parte no estaba conforme con ello. Así, el arrendador podía pedir la rescisión por falta de pago del alquiler durante dos años [2] o por abusar de su disfrute. Y por su parte el arrendatario tenía derecho a reclamar la rescisión si sufría una interrupción notable en el disfrute de la cosa por culpa del arrendador [3]. El derecho de rescisión se admitió con facilidad en estos casos, porque se trataba, no ya de resolver retroactivamente el contrato, sino simplemente de suspender sus efectos.

Sabemos, además, que en los contratos innominados el contratante que primero había realizado su obligación, tenía en virtud de la *actio praescriptis verbis* el derecho de demandar, si lo prefería, la restitución de su propia cosa, intentando contra su adversario negligente o recalcitrante la *condictio ob rem dati* o

1 Comp., art. 1.610, C. c.

2 D. 19. 2. *loc. cond.*, 54 § 1 y 56; C. 4. 65, *loc. cond.* 3.

3 D. 19. 2. *loc. cond.* 25. § 2. V., también para la enfiteusis, C. 4. 66, *de jure emphyt*, ley 2, *in medio*.

ANUARIO DE DERECHO PRI

causa data, causa non secuta [1]. La conservación de la *condictio* quizá no se deba solamente a una simple experiencia; es probable que la utilidad práctica de esta acción contribuyera no poco a su conservación al lado de la acción contractual. En estos contratos, en efecto, la conexión de las prestaciones prometidas era más clara, más visible que en la venta, puesto que el vínculo se verificaba solamente por el cumplimiento de una de las prestaciones prometidas, y las fórmulas empleadas para designar estas operaciones *do ut des*, *do ut facias*, manifestaban de un modo evidente el fin perseguido por cada parte.

149. B) *El Derecho canónico.*—¿Cómo se pasó del sistema romano a la norma moderna? ¿Qué razones movieron a nuestros jurisconsultos para aplicar a la venta y a los contratos sinalagmáticos el principio de la resolución judicial? La historia de la evolución hace tiempo ya que se escribió [2], y modernamente la ha expuesto magistralmente Cassin [3].

El Derecho canónico inició la reforma enunciando el adagio ya citado: *Frangenti fidem non est fides servanda.*

Dijimos ya [4] que este adagio se basaba en análisis muy exacto de la voluntad de las partes, y contenía en general toda la teoría de la causa en los contratos sinalagmáticos. Y en tanto producía como consecuencia el derecho a favor del demandado de negarse a ejecutar su prestación, en cuanto que el demandante no verificaba la suya; y así también lógicamente concedía el derecho de pedir la resolución del contrato por causa de incumplimiento.

Los canonistas, interpretando justamente el contenido de la voluntad de las partes, llegaron a la conclusión de que, cuando dos personas se habían obligado recíprocamente, si una de ellas no cumplía su promesa, la otra no sólo se hallaba dispensada de cumplir la suya, sino que podía, en vez de reclamar la ejecución forzosa, citar a su adversario ante el Tribunal ecle-

1 D. 12. 1, *de reb. cred.*, 19, pr.; 12. 4, *de cond., c. d. c. n. s.*, 16 y 3, § 3; 19. 4, *de rer. perm.* 1. 4.

2 Naz., *Ensayo acerca de la historia de la resolución de la venta.* París, 1870, p. 145 y s.

3 *Ob. cit.*, p. 42 a 46, 94 a 102.

4 *Supra*, ns. 69 y s.

siástico para hacer constar la violación de la fe prometida y exigir que se le relevase de su obligación. Y el Derecho canónico aplicaba esta solución a todos los contratos sinalagmáticos indistintamente, tanto a los antiguos contratos consensuales del Derecho romano, como a los simples pactos, porque el concierto de voluntades, según los canonistas, era obligatorio.

Así se reconoció y proclamó por primera vez el derecho que asiste al contratante para obtener la resolución del contrato que su adversario descuidaba o se negaba a ejecutar. Además, como también hemos dicho, la resolución no se verificaba de pleno derecho; no era efecto de la sola voluntad de la parte como en el caso de la *lex commissoria* romana. Se necesitaba que se presentara el deudor ante el Juez eclesiástico para que se le descargara de su obligación, y, naturalmente, el Juez estaba dotado de un poder soberano en sus fallos. Era libre de declarar o denegar la resolución, según las circunstancias. Y, además, si otorgaba al demandante la liberación, el demandado permanecía obligado, y no solamente incurría en las penas eclesiásticas por violación de la fe prometida, sino que se le condenaba a pagar el valor de la cláusula penal [1]. En el Derecho canónico están, pues, los rasgos característicos de nuestro sistema actual de resolución de los contratos sinalagmáticos, por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes. Y como se ve, la nueva regla proclamada por los canonistas se deduce de la correlación estrecha entre la obligación contraída y la prometida prestación recíproca.

150. C) *Introducción del nuevo principio en nuestro Derecho antiguo.*—Pero fué preciso que transcurriera mucho tiempo antes de admitirse el derecho de pedir la resolución de la venta por incumplimiento. Los romanistas defendían, en efecto, en contra de los novadores, la concepción tradicional, y mantenían el principio de la distinción entre contratos nominados e innominados. Así esta distinción subsistió hasta fines del siglo XVI.

Es interesante trazar brevemente la historia de esta resolu-

1 *Decretales de Gregorio IX,* III. 3. 9.

ción, porque mediante ella se elaboró la teoría de la causa que Domat había de formular más tarde.

En el siglo XVI, Boutilier, *Suma rural*, tít. XLVII y Masuer, *Práctica forensis de empt et vend.*, tít. XVIII, reproducen fielmente los principios del Derecho romano. Del mismo modo, más tarde, Cujas, tom. X, col. 766 B. *ad tit.* de A. E. V. (Dig. 19. 1. 13. § 8). Domeau, *Comm. de jure civili*, lib. XIV, capítulo XXIII, n. 11, d'Espeisses, *des Contrats.*, p. I, tít. I, secc. 6, n. 1) *de jure civili de empt et vend.*, lib. XVIII, afirman que ni el vendedor ni el comprador pueden pedir la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones de la otra parte.

Para explicar la diferencia tradicional entre los contratos nominados e innominados, emplea Doneau un razonamiento sutil:

«En los contratos innominados, dice, el que da una cosa *ut etiam accipiat*, no está obligado hasta que no ha verificado la entrega, y una vez que ha realizado ésta, cesa su obligación, porque ya la ha cumplido. Nada se opone a que intente la *condictio*. En la venta, por el contrario, y en los demás contratos análogos, la obligación resulta del solo acuerdo de voluntades. De donde se sigue que el comprador puede ejercitar una acción para que se le entregue una cosa. Y si posee acción para obtener la tradición, *a fortiori*, una vez realizada ésta, tendrá excepción para retener la cosa en virtud del principio de que quien posee la acción con mayor motivo posee la excepción.»

En el siglo XVI, Dumoulin fué uno de los primeros en proponer la aplicación del principio de la resolución a la venta, pero solamente en casos excepcionales. Expone esta teoría [1], a propósito de la ley *Incivile*. 12. C. 3. 32, *de rei vindic*, que deniega la acción resolutoria al vendedor de un esclavo a quien no se le pagó el precio. Es preciso, dice, interpretar restrictivamente este texto y no generalizar sobre el mismo.

1 Dumoulin, *Variae juris questiones*, in rubr. *De verbor oblig.*, ns. 58 a 62, edicc. de 1591. T. III, p. 12. V. Naz, *Ensayo sobre la historia de la resolución de la venta*, ps. 165 y s. V. también Cassin, *ob. cit.* p. 99.

Según él, hay que distinguir el caso en que el vendedor sólo tiene interés en recibir el precio, es decir, el equivalente de la cosa, en cuyo caso no cabe la acción resolutoria de aquel otro en que se vendió con miras a un fin particular, o destino especial que quería dar al precio. Por ejemplo, enajenar un feudo rural, para comprar la casa de la ciudad paterna. En este caso, habiendo, por falta de pago, la esperanza de recobrar la casa paterna, el vendedor no estará obligado a demandar el pago del precio, pero podrá accionar para que se le devuelva la heredad vendida, *ne careat utroque fundo par fraudem vel culpam emptoris*. Como argumento invoca la regla formulada por los canonistas: *Fidem prorsus non servanti non est servanda*. Y añade, en conclusión: *Stat ergo quod defectu causae finalis locus est rescissioni etiam in contractibus nominatis et specialiter in venditione*.

Cita también en apoyo de esta teoría nueva, contraria a la opinión hasta entonces admitida, la ley *Cum te*. 6. C. 4. 54. *de pact. int. empt. et vend.* Esta ley dispone que si una persona ha trasmitido a otra la propiedad de un fundo por precio reducido, en consideración a pactos habidos entre los contratantes, puede entablar la *condictio ob causam* para entrar otra vez en propiedad de su fundo, si no se cumplió la promesa que se le hizo. Parece claro que este fragmento se refiere a una hipótesis de contrato innominado, pero los glosadores y sus descendientes admitieron que se refería a la venta, y, por consiguiente, esta solución se les hacía muy difícil de explicar. Así la consideraban como derogación excepcional de principio de la no resolución, y, en consecuencia, la interpretaban restrictivamente.

A diferencia de sus predecesores, Dumoulin generaliza su aplicación. Hace intervenir la noción de causa final en los contratos nominados, pero no en el sentido que actualmente damos a estas palabras, porque según él la causa final no es pago del precio, sino un fin particular subjetivo, en vista del cual, el vendedor se determinó a contratar.

Además, parece claro que Dumoulin reconociera la fragilidad de esta distinción, porque en otra de sus obras, en su *Comentario de la Costumbre de París*. T. I, des Fieds, § 33,

n. 19, declara que el vendedor no pagado puede reivindicar el feudo, si el comprador al tiempo de la venta y de la tradición procedió de mala fe, es decir, tenía intención de no pagar, porque se puede decir que la tradición y la confianza del vendedor han sido traicionadas y adolecen de nulidad. Y esto sucede, dice, cuando el comprador no paga al tiempo de la tradición o en un corto espacio de tiempo.

Las soluciones preconizadas por Dumoulin satisfacían las necesidades del comercio jurídico, porque como nota Pothier *Vente*, n. 476, las más de las veces no se puede hacer que los deudores nos paguen sin grandes gastos por nuestra parte, y evidentemente le es mejor al vendedor tomar otra vez su cosa que llevar ante los Tribunales a un comprador que rehusa pagar el precio.

Así, bajo la capa protectora de una autoridad tan considerable como la de Dumoulin, penetró esta doctrina insensiblemente en la jurisprudencia [1], y triunfando de todas las resistencias, acabó porque la adoptasen todos los comentaristas del Derecho consuetudinario. Domat en el siglo XVII fué naturalmente uno de los primeros en adherirse a ella. «El incumplimiento de los contratos por parte de los contratantes—dice—puede dar lugar a la resolución, sea que no pueda [2] o que no quiera cumplir su obligación, aunque no haya cláusula resolutoria, como sucede cuando el vendedor no entrega la cosa vendida; y, en este caso,

1 En países de derecho escrito fué más difícilmente admitida. Una sentencia de la Corte de Grenoble de 9 de Agosto de 1821, citada por Villars, *Jurisp. de la Corte real de Grenoble*, 1824. V. venta, n.° 12, enseña que el pago del precio de venta no era la única causa final, cuya falta pudiera ocasionar la resolución de la venta fuera de un pacto commisorio expreso. (V. Cassin, p. 100, nota 5.)

El Parlamento de Tolosa admitió hasta el período final de nuestro antiguo derecho que la acción resolutoria no podía invocarse por el vendedor no pagado, a no ser que le autorizara una cláusula expresa del contrato. (V. Montpellier, 1.° Mayo 1826. *En req.*, 4 Marzo 1828. S. chr.). Y aun en países consuetudinarios la cuestión se discutía todavía. V. la demanda en el asunto que dió lugar a la sentencia de la Cámara civil de la Corte de Casación de 16 de Agosto de 1820. S. chr.

2 Domat parece otorgar la acción resolutoria aun en el caso de que la inejecución provenga de caso fortuito.

el contrato se resuelve, o inmediatamente, si ha lugar, o después de un lapso arbitrario y con indemnización de los daños y perjuicios que el incumplimiento puede haber causado». (Leyes civiles, lib. 1.°, tít. 1.°, sec. 6.ª, n.° 11.)

Y más adelante tratando de la venta, tít. 2.°, sec. 12, pr. y número 13, Domat añade: «Aunque no exista cláusula resolutoria por falta de pago en el plazo convenido o de ejecutarse alguna otra convención, la venta no dejará por eso de resolverse si la falta de pago y la inejecución dan a ello lugar después de la mora, y según las circunstancias. Porque las partes no quieren que subsista [1] el contrato más que en el caso de que cada una ejecute sus prestaciones».

Estas explicaciones de Domat ofrecen para nosotros el mayor interés. Demuestran que la acción resolutoria se admitió en el siglo XVII no sólo en provecho del vendedor, sino también en provecho del comprador. Importa, sobre todo, notar que Domat relaciona el derecho de pedir la resolución con la voluntad misma, que presidió la perfección del contrato «*porque las partes no quieren que el contrato subsista si cada uno no ejecuta su obligación*». Y, finalmente, reconoce a los jueces un poder absoluto de apreciación. «La venta se resolverá—dice—*según las circunstancias*».

En el siglo XVIII Pothier razona de la misma manera. Después de declarar que la falta de pago del precio permite al vendedor demandar la resolución del contrato, aunque no haya pacto commisorio, amplía la cuestión: «Con relación a todas las demás obligaciones, sean del vendedor, sean del comprador, solamente en virtud de las circunstancias se llega a definir si el

1 V. Domat, *Leyes civiles*, edic. Remy. T. I, p. 161. *Del contrato de venta*, sec. 2.ª, n.° 19: «Además de los daños y perjuicios causados por la falta de la entrega, es también un castigo para el vendedor que no quiso hacer dicha entrega, que se proceda a la resolución de la venta si cabe. Como por ejemplo: si el que debía entregar una mercancía en día determinado de embarque o de feria, no cumple con ello, vendrá obligado a volver a tomar la mercancía si el comprador lo quiere, y a devolver el precio si lo había recibido. Y además estará obligado a indemnizar daños y perjuicios por no haber hecho la entrega en el día y lugar determinado».

incumplimiento debe dar lugar a la resolución del contrato: «*Da lugar a ella siempre que se me prometió una cosa tal que sin ella yo no me hubiera obligado*» [1].

Pothier también deriva la acción resolutoria del fin perseguido por las partes al tiempo del contrato. Impidiendo el incumplimiento de la obligación a una parte, alcanzar el resultado que se proponía, ha lugar a resolución. Si no lo impide, la resolución no tendrá lugar.

Hay una cita de Pothier acerca de las condiciones resolutorias en su *Tratado de Obligaciones*, n.º 672, que todavía es más significativa. Hablando de la resolución por incumplimiento dice: «Supongamos que yo os vendo mi biblioteca pura y simplemente; si tardáis en pagarme el precio, *el incumplimiento de la obligación que contrajisteis de pagarme el precio convenido, dará lugar a la extinción de mi obligación de entregaros mis biblioteca. Pero esta extinción* de mi obligación no se verificará de pleno derecho...»

151. 2.º *Artículo 1.184 del Código civil y sus intérpretes.*—Tal es la evolución histórica que se resume en el art. 1.184. Pero ni el lugar que este texto ocupa en el Código civil, ni su redacción, hacen sospechar su verdadera filiación. Puesto en el parágrafo relativo a la condición resolutoria nos dice, en efecto, que en todo contrato sinalagmático existe una *condición resolutoria sobreentendida*, o como dicen los intérpretes, un *pacto comisorio tácito* para el caso de que una parte no satisfaga su compromiso. Así de la simple lectura de este texto se deduce que todo se verifica como si las partes hubieran estipulado en su acuerdo que el contrato se resolvería cuando una parte no ejecutara su obligación.

¿Cómo es que los redactores del Código redactaron de un modo tan singular e inexacto el art. 1.184? Obedece esto a que reprodujeron desdichadamente las explicaciones que aducía Pothier en su *Tratado de Obligaciones*, a propósito de las *condi-*

1 Pothier, *Tratado del contrato de venta*, n.º 475. V. el ejemplo que expone. V. también Henrys, T. II, l. 4.º, cap. VI; Bourjón, *Cout. de París*, t. I, l. 3.º t. IV, cap. IX, n.º 1; Ferriere, *Dict. de prat. vo pact. comm.*; Furgole, *Testamentos*, t. III, cap. XI, sec. 1.ª, ps. 503 y 504, ed. 1779.

ciones resolutorias (n.º 672). «En los contratos sinalagmáticos—decía—se pone con frecuencia por condición resolutoria de la obligación que contrae una parte el incumplimiento de alguno de los compromisos de la otra». Y añadía: «Aun cuando no se hubiera expresado en el contrato el incumplimiento de vuestra obligación como condición resolutoria de la que yo contraje para con vosotros, sin embargo este incumplimiento puede muchas veces producir la rescisión de la venta y consiguientemente la extinción de mi obligación. Pero es preciso que se haga la declaración por el juez...»

Esta relación entre la condición resolutoria expresa y la resolución judicial por incumplimiento, es la que engañó a los redactores del Código civil. Tradujeron mal el pensamiento de Pothier, que se guardó mucho de hablar de condición resolutoria sobreentendida [1].

Sea lo que quiera, los intérpretes del Código civil, engañados por la redacción defectuosa del art. 1.184, creyeron que este texto continuaba la tradición romana y consagraba palpablemente la práctica de la *lex commissoria*. La *lex commissoria*, dicen, que era costumbre en Roma expresarla en las ventas para proteger al vendedor de la insolvencia del comprador, quedó relegada a ser una cláusula de estilo. Se llegó a sobreentender cuando las partes no la habían expresado, y no solamente tratándose de la venta, sino de todos los contratos sinalagmáticos. Y, según ellos, mediante este proceso se llegó progresivamente a la fórmula generalísima del art. 1.184 [2].

No es difícil demostrar la inexactitud de esta exposición. En primer lugar, no es así como nuestros escritores antiguos explican el sistema de la resolución judicial de los contratos, y si alguna vez comparan la condición resolutoria expresa con la resolución judicial, tienen buen cuidado de no asimilar la una a la otra.

Las citas precedentes de Pothier y Domat lo prueban su-

1 Nuestros antiguos autores, basados en el Derecho romano, relacionaban naturalmente la acción resolutoria con el pacto commisorio, pero no los asimilaban. V. Pothier, *Venta*, n. 476, p. 4, y Domat, *loc. cit.*, p. 320.

2 V. Baudry Lacant y Barde, T. II, n. 900; Planiol, T. II, números 1.310, 1.556.

perabundantemente. En efecto, ¿cómo habrían podido verificar esta asimilación siendo así que existen diferencias fundamentales entre la *lex commissoria* de la venta y la resolución judicial de los contratos sinalagmáticos? Así, la *lex commissoria* era una cláusula especial que se refería, no ya a todos los casos de incumplimiento de la venta, sino exclusivamente a la falta de pago del precio en el plazo convenido. Protegía solamente al vendedor y de ningún modo al comprador, el cual en ningún caso podía pedir la resolución de la venta por incumplimiento de las obligaciones del vendedor. No se comprende cómo el hecho de considerar a la *lex commissoria* sobreentendida en la venta, pudiese dar a esta cláusula un alcance que no tuvo jamás [1].

Y tampoco que pudiera sobreentenderse en contratos enteramente distintos y en beneficio de las dos partes, una cláusula creada exclusivamente para garantir los intereses del vendedor.

En ninguna parte encontramos la apreciación de esta pretendida generalidad, ni en Domat ni en Pothier.

Además, ¿cómo explicarse que nuestros antiguos autores no notasen las diferencias características que distinguen el sistema de la resolución judicial del de la *lex commissoria*? En Roma la venta se resolvía de pleno derecho por el sólo hecho de no pagar el precio al vencimiento; el vendedor, pues, no necesitaba acudir a los Tribunales para que se declarase la resolución. Si nuestros escritores antiguos hubieren sobreentendido la exis-

1 Además, la afirmación de que en toda venta se sobreentendía la *lex commissoria*, todavía no se ha probado. Así en el Delfinado, donde el sistema de la resolución judicial no se había implantado ni al final del régimen antiguo, se establecía que la falta de pago del precio de la venta no constituía causa de rescisión de la venta si las partes se olvidaban de expresarlo en un pacto conmisorio expreso. V. Grenoble, 9 Agosto 1920, citado por Villar, *Jurisprudencia de la Corte real de Grenoble*, 1824. Véase *Venta*, n. 12.

Y del mismo modo el Parlamento de Tolosa admitió hasta el fin de nuestro Derecho antiguo que la acción resolutoria no podía invocarse por el vendedor no pagado, si no se había hecho constar por una cláusula impresa en el acto de la venta. V. Montpellier, 10 Mayo 1826; en casación, 4 Marzo 1828, S. chr. V. también Nimes, 10 Mayo 1826; en Cas, 4 Marzo de 1828, S. chr; Montpellier 7 Febrero 1828, S. chr.

tencia de condición resolutoria análoga en todos los contratos sinalagmáticos, habrían aplicado indudablemente la misma solución y establecido que el vencimiento de la condición, es decir, el incumplimiento produciría de pleno derecho, la resolución del contrato [1], como lo declara, tratándose de ventas de mercancías y valores mobiliarios, el artículo 1.857 del Código civil, a tenor del cual la resolución tiene lugar de pleno derecho, en beneficio del vendedor, después de expirar el plazo convenido para retirar aquéllas.

Ahora bien, entre nuestros escritores antiguos alguno no propuso ni defendió esta teoría. Todos reconocen que la parte que se queja del incumplimiento de las obligaciones de la otra, tiene derecho a optar entre la ejecución forzosa y la resolución, y que si elige este último partido, es preciso que acuda a los Tribunales, que fallarán si ha lugar o no a declarar la resolu-

1 También los autores que ven en el art. 1.184 una aplicación del pacto conmisorio tácito, encuentran muchas dificultades para explicar el carácter judicial y no espontáneo de la resolución. V. especialmente Planiol, T. II, n. 1.312.

Baudry-Lacant y Barde, n. 921, explican la intervención del Tribunal diciendo que si la resolución se verificara de pleno derecho, sería impuesta a la parte en cuyo perjuicio no se cumplió la obligación; pero esto es menospreciarla, porque el pacto conmisorio supuesto, concede al interesado opción, pero no impone la resolución. Así en caso de venta de mercancías y valores mobiliarios, aunque, según el art. 1.657, tenga lugar la resolución de pleno derecho y sin requerimiento en favor del vendedor, después de haber expirado el plazo convenido para retirarlas, no hay duda de que el vendedor puede, si lo prefiere, obligar por las vías legales a su comprador a que se haga cargo de ellas. Req. 17 Febrero 1903, D. P. 03. 1. 191. S. 03. 1. 403.

Conviene además notar que hay casos en que el Código civil declara la rescisión de pleno derecho del contrato por incumplimiento culposo de una parte. Así la sociedad termina por la quiebra de uno de los asociados (artículo 1.865, 4.°), el mandato por la quiebra del mandante o del mandatario (art. 2.003, 3.°). Es porque la quiebra, siendo un obstáculo para que el contratante insolvente pueda cumplir sus obligaciones, el incumplimiento es cierto, y, por lo tanto, es inútil que intervenga la justicia. Lo mismo sucede en caso de evicción total, pues se concede la resolución de pleno derecho (art. 1.630); no así en caso de evicción parcial (art. 1.636), pues en este caso el comprador debe acudir al Tribunal, gozando de un poder soberano en sus fallos.

ción [1]. Así, pues, nuestros escritores antiguos no sólo exigen la intervención de los Tribunales, sino que les conceden, además, un arbitrio soberano en sus fallos [2], poder absolutamente incompatible con la hipótesis de una condición resolutoria tácita, porque existiendo condición resolutoria, vendrían obligados los Jueces a respetar la voluntad de las partes y a pronunciar la resolución en todos los casos de incumplimiento de las obligaciones del demandado.

Finalmente, si la resolución se fundase verdaderamente en un pacto conmisorio tácito, nuestros escritores antiguos no habrían admitido que el demandado pudiese ser condenado a indemnizar daños y perjuicios.

Efectivamente, resultando la resolución de un pacto tácito, no debe dar lugar a tal indemnización, lo mismo que cuando procede de una condición expresa, porque en ambos casos es la consecuencia de un acuerdo de voluntad. (V. Baudry-Lacant y Barde, *Obligaciones*, T. II, n. 930, 3.º)

En resumen, el origen histórico que los intérpretes del Código civil atribuyen ordinariamente a la resolución judicial por incumplimiento de los contratos sinalagmáticos, es manifiestamente erróneo, y sea cual fuere la doctrina del principio del ar-

1 La tradición canónica había penetrado tan profundamente en la práctica consuetudinaria, que aun en el caso en que las partes insertasen en su contrato un pacto conmisorio, la resolución no se verificaba de pleno derecho. Era costumbre, dice Pothier, *Obligaciones*, n. 672, requerir a la otra parte «sobre lo que tuviese que pagar en virtud de la condición, con señalamiento ante el Juez para asistir a la declaración de nulidad de la obligación, por su incumplimiento». V. también Pottier, *Vente*, n. 46; Domat, *Leyes civiles*, 1.ª parte, l. 1, t. II, sec. 12, n. 12.

Parece claro que los redactores del Código quisieron conservar esta tradición, al menos en cuanto a las ventas de inmuebles, porque el art. 1.656 enseña que si se estipuló, que por falta de pago del precio en el plazo convenido, la venta se resolvería de pleno derecho, el adquirente puede, a pesar de todo, pagar después del plazo, mientras que no haya incurrido en mora, en virtud del requerimiento; pero después del requerimiento el Juez no puede concederle este lapso. El final de este artículo parece suponer que la resolución debe ser pronunciada por el Juez; sin embargo, no es así como los autores interpretan este texto.

2 V. Supra, ns. 332, 333.

tículo 1.184, esta acción se deriva no ya de un pacto conmisorio, sino de la teoría de la causa de las obligaciones [1].

Sería conveniente prescindir de esta expresión de condición resolutoria tácita, que emplea inexactamente el Código civil, para denominar el derecho del contratante a pedir la resolución del contrato que la otra parte no ejecuta, porque oculta el verdadero fundamento de este derecho resolutorio [2].

152. *La jurisprudencia.*—De los dos sistemas interpretativos, el uno que acude a la idea de condición resolutoria tácita para explicar el art. 1.184; el otro que atiende a la naturaleza constitutiva del contrato sinalagmático, este último es el que actualmente abraza la jurisprudencia. Aquí, como en otras muchas materias, los Tribunales han abandonado los procedimientos de los autores, y han construído sobre bases harto más sólidas una teoría enteramente original de la resolución de los contratos sinalagmáticos, que no se parece en nada a los comentarios de este texto, que se encuentran en obras doctrinarias.

1 Podría objetarse que los dos puntos de vista que acabamos de separar no difieran en nada, porque el Juez deberá siempre inspirarse en la voluntad de las partes, ya se trate de la noción de causa, ya de la idea de condición resolutoria tácita, pero la objeción carece de fundamento. Efectivamente, admitiendo la idea de pacto conmisorio tácito, la voluntad de las partes es soberana. La mision del Juez se reduce a comprobar el hecho del incumplimiento. Si atendemos a la noción de causa, el Juez debe tomar en consideración el fin perseguido por el contratante, es decir, debe atender a la *naturaleza objetiva* de la relación sinalagmática creada por el contrato. La diferencia aparecerá más claramente tratándose de una donación con gravamen. (V. infra., n. 208 y s.)

2 Si la mayor parte de los comentaristas del Código continúan viendo en el art. 1.184 una aplicación del pacto conmisorio tácito; algunos, sin embargo, han intentado explicarle de modo diferente. Demolombe, especialmente, ha concretado bien su verdadero fundamento: «Nos parece, dice, T. XXV, n. 489, que la condición resolutoria puede justificarse desde el punto de vista científico, de una manera suficiente. De un lado, en efecto, en los contratos sinalagmáticos, siendo la obligación de una parte la causa de la obligación de la otra, se deduce que si una de ellas no cumple su obligación, la obligación recíproca cesa por eso mismo de tener causa, de suerte que la condición resolutoria tácita viene a ser una consecuencia lógica.

Antes de dar una idea de esta teoría tan bien construída, es interesante recordar la evolución de la jurisprudencia en la materia.

Los Tribunales, que a menudo han tenido que entender sobre acciones rescisorias motivadas por incumplimiento de las obligaciones de una parte, lógicamente llegaron a plantearse la cuestión de cuál era la razón de ser de este derecho de rescisión consagrado por el art. 1.184. La idea de un pacto comisorio tácito, les pareció inconsistente. No podría, en efecto, justificarse con ello el poder absoluto de apreciación que los Jueces, contrariamente a las enseñanzas de los autores, se han arrogado siempre en esta materia. Por eso buscaron ellos otra explicación; pero no llegaron de primer intento a relacionar este derecho con la noción de fin, a que las partes aspiran. Hay un período de fluctuación cuya prueba la da una sentencia de la Cam. civil de 29 Noviembre 1865, *Laville c. Jean*, D. P. 66. 1. 27. S. 66. 1. 21, la cual se contenta con hacer referencia a la equidad: «Considerando, dice, que la resolución pronunciada según el art. 1.184 es la consagración de esta regla de equidad, que no permite que una parte quede obligada por el contrato cuando la otra no podría suministrarle el equivalente».

Esta fórmula vaga, imprecisa, se encuentra todavía en algunas sentencias modernas [1], pero actualmente, y hace ya bastante tiempo la Corte Suprema señaló la verdadera justificación del art. 1.184, basándose sobre la conexión de las obligaciones recíprocas de las partes, es decir, relacionándose con la causa de sus obligaciones.

La primera sentencia en que se expresa la idea es la sentencia ya citada de la Cam. civ. de 14 de Abril de 1891, *Ceccaldi C. Albertini*. D. P. 91. 1. 329. S. 94. 1. 391. Se trataba en este caso de un arriendo de plantaduría, o arriendo con obligación de plantar viñas en los terrenos alquilados y de «amugronamiento». Al cabo de tres años, habiendo atacado la filoxera el

1 Nimes 23 Abril 1917. *Courleux c. Barousse. Gaz.* Trib. 26 Mayo 1918: «Considerando que el Tribunal no puede perder de vista, que en virtud de la equidad dictó el legislador la resolución tácita de los contratos sinalagmáticos por causa de incumplimiento de las obligaciones».

viñedo y hallándose el arrendatario en la imposibilidad de verificar el «amugronamiento», el arrendador pidió la rescisión del contrato en virtud del art. 1.184. La Corte de Bastia rechazó esta demanda el 12 de Julio de 1887, porque el incumplimiento era simplemente parcial y provenía de un caso de fuerza mayor, pero su sentencia fué casada por la Cámara civil. «Considerando dice esta última, que *en un contrato sinalagmático la obligación de una parte tiene por causa la obligación de la otra, y recíprocamente, de suerte que si la obligación de la causa no se cumple, cualquiera que sea el motivo, la obligación de la otra carece de causa*».

Tal es, como hemos demostrado, la verdadera razón de ser del derecho de rescisión, y apoyándose precisamente sobre esta base que se indica actualmente en la mayor parte de las resoluciones dadas en virtud de ella [1], la jurisprudencia calificó su sistema tan original de la resolución de los contratos sinalagmáticos, del que vamos a indicar ahora los rasgos principales.

153. II. *Consecuencias del fundamento de la acción resolutoria.*—La determinación de este fundamento no presenta sólo un interés de orden teórico, sino que influye sobre la misma interpretación que debe darse al art. 1.184. Porque, según que nos atengamos a la idea de pacto conmisorio tácito, o a la noción de fin, se llega a conclusiones diferentes sobre varios puntos, cuyos dos más importantes se refieren al poder de los Jueces y al campo de aplicación de la resolución.

1 Lyon 10 Marzo 1918. *Ch. synd. des empl. de tranw. de St. Etienne c. Cie. de Chem. de fer. de St. Etienne*, D. P. 09. 2. 33. S. 10. 2. 49; Rouen 22 Junio 1905. D. P. 07. 1. 249. S. 08. 1. 193. s. Cas: «Considerando que el Instituto de Hermanos de las Escuelas cristianas por efecto del art. 2 de la Ley de 1904 que suprime de pleno derecho los noviciados destinados a la enseñanza en Francia, está hoy en la imposibilidad legal de cumplir sus obligaciones, tales como fueron definidas; que por consiguiente la causa jurídica de la obligación tomada por la ciudad de París en 1819 y en 1847, como obligación recíproca de la del Instituto de transferir a París su principal establecimiento y su noviciado, falta.» Trib. civ. Sena 9 Junio 1917. *Renou c. Franck. Gaz. Pal.* 5 Julio 1917; Civ. 5 Mayo 1920 *Fornier c. Gros, Gaz. Pal.* 15 Junio 1920. Montpellier 22 Diciembre 1922. *Liquid Reynes c. Daré. Gaz. Pal.* 13 Abril 1923.

1.° *Poder soberano de decidir del Juez.*—En primer lugar, ¿qué facultad debe reconocerse a los Jueces ante quienes se presenta la acción resolutoria?

Si las partes quisieron concederse recíprocamente opción entre la ejecución forzosa y la resolución, para el caso de que una no cumpliera su obligación, esta opción debe depender exclusivamente de la voluntad del interesado. Y si éste se decide a pedir la resolución, el Juez, una vez que haya comprobado el incumplimiento del demandado, no podrá negarse a pronunciarla, porque está obligado a respetar el contrato como si se tratara de una ley (art. 1.134, 1. p.). A lo sumo podría, teniendo en cuenta las circunstancias que impidieron al demandado verificar su promesa, concederle cierto plazo para que la realizara. Una vez que transcurra este plazo de gracia sin que el demandado cumpla su compromiso, debe pronunciarse la resolución. Y esto tendrá lugar no sólo cuando el demandante invoque el incumplimiento parcial, sí también cuando se trate de inejecución parcial de las obligaciones de la otra parte [1].

Sí, por el contrario, el art. 1.184 se funda en la noción de causa, la resolución no se presenta como un derecho absoluto establecido en favor del demandante. Dijimos ya antes, que en este caso debe reconocerse al Juez un poder soberano de apreciación. A él toca resolver si conviene o no conviene resolver el contrato o condenar al demandado a la ejecución forzosa; y atenderá para esto, como hemos dicho, al fin perseguido por el contratante.

De estos dos sistemas, ¿cuál quiso adoptar el Código civil? Si nos contentamos con leer el art. 1.184, sin vacilar afirmaremos que ha escogido el primero, porque solamente concede al Juez una prerrogativa, la de conceder un plazo de gracia al demandado. De esta manera interpretan los comentaristas el texto de esta ley. Según ellos, el poder del Juez se limita a conceder un término de gracia al demandado, y no pasa de aquí [2]. Pero, hay dos objeciones definitivas, que se dirigen contra esta inter-

1 V. Saleilles, *Obligaciones*, 2.ª, 3.ª ed., ps. 215, 216.

2 Planiol, T. II, n. 1.316; Baudry-Lacant y Barde, T. II, n. 924.

pretación: una sacada de la tradición, la otra de varios artículos del mismo Código.

La tradición de nuestras provincias consuetudinarias confería al Juez encargado de declarar acerca de la demanda resolutoria, una facultad soberana en sus fallos. Basta para demostrarlo referirnos a los lugares que ya hemos citado, de Domat y de Pothier.

La venta, dice el primero, se resolverá *según las circunstancias*. Y Pothier declara más explícitamente que el incumplimiento dará lugar a la resolución, *cuando lo que se me prometió es de tal naturaleza que sin ello no me hubiera obligado*. En el caso contrario, añade, es decir, si no puedo asegurar que no habría querido comprar la cosa sin lo que le falta, sino solamente que no habría querido comprarla tan cara, no podría pedir la resolución del contrato, sino solamente una disminución del precio [1].

La misma facultad de apreciación parece conferir el Código a los Tribunales en varios textos del Código civil, especialmente en los arts. 1.636, 1.638 y 1.929. Los dos primeros son relativos uno a la evicción parcial, el otro a la existencia de una servidumbre no aparente sobre el fundo vendido, servidumbre que no declaró el vendedor. En estos dos casos el adquirente puede hacer rescindir la venta, pero sólo si la parte de que se le priva por la evicción, o la servidumbre después de descubierta, son de tal importancia, que puede presumirse, que de haber sido informado con exactitud sobre ellas, no las habría comprado [2]. Ahora bien, esta comprobación de la voluntad del com-

1 Pothier, *Tratado de la venta*, n. 475.

2 Saleilles, *Obligaciones*, 2.ª y 3.ª ed., p. 215, pretende que los artículos 1.184 y 1.636, se refieren a dos cuestiones diferentes; pero esta distinción no nos parece exacta. Se habla, es cierto, en estos dos textos de incumplimiento de obligaciones contraídas por el vendedor. Poco importa que la evicción pueda tener su causa en un hecho no imputable al vendedor, porque aun el incumplimiento no imputable al deudor trae consigo o puede traer, según su importancia, la resolución del contrato. Los efectos producidos por la evicción no pueden explicarse, a no ser que se relacione esta materia con la de la resolución. Así, en caso de evicción total, el contrato se resuelve necesariamente sin que haya necesidad de que declaren la resolución los Tribunales, lo cual sería completamente inútil, porque el incum-

prador al tiempo del contrato, no puede verificarse más que por los Jueces, y por éstos con arbitrio soberano.

En cuanto al art. 1.729, establece que si el arrendatario destina la cosa alquilada a otro servicio que aquel que tiene, o del cual pueda derivarse un daño para el arrendador, éste puede, *según las circunstancias*, hacer rescindir el contrato. Estas palabras «*según las circunstancias*», ¿acaso no reservan al Juez el derecho de decidir si el contrato debe o no resolverse? [1].

154. Entre estos dos sistemas de intepretación, la jurisprudencia no ha fluctuado mucho tiempo [2].

plimiento de la obligación del vendedor no origina ninguna duda. (V. Pothier, *Tratado de la venta*, n. 69, quien dice formalmente que la obligación del comprador se resuelve por la evicción). Por esto se explica y justifica la regla del art. 1.631, que obliga al vendedor a restituir la totalidad del precio, aun en el caso que la cosa vendida disminuyese de valor, o se deteriorase considerablemente al tiempo de la evicción. ¿En virtud de qué título, en efecto, conservaría el vendedor una parte cualquiera del precio, estando resuelta la venta?

Por la misma razón, el vendedor está obligado a la restitución del precio (art. 1.629) en caso de no estipulación de garantía. Y si no sucede así cuando el comprador compra a su riesgo y ventura, es porque en este caso, siendo aleatorio el contrato, no puede resolverse, porque la evicción no suprime la causa de la obligación del comprador, causa que reside en el riesgo que ha consentido. Finalmente, tratándose de evicción parcial, la resolución deben pronunciarla los Tribunales, y no puede serlo más que si la evicción tiene tales consecuencias que destruya la causa de la obligación del comprador. Si no produce este efecto, la venta subsiste, y el comprador sólo tiene derecho a daños y perjuicios.

1 La misma fórmula se halla en el art. 1.766, 1. p. C. c., y en el art. 8, 1. p., in fine, de la Ley de 18 Julio 1889, sobre aparcería.

2 V. una sentencia de la Cám. civ. de 12 Abril 1843, *Ogier c. Cia, Mines de St. Etienne*, S. 43. 1. 281, casando, por violación del art. 1.184, una sentencia de la Corte de Lyon, «por haber reclamado al comprador la resolución de una venta bajo el pretexto de escasa importancia de los objetos no entregados, y haber sustituído arbitrariamente la anulación del contrato por una indemnización pecuniaria».

Desde 1845 la Cám. civ. afirmaba de un modo formal el derecho de apreciación de los Jueces, Civ. 15 Abril 1845. *Armagis c. Martin*, D. P. 45. 1. 411. S. 45. 1. 345: «Considerando que se deduce de las disposiciones de los arts. 1.184 y 1.610, combinados, que tratándose de fallar acerca de la demanda resolutoria de una convención, por falta de ejecución de una parte, los Tribunales deben examinar y apreciar los hechos y los actos

Los Tribunales modernos continuando normas de sus predecesores se han arrogado un poder discrecional del que hacen uso, sobre todo en caso de incumplimiento parcial, y a veces también en caso de incumplimiento total, y aun en los casos fortuítos. Declaran la rescisión, si estiman, atendiendo a las circunstancias de hecho, que el incumplimiento suprime la causa de la obligación del otro contratante, es decir, anula el fin que perseguía. Si no, le otorgan simplemente indemnización de daños y perjuicios en reparación del perjuicio sufrido [1].

constitutivos del incumplimiento y las consecuencias que debe tener; y que, además, la ley no ha fijado los límites dentro de los cuales el Juez debe moverse para su apreciación, de donde se sigue que esta apreciación les pertenece exclusivamente». Se trataba, es verdad, de un simple retraso de un día en la ejecución prometida, pero los términos de la sentencia sientan una nueva doctrina.

1 V. Req, 5 Junio 1872. *Lanylet c. Veret.* D. P. 73. 1. 27. S. 73. 1. 156. Bruselas, 30 Julio 1883. D. P. 85. 2. 1; Req. 11 Abril 1888. *Maingot c. Morel.* D. P. 89. 1. 248. S. 88. 1. 216; Civ. 14 Abril 1891. *Céccaldi c. Albertini.* D. P. 91. 1. 39. S. 94. 1. 391: Req. 1.° Marzo 1892. *Synd des usin de Marquise c Le Blanc.* D. P. 92. 1. 412. S. 92. 1. 487: Req. 23 Feb. 1898. *Roussel c. Reiche.* D. P. 98. 1. 159. S. 98. 1. 440: 18 Abril 1904. *Ci. aseg. agric c. Cambier.* S. 04. 1. 444: 21 Octubre 1913. *Soc. Giulini c. Soc. des Bauxites.* S. 14. 1. 183. Civ. 11 Abril 1918. *Francis c. Collin.* S. 18. 19. 1. 171. Esta sentencia dice que la facultad de apreciación escapa al control de la Corte de Casación.

En cuanto al arriendo y conciliación, los arts. 1.741 y 1.184. Civ. 18 Junio 1869. *Meyssonie c. Prothon.* D. P. 69. 1. 112. S. 69. 1. 304: 2 Nov. 1889. Audoyer. S. 91. 1. 203: Req. 9 Enero 1893. *Joselle,* D. P. 93. 1. 120. S. 94. 1. 438: 24 Abril 1893. *Bodart y Durret c. Tharaud.* D. P. 93. 1. 406. S. 94. 1. 438.

Para el caso de trabajos efectuados de manera defectuosa: sentencia declarando la resolución, es decir, la destrucción de las obras y la reintegración de los lugares al estado primitivo, Req. 14 Marzo 1899, *Houzean c Sommier.* D. P. 19. 1. 445; sentencias denegando la devolución y concediendo sólo indemnización de daños y perjuicios. Donai, 31 Julio 1897. *Godard Desmarest c. Carlier.* D. P. 99. 2. 211: Req. 25 Enero 1904. *Comp. Dupleix c. Gottignies.* S. 08. 1. 323. D. P. 04. 1. 239. *Adde* Cons. de Est. 12 Enero 1906. *Comm de Caudry c. Abatt munic.* D. P. 08. 5. 17. S. 08. 3. 13. «Considerando, dice esta sentencia, que no se ha realizado el hecho apetecido, y que si la Sociedad se ha visto privada de una de las ventajas estipuladas en el contrato, no impide que el fin principal, que las partes

Y de aquí procede una distinción que se encuentra en nuestras resoluciones, entre las obligaciones principales nacidas de contrato y las accesorias. Siendo la obligación principal nacida del contrato, la que queda incumplida en todo o en parte, los Jueces declaran la resolución, porque el interesado, al contraer, tenía a la vista el cumplimiento íntegro de esta obligación.

Así la venta se resolverá con sólo que una porción del precio, aun refiriéndose simplemente a los intereses del mismo, no se pague por el comprador [1]. Del mismo modo, si en el contrato de trabajo la aplicación de la ley sobre el descanso dominical agrava para el patrono las cargas del contrato, aumentando el número de horas de paro legal, durante los cuales debe pagar el salario a los empleados, este patrono está autorizado para pedir y obtener la rescisión del contrato [2].

Cuando, por el contrario, se trata de obligación accesoria que ha quedado incumplida, los Tribunales deniegan la resolución del contrato, y conceden simplemente el abono de daños y perjuicios.

Una sentencia de Amiens de 3 de Agosto de 1881, *Baillot c Bazin*. D. P. 82. 2. 42. S. 82. 2. 130, ha expuesto con mucha

se propusieron, sea conseguido mediante la ejecución del contrato.» Civ. 5 Mayo 1920. *Fornier c. Gros. Gaz. Pal.* 15 Junio 1920.

Observación—En teoría, la parte que se queja del incumplimiento de las obligaciones de la otra, no puede romper el contrato, sin acudir a los Tribunales. Por lo mismo, algunas sentencias admitieron que tratándose de asociaciones, los asociados tenían el derecho de excluir del grupo al que faltara gravemente a las obligaciones comunes. Req. 22 Dicc. 1920. *Alrig et Cía. c. Cahen.* 1. 22. 1. 369, nota de M. René Morel.

1 París, 12 Febrero 1844. *Mollard c. Dussault.* 1. 44. 2. 115: Req. 27 Mayo 1895. *Lelievre c. Leduc.* S. 99. 1. 517: 23 Dic. 1912. *Pelissier c. Vincent.* D. P. 15. 1. 47. Baudry-Lacant y Saignat. Venta n. 537.

2 Req. 25 Julio 1909. *Ch. synd. des employes de tranw. de St. Etienne* D. P. 11. 1. 55. *S.* 10. 1. 71.

«El incumplimiento parcial, dice M. Levillain en nota S. 85. 2. 1., basta para aplicar el art. 1.184, siempre que aquél tiene por resultado privar a la otra parte de una prestación dotada para ello de carácter determinante; en otros términos, siempre que el incumplimiento de la prestación hubiera sido un obstáculo insuperable para llegar al acuerdo de voluntades.»

claridad el sistema: «El Juez, dice, debe inquirir cuáles son las obligaciones correlativas y la causa determinante del contrato. Sólo debe pronunciar la resolución, cuando una parte no suministra a la otra el equivalente de su obligación principal; el incumplimiento de una obligación puramente accesoria, no da lugar más que a abonar daños y perjuicios.»

Así, un remolachero que se obligó a entregar, mediante precio determinado, a una fábrica de azúcar las remolachas recolectadas, estipulando que para pienso de sus animales podría quedarse con cierta cantidad de pulpas procedentes de la fabricación, no puede pedir la resolución del contrato, aun cuando por los cambios llevados a cabo en la fábrica, el valor de la pulpa se haya disminuído considerablemente, si resulta, tanto de los términos del contrato como de la intención de las partes, que el suministro de remolachas mediante un precio fijo, ha sido la causa principal de su obligación, y que la estipulación relativa a los residuos no fué más que accesoria [1].

Y lo que acaba de caracterizar el sistema de la jurisprudencia y separarlo del de los autores, es que los Tribunales solamente utilizan este poder de apreciación cuando el contrato no contiene una cláusula expresa resolutoria, como declaran expresamente en sus resoluciones [2]. Esta distinción demuestra claramente que el poder que se atribuyen, a su parecer, no es compatible con la idea de condición resolutoria tácitamente apetecida por las partes [3].

1 Sentencia declarando denegar la resolución civ. 29 Nov. 1865. *Laville c. Jean.* D. P. 66. 1. 27. S. 66. 1. 21: Req. 4 Mayo 1872. *Puverel c. Pecout.* S. 72. 1. 431: París 9 Junio 1874, *Rebours c. Deslandes.* D. P. 77. 2. 52. Req. 5 Julio 1910. *La Zurich c. Jamet.* S. 10. 1. 560: Rennes 7 Dic. 1921. *Bernard c. Dm. Garnier-Proutier Gaz. Pal.* 17 Enero 1922.

2 V. especialmente Civ., 14 Abril 1891; *Ceccaldi c. Albertini,* D. P. 91. 1. 329, S. 94. 1. 391, Alger, 7 Noviembre 1892; *Soual c. Jerome,* D. P. 93. 2. 294; Req. 5 Nov. 1895, *Khoo Teek Pye c. Neo Hong Hée,* D. P. 96. 1. 8.

3 En su artículo acerca de la resolución judicial por incumplimiento de las obligaciones. MM. Picard y Proudhomme, *Revista trimestral de Derecho civil,* 1912, p. 61, concluyen del estudio de la jurisprudencia, que hay varios sistemas de resolución judicial, sistemas que se llaman así: 1.° De la resolución por ruptura del equilibrio entre las obligaciones recíprocas contraídas por las partes; 2.° De la resolución por incumplimiento de las obliga-

155. 2. *Incumplimiento procedente de una causa independiente de la voluntad de la parte.*—Recordemos [1] que la jurisprudencia aplica el art. 1.184, no sólo cuando el incumplimiento de su obligación es imputable al contratante, sino también cuando resulta de un acontecimiento independiente de su voluntad. Esta solución es efectivamente lógica. Si el art. 1.184 se explica por la conexión de las obligaciones recíprocas de las partes, debe aplicarse, cualquiera que sea la causa del incumplimiento de una de estas obligaciones. Por lo tanto, como más arriba observamos, el examen de los artículos del Código civil nos lleva a distinguir el caso de incumplimiento total del de incumplimiento parcial debidos a un hecho no imputable al deudor. Siendo el caso de inejecución parcial, es necesaria la intervención de la justicia para definitir si ha lugar a resolver el contrato; es inútil, por el contrario, en caso de inejecución total.

156. 3.° *¿Debe aplicarse el art. 1.184 a los contratos llamados reales: préstamo y prenda?* — Veamos, en primer lugar,

ciones accesorias (cuando se trata de obligación que tiende a un fin práctico estrechamente subordinado con el elemento específico del contrato». Fórmula obscura que no puede referirse a otra cosa que al fin apetecido por las partes; 3.° De la resolución pronunciada cuando una parte comete actos dolosos.

Las dos primeras distinciones propuestas por estos autores se relacionan, como fácilmente se echa de ver, con la noción de causa. No aceptamos, sin embargo, la división tripartita propuesta por ellos, porque no nos parece dar idea exacta de la jurisprudencia. Solamente hay, a nuestro parecer, una sola especie de resolución judicial que tiene lugar en caso de incumplimiento total o parcial de las obligaciones contraídas por una parte, *y solamente tratándose de obligaciones principales.* En cuanto a la hipótesis de que una parte cometa actos dolosos en la ejecución del contrato, se comprende que los Tribunales concedan más fácilmente la resolución pedida, y la declaren aun en el caso en que la hubieran denegado, si el demandado incurrió en simple falta no dolosa. Según este último punto de vista, es exacto decir que la mala fe influye sobre la interpretación que los Tribunales hacen del art. 1.184. Además, cuando el demandante invoca actos dolosos cometidos por su edversario, la acción resolutoria se funda, no ya solamente en el art. 1.184, sino en el tercer párrafo del art. 1.134, que declara que los contratos deben ejecutarse de buena fe.

1 V. *supra*, n. 139.

cómo puede plantearse la cuestión. Sabemos que, según la opinión comúnmente admitida, estos contratos se perfeccionan por la entrega de la cosa prestada o dada en prenda; en otros términos: son unilaterales. Solamente el prestamista o el constituyente de prenda pueden querellarse por el incumplimiento de las obligaciones contraídas a este respecto.

Supongamos que el comodatario o el acreedor prendario no cumplen las obligaciones que les imponen los arts. 1.880, 1.881 y 2.080, o que el prestatario no paga los intereses en los vencimientos pactados. ¿Podrán el prestamista o el constituyente de prenda demandar la resolución del contrato?

La mayor parte de los autores sostienen la negativa, porque el art. 1.184 sólo se refiere a los contratos sinalagmáticos propiamente dichos, y este texto, que deroga los principios, es de una interpretación restrictiva [1].

Pero si se compara el art. 1.184 con su verdadera fuente, no se dudará en abrazar la opinión afirmativa. En efecto, el prestamista, el constituyente de prenda, consintieron en pactar o en dar la cosa en prenda, porque contaban con el cumplimiento de sus obligaciones por parte del prestatario o del acreedor prendario, los cuales no sólo se comprometieron a restituir en el tiempo convenido, sino también a velar sobre la cosa como buenos padres de familia y a pagar los intereses. Faltando el cumplimiento de esta obligación, la otra parte debe estar autorizada para pedir la resolución del contrato, porque el fin que la impulsó a obligarse corre el riesgo de desaparecer [2].

Además, corroboran esta solución las disposiciones contenidas en dos artículos del Código, relativos el uno al préstamo y el otro a la prenda. El art. 1.912 afirma que el deudor de renta perpetua puede ser obligado al rescate, es decir, al reembolso del capital constitutivo de la venta, si cesa de cumplir sus obligaciones durante dos años o no da al prestamista las garantías prometidas en el contrato. Por otra parte, el ar-

1 Baudry Lacant y Barde, T. II, n. 905, *Obligaciones*.

2 V. en este sentido Demol, T. XXV, ns. 492 a 494; Laromb, T. III, sobre el 1.184, ns. 4 y 5; Huc, T. VII, ns. 267, 268; Thaller et Perceron, *Quiebras y Bancarrotas*, T. II, n. 874, nota 2; Collin y Capitant, 3.ª ed., T. II, ps. 139 y 140.

tículo 2.082. 1. p., autoriza al deudor a reclamar la restitución de la cosa dada en prenda cuando el acreedor abusa de ella.

Se ha pretendido, es verdad, que tales artículos contienen casos de caducidad y no de resolución [1]; pero la objeción no tiene fuerza, porque estos textos conceden al prestamista y al constituyente una facultad de opción que es incompatible con la idea de caducidad. Además, si se tratara de caducidad, el legislador habría declarado de pleno derecho la rescisión. Por otra parte, ¿cómo hablar de caducidad del término a propósito del contrato de renta perpetua, siendo así, que en este contrato el deudor de la renta no está obligado a reembolsar el capital constitutivo? Finalmente, el art. 1.188 mismo y el 2.131, que conceden al acreedor el derecho de reclamar su reembolso, cuando los inmuebles hipotecados perecen o han disminuído de valor, de tal manera que son insuficientes para garantía del acreedor, ¿no son acaso aplicaciones de la facultad de pedir la resolución? [2]

A nuestro parecer no debe dudarse en extender la solución de los artículos citados a casos análogos, que puedan presentarse en materia de préstamo o de prenda. Si, por ejemplo, el comandatario no cuida de la cosa como un buen padre de familia (art. 1.880) o la destina a otro uso que el pactado, el prestamista podrá demandar la resolución del contrato. Y así también el prestamista podrá reclamar la restitución del capital prestado, si el prestatario es negligente en pagar los intereses en los plazos convenidos, aunque no haya caído en insolvencia ni quiebra [3].

La jurisprudencia no ha tenido ocasión de manifestarse a menudo sobre esta materia. Sin embargo, podemos citar una sentencia de la Corte de París de 29 de Junio de 1893. *C.ta can. Panamá.* D. P. 94. 2. 437, que, de acuerdo con la opinión sus-

1 V. Baudry-Lacant y Barde. *loc. cit.*; comp. Laurent, T. XXVI, número 521.

2 En este sentido Larombiere, *Obligaciones*, T. III, n. 3, p. 4; Demolombe, T. XXV, n. 494; Huc, T. VII, núms. 267 y 268; Thaller et Perceron, *Quiebras y Bancarrotas*, T. II, n. 874, nota 2.

3 Cons. Baudry-Lacant y Wahl, *Del préstamo*, n. 935; Aubry et Rau, 5.ª ed., T. VI, § 396.

tentada por nosotros, establece que cuando un prestatario ha cesado en el pago de los intereses de las cantidades que le fueron prestadas a plazo (especialmente bajo la forma de obligaciones provistas de cupones, y concediendo derecho a una prima de amortización), el prestamista tiene acción para pedir la resolución del contrato [1].

157. 4.º *Observación relativa a los contratos sucesivos y a los contratos aleatorios.*—A) *Contratos sucesivos.*—En las páginas precedentes no hemos distinguido entre contratos de prestación única como la venta y contratos sucesivos, como el arrendamiento, que unen a las dos partes durante cierto tiempo y les imponen prestaciones recíprocas que se renuevan [2]. Las mismas reglas se aplican, en efecto, a unos que a otros en lo que concierne a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de las partes; pero existe esta diferencia, que en los contratos sucesivos la resolución una vez declarada no produce efectos retroactivos; propiamente hablando, lo que se da es rescisión y no resolución. En efecto, en tanto que las partes cumplen sus obligaciones, el contrato se desarrolla de un modo normal, produce sus efectos reglamentarios, no puede haber cuestión sobre su desaparición. Además habría imposibilidad material de hacerla. Solamente cuando una parte deja de realizar la prestación que le incumbe, la obligación de la otra cesa de tener causa, y esta última puede pedir bien los daños y perjuicios, bien la rescisión. Como dice muy bien la sentencia citada de la Cámara civil de 5 de Marzo de 1894, de *Levis-Mirepoix c. Bertin.* D. P. 94. 1. 509. S. 97. 1. 74, el crédito del arrendador que alquila queda en parte sin causa si faltó a su obli-

1 *Adde*, Bruselas, 21 Dic. 1894. *Pas.* 94. 2. 279; Trib. civ. Sena, 16 Enero 1893; Gaz. Pal. 93. 1. 168; Montpellier, 2 Junio 1888. *Delaris c. Olive.* D. P. 89. 2. 188; Agen, 12 Febr. 1906. *Roux c. Marcadet.* P. F. 1907. 2. 212. *Contra. Cas.* Roma, 13 Julio 1892. *Censi c. Orlandi.* D. P. 94. 2. 291.

2 *Nota del Traductor*: El ejemplo entre *arrendamiento* y *venta* no es concluyente. Hay contratos de cesión de frutos que pueden implicar lo mismo venta que locación, si bien es cierto que en el arrendamiento adquiere el arrendatario *todo el goce* de la cosa. También se celebran modernamente contratos de cesión de mobiliario, en concepto de alquiler, que no son otra cosa sino ventas ficticias o, mejor, ventas-locaciones.

gación de poner al arrendatario en posesión de todo lo que se comprendía en el arriendo.

B) *Contratos aleatorios.*—En los contratos aleatorios la causa primera de la obligación de cada parte reside en la consideración del riesgo. Así, pues, el sólo hecho de incumplimiento de las obligaciones de una parte no debe autorizar a la otra a pedir la rescisión cuando se ha dado comienzo a la ejecución del contrato, y cada uno ha empezado a correr su riesgo. Sólo podría pedirse la resolución cuando desapareciere el riesgo. Esto nos explica la solución del art. 1.978 del Código civil, que dispone que la sola falta de pago de los atrasos de una renta vitalicia no autoriza a aquél, en cuyo favor se constituyó, a demandar el reembolso del capital, o a entrar otra vez en propiedad del fundo enajenado [1]. Como dice Laurent, T. XXVII, n. 317, *in fine*, la naturaleza aleatoria del contrato de renta es la que se opone a la resolución por falta de pago de los atrasos.

No debe verse, pues, en el art. 1.978 un texto excepcional como pretenden la mayor parte de los autores; en especial la solución adoptada por él debía aplicarse lo mismo al arriendo de pensiones alimenticias *(bail a nourriture)* que a la renta vitalicia [2].

Además nada impide que las partes prescindan de esta regla y estipulen la facultad de reclamar la resolución. Está permitido

1 Por el contrario, el art. 1.977 permite al acreedor rentista pedir la resolución si el constituyente no le da las garantías estipuladas para su ejecución. Es que aquí se trata de una condición que debe cumplirse en el momento mismo que se perfecciona el contrato. «En el caso del art. 1.977, dice el tribuno Simeón (*Socre*, T. VII, p. 350), el contrato no está consumado; la rescisión nace de la contravención de las condiciones estipuladas. Por el contrario, si el contrato se ha cumplido, la negligencia en la prestación de la renta no es causa de rescisión; no concede más que una acción para obligar a cumplir un contrato perfecto, y que no puede dejar de subsistir más que por el hecho que constituye su base.

2 Cuando por el contrario la renta vitalicia se constituye a título gratuito, nada se opone a la aplicación de la regla. Así la Jurisprudencia permite en este caso al donante pedir la resolución por falta de pago de la renta por el donatario, en virtud del art. 953, que no es más que una aplicación del art. 1.184. (V. *infra* n. 208.)

todo lo que no es contrario al orden público, y las partes pueden siempre modificar los efectos normales de un contrato. En la práctica es frecuente esta cláusula [1].

158. *Apéndice.—Legislaciones extranjeras.*—La mayor parte de los Códigos europeos [2], a imitación del nuestro, autorizan la resolución judicial de los contratos sinalagmáticos por incumplimiento de las obligaciones de una parte: V. Cód. civ. noruego, art. 1.302; Cód. civ. italiano, art. 1.165; Cód. civ. portugués, art. 709; Cód. civ. español, art. 1.124 [3].

Código civil alemán.—El derecho común alemán, por el contrario, no concedía que el querellante por incumplimiento de las obligaciones de su adversario, demandara la resolución del contrato, y el Cód. civ. austriaco de 1.811, se pronunciaba en el mismo sentido. (V. el antiguo, art. 919.) Pero el Código civil alemán de 1896 ha roto en este punto con la tradición del Derecho germánico, reconociendo a la parte que no puede obtener la ejecución de la prestación que le fué prometida, el derecho de rescindir el contrato. El sistema que establece este Código es más complicado que el nuestro y difieren en varios puntos.

Distingue el caso de incumplimiento total o parcial y el de mora en el cumplimiento.

1 *Nota del Traductor*: Dada la diversidad de figuras que se comprenden en el grupo, y que, por otra parte, ha desaparecido el recurso de rescisión por lesión. que se daba antes a favor de los contratos conmutativos, a diferencia de los aleatorios, no es de extrañar que los Códigos modernos, alemán y suizo, señalen nueva renta a los codificadores, abandonando las disposiciones generales sobre contratos de esta clase.

2 *Adde* C. c. de Venezuela, art. 1.231; C. c. chileno, art. 1.469; C. c. del Brasil, art. 1.092, § único.

3 *Nota del Traductor*: Es doctrina positiva española que el obligado no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe (art. 1.100 del C. c.). Asimismo enseña el artículo 1.466: que el vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida si el comprador no le ha pagado el precio. Pueden también consultarse los arts. 1.485, 1.486 y 1.568 del C. c. La facultad resolutoria se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliese lo que le incumbe. Pero infringe este artículo la sentencia que resuelve un contrato en perjuicio de uno de los contratantes, si ambos habían faltado a sus respectivas obligaciones (S. 25 Junio 93, 7 Octubre 95, 8 Julio 903).

A) *Incumplimiento total* (art. 325).—El contratante que se querella por incumplimiento de la obligación del otro, tiene opción entre varios partidos. Puede primeramente pedir el abono de daños y perjuicios, pero quedando entonces obligado a cumplir su propia prestación.

Tiene en segundo lugar derecho a rescindir el contrato. Basta para ello que se lo prevenga a la otra parte. La resolución se produce sin intervención de la justicia. Esta no concede indemnización de daños y perjuicios, aunque no baste para reparar el daño causado al acreedor por incumplimiento de lo que se le debía. Los redactores del Código consideraron que el derecho a la indemnización, suponiendo la existencia del contrato, como modo de ejecución suyo, es irreconciliable con la idea de rescisión. El sistema francés, inspirado en las necesidades prácticas y no en concepciones teorizantes, es preferible con mucho, porque resulta seguro que la rescisión no es para el contratante, sino aún peor, que no repara ordinariamente el daño causado por el incumplimiento culposo del contrato.

Finalmente, el acreedor está autorizado, si lo prefiere, a no hacer caso de la falta cometida por el otro y a invocar el beneficio del art. 323, que se refiere al caso en que la prestación que se le debía se ha hecho imposible, a consecuencia de una circunstancia que a la otra parte no era imputable. Puede, pues, sin invocar la rescisión, oponer a su adversario simplemente las consecuencias de la extinción actual del contrato, negándose a cumplir su propia obligación o reclamándole la restitución de lo que él entregó. No se ve bien la utilidad de este tercer partido. Puede darse en el caso en que el deudor hubiera participado de alguna indemnización o adquirido derechos con ocasión de la pérdida de la cosa que debía entregar. El acreedor exigirá la cesión de esta indemnización o de estos derechos, salvo siempre la obligación de ejecutar su propia prestación, pero con reducción proporcional, si la indemnización o los derechos cedidos son inferiores al valor de la cosa que representan (art. 323. 2. p.).

¿Es definitiva la elección verificada por el acreedor entre estos dos partidos? He aquí cómo resuelven la cuestión los intér-

pretes: Si el acreedor ha reclamado daños y perjuicios por incumplimiento, invoca simplemente el contenido del contrato. Podrá ulteriormente prevalerse de cualquiera de las otras alternativas si este cambio no contiene nada en contra de la buena fe y de la legalidad. Pidiendo la revocación, su elección es definitiva, pues el contrato se disuelve y la relación primitiva se reemplaza por las acciones de restitución. Finalmente, cuando declara que quiere hacer uso de los derechos que le concede el art. 323 en caso de inejecución fortuíta, su elección le liga de una manera definitiva si renuncia al derecho de hacerse subrogar en las acciones del deudor, porque en este caso el contrato se disuelve. Si, por el contrario, se hace subrogar en las anexiones del deudor, está obligado a cumplir proporcionalmente su propia prestación y, por consiguiente, el contrato conserva sus efectos. Además, el acreedor puede pedir todavía la rescisión [1].

B) *Incumplimiento parcial.* — Si la prestación prometida sólo en parte llega a hacerse imposible, el acreedor goza de las mismas opciones que en el caso precedente. Así puede pedir indemnización por la parte que se ha hecho imposible y reclamar la ejecución por el resto. Pero probando que esta ejecución parcial no tiene ningún interés para él, tiene derecho a pedir indemnización por todo, quedando a su cargo ejecutar la propia prestación o, si lo prefiere, rescindir el contrato, o invocar finalmente, el art. 323 como en caso de imposibilidad total no imputable al deudor, a reserva de su derecho a ser subrogado en las acciones de éste.

C) *Retraso en la ejecución* (art. 326).—El acreedor, incurriendo la otra parte en mora, puede optar por una triple solución:

Pedir el cumplimiento y los intereses moratorios, ejecutando él por su parte su propia prestación.

Señalar a la otra parte, por simple declaración, y sin ser obligado a acudir a los Tribunales, un término conveniente,

1 V. C. c. alemán., traduc. de la impr. nacional, T. I, notas a los artículos 323 y 325. Crome, *System des deutsch bürger Rechts*, T. II, § 170. En contra: Plank, *Bürgerliches Gesetzbuch*, T. II, § 325, 1, d. Cons. Saleilles, *Obligación*, ns. 188 y s.

declarando que una vez expirado el plazo, se negará a aceptar la prestación. Si el deudor deja expirar el plazo sin cumplir su prestación, el acreedor tiene derecho a que se le indemnice por incumplimiento total (en cuyo caso debe ejecutar su propia prestación), o a que se rescinda el contrato. Si el deudor cumple sólo en parte durante el plazo que se le fijó, el acreedor goza entonces de los derechos que le concede el artículo 325, p. 1, en el caso de imposibilidad parcial.

Finalmente, si por causa de mora, la ejecución del contrato no presenta ningún interés para el acreedor, puede entonces, sin tener necesidad de fijar un plazo al deudor, optar inmediatamente por la indemnización o la rescisión.

Por último, el Código civil alemán contiene en el título de la rescisión convencional (art. 346 y s.) un artículo, el 361, que se refiere a los contratos sinalagmáticos en que se convino que la prestación de una parte debía efectuarse exactamente en una fecha rigurosamente fijada o al término de un plazo rigurosamente señalado (Fixgeschafte). Establece que si la prestación no se realiza en la fecha fijada o en el plazo señalado, la otra parte debe quedar autorizada para operar la rescisión. Para que se aplique esta disposición, no basta que las partes hayan indicado una fecha, es preciso que esta fecha, o esta tregua se hayan fijado rigurosamente. En este caso el derecho de rescisión se deriva de la voluntad misma de los contratantes, es convencional. Entiéndase bien; el acreedor puede optar por el cumplimiento de la prestación, y entonces hay que aplicar, según los casos, las reglas antes indicadas.

Tal es el sistema pesado y complicado que el Código civil alemán admite en caso de incumplimiento culposo de las obligaciones nacidas de contrato sinalagmático. En el fondo este sistema tiene puntos de contacto con el que nuestra jurisprudencia ha construído sobre la base estrecha e insuficiente del art. 1.184 de nuestro Código civil. Lo que importa hacer notar es que los redactores del Código civil alemán se apartaron finalmente de la contradicción germánica y admitieron que el incumplimiento de la obligación contraída debía producir en favor del otro contratante el derecho de rescindir el contrato, no sólo en caso de incumplimiento total, sino también en el

de incumplimiento parcial o tardío, si en estos dos últimos casos la ejecución no tiene interés alguno para él. ¿No equivale esto a decir que la resolución es de derecho siempre que la obligación de la parte carece de causa por no cumplir la otra su obligación?

Como dice Crome en su *Comentario* de los textos ya citados [1]: «no se lleva a cabo un contrato conmutativo para que a cambio de dinero se le abonen daños y perjuicios. Lo que hace falta es poder obtener sin dificultad la prestación recíproca. Muchas veces puede obtenerse, además de la indemnización, el objeto de esta prestación; pero cuando tal no ocurre, quedar libre, es a menudo más estimable que obtener una indemnización».

Sin embargo, diferencias muy importantes separan todavía el derecho alemán del nuestro en esta materia. En primer lugar el acreedor no puede hacer rescindir el contrato más que cuando su ejecución se ha hecho imposible. En otro caso debe proceder contra su adversario, fijándole un plazo para el cumplimiento, y solamente una vez transcurrido éste, tendrá derecho de rescisión. Del mismo modo, si la obligación puede todavía ejecutarse parcialmente, el acreedor está obligado a contentarse con esta prestación parcial, a no ser que pruebe que no tiene para él ningún interés [2]. En nuestro Derecho, en cambio, el acreedor puede escoger entre la ejecución forzosa, si todavía es posible, y la resolución. Pero esta elección no depende exclusivamente de su voluntad, porque los Jueces tienen facultades discrecionales de apreciación y pueden denegar la resolución, lo cual aproxima ambos sistemas.

Además, la resolución se lleva a cabo sin intervención de

1 *System des deutschen bürgerl Rects*, T. II, § 170, 3. 1.

2 De aquí se deduce una importante diferencia entre nuestro Derecho y el alemán en el caso en que una parte debe pagar cierta suma en metálico. Según el art. 1.184 del C. c., si el deudor no satisface la totalidad en el término pactado, el acreedor puede pedir la resolución, a reserva del término de gracia que el Juez tiene facultad para conceder al deudor. En Derecho alemán, el acreedor no tendrá en este caso la facultad de rescindir porque necesitaría para esto probar que la ejecución parcial no tiene para él ninguna utilidad, prueba que no tiene aquí aplicación.

los Tribunales, por una simple declaración de voluntad. En verdad, que a pesar de esto, habrá que acudir a los Tribunales siempre que se trate de cumplimiento tardío o parcial, porque el contratante culposo no dejará de contradecir la ejecución del acreedor, pretendiendo que la ejecución no le ofrece ninguna utilidad.

Finalmente, el Código civil alemán no concede al acreedor que demanda la rescisión, el derecho de reclamar daños y perjuicios. «La resolución, dice Saleilles, ob. cit., n. 192, se considera como un modo de reparación que la ley le ofrece, y que coloca en el mismo plano que el derecho de indemnización, dándole a elegir» [1].

159. *Código civil austriaco.*—Las modificaciones introducidas en el Código civil austriaco por las Novelas de 1914 a 1916, buscaban una aproximación con el Derecho alemán. Por eso los arts. 918 y 921, nuevos, admiten el derecho de rescisión en las condiciones siguientes:

«Art. 918: Si el contrato oneroso no se cumple por una parte, bien en el tiempo o lugares convenidos, bien de la manera que se estableció, la otra puede pedir o el cumplimiento con daños y perjuicios por el retraso, o después de fijar un término conveniente para la ejecución, declarar la resolución del mismo.

Si la ejecución es divisible para las dos partes, la realización por retraso en la entrega de una prestación, puede no ser declarada más que respecto a esta prestación, o respecto a todas las prestaciones parciales que quedan por ejecutar».

Art. 919. «Si se convino que la ejecución tendría lugar en un tiempo señalado o en un plazo fijado bajo condición de rescisión, el derechohabiente a la rescisión, si quiere pedir la ejecución, debe declararlo sin dilación a la otra parte después de expirado el plazo; si no lo hace así, no puede reclamar la ejecución. Lo mismo se hará cuando la naturaleza del acto o el

1 *Nota del Traductor*: El proyecto español de 1859 y después el C. c. dieron naturaleza a la teoría de la rescisión del contrato, recogiendo las antiguas doctrinas sobre *el beneficio de la restitución in integrum* y *la acción Pauliana*. Anteriormente, rescisión equivalía a nulidad.

fin conocido del deudor de la prestación hacen presumir que la ejecución se retrasa, o en caso de retardo, en cuanto a una parte de la prestación, las que quedan por realizar no tienen ningún interés para el *accipiens*.»

Art. 920. «Si la inejecución tiene lugar por culpa del deudor o por acontecimiento a él imputable, la otra parte puede optar por pedir indemnización de incumplimiento o rescindir el contrato. En caso de incumplimiento parcial, el derecho de rescisión le pertenece, si la naturaleza del acto o el fin apetecido del deudor de la prestación hiciere presumir que la ejecución parcial no tiene para él ningún interés.»

Art. 921. «La rescisión del contrato no suprime la acción de reparación del daño causado por incumplimiento culposo. La indemnización recibida debe modificarse o restituirse, de suerte que una parte no obtenga provecho de la pérdida de la otra.»

Así como se ve por este artículo último, el Código civil autriasco admite, a diferencia del Código civil alemán, que la rescisión no priva a la parte que la pida del derecho de obtener reparación del perjuicio que se le causó por el incumplimiento.

160. *Código civil suizo.*—El libro quinto de este Código, *de las obligaciones*, contiene tres artículos (107 a 109) que dictan disposiciones análogas a las precedentes.

Art. 107. «Cuando en el contrato bilateral una parte cae en mora, la otra puede fijar o hacer fijar por autoridad competente un término conveniente para que ejecute su prestación.

Si la ejecución no se ha verificado durante este plazo, el derecho de reclamarla y de accionar para obtener indemnización de daños y perjuicios por causa del retraso puede siempre ejercerse; sin embargo, el acreedor que hizo la inmediata declaración puede renunciar a este derecho y reclamar los daños y perjuicios por causa de incumplimiento o apartarse del contrato.»

Art. 108. «La fijación de plazo no es necesaria:

1.° Cuando resulta de la actitud del deudor que esta medida quedara sin efecto;

2.° Cuando a consecuencia de la mora del deudor la ejecución de la obligación no ofrece utilidad para el acreedor; y

3.° Cuando a tenor de los términos del contrato la ejecución debe verificarse exactamente en el término fijado o en el plazo establecido.»

Art. 109. «El acreedor que desiste del contrato puede denegar la prestación prometida y reclamar la que pagó.

Puede además pedir la reparación del daño que se deriva de la caducidad del contrato si el deudor deja sin demostrar que sobre él no recae imputabilidad.»

CAPITULO V

De la causa en las promesas unilaterales.

Hemos enumerado en el capítulo primero los principales casos de promesas unilaterales.

Es inútil volver a tratarlos aquí. Nos contentaremos con estudiar en tres secciones las cuestiones más importantes que la teoría de la causa suscita sobre estas promesas.

SECCION PRIMERA

Ausencia de causa.—Causa ilícita.

1. Ausencia de causa.—2. Causa ilícita. Los arts. 1.131 y 1.133 se aplican frecuentemente por la Jurisprudencia en materia de contratos unilaterales, ya a las obligaciones que carecen de causa, ya a las que la tienen ilícita.

§ 1.—*Ausencia de causa.—Diversos ejemplos de ausencia de causa. Efectos de complacencia.*

161. El caso de promesa sin causa parece a primera vista que no pueda darse. Una obligación tiene siempre causa, porque nadie se obliga sin tener a la vista un fin determinado. Pero puede suceder que se engañe acerca del fin, o que el fin que se propone sea imposible de conseguir. Como ejemplo puede presentarse en primer lugar el caso del prestatario que se obliga a reembolsar una cantidad que, en realidad, no le fué entregada. Hemos hablado ya de ello al referirnos a los contratos sinalagmáticos [1].

1 V. Amiens, 21 Feb. 79. *Lecocq. c. Charpentier.* S. 80. 2. 134; el prestamista de dinero remitió los fondos a un Notario que los malversó. Req., 2 Abril 1878. *Péres.-gage. c. Aunac.* S. 79. 1. 16; un agente de cambio abre crédito de 30.000 francos al cliente, y éste le remite efectos en blanco hasta el límite de la cifra, pero no realiza el crédito abierto en su provecho. La Corte resolvió que estos efectos carecen de causa.

Lo mismo sucede cuando el promitente cree en una causa que en realidad no existe: «Así, dice Merlín [1], mi padre os legó 10.000 francos, pero os privó de ellos por un codicilo. A su muerte me presentáis el testamento, y desconociendo la existencia del codicilo, me creo obligado a pagaros el legado; en consecuencia, me obligo a daros un inmueble en pago de la suma legada». Mi promesa carece de causa, porque tenía por fin satisfacer una obligación que no existe. O mejor todavía, conformándome con una recomendación de mi padre difunto, prometo pagaros 1.000 francos en tal fecha, y después descubro un testamento que os lega semejante suma. Aquí la obligación también carece de causa, porque la obligación moral que había de transformarse en obligación civil no existe [2].

Finalmente, acaece con frecuencia que los Tribunales anulen una promesa por no tener causa, pues el deudor prueba que la causa enunciada es falsa o simulada, y que el acreedor no llega nunca a demostrar, conforme a ley, la verdadera causa de la obligación [3].

1 Cuestiones de derecho. V. *Causas de las obligaciones*, § 1.

2 V. otras aplicaciones en: Agen, 4 Marzo 1889. *Charroy c. X y Ladois*. S. 89. 2. 139; cierto abogado se hace suscribir un reconocimiento de deuda además de lo recibido por honorarios. Trib. civ. Tolosa, 23 Febr. 1905, de *Saint Sernain c. Segondy*. D. P. 06. 5. 5; promesa de pago hecha por el propietario de una finca al proveedor de su administrador en la falsa creencia de que los suministros se habían verificado a cuenta de sus intereses. Civ., 22 Nov. 1909. D. P. 10. 1. 407; obligación contraída por una C.ia de seguros mutuos de entregar el 6 por 100 sobre el valor de las primas cobradas por su fundador y antiguo administrador cuando éste había, después de mucho tiempo, recibido la remuneración de sus trabajo y cuidados como fundador de la sociedad, y el reembolso de las sumas que había anticipado. Trib. civ. Versalles, 23 Nov. 1921. Gaz. Pal., 31 Diciembre 1921.

3 París 3 Agosto 1811 y civ. 9 Junio 1812. Sir. chr.; Req. 19 Enero 1830. *Teillier c. Lacaze* S. chr; Montpellier 7 Agosto 1879 y Req. 14 Junio 1881. *Valette-Lestrade c. Gary*. S. 81. 2. 448; Req. 9 Noviembre 1891. Cons. *Goulard c. Tercy*. D. P. 91. 1. 151. S. 94. 1. 78; Req. 9 Noviembre 1898, *Lévy c. Synd. V.ve Armand*. D. P. 99. 1. 103. S. 00. 1. 335; Trib. civ. Sena 17 Enero 1906. D. P. 06. 5. 36; un documento que acredita anticipo de dinero, debe anularse por falta de causa, si aparece de todos los elementos del débito que el pretendido prestamista, estaba en esta época lejos de poder hacer este anticipo al signatario.

Los efectos de complacencia nos prestan también un ejemplo de obligaciones sin causa.

162. *Efectos de complacencia.*—El efecto de complacencia es creado «colusoriamente entre los firmantes sin causa ni valor» [1], es decir sin que ninguna operación jurídica la justifique ni explique su emisión.

Normalmente la creación de una letra de cambio se apoya sobre dos relaciones obligatorias, una entre el tomador y el librador (o valor entregado por el tomador al librado), la otra entre el librador y el librado (a saber la provisión de fondos). Ahora bien, puede suceder que la una o ambas obligaciones falten. Por ejemplo, aunque no haya intervenido ninguna operación jurídica que justifique su origen, Pedro libra una letra sobre Paulo que la acepta, después la descuenta a un banquero, que puede ser cómplice de entrambos o creer, por el contrario, en la existencia de relaciones normales de negocios entre ellos.

Cuando llega el vencimiento, el librador libra una nueva letra más elevada, sobre el librado, y haciéndola descontar se proporciona los fondos necesarios para el pago de la primera.

Es frecuente que el librado igualmente a corto plazo, libre sobre el librador. Ambos se proporcionan así mutuamente dinero sin haber sido acreedores ni deudores recíprocamente; crean lo que se llama *falsa moneda* [2].

Lo que caracteriza al efecto de la complacencia es que, en primer lugar, no existe relación jurídica motivante entre el librador y el librado, y que por otra parte ni uno ni otro tienen intención de relacionarse jurídicamente el uno para con el otro. La emisión de la letra de cambio en su sentir no debe engen-

1 Tal definición está en el art. 5 de la Ley de 24 (*germinal an XI*), relativa al Banco de Francia. Este artículo prohibe al Banco de Francia descontar «los efectos llamados de circulación creados colusoriamente (por connivencia) entre los signatarios, sin causa».

2 Razonamos sobre el caso del librador y del librado, pero lo mismo podíamos hacerlo sobre tomador y librador. El librador puede librar una letra en provecho del tomador, no existiendo entre ellos ninguna relación jurídica. V. Trib. civ. Sena 20 Octubre 1903 y París 9 Agosto 1904. *W. c. Linol. liquid. Cahan et Cie.* S. 05. 2. 144.

drar relación jurídica del uno para con el otro. El librado está muy lejos de tener intención de hacer un anticipo al librador; le presta solamente su firma, debiendole éste enviar los fondos necesarios al tiempo del vencimiento. El acuerdo que tiene lugar entre ellos no es, propiamente hablando, un contrato, sino un acto de pura complacencia.

No hay que confundir esta hipótesis con aquella en que el librado acepta la letra de cambio para prestar un servicio al librador con intención de hacerle beneficiario de su crédito personal; aquí, aunque no exista relación jurídica anterior, la operación es válida, porque es una operación jurídica seria; el librado se obliga realmente a título de caución solidaria. Persigue un fin plausible; su obligación tiene verdaderamente una causa[1].

En el documento de complacencia, en cambio no hay más que una apariencia. El fin único que se persigue es engañar a los terceros, hacerles creer en relaciones de negocios que en realidad no existen. Todo es simulación para sorprender la buena fe de terceros.

¿El efecto de la complacencia es o no es válido?

Importa mucho comprender el alcance de esta cuestión. Hay en efecto un primer punto, que no se discute. El carácter ficticio del efecto de la complacencia no podría oponerse a los terceros de buena fe. Es consecuencia de la regla de imposibilidad de oponer excepciones, de la que hablaremos después (sec. 3, § 3).

Pero ¿qué hacer en las relaciones de las partes entre sí o con los terceros de mala fe? ¿Puede el librado oponer la nulidad de su obligación?

Dos sistemas están frente a frente; el primero al que nos adherimos, es el más generalmente adoptado; en él se considera que la obligación del librado es nula, porque carece de causa.

En efecto, aceptando la letra, el librado no persiguió ningún fin jurídico; ninguna razón plausible justifica su compromiso.

1 V. Nancy 3 Diciembre 1923 *Prempain c. Banq. pop. de l'Est.* Gaz. Pal. 15 Enero 1924.

Este consintió solamente, como dijimos, para engañar a los terceros. Así, pues, es completamente exacto decir que no tiene causa, o si se prefiere, que tiene una causa ilícita, porque se ha prestado el consentimiento *fraudandi causa* [1].

Algunos autores objetan, es verdad, que lo que es ilícito en este género de negocios, no es la causa, sino simplemente el motivo; ahora bien, el motivo no influye en la validez de la obligación [2].

Pero todas nuestras explicaciones anteriores contiene la refutación de esta objeción. La intención fraudulenta es, ciertamente la inspiradora de los dos camaradas; sorprender la buena fe de los terceros, haciéndoles creer en la realidad de operaciones ficticias, es el fin que persiguen, además no hay duda que esta intención fraudulenta participa en un acuerdo de voluntades, y produce su nulidad.

Sobre todo, ¿cuál sería la causa de la obligación del librado, si no era el deseo de engañar a los terceros? ¿Prestar un servicio al librador? No hay tal, porque lo que menos entiende el librado, es obligarse realmente. La sentencia de Armiens, citada en la nota precedente de 9 de Enero de 1903, declara que la causa de los documentos suscritos por uno es la suscripción de los documentos por el otro por un valor igual, pero ¿acaso no es esto reconocer que la verdadera crusa es la creación de letras ficticias, es decir la intención de engañar a los terceros?

Este primer sistema es el de nuestra jurisprudencia. Numerosas sentencias se han pronunciado a favor de la nulidad [3].

1 Muchas resoluciones citadas *infra* declaran, que los efectos de la complacencia son contrarios al orden público, y tienen una causa ilícita.

2 Wahl, nota S. 1900. 2. 153. f. 156. 157, Lacour y Bouteron *ob. cit.*, números 1.392 y s. En el mismo sentido, Amiens 9 Enero 1903 *Leon c. Desmarets.* D. P. 04. 2. 449. S. 03. 241: «Considerando que las letras cambiadas entre dos comerciantes a título de complacencia. sin que su valor corresponda al de las operaciones mediadas entre ellos, no carecen de causa, según el art. 1.131, ya que los documentos suscritos por uno tienen precisamente por causa la suscripción hecha por el otro, a base de identidad de valor».

3 Req. 18 Octubre 1886. *Brisson. c. Raftin.* D. P. 87. 1. 340 S. 86. 1. 470. París, 16 Nov. 1888. *Seyboth c. synd. Ste. de Fontannes.* D. P. 89. 2.

Un segundo sistema sostiene, por el contrario, que los efectos de la complacencia son válidos. La obligación del librado, dicen, no carece de causa; el librado presta su crédito al librador; se obliga como se obligaría por una caución [1].

A nuestro parecer, este análisis es inexacto. El efecto de la complacencia propiamente dicha, se destina a proporcionar un crédito ficticio a los interesados, afirmando inexactamente que existe una relación de negocios entre los dos individuos; existe, pues, causa ilícita. Es lo mismo que si se probara que el firmante tuvo intención de prestar su crédito personal al librador, y se obligó a título de caución [2].

253. S. 91. 2. 89; nota de M. Meynial; Req. 9 Junio 1891. *Prevotel.* D. P. 92. 1. 336, S. 92. 1.439: Lyon, 30 Marzo 1897, *L. c. Estival*, D. P. 97. 2. 30; nota de M. Thaller, S. 00. 2. 153; nota de M. Wahl. Req., 27 Julio 1897. *Bremond c. synd. Casse*, S. 01. 1. 522: Cort. Sup. Luxemburgo, 17 Dic. 1897, Caitucoli. *Perlot c. Synd Saur.*, S. 98. 4. 20; Caen, 30 Mayo 1899. *Synd. Julián c. Banc. de Francia*, S. 00. 2. 163; Grenoble, 21 Mayo 1901, *Gagnaire c. liquid. Biboud*, S. 03. 2. 214; Burdeos, 10 Mayo 1903, *Mondon c. Vigouroux.* S. 03. 2. 243; París, 9 Agosto 1904; dos sentencias. *V. y N. c. Linol liquid. Cahn y Cía.* S. 05. 2. 144: Lyon 6 Junio 1906. S. 06. 2. 264; Bastia, 9 Julio 1912. *Caitucoli c. Rastelli.* D. P. 16. 1. 241. s. Cas. Req. 10 de Marzo 1915; *liquid.* Arrighi c. B. de France S. 16. 1. 5., nota de M. Lyon Caen, 30 Junio 1912. Gaz. Trib. 6. 7. Agosto 1919. Sumarios.

Se ha pretendido que la jurisprudencia moderna parecía querer abandonar el sistema de la nulidad, pero las sentencias de Req. 10 Marzo 1915 y 30 Junio 1919 citadas, prueban lo contrario. Además las resoluciones indicadas en apoyo de esta pretensión, se explican fácilmente: Hay dos sentencias de la Cám. de admisión de 19 Nov. 1908. *Fontanille c. Cabaud*, y de 21 Marzo 1910. *Agence nation c. Saillard.* D. P. 12. 1. 281; nota de M. Naquet.

La primera de estas sentencias ha rechazado un recurso formulado contra sentencia de Lyon de 5 Junio 1908, que había interpretado la aceptación del librado como una caución, y declarado por consiguiente, que no tenía ningún carácter ficticio; antes al contrario, una causa lícita y válida.

Nada, pues, puede decirse de esta resolución fundada sobre la apreciación de los hechos de la causa.

En cuanto a la sentencia de 21 Marzo 1910, autoriza al librado que ha pagado la letra, a reclamar su valor al librador, pero esto no prueba que la Corte admita la validez del efecto; descarta simplemente el adagio: *Nemo auditur.*

1 V. *Lacour y Bouteron ob. cit.*, n. 1.393.

2 V. Req. 17 Nov. 1909 citado.

Queda la cuestión del recurso del librado que pagó la letra al portador de buena fe, contra el librador. Que el librado tenga una acción de repetición, no puede ofrecer duda, porque ha pagado sin causa, pero lo que se quiere es saber si no queda paralizada esta acción en virtud del adagio: *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.*

Hemos dicho antes, núm. 17, que la jurisprudencia durante mucho tiempo denegó todo recurso al librado, pero que una sentencia de la Cam. de Req. de 21 de Marzo de 1910, D. P. 12. 1. 281. S. 13. 1. 297, recaída en el asunto de la Agencia nacional contra Salillard, autorizó la acción de repetición, y, por primera vez, eliminó en esta materia la aplicación del adagio citado.

§ 2.—*Causa ilícita.*

163. La causa de la obligación es ilícita siempre que el fin perseguido por el deudor esté prohibido por la ley o el orden público o sea contrario a las buenas costumbres (art. 1.133).

Casi siempre la promesa que tiene una causa semejante, se presenta aislada, pero, en realidad, se relaciona con una obligación recíproca que tiene carácter ilícito, de tal suerte, que hay un contrato sinalagmático, y todo el contrato resulta atacado de nulidad.

Alguna vez se da el caso de obligación unilateral con causa ilícita. Tal es, según la jurisprudencia, la promesa de pagar una deuda de juego o de apuesta.

En efecto, la jurisprudencia admite, lo cual por cierto es discutible [1], que estas dos deudas estén comprendidas en el art. 1.965 del C. c., y viciadas de nulidad absoluta, y concluye que la obligación de pagar una deuda de este género, tiene una causa ilícita [2].

Es igualmente nula la contra-escritura por la cual el cesio-

1 V. *Ambrosio Colin y Capitant, ob. cit.* T. II, 3.ª ed., ps. 69 y 694.

2 Civ. 12 Abril 1854. *Halles*, D. P. 54. 1. 180. S. 54. 1. 313; 4 Diciembre 1854. Vacqué. D. P. 54. 1. 413. S. 54. 1. 763; 6 Agosto 1878. *Ader c. Roger.* D. P. 79. 1. 70. S. 78. 1. 418.

nario de un oficio ministerial se obliga a pagar al cedente un suplemento del precio fijado en la Cancillería.

Es nulo también el acto en virtud del cual el cesionario de un oficio ministerial se instituye en el lugar de su predecesor y se obliga a pagar a los acreedores de éste. También en este caso la obligación se propone modificar las cláusulas ostensibles del contrato de cesión, la nulidad procede de que la causa es contraria al orden público.

SECCION SEGUNDA

Prueba de la causa.—La promesa no causada.

1. Prueba de la causa. —2. Promesa no causada.

§ 1.—*Prueba de la causa.*

164. Nos contentaremos con breves explicaciones, porque no se trata más que de aplicar principios generales en materia de prueba.

El acreedor que alega la existencia de una obligación contraída en su favor debe probar que el deudor ha *querido* obligarse hacia él (art. 1.315 C. c.). Debe, por consiguiente, probar no sólo el hecho de la obligación, sino la causa que la determinó, porque la causa o el fin perseguido forma parte integrante, como sabemos, de la manifestación de voluntad del promitente.

Habitualmente la causa se enuncia en el escrito firmado por el deudor y entregado al acreedor.

Si el deudor contradice la existencia de la causa enunciada en el escrito, y sostiene que en realidad su obligación no tiene causa o la tiene ilícita, debe probarlo.

¿Cómo podrá suministrar esta prueba? Para responder hay que distinguir dos situaciones:

1.ª Si el deudor sostiene que su obligación no tiene causa o que la causa enunciada en el acto es simulada, es preciso que pruebe su pretensión en un escrito o en principio de prueba por escrito, porque el art. 1.341, 1.ª l., 2.ª p., prohibe el empleo de testigos, y, por consiguiente, de simples presunciones (ar-

tículo 1.353) en contra y más allá de lo contenido en tales actos, y sobre lo que se alegara haberse dicho antes, fuera o después de los mismos [1].

2.ª Si, por el contrario, pretende que la causa es ilícita, puede probarlo con testigos o por medio de simples presunciones, porque el art. 1.353 *in fine* autoriza excepcionalmente el empleo de estos medios de prueba cuando se impugna el acto *por causa de fraude*. Ahora bien; la jurisprudencia admite que esta expresión se refiera a todos los casos en que el hecho que se quiere probar es contrario a la ley, al orden público, o a las buenas costumbres [2].

Y por la misma razón los Tribunales establecen que la simulación misma puede probarse con testigos o presunciones cuando hay ocultó un fraude de la ley [3].

Si el deudor afirma que la causa alegada por el acreedor no existe o es simulada, le toca al acreedor probar cuál es la causa verdadera de la obligación. Nótese bien que, conforme a las disposiciones de los arts. 1.341 y 1.347, esta prueba debe hacerse por escrito, o corroborarse, al menos, por un principio de prueba análoga, si la obligación excede de 150 francos; pero el escrito que el acreedor tiene en su poder le servirá, naturalmente, de principio de prueba por escrito. Si no suministra esta prueba, será vencido en su pretensión [4].

1 Cort. de apel. de Rom., 15 Octub. 1898. *Nardini c. Campodonico.* S. 99. 4. 37; Req., 14 Jun. 1899. *Palies c. Romulus.* D. P. 99. 1. 344. S. 99. 1. 464; Civ., 31 Enero 1900, *Marchand c. V.oe* Licatzas. D. P. 1900. 1. 80. S. 01. 1. 347.

2 Civ., 28 Agosto 1877. *Denis c. Lamotte.* D. P. 78. 1. 164. S. 78. 1. 270; 21 May. 1878. *Ben-Chimol c. Mohammed Abdallah.* S. 79. 1. 295; 21 Marzo 1898. *Amet c. Cons. Tisserand.* D. P. 03. 1. 403. S. 98. 1. 513, nota de M. Appert; Req, 5 Agosto 1903. *Soleil c. Coeur.* D. P. 04. 1. 22. S. 04. 1. 283. Bruselas, 1 Julio 1904. *Dubois c. Ep. Hamaide.* S. 08. 4. 22; Req., 4 Marzo 1914. *Fleury Daridan c. Ruffier*, D. P. 16. 1 27. S. 14. 1. 430.

3 Civ., 31 Enero 1900 ya citado; Req., 2 Marzo 1904. *Pendaux c. Boutet.* D. P. 64. 1. 615. S. 04. 1. 260, y Civ., 21 May. 1878 ya citado.

4 Req., 9 Feb. 1864 *Roland c. hérit. Rey.* D. P. 64. 1. 211. S. 64. 1. 107; Req., 9 Nov. 1891. *Cons. Goulard c. Tercy.* D. P. 92. 1. 151. S. 94. 1. 78; 10 Enero 1898. *Liquid Soc. Bargy c. Bouhey.* S. 02. 1. 492; Civ., 5 Diciembre 1900. *Messager c. Yvon.* D. P. 01. 1. 192. S. 01. 1. 229. Req., Abril 1905. *ep. Gaillard c. Roux.* D. P. 05. 5. 8; 28 Octubre 1912. *Sorine c. Francois* Gaz. Pal.; 23 Nov. 1912.

§ 2.—*Promesa de pagar no causada.*

I. Interés que presenta para el acreedor la obligación sin causa.—II. ¿Es válida esta obligación? – 1.° Punto de vista legislativo.—2.° Divergencia entre el Código civil y el Código mercantil. Explicación de esta divergencia por los precedentes históricos. – 3.° Artículo 1.132 del Código civil. Dificultades suscitadas por este texto. Su verdadera significación. La Jurisprudencia. – III. De la prueba de la causa. – IV. La obligación abstracta en el Derecho alemán y en el suizo.

165. *Interés que presenta para el acreedor la obligación sin causa.*—Cuando una persona se obliga para con otra, puede consentir en no indicar la causa que la determine a obligarse. En el escrito, que firmará y será entregado al acreedor, el deudor no hará mención de la causa. Se dirá, simplemente, que pagará tal suma en tal época, o que se reconoce deudor de tal suma y se obliga a pagarla en tal fecha.

La obligación se presenta entonces en su estado abstracto; está separada de su causa; el lazo que une a ambas se rompe por la voluntad de las partes.

Se dan casos, con frecuencia en las pólizas, sin causa. La validez de éstas ha dado lugar en el curso de los siglos a largas discusiones que no se han agotado todavía entre los autores. Pero parece consagrada la validez por el art. 1.132 C. c., el cual declara que no es menos válida la convención porque no se haya expresado la causa. Pero los autores aún no se han puesto de acuerdo acerca del sentido de este texto. Existe, en efecto, relativa al mismo cierta confusión que conviene evitar. Cuando se habla de la obligación sin causa, se trata de saber lo que se entiende por esto. ¿Se habla también de la obligación misma, es decir, del vínculo contractual, o, por el contrario, sólo se hace referencia al *instrumentum*, al escrito redactado por las partes para probar la obligación? Ahora bien; con excepción de Aubry et Rau, todos los demás intérpretes del Código civil, al explicar el art. 1.132, están de acuerdo, enseñando que este texto designa con el nombre de convención no ya al contrato mismo, sino el escrito que le atestigua. Ni siquiera se les ocurre la idea de que este texto pueda referirse al contrato, a la obligación propia-

mente dicha. No se plantea la cuestión de saber si el contrato, en virtud del cual un deudor se obliga de modo abstracto, por ejemplo, la estipulación romana, sería válido en sí mismo, es decir, ligaría al deudor con el acreedor. Para ellos semejante cuestión es superflua, vacía de sentido. Es evidente—dicen—que cuando dos partes contratan entre sí, se han puesto de acuerdo acerca de la causa de la obligación. La deuda tiene siempre una causa, porque el deudor no se obliga sin perseguir un fin determinado, y este fin, cualquiera que sea, lícito o ilícito, en buenos principios es siempre conocido por el acreedor. Se explica que las partes convengan en no hacer mención de esta causa en el *instrumentum* firmado por el deudor y entregado al acreedor, pero no tiene explicación que puedan obligarse sin hacer alusión a él, sin ponerse de acuerdo sobre esta causa. No se comprende a qué conduciría tal solución [1].

Por lo tanto, no hay necesidad de discurrir mucho para convencerse de que este razonamiento no es más que una artimaña. Efectivamente, la escritura redactada por las partes es la representación exacta del contrato, tal como se desarrolló entre ellas; lo mismo que la fotografía es la reproducción fiel de las cosas colocadas delante del objetivo. Por consiguiente, si las partes no hacen mención en su escritura de la causa de la promesa, es porque no quisieron que figurara en su acuerdo de voluntades en otros términos; es que el deudor consintió en obligarse de una manera abstracta. Indudablemente, el acreedor conoce bien la causa que determina al deudor a obligarse, pero pide que se haga observación de esta causa, que no forma parte de la manifestación de voluntad del deudor. Ahora bien: ¿es esta la verdadera, la única cuestión que se plantea y merezca ser estudiada? ¿Un deudor que consiente en obligarse en estas condiciones queda válidamente obligado?

Supongamos, por ejemplo, para evitar la confusión apuntada, que la promesa se ha hecho verbalmente y que no se re-

1 En este sentido Baudry-Lacant y Barde, *Obligaciones*, t. I, n. 318: Bufnoir, *Propiedad y Contrato*, p. 554; Brissaud, *Derecho francés*, p. 199; «Si el contrato no se ha perfeccionado por escrito, nada impide que la causa se haya expresado fuera del contrato».

dactó ninguna escritura. El deudor se obliga para con su acreedor, ante testigos, a pagarle una cantidad de 150 francos, sin decir por qué se obliga. ¿Quedará con esto obligado el deudor? ¿Podrá el acreedor por falta de pago amistoso invocar esta promesa abstracta ante los Tribunales, sin indicar su causa y hacer que se condene al deudor? O por el contrario, ¿será preciso que pruebe no sólo el hecho de la obligación, sino que determine además la causa en virtud de la cual se obliga?

166. Se reduce la cuestión a saber si en nuestro derecho actual es lícita una promesa abstracta de pagar.

Antes de entrar en discusión conviene indicar el interés que semejante contrato pudo presentar para el acreedor. Este interés se concibe fácilmente; es el mismo que daba lugar a que se empleara la estipulación por los romanos. El derecho de crédito que se deriva de una tal obligación tiene más solidez, más certidumbre que un derecho de crédito ordinario. Lo que pretende un acreedor en virtud de contrato determinado, préstamo, venta, mandato, exige la prueba de existencia de este contrato. Su adversario puede oponerle el incumplimiento de su propia obligación. Siendo el caso del mandato, debe probar que el mandatario hizo tales y cuales cobranzas por su cuenta, y deducir de ellas los desembolsos debidos. En otros términos, su crédito depende de la relación jurídica que el mismo engendró.

En cambio la obligación abstracta está aislada de tal relación; se presenta como un derecho independiente, y, por lo mismo, más estable. Adquiere, como decía acertadamente Paulo Gide [1], «los caracteres de simplicidad de certidumbre y de precisión que le son de tanta importancia en el comercio. Desde ahora, el acreedor ya no temerá ni deducciones, ni descuentos, ni tendrá necesidad para hacer valer su derecho de justificar su origen; poco importa que antes de la capitulación haya mediado venta, mandato, sociedad; una vez verificada la estipulación, la suma debida no es ya precio de venta ni sobrante de cuenta, valores siempre inciertos y que el Juez no podría fijar más que teniendo presentes todas las

1 *Estudios acerca de la novación*; ps. 20 a 22, 26, 27.

circunstancias con que se relacionaba la obligación; lo que se debe son 100, son 1.000, es una cantidad abstracta, y, por consiguiente, invariable, y puede decirse, haciendo abstracción de los riesgos de insolvencia del deudor, que el acreedor, una vez en su poder el documento que acredita la estipulación, tiene en sus manos un valor casi tan cierto como si tuviera dinero contante... [1]».

Además, el fin que persiguen las partes separando la obligación de su causa, es dejar esta última en las sombras para que permanezca secreta y no pueda ser descubierta por sus causahabientes. Por ejemplo, un individuo que quiere hacer a su concubina una donación, y temiendo que la impugnen sus herederos, le entrega un escrito en que se reconoce deudor de cantidad determinada. O también el seductor que no quiere reconocer a su hijo, pero deseando subvenir a sus necesidades, promete a la madre pagarla una suma mensual, sin indicar su razón; o también el empleado infiel, que cogido en flagrante delito, suscribe en favor de su patrono un reconocimiento de deuda. Otra hipótesis: a consecuencia de delito o de litigio, tiene lugar una transacción entre dos personas, y como quieren evitar toda alusión al delito cometido o a la contienda que los distanciaba, la que se reconoce deudora se contenta con prometer a la otra una suma de dinero, sin añadir más [2].

1 No convendría llevar demasiado adelante esta ventaja, y pretender como alguna vez se ha hecho, que el acreedor portador de un título sin causa, esté al abrigo de todas las excepciones que podría alegar el deudor. Sería un manifiesto error. El deudor que firmó una promesa así concebida, puede siempre probar en perjuicio de su acreedor originario que su obligación no tiene causa, o que la tiene ilícita o inmoral.

2 Salgamos al paso de una objeción que podría hacerse. Cabría decirse, en efecto, que desviamos la palabra *causa* de su sentido ordinario, y sin darnos cuenta pasamos de la causa *final* a la causa *eficiente*, es decir, al acto jurídico generador de la obligación. Cuando se habla de título sin causa, diríase, sólo se tiene en cuenta un escrito que no hace mención del acto jurídico que originó la deuda.

Esta objeción sería exacta si se tratara, en efecto, de un simple *instrumentum*, de un escrito destinado a servir de prueba. Pero no es este nuestro caso. Suponemos una *obligacion nueva* del deudor, por ejemplo, la

Ahora bien, el que se obligó de esta manera y entregó como prueba a su acreedor un título sin causa, no puede, si se obligó válidamente, impugnar la demanda del acreedor, más que probando, o que su obligación no tiene causa, debiendo verificar esta prueba por escrito (art. 1.341. 1 p.), o que tiene causa ilícita, en cuyo caso puede verificar la prueba por todos los medios. (Arg. art. 1.353, in fine.)

De cualquier modo esta prueba es muy difícil, y, en la práctica, los Tribunales condenan con frecuencia al deudor, porque no puede suministrarla. Así, en especial, los herederos del firmante se verán casi siempre en la imposibilidad de establecer la verdadera causa de la obligación. Dadas estas explicaciones, vamos a abordar ahora la cuestión de si es válida una obligación en que no se hace mención de la causa.

167. II *¿Es válida la obligación en que no se hace mención de su causa?—1.° Punto de vista legislativo.* Si nos situamos desde el punto de vista legislativo, no hay que dudar en la respuesta, y debe afirmarse sin vacilar, como hicimos en el capítulo primero (núm. 8), que una obligación sin causa debe ser tenida por válida [1]. Efectivamente, la libertad de las partes constituye en materia de obligaciones el principio superior que el legislador debe siempre respetar, salvo que consideraciones de orden público ordenen su derogación. Ahora bien, no pueden negarse las ventajas y la utilidad de la obligación abstracta.

transformación de una obligación natural en obligación civil, transacción, etc.

Ahora bien, la *causa final* de esta obligación es, como dijimos en el primer capítulo, la intención de transformar la obligación natural en deuda civil, o la de poner fin al litigio.

Además, cuando se habla de *promesa sin causa* no puede tratarse más que de *causa final*. La promesa es causa eficiente de sí misma, y tiene su causa final o su fin, ya en la intención de donar, ya en la de poner término a un litigio, ya en la de hacer una novación, etc. Así si suponemos una escritura por la que el padre natural se obliga a dar cierta cantidad mensualmente para educar a su hijo, diremos que esta escritura tiene por *causa eficiente* la promesa que acredita, y que esta promesa tiene por causa final la obligación natural preexistente. (V. supra., núm. 30.)

1 Esta cuestión suscitó en doctrina alemana una viva controversia. (V. Saleilles. *Obligaciones*, núm. 262, y s.—Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 318, notas 3 y 4.

Indudablemente, la práctica demuestra también que las obligaciones de este género presentan peligros para el deudor. Al discutir el art. 1.132 C. c., los Tribunales de Apelación las han señalado con exactitud: «Esta disposición, decía el Tribunal de Lyon, abrirá el camino a las donaciones disfrazadas, a los fraudes de toda especie [1].» «La no expresión de la causa en los contratos, observaba el Tribunal de Montpellier, puede dar lugar a contratos simulados o fraudulentos, o favorecer singularmente los contratos que pueden haberse realizado para eludir las disposiciones de las leyes, especialmente las referentes a disposición de bienes a título gratuito [2]

Tales observaciones están indiscutiblemente fundadas, y basta recorrer los casos recogidos en las Colecciones de la jurisprudencia para convencerse de que a menudo los contratos sin causa ocultan simulaciones u operaciones sospechosas. Pero no debe considerarse a las partes por el hecho de que puedan hacer servir una institución para un fin ilícito. Corresponde a los interesados defenderse, establecer el carácter inmoral o ilícito de la obligación sin causa, es decir, desenmascarar la causa.

168. 2.° *Divergencia entre el Código civil y el mercantil.*— Los redactores del Código hicieron bien en no detenerse en estas objeciones, declararando en el art. 1.732 que el contrato no es menos válido porque no se exprese su causa, pues, como dejaremos sentado más tarde, que esta fórmula se refiere no sólo al escrito, sino también a la obligación misma.

La solución que los redactores del Código civil consagraron en esta materia, no fué admitida por los redactores del Código de Comercio para los efectos mercantiles. Según los arts. 110 y 188 de este último Código, el deudor que ponía su firma en una letra de cambio o en un documento a la orden en nombre de su acreedor, debía hacer mención expresa en ellos, bajo pena de nulidad, del valor prestado en especies, en mercancías, en cuenta o de cualquiera otra manera; es decir, la operación jurídica en virtud de la cual se había hecho deudor, y que le

1 *Fenet*, t. IV, p. 130.
2 *Fenet*, t. IV, p. 442 443.

determinaba a obligarse por una letra de cambio o un documento a la orden, en otros términos, la causa de esta obligación.

Es difícil explicar semejante anomalía. El legislador debe, a nuestro parecer, proscribir en todos los casos la obligación abstracta, si la cree peligrosa para el deudor y contraria al interés público. Si no, si la permite, es sobre todo en materia comercial donde debe autorizarla, porque el derecho mercantil tiene necesidad de instituciones más simples que el derecho civil.

Había uniformidad en afirmar que los arts. 110 y 188 del Código de Comercio eran anticuados y debían desaparecer. Esta reforma acaba de llevarse a efecto por una ley reciente de 8 de Febrero de 1922, que modificó los artículos citados.

169. *Origen histórico de esta divergencia.*—La divergencia que existía en esta materia entre nuestro Derecho civil y mercantil, no obedecía sino a la tradición histórica. Vamos ahora a demostrarlo, completando así las explicaciones que ya dimos sobre la no eficacia de la promesa sin causa. Vimos antes que [1] nuestros escritores antiguos eran unánimes en afirmar hasta final del siglo XVII, que los documentos sin causa no tenían ningún valor obligatorio. Y no distinguían, ya lo hemos dicho, entre el título y la promesa misma. Según ellos, la promesa, es decir, la obligación, es la que resulta nula. Así, Boiceau declara que quien pagó una cantidad en virtud de título sin causa, puede repetirla por haberla pagado indebidamente [2], a condición de que así lo demuestre. Esta opinión era la que predominaba en el siglo XVIII. Ferriere, en su *Diccionario de Derecho y de práctica*, V.° *Billet*, declara que el título con firma privada, donde no se expresa la causa de la deuda, es nulo, a no ser que las circunstancias suplan la falta [3].

1 *Supra*. n. 68.

2 Boiceau, *Tratado de la prueba de testigos*, publicado en 1599, 2.ª parte, cap. 3, n. 3, ed. Danty (1752), p. 278.

Y lo mismo Denisart, V.° *Billet*, § 1: «Un título siendo una obligación...» etcétera).

3 Ver también V.° *Obligación o promesa causada:* «La promesa debe contener la causa de la deuda. Sin embargo, las sentencias han confirmado alguna vez ciertos títulos en que la causa no se hallaba literalmente enunciada, si las circunstancias suplían esta falta, y cuando la causa se hallaba

Los autores de esta época padecieron la influencia del retroceso que en esta materia había sufrido la jurisprudencia. Y, por cierto, en muy buena hora. No se vuelven a inclinar más tan categóricamente como sus predecesores por la nulidad; reconocen que se dan casos en que el título sin causa puede ser válido. Algunos proponen que se distinga según la fórmula empleada. Si se dice «prometo pagar», la obligación es nula, porque nada hay que decida la causa; pero si el título dice «reconozco deber», contiene entonces una confesión de deuda, una indicación de la causa de la deuda y debe tenerse como válida [1].

En cuanto a los Parlamentos, después de haber seguido en primer lugar las discusiones de los autores y haber declarado durante mucho tiempo la nulidad de los títulos sin causa [2], muy oportunamente desde fines del siglo XVI abandonaron este sistema demasiado riguroso, influídos sin duda por la práctica, que continuaba empleando estos títulos, y varias veces el Parlamento de París reconoció la validez de las obligaciones, cuya causa no se enunciara en la escritura [3].

suficientemente justificada; pero han rechazado aquellos de la misma especie en que la causa no presentase razón justificante de la omisión, y no existía ninguna causa real que hubiera podido servir de fundamento al título». V. finalmente el comentario de Ferriere al art. 107 de la Cout. de Paris: «Si la promesa de pagar una suma no tiene causa, es nula, cuando puede creerse que se verificó o por causa legítima o sin causa; de otro modo sería válida, v. gr., si se hubiese hecho entre comerciantes; lo cual depende de las circunstancias, porque no se promete ordinariamente pagar algo sin causa, y así es como hay que armonizar las sentencias que de distinta manera han juzgado la cuestión».

1 V. Boiceau, *Tratado de la prueba de testigos*, edición de Danty, 1752, p. 483; Brillon, V.° *Billet sans cause.*

2 V. en este sentido una sentencia del Parlamento de París de 13 de Febrero de 1511. Merlín cita también, Cuestiones de derecho. V. *Causas de las obligaciones*, § 1, una sentencia del Parlamento de París de 16 de Mayo de 1650, que prohibió servirse de títulos en que no figuran el nombre del acreedor ni las causas, en virtud de las cuales se había llevado a cabo, bajo pena de nulidad.

3 Charondas acerca del art. 107 de la Corte de París aduce una sentencia que se remonta a 2 de Febrero de 1582. En esta sentencia se pedía a un heredero el pago del título hecho sin expresión de causa por el di-

Y el diario del Parlamento de Tolosa, aportando sentencias unánimes, añade: «La jurisprudencia en sus sentencias no ha creído oportuno adoptar las sutilezas del Derecho romano. Siempre que el mayor de edad consiente en una obligación se la declara válida, aunque su causa no aparezca por ninguna parte; porque, efectivamente, no se puede presumir que un mayor se obligue sin razón ni pretexto al pago de una cierta cantidad; y si la causa de la obligación no se halla expresa es sin duda porque las partes tenían razones particulares para omitirla». Así, por evolución muy curiosa, nuestra antigua jurisprudencia, rompiendo con una tradición de muchos siglos, se apartó de los autores y admitió la validez de la promesa sin causa.

Sin embargo quedó cierta desconfianza con relación a estas

funto, al que había sucedido. El heredero se negaba, alegando las Leyes romanas que anulan las promesas sin causa. Pero fué condenado a pagar, «y el primer presidente de Thou, después de haber pronunciado su condena, advirtió al abogado defensor que no convenía detenerse en las sutilidades del Derecho romano, sino considerar la calidad y la manera de expresarse las personas que hacían semejantes títulos».

En los siglos XVII y XVIII hay numerosas sentencias que admiten la validez; sentencias de 4 de Marzo de 1659 y 16 de Mayo de 1664, citadas por Merlín. Cuest. de derecho. V. *Causas de las obligaciones*; *Jal des audiences du Parlement*. T. I, l. 10, cap. 10, p. 771; T. II, l. 3, cap. 31, p. 287.

El nuevo Denisart, *V.º Billets*, § 1, hace mención también de varias sentencias que reconocen la validez de los títulos no causados.

En cuanto a la sentencia de 16 de Mayo de 1664, la cuestión, dice el *Diario de las Audiencias*, se reducía, a saber: si era válida una promesa concebida en estos términos; «el infrascrito promete pagar a Mlle. Bataille la cantidad de 300 liras en seis meses»..... Y porque no tenía causa se la combatió con textos jurídicos y con sentencias de la jurisprudencia. Sin embargo, el deudor fué condenado a pagar el contenido de su promesa. Afirmándose por la V.ve Bataille que la cantidad se le debía justamente. Cons. Augeard I, p. 908, ed. de 1756 bis, Brillón. V. *Título sin causa*.

El abogado general Denain decía ante el Parlamento de París en 1706 que se estaba civilmente obligado independientemente del defecto de expresión de la causa.

Sin embargo, Ferriere dice sobre el art. 107 de la Corte de París que los Parlamentos se reservaban la facultad de apreciación de las circunstancias del proceso. Ampliaban la promesa si había lugar a creer que se había hecho por causa ilegítima o sin causa.

obligaciones, desconfianza que se manifiesta en la Ordenanza de Marzo de 1673 por lo que respecta al comercio. El art. 1.º del tít. V de esta Ordenanza, enumerando los requisitos que deben figurar en la letra de cambio, exige que se indique si el valor se recibió en dinero, mercancías u otros efectos. Es preciso que el signatario o librador haga mención de la causa de su obligación para con el tercer beneficiario. El Código de Comercio mantuvo la necesidad de esta indicación, que ha venido a suprimir, como acabamos de decir, la Ley de 8 de Febrero de 1922.

170. 3.º *El art. 1.132 del Código civil* [1]. *Dificultades suscitadas por este texto. Su verdadera significación. La jurisprudencia.*—Los redactores del Código civil rechazaron también el sistema tradicionalmente admitido por los autores, y siguiendo el ejemplo de la jurisprudencia de los Parlamentos, proclamaron la validez de la obligación abstracta en el art. 1.132: «El contrato es válido aunque no se haya expresado la causa» [2].

El sentido del artículo está suficientemente precisado, tanto por sus términos como por el estudio histórico que precede. Los redactores del Código civil adoptaron pura y simplemente la solución que había triunfado en la jurisprudencia, y la expresaron en una fórmula que no se presta a ninguna equivocación. Sus declaraciones en los trabajos preparatorios demuestran que quisieron consagrar la solución adoptada por la jurisprudencia anterior, es decir, proclamar la validez de la obligación sin causa. «Un ciudadano, dice Bigot de Preameneu, reconoce deber una cantidad sin enunciar la causa de su deuda; su *obligación es válida* porque la declaración de que él debe hace presumir que existe una causa; la voluntad de obligarse ha debido apoyarse sobre un motivo. Pero si no la hay, se admite la prueba para hacer cesar la presunción» [3]. Portolés aña-

1 Cons. Alexandresco, *Du billet non causé.* París. 1912.

2 La mayor parte de los comentaristas reprochan al art. 1.132 su mala redacción, y presentan su sentido interpretativo. (V. Mourlón, *Repeticiones escritas sobre el C. c.*, T. II, n. 1.106; Demante y Colmet de Santerre. T. V, n. 48 bis; Timbal, p. 636.)

En cambio ¿no son ellos los que han acumulado la obscuridad alrededor de esta disposición tan sencilla?

3 Locré. T. XII, ps. 138 y 139, p. 325.

de que un abogado general del Parlamento estableció con razón el principio de que la confesión del mayor de edad es causa suficiente [1].

Así el art. 1.132 consagra la validez de la obligación abstracta y dispensa por lo mismo al acreedor de probar la causa de esta obligación.

La interpretación que hacemos del art. 1.132, fundándonos en datos precedentes, ha sido adoptada también por Aubry et Rau [2], quienes sostienen que este texto tiene aplicación a la misma obligación y no al acto instrumental que la comprueba.

Pero no es esta la opinión de otros comentaristas. Según ellos la palabra convención sólo puede referirse al *instrumentum* y no al acuerdo de voluntades, porque según ellos no se concibe la existencia de una obligación sin causa. Ya hicimos justicia a esta objeción. La escritura, como dijimos, es la fiel reproducción del contenido del acuerdo, y si no hace mención de la causa, es porque los contratantes no han querido que formase parte de su acuerdo, es que el deudor consintió en desdoblar su voluntad y obligarse, sin tener en cuenta el fin apetecido [3].

1 Locré. T. XII, p. 139.

2 T. IV, § 345, nota 20.

3 El error de los comentaristas en la interpretación del art. 1.132 se deriva de que no consideran la promesa de pagar pudiendo constituir una obligación nueva, distinta de la que ligaba antes al promitente. Según ellos, no hay más que una obligación, la nacida del acto jurídico anterior a la promesa de pagar. En cuanto a ésta se confunde con el *instrumentum*; no es ni puede ser más que una escritura.

Pero ya demostramos la inexactitud de este punto de vista en el capítulo I. ns. 29 y s. Además se destaca claramente en el caso de documento firmado en virtud de una obligación natural preexistente. Aquí está claro que el documento sin causa, atestigua una obligación nueva, no causada. Y lo mismo sucede cuando las partes quieren reemplazar una deuda antigua por una nueva, o hacer una liberalidad.

La jurisprudencia percibió bien la distinción desdeñada por los autores. Así tiene resuelto en varias ocasiones que la suscripción de un documento firmado por el jugador desafortunado en provecho del ganancioso constituye *una promesa de pago*, que como la deuda primitiva está sometida a la excepción del juego. (Civ. 18 Abril 1854. *Hallez* D. P. 54. 1. 180, 1. 54. 1. 313; 4 Diciembre 1854. *Vacqué* D. P. 54. 1. 413. S. 54. 1. 763; Argers 24

Añadamos que resulta completamente excepcional que el Código civil emplee la palabra convención en el sentido de escritura. Sólo tiene lugar esto una vez en el art. 1.567, donde se toma la palabra contrato como sinónima de escritura [1]. Finalmente la construcción gramatical del art. 1.734 prueba que la palabra convención se emplea aquí en su significación usual. Como observan Aubry et Rau, si los redactores del Código hubieran empleado la palabra *convención* como sinónima de *escritura* habrían redactado de otra manera su frase, hubieran dicho: «La convención no deja de ser válida, aunque *en ella* no se exprese la causa» y no como lo hacen aunque la causa no se exprese [2].

171. Una vez orientados en esta falsa dirección los intérpretes se propusieron si el acreedor, portador de título semejante, está dispensado de probar su derecho de crédito. Y aplicando las reglas de la prueba llegaron lógicamente a responder nega-

Agosto 1865; Frignon D. P. 66. 2. 211. S. 67. 2. 86; Civ. 27 Abril 1870; *D'Escrivan c. V. Lauger* D. P. 70. 1. 258.

1 Citamos también el art. 931 del Código civil, que dice que todos los actos que impliquen donación deben autorizarse por Notarios *en la forma ordinaria de los contratos*. Pero nos parece evidente que este artículo emplea una fórmula elíptica y quiere decir: «en la forma ordinaria con que se verifica en los contratos».

2 En el proyecto primitivo el art. 1.132 contenía dos parágrafos: «La causa ilícita anula la convención.—La convención no deja de ser válida aunque la causa de ella no se exprese». Ahora bien, el Tribunal de apelación de Grenoble presenta a esta redacción las observaciones siguientes: «Es preciso, dice, poner *nula* en lugar de *válida*, en el segundo parágrafo, porque se trata en este artículo de convenciones cuya causa es ilícita, y a las que el pronombre *en* hace referencia. Si los autores del proyecto hubieran tenido intención de presentar una disposición relativa a los contratos en que se omitiera la causa, habrían podida decir; «Una convención es *válida* aunque la causa no se haya expresado en ella; pero como se ve este principio hubiera sido muy peligroso», Fenet, T. III, p. 558.

A consecuencia de estas observaciones, los redactores del Código dividieron el texto primitivo en dos artículos, el uno (art. 1.131 actual) enunciando la nulidad de la obligación sin causa o con causa ilícita; el otro proclamando la validez de la convención cuya causa no se expresa, y a pesar de la observación hecha por el Tribunal de apelación de Grenobles, conservaron la preposición *en*.

tivamente [1], porque quien quiera que invoque un crédito debe probar el hecho jurídico, contrato, delito, etc., que le dió origen. Es necesario que el acreedor portador de una escritura muda sobre este punto, supla al silencio de su título y complete la prueba de su derecho.

Pero sea lo lógica que se quiera, semejante solución está mal avenida con los términos del art. 1.132, porque viene a enseñar que el título sin causa no surte efectos jurídicos [2].

Por lo mismo ha sido abandonada por los tratadistas; y los autores modernos reconocen que el título no causado, hace prueba plena del crédito que atestigua, y que al deudor toca probar que la deuda no existe o que tiene causa ilícita [3].

Pero no llegan a justificar esta derogación de las reglas de prueba. Se reducen a decir: que el título sin causa constituye una confesión del deudor (pero de lo que se trata precisamente es de saber si esta confesión incompleta hace prueba de la deuda), o que la ley establece una presunción en favor del acreedor (que es una afirmación y no una demostración).

1 Tal es en efecto la opinión de los primeros comentaristas del Código: Delvincourt, T. II, p. 471; Duranton, T. X, núm. 155; Dalloz, *Jur. gen. v.° Obligat.* núms. 517 y s. y la que defiende Timbal en su tesis, p. 336, y que apoya en una muy sólida argumentación. V. también la nota de Devilleneuve. S. 49. 1. 113. V. finalmente, en el mismo sentido Alexandresco, tesis citada. p. 97 y s.

2 Sin embargo, no es así; el título sin causa serviría siempre de principio de prueba por escrito y permitiría el empleo de la prueba de testigos o de simples presunciones.

3 Algunos autores (V. Aubry et Rau, 5.ª ed., T. IV, § 345, p. 559) han aceptado la distinción propuesta por el Derecho antiguo entre el caso en que el título emplea las palabras: «Yo prometo pagar», y aquel otro en que se dice: «Reconozco deber». Según ellos, la fórmula primera no dispensaría al acreedor de la obligación de probar, mientras que en el segundo la prueba incumbiría al deudor, porque reconocer una deuda es confesar que se es deudor en virtud de un acto anterior.

Es muy curioso que Aubry et Rau, únicos entre los intérpretes del Código que admiten que el art. 1.132 se refiere a la convención, no hayan obtenido la conclusión lógica que se deduce, a saber: la dispensa de prueba en favor del acreedor. Y por eso desde que se reconoce la validez de la promesa sin causa, es evidente que el acreedor no tiene por qué probar la suya.

Verdaderamente, si se admite con los comentaristas del Código, que el art. 1.132 se refiere únicamente a la escritura, debe necesariamente concluirse que el acreedor está obligado a probar el hecho generador del derecho enunciado en el título. Si, por el contrario, se reconoce que este texto consagra la validez de la promesa sin causa, no tiene lugar la cuestión controvertida. El deudor que se obliga en estas condiciones, queda bien obligado, a no ser que pruebe lo contrario.

172. *La jurisprudencia.*—A juzgar por las numerosas resoluciones aducidas en las Colecciones de la jurisprudencia relativas a este género de títulos, se puede decir que el empleo de título sin causa es muy frecuente en la práctica. En lo que concierne a la prueba de la causa, los Tribunales establecen que el art. 1.132 dispensa al acreedor de aportarla [1], e impone al deudor la obligación de demostrar que el título suscrito por él no tiene causa, o la tiene ilícita [2].

1 *Nota del Traductor:* En técnica legal española, se presume que existe la causa y que es lícita, mientras no se demuestre lo contrario; cuya prueba corresponde al deudor, en conformidad con el principio de prueba de las obligaciones contenido en el art. 1.214 del C. c. y con la doctrina sobre el consentimiento, que, según el art. 1.262, se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

2 Rennes 24 Agosto 1816; Civ. 9 Enero 1822; Lieja 11 Febrero 1824; Bourges 12 Febrero 1825; S. chr.; Agen 3 Julio 1830. *Carrere c. herit. Birace*, S. 32. 2. 575; Civ. 16 Agosto 1848. *Chardon c. Laurier*, D. P. 48. 1. 193. S. 49. 1. 114; Nimes 17 Diciembre 1849. *Martin c. Verdier*, D. P. 52. 2. 69. S. 50. 2. 118; Req. 9 Febrero 1864. *Roland c. hèrit. Rey*, D. P. 64. 1. 211. S. 64. 1. 107; 28 Octubre 1885. *Baranés c. Ben Simón*, D. P. 36. 1. 69. S. 86. 1. 200; Bruselas 5 Junio 1889, Pas. 89. 3. 283; 20 Junio 1893, D. P. 94. 2. 243. Trib. civ. Charolles, 30 Noviembre 1893, D. P. 94. 2. 126, y Dijon 3 Diciembre 1894, D. P. 95. 2. 2. 37; Civ. 25 Febrero 1896. *Bocher c. Seilliere*, D. P, 96. 1. 199, S. 96. 1. 280; Burdeos 23 Febrero 1896, *A. Poumeau c. Dupuy et Grenier*, D. P. 97. 2. 316; Civ. 21 Marzo 1898, *sol. impl. Amet c. Cons. Tisserand*, D. P. 03. 1. 403. S. 98. 1. 513; Bourges 12 Noviembre 1900. *Vve. Marchais c. ep. Dumais*, S. 01. 2. 39; Req. 17 Julio 1906, *Comm de Nolay c. Buss*, D. P. 10. 1. 286; Civ. 22 Enero 1913; *Dellac c. Vve. Delieux*, D. P. 13. 1. 144, S. 13. 1. 79; París 27 Dic. 1919, *Cons. Durand. de Beauregard c. Pietrasanta.* Gaz. Pal., 21. Enero 1920.

Títulos al portador sin causa: Riom 17 Diciembre 1844, *Cavy. c. Andrieu*, S. 45. 2. 219; París 22 Mayo 1885, *Denis c. Huchard*, S. 96. 2. 151; Agen

Y en este punto la jurisprudencia moderna es más severa para con el deudor que la de nuestros Parlamentos. Efectivamente, Ferriere nos dice (sobre el art. 107 de la Cost. de París) que los Parlamentos se reservaban la facultad de apreciación de las circunstancias del proceso. En cambio nuestros Tribunales, coartados por la fórmula imperativa del art. 1.132, no gozan de esta facultad. Declaran la validez de la obligación, aun en el caso, que se da muy a menudo, de que las circunstancias de hecho sean desfavorables al acreedor y permitan presumir que la causa falte o sea ilícita o inmoral. Se condena al deudor, a no ser que pruebe la no existencia o la nulidad de su deuda [1].

En resumen, aunque los autores durante largo tiempo ha-

1 Junio 1904, D. P. 07. 2. 53; Bourges 1 Junio 1910; *Lhoste c. Bazot-Lamour*, D. P. 12, 2. 24. S. 102. 305; Limoges 21 Octubre 1910, *Garnier et Fusch c. Montagnac*, D. P. 12. 2. 347.

1 En la práctica, las partes emplean indistintamente las expresiones: «Yo prometo pagar»; «yo me reconozco deudor». Varias resoluciones de la jurisprudencia, volviendo a la distinción propuesta por algunos autores entre estas dos fórmulas, admitieron que la causa de la obligación se deducía suficientemente de las palabras: «me reconozco deudor». Nimes 8 Marzo 1820, *Dumazel c. Vergéze S. chr*, D. J. G. Oblig. 519. Civil 9 Enero 1822. *Ladreyt. S. chr.*; 29 Agosto 1831, *Petit c. Bruyéres*, D. J. Oblig. 519. S. 31. 1. 410; Nancy 25 Abril 1833, *Petit c. Bruyeres*, S. 35. 2. 56, D. J. G. *Oblig.* 5051; Req. 25 Julio 1876. *Domotte*, D. P. 78. 1. 123, S. 78. 1. 291. Pero hoy los Tribunales rechazan esta opinión e imponen en todos los casos la prueba al deudor.

Sin embargo, el empleo de una o de otra de las dos fórmulas «yo prometo pagar», «yo me reconozco deudor», no es indiferente tratándose de donaciones, es decir, cuando se prueba que con la suscripción del documento se ha querido gratificar al acreedor. Si el documento lleva las palabras «me reconozco deudor» o «pagaré tal suma de la que soy deudor», reviste la apariencia de un reconocimiento de deuda, es decir, de un acto a título oneroso, y la donación que dispensa es válida. Si, en cambio, el donante dice: «yo prometo pagar», con ello no se disimula su intención liberal, porque la fórmula empleada no permite asegurar si la promesa acredita una deuda o una donación. Por consiguiente, es nula la donación como tal, por no haberse observado las fórmulas prescritas por el art. 931 C. c. V. Req. 6 Diciembre 1854. *Coste Foron c. Bégot Béolet*, D. P. 54. 1. 411, S. 54. 1. 801; Civ. 11 Julio 1888, *Malapert c. Devaux et Pauly*, D. P. 89. 1. 479, S. 88. 1. 409.

Esta distinción tan sutil ya no es sostenible.

yan denegado toda fuerza obligatoria a la promesa, que no va acompañada de causa, la práctica de firmar documentos sin causa, no por eso dejó de emplearse. En vista de ello, la jurisprudencia [1] acabó por admitir la validez de estos documentos y por decidir que el deudor no podía oponerse a sus efectos más que a condición de probar que su obligación no tenía causa o la tenía ilícita, y el Código civil adoptó a su vez la misma solución.

Puede, pues, afirmarse que la promesa abstracta es válida en nuestro Derecho, como lo era en el Derecho romano. Pero con esta diferencia, que en Roma la promesa abstracta debía verificarse en forma de estipulación, mientras que en nuestro Derecho actual esta promesa es válida independientemente de toda forma, y más aún, de todo acto escrito. Si en ausencia de escritura el acreedor está en situación de probar la promesa del deudor (por ejemplo, se trata de una promesa de pagar una cantidad que no excede de 150 frs., y que ha tenido lugar ante testigos, o bien, la suma prometida es superior a esta cifra, pero el acreedor puede alegar un principio de prueba por escrito), tiene entonces derecho a exigir en justicia el cumplimiento de esta obligación sin tener que demostrar otra cosa sino la promesa. Tocará al deudor que sostenga haberse obligado sin causa aportar el fundamento de tal pretensión.

Esta hipótesis de promesa abstracta, no reducida a escritura, no se da nunca en la práctica. El acreedor que exige a su deudor obligarse para con él, de modo anormal, aunque frecuente, le exige también reducir el acto a escritura, cosa que le es necesaria para probar su derecho. Y para que produzca el efecto probatorio esta escritura, basta que se acomode a las prescripciones del art. 1.326 C. c.

173. IV. *Derecho comparado. — La obligación abstracta en Derecho alemán* [2] *y en el suizo.*—Las explicaciones precedentes

1 *Nota del Traductor:* La jurisprudencia española ha dejado sentado, en resolución de 10 de Diciembre de 1904, que «desconocer la causa uno de los contratantes, no significa que no existiera»; y en sentencias de 26 de Enero y 9 de Marzo de 1900, que «el que sostiene que ciertas ventas fueron anuladas en perjuicio de tercero, ha de probarlo».

2 Cons., Saleilles, *Oblig.*, ns. 260 a 267, 2.ª y 3.ª ed., p. 286 y s.

requieren para ser completadas una exposición sumaria de las discusiones que esta cuestión de la promesa abstracta ha suscitado en Alemania y en Suiza, y de las soluciones admitidas por los Códigos de estos dos países.

Después de la aceptación del Derecho romano en Alemania, el Derecho común alemán conservó la distinción establecida por la *Constitución* de Justiniano (supra, n. 44), entre *cautio discreta* y *cautio indiscreta*, y los autores, generalizando la regla admitida por el Derecho romano en materia de préstamos, concluyeron que la promesa abstracta y el reconocimiento abstracto de deuda no producían ningún efecto jurídico, no constituían una obligación nueva del deudor y no modificaban en nada su situación anterior; de suerte que el acreedor estaba obligado a probar el acto jurídico origen de su crédito. Se fundaba esta tesis en el hecho de desaparición del contrato formal de la estipulación. En Roma, se decía, solamente era válida la promesa abstracta cuando había encajado en el molde de la estipulación; la pronunciación de palabras solemnes era lo que obligaba al deudor y dispensaba de inquirir la causa de su obligación. Pero desaparecida esta convención formalista, no puede discutirse acerca de la validez de la promesa abstracta, pues sólo se concibe ésta cuando aquélla haya sido encuadrada en una fórmula solemne. Este razonamiento, que no contenía más que una simple afirmación, sin prueba, se tuvo por decisivo durante mucho tiempo, y hasta la segunda mitad del siglo XIX no se reconoció su vacuidad. La práctica es la que abrió el camino a la doctrina [1]. En materia comercial se adoptó en seguida la noción de promesa abstracta. Todos los autores, aun los defensores de la doctrina tradicional, admitían en efecto que había lugar a reconocer la validez de la obligación asumida por el signatario de una letra de cambio, en la cual, dentro de la técnica alemana, no se hace mención de la causa de la obligación del librador para con el beneficiario. Esta excepción se justificaba además fácilmente, porque en la concepción germánica, la letra de cambio es un contrato *formal* que deriva su fuerza del empleo de la fórmula legal, tanto, que en ella se ve el equivalente de la estipulación romana.

1 *Windscheid Pandekten*, T. II, § 412. b, nota 2.

En lo civil se comenzó por admitir que la rendición de cuentas constituía por sí misma una base suficiente de obligación, y que el reconocimiento de deuda hecho en su virtud era válido, si bien la simple indicación de un reglamento de cuentas no constituye, propiamente hablando, una nueva causa jurídica de la obligación [1].

Pero, ¿era preciso, fuera de estos dos casos excepcionales, destruir la solución tradicional y conceder fuerza legal a toda promesa abstracta de pago? La cuestión se resolvió afirmativamente en el noveno Congreso de jurisconsultos alemanes en 1871 [2], merced a la influencia de Ihering.

La cuestión se planteó de nuevo al tiempo de la redacción del Código civil. En los trabajos preparatorios en el Reichstag, de un modo especial, se combatió este modo de obligarse. La práctica, decían sus adversarios, prueba que el empleo de un título sin causa es peligroso para el deudor inexperto, colocado frente a un acreedor hábil en artimañas. El usurero, por ejemplo, para evitar cualquier impugnación ulterior, impondrá al prestatario la obligación de firmarle una promesa de este género; lo mismo hará el acreedor que sospeche de que los herederos del deudor van a contradecir la deuda del causante. Finalmente, tal modo de obligarse puede servir para encubrir un fraude de la ley. Por esto se pedía que no se admitiese la promesa abstracta más que en dos casos: el de rendición de cuentas y el de la transacción; porque sólo en tales dos casos está verdaderamente justificado su empleo. Pero esta opinión no triunfó. Se contestó que las partes tienen a menudo interés grande en consolidar de una manera definitiva sus relaciones jurídicas obligatorias por actos que estarán garantidos contra toda dificultad de prueba y todo riesgo de contradicción, procedentes de sus relaciones anteriores; y para conseguir este resultado, para excluir toda vuelta al fundamento inicial de su obligación, es preciso que el deudor contraiga para con el acreedor una promesa de pagar, sin mencionar su causa. ¿Por qué coartar su libertad?

1 V. *Windscheid, ob.* y *lug. citados.*

2 V. Bufnoir, *Boletín de la Soc. de legisl. com.*, 1871-1872, ps. 178-179; *Rev. de Derech. intern.* Asser y Rivier., 1872, ps. 180, 1.874; ps. 327, 328.

La promesa abstracta presta grandes servicios en lo comercial; es menester permitirla también en lo civil.

El art. 780 del Código civil alemán ha dado una satisfacción a los defensores de la obligación abstracta; proclama su validez siempre que la promesa tenga por objeto una suma de dinero, que es lo ordinario, o una prestación cualquiera. Pero exige como condición para la validez la redacción de escritura, a fin de proteger a personas inexpertas contra el peligro que pueda ocultar tal obligación [1].

El Código civil alemán ha asimilado el reconocimiento abstracto a la promesa abstracta de deuda [2]. El reconocimiento abstracto no es, en efecto, más que una variante de esta última. Es un contrato por el que un individuo se reconoce deudor con intención de obligarse para con su acreedor, haciendo abstracción de la relación jurídica que engendró su deuda. El acuerdo de dos voluntades crea, pues, una nueva obligación al lado de la antigua [3].

1 «Art. 780, B. G. B.: Para la validez del contrato en cuya virtud se promete una prestación, de tal modo que la promesa deba fundar por sí misma la obligación, es menester la redacción de un escrito en los casos al menos en que la ley no prescribe otra forma». La escritura no es necesaria cuando la promesa tiene por causa una rendición de cuentas o una transacción. Se temió que la necesidad de redactar un escrito, pusiera trabas a las liquidaciones y rendiciones. Se dispensa también de escritura cuando la promesa emana de un comerciante (art. 350, H. G. B.)

2 Art. 781: «Para la validez del contrato en que se confiese la existencia de una obligación, es preciso que se haga por escrito un reconocimiento de la deuda.»

3 El reconocimiento de deuda puede además presentarse en forma de acto unilateral destinado simplemente a servir de prueba a la obligación que pesa sobre el deudor. Tal es el reconocimiento de deuda hecho para interrumpir la prescripción extintiva. En este caso no produce una nueva obligación.

¿Por qué distinguió el Código alemán el reconocimiento contractual de la promesa de deuda? ¿No son en el fondo la misma cosa? Decir «me reconozco deudor de 1.000 francos», o decir «yo prometo pagar 1.000 francos», ¿no es acaso lo mismo? Ciertamente. Si el Código creyó que debía dedicar un artículo especial al reconocimiento abstracto, es porque los escritores defendían que un reconocimiento de deuda, siendo solamente una confesión de la existencia de la deuda, no puede modificar la situación del que la hace, ni desplazar el peso de la prueba en provecho del acreedor.

174. El libro V del Código civil suizo, dedicado a las obligaciones, siguió en esta materia las decisiones adoptadas por el Código civil alemán, pero simplificándolas, pues no exige la redacción de escritura, y no separa tampoco la promesa del reconocimiento de deuda. Hace empleo únicamente de esta última expresión, que toma como sinónima de la primera. «El reconocimiento de una deuda, dice el art. 17, es válido aunque no enuncie la naturaleza de la obligación» [1].

¿Cuál es el efecto jurídico que produce en ambas legislaciones la promesa abstracta? El promitente está ligado por su promesa, no tiene más que un medio de defensa: probar el enriquecimiento sin causa del acreedor, que equivale a demostrar la ausencia de causa de su promesa, o su carácter ilícito o inmoral. Es preciso notar que el promitente puede invocar estas acciones, no sólo contra el acreedor, sino contra cualquier cesionario del crédito, porque conserva el derecho de oponer al cesionario las excepciones en su favor hasta el día de la cesión. (Art. 404, B. G. B. [2].)

Así, pues, sería un grande error creer que en Derecho alemán y suizo la obligación abstracta posee como consecuencia, fuerza absoluta en provecho de los terceros cesionarios. Estos no tienen más derechos que su autor tenía.

En resumen, como se ve, el art. 1.132 de nuestro Código civil, tal como lo hemos interpretado fundándonos en la historia, es el precedente exacto de los arts. 780, 781 del Código civil alemán y del art. 17 del Código civil suizo de las obligaciones. Entre el régimen alemán por una parte y el de nuestro Código civil y el del Derecho suizo por otra, no hay más

1 V. el coment. de este artículo por Oser, *Obligationenrecht.*

2 La misma solución en el Derecho suizo. Sin embargo, el proyecto de 1904 contenía una disposición contraria; establecía que el deudor no podía oponer excepciones al tercero de buena fe que posee un reconocimiento de deuda escrita. Pero esta disposición no se reprodujo en el texto definitivo. Las excepciones sacadas de la inexistencia o de la imperfección del acto originario, son oponibles a los terceros cesionarios, lo mismo que al acreedor. Algo distinto sucede con la *exception de simulación*, que no puede oponerse al tercero de buena fe, que ha llegado a ser acreedor por un reconocimiento escrito de deuda. (Art. 18. 2 p.)

que una diferencia, consistente en que el primero somete la validez de la promesa abstracta a la redacción de escritura. Pero esta diferencia entre nuestro Derecho y el Derecho alemán, se halla singularmente atenuada en la práctica por nuestro artículo 1.341.

En efecto, siempre que el objeto de promesa sobrepase la cantidad de 150 francos, el acreedor no dejará de exigir escritura a su deudor; de lo contrario no podrá probar su derecho, y mucho menos el carácter abstracto del mismo. Porque aun suponiendo que hubo un principio de prueba por escrito, le sería casi siempre imposible probar la obligación ni determinar su causa, es decir, demostrar que el deudor consintió en obligarse abstractamente [1].

Derecho italiano.—La doctrina italiana interpreta ordinariamente el art. 1.132, reproducido por los arts. 1.120 y el 1.121 del Código civil italiano, como lo hace la doctrina francesa. Declara también que en nuestro Derecho actual no existen contratos abstractos [2]. Pero esta opinión la contradicen algunos autores, especialmente M. de Ruggiero en sus excelentes *Instituzioni di diritto civile.* T. II. § 82, p. 299 [3].

1 MM. Bufnoir. *Propiedad y Contrato*, p. 589, y Saleilles, *Obligación*, núm. 266. 2.ª 3.ª ed., p. 297, pretenden que existe otra diferencia entre el sistema alemán y el de nuestro art. 1.132. El art. 1.132, dicen, no hace más que retorcer la prueba. El Derecho alemán va más lejos en el sentido de que el deudor nada puede alegar para liberarse, si no es el enriquecimiento injusto del acreedor (art. 812 y s. B. G. B). Ahora bien, el enriquecimiento injusto supone un pago o una obligación asumidos por error.

Si, pues, dicen, un individuo suscribió cierto título abstracto sabiendo que no debía nada, pero para cumplir una obligación de conciencia, en Derecho alemán no podrá intentar la *condictio*, mientras que en Derecho francés tendría todavía el recurso de probar la falta de causa. Pero esta aserción carece de fundamento, porque según nuestra jurisprudencia, el deber de conciencia constituye una obligación moral, causa suficiente de la promesa.

2 V. *Enciclopedia giurídica.* v.° Causa n. 27. Artículo de M. Barassi; Ferrara, *Negozio giuridico illicito*, p. 301: Chironi, *Questioni di Diritto civile*, p. 136. Este último declara que, no siendo en el cambio, no existe obligación abstracta, y que falta entre nosotros la categoría de actos formales.

3 V. también Messino, *Contributo alla dottrina della confusione.*

SECCION TERCERA

De los casos en que la obligación es válida, sin que haya necesidad de inquirir cuál es su causa.

175. Hemos dicho en el cap. I, n.º 9, que hay casos en que la promesa de pagar se verifica en tales condiciones, que el acreedor a quien va dirigida ignora la causa que determinó al deudor a obligarse en su favor. Esta causa reside efectivamente en otra relación jurídica existente entre el promitente y un tercero siendo el acreedor extraño a ella, ignorando su razón de ser, sus modalidades. Se deduce, por consiguiente, que la obligación asumida en su favor es independiente de la causa. En otros términos, el fin que persigue el deudor obligándose, no forma parte de su manifestación de voluntad; ésta sólo comprende el consentimiento, es decir, el hecho de obligarse. Se da entonces. propiamente hablando, obligación abstracta o separada de su causa, y aunque no tuviere causa, o fuera ilícita la obligación, no por eso dejaría de producir su efecto [1]. Esto sucede en las tres situaciones siguientes:

§ 1. Obligación del delegado para con el delegatario.
§ 2. Obligación del fiador para con el acreedor.
§ 3. Obligación del firmante de un título negociable.

§ 1.—*Obligación del delegado para con el delegatario.*

I. Campo de aplicación de la delegación. Significación amplia que los autores modernos dan a esta palabra. Abandono de la distinción entre *delegación* y *rescripción* que hacían nuestros antiguos escritores.—II. Causa de la obligación del delegado para con el delegatario. Carácter abstracto de esta obligación. Sistema doctrinal. Distinción entre la delegación perfecta y la imperfecta. Sistema de la jurisprudencia.—III. Relación de la obligación con la aceptación por el deudor de la cesión del crédito. Art. 1.295, 1. p. Su razón de ser. Su origen. Insuficiencia de la explicación que dan los intérpretes. Verdadero sentido Consecuencia que se deriva.—IV. Comparación de la delegación imperfecta con la estipulación por otro.—V. Derecho comparado.

176. I. *Campo de aplicación de la delegación.*—Los autores modernos franceses dan a la palabra *delegación* un significado

1 Cons. Duez., *El renacimiento del acto abstracto en las obligaciones.* Tesis, Lille, 1914.

mucho más amplio que nuestro antiguo Derecho. Se designa, en efecto, con este nombre toda operación en virtud de la cual una persona (delegado) hace o se obliga a hacer una prestación a otra (delegatario) por orden de un tercero (delegante).

Ahora bien, esta operación es realizable bien por personas entre las cuales no haya ninguna relación jurídica anterior, bien entre acreedores y deudores, y en este último caso puede, según la voluntad de las partes, producir o no efecto novatorio [1].

No existiendo relación jurídica anterior entre los interesados, es decir, cuando el delegante no es ni deudor del delegatario ni acreedor del delegado, éste se obliga o *animo credendi*, es decir, con miras al crédito que adquirirá contra el delegante por efecto de su obligación, o *animo donandi*, para gratificar al delegante. Y por su parte el delegante contrata también, *animo credendi*, por adquirir un crédito contra el delegatario, o *animo donandi*.

La carta de crédito que un banquero delegante entrega a uno de sus clientes al salir de viaje (delegatario), y en virtud de la cual encarga a sus corresponsales en las ciudades por

1 Sobre la deleg. cons., Ambrosio Colin y Capitant, *ob. cit.*, 3.ª ed. t. II, p. 109 y s.; Hubert, Tesis, Poitiers, 1899. En Derecho romano la delegación podía también tener lugar no sólo entre personas obligadas unas para con otras, sino entre personas a las que no unía ninguna relación jurídica. Recibió aplicaciones múltiples en Roma, y estuvo muy en uso. «Se hacía a menudo por el intermediario de un banquero. Permitía a los comerciantes verificar pagos, préstamos y estipulaciones por todas partes en que tenían corresponsales. Gracias a la delegación se suprimieron los inconvenientes de las reglas que excluían la representación o la promesa entre ausentes, las cuales no permitían ceder directamente los créditos». Cuq., *Manual*, páginas 620, 621.

Esta concepción tan vasta de la delegación, no parece haber sido de los redactores del Código civil. El art. 1.275, que trata de ella, nos da en efecto una idea mucho más restringida: «Por la delegación un deudor crea otro deudor que se obliga para con el acreedor»... Así, pues, para los redactores del Código la delegación supone una doble relación de derecho preexistente. Además, nuestros escritores antiguos, especialmente Pothier, como diremos después, comprendieron la delegación de este modo restringido. Y aun más, para Pothier, la delegación no era más que una variedad de la novación. (V. infra, n. 177.)

donde pasará el viajero, que le entreguen las sumas de que tenga necesidad, es un ejemplo de este género de delegación.

Las más de las veces la causa que determina al delegado a obligarse para con el delegatario, es el hecho de ser a su vez deudor del delegante. A menudo también el delegante es deudor del delegatario, y da orden a su deudor, el delegado, de obligarse para con el delegatario, a fin de llegar por este camino a extinguir su deuda [1]. Por ejemplo: Primus debe 10.000 fr. a Tertius, y, por otra parte, ha vendido un inmueble a Secundus. Primus (delegante) encarga a Secundus pagar 10.000 fr. a Tertius (delegatario).

Cuando esto pasa, la delegación puede, según la voluntad de las partes, producir inmediatamente efecto novatorio, es decir, extinguir la deuda existente entre el delegante y el delegatario, y así la del delegado para con el delegante, y sustituir la nueva deuda nacida de la obligación del delegado con el delegatario. Se dice entonces en el lenguaje doctrinal que existe una *delegación perfecta*.

Según el art. 1.275, este efecto novatorio tan sólo tiene lugar cuando el delegatario declaró expresamente que tiene intención de liberar a su deudor, es decir, al delegante.

Pero este caso difícilmente se da en la práctica, sencillamente porque «el acreedor delegatario no renunciará con gusto a su crédito contra el delegante, único de los dos obligados que quizá conozca, y que le ofrezca, por consiguiente, garantías de solvencia. Quiere sí la novación del deudor para evitar los transportes inútiles de valores y facilitar el pago, pero pretende también conservar su acción inicial».

Generalmente, el delegatario se niega a consentir esta novación, y no se produce la extinción de las obligaciones existentes entre el delegante y el delegatario por una parte y el de-

1 *Nota del Traductor:* Con el concurso de tres personas, cabe siempre la sustitución de un acreedor o deudor por otro, bien se conceptúe este acto jurídico como una transmisión, bien como la extinción convencional de una obligación entre dos partes, que lleva como consecuencia el nacimiento de otra entre uno de ellos y un nuevo acreedor o un nuevo deudor. El nacimiento de la segunda depende de la extinción de la primera, a la cual sirve también de causa.

legante y delegado por otra, sino en el momento en que el delegado paga al delegatario. Entonces se dice que existe *delegación imperfecta.*

177. A diferencia de la doctrina moderna, que ha vuelto pura y simplemente a la concepción romana, la técnica de nuestro antiguo Derecho tuvo una percepción mucho más exacta de las necesidades de la práctica jurídica. Efectivamente, creó al lado de la delegación propiamente dicha, cuyo campo de aplicación es bastante reducido, una institución vecina más flexible, y, por consiguiente, de aplicación más vasta, a la que se dió el nombre de *rescripción.*

Para nuestros antiguos escritores la delegación suponía un deudor (delegante) que da orden a un tercero (delegado) de pagar a un acreedor (delegatario) o de obligarse para con él. Y generalmente se referían al caso de delegación perfecta [1].

En cuanto a la rescripción, era una operación semejante a la anterior, pero susceptible de ocurrir en casos mucho más numerosos. Basta para darse cuenta de ella leer la definición que da Pothier [2]: «La rescripción, dice, es una carta en virtud de la cual yo mando a alguien que pague por mi cuenta a un tercero cierta cantidad».

Y añade que hay tres especies de rescripción:

1.ª Rescripción para pagar una deuda: Es la principal, dice, y se la llama *adsignatio.* 2.ª Rescripción en virtud de préstamo o de donación. 3.ª Cartas de crédito o letras en virtud de las cuales un comerciante o un banquero ordena a su corresponsal en otro lugar pagar a persona designada en la letra el dinero de que justifique tener necesidad.

Las letras de cambio, añade también Pothier, son también una especie de rescripción.

Se ve claramente el alcance de esta figura.

Así, pues, nuestra técnica antigua, delimitando estrecha-

1 V. Domat, *Leyes civiles*, 1.ª parte, l. 4.°, sec. 1.ª, ns. 1 y 7, y sec. 4.ª, preámbulo; Pothier. *Tratado de las obligaciones*, n. 600: «La delegación, dice este último, es una especie de novación en virtud de la cual el primer deudor, para quedar libre con su acreedor, busca una tercera persona, que, a su vez, se obliga en favor del acreedor o de la persona que éste indica».

2 *Tratado del contrato de cambio*, art. 3.°, ns. 225 al 226.

mente el campo de la delegación, supo crear al lado de ella una categoría distinta, muy práctica y muy útil, en que encajó una serie de operaciones civiles o mercantiles.

Es completamente censurable que nuestra doctrina moderna haya abandonado esta distinción conservada en las legislaciones suiza y alemana.

Hemos sufrido con esto una verdadera regresión, motivante de que muchos actos jurídicos, del comercio, carezcan actualmente de acoplamiento técnico. La naturaleza jurídica de la letra de cambio y del cheque, sin duda se habría determinado más fácilmente si se hubiese conservado la rescripción.

Sea de esto lo que quiera, los términos de «rescripción» y de «asignación» no se conservaron en la terminología moderna y en nuestra clasificación jurídica actual se desconocen estas operaciones [1]. No conoce más que la delegación, que ni es la misma figura, ni responde tampoco a las mismas necesidades [2].

Sería de gran interés concretar esta última en concepción más precisa y limitar su dominio al caso de obligarse una persona deudora de otra en favor del acreedor de ésta [3].

1 En su edición de las obras de Pothier, dice M. Bugnet a este propósito (T. IV, p. 572, nota 3): «Estas rescripciones no están ya en uso; estas clases de letras constituyen un simple mandato comercial, cuyos efectos deben apreciarse según las reglas ordinarias del mandato». Y, efectivamente, la doctrina moderna ve en la letra de cambio un pagaré a la orden, y en el cheque simples mandatos. Pero ya sabemos de lo que adolece esta concepción.

Es fácil demostrar que el asignatario no es un simple mandatario del asignante, porque recibe el dinero *propio nomine*. Además, cuando las obligaciones de las tres partes están relacionadas, el pago que hace el asignado al asignatario extingue las dos deudas existentes entre asignante y asignado, entre asignante y asignatario. Finalmente, el carácter abstracto de la obligación del asignado para con el asignatario, no puede explicarse por el mandato.

2 La prueba de esta laguna de nuestra técnica actual la tenemos en los esfuerzos que Thaller ha hecho para ensanchar el dominio de la delegación y explicar por ella una serie de operaciones de Derecho mercantil. Hablaremos después de esta tentativa.

3 La naturaleza jurídica de la delegación propiamente dicha, ha sido obscurecida por la práctica. Las actas notariales confunden casi siempre la cesión con la delegación, y dicen corrientemente: «El vendedor *cede* y *delega* el precio a tal persona.

Dejando a un lado la institución de la rescripción, volvamos a la delegación, tal como se entiende en nuestra doctrina moderna.

178. II. *Causa de la obligación del delegado para con el delegatario.*—¿Cuál es la causa de la obligación que el delegado contrae con el delegatario? Esta causa, como dijimos en el capítulo primero, es exterior al contrato que se forma entre estas dos personas; reside en la relación que une al delegado con el delegante, y no, como se dice comunmente, en la relación que el delegado puede ignorar. El delegado se obliga, en efecto, con el delegatario, ya para hacer una liberalidad al delegante, ya para prestarle un servicio, ya para concederle un préstamo, ya, en fin, porque es su deudor y se propone extinguir su deuda. Ahora bien, el delegatario no conoce ordinariamente el fin que se propone el delegado; para él es una cosa indiferente; no se preocupa más que de la obligación que el delegado contrae con él. Si analizamos el acuerdo de voluntades de los contratantes, nos encontraremos con la particularidad que el acreedor ignoró o puede ignorar la causa en virtud de la cual el deudor se obliga, porque la voluntad de obligarse de este último se halla aquí netamente separada de la causa que le dió origen. *Non facile scire petitor potest quid inter eum qui delegatus est et debitorem factum est, aut etiam si sciat, disimulare debet ese curiosus videatur. Et ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem ex persona debitoris* [1]. El fin perseguido no es un elemento constitutivo del acto de volición; queda dentro del campo psicológico [2].

Se deduce de esto, que la obligación del delegado para con el delegatario, es independiente de la causa. Así, pues, si el delegado se apercibe después de que no era deudor del delegante, ya porque su deuda nunca existió, ya porque estuviese tachada de nulidad, ya por faltar la causa al incumplir el delegante sus propias obligaciones para con el delegado, al que

1 Paulo, D. 46. 2. *de nov. et deleg.* 19.

2 A esto se debe que los autores confundan la causa de la obligación con el motivo. V. Demolombe, T. XXVIII, n. 327; Baudry Lacant. et Barde, *ob. cit.*, T. III, n. 1.751.

estaba unido en virtud de un contrato sinalagmático, el delegado no podrá oponer la falta de causa al delegatario. La obligación contraída por él para con este último, permanece válida aunque carezca de causa.

Las consideraciones de orden económico confirman el análisis jurídico. El delegatario correría, en efecto, un riesgo incompatible con la seguridad necesaria al comercio jurídico si la validez de su crédito dependiese de la de un vínculo jurídico que él desconoce por completo. La obligación con él contraída no tendría fuerza suficiente, si quedara expuesto a responder de todas las excepciones que el delegado puede alegar contra el delegante.

Es importante añadir que las mismas razones que explican el carácter abstracto del contrato que media entre el delegado y el delegatario, conducen lógicamente a prescindir de él, cuando el delegado da a conocer expresamente al delegatario la causa que le impulsaba a obligarse, y, en especial, cuándo se obliga a pagar la deuda contraída con el delegante. El delegado manifiesta entonces su voluntad de relacionar la obligación con la causa, de juntar la suerte de ambas obligaciones y el delegatario no puede quejarse de haberse abusado de su confianza.

Pero para que cese el carácter abstracto del contrato no basta que el delegado se presente al delegatario como deudor del delegante, es preciso que le notifique expresamente el hecho jurídico productor de su obligación. Por ejemplo; un comprador se obliga para con el acreedor hipotecario inscrito por el inmueble que compró al fiado. El comprador no se considera obligado para con el acreedor, más que si realmente se le exige el precio [1].

1 *Nota del Traductor:* Un vestigio de la imperfección jurídica de la cesión de créditos sin el consentimiento del deudor es la necesidad de notificar a éste la cesión, cuya notificación aparece como condición suspensiva del acto jurídico de transmisión; y ocurre, además, que cuando el deudor no presta su consentimiento a la cesión, no se transmite el crédito sino bajo reserva de usar de su derecho el deudor contra el cesionario, por la compensación que hubiera podido alegar contra el cedente antes de la notificación, o del de reclamar contra el cesionario las demás excepciones que podía haber adquirido contra el cedente también antes de la misma notificación.

Si el vendedor no cumple sus obligaciones, especialmente en caso de evicción del comprador, le quedará a éste el derecho de oponer al acreedor hipotecario la falta de causa, en la promesa [1].

179. El carácter abstracto de la obligación del delegado para con el delegatario, no se enuncia en ninguna parte del Código civil que dedica a la delegación tan sólo dos artículos (1.275 y 1.276), muy mal situados, por cierto, en la sección de la novación. La doctrina la acepta, pero introduciendo una gran restricción, que se explica porque todavía rigen esta materia los procedimientos del Derecho romano. Fundándose en el texto de las Pandectas se distingue entre delegación *perfecta e imperfecta.*

A) *Delegación perfecta.*—En este caso, que es al que se referían especialmente los jurisconsultos romanos, se admitió siempre que el delegado no puede oponer al delegatario las excepciones que existen en su provecho contra el delegante. La razón de equidad que se da en el delegatario, es, en efecto, decisiva. Sería injusto que quien consintió en la extinción de su crédito para con el delegante, pudiese perder el beneficio de otro que adquirió en cambio contra el delegado. Así el Derecho romano estableció que el delegado que por error se había obligado, no por eso quedaba menos obligado para con el delegatario, y debía contentarse con recurrir en contra del delegante [2].

1 Esta distinción no es admitida por todos los autores. La acepta Laurent. T. XVIII, n. 319, p. 346, y Aubry et Rau. T. IV, § 442 bis; texto y nota 18. *Adde* Hubert, *ob. cit.*, n. 212. Laurent la explica diciendo que cuando el delegado se obliga como deudor del delegante, el contrato que efectúa con el delegatario se halla viciado de error. Pero lo mismo podría decirse cuando se obligó pura y simplemente.

Demolombe. T. XXVIII, n. 327. Baudry-Lacant et Barde, T. III, número 1.751, establecen, por el contrario, que el delegado no puede en ningún caso oponer al delegatario las excepciones oponibles contra el delegante. Pero el argumento que dan carece de valor; consiste en afirmar que el vínculo que une al delegado con el delegante, no es la causa sino simplemente el motivo de la obligación contraída por el delegado hacia el delegatario. Hemos indicado ya la inexactitud de esta afirmación. (V. supra p. 395.)

2 Paulo D. 46. 2 *de nov. et deleg.* 12: «*Si per ignorantiam promiserit, nulla quidem exceptione uti poterit adversus creditorem, quia ille suum*

Esta solución, recogida por muchos antiguos escritores (V. especialmente Pothier, *Obligaciones*, n. 602), es aceptada por la mayor parte de los intérpretes del Código civil.

Algunos la contradicen y pretenden, fundándose en el artículo 1.377, que el delegado puede negarse a pagar al delegatario [1]. Hay, dicen, una analogía completa, entre el que creyéndose deudor por error pagó una deuda, y el delegado que por error pagó también, en su propio nombre el valor de la obligación. Es preciso aplicar en ambos casos la misma solución, y establecer que el delegado podrá ejercer una acción de repetición contra el delegatario, a menos que éste no haya de buena fe destruído su título. Pero no hay tal analogía entre estas dos situaciones. El art. 1.477 se refiere en efecto al caso de una persona que es indebidamente deudora y paga en consecuencia a su pseudo-acreedor (por ejemplo, el heredero de su codeudor solidario que se cree erróneamente obligado in solidum como su autor, o aquel que se cree heredero único siendo solamente en parte, o también aquel que se cree indebidamente heredero del deudor). La situación del delegado es muy diferente; se obligó válidamente para con el delegatario [2].

recepit; sed is qui delegavit tenetur condictione.» (V. también Paulo D. *eod. tit.* XIX. *supra* p. 395; Ulpiano D. 44. 5. *quar. rer. act non dat.* 1. 10; D. 46. 2 *de novat et delegat* 27. Conf. Girard, p. 702, n. 4; Cuq. p. 621.

La regla sufría algunas excepciones; las más importantes se referían al caso en que el delegante quería hacer una donación al delegatario, y aquel en que se creía indebidamente deudor suyo. En estos dos casos, Paulo dice que el delegado puede rechazar la demanda del delegatario, u obligarle a hacer en su favor una aceptilación. D. 39. 5. *de donat.*, 2. §§ 3 y 4: Juliano D. 44. 4. *de dol mal.* 7. pr. y 1. V. Pothier. *Obligaciones*, n. 602, quien observa que en estos dos casos el delegatario *certat de lucro captando,* mientras que el delegado *certat de damno vitando.*

Los textos del Derecho romano se sitúan únicamente en el caso de la delegación perfecta, porque los jurisconsultos consideraban la delegación como equivalente al pago en las relaciones del delegante y del delegatario: *Qui delegat solvit.* D. 46. 1. *de fidej.* 18.

1 Mourlon, *Rev. Prat.* T. XVIII, p. 516: Laurent. T. XVIII, n. 319. XX. n. 361; Larombiere. T. III, art. 1.275 y T. V, art. 1.377. n. 5; Huc. T. VIII, n. 120, p. 159.

2 En este sentido, Pothier, *Obligaciones*, n. 602: Demol. *Contrats.* t. V, ns. 324 a 329. T. VIII, ns. 312, 313; Aubry et Rau. T. IV. § 324. t. y n. 7.

B) *Delegación imperfecta.*—No existe uniformidad entre los autores, y ello obedece a que falta el apoyo de la tradición, ya que los textos romanos precitados hablan sólo de la delegación perfecta; además no puede alegarse a la razón de equidad que en el caso anterior se encontraba del lado del delegatario. Efectivamente, si el delegatario conserva el antiguo crédito, sus intereses no están ya directamente amenazados como en el primer caso. El platillo de la balanza se inclina aquí en favor del delegado que se obligó por error. Así, los autores que extienden a la delegación imperfecta la solución que dan en el caso de delegación perfecta son poco numerosos, y la razón que los determina es errónea, porque consiste en decir que la obligación del delegado para con el delegante no es la causa, sino solamente el motivo de la obligación que contrae con el delegatario [1].

Baudry-Lacant y Barde. T. III, n. 1. 751; Naquet, nota, S. 1913. 1. 241. Civ. 14 Enero 1872. D. P. 73. 1. 75. S. 72. 1. 31.

Esta última sentencia responde a la objeción contenida en el art. 1.377, de que este texto colocado en el título de los cuasi contratos, es extraño a la hipótesis de la convención expresa, en virtud de la cual, un acreedor, con el consentimiento de su deudor, aceptó un deudor nuevo que se obligase respecto de él. ¿Qué debería resolverse para el caso en que el delegante hubiera creído indebidamente ser deudor del delegatario? ¿Podría el delegado oponer al delegatario la no existencia de la obligación del delegante? La solución afirmativa admitida por los jurisconsultos romanos, se adopta también por los autores modernos, y es lógico, porque según ellos, es preciso buscar la causa de la obligación del delegado en la relación jurídica que une al delegante con el delegatario. (V. Baudry-Lacant y Barde. T. III, ns. 1. 751, 1. 752: Demol T. XXVIII, n. 328: Hubert, *ob. cit.*, números 218, 219.)

Se añade que en este caso el delegado *certat de damno vitando,* mientras que el delegatario *certat de lucro captando.* La verdadera razón que justifica tal solución, está en que el delegatario no puede conservar lo que no se le debía. El delegado tendrá contra él la acción de *in rem verso.* Los autores antes citados dan la misma solución para el caso en que el delegante hubiese querido hacer una donación al delegatario, pero nos parece imposible justificarla en este caso, porque el delegatario recibe entonces aquello que le es debido.

1 V. Hubert, *ob. cit.*, núm. 213; Baudry-Lacant y Barde, T. III, número 1. 756; Naquet, nota antes citada; Demol. T. XXVIII, núms. 325, 328. Pothier en su *Tratado del cambio,* núm. 281, dice por el contrario, que el

En cuanto a nosotros, defendemos su sistema, pero con criterio distinto. Poco importa en efecto que el delegatario haya o no haya liberado al delegante; esto no debe influir en la validez del contrato llevado a cabo entre el delegado y él. En ambos casos la obligación del delegado permanece separada de su causa.

180. *Jurisprudencia.*—La jurisprudencia se pronuncia en favor de nuestra opinión. En efecto, cierto número de sentencias en apelación y en la Corte de Casación han resuelto que el delegado no puede oponer al delegatario los medios de defensa que tiene a su favor el delegante, y de estas sentencias unas se refieren al caso de delegación perfecta, otras al caso de delegación imperfecta.

Las aduciremos en una nota por orden cronológico [1].

asignado no está obligado para con el portador de la rescripción, sino en tanto y cuanto podría estar obligado para con el indicante, su acreedor.

1 Burdeos, 2 Abril 1835, *Assur. marit. c. Curtius.* 1. 35. 2. 391 (delegación imperfecta). Un navio, propiedad del Sr. Lavau, había sido asegurado en 8.000 francos. Habiendo transcurrido varios meses sin saberse nada de él, después de su salida, se realizó una transacción entre el Sr. Lavau y los aseguradores, en virtud de la cual se dejaba a éstos la propiedad del navio, si se volvía a encontrar, mediante una suma de 100 francos. El señor Lavau delegó en el Sr. Curtius (delegatario) para cobrar la suma de 5.500 francos, a quien le fueron pagados por los aseguradores delegados. Más tarde aparece el navio, y descubriendo los aseguradores que se habían verificado tres préstamos a la gruesa por el asegurado, demandaron la nulidad de la transacción y la restitución de las sumas pagadas, tanto a Curtius como a Lavau.

La demanda formulada contra Curtius, delegatario, fué rechazada por el Tribunal y por la Corte de Burdeos en virtud de los motivos siguientes: «Considerando que en derecho la delegación equivale al pago; que según la doctrina de los autores consagrada por la jurisprudencia, el delegado que aceptó la delegación no puede ser dispensado de cumplir su obligación para con el delegatario, aun cuando no fuera realmente deudor del delegante; que después de haber cumplido su obligación, solamente existe acción de reembolso contra el delegante, admitiendo que él no le debía nada, y no contra el delegatario, que recibió todo lo que legítimamente se le debía, y no puede hacérsele responsable de un error que no le es imputable, y cuyas consecuencias no deben caer mas que sobre el que le cometió».

Civ. 31 Marzo 1852, *Anthus c. Carié.* D. P. 52. 1. 161. (Delegación perfecta): «La acción de repetición de lo indebido no se puede entablar contra el acreedor que recibió su pago por delegación, aun cuando el delegado no debiera nada al delegante por efecto de la anulación subsiguiente

¿Qué resuelven los Tribunales cuando el delegante ha dado a conocer expresamente al delegatario la causa que le determina a obligarse? Esta hipótesis se presenta especialmente cuando se trata de la delegación de precio de venta hecha por el vendedor a uno de sus acreedores. Hemos admitido que en este caso la obligación del delegado deja de ser abstracta, porque la causa que la determina viene a ser un elemento constitutivo del acuerdo de voluntades que se verifica entre el delegado y el delegatario.

del contrato en virtud del cual era deudor. Especialmente el Notario antiguo (delegatario) acreedor del precio de su ministerio, que recibe del adquirente (delegado) de su sucesor (delegante), en virtud de delegación, una parte del precio, no está obligado a restituir esta suma aun cuando el acto de cesión que tuvo lugar entre ellos, contuviera cláusulas contrarias al orden público, que le anulasen después, y que el acreedor hubiera introducido y aun aprobado».

Civ. 19 Abril 1854. *Legendre c. Beudin.* D. P. 54. 1. 145. 1. 56. 1. 160; cesión del crédito acompañada de obligación personal del cedente para con el cesionario.

Req. 7 Marzo 1855, de *Saint Michel c. Guilleminot.* D. P. 55. 1. 107. S. 55. 1. 577 (delegación perfecta).

Civ. 24 Enero 1872. *Mery c. liquid. Porché.* D. P. 73. 1. 75. S. 72. 1. 31. (delegación perfecta); Méry prestó dinero a Chénard para permitirle hacerse arrendador de solares. El Sr. Chénard (delegante) se retiró de la sociedad, y su acreedor Méry (delegatario) consintió en liberarle, y en aceptar como deudora en su puesto a la Sociedad Porché (delegado) que se obligó respecto de él. Más tarde se anuló judicialmente el contrato celebrado contra Chénard y la Sociedad Porché, y la Porché fué reconocida acreedora y no deudora de Chénard. El liquidador de la Sociedad Porché intenta en consecuencia una acción de repetición de los anticipos hechos al Sr. Méry, en virtud de la delegación. La sentencia de la Cámara civil declara que el nuevo deudor no puede liberarse de su obligación a favor del delegatario con el pretexto de que por error se había creído obligado, él mismo, con el delegante; o que su obligación hacia éste, había sido reconocida nula en una sentencia llevada a cabo en ejecución de cosa juzgada.

Comp. Poitiers 25 Julio 1882 y Cas. 5 Febrero 1884. *Roncin c. Garnier.* D. P. 84. 1. 367. S. 86. 1. 423 (delegación imperfecta) y Angers 19 Marzo 1879. s. Cas. 9 Agosto 81. S. 83. 1. 215 las mismas partes; Besanzon 31 Octubre 1900, *Pothier c. ep. Jacoulet.* D. P. 03. 2. 384 (delegación imperfecta); Civ. 24 Marzo 1810 *Pfander c. Petrot. Labarre.* S. 13. 1. 241, nota de M. Naquet; Riom 9 Junio 1897 y Civ. 23 Noviembre 1898, *Moing c. Vassel.* S. 99. 1. 465, nota de M. Wahll.

Sobre este punto existe divergencia entre las decisiones recogidas en las colecciones. Varias sentencias establecen que el comprador puede oponer al delegatario las mismas excepciones que al delegante, y especialmente la garantía de evicción [1].

En sentido contrario, la sentencia de la Cám. civil de 31 Marzo 1852, ya citada, ha suprimido esta distinción, y resuelto que el delegatario del precio de un oficio ministerial no está obligado a restituir lo que recibió del delegado, aunque haya sido parte en el acto de la cesión y haya conocido y aprobado sus cláusulas en oposición al orden público [2].

181. III. *Relación entre la delegación y la cesión de crédito aceptada por el deudor cedido* (art. 1.925, 1.er p., C. c.).—A diferencia de la delegación, la cesión de crédito no crea un nuevo vínculo delegatorio entre el deudor cedido y el cesionario. El acreedor cede simplemente su derecho de crédito al tercer cesionario, y éste adquiere contra el deudor no ya un derecho nuevo, como el que se deriva de la obligación contraída por el delegado en favor del delegatario, sino el crédito mismo del cedente. La dificultad con que tropezamos, a propósito de la delegación, que consiste en determinar si el delegado puede oponer al delegatario la falta de causa de su promesa, producida por el hecho de que su propia deuda para con el delegante esté paralizada por las excepciones, no se nos ofrece en esta materia. En efecto, el crédito pasa al cesionario, tal como en sí era. El deudor tiene el derecho de oponer al cesionario todas las excepciones que existen en su favor contra el cedente, y que nacieron antes de que se le notificara la cesión. Así, si sostiene

1 Turín, 11 Febrero 1811; Bruselas, 12 Julio 1821; S. chr.; Rennes, 9 Abril 1851, S. 52. 2. 261; París, 5 Mayo 1892. D. P. 93. 2. 566. Las dos primeras sentencias fundamentan su criterio en que no había delegación perfecta.

2 Es verdad que se trataba aquí de una delegación perfecta. Dejamos a un lado la cuestión de si el delegatario puede alegar contra el delegado las garantías relacionadas con el crédito del delegante contra el delegado. La jurisprudencia lo resuelve afirmativamente y admite que la delegación transfiere al delegatario el crédito del delegante. V. Hubert, *ob. cit.*, ns. 223 y s. Cons., Trib. civ. Nantua, 17 Enero 1889, y Lyon, 12 Febrero 1890, *Dumont c. Sté. angl. the Rôhme*. D. P. 91. 2. 247; Civ., 12 Agosto 1879; *Pilon c. Fariabault*, D. P. 79. 1. 473. S. 80. 1. 57.

que su obligación no tiene causa o la tiene ilícita, puede alegar estos medios de defensa contra el cesionario [1]. Del mismo modo, si antes de hacerle significación de la cesión se ha hecho acreedor del cedente, puede oponer la compensación al cesionario (art. 1.295, 2 p.).

El art. 1.295, 1 p. C. c., aporta a esta regla una curiosa excepción que parece poco justificada y que asemeja en este caso particular la situación del deudor cedido con la del delegado comprometido con el delegatario. Este texto supone que el deudor aceptó pura y simplemente, es decir, sin clase alguna de reserva, la cesión que el acreedor hizo de sus derechos a un tercero, y establece que el deudor no puede oponer al cesionario la compensación que hubiera podido, antes de la aceptación, oponer al cedente.

Concretemos con un ejemplo la hipótesis apuntada.

El deudor se ha hecho ya antes, ya después de la cesión, pero desde luego antes de haber recibido significación, acreedor del cedente, y ambos créditos poseen las dos condiciones requeridas por el art. 1.291; tienen por objeto cantidad líquida y exigible. Estas dos obligaciones recíprocas quedan extinguidas de pleno derecho en el instante mismo en que se comprueba haber existido simultáneamente (art. 1.290). Sin embargo, a pesar de esta extinción, el deudor cedido acepta pura y simplemente la cesión que su acreedor hizo de su derecho. Si la acepta a sabiendas [2], es decir, conociendo la compensación que se produce en su favor, renuncia a ampararse en ella, y la disposición del art. 1.295, p. 1, se explica fácilmente. Pero puede suceder que haya aceptado por error, ignorando que la deuda se

1 Req., 20 Agosto 1862. D. P. 63. 1. 150. S. 63. 1. 303; 21 Junio 1881. S. 82. 1. 125; 5 Noviembre 1889. D. P. 90. 1. 379. S. 91. 1. 407.

2 Para que se aplique el art. 1.295, p. 1., no es necesario que la aceptación de la transferencia se haya hecho por el deudor en un acto auténtico, como prescribe el art. 1.690, p. 2. En efecto, la autenticidad no se requiere más que con relación a terceros que podrían tener interés en impugnar la aceptación; entre las partes no se exige. Así, entre el deudor cedido y el cesionario es válida la aceptación hecha sin forma alguna, no sólo si se verifica en documento privado, sino también si es verbal o tácita. Req., 6 Febrero 1878. *Cons. Morgauti c. Garvias.* D. P. 78. 1. 275. S. 78. 1. 168.

hallaba extinguida en virtud de la compensación. En tal caso, la equidad aconseja que pueda alegar este error contra el cesionario para hacer anular los efectos de su aceptación. Sin embargo, el art. 1.295, p. 1, le deniega este derecho, porque no distingue estas dos situaciones, y nadie pone en duda que comprende ambas [1].

Fácil es comprender la razón de esta solución. La confianza del cesionario quedaría burlada si después de la aceptación pura y simple de la cesión del deudor, pudiera este último oponerle la compensación. La seguridad de las transacciones jurídicas exige que el cesionario sea preferido al deudor cedido. Además, existe otra razón, y es que el deudor cedido cometió una verdadera falta; debía conocer la compensación que ha extinguido su deuda; ha dado muestras de negligente aceptando pura y simplemente la cesión. Justo es que soporte las consecuencias.

El art. 1.295 priva, pues, al deudor que erróneamente aceptó la cesión del crédito extinguido por compensación, del derecho de alegar esta extinción. Ahora bien, aceptando la cesión, el deudor cedido se obligó con el cesionario a pagarle la cantidad que debía al cedente, y se obligó sin causa, porque su deuda para con el cedente no existía. Y, sin embargo, esta obligación, aunque desprovista de causa, es válida. El deudor no puede prevalerse contra el cesionario de la compensación que extinguió su deuda.

Interesante es notar que la regla procede del Código civil, que no la tomó del Derecho antiguo. En efecto, Pothier solamente denegaba al deudor el derecho de oponer la compensación cuando había aceptado la cesión, *teniendo conocimiento del crédito nacido en su favor, contra el cedente acreedor suyo* [2].

1 V. Aubry y Rau, 5.ª ed., t. IV, p. 401, texto y nota 9; Larombiere, t. V, p. 205 (art. 1.295, n. 6); Demol, t. XXVIII, n. 577; Baudry-Lacant y Barde, 3.ª ed., III, n. 1.877. Solamente Mourlon defiende que el art. 1.295, p. 1, no se refiere al caso en que el deudor cedido obró erróneamente (T. II, n. 1.453 [4]).

2 Pothier, *Tratado de las obligaciones*, n. 632, ed. Bugnet, T. II, p. 344. «Aunque yo fuese acreedor del cedente desde antes de la transferencia, y, sin embargo, si teniendo conocimiento del crédito acepté pura y simple-

Los redactores del Código juzgaron equitativo aplicar la misma solución al caso, en que el deudor ignoraba la compensación que le había liberado.

Queda por averiguar, si conviene interpretar el art. 1.295 de una manera restrictiva, es decir, limitando su aplicación al sólo caso de compensación, o si se debe, por el contrario, en virtud de un argumento de analogía, extender su solución a todos los medios de defensa que el deudor cedido puede alegar contra su acreedor.

La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en este punto. Ambas se inclinan y pronuncian por la interpretación restrictiva. Admiten, en efecto, que el art. 1.295 contiene una presunción legal de renuncia del derecho de oponer la compensación, y las presunciones legales son de derecho estricto.

Por consiguiente, la aceptación de la cesión no privará al deudor cedido del derecho de oponer al cesionario los medios de defensa distintos de la compensación, que existen en su favor [1].

Pero el razonamiento en que se apoya el sistema dista de ser convincente. Porque la idea de presunción de la renuncia, admisible cuando el deudor conoció la compensación, no lo es cuando la ignoró. Es evidente que en este último caso no

mente tal transferencia, debe reputarse en virtud de mi aceptación pura y simple, que he renunciado a la compensación, y no podría oponerla al cesionario que contó con la aceptación, quedándome siempre el derecho de ejercer mi crédito contra el cedente. Tal es el fallo de las sentencias citadas por Despeisses».

En efecto, dos sentencias del Parlamento de París de 17 de Junio de 1561 y de 13 de Agosto de 1591 habían admitido que el cedido que aceptó la delegación puramente, y sin ninguna protesta de compensación, no podía oponer ésta. Despeisses, *Obras*, T. I, part. 4.ª, tít. 3, n. 16; Guy Pape, *Questions*, n. 567; Charondas, *Mémor. obser. del Derecho francés; v.º cesión*; Papón, *Sentencias notables*, libro 12, t. VI, II.

1 Civ., 2 Agosto 1847. *Gravelle c. Regnard.* S. 47. 1. 705; Civ., 2 Mayo de 1853, *Chappot c. Goyaud.* D. P. 53. 1. 141. S. 53. 1. 411; 19 Abril 1854. *Legendre c. Beudin*, motivos. D. P. 54. 1. 145. S. 56. 1. 160; Req, 4 Febrero 1889. *Worms c. Cortonciny.* S. 89. 1. 320.

V. Planiol, T. II, n. 1.626; Aubry y Rau, T. IV, § 359 bis, notas 53 a 55; Laurent, T. XXIV, n. 536; Bandry-Locant y Saignat. *Venta* n. 789. V. cep. Guillouard. *Venta* 3, ed., T. II, n. 824.

puede presumirse la renuncia en beneficio de la extinción de la deuda. Además, es preciso explicar de otro modo la solución dada por el art. 1.295; y la única explicación plausible consiste en dejar sentado que aceptándola el deudor se obliga personalmente con el cesionario a pagar lo que debe al cedente [1]. *Por el hecho de la aceptación se coloca en condición análoga a la del delegado, deudor del delegante, comprometido respecto del delegatario* [2]. De donde se deducía en oposición a la doctrina y a la jurisprudencia que el deudor cedido, que aceptó la cesión, no puede oponer al cesionario ninguna de la excepciones que tenía derecho a alegar contra el cedente. Añadimos que la lógica conduce irresistiblemente a esta interpretación extensiva del art. 1.295, porque no vemos la razón de la distinción entre la compensación y otros medios de defensa. Si el deudor no puede prevalerse de la extinción de su deuda, *a fortiori*, no podrá alegar simple causa de anulabilidad.

182. IV. *Comparación entre la delegación imperfecta y la estipulación por otro* [3].—La estipulación por otro, como la delegación pone en juego tres personas: el estipulante, el promitente y el tercer beneficiario. Pero mientras en la delegación el delegado no se obliga respecto del delegatario sino cuando medió una promesa hecha por él y aceptada por éste, en la estipulación por otro el promitente se obliga para con el tercero en el contrato perfeccionado con el estipulante. Se

1 Esto resolvió una sentencia de la Cam. de Admisión de 6 de Febrero de 1878. *Cons. Marganti c. Garcias.* D. P. 78. 1. 275. S. 78. 1. 168, que declara que la aceptación de la cesión convierte al cedido en deudor directo del cesionario. Comp. Orleans, 29 Nov. 1838. *Cruzillet c. Deville Chabres*; S. 39. 2. 327: El deudor cedido que, por documento privado reconoció al cesionario como acreedor directo, obligándose a hacerle el pago, no puede, si después se ve obligado a pagar a un segundo cesionario, cuya transferencia se le significó debidamente, excepcionar contra el primero la falta de significación de su transferencia; debe reputarse que contrajo con él una obligación personal y directa, en cuanto que se obligó a pagar una segunda vez.

2 Con esta diferencia, sin embargo, que en caso de cesión el cesionario adquiere el crédito del cedente, y, por consiguiente, las garantías y circunstancias concomitantes.

3 V. Hubert, *ob. cit.*, n. 131 y s.

obliga, a la vez, hacia el estipulante y hacia el tercero designado por éste; y el tercero, aunque no intervino en el contrato, adquiere un derecho directo, es decir, un derecho de crédito que nace al mismo tiempo que el contrato y antes de aceptarle. Unicamente la aceptación convierte este derecho en definitivo, acabando con la facultad revocatoria que hasta entonces perteneció al estipulante.

Existe grande analogía entre la estipulación por otro y la delegación. Así, supongamos que en una venta el vendedor (delegante) haga prometer al comprador (delegado) que pagará el precio a determinada persona que no interviene en el contrato, pero que acepta posteriormente la promesa. La delegación se presenta en este caso bajo la forma de una verdadera estipulación por otro [1].

Algunas veces cuesta no poco trabajo saber si hay estipulación o delegación [2].

1 V. Req, 24 Julio 1889. *Preire c. Reynaud.* D. P. 89. 1. 395. S. 92. 1. 297, nota de Garsonnet. En esta especie una compañía de navegación, habiendo creado en 1878 cierta primera serie de obligaciones y vendido después una flotilla de navíos, estipuló en la venta que el precio a medida de los vencimientos convenidos se imputaría al pago de intereses y amortización de las obligaciones. Más tarde, habiendo verificado la compañía un segundo empréstito amortizable, los nuevos obligacionistas pretendían que el precio de venta debía imputarse al pago de las dos series de obligaciones, porque, decían, había mediado una transferencia no significada. El Tribunal denegó su pretensión, fundándose en que el precio de venta había sido delegado a los portadores del empréstito de 1878, quienes, habiendo recibido del adquirente el pago de los intereses de sus obligaciones, habían aceptado la delegación. La Corte alegaba en su apoyo el art. 1.121 por una parte y la estipulación por otra. La Cámara de Apelación, aprobando esta interpretación del acto, rechazó la demanda.

2 V. civ. 12 Julio 1881. D. P. 81. 1. 439. S. 83. 1. 409, caso muy complicado. El Sr. Trolle vende por separado el usufructo y la nuda propiedad de un inmueble. Vende el usufructo a los esposos Mauté, estipulando que el tal usufructo ha de hacerse depender de la vida del marido, y que si este último muere antes que su mujer, el usufructo se convertirá en una renta vitalicia de 4.000 francos en beneficio de ésta, renta que se hará efectiva por el adquirente de la nuda propiedad del mismo inmueble Sr. Renoult. Este último acepta la carga, y la señora Mauté, que sobrevive a su marido, se hace acreedora de Renoult por renta de 4.000 francos es-

Algunos autores han pretendido que la delegación imperfecta estaba destinada a desaparecer ante la estipulación por otro [1]. No nos detenemos en discutir esta opinión, que, desde luego, conceptuamos inexacta [2].

La obligación que en la estipulación por otro nace a cargo del promitente, ¿es una obligación abstracta separada de su causa, como la del delegado para con el delegatario? En otros términos; ¿puede el promitente que se obliga para con un tercero beneficiario, oponer a éste las excepciones alegables contra el estipulante, por ejemplo, la falta de causa o las excepciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el estipulante en su favor?

La cuestión es de interés, sobre todo en lo relativo al contrato de seguro en beneficio de un tercero, y, especialmente, en el seguro de vida. Supongamos, por ejemplo, que el asegurado haya engañado al asegurador en uno de los elementos esenciales del contrato, que haya dado una falsa declaración acerca del estado de su salud, que lleve consigo caducidad. ¿Puede oponer la Compañía esta caducidad al tercer beneficia-

tipulada en su provecho. Se quiere saber en qué consiste la naturaleza de su derecho contra Renoult.

El Tribunal civil de Mans vió en este contrato dos operaciones distintas: 1.º La venta del usufructo y de la nuda propiedad. 2.º Una estipulación por otro en cuanto a la renta vitalicia, en virtud de la cual, Renoult se obligó a pagar dicha renta a la señora Mauté en caso de supervivencia.

La Corte de Angers interpretó de otro modo el acto. La renta, dice, forma parte de la venta de usufructo, que ha tenido lugar entre el vendedor y los esposos Mauté; así, pues, el vendedor se ha hecho deudor de la renta. Además, el pago de ésta ha sido uno de los elementos del precio de la venta de la nuda propiedad hecha a Renoult; el vendedor delegó al comprador Renoult a los esposos Mauté. Esta delegación es una delegación imperfecta, y la señora Mauté ha venido a ser acreedora de su vendedor.

Este último es acreedor de Renoult del precio de la venta, y tiene preferencia sobre los inmuebles vendidos. La señora Mauté puede en virtud del art. 1.166, ejercer este privilegio contra Renoult. La Cámara de Apelación, aprobando estas decisiones, rechazó la demanda.

1 Lambert. *Contratos en favor de terceros*, ps. 227 y s. Champeau, *Estipulación por otro*. Tesis. París; p. 237, a 241.

2 V. Hubert, *ob. cit.*, ns. 134 y s.

rio? Indiscutiblemente que sí; la solución no es dudosa. Pero, ¿cómo se explica este resultado?

La explicación es bastante sencilla. La obligación que el promitente asume para con el tercer beneficiario, se apoya en el contrato que medió entre el promitente y el estipulante. Es parte integrante de este contrato. En cuanto que depende necesariamente de la validez del mismo, no puede nacer si este contrato adolece de vicio que acarrea la nulidad. La obligación contraída por el promitente en la estipulación por otro, está condicionada por el contrato mismo. No se olvide que el derecho del tercero nace en virtud de la doble voluntad de los contratantes.

De aquí se deriva una diferencia importante entre la estipulación por otro y la delegación [1].

183. V. *Derecho comparado.—Derecho alemán y Derecho suizo.*—Lo mismo que nuestro antiguo Derecho, el Derecho alemán y el Derecho suizo, poseen dos instituciones gemelas, que son una la delegación y otra la asignación (Anweisung).

1.° *Delegación.*—La delegación supone existencia de una relación jurídica entre el delegante y el delegatario y entre delegante y delegado. Puede tener lugar en dos casos [2]. Primero El deudor (delegante) encarga a un tercero (delegado) que cumpla determinada obligación respecto de su acreedor (delegatario). Se dice entonces que la *delegación es pasiva.* El delegatario puede, si acepta el compromiso con el delegado, descargar o no descargar a su primer deudor (delegante). Esto depende de su intención.

La doctrina alemana admite que el delegado no puede oponer al delegatario las excepciones que se derivan de la relación jurídica existente entre el delegado y el delegante [3].

1 La diferencia se encuentra en la legislación alemana. Veremos que en esta legislación, la delegación es un contrato abstracto. Por el contrario, la estipulación por otro no reviste el mismo carácter. El art. 334, B. G. B., establece que los medios de defensa procedentes del contrato, pertenecen al promitente también contra terceros.

2 V. Crome, T. II, p. 266.

3 En cuanto a las excepciones existentes en favor del delegante contra el delegatario hay que examinar el modo de obligarse. Si el delegado

Segundo: El acreedor (delegante) encarga a su deudor (delegado) que se obligue para con un tercero (delegatario). Se dice entonces que la *delegación es activa*. Aquí también la obligación del delegado para con el delegatario, puede acarrear o no la extinción de la deuda del delegado con el delegante. Esto depende de la voluntad del delegante.

¿Puede oponer el delegado las excepciones que tiene a su favor en contra del delegante? De ninguna manera, si se obligó abstractamente *(reine delegation)*. Desde luego puede, si simplemente prometió lo que debe al otro, porque entonces la causa de su nueva obligación es sencillamente la existencia de su antigua deuda.

Para desquitarse el delegado no puede oponer al delegatario una excepción procedente de la relación jurídica que existe entre el delegante y delegatario.

2.° *Asignación*.—El Derecho civil alemán y suizo han conservado con el nombre de asignación «anweisung» la institución que nuestros escritores antiguos llamaban rescripción o asignación.

La «anweisung» tiene un campo de aplicación mucho más vasto que la delegación, porque puede intervenir bien entre personas unidas de antemano por una relación obligatoria, bien entre personas libres en absoluto de todo vínculo anterior. Puede tener lugar *credendi causa* o *donandi causa*, lo mismo entre el asignado y el asignante que entre el asignante y el asignatario.

Pero además, y esta es la segunda diferencia entre ella y la delegación, solamente puede tener por objeto una cantidad de dinero, papel moneda u otras cosas fungibles.

El Código civil alemán le dedica una reglamentación muy extensa en los arts. 785 a 792, y el Código civil suizo trata de ella en los arts. 466 a 471 del Libro de las Obligaciones:

«La asignación, dice el art. 466 de este último Código,

se obligó de un modo abstracto, no puede oponerlas al delegatario. Si se obligó de una manera no abstracta, puede, porque como dice Crome, *ob. cit.*, pág. 266, 267, la causa de la nueva promesa es aquí exclusivamente la existencia de la antigua deuda.

es un contrato por el cual el asignado está autorizado para entregar al asignatario, a cuenta del asignante, una cantidad en metálico, papel moneda u otras cosas fungibles que el asignatario, en virtud de mandato, debe percibir en su propio nombre.»

A su vez, el art. 783, B. G. B., describe así la operación: «El asignante entrega al asignatario un título escrito en el cual asigna a otra persona (asignado), que haga al asignatario una prestación, ya en metálico, ya en valores mobiliarios o en otras cosas fungibles.»

Estos dos artículos difieren en que el Código civil alemán exige que la asignación se haga por escrito, al paso que el Código suizo no impone esta formalidad; pero la diferencia es más teórica que efectiva, porque casi siempre se verifica por escrito la asignación [1]. Los motivos del Código civil alemán declaran que la asignación es una institución originada en el comercio y de empleo muy frecuente. Desempeña en las relaciones civiles ordinarias el papel que la letra de cambio en materia mercantil. Tiene además aplicaciones comerciales: el cheque, la carta de crédito, la asignación a la orden [2].

No vamos a estudiar aquí detalladamente los efectos jurídicos que la asignación produce entre las tres personas interesadas. Sólo nos interesa saber si el asignado que aceptó la asignación puede oponer al asignatario las excepciones que existen en su provecho contra el asignante. Ahora bien; en esta materia, el Código civil alemán y el Código civil suizo aceptan la regla admitida por nuestra jurisprudencia en materia de delegación. El art. 468, p. 1, del Código suizo dice, en efecto, que el asignado que notificó su aceptación al asignatario sin reservas de ninguna clase, está obligado a pagar y no puede oponerle más que las excepciones precedentes de sus relaciones personales o del contenido de la asigna-

1 Se notará que la descripción hecha por estos dos Códigos acerca de la asignación, corresponde exactamente a las explicaciones de Pothier sobre las rescripciones.

2 Véanse los arts. 363 y 365 del Código de Comercio alemán. Cons. Cosack. *Derecho comercial*, traduct., T. II, ps. 118 y s. Algunos autores colocan la letra de cambio entre las aplicaciones de la asignación.

ción, con exclusión de las que se deriven de sus relaciones con el asignante. Y el art. 784, p. 1, del Código civil alemán establece que el asignado aceptante de la asignación se hace deudor del asignatario y no puede oponerle más que las excepciones relativas a la validez de la asignación [1] que se derivan del contenido, ya de la aceptación, ya de la asignación [2], o, finalmente, las nacidas directamente en su favor contra el asignatario [3].

Así ambos Códigos están de acuerdo en negar al asignado el derecho de invocar contra el asignatario los medios de defensa que puede oponer al asignante.

Lo mismo sería si el asignado hubiera hecho reservas fuera de su aceptación.

Por esto los jurisconsultos alemanes y suizos colocan la aceptación de la asignación en el número de los *contratos abstractos*, es decir, de los contratos que producen sus efectos jurídicos, sin que haya que preocuparse de la causa que determinó al deudor a obligarse.

Los autores se preguntan si debe aplicarse la regla precedente cuando el asignatario conoce la existencia de las excepciones que existen en favor del asignado contra el asignante. No están conformes en la solución. Según Planck, en este caso el asignado no puede hacer valer sus medios de defensa contra el asignatario (T. II sobre el art. 784. p. 871) [4].

1 Por ejemplo, el asignado defiende que su aceptación adolece de dolo o de violencia, o alega su incapacidad.

2 Por ejemplo, el asignado pretende que la asignación o la aceptación subordine su prestación a una contraprestación recíproca, o que la prestación debida por él sea a término o condicional, o que su aceptación asciende a una cifra inferior a la de la asignación.

3 Como en el caso de la excepción de compensación.

4 Cuando el asignatario ha cedido la asignación a un tercero, ¿puede el asignado oponer al cesionario las excepciones que tiene derecho a alegar contra el asignatario mismo? La cuestión es de máximo interés porque en la concepción de los Códigos aleman y suizo, la asignación es un título destinado a circular. Ambos Códigos la resuelven afirmativamente, y permiten al asignado oponer al cesionario los mismos medios de defensa que al asignatario, porque la cesión no concede al cesionario más derechos que al cedente. (V. art. 792, p. 3, B. G. B. *a contrario*, y art. 471, C. S. *a contra-*

§ 2. *Obligación del fiador para con el acreedor.*

184. La obligación del fiador se nos presenta también como obligación abstracta. Efectivamente, dijimos antes que la causa que determina al fiador a garantizar la deuda principal debe buscarse en las relaciones del fiador con el deudor principal; salvo el caso excepcional, y que dejamos a un lado, de que el fiador se obligue en interés del acreedor.

Ahora bien, el acreedor ignora cuáles son estas relaciones, y por consiguiente la obligación accesoria contraída en su favor por el acreedor es válida, aunque careciera de causa. Por lo mismo este carácter abstracto de la fianza no se señala en los tratados de Derecho civil. Tan sólo algnos mercantilistas aluden a él. Así Thaller en diversos lugares de su *Tratado elemental de Derecho comercial*, compara la fianza con la delegación, y nota que en la fianza también la obligación del fiador es independiente de su causa: «Las tradiciones jurídicas exigen que la obligación de un fiador se despoje de toda causa contingente o que tome su causa de la misma fianza, no debiendo inquirir el acreedor si el fiador, estaba o no obligado por una deuda preexistente y regular en favor del deudor de quien sale garante. *En toda hipótesis el fiador se obliga por el hechó mismo de su intercesión*». (Núm. 1.293; V. también número 1.401.)

En cuanto a la jurisprudencia, contadas sentencias se encuentran acerca de este punto, pero adoptan una solución contraria a nuestra opinión, pues no convalidan la obligación del fiador sino después de haberse asegurado que su causa es lícita [1]. Las dos más interesantes son: una de la Corte de Nancy

rio). Pero si el asignado se obliga para con el cesionario mediante aceptación de la asignación, esta produce entonces entre el asignado y el cesionario el mismo efecto que la primera entre el asignado y el asignatario. El asignado no puede pues oponer al cesionario los medios de defensa que tenía contra el asignatario. (Art. 792, p. 3. B. G. B.)

1 Las principales de estas decisiones son: Besancon 22 Noviembre 1833 y Req. 10 Noviembre 1884. *Bournut c. Labatie.* S. 87. 1. 308; Req. 16 Marzo 1898, *Cardella*, S. 02. 1. 331; Nancy 12 Noviembre 1904; París 10 Enero 1905, comentadas en el texto; Trib. fed. Suiza, 5 Julio 1895, *Lotscher c. Ganz*, S. 96. 4. 22.

de 12 Noviembre de 1904. X. c. *Renaud*, D. P. 05. 2. 160 y otra de la Corte de Paris, de 10 de Enero de 1905, *Wynands c. Dulong et Courtier*, D. P. 05. 2.158.

La primera anula, aplicando los arts. 1.131 y 1.133, una fianza por tener causa contraria a las buenas costumbres. La sentencia afirma que el fiador había garantido la deuda de una mujer galante, sólo para obtener la continuación de sus favores, y proseguir las relaciones adúlteras que existían entre ambos, y que el acreedor habituado a semejantes operaraciones, estaba completamente al corriente de esta situación. Los hechos de la causa, como se ve, eran muy desfavorables al acreedor, y esto sólo es lo que puede explicarnos la solución difícilmente defendible, porque confunde el motivo con la causa.

En la segunda sentencia citada, el caso era análogo al precedente. Se trataba de un joven que había afianzado la deuda de una querida respecto del acreedor que conocía bien la situación. La Corte se negó a anular la obligación, porque «la fianza no exige más causa de obligarse que la libre determinación de ejercer un acto de beneficencia, de donde se sigue que una fianza no puede ser impugnada porque se funde en causa ilícita, con el pretexto de haber impulsado al fiador un motivo contrario a las buenas costumbres». «Considerando, añade esta importante resolución, que el art. 1.131 que anula la obligación fundada en una causa ilícita, no tiene en cuenta más que la causa final, de la obligación, es decir, el fin directo e inmediato que en el caso D. se proponía alcanzar al obligarse; que la ley prescinde de los motivos múltiples y variables que pudieron incitar a una parte a contraer; considerando que la liberalidad de D. en favor de la señora C. revelando la voluntad de sustraer a la deudora de las persecuciones de W. constituye la causa jurídica de la obligación, y que no autorizando la ley la pesquisa del motivo, el contrato intervenido debe ser declarado válido».

Esta segunda resolución mejor fundada, a nuestro parecer, que la primera, no termina por lo tanto la cuestión discutida en el texto, de si el fiador puede oponer al acreedor la *ausencia de causa* de su obligación.

Ahora bien, en el caso de la sentencia, la Corte resuelve que la fianza tiene una causa lícita.

§ 3. *Títulos negociables (títulos nominativos, al portador, y efectos de comercio.)*

I. Naturaleza jurídica de estos títulos: 1.° Sistema francés. Explicación tradicional. Explicación de Thaller; *Su exposición. Dificultades que resuelve.* 2.° Otro sistema. El título negociable produce una obligación a cargo de los signatarios: Su exposición, Refutación de una objeción dirigida contra este sistema.—II. Caracteres de la obligación producida por los títulos negociables, y en especial por el título a la orden: 1.°, del vínculo contractual que se forma entre el librado que acepta y el tomador. Carácter de este vínculo. 2.° Efecto jurídico de la cláusula a la orden. Obligación unilateral del librado para con los endosatarios del efecto. Carácter abstracto de esta obligación.—III. Obligaciones civiles a la orden o al portador.

185 El Derecho mercantil designa con el nombre de títulos negociables de crédito, los que, redactados en una forma determinada por la ley (a la orden, nominativos, al portador), circulan más fácilmente que los de crédito ordinario y ofrecen más seguridad merced a la *regla de imposibilidad de excepcionar contra ellos.*

Esta regla prohibe en efecto al deudor oponer al portador las causas de nulidad o de extinción en virtud de las cuales habría quedado libre con relación a portador anterior.

Así, pues, estos títulos presentan ventajas considerables: facilitan la circulación del crédito que constatan y le dan fuerza nueva, purificándole en cada negociación de las causas de nulidad o de extinción que haya podido contraer.

I. *Cuál es la naturaleza jurídica de estos títulos.*

¿Son simples documentos probatorios sometidos por la ley a una forma determinada, *instrumentos* solemnes que acreditan la existencia de un crédito nacido de relación jurídica anterior? ¿No son mejor actos jurídicos solemnes productores por su propia virtud de una obligación nueva, que se une a la que ya pesaba sobre el signatario, y refuerzan sus efectos garantizando de una manera más sólida el pago de la deuda [1]?

1 En el estudio que vamos a hacer consideraremos más especialmente los efectos de comercio y en particular la letra de cambio, pero los argu-

Indicamos ya la cuestión en el capítulo primero (núm. 32); ahora nos interesa abordarla para estudiarla a fondo.

1.° *Sistema de la doctrina francesa: El título negociable no es más que un simple instrumento, no crea obligaciones nuevas.*— La doctrina francesa, casi por completo [1], considera estos títulos como simples escrituras, a las que se incorpora el crédito anterior, pero que no producen de por sí ningún efecto creador [2]. Partiendo de este punto de vista, a nuestro parecer erróneo, en vano se hicieron esfuerzos para explicar, sin salir de los moldes tradicionales del derecho de obligaciones, los efectos jurídicos de estos actos y especialmente la regla de imposibilidad de oponer excepciones. Pero solamente pudieron realizar construcciones sin consistencia, impropias para el resultado apetecido.

186. La más sencilla de estas construcciones y la más generalmente adoptada, considera la creación del título y sus negociaciones sucesivas, como cesiones del crédito primitivo. El librador de la letra de cambio, por ejemplo, se reputa que cede al tomador el crédito que él tiene o tendrá el día del vencimiento contra el librado. Y este último acepta la cesión aceptando la letra de cambio; a su vez el tomador cede el crédito endosando el título. Cada portador sucesivo del efecto se considera como causahabiente de su autor.

Innumerables y definitivas objeciones se hacen esta contra explicación. Siendo el portador causahabiente del portador anterior ¿cómo puede tener más derechos que éste? ¿Cómo privar al deudor del derecho de oponer las causas de nulidad o de extinción de su deuda? Los autores se reducen a contestar que se estima que el deudor aceptó anticipadamente, al firmar el título

mentos y observaciones presentadas se aplican lo mismo a los otros títulos negociables.

1 En sentido opuesto Lacour y Bouteron, *Compendio de Derecho mercantil*, núms. 1.068 y s. 1. 285 y s.; Saleilles, *Obligación*, núm. 271 y s.; Debray, *De la cláusula a la orden.*

2 V. especialmente Thaller, *Trat. elem. de Derech. merc.*, núms. 1.287, 1.291; *Nat. jurid. del tit. de cred. Anal. de Der. merc.* 1906, 1907; nota D. P. 1901. 1. 17. Puede consultarse también el excelente artículo de Garsonnet: *Influencia de la «manus injectio» en la legislación mercantil.* París 1868. V. Esmein, *Estudio jurídico sobre el régimen de los títulos a la orden y al portador.* (Rev. trim. de Derecho civil, 1921, p. 5. a 55).

todas las cesiones que se verifiquen en lo futuro; renuncia tácitamente a invocar contra el cesionario los medios de defensa de que dispusiera contra el cedente. Pero tal respuesta no es una demostración; no es más que una afirmación sin fundamento plausible. Más especialmente, respecto de la letra de cambio, el librador, el endosante, no pueden considerarse como simples cedentes, porque garantizan solidariamente el pago a su vencimiento (art. 118, C. com.). Ahora bien, según el art. 1.693 del C. civ. el cedente no garantiza la solvencia del deudor, a no ser que se haya obligado a ello (art. 1.694), y aun en este caso, solamente responde de esta solvencia al tiempo de la cesión. Para garantizar la insolvencia futura hace falta estipulación expresa (art. 1.695).

Está claro, pues, que las relaciones jurídicas nacidas entre el signatario del título, el beneficiario y los tomadores sucesivos no son relaciones de cedente a cesionario.

Algunos autores han intentado explicar estas relaciones, añadiendo a la cesión de crédito la idea de fianza. Según ellos el librador, el endosante, no serían simples cedentes, sino que al mismo tiempo se comportarían como fiadores de la solvencia del deudor. Pero con esta adición no llegan al resultado apetecido. En efecto, cuando un fiador se hace, en su propio nombre, acreedor del acreedor, queda liberado por la compensación, y no puede ya ser perseguido, por consiguiente, por los cesionarios posteriores del crédito. Ahora bien, el librador que ha llegado a ser acreedor del tomador, no puede oponer su liberación a los endosatarios, que se dirigen contra él, cuando el librado no hace honor a su firma. Y lo mismo le sucede al endosante con relación a aquellos a quienes se transmitió el título por su endosatario. Así, pues, no basta tampoco hacer depender de la fianza una cesión de crédito para explicar los efectos jurídicos de la letra de cambio.

En realidad, la negociación es operación distinta de la cesión, y no es exagerado decir que ambos términos son opuestos. Se desconoce la naturaleza de las cosas asimilando estas dos operaciones, cuyos efectos son diferentes.

187. Thaller, nuestro gran mercantilista, ha expuesto otro sistema. Permaneciendo fiel en esta materia a la tradición fran-

cesa, que considera al título negociable como mero *instrumentum*, ha creído encontrar en la delegación explicación de los efectos de la negociación de los títulos nominativos y al portador y de los títulos de comercio. Ya hemos aludido antes al campo importantísimo que Thaller concede a esta institución en el Derecho mercantil. (V. *supra.*, p. 178, nota 2 y p. 304, nota 2.) [1]

Esta explicación parece a primera vista bastante plausible y halagadora, máxime en la letra de cambio y en el cheque, que desde su origen, y, haciendo abstracción de la cláusula a la orden, son operaciones en que intervienen tres personas, órdenes de pago a la vista o a plazo. La relación se impone, efectivamente, de un modo lógico al entendimiento Ya Pothier, estudiando el contrato de cambio, hacía notar que las letras de cambio son una especie de *rescripción* (n. 225): «*Primus*, debiendo o queriendo prestar una cantidad a *Secundus*, y teniendo por otra parte que recibir dinero de *Tertius*, si da orden a *Tertius* de pagar a *Secundus*, hace una delegación. Si esta orden se redacta a modo de efecto, y se entrega al beneficiario para que la presente a quien dé derecho, es una «letra de cambio»... «El librador es un *delegante*, el librado un *delegado*, el tomador un *delegatario*».

Thaller ha reproducido la misma idea [2]. Para él, la letra de

1 Thaller intentó explicar por la delegación el mecanismo de una serie de actos mercantiles: «La delegación —dice— en su *Tratado lemental de Derecho mercantil*, n. 600, 5.ª ed., p. 347, no pierde de día en día su antigua procedencia, no se ha convertido en una forma de enajenación antímoda. Al contrario, es mucho más verdadera. El éxito de las instituciones comerciales obedece al puesto cada vez más firme, alcanzado por la delegación a expensas de la cesión transporte. Con ella se desarrolla más el crédito que con la cesión. Es incalculable el número de aplicaciones que recibe la delegación: *a)* la transmisión activa y pasiva del establecimiento comercial; *b)* el endoso de los efectos de comercio y aun la emisión originaria de la letra de cambio y del cheque; *c)* el giro de letras de un Banco entre dos clientes, del cual el cheque no es más que la preparación; *d)* la circulación de las *filieres* de Bolsa y el transporte por porteadores sucesivos». A esta enumeración añade el autor la negociación de los valores de Bolsa nominativos o al portador.

2 *Tratado elemental*, 5.ª ed., n. 1.292 y s.: *De la naturaleza jurídica del título de crédito*, Anales de Derecho comercial, 1906 y 1907.

cambio, especialmente, para razonar más particularmente, es una delegación sometida por la Ley mercantil a formas determinadas, pero que produce efectos originales. Así el librado es un delegado que está más rigurosamente obligado que cualquier otro ordinario, porque se le deniegan los términos de gracia. En compensación dura menos tiempo su obligación, pues cesa por la prescripción de cinco años. El recurso del portador contra el librador, si el librado no acepta o no paga al vencimiento, depende de que el portador haya presentado la letra al librado y haya levantado el oportuno protesto. Finalmente, la letra de cambio contiene la cláusula a la orden. Pero hay—dice—particularidades que no modifican en nada la naturaleza jurídica de la operación perfeccionada entre estas tres personas: librador, librado y beneficiario.

El librado es un deudor delegado por su acreedor el librador, al acreedor de este último el delegatario. Ahora bien, aceptando la delegación, el librado contrae hacia el tomador una obligación abstracta, independiente de su causa, es decir, de la relación que le une al librador. Por consiguiente, no puede oponer al tomador las excepciones que tendría derecho a oponer al librador.

Según Thaller, esta operación de la delegación se renueva en cada endoso de la letra de cambio. Endosando esta letra a un tercero, el beneficiario hace una nueva delegación; se hace delegante, a su vez, y se sustituye un nuevo delegatario. El librado, aceptando la letra de cambio, y obligándose a pagar al tomador o a su orden, se obliga no sólo hacia éste, sino hacia todo portador subsiguiente. Así, pues, no podrá oponer el nuevo delegatario o endosatario las excepciones que habría podido hacer valer contra el endosante. Finalmente, el endosante mismo se aviene a ser delegado por el endosatario cuando éste verifique, a su vez, un nuevo endoso. Cada endoso equivale al nacimiento de una nueva letra.

Así la regla de la imposibilidad de excepcionar se explicaría por una serie de delegaciones sucesivas.

188. ¿Qué pensar de este ensayo de explicación? A nuestro parecer choca con objeciones irrefutables.

En primer lugar, la delegación no modifica la situación ju-

rídica del delegante, no crea a su cargo ninguna obligación. El delegante queda obligado meramente hacia el delegatario, como antes lo estaba. Al contrario, el contrato de cambio modifica por completo la situación del librador. Éste, en efecto, garantiza el pago de la letra a su vencimiento (artículo 118 C. com.) Y esto no sólo para con el tomador, sino para con todos los portadores posteriores. Se obliga desde ahora respecto de nuevas personas, y esta obligación de fianza está sometida a las reglas especiales del cambio, más rigurosas que las de la deuda primitiva.

Además, en la delegación, si el delegatario cede a un tercero su derecho de crédito contra el delegado, el cesionario no adquiere más derechos que el delegatario. El delegado puede, pues, oponer a éste todas las excepciones que tenía a su favor contra el delegatario. Ahora bien, las cosas son muy distintas aquí. El librado no puede oponer a los portadores sucesivos del efecto los medios de defensa que tenía contra los portadores anteriores.

Para justificar esta imposibilidad de excepcionar, Thaller dice que en cada caso se produce una nueva delegación; pero como el delegado no interviene de hecho en la operación, se ve comprometido a suponer que el librado, aceptando la letra de cambio, no se obliga solamente con el primer beneficiario, sino con cualquier otra persona que le suceda. «El librado, dice, da su aceptación a esta otra persona futura; anticipadamente se constituye deudor de todos los que eventualmente sucedan en el título» [1]. Esto no es una explicación, es una suposición. Ahora bien, ¿cómo edificar una construcción sólida sobre suposiciones? Además, admitir que el librado se obliga no sólo respecto del tomador, sino respecto de todos los portadores sucesivos (porque a esto llega Thaller), ¿no es, acaso, reconocer que su obligación es en absoluto distinta de la del delegado? La delegación es una operación entre tres personas, y por este procedimiento se la transforma en operación de un número indefinido de interesados.

Finalmente, una última objeción se añade a las precedentes.

1 *Tratado elemental*, n. 1.296.

La delegación no lleva consigo cesión al delegatario del crédito del delegante contra el delegado; este crédito subsiste en favor del delegante, hasta que el delegado paga al delegatario. Ahora bien, en la letra de cambio, desde que el librado acepta, el portador del efecto goza de la provisión, y aun desde antes, según la jurisprudencia [1].

189. 2.° *Otra concepción. El título negociable produce una obligación nueva a cargo de sus signatarios.*—Las diversas tentativas hechas para explicar, con ayuda de las instituciones ordinarias del derecho de obligaciones, los efectos de la negociación, han fracasado. El punto de partida está mal elegido. No podía ser de otro modo. Es preciso abandonar este procedimiento y buscar otra concepción.

El título nominativo o al portador, los efectos de comercio, no son meros *instrumentos;* son actos jurídicos solemnes que acreditan el nacimiento de una obligación a cargo de los firmantes, obligación nueva que se acumula con la antigua.

Para probarlo, tomemos el caso más simple y que a primera vista parece el más desfavorable a nuestra tesis, el del título a la orden. Supongamos que un comprador satisface el precio entregando títulos a la orden al vendedor. En sistema tradicional se sostiene que la emisión de estos títulos no hace másque reconocer y acreditar la obligación preexistente. Sin embargo, es necesario convenir en que esta obligación adquiere fuerza nueva, como vaciada en un molde nuevo; pero dicen: «es siempre la misma deuda bajo una forma y con efectos nuevos». El solo enunciado de esta proposición revela la contradicción que encierra la teoría, contradicción que dejamos ya señalada en nuestro capítulo primero.

¿Cómo, en efecto, una obligación preexistente puede permanecer la misma y, sin embargo, producir efectos nuevos? ¿Cómo la simple redacción de un *instrumentum* puede modificar la obligación del deudor? Ahora bien, tratándose de efectos de comercio, el deudor asume nuevas cargas, que antes no pesaban sobre él. Indudablemente, no debe más que antes, pero lo debe de distinta forma.

1 V. también las críticas formuladas contra la tesis de Thaller por MM. Lacour y Bouteron, *ob. cit.*, n. 1.290.

En primer lugar, renunció a ciertas ventajas que envolvía su deuda primitiva. Así está ahora rigurosamente obligado a pagar en el vencimiento. Ya no puede pedir términos de cortesía. Aunque no sea comerciante, podrá ser demandado ante un Tribunal mercantil, y le será imposible declinar su competencia con tal que la firma de un comerciante se encuentre en el título.

El acreedor, por su parte, queda sometido a reglas que no tenían aplicación al título primitivo, protesto, prescripción de cinco años [1]. Más aún, el fiador, que podía garantizar la primera obligación, queda en libertad por el hecho de aceptar el acreedor la satisfacción en efectos de comercio (art. 2.038, Código civil).

¿No prueba esto que el deudor, firmando el título a la orden, contrajo una nueva obligación, que obedece a modalidades diferentes, que viene a agregarse a las anteriores para asegurar su pago?

Pero éste no es más que un aspecto de la nueva situación creada por la emisión de los efectos de comercio. Estos producen otro efecto mucho más importante que los precedentes. Anteriormente el deudor tan sólo estaba obligado respecto de su acreedor, el vendedor. Firmando el título a la orden, prometió pagar no sólo a este acreedor, sino a toda persona a quien se endosare el documento. «En la fecha fijada, dice, pagaré al acreedor o a su orden». Así, pues, contrae una obligación nueva porque promete pagar al que le presente el efecto, en la época de su vencimiento. ¿Cómo negar que el deudor ha asumido por este hecho una obligación que antes no había en su cargo? Y del mismo modo, cuando posteriormente el vendedor endosa el título a un tercero, que es su acreedor, contrae también para con éste una obligación, porque se obliga con las mismas condiciones del efecto de comercio, no sólo respecto del endosatario, sino también respecto de los endosatarios posteriores, para

1 Thaller, *ob. cit.*, n. 1.562, objeta que existen allí medios de ejecución comparables a los que concede la redacción de un acto notarial. Pero, ¿cómo puede admitirse que un cambio en la duración de la prescripción sea una simple medida de ejecución?

el caso en que el suscriptor no pagase en el vencimiento [1].

Así, pues, los efectos de comercio no son mero *instrumentum* que acredite obligación preexistente, son un acto sometido a formas determinadas por la ley, que produce una obligación propia a cargo del que pone en él su firma; obligación que se agrega a la que pesaba ya sobre el firmante [2].

Se objeta a este sistema [3] que es jurídicamente imposible admitir que un deudor pueda tener varias obligaciones cuando no existe más que una deuda a su cargo. «Si el portador tuviese dos acciones, dispondría de dos créditos sobre un mismo deudor, ambos con el mismo objeto, porque un solo pago los extinguiría, formándose de esta suerte una situación jurídica seguramente extraña y poco explicable».

Es fácil responder. No tiene nada de extraño que varias acciones, y, por consiguiente, también varias obligaciones, nazcan para garantir el pago de una deuda única. Esto ocurre con frecuencia. Así, el deudor solidario, el fiador que pagaron al acreedor, tienen una doble acción para recurrir contra los otros codeudores o contra el deudor principal. Está en todo conforme con la tradición romana que ya expusimos al hablar del

1 Además, parece imposible negar el efecto creador de la letra o de endoso en el caso en que las partes manifestaron claramente su intención de verificar una novación, extinguiendo la deuda primitiva. En este caso sustituyen a la obligación antigua una obligación nueva nacida de la firma del efecto comercial.

2 Nuestra jurisprudencia parece adherirse a la tesis que acabamos de defender. En distintas ocasiones, en efecto, ha resultado que hay dos deudas distintas. Una sentencia de la Corte de Casación especialmente, resolvió que el vendedor, a quien entregó el comprador en pago un título a la orden y que dejó pasar cinco años después del vencimiento del título sin exigir su pago, ha perdido la acción nacida del título (art. 189, C. com.), pero conserva la acción originada por el contrato de venta, la cual no prescribe hasta los treinta años. Civ. 28 Abril 1900. *Gompertz c. cons. Grimal*, D. P. 01. 1. 17, nota de M. Thaller. Por una sentencia de 8 Mayo de 1850, *Desanic c. Thomas*, D. P. 50. 1. 158, S. 50. 1. 597, la Corte de Casación había ya fallado en este sentido, pero posteriormente adoptó la solución contraria el 4 Dic. 1878, *Bibal c. Lauzun*, D. P. 79. 1. 14, S. 79. 1. 103. El Tribunal ha vuelto, por sentencia de 28 Abril 1900, a su primera opinión.

3 Thaller, *Tratado elemental*, n. 1.291, nota D. P. 01. 1. 17; *de la naturaleza jurídica del título de crédito*, loc. cit.

pacto *de constituto* o convención, en virtud de la cual un deudor se obliga a pagar en plazo fijo una deuda preexistente. Este pacto producía a favor del acreedor una obligación y acción nuevas, que coexistían con la obligación y la acción primitivas, pudiendo el acreedor, optar por pedir el pago en virtud de una, o de otra [1].

190. II. *Caracteres de la obligación originada por el título negociable y especialmente por el título a la orden.*—Quedando establecido este primer punto, veamos ahora en qué consiste la naturaleza de su obligación producida por el título negociable.

Para determinarla, razonaremos acerca del efecto comercial, es decir, acerca del título a la orden, y en especial acerca del caso concreto en que el librado aceptase la letra de cambio.

Consideremos primero la naturaleza de la relación que se crea entre el librado y el tomador, prescindiendo de la cláusula a la orden, cuyo efecto estudiaremos en seguida:

1.° *Del vínculo contractual que se establece entre el librado aceptador y el tomador.—Carácter de este vínculo.*—La aceptación del librado crea un vínculo obligatorio entre éste y el tomador; se forma, por consiguiente, un contrato entre ambos, en virtud del cual el librado se obliga a pagar al vencimiento el valor de la letra de cambio. Ahora bien, esta obligación que nace del hecho de la aceptación, es de naturaleza abstracta, es decir, independiente de su causa. El aceptante no puede oponer al tomador de buena fe excepciones que le permitirían rechazar la acción del librador. Si, por ejemplo, aceptó la letra de cambio para satisfacer una deuda de juego con el librador, no puede oponer la excepción de juego al tomador de buena fe; y del mismo modo, si defiende que no se obligó para con el acreedor, o que su obligación está viciada por una causa cualquiera de nulidad.

1 *Supra*, n. 52.

La argumentación que acabamos de desarrollar se aplica no sólo al título a la orden sino a todos los títulos negociables, y en especial al título al portador. Resulta, sin embargo, más concluyente respecto de este último. Nos parece, en efecto, imposible negar que el título al portador por excelencia, el billete de Banco, produzca por el solo hecho de su emisión una obligación de pago a cargo del Banco emisor.

La razón que explica el carácter abstracto de esta obligación, es la misma que en la delegación. El tomador respecto del cual se obliga el librado, no conoce la causa de la obligación de éste, el fin a que aspira el librado. Sabe que existe relación jurídica entre el librado y el librador, y que ella es la causa de la aceptación del librado, pero no sabe exactamente en qué consiste la relación. La aceptación aparece como una obligación abstracta separada de su causa. Esta no es parte constitutiva del acuerdo de voluntades consecutivo a la aceptación. Las mismas razones de seguridad que encontramos en la delegación se presentan aquí con mucha más fuerza todavía.

Pero éste no es más que uno de los efectos de la relación jurídica creada por el efecto mercantil; hay otro mucho más importante, que se deriva de la cláusula a la orden.

191. 2.° *Efecto jurídico de la cláusula a la orden.*—Si nos detuviésemos en este primer aspecto, si los efectos comerciales no comprendieran la cláusula a la orden, no podrían prestar los servicios que están llamados a prestar, no podrían circular de mano en mano y desempeñar el oficio de verdadera moneda. Si no contuviesen la cláusula a la orden, no podrían los efectos mercantiles más que ser cedidos por el tomador a quien él quisiera transmitirlos. En otros términos, sólo podrían transmitirse, como cualquier otro crédito, por los medios de la transferencia de créditos (art. 1.689 y s. C. c.). Ahora bien, la cesión de un crédito no transmite al cesionario otro derecho que el del cedente. El deudor cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones que podría alegar contra el cedente. Ademas, llevando en sí mismos los efectos mercantiles determinadas causas de imperfección no tendrían ya para los cesionarios la solidez necesaria, porque podría suceder que a éstos se les negase el pago a consecuencia de vicios cuyas causas ignoraban.

Y nótese bien que el carácter abstracto de la obligación que une al librado con el tomador, no impediría este resultado. En efecto, el deudor por obligación abstracta puede oponer a los cesionarios del crédito las mismas excepciones que al acreedor cedente. Este punto quedó establecido al estudiar la delegación. Dijimos que el cesionario a quien el delegatario cede

el crédito contra el delegado, no adquiere más derechos que su autor. Así, pues, si la obligación contraída por el delegado para con el delegatario adolece de alguna causa de nulidad, o si se extinguió por confusión, el delegado puede hacer valer sus medios de defensa contra el cesionario. Lo mismo se diría del librado con relación a aquellos a quienes el tomador transfirió su crédito.

La cláusula a la orden, que es uno de los elementos esenciales de los efectos mercantiles, impide en cambio esta posibilidad de oposición; en su virtud los efectos comerciales pueden pasar de mano en mano purificándose en cada negociación de los vicios que contrajeren.

Es, pues, preciso estudiar ahora el efecto jurídico de esta cláusula a la orden.

Su efectividad puede resumirse en las dos proposiciones siguientes:

A) La obligación del signatario del título nace por la sola declaración de voluntad de aquél.

B) Es una obligación abstracta.

A) *Obligación unilateral del librado para con los endosatarios del título a la orden.*—En la letra de cambio, acerca de la cual continuamos razonando, el librado aceptante se obliga a pagar a todos aquellos a quienes fuere endosada. Asume, pues, una obligación respecto de personas que desconoce, para con terceros, cuya determinación se hará más tarde. Esta obligación presenta por lo mismo dos caracteres específicos.

En primer lugar, es una obligación unilateral, es decir, que nace no de un acuerdo de voluntades, sino de la sola manifestación de voluntad del aceptante. Y, efectivamente, el librado se obliga por el solo hecho de la aceptación, hacia personas desconocidas en aquel momento, y que, por consiguiente, no pueden unir su voluntad a la de aquél. Se intentó hacer entrar esta obligación en el campo del contrato, acudiendo a la teoría de la oferta [1], pero esta teoría cayó en el vacío, porque la oferta es esencialmente revocable, mientras que el librado se obliga definitivamente por su aceptación.

1 Saleilles. *Obligaciones*, n. 274.

Es menester reconocer que esta obligación tiene origen en su sola voluntad.

Es cierto que la doctrina francesa en conjunto se resiste todavía a admitir la introducción de este género de obligaciones en las categorías jurídicas. Según ella, solamente el contrato puede engendrar obligación; la voluntad del deudor sola no basta. Pero es cerrar los ojos a la realidad, negar que se dan casos en que una persona queda obligada por la declaración de su voluntad.

¿No tenemos el ejemplo de la estipulación por otro? ¿El asegurador que promete pagar capital determinado a un tercero designado por el asegurado, contrae doble obligación, contractual la una respecto del asegurado unilateral, la otra respecto del beneficiario? Esta segunda obligación tiene origen en el contrato, nace en virtud del acuerdo de voluntades del asegurador y del asegurado, pero es obligación unilateral, porque el asegurador se obliga hacia un acreedor que no está presente para que acepte su promesa.

Ahora bien; en el caso de obligación por causa de título negociable, se da una situación parecida. También aquí existe acuerdo de voluntades entre el signatario del título y el primer acreedor respecto del cual se obliga; y al mismo tiempo que se obliga de este modo contractualmente, el signatario se obliga unilateralmente respecto de los portadores futuros del título. Aquí, como en el caso precedente, la obligación unilateral se halla adherida a otra contractual; nace por efecto del contrato que se perfecciona entre el signatario y el primer beneficiario. ¿A qué negarse a aplicar a operaciones análogas la construcción admitida actualmente por la mayor parte de los escritores, para explicar el mecanismo jurídico de la estipulación por otro?

Por lo demás, no convendría avanzar mucho en esta relación entre la estipulación por otro y la obligación procedente de título negociable. Podría ocurrir, en efecto, que se viera en la letra de cambio una doble obligación contractual (fianza entre el librador y el tomador de una parte, promesa de pagar del librado al tomador de otra), sobre cada una de las cuales se dibujaría la estipulación por otro realizada por el tomador en

favor de los futuros portadores del efecto. Ahora bien, en la estipulación por otro, el derecho del tercer beneficiario depende íntimamente del contrato realizado entre el promitente y el estipulante; todas las causas de nulidad o de caducidad oponibles al estipulante, pueden igualmente oponerse al tercer beneficiario. Añádase que no se conforma con la realidad de los hechos, suponer que el tomador estipula en favor de los portadores sucesivos.

«Como observa M. Lacour, es una suposición completamente gratuita. En verdad, el tomador obra exclusivamente guiado por su interés personal». ¿A qué tomar sobre sí los intereses de los portadores subsiguientes desconocidos suyos, y cuya misma existencia es incierta? [1].

1 Las doctrinas alemana e italiana prescinden completamente de la idea de contrato, y admiten que el suscriptor del título negociable se obliga por su sola voluntad para con los terceros, que llegarán a ser portadores del título, lo mismo para con el primer beneficiario que para los beneficiarios subsiguientes. Véase en este sentido Lacour y Bouteron, *Compendio*, ns. 1.026 y s. Ha sido especialmente con ocasión de los títulos al portador, cuando esta teoría se ha desarrollado. Se apoya, desde luego, en consideraciones que parecen singularmente convincentes en lo que se refiere a este género de títulos.

«Si se considera que casi siempre la emisión de títulos al portador por un establecimiento se hace en masa, merced al empleo de gran número de intermediarios, de suerte que los órganos de este establecimiento no entran en relación inmediata con los tomadores, cuya personalidad, por otra parte, les es completamente indiferente, hay que reconocer que el concepto clásico de contrato se adapta mal a esta situación.» Lacour y Bouterón. *Compendio*, n. 1.070.

Los autores partidarios de esta teoría, discuten acerca de si esta obligación del emisor nace al tiempo de la *creación*, o de la *emisión* del título. (V. Lacour y Buteron, n. 1.072; Saleilles. *Obligación*, ns. 275 y s. Cod. civ. alemán, arts. 793, 794.)

El interés de la discusión estriba en saber si los títulos robados en el establecimiento emisor cuando todavía no tienen tomador, obligan o no obligan a la Compañía con relación a los portadores que los hayan adquirido de buena fe. Nos parece que es preferible conservar la idea de contrato como base de la obligación.

Estas observaciones no hacen referencia más que a los *títulos al portador*. En cuanto al documento al portador suscrito por una persona a favor de otra, hay que admitir que en su origen existe la obligación contractual a la que se adhiere la obligación unilateral.

192. B) *Carácter abstracto de esta obligación.*—En segundo lugar, la obligación unilateral que el librado contrae respecto de todos aquellos a quienes se endosa el título, es también de índole abstracta. En virtud de ella se constituye un vínculo directo entre el librado y cada uno de los endosatarios sucesivos del título; vínculo independiente del que une al librado con los endosatarios anteriores. Este carácter abstracto resulta del modo de obligarse el librado; éste promete pagar, a quien quiera que sea, al vencimiento portador del efecto. Así, pues, renuncia a valerse contra el que le presente el título, de excepciones que tuviere en su favor contra el portador anterior.

Sabe que el título a la orden está destinado a circular, y se obliga de un modo directo para con todos aquellos a quienes vaya a parar dicho título, de suerte que cada uno de ellos está investido de un derecho directo, independiente del derecho de su autor [1].

Y del mismo modo en materia de letra de cambio, es imposible negar que exista en un principio un doble contrato, fianza, promesa de pagar, y que la obligación unilateral para con los portadores eventuales nazca al tiempo de este contrato.

«La cláusula a la orden supone un primer beneficiario con quien se trata de manera directa, a quien el suscriptor tiene presente, y respecto del cual es difícil suprimir la noción de concurso de voluntades, y, por consiguiente, la idea de contrato.» Saleilles. *Obligación*, n. 276, p. 312. 2.ª y 3.ª ed.

Además, ¿cómo se podría explicar de otra manera el derecho del suscriptor a oponer a su prestación recíproca inmediata las excepciones nacidas del contrato perfeccionado entre sí? Si el suscriptor estaba obligado con el primer tomador por una obligación unilateral abstracta, no debería poder oponer excepciones a este tomador. Esta objeción la desarrolla Thaller muy bien. (*Título de crédito*, n. 50.)

1 Para explicar este efecto admite la doctrina alemana, que se verifica una incorporación de derecho al título mismo, y, finalmente, llega a sostener que el suscritor está ligado con el título, que es el verdadero acreedor, constituyéndose en cada portador su representante legal. Estas concepciones son inadmisibles. Hay que atenerse a una idea sencilla y clara: El suscriptor promete pagar al que sea portador reglamentario del título a su vencimiento; así, pues, no puede negarse al pago con el pretexto que tiene medios de defensa contra los portadores anteriores.

Por lo que respecta a los títulos al portador, podría suceder que se

En resumen, la aceptación por el librado de la letra de cambio produce a su cargo una doble obligación: contractual y unilateral, y cada una de ellas abstracta.

Lo que hemos dicho del librado puede aplicarse a cuantos esparen su firma en la letra de cambio. Así el librador y los endosantes son afianzadores solidarios para con todos los portadores sucesivos del pago al vencimiento; se obligan directamente con cada uno de ellos mediante una obligación abstracta.

Hasta ahora no ha adoptado la doctrina francesa estas ideas. Van penetrando en ella poco a poco. Tienen un elocuente defensor en nuestro distinguido compañero M. Lacons, que de modo notable las ha expuesto en su *Compendio de Derecho mercantil.* (2.ª ed., ns. 1.670 y s. 1.288) [1].

193. III. *De las obligaciones civiles a la orden o al portador.* Hemos visto que la jurisprudencia admite la validez de los créditos civiles pagaderos a la orden o al portador [2], y estable-

defendiese la imposibilidad de oponer excepciones como una consecuencia de la regla del art. 2.279 C. c.; en efecto, tratándose de muebles la posesión equivale al título, regla que significa que el hecho de la posesión del título o de la cosa, crea a favor del poseedor de buena fe un derecho nuevo independiente del que procede del de su autor, y purgado de los vicios que hubieran podido invadir a este último. (V. infra n. 195).

¿No es lógico atribuir al art. 2.279 la misma fuerza tratándose de un crédito constatado por un título al portador que tratándose de la propiedad de un mueble corporal? Pero este razonamiento es válido únicamente para la propiedad del título al portador, no para su validez. La posesión de buena fe concede al portador del título la cualidad de acreedor, pero no purifica el título, no destruye los vicios del crédito. El poseedor, en otros términos, adquiere el crédito tal como en sí es.

1 V. También Debray. *De la cláusula a la orden.* En Italia se admiten corrientemente. V. Vivante, *Tratado de Derecho mercantil.* T. II. Traducción Escarra. En cuanto a los diversos sistemas de la doctrina alemana, Cons. Saleilles. *Obligación,* ns. 267 y s. 2.ª y 3.ª ed. p. 297.

2 En lo que respecta a los títulos al portador y a los títulos en blanco, que no son más que una variedad suya, su validez no ha sido nunca impugnada en serio después del Código civil. (V. especialmente Merlin, *Cuestiones de Derecho,* v.° *Portador.*)

El caso de estos títulos se remonta a nuestro antiguo Derecho. Se tomaron medidas prohibitorias respecto de ellos, porque se les consideraba

ce que estos créditos son transferibles por endoso o tradición del título, sin que haya necesidad de hacer notificación al deudor [1], solución indiscutible si se admite, con nosotros, que el título a la orden o al portador produce obligación unilateral.

¿Se aplica la regla de imposibilidad de excepcionar a estas obligaciones, no de otra suerte que a los títulos negociables? Es

como un medio para los usureros de dedicarse a sus maniobras sin ser descubiertos. Las decisiones del Parlamento de París (7 Junio 1611, 26 Marzo 1624) prohibieron el empleo de los títulos en blanco. Un edicto de Mayo 1716, promulgado en tiempo de la Regencia (al tiempo en que Lavv obtenía el privilegio de emitir billetes al portador y a la vista), prohibió igualmente redactar títulos al portador (V. Pothier, *Tratado del contrato de cambio*, ns. 223, 224). Esta prohibición fué de corta duración, porque una declaración real de 21 Enero 1721 la volvió a establecer de nuevo, decidiendo que todos los negociantes y mercaderes que hubieran suscrito títulos pagaderos al portador en valores recibidos a cuenta o en mercancías, quedarían obligados al pago.

En tiempo de la revolución, un decreto de 25 *thermidor*, año III, proclamó que se permitía suscribir y poner en circulación de buenas a buenas, como antes, efectos y títulos al portador, con tal que no tuviesen por objeto reemplazar o suplir la moneda.

El empleo de los títulos al portador o en blanco está muy extendido. La jurisprudencia se ha basado en el Decreto antes citado para declarar su validez. (Req. 10 Nov. 1829, *Sir chr.*; París 22 Mayo 1895, S. 96. 2. 251.) Establece que estos títulos son válidos aunque no hagan mención de la fecha de vencimiento. (Ej.: *Vale por 1000 fr.*, firmado.) Algunos autores pretenden que la fecha es indispensable para distinguirlos de los billetes de Banco; pero la jurisprudencia responde que un título al portador sin fecha es prescriptible, mientras que los billetes de Banco no prescriben nunca. Además, los billetes de Banco nacen sin causa ni valor recibido, y sólo en representación del capital del Banco, al paso que el simple título al portador se suscribe para atestiguar una operación jurídica llevada a cabo entre dos personas. Civ. 18 Dic. 1850. 1.er cas., S. 51. 1. 157; Riom 6 Abril 1886, S. 88. 2. 14; Bourges 1 Junio 1910, S. 10. 2. 216.

1 Req. 11 Abril 1849, D. P. 49. 1. 141; S. 49. 1. 305; Civ. 8 Mayo 1878, D. P. 78. 1. 241, nota de Ch. Beudant, S. 18. 1. 292; 7 Mayo 1879, D. P. 79. 1. 307; S. 79. 1. 421; Req. 15 Marzo 1892, D. P. 93. 1. 309; S. 94. 1. 495. Estas sentencias se refieren a los títulos a la orden. En cuanto a los títulos al portador, no encontraron las mismas resistencias doctrinales porque se hallaba extendido desde mucho tiempo su uso, y porque se admitía, sin contradicción, que la tradición del título llevaba consigo la adquisición del crédito. (V. Merlin, *Cuestiones de Derecho*, v.° Portador.)

esta una cuestión que no se ha resuelto todavía uniformemente ni por la doctrina ni por la jurisprudencia.

La jurisprudencia admite, es cierto, en teoría, que el deudor de una obligación a la orden o al portador no puede oponer al tenedor del título las excepciones que tendría derecho a hacer valer contra el acreedor originario o el tenedor anterior [1]. Pero se pronuncia en sentido contrario, es decir, no admite la imposibilidad, tratándose de medidas de seguridad, a la orden o al portador [2].

1 V. *Para las obligaciones al portador*, París, 2 Dic. 1867. *Barrois c. Grimonprez*, D. P. 68. 5. 161; Pau, 6 Abril 1886, *Cols c. Dufour-Clarat*, D. P. 86. 2. 230; S. 88. 2. 14, París 22 Mayo 1895. *Denis c. Huchard y Seguin*, S. 96. 2. 251. Civ. 9 Nov. 1896. *Sté forces. motr. Grenoble c. Fontenay*, D. P. 97. 1. 16, S. 97. 1. 161, nota de M. Tissier: «El que lleva una obligación auténtica pagadera al portador se halla investido de derecho que le es propio, y no es susceptible, si existe buena fe, más que de las excepciones personales o que se deriven del acto mismo; esta consecuencia legal, obedece a la forma del título y no a su carácter, sin que haya para qué distinguir a este respecto entre obligaciones civiles y obligaciones mercantiles.» Civ. 31 Octubre 1905. *Delleau c. Maufroy*, S. 08. 1. 305, nota de M. Lyon-Caen; Req. 18 Enero 1911, *de Narbonne c. Granoux*, D. P. 16. 1. 231; S. 1911, 1. 320; 27 Mayo 1913. *Synd. gener. de ferrov. y tranv. c. Créange*, D. P. 13. 1. 529, nota de M. Lacour; Civ. 26 Enero 1920. *Thirault c. Barreau*, S. 21. 1. 377; Trib. civ. de Versall, 23 Nov. 1921. *Gaz. Pal.*, 31 Dic. 1921.

Por lo que se refiere a las obligaciones a la orden, fuera de las medidas de seguridad de que hablamos más tarde, se encuentran pocas resoluciones. V. Grenoble, 7 Feb. 1835; S. 35. 2. 340, que en oposición a la solución admitida por la jurisprudencia, establece que el suscriptor puede oponer al portador la compensación en virtud de la cual quedó en libertad para con un portador anterior. En sentido opuesto, Req. 11 Abril 1849. D. P. 49. 1. 141, dada en un caso en que se trataba de título a la orden que no declaraba el valor prestado y, por consiguiente, valía sólo como simple promesa. El suscritor del título tenía cuenta corriente con el beneficiario y su deuda se había extinguido por compensación; pero el beneficiario había endosado el título a un tercero que demandaba el pago contra el suscriptor. El Tribunal y la Corte de París (18 Agosto 1848), deniegan al deudor el derecho de oponer la compensación, y la Cámara de apelación rechaza la demanda del deudor.

2 Req. 25 Marzo 1862. *López-Dubec c. C^ía. Aseg. La Gironde*, S. 63. 1. 27. Era el caso de un préstamo a la gruesa; Civ. 13 Julio 1893, *Seray-Ducoureau c. C^ía. Aseg. Marit La Reunión*, D. P. 95. 1. 137, nota de M. Le-

Los autores andan bastante divididos. Unos aprueban la distinción hecha por la jurisprudencia [1]; M. M. Lyon-Caen y Renault se pronuncian en contra y [2] declaran que la imposibilidad de oponer las excepciones debe aplicarse a todos los títulos a la orden o al portador, porque es consecuencia lógica de la causa y necesaria para la seguridad de la circulación del título. Según Thaller [3], la regla de la imposibilidad es especial para los efectos de comercio y títulos destinados a circular a semejanza de la moneda. Pero si el título a la orden o al portador se emitió simplemente en vista de una transmisión más rápida del crédito, pero no para realizar la función de la moneda, no puede entonces aplicársele tal norma.

Finalmente, M. Lacour ha propuesto [4], una distinción razonable entre lo que llama *títulos abstractos* y *títulos concretos*.

«Los títulos abstractos son aquellos cuya redacción atribuye al portador el derecho absoluto de exigir una cantidad determinada sin aludir a la causa de la obligación del suscriptor, de modo que la causa se halla separada del título, el cual se basta a sí mismo; el derecho del portador es autónomo, independiente de la convención, en virtud de la cual el título se creó.»

Los títulos concretos son aquellos que «se refieren a un contrato que ha tenido lugar entre el suscritor y el primer to-

villain; S. 94. 1. 212; seguro marítimo contratado por el cargador de las mercancías y el capitán del navío, con intención fraudulenta de perder el navío. La póliza había sido endosada por el cargador a un tercero. Habiendo perecido el navío, el portador reclamaba al asegurador la indemnización prometida; pero se le denegó la demanda porque el dolo concertado entre el asegurado y el capitán puede oponerse a los endosatarios de la póliza como a cesionarios ordinarios. París 3 Feb. 1894, *de Mavroidi c. Aseguradores*, S. 94. 2. 301.

1 Véase nota de M. Tissier, en Req. 19 Dic. 1892; S. 95. 1. 225, y relación del Sr. Consejero Cotelle.

2 *Tratado de Derecho mercantil*, 4.ª ed. T. IV, ns. 157, 462, 476. Lyon Caen. *Rev. critica*, 1892, p. 361 y nota S. 1908. 1.305.

3 *Título de crédito*, n. 102: *Tratado elemental*, n. 1.503.

4 *Compendio*, 2.ª ed., n. 1.400.

mador, y que no atribuyen al futuro portador otros derechos que los que se derivan de la convención. Tal es especialmente una póliza de seguro marítimo a la orden. El endosatario de esta póliza no tiene derecho a cantidad anticipada, sino a indemnización que se fijará, en caso de siniestro, según la extensión de los daños y conforme a las reglas del contrato de seguro. No puede ignorar que sus derechos están condicionados y limitados por los términos del contrato y subordinados a su validez». Nos aherimos al razonamiento. En materia de obligación la voluntad de las partes es la dueña absoluta, y si el deudor a la orden o al portador manifestó claramente su intención de no obligarse para con los tomadores posteriores, sino en los términos del contrato primitivo, esta voluntad debe producir su efecto [1].

APÉNDICE

DEL CARÁCTER ABSTRACTO DEL DERECHO QUE SE DERIVA DE LA POSESIÓN DE COSA MUEBLE CORPORAL

194. Nuestra teoría del acto abstracto no quedaría completa si no habláramos aquí del efecto particular que produce la posesión de buena fe de la cosa mueble corporal.

Tal efecto se halla enunciado en la famosa regla del artículo 2.279 C. c. «Tratándose de muebles, la posesión equivale al título», que, como se sabe, debe completarse así: «Tratándose de muebles corporales y de títulos al portador, la posesión de buena fe equivale al título».

Se deduce de esta regla que la tradición de una cosa mueble produce a favor del *accipiens* de buena fe, un derecho sobre la cosa, independiente de el del *tradens*, y purgado de los vicios

1 Se podría también apoyar sobre otro fundamento la solución dada por la jurisprudencia en el caso de pólizas a la orden o al portador. En efecto, todo seguro contratado en beneficio de un tercero constituye una estipulación por otro; ahora bien, en la estipulación por otro la suerte de la obligación unilateral del asegurador para con el beneficiario eventual del seguro, está íntimamente unida con la del contrato, llevado a cabo entre el asegurador y el asegurado. (V. *supra*, n. 182.)

o de las imperfecciones que pueden afectar a éste. En otros términos: la tradición de un mueble corporal constituye un título *abstracto*.

Para comprender mejor este efecto, debemos recordar que en nuestro Derecho francés la transmisión de derecho se rige por la regla: *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*, la cual significa que el cedente no puede transmitir al cesionario más derechos que tiene. En otros términos: el derecho cedido, ya se trate de derecho real o de derecho de crédito, pasa al adquirente, tal y como existía en favor del enajenante, con los vicios y las causas de imperfección que le eran propias, y si el derecho cedido existía solamente en apariencia en favor de quien cedió, el adquirente no se hace desde luego titular.

Pero esta regla tiene una importante excepción refiriéndose a muebles corporales. El poseedor de buena fe sobre un mueble corporal, adquiere, en virtud de la tradición, un derecho propio, independiente del de su autor. Para apreciar la importancia de esta excepción y su alcance de aplicación, conviene distinguir entre el caso en que el *tradens* es propietario del mueble transmitido y aquel en que no lo es.

Primer caso.—El *tradens* no es propietario del mueble enajenado o que entrega en prenda al *accipiens*. A pesar de este defecto jurídico, el *accipieus* de buena fe se hace propietario o detentador a título de acreedor prendario del mueble transmitido. Adquiere pues, por el hecho de la tradición, un derecho que no tenía su autor. Y este derecho que adquiere sobre la cosa poseída, es oponible al verdadero propietario, con la sola reserva para este último, de que, si se trata de cosa perdida o robada, puede reivindicarla durante tres años a contar desde la pérdida o del robo.

Segundo caso.—El *tradens* es propietario de la cosa enajeda, pero la tradición tuvo lugar sin causa, o no se verificó con intención de transferir la propiedad al *accipiens*. También en este caso, el solo hecho de la posesión de la cosa, junto con la presunción de buena fe existente en favor del poseedor (artículo 2.268), crea a favor de éste un derecho sobre la cosa independiente del de su autor.

Este efecto del art. 2.279, desde luego, es impugnado por algunos autores, pero está consagrado por la jurisprudencia, desde hace mucho tiempo. Para determinarle bien, puede tomarse como ejemplo el caso de una donación manual. Según la jurisprudencia, cuando surge conflicto entre el pretendido donante o sus herederos y el poseedor, que asegura haber recibido la cosa a título de donación, este último no puede aducir ninguna prueba; tiene en el hecho de su posesión, que se presume de buena fe, mientras no se pruebe lo contrario, un título que puede oponer a la pretensión de sus adversarios. Y éstos tan solo triunfarán en su reivindicación, probando que el poseedor lo es de mala fe, o que la posesión es clandestina o equívoca (art. 2.229, C. c.).

Nótese bien la diferencia que existe entre el poseedor de un mueble y el de un inmueble demandado en acción reinvindicatoria.

Tratándose de inmuebles, la simple posesión no constituye título nuevo, independiente del que se deriva del acto translativo. El poseedor de un inmueble, que pretende ser su propietario, no puede, para oponerse a la acción reivindicatoria entablada contra él, alegar únicamente su cualidad de poseedor. Indudablemente la posesión le otorga el privilegio de demandado en el procedimiento de reivindicación, y como tal, no le toca a él presentar la prueba, sino que esto corre a cargo del demandante. Pero una vez que éste presenta sus títulos, cuando, por ejemplo, prueba que era propietario de la cosa antes que el demandado hubiera comenzado a poseerla, entonces le corresponde a éste la prueba de que adquirió legalmente su propiedad. (Civ. 9 Enero 1901. S. 05. 1. 509; Req. 2 Enero 1907. D. P. 07. 1. 125.)

Al contrario, en el caso de donación manual, aunque el pretendido donante o sus herederos, prueben que eran anteriormente propietarios, esto no basta. El poseedor está protegido por el art. 2.279, y sus adversarios triunfarán solamente si prueban que no es de aplicación este texto.

El efecto producido por la regla del art. 2.279, p. 1, aparece más claro todavía si se compara el caso en que el comprador de un objeto mueble, cuerpo cierto, ha sido puesto en posesión,

con aquel otro en que no lo ha sido. En tanto que no se le haga la tradición, su derecho descansa únicamente en el contrato de venta, y se halla sometido a la regla: *nemo plus juris in alium transferre potest quan ipse habet.* Al contrario, una vez en la posesión, su título se funda en el art. 2.277. Por consiguiente si el vendedor es un simple depositario o un prestatario, que abusa de la confianza del que constituye el depósito o del prestamista, este último podrá reivindicar la cosa, mientras no se haya entregado al comprador; pero no podrá hacerlo si éste entró ya en posesión de ella. Y del mismo modo si el mueble vendido era robado o perdido, el propietario despojado no podrá reinvindicarlo contra el adquirente que tiene su posesión, a no ser que no hayan transcurrido tres años a contar de la pérdida o del robo. Estas resoluciones prueban que el hecho de la tradición crea en favor del poseedor un derecho nuevo, distinto del que se deriva del título de adquisición.

Así, pues, en resumen, resulta exacto decir, que en nuestro derecho el hecho de la posesión de cosa mueble corporal constituye para el poseedor un título abstracto, independiente del acto, en virtud del cual se hizo la tradición de la misma.

CAPÍTULO VI

De la causa en las liberalidades. [1]

195. Dijimos en el capítulo primero que las liberalidades pueden clasificarse en dos grupos:

1.° Aquellas, las menos numerosas, en que el *animus donandi* se presenta aislado de cualquier otro fin; no persiguiendo el disponente otra cosa que gratificar al donatario. En cuanto a estas liberalidades, es verdad decir que su causa reside únicamente en la intención liberal del disponente. No hay que preocuparse de los móviles de orden vario, que hayan podido determinar la voluntad del donante: afectos, reconocimiento, recompensas de servicios prestados. Esto interesa poco. Los móviles precursores del acto jurídico no constituyen parte del mismo, y aunque fuesen reprobables, aunque revistieran carácter inmoral, no hay por qué tenerlos en cuenta. A estas liberalidades no se aplica el art. 1.131. El *animus donandi* se presenta entonces como el solo, el único fin del disponente, y no puede ser ni ilícito ni inmoral [2].

2.° Pero existe una segunda clase más importante de liberalidades, en las cuales el *animus donandi* no es sino un medio con miras a un fin, que es el elemento esencial de la voluntad del disponente y constituye la causa de su obligación.

Esta distinción entre las dos clases de liberalidades inspira y explica resoluciones interesantes y generalmente mal comprendidas por los autores, de nuestros Tribunales llamados a

1 Cons. además de los *Tratados de Derecho civil*, Tarbouriech. *De la causa en las liberalidades*. París 1894; Gauly, *Ensayo de una definición de la causa*. Rev. crit. de legisl. 1886. p. 44; Bartin, *Teoria de las condiciones imposibles o ilícitas*. p. 358 y s. París 1886; Hamel, *La noción de causa en las liberalidades*, tesis, París 1920.

2 V. Labbé, nota S. 79. 1. 393.

definir acerca del carácter lícito o ilícito de las liberalidades [1], sobre sus consecuencias y sobre las demandas de revocación por incumplimiento de cargas.

La exposición de esta jurisprudencia constituirá el objeto del capítulo; pero antes de abordarlo, vamos a recordar y completar las nociones históricas presentadas en el capítulo II. El estudio de precedentes tiene aquí una importancia capital, porque nuestra jurisprudencia moderna no ha hecho más que seguir la doctrina de nuestros antiguos escritores. Continúa la cadena de la tradición; no ha innovado nada.

SECCIÓN PRIMERA

Precedentes del Código civil.

196. Los glosadores, como dijimos, crearon y opusieron los términos de *causa finalis* y de *causa impulsiva*, correspondiendo la primera a la idea de fin, y la segunda a la del motivo, y fué sobre todo en las liberalidades donde echaron mano de ella para explicar los textos del Derecho romano relativos a las liberalidades con carga y a los legados.

Mas particularmente con respecto a estos últimos, se recordará que los jurisconsultos romanos, distinguiendo la intención liberal de la *causa*, o simple motivo, sentaban como regla que el error sobre el motivo no produce la nulidad del legado: *falsa causa legato non nocet, quia ratio legandi, legato non cohæret.* Pero la restringían, añadiendo: *Sed exceptio doli la cum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse.*

Los glosadores y los postglosadores en vano intentaron encontrar un *criterium* que permitiese distinguir estas dos especies de causas y afirmar cuándo la causa puede ser considerada como *legato cohærens*. Menochius (1532-1607) y algunos otros

1 *Nota del Traductor: Carácter lícito o ilícito*, quiere decir fin lícito o ilícito, ya que los contratantes han de tener la representación mental de la finalidad de su negocio. No de otra suerte suelen hablar los Códigos de *objeto lícito o ilícito*, entendiéndose de idéntica forma. V. el artículo 1.666 del C. c. español. La sociedad puede constituirse poniendo en común diversas cosas u objetos que en sí no son lícitos ni ilícitos.

pretendieron que bastaba con que el motivo se enunciase en el testamento para constituir causa final de la disposición; pero tal opinión fué abandonada por no estar de acuerdo con textos del *Digesto*, que, como el fragmento 17, § 2, de *cond et dem*, se expresan en favor de la validez de la liberalidad, aunque la causa enunciada en el testamento sea falsa. Así nuestros antiguos escritores acabaron por abandonar esta orientación falaz y por admitir que todo se reducía a una cuestión de hecho. «Es bastante difícil, dice Furgol, *Tratado de los testamentos*, cap. 7.°, sec. 3.ª, n.° 9, dar reglas para distinguir la causa impulsiva de la final, porque son cuestiones de hecho puramente, que deben determinarse según las circunstancias. Todo lo que puede decirse es que la razón o el motivo que el testador expresó no están adheridos al legado, y que la causa no puede reputarse final más que cuando se prueba que el testador no ha dispuesto sino en consideración a su contenido, y que sin ella no lo hubiese hecho. Pero en este último caso, la causa, que se considera final, anula o resuelve del mismo modo que la condición, si se descubre su falsedad» [1].

Sin embargo, Furgole añade una observación importante en los números siguientes, referente a que la causa impulsiva hace relación por lo general al pasado o al presente (por ejemplo, yo

1 V. también *ob. cit.*, cap. 5.°, sec. 4.ª, ns. 10, 11, 24. Furgole aplica la misma regla a las donaciones entre vivos. En su *Comentario a la ordenanza de 1731 sobre las donaciones*, T. II, cuest. 19, examina el caso de la donación hecha por una persona en la creencia de que sus hijos habían muerto, y admite que la aparición de éstos anula la donación, porque, dice, la falsa opinión de su muerte es como el motivo que ha servido de fundamento a la liberalidad. V. Guy Rousseau de Lacombe, v.° *Causa*, que cita una sentencia del Parlamento de Orleans de 1578, la cual en un caso análogo casó el testamento, Cons., también Henrys, T. IV, 2, cons., p. 68, y las observaciones de Bretonnier, *ibid*, p. 77; Ricard, *Tratado de las donaciones entre vivos y de los Testamentos*, 2.ª parte, cap. 4.°, n. 127; d'Olive, *Cuestiones notorias de Derecho*, T. V, cap. 17; Pothier, *Donaciones testamentarias*, n. 82; Guyot, *Repert. de Jurisp.* V. *Legados*, sec. 2.ª, *in fine*.

En aplicación de la misma idea, nuestros antiguos escritores anulaban los legados *ab irato* como inspirados, no tanto en el deseo de gratificar al legatario, como en el odio injusto contra los herederos. (V. Pothier, *ob. cit.*, n. 83; Ricad, *ob. cit.*, 1.ª parte, cap. 3, sec. 14.)

lego a Ticio 100 escudos porque ha gestionado o para que gestione mis asuntos), al paso que la causa final mira al futuro, y se reputa tal entonces, siempre que no tenga por sólo y único objeto el interés del legatario. La causa que mira a lo futuro puede ser considerada como un modo.

Tal semejanza de la causa final con el modo de que Furmole trata en este lugar después de los glosadores, había atraído la atención de los intérpretes de las leyes romanas. Bartolo se refiere a ella en varios pasajes. En la ley 40, § 5, D. 35, 1. *de cond. et dem.*, que trata del caso de legado verificado para erigir un monumento al difunto, compara el modo con la condición. Según la glosa, dice: *modus est de futuro, et quasi cujusdam remunerationis a legatario petita exhortatio, quo non impleto, ita privatur relicto, sicut deficiente condictione ab initio non capitur.*

Así, según la glosa, el incumplimiento de la condición produciría siempre la revocación del legado. A Bartolo le parece la definición demasiado vaga y propone esta otra: *Modus est moderatio quaedam dispositioni adjecta eum qui honoratur aggravans, in tempus dispositionis perfectae.* El modo es una restricción inherente a la disposición que pesa sobre el legatario, y que debe éste cumplir después de haber recibido la liberalidad. ¿Qué sucederá si el legatario no la cumple? Si la imposibilidad de cumplirla no le es imputable, *non implet modum quia non potest*, conserva el legado (92. 1. D. *de leg.* 1.°). Pero si procede de mala voluntad, existen entonces tres remedios. El primero consiste en privar al legatario del legado, pudiendo el heredero reclamar su valor *(2. C. de his quae sub modo)*; el segundo es que el heredero obre en virtud de la estipulación para obligarle a ejecutarla (19. D. *de leg.* 3.°); el tercero consiste en que aquel a cuyo favor se estableció el modo, obre en virtud de la acción nacida del testamento.

En otro pasaje, a propósito de la ley 2. D. *de donat*, *39. 5*, Bartolo, al final de su comentario, después de haber opuesto la *causa final* a la *causa impulsiva*, compara la causa, la condición y el modo: «Cuando la causa figura en forma de condición, no hay duda de que la condición es causa final, y que, si falta, la disposición se derrumba. En cuanto al modo, unas

veces es causa final, otras causa impulsiva [1]. Cuando tiene por fin satisfacer los intereses de otra persona distinta del donatario, se presume siempre causa final; si se establece en interés únicamente del donatario, entonces hay que atender a si se requiere o no como necesario para la sustancialidad del acto. Pero aun cuando no aparente como necesario el modo, se presume sin embargo causa final, si se propone una *causa favorabilis vel pia.*» Como se vé, Bartolo penetra en distinciones un tanto sutiles.

En el siglo XVI en su Tratado *De erroribus pragmaticorum, decad.* XLV, *error* IX, p. 933, el Presidente Antonio Favre distingue con grande claridad y precisión la donación pura y simple, la cual dice no ser un contrato, de la donación *ob causam*, que es un contrato nominado.

Y a tal propósito, este profundo jurisconsulto presenta un análisis verdaderamente luminoso de la noción de causa en las liberalidades, análisis impecable, que no necesita que se le añada nada, y que, por consiguiente, es interesante reproducir aquí:

«En la donación *ob causam*, el donante no puede intentar la *condictio* mientras que el donatario esté en situación de cumplir el contrato, de donde deduce Bartolo que esta donación es un contrato nominado y no un contrato innominado. Tiene su explicación en que *donare* es más que *dare*, y, por consiguiente, el que os hace una donación para que le deis o le hagáis alguna cosa en cambio, hace más que el que simplemente *da ut des*. No es que el donante transfiera más *dominium* que el que *dat non ex causa donationis*, sino que el que da *ex causa donationis*, exigiendo que en cambio se le dé o haga alguna cosa, *tiene doble causa dar, una presente y otra futura*. La causa presente es la liberalidad, que, derivándose

1 *Nota del Traductor:* Es causa impulsiva, según Pacifici-Mazzoni, la que sirve o parece que sirve de estímulo al disponente para disponer, aunque sin ello igualmente hubiese dispuesto. Es causa final, según el mismo, la que le determinó a disponer y sin ella no lo hubiese hecho. De ahí que el error sobre el motivo por el cual dispone el testador si cae sobre la causa impulsiva no invalida la liberalidad; pero el error sobre la causa final desde luego invalida el acto liberal. V. además Planiol, III, pág. 599 (1913)

de la sola intención del donante, suficientemente manifestada por él mismo al hacer la donación, nunca puede faltar, ni quedar incumplida. Pero la causa futura depende de la voluntad del donatario, y, por consiguiente, puede cumplirse o no cumplirse a gusto de este último. Se deduce de aquí, que si el donatario no quiere cumplir la ley de la donación, es menester otorgar la *condictio* a favor del donante, a quien no le movió solamente a dar el solo espíritu de liberalidad, como lo demuestra bien el hecho de que no quiso hacer la donación, sin someterla a cierta ley.

Si, pues, el donatario está dispuesto a ejecutar ésta, no se le permite al donante intentar la *condictio*, porque en atención a la ejecución de la condición adscrita a la donación, existe *otra causa presente y ya cumplida, a saber la liberalidad del donante, a quien no se puede dar lugar al arrepentimiento...* Pero por efecto de la falta de la causa, en vista de la cual se verificó la donación, por quien de otra suerte no la hubiera hecho, hay lugar a la *condictio*, acción que no puede impedir ningún vínculo jurídico, aun el mismo de la liberalidad, porque el donante no hizo la donación más que en cumplimiento de la causa futura, de donde, por consiguiente, el *animus donandi* se reputa que no existió nunca en el donante [1].»

Fundándose en la voluntad del disponente y en la determi-

1 Pero añade Favre esto no es verdad, a no ser que se pruebe que de otro modo el donante no habría hecho la liberalidad: «Adjici ab eo, qui non aliter erat donaturus, quoniam in hoc donationum aut potius contractuum genere plerumque facti magis quam juris questio est. Nam si Titio decem donavi ea conditione ut inde Stichum emeret, non aliter donaturus, et Stichum antequam emeretur, decesserit, placet competere mihi condictionem. Si vero alias quoque donaturus Titio decem, quiam interim Stichum emere proposuerat, dixerim me in hoc dare ut Stichum emeret causa magis dandae pecuniae quam donationis conditio existimari debebit et idcirco mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit.»

Así, que en materia de donación es preciso inquirir la voluntad del disponente, que es indiferente para los contratos innominados, porque en éstos hay siempre lugar a la *condictio*, cuando la otra parte no ejecuta su obligación.

Esta interesante disertación inspiró toda la doctrina posterior, por lo que nuestros antiguos escritores, Furgole especialmente, remiten a ella con frecuencia.

nación del fin que se propone en ambos casos, el Presidente Favre establece la distinción de la causa en las donaciones puras y simples y en las liberalidades con gravamen; en las primeras la causa es únicamente el *animus donandi;* en las segundas el *animus donandi* no es más que medio para obtener el cumplimiento del gravamen, principal objetivo del donante [1].

197. Esta doctrina, tan claramente concebida y expuesta, fué corriente en nuestro Derecho antiguo, y en los siglos XVII y XVIII, todos los autores que tratan de liberalidades, distinguen las liberalidades puras y simples de las que van acompañadas de condiciones, y para determinar la causa real de estas últimas, investigan la importancia que el cumplimiento del gravamen tenía en la voluntad del disponente [2].

Domat examina la cuestión en algunas líneas (*Leyes civiles* lib. 1.º, tít. 10, *De las donaciones entre vivos*, sec. 1.ª). Expone (núm. 10) que las donaciones son o puras y simples, o hechas bajo condición o modo, y añade que hay que tener cuidado en diferenciar los motivos que los donantes expresan como causa de sus liberalidades y las condiciones que imponen (n.º 13). Tratando a seguida de las obligaciones del donatario (sec. 3.ª), indica en primer lugar la de satisfacer los gravámenes y condiciones de la donación, «y si falta a esto, podrá revocarse la donación *según las circunstancias*», cuya salvedad significa que todo depende de la voluntad de la donante, quien pudo tener voluntad absoluta de donar o querer antes que la condición o el gravamen tuviesen cumplimiento (sec. 1.ª, número 13).

En cuanto al reputado Furgole, que escribió en el siglo XVII un *Tratado sobre los Testamentos*, inspirado a la vez en los «principios y en las resoluciones del Derecho romano, en las ordenanzas, en las costumbres y en las máximas del reino, así como en la doctrina de la jurisprudencia», vimos ya que consideraba en teoría el gravamen como causa final de la libe-

1 V. también *Codex*, l. 8 (T. XXXVIII), def. 12.

2 *Nota del Traductor:* De igual suerte se distingue en derecho español. Las llamadas *conditiones sine causa* implican el sentido de fundamento, de razón de una adquisición, inconfundible con el sentido de finalidad jurídica.

ralidad, y que asimilaba la una a la otra, porque, según él, habían sido confundidas por las leyes y otorgaba la repetición en el caso de donación modal, en que el modo no se ha ejecutado, lo mismo que en el de causa final. La donación y el legado pueden revocarse si la causa final o el modo en vista de los cuales se hicieron, no se han cumplido por el donatario o legatario [1].

Además, el modo no siempre es causa final, y en este caso su incumplimiento no lleva consigo la revocación [2].

Y lo mismo Ricard, *Disposiciones condicionales*, cap. 4.°, número 90, se expresa en términos análogos: «Alguna vez, dice, el legado con gravamen comprende también tácitamente la causa que llevó al testador a disponer, de suerte que en este caso no hay solamente un legado con gravamen sino con causa. Lo que hace que participe de la naturaleza de ambas figuras y sí puede presumirse, por las circunstancias que acompañen al testamento, que la causa que se infiere de él haya sido el motivo principal que impulsara al difunto a disponer de esa suerte, y que cesando el cumplimiento de este gravamen, no lo habría dispuesto así en este caso, no pudiendo cumplirse el gravamen, se considera como no escrito. La razón de esta limitación particular radica en que la causa afecta en este caso a la sustancia del legado, y como constituye el principal motivo de la disposición, el legado no debe subsistir si esta causa falta, 2. *D. de. don.*» [3].

En resumen, nuestros escritores antiguos en esta materia, dedujeron de la interpretación de los textos del Derecho roma-

1 *Ob. cit.*, cap. 11, secc. 1.ª, ns. 26, 27, 28, 44, 45. Se admitía ordinariamente que la liberalidad no era revocable si el incumplimiento del modo provenía de caso fortuíto, ns. 79 a 84. Ricard sostuvo, sin embargo, la opinión contraria que combate Furgol. Y del mismo modo, en el lugar antes citado, de *errorib. pragm. decad. 45, error. 9*, el presidente Favre había hecho notar que es ilógico denegar la *condictio* al donante cuando la inejecución proviene de caso fortuíto, porque los textos la otorgan en caso semejante, tratándose de cualquier otro contrato.

2 *Ob, cit.*, cap. 7, sec, 3.ª, n. 80.

3 V. también Ferriére, *Diccion. de Derecho y de Práctica*, v.° *Causa tomada por modo*: «La palabra causa en el sentido de modo, se divide en impulsiva y final, que producen diferentes efectos».

una doble distinción fundamental: 1.° La de las donaciones puras y simples y la de las donaciones con gravamen. 2.° La de la causa impulsiva y de la causa final.

198. Estos precedentes explican y justifican los fallos dados por la jurisprudencia moderna, tan mal comprendidos y tan injustamente criticados por la doctrina. En sus sentencias nuestros Tribunales continúan aplicando las reglas tradicionales deducidas por los antiguos escritores de los fragmentos de los jurisconsultos de Roma. La doctrina contemporánea ha sido la que inconscientemente se ha apartado de la tradición y ha rechazado distinciones tan profundas y tan justas admitidas en el Derecho antiguo francés, para abrazar una concepción abstracta, formal y por lo mismo insuficiente como causa de las liberalidades, concebida de modo que siempre y en todos los casos sea únicamente el *animus donandi*, es decir, la intención de enriquecer al favorecido.

No quiere esto decir que nuestros Tribunales no hayan aportado en esta materia algunos puntos de vista nuevos. Veremos especialmente que, a diferencia de nuestros antiguos escritores, admiten que el incumplimiento del gravamen puede ser causa de revocación, aunque no sea imputable al gratificado. Comprobaremos también que dan a las palabras causa impulsiva y determinante un sentido enteramente nuevo, contrario al que se les atribuía en otro tiempo, porque designan con ella la causa final, el fin apetecido, mientras que antiguamente la causa impulsiva se oponía a la causa final, y significaba el simple motivo no decisivo, no determinante. Pero estas son diferencias de detalle. Lo esencial es cerciorarse del origen profundo y remoto de las soluciones admitidas por nuestros Tribunales.

Ahora podemos abordar ya el estudio de la jurisprudencia.

SECCION SEGUNDA

Estudio de la jurisprudencia.

§ 1.° Liberalidades con gravamen o hechas bajo condiciones dependientes de la voluntad del gratificado.—§ 2.° Liberalidades que tienen por causa determinante la creencia del disponente de que el favorecido es hijo suyo adulterino o incestuoso.—Liberalidades hechas para asegurar una separación amistosa de los esposos.—§ 3.° De la prueba del carácter ilícito de la causa. Apéndice:—I. De las donaciones entre concubinarios.—II. Del error sobre el motivo en materia de legados.

199. Observemos en primer lugar, antes de comenzar el estudio de la jurisprudencia, que se habla con inexactitud cuando se dice que, tratándose de liberalidades, los Tribunales confunden la causa propiamente dicha con los motivos determinantes. Para probarlo basta citar algunas de las numerosas sentencias producidas a consecuencia de demandas de nulidad o de revocación que hubieron de fundarse sobre el carácter ilícito de la liberalidad o sobre el incumplimiento de los gravámenes, siendo rechazadas por la razón varias veces repetida en las mismas, de que sededucía de las circunstancias y hechos del procedimiento, que la liberalidad había tenido únicamente por causa un puro sentimiento de beneficencia, una intención de liberalidad [1].

1 V. especialmente Civ. 17 Julio 1883. *Tain c. Giraud*, D. P. 84. 1. 156; S. 84. 1. 305: «Considerando que en este caso los demandantes nunca pretendieron que la donación tuviese otra causa y otro fin que un sentimiento de beneficencia hacia la donataria y el deseo de subvenir a sus necesidades en el caso de que sobreviviera al donante».

Req. 7 Dic. 1885. *Verger c. Carayoux;* S, 88. 1. 10: «Considerando que el juzgador, al examinar el fondo y apreciar la intención común de las partes, ha comprobado efectivamente que el acto del 9 de Noviembre de 1880 presentaba los caracteres, no ya de un contrato conmutativo, sino de una verdadera donación, es decir, que su causa determinante y lícita había sido una intención de liberalidad».

Req. 8 Abril 1889. *Terral c. Matet*, D. P. 90. 1. 205; S. 89. 1. 212: «Considerando el principio de que las disposiciones entre vivos, bajo una de las condiciones prevista en el art. 900, aun en el caso en que no se presenten bajo la forma de un contrato a título oneroso o conmutativo ta-

Además, el atento estudio de la jurisprudencia, sobre las principales cuestiones con cuya ocasión se edificó el sistema, nos convencerá de que los jueces distinguieron siempre cuidadosamente los móviles que obran sobre la determinación del disponente, y el fin que se propone alcanzar, tomándose éste solamente en consideración por ellos.

Se plantean las siguientes cuestiones: 1.°, En ocasión de las liberalidades con gravamen y de la aplicación a éstas de los artículos 900 y 954; 2.°, a propósito de las liberalidades hechas por una persona, al que ella cree su hijo adulterino o in-

chado de nulidad por el art. 1.172, C. c., caen bajo la aplicación de los artículos 1.131 y 1.133, C. c., a no ser que tengan por causa determinante una intención de liberalidad».

Bourges 22 Nov. 1904. *Royet c. Com. de S. Benoit du Sault;* S. 07. 1. 166, en Cas: «Considerando que no hay en el testamento cosa alguna que revele que las disposiciones de la señora R. no hayan podido ser exclusivamente dictadas por un deseo de beneficencia que presidiere a la fundación; que aparece, por el contrario, que este pensamiento ha sido la causa impulsiva y determinante de la liberalidad».

Bourges 2 Junio 1892. *Ep. Brucy c. hosp. d'Aubigny;* S. 96. 1. 129, en Cas: «Considerando que el legado sometido a condición contraria a las leyes no debe anularse, sino en tanto que se demuestre que dicha condición ha sido causa impulsiva y determinante de la liberalidad, que sin ella no se habría verificado, y carecería de causa; Considerando que es imposible afirmar que la liberalidad haya tenido por causa impulsiva y determinaote el solo deseo de confiar la dirección de la Sala del Asilo a las Hermanas, y que el pensamiento y la voluntad dominante han sido, por el contrario, hacer una obra de liberalidad a favor del Hospicio».

Rouen 15 Mayo 1900. *Hérit Guilot c. hospices d'abbeville*, D. P. 02. 2. 163; S. 04. 2. 73: «Considerando que combinadas las diversas cláusulas del testamento, aparece que no se desconoce la verdadera intención de la testadora ni la economía de sus disposiciones a favor de los Hospicios, estableciendo que ha querido antes que nada hacer un acto de beneficencia en favor de dos especialmente designados; que la prerrogativa que ha querido atribuir a un miembro de su familia durante su vida y después a los curas párrocos, de designar los beneficiarios de las camas, que ella fundó, es una disposición puramente accesoria».

Req. 17 Feb. 1903. *Treff. c. comm. de la Houssiere*, S. 04. 1. 38: «Considerando que se deduce de las declaraciones de la sentencia impugnada, que la liberalidad testamentaria hecha por M. al Municipio, ha tenido por causa la voluntad de este último de hacer una obra generosa al mismo tiempo que dura dera, dotando al Municipio de un Hospicio».

cestuoso; 3.°, a propósito de las donaciones entre esposos para asegurar la convención de una separación amistosa.

Será conveniente relacionar los casos precedentes con la jurisprudencia relativa a documentos suscritos en favor de una concubina, y finalmente, con las decisiones que anularon legados por causa de error sobre el motivo determinante. Veremos que las soluciones admitidas por la jurisprudencia en estas dos materias, se explican por razones muy particulares.

§ 1. *Liberalidades con gravámenes o hechas bajo condiciones dependientes de la voluntad del gratificado.*

1. Distinción del gravamen y de la condición. Semejanza entre el gravamen y la condición resolutoria potestativa.—II. Estudio del art. 900 del C. c. Su fundamento según los autores, y según la jurisprudencia. Objeción que la doctrina hace al sistema de la Jurisprudencia.—III. Revocación de las liberalidades por incumplimiento de los gravámenes. Este derecho de revocación es una aplicación del art. 1.184 C. c. Se explica por la idea de causa. Prueba deducida del origen histórico. Consecuencias que se deducen: *A)* Poder absoluto de apreciación de los Jueces; *B)* Incumplimiento no imputable a la culpa del gratificado; *C)* Daños y perjuicios en caso de culpa; *D)* Revocación de pleno derecho expresamente estipulada por el disponente; *E)* Revocación parcial. Comparación del sistema de la Jurisprudencia con el de la Doctrina.

200. I. *Distinción entre el gravamen y la condición.—Semejanza entre el gravamen y la condición resolutoria potestativa.*—Los jurisconsultos romanos se cuidaban bien de distinguir entre las modalidades que pueden acompañar a una liberalidad, la condición del gravamen, o *modus*, que el disponente puede imponer al donatario, ya en interés de éste, ya en el suyo propio, o en el de un tercero [1]. Esta distinción reproducida por los glosadores y sus sucesores, se consideraba esencial, como ya demostramos, por nuestros escritores antiguos. Furgole y Ricard [2] en sus obras comparan estas dos clases de modali-

1 D. 35. 1. *de condic. et dem.* 17. 3. y 4. Nuestros escritores antiguos decían, que la Ley 80, D. *eod. tit.* señalaba la diferencia de la fórmula que caracterizaba la condición, con la que designaba el modo: *nec enim parem dicemus eum cui ita datum sit, si monumentum fecerit, et eum cui datum est, ut monumentum faciat.*

2 Furgole, *Tratado de los testamentos*, cap. 7, sec. 3; Ricard, *Disposiciones condicionales, passim.*

dades y ponen de relieve los rasgos distintivos que las separan.

Es censurable que los redactores del Código abandonaran esta terminología. El Código civil, en efecto, no emplea este término de modo o gravamen; se sirve únicamente de la palabra *condición*, tanto en el art. 900 que indiscutiblemente trata de las condiciones y gravámenes imposibles, contrarios a las leyes o a las buenas costumbres, como en los artículos 953, 954, 956, que tratando de la revocación de la donación por inejecución de las *condiciones* bajo las cuales se llevó a efecto, designan con este vocablo las cargas propiamente dichas impuestas al donatario. No obstante, carga y condición son dos figuras diferentes. La condición es un acontecimiento futuro e incierto, del cual depende el nacimiento (condición suspensiva) o la resolución de la liberalidad. La carga es una obligación relativa a los bienes donados, impuesta al gratificado y aceptada por él, obligación que consiste en sujetar aquéllos en todo o en parte a un empleo determinado (fundación, renta vitalicia a favor de tercero) o en prohibir enajenarlos.

No es posible confundir esta modalidad con la condición suspensiva, porque ésta suspende la obligación del disponente hasta que se realice el acontecimiento indicado, mientras que la liberalidad con gravamen produce su efecto desde que se acepta.

Tampoco cabe confusión entre el gravamen y la condición resolutoria casual, es decir, consistente en un acontecimiento independiente de la voluntad del gratificado (por ejemplo, su muerte).

Antes, al contrario, el gravamen se relaciona a todas luces con la condición resolutoria potestativa, en virtud de la cual el disponente ordena o prohibe al gratificado hacer alguna cosa, por ejemplo: renunciar a una sucesión, no casarse, no contraer segundas nupcias [1].

1 V. a propósito de la condición de viudez. Civ. 18 Junio 1890. V.ve *Davian c. Davian*. S. 93. 1. 425., resolviendo que las segundas nupcias del donatario producen de pleno derecho la resolución de la donación:

«Considerando que no se trataba de acción de revocación por in-

Por tanto, pueden separarse estas dos modalidades, aunque tengan muchos puntos de contacto. El modo, en efecto, tiende a dar a los bienes un empleo determinado, o a asegurar su conservación, prohibiendo la enajenación o embargo de los mismos, mientras que la condición resolutoria se dirige a imponer al gratificado una abstención o un acto relativo a su persona. El pensamiento que aconseja al disponente una u otra modalidad es completamente diferente [1].

Interesa mucho distinguir el gravamen y la condición potestativa resolutoria, porque estas dos modalidades no producen el mismo efecto. Así, en caso de realización de la condición resolutoria propiamente dicha, tiene lugar la revocación de la donación de pleno derecho, según el art. 1.183, C. c. El do-

cumplimiento de las condiciones de la donación sino del efecto resolutorio y de pleno derecho de una condición a la que la donación estaba subordinada...» V. también la nota de M. Burcart.

1 En principio el modo no priva a la disposición de su carácter de acto gratuito. «Este carácter, como dice muy bien Planiol, nota D. P. 91. 2. 113, debe apreciarse únicamente según las relaciones de las partes entre sí, y depende de la reciprocidad de las obligaciones que mutuamente median. Si una parte da o hace alguna cosa, sin recibir nada en cambio, el acto es a título gratuito. No hace al caso que la persona gratificada se obligue en virtud del acto a hacer nuevas expensas. El acto no pierde por eso su carácter, porque no por eso deja de recibir un valor que no pagó, y que aumenta en otro tanto su poder de acción. Yo diría aún más: que el acto sigue siendo a título gratuito, aunque los gravámenes que lleva consigo, para el gratificado sobrepasen en mucho el valor recibido por él.»

La disposición sólo deja de ser una liberalidad en dos casos: 1.º Si el modo debe redundar en beneficio del mismo disponente, y representa el equivalente de lo que da. 2.º Si los bienes deben entregarse en su totalidad por el donatario o legatario a un tercero, de suerte que sea éste solo el que aparezca como verdadero gratificado, donatario o legatario designado, no siendo más que un intermediario. Pero aún en este caso, hay que tener en cuenta la jurisprudencia que establece a propósito de los legados a cargo de una fundación, impuestos a un particular, que el legatario puede conservar su cualidad aunque la fundación absorba la totalidad de los bienes. Saber si entonces hay verdadero legatario o simplemente una persona interpuesta, es una cuestión de hecho que los Jueces apreciarán según facultades discrecionales. Req. 6 Nov. 1888, *Clemenceau c. de Biencaurt*. D. P. 89. 1. 314. S. 90. 1. 241; Civ. 12 Mayo 1902. *Molins c. Echernier*, D. P. 02. 1. 425. S. 05. 1. 137; Civ. 7 Febrero 1912. *Dumás c. Dieuaonné*. S. 14. 1. 305. Cons. *Ambros Colin y Capitant*, T. III, ps. 686 y s.

nante o los herederos no necesitan acudir a los Tribunales para obtener que se declare la revocación; y si surge contienda, el Tribunal no deberá más que comprobar si el acontecimiento se ha realizado, y en caso afirmativo, resolver que procede la resolución [1]. No goza de facultad de apreciación. Por el contrario, tratándose del modo, la revocación no se verifica nunca de pleno derecho, a menos que el disponente expresamente lo haya estipulado, en cuyo caso debe respetarse su voluntad. Fuera de este caso excepcional, es todo lo mismo que en los contratos sinalagmáticos. El art. 956 aplica a las liberalidades la regla prescrita en el art. 1.184 para éstos. El donante o sus herederos pueden optar entre obligar al donatario o legatario al cumplimiento del modo, siempre que sea posible, o pedir la revocación. Hablaremos después de esto.

201. Presentemos, finalmente, una observación que se refiere más particularmente a los gravámenes, pero que es susceptible de aplicarse igualmente, aunque más raramente, a las condiciones potestativas impuestas al gratificado [2].

La importancia que el disponente atribuye a la ejecución del modo, puede variar según los casos. Algunas veces ejerce una influencia decisiva sobre su voluntad. Su principal deseo es afectar sus bienes a determinada obra, y precisamente por esto los da o los lega. Su fin no consiste tanto en gratificar a una persona como en afectar los bienes a empleo determinado. El *animus donandi* no significa para él más que el medio de llegar a este fin. Así, por ejemplo, un testador quiere asegurar a los niños de su Municipio una instrucción basada en los principios de la religión católica, y para ello, lega al mismo una cantidad para crear una escuela, donde la enseñanza esté a cargo de Congregantes. En su pensamiento la instrucción religiosa es lo esencial, y para asegurar su propagación, hizo la liberalidad al Municipio. También el caso del testador que

1 V. Civ. 18 Junio 1890. *Davian c. Davian*, ya citado.

2 Es raro que la condición sea el mismo fin del acto, el elemento decisivo de la manifestación de voluntad. Generalmente la condición es algo accesorio, secundario en el acto de volición, pero no por eso el disponente queda menos obligado a su cumplimiento; porque si el donatario no ejecuta lo que se le ordenó, la liberalidad no tendrá lugar o será resuelta.

lega un inmueble a un Municipio para instalar una casa cuna.

En otros casos, por el contrario, el modo solamente se considera por el disponente como un elemento secundario; no constituye la razón de ser de su liberalidad; ésta sigue siendo verdaderamente inspirada y provocada por el *animus donandi*. Es posible, por ejemplo, que el fundador de la escuela haya tenido en miras la instrucción que había de propagar más que su carácter confesional; prefirió una escuela de congregantes a una escuela neutra; pero lo que quería antes que nada era una escuela. También si una persona hace determinado legado a un Municipio para crear nuevas camas en un hospital, y estipula que los beneficiarios pertenecerán exclusivamente a su familia, sin que esta estipulación sea la causa misma de su liberalidad. El testador se preocupa sobre todo de hacer una obra caritativa a los pobres enfermos. Así también un testador instituye por legatario a una oficina de beneficencia y le impone la obligación de no enajenar los bienes legados. ¿No es evidente en este caso que la cláusula de inalienabilidad no es el fin mismo que se propone el disponente? ¿No es acaso este fin socorrer a los pobres? Estas observaciones preliminares eran indispensables para comprender bien el comentario, que ahora hemos de dedicar a la jurisprudencia.

Con ocasión de demandas de anulación o de revocación de liberalidades hechas bajo condiciones o con cargas que se pretendia fuesen inmorales o ilícitas, o cuya ejecución se había hecho imposible, o había dejado de ser respetada por el gratificado, los Tribunales hubieron de estudiar la noción de la causa de la donación o del legado, y adoptaron un sistema que más aún que las soluciones propuestas por la doctrina, asegura el respeto a la voluntad del disponente, en la cual se inspira, sobre todo, al mismo tiempo que anula las liberalidades que tienen un fin ilícito o inmoral.

202. II. *Artículo 900 C. c.—Su fundamento.*—Comencemos por el art. 900. Este artículo, que se refiere a la vez a las condiciones propiamente dichas y a los modos, establece que en toda disposición entre vivos o testamentaría, las condiciones imposibles y las que sean contrarias a las leyes o a las costumbres, se tendrán por no escritas. Es una disposición censurable.

No hay uniformidad de pareceres sobre la razón que determinó a los redactores del Código a formularla. Los unos defienden, a pesar del modo imperativo que usó el legislador, que este término descansa sobre la interpretación de la voluntad del disponente. Según ellos, la Ley presume que el donante ignoraba el carácter ilícito, inmoral o imposible de la condición que imponía. Si lo hubiese conocido, es probable que habría prescindido de él en su liberalidad, porque antes que nada, lo que quiere es gratificar; la condición representa para él algo accesorio [1]. Deducen de esto que no debe aplicarse el art. 900 si el disponente manifestó una voluntad contraria a la que presume el legislador, es decir, cuando declara que a falta de cumplimiento de la condición, la liberalidad sea tachada de nulidad. En presencia de esta manifestación de voluntad no es posible mantener lo dispuesto y hacer desaparecer la condición. En tal caso dependería del disponente borrar la sanción original dictada por el legislador y sustituir en su lugar la nulidad total, lo cual es un medio de obrar sobre la voluntad del gratificado.

Otros [2] relacionan el art. 900 con el Decreto revolucionario de 5-12 de Septiembre de 1791, al declarar éste que debían tenerse por escritas las cláusulas contrarias a las leyes o a las buenas costumbres insertas en los testamentos y en las donaciones, porque estimaba que este era el mejor medio de desalentar a los adversarios del nuevo régimen, que habrían intentado imponer a sus donatarios o herederos condiciones inspiradas en el espíritu de reacción.

Según estos autores, el art. 900 descansa en una razón de orden público; debe aplicarse aunque el donante o el testador hayan declarado formalmente que su intención era subordinar la existencia de la liberalidad al cumplimiento de la condición. Solución brutal, rigurosa, que corre el riesgo de hacer llegar a

1 En este sentido Dunol, T. XVIII, n. 202 y s.; Bertauld, *Cuestiones prácticas y doctr. del Cód. civ.*, T. II, p. 233; Baudry-Lacantinerie y Mauric-Colin, T. I, n. 71 y s; Aubry et Rau, 5.ª ed., T. XI, § 692, p. 173.

2 V. Merlin, *Répert.* V.º *Condition*, secc. 2.ª, § 4; Bartin, *Teoría de las cond. imp. ilíc.*, p. 311 y s.; Laurent, T. XI, ns. 263, 434; Planiol, T. III, n. 3.029; Ambrosio Colin y Capitant, T. III, p. 636.

un resultado diametralmente opuesto al que quería obtener el disponente.

203. En presencia de esta divergencia de pareceres, ¿qué posición adoptó la jurisprudencia? No se ha adherido a ninguno de los sistemas defendidos por los autores; ha tenido el gran mérito de hallar una interpretación que, respetando el carácter netamente imperativo del art. 900, no sacrifica la voluntad del disponente, sino que hace que prevalezca cuando es cierto que la aplicación de este texto estaría en oposición manifiesta con el fin perseguido. Esta interpretación se apoya en base muy sólida, porque se funda en la investigación de la causa de la liberalidad, y en virtud del art. 1.131 del C. c., la jurisprudencia ha llegado a templar el rigor de la norma contenida en el art. 900.

En primer lugar, los Tribunales admiten que este artículo descansa en razones de orden público, y establecen, en consecuencia, que el disponente no tiene facultades para impedir su aplicación, aunque el donante o el testador hayan declarado que no cumpliéndose la condición, la liberalidad debería considerarse como inexistente; sin embargo, será preciso aplicar el art. 90, es decir, declarar no escrita la condición y mantener la liberalidad. «Cualesquiera que sean los motivos a que obedece esta disposición legal, dice una sentencia de la Cámara civil de 17 de Julio de 1883, los términos son claros y precisos; según ellos, no cabe la excepción para el caso en que el autor de la liberalidad hubiera declarado que subordina su efecto al cumplimiento de la condición que él estableció semejante declaración, estando en oposición directa con la Ley, no puede ser ejecutada» [1].

Pero mientras los autores someten al art. 900 sin distinción toda liberalidad que contenga una condición inmoral, imposible o ilícita, la jurisprudencia ha sabido con acierto templar el

1 V. Lyon, 22 Marzo 1866. 66. 2. 260, y Civ. rej., 7 Julio 1868. *Bourlier c. Oficina de Beneficencia de S. Genis.* S. 68. 1. 435; Civ., 17 Julio 1883. *Tain c. Giraud.* D. P. 84. 1. 156. S. 84. 1. 305, nota de M. Labbé; Civ., 6 Enero 1909. *V.ve Lefebvre c. Comm. de Fligues-les-Mortagne.* D. P. 13. 5. 35. S. 10. 1. 341; Civ., 19 Oct. 1910. *Hospicio de Chalais. c. d'Arenberg.* D. P. 11. 1. 463. S. 11. 1. 207 (se trataba de una demanda de revocación).

rigor de este texto, planteándose la cuestión de la causa que determinó la voluntad del gratificante. Los Tribunales investigan, valiéndose de todas las circunstancias del hecho, lo que quiso el disponente al tiempo en que hacía la liberalidad. Si su fin principal fué antes que nada gratificar al donatario o legatario, y la inserción de la cláusula ilícita no significaba para él sino un elemento accesorio, entonces debe aplicarse el art. 900. Pero si, por el contrario, las circunstancias demuestran que la condición o el modo han sido la causa impulsiva y determinante de su voluntad, es necesario anular la disposición por completo, en virtud del art. 1.131; porque una obligación, cuya causa es ilícita, no puede producir ningún efecto; o según los casos, hay que permitir a los interesados, demandar su revocación, porque la obligación sin causa no puede subsistir [1].

Injustamente ha censurado la doctrina semejante distinción y dirigido a la jurisprudencia el reproche de haber confundido la causa con el motivo. La causa de una liberalidad, dice, consistiendo en la intención liberal, no puede ser ilícita. Indudablemente la donación o el legado pueden inspirarse en un pensamiento culposo, en el deseo de esquivar la ley, o en sentimientos inmorales; pero estos son los móviles o motivos a los cuales obedece el donante; móviles que quedan dentro del dominio psicológico vedado a los jurisconsultos. Los arts. 1.131 y 1.133 no pueden aplicarse a las disposiciones a título gratuito.

A nuestro parecer, esta manera de razonar es en extremo

1 Es importante apuntar la diferencia que existe entre el sistema de la jurisprudencia y el de los autores que, como Demolombe, Bertauld, Baudry-Lacant y Colin, ven en el art. 900 una interpretación de la voluntad presunta del disponente. Según éstos, el art. 900 no tiene aplicación, y la liberalidad debe ser anulada por completo cuando el disponente declara que tal era su voluntad. La jurisprudencia, en cambio, no admite esta solución. Distingue «la voluntad que presidió la donación de la que inspiró la condición, respetando siempre la primera, pero no la segunda». En otros términos no basta que el disponente haya subordinado el efecto de la liberalidad a la ejecución de la causa ilícita, porque «semejante voluntad, estando en oposición directa con la Ley, no puede ejecutarse», dice la sentencia de la Cámara civil de 19 de Noviembre de 1883. Se requiere que la condición haya sido «la causa determinante y el fin de la disposición».

Labbé señala esta diferencia con gran penetración. S. 84. 1. 305.

ficticia. Sostener que el *animus donandi* se presenta siempre como un elemento abstracto, aislado de toda contingencia, es desconocer la realidad. Cuando el testador funda una escuela para dar enseñanza religiosa a los niños, ¿no es evidente que lo que pretende no es tanto gratificar al Municipio como dar a los niños una instrucción fundada en los principios de la religión? ¿Y mantener el legado haciendo desaparecer el modo, no es acaso ir contra la voluntad manifiesta del disponente? Supongamos el caso del testador que hace cierto legado a un niño, y que confiesa únicamente que le gratifica porque este niño es producto de sus relaciones adulterinas o incestuosas con tal mujer. ¿Será válida esta liberalidad, confesando expresamente el disponente que la causa determinante consiste en la existencia de un vínculo de filiación, cuyo reconocimiento la ley prohibe? [1].

1 Algunos autores, reconociendo que la distinción hecha por la jurisprudencia es preferible a los dos sistemas de interpretación propuestos por la doctrina, han intentado justificarla basándose en el art. 1.272. En efecto, dicen, cuando la condición ha sido la causa determinante de la voluntad del disponente, el acto deja de ser una liberalidad y se convierte en un contrato conmutativo que cae bajo este artículo. (V. Labbé, nota S. 84. 1. 305. Baudry Lacant y Mauricio Colin, *Donaciones y testamentos*, T. I, n.° 109, p. 42). «Cuando, dicen estos últimos autores, la condición ilícita ha sido la causa determinante de la disposición, ésta no tiene más que las apariencias de una liberalidad. En realidad, al disponente no le mueve ninguna intención liberal; no obedece a ningún sentimiento de generosidad o de reconocimiento. Considera el hecho ilícito cuyo cumplimiento impone al donatario, como el equivalente de los bienes de que dispone a favor de éste. La pretendida liberalidad no es más que el precio de aquello que la condición impone al que la recibe». Esta opinión es insostenible. Es imposible negar el carácter gratuito de un acto en virtud del cual el disponente transmite alguna cosa sin recibir nada en cambio. ¿Cómo sostener, además, que el *animus donandi* desaparezca porque en el pensamiento del disponente tienda a la persecución de un fin ilícito?

Hay algunas resoluciones que alegan también el art. 1.172, pero no han formado jurisprudencia. V. Caen, 8 Marzo 1866 y Req., 12 Noviembre 1867; *Thomas c. Miquelard*, S. 68. 1. 34; Pau, 3 Marzo 1869, *Satgé c. Thenon*. D. P. 69. 2. 203. S. 69. 2. 209, y Req. 21 Diciembre 1869. D. P. 70. 1. 308. S. 70. 1. 130. Se trataba en estos casos de liberalidades hechas por meros tutores a sus pupilos, a condición de que no revisaran las cuentas de la sucesión o de la tutela rendidas por ellos. V. también Nimes, 22 Enero 1890, *David c. comm. de Vaison*, S. 93. 2. 13.

204. Un examen relativamente atento de las resoluciones de la jurisprudencia demuestra, además, que la objeción dirigida contra su sistemática carece de fundamento.

En primer lugar nos manifiesta que las hipótesis en que los Tribunales anulan las liberalidades por aplicación de los artículos 1.131 y 1.133, son muy poco numerosas, y que en la mayor parte de estos casos, contrariamente a lo que se dice con frecuencia, aplican el art. 900; es decir, mantienen la disposición, eliminan la condición o el modo ilícitos. Podemos ver, en efecto, que casi todas las sentencias declaratorias de la nulidad, han sido dadas a propósito de fundaciones de escuelas confesionales y aun dentro de esta hipótesis sucede a menudo que los Tribunales se contentan con aplicar el art. 900. Obedece esto a que en cada caso de autos, los Jueces investigan cuidadosamente acerca de si la causa es verdaderamente impulsiva y determinante de la disposición, es decir, el fin real apetecido por el disponente, o si, por el contrario, no es más que uno de los móviles que han influído sobre la decisión del donante. Y si del examen de las circunstancias y de los hechos se desprende que la disposición fué la inspirada por beneficencia antes que por nada, se niegan a anularla o a revocarla.

Bosquejemos rápidamente la historia de la jurisprudencia. Data de 1863. Indudablemente, antes de esta época se encuentran en las Colecciones resoluciones que anulan las liberalidades en virtud del art. 1.131, por tener una causa ilícita; pero que se trata en ellas, no ya de liberalidades con gravámenes, sino de legados puros y simples, hechos a beneficiarios que el testador confesaba ser sus hijos adulterinos o incestuosos [1].

1 V. Civ., 4 Enero 1832, *Pendaries c. Dugourd*, S. 32. 1. 145: «Considerando que según los términos del art. 1.131, toda obligación con causa ilícita no puede tener ningún efecto; considerando que la liberalidad hecha en favor de un hijo adulterino o incestuoso, siempre que tenga evidentemente por causa esta cualidad es sin contradicción contraria a las buenas costumbres»... Civ., 7 Diciembre 1840, *Benoît c. herit Bernard*, S. 41. 140: «Considerando que la corte real de Nimes no atribuyó el carácter de reconocimiento legal y reglamentario a la declaración hecha por Bernard en su testamento ológrafo, de que el menor X era su hijo natural, sino que

En cuanto a las disposiciones entre vivos o testamentarios que encierran una condición o modo imposible, ilícita o inmoral, los Tribunales les aplican el art. 900.

Una sentencia de la Cámara de Admisión de 3 de Junio de 1863, *Martal c. Jolly* D. P. 63. 1. 429. S. 64. 1. 269, fué la primera en abandonar tal camino.

Merece que nos ocupemos de este caso: Una madre repartió sus bienes entre sus hijos con exclusión de uno, que los había recibido como anticipo de herencia.

La Corte de Tolosa anuló por aplicación del art. 1.078 C. c. el acto en todas sus partes, es decir, la donación entre vivos y la partición de bienes subsiguiente por lo cual algunos interesados recurrieron, estimando que la anulación de la partición no llevaba consigo la de la donación.

Sostenían que la partición del ascendiente hecha con violación de la ley, es una condición ilícita, que según el art. 900 debe tenerse por no escrita. La Cámara de apelación rechazó la demanda, por la razón indiscutible de que la partición era inseparable de la donación, y que la disponente había hecho de ella la condición esencial de la dejación de sus bienes. Y añade la sentencia doctrinalmente:

«Considerando que así sucedería, aunque debiera reputarse la condición no escrita como contraria al orden público; *que consta, en efecto, que la nulidad de una condición contraria a la ley lleva consigo la nulidad de la donación, a que acompaña, si se reconoce como en el caso actual, que la condición fué la causa impulsiva y determinante de la donación*». La significación que atribuye esta senten-

se limitó a declarar que la liberalidad contenida en el testamento tenía por causa determinante y única la convicción en que estaba sobre la cualidad de ser el legatario hijo natural suyo, cualidad formalmente atribuída en la misma disposición que contiene la liberalidad». Req., 31 Septiembre 1860, *Pinta c. Lannoy*, D. P. 60. 1. 458. S. 60. 1. 834: «Considerando que en Derecho las disposiciones a título gratuito son nulas, así como las disposiciones a título oneroso, siempre que se funden en una causa ilícita, y que deberá tenerse como tal la liberalidad hecha por un testador a favor de los que creía ser sus hijos naturales, si además se prueba que esta liberalidad no ha tenido por móvil y por causa determinante más que la opinión que abrigaba sobre su paternidad».

cia a la expresión de *causa impulsiva* y *determinante*, no puede ser dudosa; tiene cuidado de precisarla con relación «al caso actual». Ahora bien, en este caso, la partición había sido la razón de ser de la liberalidad, porque la donante se había propuesto un doble fin en su pensamiento; dar sus bienes a sus hijos, y partirlos entre ellos. Así, cuando la sentencia habla de causa impulsiva y determinante, atiende no a los simples motivos, sino al fin mismo que perseguía la donante, es decir, al factor constitutivo del *animus donandi* [1]. Aquí tenemos un ejemplo de cómo interpreta la Corte suprema la significación de las palabras *causa impulsiva y determinante*. Solamente por ignorancia puede sostenerse, como lo hacen algunos autores, que se refiere a los simples motivos determinantes. Léase además la sentencia de la Cámara civil de 17 Julio de 1883. *Tain c. Giraud.* D. P. 84. 1. 156. S. 84. 1. 305, nota de Labbé, que no deja lugar a duda sobre este punto [2]. «Considerando que los términos del art. 900 son claros y precisos; que no permiten que se haga excepción en el caso de que el autor de la liberalidad hubiera declarado querer subordinar el efecto al cumplimiento de la condición, que impuso; que semejante voluntad estando en oposición directa con la ley no puede tener ejecución; que otra cosa sería indudablemente si se reconociere que la condición de una cosa ilícita, había sido la *causa determinante* y *el fin de la disposición*, pues la ausencia de toda causa lícita, privaría de todos sus efectos a la obligación, según establece el art. 1.131. civ.; pero que en este caso los demandantes en casación, nunca pretendieron que la donación consentida por

1 En cuanto a la razón que pretende que la liberalidad cuya causa es ilícita se anule, la sentencia de 1863 no dice nada; se contenta con afirmar solamente qué esta solución es constante. Pero se la encuentra en las sentencias posteriores emanadas de la Cam. civil de la Corte de Casac, que se fundan en el art. 1.131, C. c. V. especialmente Civ. 17 Julio 1883. *Tain c. Giraud.* D. P. 84. 1. 156. 1. 84. 1. 305 (citado en el texto).

2 Se trataba en este caso de una renta de supervivencia constituída en capitulaciones matrimoniales por el marido y la mujer, con pacto expreso, so pena de nulidad de la donación, de que en caso de dejar al morir el esposo, futuros herederos reservatarios, la renta estaría a su cargo, y que los legatarios de la renta disponible, especialmente los hijos naturales del donante, serían completamente exonerados.

G. tuviese otra causa y otro fin que no fuera el sentimiento de beneficencia hacia su mujer, y el deseo de subvenir a sus necesidades, si le sobrevivía...»

Esto nos demuestra que los Tribunales investigan en todos los casos el fin perseguido por el disponente.

205. Entre las sentencias, que desde 1863 prescinden de la aplicación del art. 900 y declaran la nulidad en virtud del artículo 1.131, o la revocación, con tal de que se pida por los interesados en virtud del art. 956, hay muy pocas que se refieran a condiciones ilícitas propiamente dichas [1]. Casi todas han establecido con esta ocasión verdaderos gravámenes, y, especialmente, tratándose de fundación de escuelas confesionales, condición considerada como ilícita aun antes de la Ley de 30 de Octubre de 1886 sobre enseñanza primaria, porque esta cláu-

1 Nada encontramos en las Colecciones de Montpellier, 10 Agosto 1887 y Req. rej. 8 Abril 1889, *Terral c. Matet.* D. P. 90. 1. 205; S. 89. 1. 212, que anulan la constitución de dote hecha por un tío en favor de su sobrina, a condición de que ésta no tome parte en las sucesiones de sus padres, el día de su apertura.

Es de notar que todas las decisiones aducidas en las Colecciones, que declaran ilícitas las cláusulas de inalienabilidad de los bienes donados, hacen aplicación a estas cláusulas del art. 900, y las consideran como no escritas. Cons. Lyon, 22 Marzo 1866. S. 66. 2. 260. y Civ. rej. 7 Julio 1868, *Bourlier c. Oficina de beneficencia de Saint Genis.* D. P. 68. 1. 446; S. 69. 1. 435: Req. 19 Marzo 1877, *Despinoy c. Beauvois.* D. P. 79. 1. 455; S. 77. 1. 203: Angers 19 Julio 1878, y Req. 20 Mayo 1879. *Mazeran c. comm. de Creville.* D. P. 79. 1. 431. S. 80. 1. 14: Alger. 20 Enero 1879. *herit. Marichal c. Combes.* D. P. 79. 2. 143; S. 79. 2. 71: París, 23 Junio 1892. *Tournier c. Cons. Gaspard.* D. P. 92. 2. 379; S. 93. 2. 26: Civ. 24 Enero 1899. *Rolli c. Cons Petrocochino.* D. P. 00. 1. 533. 1.ª sentencia. S. 1900. 1. 342. 1.ª sentencia. Req. 6 Enero 1909. *Lefebvre c comm de Flines.* S. 10. 1. 341. Véase en cuanto a la condición de no casarse, Pau 24 Abril 1874. *Ducos* S. 74. 2. 312: París 13 Julio 1911. D. P. 12. 2. 192. S. 12. 2. 56. y Req. 8 Abril 1913. D. P. 15. 1. 29; S. 14. 1. 191, o, finalmente, la de no contraer segundas nupcias, Caen, 24 Julio 1894. Fauquet. S. 95. 2. 279.

Según M. Hamel, *ob. cit.*, p. 220, pueden clasificarse estas sentencias en dos grupos: las que mantienen la liberalidad declarando que la cláusula de inalienabilidad constituye una estipulación accesoria, y que su violación no puede anular la misma liberalidad, y los que invocando la noción de causa, afirman que la condición de inabienabilidad no fué la causa impulsiva y determinante de la liberalidad.

sula representaba un obstáculo al derecho de la Administración a elegir libremente los maestros municipales con completa independencia, y sustituir, por consiguiente, por enseñanza laica la de las Congregaciones [1].

El laicismo de la enseñanza primaria, proclamado por el art. 17 de la Ley de 1886, provocó de parte de los fundadores o de sus herederos multitud de demandas de anulación o de revocación [2], y los Tribunales las acogían o rechazaban según que estimaban que la cláusula impuesta a los congregantes era impulsiva y determinante de la fundación, o simplemente una condición accesoria [3].

1 V. nota civ. 19 Marzo 1884 *comm. de Vías c. La Fonta.* D. P. 84. 1. 281; S. 85. 1. 49: Civ. 3 Nov. 1886., *comm. de Semide c. Muroy.* D. P. 87. 1. 157. S. 87. 1. 241.

2 La misma cuestión se habría podido plantear a consecuencia de la Ley de 9 Dic. 1905, sobre separación de la Iglesia y el Estado, a causa de las liberalidades con cargas piadosas o de culto. En efecto, el artículo 9.°, § 14 (modificado por Ley de 13 Abril 1908), dispone que el Estado, los Departamentos, los Municipios y los Establecimientos públicos, no pueden cumplir las cargas piadosas o de culto, afectas a las liberalidades que se han hecho. Podríamos preguntar si era conveniente aplicar el artículo 900 y considerar la carga como no escrita por prohibirla la ley, o anular la liberalidad.

La ley misma se ha encargado de resolver esta cuestión, concediendo a los donantes y a sus herederos en línea directa la acción de revocación, y a juzgar por el párrafo 15 la revocación deberá declararse sin que haya lugar a distinguir si dichas cargas son o no determinantes de la liberalidad o del contrato de fundación piadosa. Sólo que, dice este § 15, que la revocación no tendrá lugar sino en la proporción que corresponda a las cargas incumplidas. Estudiaremos esto al hablar del art. 956.

3 Sentencias que declaran la nulidad o la revocación de la disposición: Pau 28 Dic. 1876 y civ. rej. 20 Dic. 1878. *comm. de Puntous c. herit. Parterie.* S. 79. 1. 413; Aix 25 Feb. 1880 *comm. de Brignoles c. Garnier.* D. P. 80. 2. 249; S. 82. 2. 97: Nimes 11 Julio 1881. *Monnier c. comm. d'Alais.* S. 82. 2. 97: Montpellier 21 Feb. 1881, y civ. 19 Marzo 1884. *comm. de Vías c. La Fonta.* D. P. 84. 1. 281. S. 85. 1. 49. Dijon 22 Feb. 1885, *comm. de Grenant c. cons. Lavocat.* S. 87. 1, 244. en Casac. Civ. 3 Nov. 1886 ya citado: Angers 30 Mayo 1884, y Civ. 28 Junio 1887. *hosp. de Montreuil Bellay c. Fortris.* D. P. 88. 1. 435. S. 88. 1. 99. Req. 29 Julio 1889. *comm de Forges-les Bains. c. Gentil.* D. P. 90. 1. 396. S. 90. 1. 104: París 3 Julio 1890. *Ville de Bar sur Seine. c. Languery.* S. 91. 2. 74. Montpellier 2 Febrero 1891. *Ville de Rodez c. heritiers Girard.* S. 91. 2. 191: Chambery

La Corte de Casación reconoce a los jueces la facultad de apreciar, según las circunstancias, cuál ha sido la intención

8 Julio 1891; S. 92. 2. 147: Req. 29 Nov. 1892 *comm. de Fontcouverte c. Bouttaz*. D. P. 93. 1. 67; S. 93. 1. 32: Lyon 25 Feb. 1891 y Req. 15 Abril 1893 *comm. de Divonne c. Marechal*. D. P. 93. 1. 487; S. 93. 1. 256: Riom 27 Junio 1893. *Eveque du Puy c. Ville de Brioude*. D. P. 94. 2. 54. S. 93. 2. 220: Dijon 30 Junio 1893, comm. de vicq c. cons. Boudard, S. 94, 2. 185; Amiens, 16 Nov. 1893. *Perret c. comm. d'Essomes*. S. 94. 2. 190. Civ. 10 Dic. 1894. *Soye c. Ville d'Auch*. D. P. 95. 1. 329; S. 98. 1. 437. Rouen 18 Dic. 1874 *comm. de Caudebec*. S. 95. 2. 205. Dijon 11 Junio 1896. *comm. de Villemomble. c. Maitre*. D. P. 96. 1. 573; S. 97. 1. 136: Civ. 19 Octubre 1896. *cons. Estienney c. Comm.* de Tincey, D. P. 98, 1, 604, S. 98. 1, 350; Req., 9 May. 1905, *comm. d'Jenne, c. Reveyron*. D. P. 05. 1. 428. S. 07. 1. 335: Douai 15 Enero 1906. *cons. Bulot c. liquid. congreg. Saint Famille* S. 07. 2. 200. París 24 Abril 1907. *Duez liquid. c. cons. de Tinseau*. S. 07. 2. 200: Civ. 23 Julio 1913. *Ville de Narbonne c de Combettes*. D. P. 15. 1. 49. S. 20. 1. 21: París 17 Julio 1913. *herit de Liborel c. comm. de Chenevieres. Gaz. Pal.*, 10 Marzo 1914.

Sentencias que aplican el art. 900, porque el modo no fué la causa impulsiva y determinante: Besanson, 22 Enero 1890, y Req. 18 Feb. 1891. *Pernin c. comm. de Rainaus*, D. P. 93. 1. 316; S. 93. 1. 11; Nimes 11 Agosto 1891; S. 92. 2. 70, y Civ. rej., 20 Feb. 1895, *cons. Giera c. comm. du Thor*. D. P. 95. 1. 473; S. 97. 1. 211; Civ. 26 Mayo 1894. *Brucy c. hosp. d'Aubigny*. D. P. 95. 1. 217; S. 96. 1. 129; Lyon 4 Marzo 1904, y Req. rej. 20 Noviembre 1905, *cons. Reymondier c. comm. de Chambom Feugerolles*. S. 06. 1. 171; Civ. 19 Octubre 1910, *hosp. de Chalais c. d'Arenberg*, D. P. 11. 1. 463; S. 11. 1. 207.

Sentencias que se refieren a modos distintos del de fundación de escuelas confesionales. *A*) Sentencias que aplican el art. 900: Tolosa 4 Nov. 1890. *Solier*. 6. 91. 2. 151, cláusula relativa a que los productos de una renta legada a los pobres serán distribuídos por el cura de la parroquia; Besanzon 26 Marzo 1891, y Req. 25 Enero 1893, *Barrand c. maire de Flangebauche*, D. P. 94. 1. 257; S. 96. 1. 29; inalienabilidad de los bienes y prohibición a la autoridad pública de mezclarse en la administración de los que le fueron donados; Rouen 15 Mayo 1900, *herit. Guillot c. hosp. d'Abbeville*, D. P. 02. 2. 163; S. 04. 273, fundación de camas en un hospital con derecho exclusivo para el sobrino y los curas de la localidad de designar las personas que han de ocuparlas, Req. 8 Mayo 1901. *Fouilloux c. administración de L'asistance públique;* D. P. 02. 1. 220; S. 02. 1. 81; Req. 17 Feb. 1903. *Treff. c. comm. de la Houssiere;* S. 04. 1. 38, legado a un Municipio para establecer hospicio dirigido por el cura de la parroquia; Grenobie 27 Enero 1903, *Oficina de Beneficencia de San Juan de Moirans c. de Monteynard*, D. P. 05. 2. 276; S. 06. 2. 34, legado a los po-

del disponente, y sin revisibilidad de su apreciación a no ser que aparezca claramente de los hechos que desnaturalizaron los términos de la liberalidad [1].

En resumen: del examen de las decisiones recogidas en las Colecciones resulta que la Jurisprudencia continúa en la mayor parte de los casos aplicando el art. 900, y especialmente le aplica cuando se trata de condiciones verdaderamente reputadas como inmorales o ilícitas, porque cualquiera que sea la importancia que el disponente atribuya al cumplimiento de una condición de tal género, ésta no constituye más que una modalidad algo accesoria, y deja subsistir con entera independencia la intención de gratificar. Sólo a propósito de las fundaciones, y únicamente cuando es cierto a su parecer que la consideración del modo ha sido el elemento dominante de la voluntad del disponente, la jurisprudencia prescinde del art. 900 y declara, según las demandas, bien la anulación, bien la revocación de la liberalidad. Son muy raros los casos en que se ha pronunciado en este sentido, fuera de la cuestión de las fundaciones de escuelas confesionales [2], y aun en cuanto a estas últimas, las

bres bajo condición de que la distribución de los socorros se haga por el regente de la parroquia con dispensa de rendir cuentas.

B) Sentencias que declaran la nulidad de la liberalidad: Trib. civ. Bourgoin 14 Nov. 1888, y Grenoble 18 Abril 1889, *Ev. de Grenoble c. F.*, S. 91. 1. 145, legado de casas-escuelas para una mesa episcopal.

1 V. Civ., 26 Mayo 1894. *Brucy. c. hosp d'Aubigny.* D. P. 94. 1. 217; S. 96. 1. 129; Req, 17 Feb. 1903. *Treff. c. comm. de la Honssiere.* S. 04. 1. 38; Req, 6 Enero 1909. *V.ve Lefebvre c. comm. de Flines.* D. P. 13. 5. 35, S. 10 1. 341.

2 Req, 3 Junio 1863. *Martal c. Jolly* citado, donación-partición; Lyon, 6 Agosto 1884. *Gleyzal c Gleyzal.* D. P. 86. 2. 121, cláusula contraria a la libertad de la persona; Req, 8 Abril 1889. *Terral c. Matet.* D. P. 90. 1. 205. S. 89. 1. 212, pacto sobre sucesión futura; Douai, 22 Julio 1907. D. P. 07. 2. 344, cláusula modificativa de las reglas establecidas por el Código, autorizando el matrimonio de un minero. En Derecho público; Dijon, 7 Dic. 1871. D. P. 73. 2. 177, fundación de beneficencia; París, 27 Julio 1897. *Flavigny c. Crochet-Doizelet,* D. P. 98. 2. 112, donación a un presbítero para ser empleada en buenas obras; Req, 17 Junio 1905. *Daux c. Grabié.* S. 06. 1. 174, liberalidad a una congregación religiosa por interposición de una persona; Req, 31 Octubre 1922. *Ville de Montreuil-sous Bois c. cons. Thuasne.* D. P. 22. 1. 239, legado a una ciudad para fundar una escuela-jardín, exclusivamente reservada a niños católicos y que hayan hecho su primera comunión.

sentencias que mantienen la liberalidad, a pesar del incumplimiento del gravamen, son bastante numerosas.

Así, pues, se tiene una idea inexacta del sistema de interpretación del art. 900, adoptado por los Tribunales, cuando se dice que en esta materia confudieron la causa y el motivo.

Añadamos, finalmente, que este sistema no merece el reproche de ilógico que se ha dirigido alguna vez contra él. El artículo 900, interpretado de esta manera, se justifica también desde el punto de vista legislativo. Es preferible, en efecto, inspirarse en la voluntad del disponente, ya para anular la misma liberalidad, ya para declarar no escrita la condición, antes que pronunciar en todos los casos, sin tener en cuenta las circunstancias, la anulación de la liberalidad o su mantenimiento, prescindiendo de la condición [1].

206. III. *Revocación de las liberalidades por incumplimiento de cargas.*—Los arts. 955, 956 y 1.046 C. c. establecen que las donaciones y los legados pueden ser revocados por causa de incumplimiento de las cargas impuestas a los donatarios o legatarios, y añaden que esta revocación no se verifica nunca de pleno derecho.

¿Cómo explicar semejante derecho de revocación? La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo, afirmando que no es más que una aplicación a las liberalidades del principio escrito en el art. 1.184 para los contratos sinalagmáticos. La Ley ha concedido al disponente un derecho de opción análogo al que pertenece al contratante cuando la otra parte no satisface su obligación. El donante puede elegir, entre obligar al donatario o al legatario a que cumpla el modo, si es posible [2], o pedir la

1 V. Baudry Lacant y Mauricio Colín, *Donaciones y testamentos*, T. I, n. 210 y s.

2 Sabemos que nuestros antiguos escritores, contra el criterio del Código civil, no consideraban el incumplimiento de las condiciones como una causa especial de revocación. Según la Constitución de Justiniano, 10 C. *de revoc. donat.* 8. 55 (56), sólo admitían dos causas de revocación: la ingratitud y la supervivencia de hijo, y colocaban el incumplimiento de las condiciones entre los casos de ingratitud. (V. Ordenanza de Feb. 1731, sobre las *Donaciones entre vivos*; cons. Pothier, *Donaciones entre vivos*, sec. 3.ª, artículo 3.º, § 1; Furgole, *Testamentos*, cap. 11, sec. 1.ª, n. 91; Ricard, *Dona-*

revocación con daños y perjuicios, si el incumplimiento es imputable al gratificado [1]. Vemos, además, que la jurisprudencia concede al Tribunal el mismo poder discrecional, que consiste no sólo en la facultad de otorgar al gratificado una tregua para cumplir su obligación [2], sino en declarar o denegar, según las circunstancias, la revocación. Finalmente, admite también que el disponente puede demandar la revocación, cualquiera que sea la causa del incumplimiento, y aunque fuere debida a fuerza mayor no imputable al donatario o legatario, o a que la fundación hubiese perdido toda su utilidad.

Así, pues, no puede ponerse en duda que los arts. 953,

ciones, 3.ª parte, cap. 6, sec. 2.ª, n. 694 y s.). Y de aquí deducían dos conclusiones: en primer lugar, que la revocación no podía pedirse si el incumplimiento procedía de fuerza mayor y no de culpa del donatario, y además, que el donante no podía obligar al donatario recalcitrante a ejecutar la carga, porque la donación, acto de beneficencia, no debía nunca ser oneroso para el gratificado. (Pothier, *Comunidad*, n. 439; Ricard, *Donaciones*, 1.ª parte, n. 846; Furgole, *Cuestiones sobre las donaciones*, cuest. 1.ª, n. 11, cuest. 8.ª, n. 21 y s. *Contra.* Domat, *Leyes civiles*, l. 1, t. X, sec. 1.ª, n. 1.)

Los intérpretes del Código discuten todavía estos dos puntos, y algunos se declaran por la solución negativa. (V. Demante y Colmet de Santerre, T. IV, n. 96 bis, I.) Pero los más modernos comentaristas otorgan al disponente el derecho de optar entre la ejecución forzosa y la revocación, que es la única solución lógica, sobre todo desde que el art. 956 constituye una aplicación del art. 1.184. En este sentido Aubry y Rau, 5.ª ed., T. XI, § 706, texto y nota 11; Baudry Lacant y Maur. Colín, *Donat. et testam.*, T. I, ns. 1.555 a 1.557; Planiol, T. III, n. 2.632; Ambrosio Colín y Capitant, T. III, p. 796.

1 El derecho del donante o de los herederos a reclamar daños y perjuicios en caso de incumplimiento del modo por culpa del gratificado es indudable para la jurisprudencia y proclamado por numerosas sentencias. La Corte de Casación es verdad que se negó a condenar en daños y perjuicios a los Municipios que, habiendo aceptado el legado *sub modo* de sostener escuelas de congregantes, demandaron la laicización de estas escuelas, pero es porque siempre ha admitido que el hecho de solicitar la laicización constituía el ejercicio de un derecho y no podía considerarse como culpa. (V. Civ., 18 Junio 1888. *Rousselet c. Comm. de Bierry*. D. P. 89. 1. 29; S. 89. 1. 115.) Opinión muy discutible, porque la culpa consiste precisamente en no respetar la carga aceptada.

2 Req, 5 Jul. 1905, *Brissez c. Comm. de Cantin*. D. P. 05. 1. 456. S. 06. 1. 39; Req, 31 Enero 1899. *Bonnet c. Blanvac.* D. P. 99. 1. 272; S. 99. 1. 351; se trataba en este caso no de una carga, sino de una condición.

956 y 1.046, extienden a las liberalidades el sistema de resolución judicial establecido por nuestro Código para los contratos sinalagmáticos.

Pero, ¿cómo puede explicarse esta extensión, cómo justificarla desde el punto de vista jurídico? Es esta una cuestión en la cual apenas se detienen los autores. Se contentan con decir que la donación *sub modo* es una verdadera convención sinalagmática, porque contiene obligación recíproca de los contratantes. Ahora bien, no es esta razón plausible, porque suponiendo que fuera admisible para las donaciones, no lo sería para los legados, que no son convenciones.

Algunos acuden a la idea de la condición resolutoria presunta. El donante o el testador, dicen, se reputa que se reservó para él y sus herederos la facultad de pedir la revocación de la disposición en el caso en que el gratificado no cumpliese las cargas que aceptó [1].

Esta explicación, cuya inexactitud acabamos de demostrar en lo relativo al art. 1.184, es todavía menos aceptable por lo que se refiere a las donaciones y los legados. En primer lugar, sale aquí al paso la misma objeción que en el artículo 1.184. Si la revocación fuera la consecuencia de una condición resolutoria tácita, debería realizarse de pleno derecho por la sola manifestación de voluntad del disponente o de sus herederos, sin que fuera necesario acudir a los Tribunales. Además sería extremadamente excesivo en nuestra materia declarar revocada la liberalidad, cualquiera que fuese la naturaleza del gravamen impuesto al gratificado, porque equivaldría a prescindir en muchos casos de la verdadera intención del disponente.

207. El derecho de revocación del disponente, lo mismo que el derecho resolutorio del art. 1.184, no puede, pues, explicarse en virtud de una cláusula tácita análoga a la *lex commissoria*. En ambos casos hay que buscar la base en el examen de la relación jurídica que une a los dos interesados, y este exa-

1 Aubry et Rau, 5.ª ed., T. XI, § 707 bis, p. 348; Laurent, T. XII, número 487; Demol, T. XX, ns. 570, 571; Demante y Colmet de Santerre, T. IV, n. 96; Baudry-Lacant y Maur. Colin. *Donat et test.*, T. I, n. 1.545.

men nos lleva, naturalmente, a la noción de causa. El origen histórico del derecho de revocación nos revela claramente esta filiación.

En Roma, durante mucho tiempo, la donación *sub modo* se consideró como un simple pacto que no producía ninguna acción en favor del donante, ni para obtener el cumplimiento del modo, ni para reclamar lo que había dado en caso de incumplimiento por parte del donatario [1]. Pero a fines del siglo III se otorgó al donante primero el derecho de intentar una *condictio* para hacerse restituir los bienes donados *(condictio causa data causa non secuta)*, después la acción *praescriptis verbis* para constreñir al donatario a su cumplimiento [2]. Se concedió después al mismo donante una acción de repetición, porque la donación que él había hecho *carecería de causa* desde que el donatario no diere cumplimiento a lo que se había obligado.

No es que sostengamos que el Juez venga siempre obligado a ordenar la restitución de la cosa dada. El jurisconsulto Juliano, que fué uno de los primeros en considerar el acto como una *datio ob causam*, indica muy certeramente la distinción que existe. En el fragmento 2, § 7, *D. de donat*, 39, 5, supone que una donación se hizo a Ticio con la condición de comprar al esclavo Stichus. Habiendo muerto este esclavo antes de su compra, se quiere saber si el donante tendrá alguna acción para repetir la suma dada. Responde que en este caso hay una cuestión más de hecho que de derecho. Porque si precisamente se entregó la suma a Ticio para que comprara a Stichus, y de otra suerte la donación no hubiera tenido lugar, el donante podrá intentar la *condictio*. Por el contrario, si la intención de dar la cantidad a Ticio era independiente de la compra del esclavo, pero sabiendo que Ticio se proponía comprar a Stichus, dijo que daba esta cantidad para que comprase a Stichus, deberá considerarse esta enunciación como el motivo *(causa)* de la donación antes que como una condición; y en caso de la

1 Ulpiano D. 24. 1. *de donat. int. vir. et ux.*, 13. 2; Papiniano D. 35. 1. *de condic. et dem., 71 pr.*

2 Diocleciano C. 8. 53 (54) *de donat.* 9. 22. 1; Valeriano y Galiano C. 8. 54 (55) *de donat. quae sub modo, 1.*

muerte de Stichus, el dinero será de propiedad de Ticio [1].

Así el derecho de revocación tiene el mismo fundamento que el art. 1.184. No de otra suerte que la prestación hecha por el contratante cesa de tener causa, cuando no recibe el equivalente de lo que entregó, así también la donación que realizó el donante viene a carecer de causa, o mejor puede perder su razón de ser si el donatario no ejecuta la carga que aceptó. Decimos que puede perder su causa porque en las liberalidades gravosas, la afectación de los bienes ordenada por el disponente constituye, si no siempre, al menos muchas veces, el fin que se propone al hacer la liberalidad. Vamos ahora a inquirir las consecuencias que se derivan de esta tesis.

208. A) *Poder soberano de apreciación de los Jueces.*—En primer lugar será preciso que el Tribunal investigue en cada procedimiento que se le someta la causa verdadera de la disposición. Si es la de obtener el cumplimiento del gravamen impuesto al gratificado, el Tribunal deberá revocarla, porque la donación no puede subsistir si el fin que se busca no se consigue o deja de ser conseguido [2]. Si por el contrario, el modo que no se ejecuta o no puede serlo, se presenta como accesorio, si no fué la verdadera causa de la liberalidad, entonces el fin que se proponía el donante o el testador no falta, y, por lo tanto, no puede pronunciarse la revocación.

1 Ulpiano dice en el fragmento 3 del mismo título, que, tratándose de donaciones, hay que distinguir el motivo que impulsó a dar de la condición impuesta a la donación. Si se trata de un motivo, el donante no puede reclamar lo que da; pero si se trata de una condición, puede reclamarlo.

2 V. especialmente Dijon, 8 Junio 1910, *abbé Prudon c. comm. de Brandon;* S. 10. 2. 202, que declara en sus motivos que cuando el modo no se ejecuta, la liberalidad está privada de causa jurídica; Pau 17 Mayo 1909, *con, d'Esparbés c. ville. de Tarbes;* S. 09, 2. 143; se trataba de una donación a la ciudad de cierto inmueble con la obligación: 1.°, de pagar una renta vitalicia de 1.000 fr. al donante; 2.°, de entregar después de su muerte una suma anual de 1.000 fr. a la oficina de beneficencia, y 3.°, de vincular el inmueble a un curato. La Corte, después del examen de los hechos, concluyó que la renta estipulada por el donante no puede ser, atendida su edad avanzada y su situación de fortuna, la causa de la donación, que era algo accesorio, y que la verdadera causa había sido la voluntad de afectar el inmueble donado al curato.

Los Tribunales disfrutan, pues, de facultades absolutas de apreciación para resolver si el modo fué o no, según la fórmula adoptada, la causa impulsiva y determinante de la liberalidad. La Corte Suprema ha proclamado en varias ocasiones este poder soberano; no se reserva la facultad de revisar la apreciación de los Jueces más que cuando éstos, so pretexto de interpretar, desnaturalicen el sentido de la donación o del legado, sustituyendo una donación clara y precisa por otra que produzca efectos legales diferentes [1].

1 Civ., 19 Octubre 1896, *Estienney et Menetrier c. Comm. de Tincey*, D. P. 97. 1. 604; S. 98. 1. 350; Civ., 17 Junio 1896, *Babey c. Oficina de Beneficencia de Orgelet*, D. P. 99. 1. 159. S. 98. 1. 438.

Comp. Civ., 23 Febrero 92, *Synd. Marchand c. Jousse*, S. 92. 1. 313. Convendría citar aquí nuevamente algunas sentencias que ya hemos aducido al estudiar el art. 900. En efecto, con ocasión sobre todo de modos que se hicieren imposibles, o fueren prohibidos por la ley, y especialmente a propósito de la laicización de escuelas confesionales, los Tribunales han tenido que construir sistemas interpretativos del derecho de revocación. V. también las numerosas sentencias relativas a las fundaciones de misas y liberalidades con cargas, impuestas a los establecimientos del culto, dadas a raiz de la Ley de 9 Diciembre 1905, sobre separación de la Iglesia y del Estado. Cons. Sirey, Tabl. decenn., 1901-1910, v.° *cultos*, ns. 113 y s.; Dalloz, Tabl. quinq., 1907 1911, v.° *culto*, ns. 1.114 y s. V. especialmente las resoluciones recolectadas en D. P. 1907; 2. 245, 1908; 2. 1 3. y S. 1908 1. 129. 2. 41, *Adde* Dijon, 8 Junio 1910, *abbé Prudon c. comm. de Brandon* (motivos); Rióm, 10 Junio 1909, *Cohadon c. Enregistrement* S. 10. 2. 202.

Cierto número de sentencias se han pronunciado con ocasión de los modos juzgados ilícitos, y en ellas los Jueces han aplicado siempre el mismo criterio; no han declarado la revocación sino después de comprobar que el modo incumplido fué la causa impulsiva y determinante de la voluntad del donante o testador. V. especialmente Nimes, 11 Julio 1881, *Monnier c. comm. d'Alais*, S. 82. 2. 97. Este fallo declara que la carga de la enseñanza de las Congregaciones no era ilícita en 1821, fecha de la liberalidad, y pronuncia la revocación por incumplimiento de la modalidad, porque, dice, esta ha sido la causa impulsiva y determinante de la liberalidad, y que en virtud de este hecho la donación se ha convertido en un contrato sinalagmático, en el cual la obligación contraída por el donante ha tenido por causa la del donatario. Nancy, 19 Enero 1883, *Comm. de Semide c. Muroy*. S. 87. 1. 241, en Casac.: «Considerando que el art. 4 de la donación de 1856, no constituye cláusula nula según el art. 6, y constituyendo condición que sería preciso suprimir, según el art. 900 C. c.; que

Una sentencia de Rióm de 10 Enero 1860, *Bayard c. Legiser de Legarde*, s. Req., 27 Marzo 1861. D. P. 61. 1. 264. S. 61. 1. 435, determina así el poder atribuído a los Jueces por el artículo 956: «El art. 956, dice, deja a los Tribunales cierta libertad de apreciación en materia de revocación de testamentos por causa de incumplimiento de condiciones; es preciso, en efecto,

esta cláusula, aceptada como lícita en 1857 por la autoridad, no tuvo en modo alguno por efecto abarcar las libertades comunales, ni poner trabas al derecho perteneciente a la administración, de sustituir una enseñanza por otra en el Municipio de Semide». Bourges, 21 Mayo 1901. Civ. 23 Enero 1926. *Comm. de Dornes c. cons. Lefebvre*, D. P. 07. 1. 30. S. 1911. 1. 302; en este caso la cláusula era válida, porque se trataba de una escuela privada para la cual la ley de 1886 no tenía aplicación.

Adde: Besanzón, 24 Mayo 1854 y Req. rej. 16 Julio 1855. *Dornier c. Dornier*, D. P. 55. 1. 419. S. 56. 1. 246: «Considerando que la obligación impuesta a D. de no disponer en plena propiedad de los inmuebles dados por su madre hasta después de la muerte de ésta, no constituía una condición formal de la donación, sino una simple estipulación accesoria, cuya infracción no podía producir la resolución de la misma donación, la Corte de Besanzón no hizo más que apreciar, como era su derecho, los términos mismos del acto y la intención de las partes tal como se derivaban de su posición respectiva y de las circunstancias del procedimiento». Angers, 30 Mayo 1884, y Civ. rej. 28 Junio 1887, *Hosp. de Montreuil-Bellay c. Fortris*. D. P. 88. 1. 135; S. 89. 1. 99. Req., 6 Abril 1887. *Virollot c. Minist. de Instr. públ.*, D. P. 88. 1. 301. S. 87. 1. 151: «Considerando que se dice en los motivos (de la sentencia impugnada): que el donante hizo de tal cláusula de la donación una condición absoluta e irritante»...

Req., 17 Febrero 1903, *Treff. c. Comm. de la Houssiere*. S. 1904. 1. 38; Lyon, 1 Febrero 1894, *Mollin c. ville de Lyon*. S. 49. 2. 165; legado hecho a un establecimiento privado de ciegos, y aceptado por la ciudad de Lyon en defecto de personalidad de este establecimiento. Habiendo ordenado el Prefecto la clausura de este establecimiento, la ciudad dejó de darle los atrasos de la renta y se los atribuyó a otra institución. La sentencia declara la revocación del legado por incumplimiento de las condiciones, porque se deduce de los hechos y circunstancias de la causa que el testador tuvo exclusivamente en miras la institución que había designado, y que el interés que la profesaba, había sido la causa impulsiva y determinante de la liberalidad.

Req., 6 Abril 1906, *Royet c. Comm. de Saint-Julien-du-Sault*. S. 07. 1. 166.; Req., 3 Mayo 1921, *Bonnin c. Joly*, D. P. 21. 1. 143: «Considerando que a los Tribunales corresponde apreciar, según las circunstancias de hecho, si el incumplimiento parcial de las cargas impuestas a un donatario es bastante para que se declare la revocación de la donación.»

precaverse en esta materia de infringir la voluntad del testador bajo pretexto de asegurar su ejecución»... Y la Cámara de Admisión, rechazando la demanda formulada en este asunto, añade: «Considerando que según los términos de los arts. 956 y 1.046 C. c., la revocación de donaciones y de testamentos, por incumplimiento de las condiciones, no ha tenido nunca lugar de pleno derecho. Considerando que la consecuencia de este principio es que los Tribunales, llamados a entender en la acción ejercitada a tal efecto por las partes interesadas, gozan de discrecionales facultades relativamente a las condiciones impuestas al legatario o donatario; que hay, en efecto, condiciones principales cuya apreciación es imperativa; que las hay de menor importancia, cuya omisión no llevaría consigo necesariamente la revocación de las disposiciones»...

B) *Caso en que el incumplimiento no es imputable al gratificado.*—En segundo lugar, la revocación de las liberalidades, puede decretarse, cualquiera que sea la causa que impida la ejecución del modo, y aunque esta inejecución provenga de circunstancias no imputables al gratificado, como, por ejemplo, del hecho de que imponga la ley a los Municipios la laicización de sus escuelas, o también de que el establecimiento donatario haya sido suprimido por la ley, y el que ésta prohiba a la persona moral responsable cumplir con las cargas de la índole que el caso le impone, o, finalmente, que el objeto mismo de la fundación haya perdido la utilidad que presentaba en el momento de la liberalidad. También aparece consagrada por la jurisprudencia esta solución [1].

C) *Daños y perjuicios en caso de culpa.*—En tercer lugar, si el incumplimiento del modo es imputable a la mala voluntad del donatario, el donante podrá no sólo pedir la revocación, sino hacer que se le condene en daños y perjuicios [2].

D) *Revocación de pleno derecho expresamente estipulada por*

1 Las sentencias son muy numerosas para aducirlas. Basta con citar: Req. 29 Nov. 1892, *Comm. de Fontcouverte c. Bouttaz.* D. P. 93. 1. 67. S. 93. 1. 32.; Civ. 19 Octubre 1896. *Estienney et Menetrier c. comm. de Tincey*, D. P. 97. 1. 604. S. 98. 1. 350. Cons. Dalloz, nuevo C. civ. ann., art. 954, ns. 98 y s.

2 V. Dalloz. Nuevo C. civ. ann., art. 954, ns. 233 y s.

el disponente.—En cuarto lugar, cuando el disponente estipula expresamente la revocación de pleno derecho para el caso en que el modo deje de cumplirse, la revocación tiene lugar *ipso jure*, en virtud de la condición resolutoria inherente al acto, conforme el art. 1.183. La función del Tribunal se limita a comprobar si existe incumplimiento del modo, y si éste lleva consigo la revocación; no goza en este caso de facultad discrecional en la apreciación [1].

En efecto, se admite que a pesar de sus términos aparentemente restrictivos, el art. 956 no se opone a que el disponente estipule la revocación de pleno derecho sin recurrir a los Tribunales [2].

E) *Revocación parcial.*—Finalmente, la revocación de la liberalidad puede no afectar siempre al todo. Si resulta, en efecto, de las cláusulas del acto, que el modo incumplido no se refiere a la intención del disponente sino a una parte de los bienes, y que, en realidad, la liberalidad se desdobla en varias liberalidades, la revocación no afectará más que a la parte inherente a la satisfacción de la carga, que dejó de cumplirse [3].

Como se vé, la jurisprudencia ha sabido señalar la base en que descansa el derecho de revocación, y construir sobre ella un sistema de interpretación muy sólido.

209. *Comparación del sistema de la jurisprudencia con el de la Doctrina.*—Si comparamos ahora este sistema interpretativo

1 V. Rióm, 10 Junio 1909. *Cohadon c. enregistrement;* Bourges 11 Enero 1910. *Torchon c. enregistrement.* S. 10. 2. 202. Civ. 29 Mayo 1911. *Sauvert c. enregistrement.* 30 Mayo 1911. *Enregistrement c. Chevalier.* S. 11. 1. 353: 7 Nov. 1911. *Enregistrement. Lecovec.* S. 12. 1. 110, a propósito de fundaciones piadosas hechas a establecimientos del culto suprimidos por la ley de separación.

2 *Nota del Traductor:* Siendo condiciones resolutorias aquellas de las que depende la extinción de la figura motivante, resulta que *existente conditione*, tiene lugar la retroacción de efectos, que se aplicará en las liberalidades, restituyéndose al disponente lo que hubiere donado. V. arts. 1.113 y 1.123 del C. c. español.

3 Civ. 1.º Julio 1896. *Lagors. c. Serís.* D. P. 98. 1. 397. S. 02. 1. 350: Angers 30 Mayo 1884. *hosp. de Montreuil-Bellay.* S. 89. 1. 99. en casac. Bourges 13 Febrero 1911. *Laforêt c. Comm. de Clion.* S. 12. 2. 141 y Req. rej. 26 Nov. 1912. S. 14. 1. 207.

con el de la doctrina incierto y vacilante, no tendremos más remedio que confesar que en esta materia los jueces han dado buena prueba de mayor sentido jurídico que los tratadistas. Efectivamente; con base tan inconsistente como la idea de una condición resolutoria, sobreentendida por las partes, es imposible edificar un conjunto coherente y lógico de soluciones.

Así que, en primer lugar no existe unidad de pareceres entre los comentaristas acerca de la cuestión esencial, primordial, de la facultad que debe otorgarse a los Jueces. La mayor parte de los intérpretes [1] tan sólo les reconocen el derecho de otorgar al donatario un término de gracia para que cumpla su obligación, si ello resulta todavía posible, y si no la cumple, podrá ser decretada la revocación. Ahora bien, el que se obceca con esta solución simplista, corre el riesgo de dejar a un lado la intención del disponente, porque puede suceder que éste no haya dado a la cláusula importancia tan decisiva; y, sin embargo, el Tribunal, acuciado por los herederos más cuidadosos de tomar sus bienes que de respetar la voluntad del difunto, debería acceder a su demanda. Por esto, algunos autores se niegan a admitir esta decisión y a conceder a los Jueces un poder discrecional [2], pero sin justificar su opinión.

Del mismo modo, ¿será posible la revocación si el incumplimiento es debido a fuerza mayor, y no a un hecho del donatario? En este punto no están de acuerdo los intérpretes. Lógicamente deberían contestar negativamente [3] como lo hacen a propósito del art. 1.184. Sin embargo, la mayor parte [4] admiten, por el contrario, que la revocación puede pedirse, cualquiera que sea la causa de la falta de cumplimiento de la obligación impuesta al donatario, solución que se concilia mal con

1 *Aubry et Rau*, 5.ª ed. T. XI, § 707 bis, p. 349: *Demol.* T. XX, n. 605: *Demante et Colmet de Santerre.* T. IV, ns. 96 y 96 bis.

2 Laurent. T. XII, n. 493: Huc. T. VI, n. 236; Baudry-Lacant y Mauricio Colín. T. I, n. 1.549.

3 Planiol, Notas, D. P. 91. 2. 113; 92. 2. 137.

4 Aubry et Rau *loc. cit.* p. 353: Demol, T. XX, núms. 598 a 600: Baudry-Lacant. y Mauricio Colin, T. I, núm. 1.562.

la idea de una condición resolutoria tácita, y que por otra parte no se cuidan de justificar [1].

Finalmente, Demolombe plantea la cuestión de lo que sucedería si los bienes donados perecieren por caso fortuito en manos del donatario (T. XX, núm. 577) y resuelve que esta pérdida no libraría al donatario de su obligación futura, aunque nada le quedase de los bienes donados. Solución que demuestra los errores a que puede llevar la negligencia en la investigación de la causa de las obligaciones de cada contratante [2].

1 *Nota del Traductor:* En sistema legal español la facultad resolutoria se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. Pero la condición resolutoria no produce sus efectos en el momento mismo de su realización por poder el perjudicado elegir; de suerte que sin demanda de resolución, no puede acordarse. (V. C. c., 1.110 § 3.º, 1.466 s., 1.485, 1.486 y 1.568.

2 La Ley de 9 Noviembre 1905, relativa a la separación de la Iglesia y del Estado, modificada e interpretada por la de 13 Abril 1908, aporta notables restricciones al derecho de revocación de las fundaciones en establecimientos del culto y al de las liberalidades dadas al Estado, a los departamentos, municipios y establecimientos públicos, y a las que contienen cargas piadosas o de culto. En primer lugar la demanda de revocación por incumplimiento de las cargas no puede ejercitarse más que por los autores o sus herederos en línea directa. Además, en lo relativo a las liberalidades con cargas piadosas o afectas al culto, hechas al Estado o a las personas públicas se declarará la revocación solamente «en la proporción correspondiente a las cargas incumplidas, *sin que haya lugar a distinguir si dichas cargas, son o no determinantes de la liberalidad*». Así si suponemos que se dió una renta de 500 francos a una comunidad a cargo de hacer decir un número determinado de misas cada año, que representen un valor de 250 francos, entonces sólo se revocará la mitad de la donación. Esta solución no es, a pesar de todo lo que se diga, contra la situación jurídica anterior. En efecto, la revocación de una liberalidad puede ser parcial, si el modo solamente se refiere a una parte de aquélla. (V. *supra* p. 474.) Pero en lo que deroga al derecho común el art. 9, § 15, es precisamente en que se conserva esta regla misma, aun para el caso en que se estableciera, que el modo no fuese la causa determinante de la liberalidad, y más aun en el caso en que dicho modo hubiese sido la causa determinante de toda la liberalidad.

Bueno es recordar que fuera de la discusión de la Ley de 13 de Abril 1908, se ha defendido en el Parlamento una teoría, según la cual las fundaciones perpetuas escaparían a las reglas de Derecho civil y no obedecerían más que las de derecho público; y se ha pretendido consiguiente

§ 2.° *Liberalidades que tienen por causa determinante la opinión del disponente, de que el gratificado es hijo suyo adulterino o incestuoso.—Liberalidad hecha para asegurar la eficacia de una separación amistosa entre esposos.*

210. Las donaciones hechas en favor del hijo adulterino o incestuoso por el que cree ser su padre, son anuladas por los Tribunales si de una parte la prueba de esta creencia se desprende de modo cierto de las declaraciones hechas por el disponente en el acto de la donación o en el testamento, y si de otra parte constare en el mismo acto que la opinión de su paternidad fué causa determinante de la liberalidad.

Esta solución ha sido consagrada por numerosas sentencias. La primera que figura en las Colecciones es una de la Cám. civ. de 4 Enero 1832, rechazando una demanda formulada contra el fallo de la Corte de Tolosa de 5 Marzo de 1827, *Pendariés c. Dugourg*, S. 32. 1. 145, *supra*, p. 427, nota 1 [1].

mente que el derecho público tradicional no admite el traslado de destino de los bienes de las fundaciones, aun cuando el Estado suprima el establecido por el fundador. Esta teoría atrevida, no descansa en ningún texto concreto, y nunca fué acogida por nuestra jurisprudencia. Se refuta en una nota de M. Albert Tissier, S. 1. 911. 1. 353.

1 Antes de 1832 la Corte de Casación había establecido lo contrario en una sentencia de 28 Junio 1815. *Herit Lanchere c. V.ºe Blanie.* Sir. chr., a propósito de una donación en la que el donante calificaba a los donatarios de hijos naturales suyos, *pero sin añadir que fueran adulterinos*, y declaraba que quería darles una prueba de tierno afecto.

Las principales sentencias dadas después de 1832, son las siguientes: Req., 31 Julio 1860. *Pinta c. Lannoy*. D. P. 60. 1. 458. S. 60. 1. 834; Amiens, 14 Enero 1864. S. 64. 2. 11, y Civ. rej., 22 Enero 1867, 3. esp., *Bernard c. Blot*. D. P. 67. 1. 5. S. 67. 1. 49.

Req., 6 Diciembre 1876. *Neviere c. Latil*. D. P. 77. 1. 492. S. 77. 167. Req., 29 Junio 1887, *Breville c. cons. Camand*. D. P. 88. 1. 295. S. 87. 1. 358. Limoges, 27 Febrero 1900, *Cons. Gioux c. Cons. Merciel*. D. P. 02. 2. 281. S. 03. 2. 273; 5 Marzo 1923. *Fraysse c. Lalitte. Gaz. Pal.*, 12 Junio 1923. Trib. civ. Sena, 27 Abril 1918. *Gaz. de los Trib.*, 23, 24 Octubre 1918. *Adde*, en cuanto a los legados universales, hechos a hijos naturales, simples y reducidos por exceso, el art. 908 C. c., Civ. 7 Diciembre 1840. *Benoît c. herit. Bernard*. D. P. 41. 1. 44. S. 41. 1. 40. París, 14 Agosto 1865. *Fortin c. Danvillers*. S. 67. 2. 137. Además de las sentencias precedentes: Aix, 5 Enero 1882. *Regis. c. Mante*, S. 82. 2. 178, que en sus Considerandos discute lo bien fundado de la tesis.

Fundándose en los arts. 1.131 y 1.133 C. c., es decir, por tener causa ilícita, la jurisprudencia ha declarado la nulidad de estas disposiciones. En efecto, dice, el fin que se propone el donante o el testador es ilícito, porque él mismo confesó que quería hacer lo que la ley prohibe, concediendo ventajas a un hijo, del cual se reconoce ser padre adulterino o incestuoso. La donación tiene una causa ilícita; no se inspira únicamente en el *animus donandi*, porque este mismo *animus donandi* obedece y se subordina a creer en la existencia de un vínculo de filiación adulterina o incestuosa entre el gratificante y el gratificado [1]. Así pues, y nótese bien, para que se produzca la nulidad, es preciso en primer lugar que resulte la prueba completa y absoluta de que el disponente se creía autor del hijo gratificado; es preciso, además, que esta opinión haya sido la causa determinante y no simplemente uno de los motivos de la liberalidad. Si ésta pudiera explicarse por otras razones, no habría lugar a anularla. Todas las sentencias insisten en esta condición, como queriendo demostrar que no ha de confundirse la causa con simples móviles.

Es preciso que conste con toda claridad y quede bien establecido que el disponente ha querido alcanzar un fin contrario a la ley.

Finalmente, es muy importante destacar, porque ello justifica el sentido de la jurisprudencia, que la nulidad no puede declararse, a no ser que la doble prueba exigida se derive de una manera plena y absoluta del enunciado del acto mismo, a saber: si el testador confesó su voluntad de violar la ley y de ofender a las buenas costumbres. Esta prueba no podría verificarse con ayuda de documentos extraños al acto de liberalidad. No podría deducirse ni de papeles privados, ni de la correspondencia, ni aun de reconocimiento anterior, que no recogiere el testamento, y tampoco del testimonio de tercero [2].

1 *Nota del Traductor:* En sistema legal español la causa ilícita debe anular la obligación dependiente de la misma. Barassi enseña que, dado el vínculo expreso de subordinación, que liga la causa a la voluntad, es lógico que la nulidad de la causa lleve consigo la nulidad entera del acto liberal con el que forma un todo indivisible.

2 V. Req., 31 Julio 1880, 6 Diciembre 1876, 29 Junio 1887; Limoges, 27

Los Tribunales explican esta exigencia [1] diciendo que si se permitiera buscar en los papeles o en las confidencias de la correspondencia la opinión que dictó la liberalidad, se correría el riesgo de provocar revelaciones escandalosas, que en interés de la moral pública, la ley ha querido prevenir prohibiendo la investigación de la paternidad y el reconocimiento de los hijos adulterinos.

Así, que lo ilícito no es hacer una liberalidad a una persona que se cree sea hijo adulterino o incestuoso, sino declarar abiertamente en el acto que se hace esta liberalidad porque se es autor del hijo, lo cual equivale a confesar *claramente* la intención de eludir la ley.

211. *Liberalidades hechas para asegurar la eficacia de una separación amistosa entre cónyuges.*—De la jurisprudencia anterior hay que recoger una sentencia de casación de la Cámara civil de 2 de Enero de 1907. *Cons. Fruneau c. V.° Fruneau,* D. P., 1907, 1. 137, nota de M. Ambrosio Colin; S. 1911, 1. 585, nota de M. Albert Wall, a propósito de una institución contractual mutua hecha por dos esposos que habían determinado separarse amistosamente. Esta liberalidad tenía por objeto, como manifestaba expresamente el acto constatado en escritura pri-

Febrero 1900, ya citados. La sentencia de la Cám. civ. de 22 Enero 1867. *Bernard c. Blot,* ya citado, define que la prueba de la opinión del disponente puede buscarse en un acto complementario del testamento que contenga el legado. En el caso, tal acto complementario era una carta escrita por el testador en la misma hoja de papel que el testamento. En sentido opuesto, tan sólo puede citarse un juicio reciente del Trib. civ. del Sena de 27 Abril 1918, *Gaz. de Trib.* 23, 24 Octubre 1918, que contrariamente a la jurisprudencia anterior, afirma que el carácter ilícito de la causa del testamento, es decir, la creencia del disponente de que el gratificado es su hijo adulterino, puede siempre acreditarse por todos los medios de prueba autorizados por la ley, sin ser necesario que la causa ilícita se derive del acto mismo, porque ningún texto de la ley prohibe que se busque la causa ilícita de un acto fuera de los enunciados del mismo, cualquiera que sea su naturaleza y el beneficiario de la misma.

1 V. especialmente la sentencia de Req., 31 Julio 1860. Según la sentencia de Limoges, de 27 Febrero 1900, la razón sería diferente; se necesitaría que el carácter ilícito del acto se derivase del acto mismo de liberalidad a fin de que constase claramente que el *animus donandi* se hallaba influído por este fin.

vada por ellos, regular las condiciones de su separación, asegurar el cumplimiento de esta medida amistosa durante su vida y después de la muerte del premuerto. La Cám. civ. declaró la nulidad de esta institución en virtud del art. 1.131, porque tenía por causa el concierto de separación amistosa que, indubitadamente, era ilícito.

Tal solución nos parece invulnerable. Se deducía claramente de las circunstancias de la causa, que la institución contractual se había inspirado, no en un pensamiento de puro afecto, en el *animus donandi,* sino en el deseo de consolidar en lo futuro la separación convenida entre los esposos. Hubiera sido desconocer en absoluto la realidad de los hechos, querer apreciar la institución contractual como un acto independiente del convenio de separación amistosa, en vista de la cual se había verificado. No había duda, en efecto, de que, según la manera de pensar de los esposos, los beneficios del superviviente reconocían por causa única su voluntad de hacer definitivo el reglamento de comunidad que habían concertado.

En este caso puede apreciarse que es preferible el sistema de la jurisprudencia al de la doctrina, y que se adapta mejor a los hechos y a las situaciones jurídicas. Si, en efecto, aplicáramos aquí la idea sostenida por algunos autores de que la causa de una liberalidad reside exclusivamente en la intención liberal, nos veríamos obligados a proclamar la validez de la institución contractual y sacrificar así a una concepción puramente teórica indicaciones claras y precisas suministradas por las circunstancias de la causa.

En resumen, como se ve, la jurisprudencia no vacila en aplicar a las liberalidades los arts. 1.131 y 1.133 C. c. [1], ni en declarar su nulidad siempre que aparece de una manera clara y evidente que se proponía un fin contrario a la ley o a las buenas costumbres. Solución en mucho preferible a la que se

1 Una sola sentencia parece desmentir esta doctrina: de Req., de 21 Julio 1868, D. P. 69. 1. 40; S. 68. 1. 411. *Duchenne c. Griset,* donde se lee: «Considerando que el art. 1.131, C. c., no tiene aplicación a las liberalidades testamentarias, que no reconocen otra causa que el deseo de gratificar». Pero esta sentencia se dió en un asunto de explotación en que la sola cuestión discutida era la libertad del espíritu del testador.

desprendería del sistema de la doctrina, porque ésta, partiendo de la idea de que la causa de una liberalidad debe buscarse exclusivamente en la intención liberal, se ve reducida a consolidar todas las disposiciones a título gratuito, aunque aperciba circunstancias que muestren que el verdadero fin perseguido por el gratificante era ilícito o inmoral.

§ 3.° *De la prueba del carácter ilícito de la causa.*

212. Queda finalmente una cuestión a que ya hicimos referencia y que es preciso abordar ahora. Consiste en saber los medios que deben emplearse para probar que la causa de la liberalidad es ilícta o inmoral. ¿Debe esta prueba derivarse de los términos mismos del acto impugnado, o, por el contrario, pueden emplearse todos los medios de prueba, especialmente los documentos extrínsecos o los testimonios? Vimos antes que la jurisprudencia se declara en favor del sistema restrictivo tratándose de liberalidades inspiradas en la creencia de que el gratificado es hijo adulterino o incestuoso del gratificante; exige entonces que se revele esta creencia en el enunciado del testamento [1]. En efecto, lo que es ilícito a sus ojos es el hecho de confesar abiertamente en el acto liberal una filiación cuyo reconocimiento prohibe la ley. Pero fuera de este caso, la jurisprudencia, después de la sentencia citada de 2 de Enero de 1907, *cons. Fruneau c. V.° Fruneau*, establece, por el contrario, que no ha lugar a distinguir entre actos a título gratuito y actos a título oneroso, y que tanto para los primeros como para los segundos, los Tribunales pueden recurrir, aparte del enunciado del contrato mismo, a todos los medios de prueba autorizados por la ley [2]. Así, según la Corte Suprema, la solución admitida en materia de legados, inspirados en la creencia

1 Otras sentencias adoptaron también el sistema llamado de la prueba intrínseca en dos casos en que no se trataba de liberalidades hechas a hijos adulterinos o incestuosos. V. especialmente Req. 26 Marzo 1860. *Guillot c. Vallas;* S. 60. 1. 321. D. P. 60. 1. 255; Orleans 27 Mayo 1875, *Gobert c. herit. Anjubault;* S. 75. 2. 319, a propósito de donaciones disfrazadas entre concubinarios: Rennes 27 Abril 1903, citada en el texto: Rennes 4 Junio de 1894 en Casac. D. P. 97. 1. 44, nota Sarrut (donación hecha a una mujer casada, sin autorización de su marido).

2 Se cita alguna vez, como inspirada en el mismo sentido, una sentencia de Req. 8 Marzo 1864, *Baroncelli*, D. P. 64. 1. 230; S. 64. 1. 129, esta-

de paternidad incestuosa o adulterina, es excepcional y se explica por consideraciones especiales sobre la materia. La Corte de Rennes, cuya sentencia de 28 de Abril de 1903 se casó por la resolución abajo indicada de la Cám. civ., no fué del mismo parecer; afirmaba que la existencia de la causa ilícita de una liberalidad, debe siempre deducirse del enunciado del acto mismo, y no puede investigarse en otra parte, «de suerte que sea imposible poner en duda la influencia determinante que esta causa ejerció sobre la voluntad del donante».

¿Cuál de estos dos sistemas debe preferirse? Militan en favor del sistema de la prueba extrínseca consagrado por la Cámara civil, argumentos que parecen decisivos. En efecto, ningún texto fija disposiciones restrictivas concernientes a las disposiciones a título gratuíto. Deben, pues, apreciárseles las mismas reglas que a los actos a título oneroso. Ahora bien, el art. 1.353 establece que la prueba de presunciones es posible, siempre que se impugne un acto por fraude o dolo, fórmula que comprende la hipótesis de que el acto se verifica en fraude de la ley.

Además, el orden público exige imperiosamente que toda tentativa de violación de la ley sea desenmascarada y reprimida, y sería verdaderamente inmoral favorecer estas tentativas limitando los medios de aducir la prueba. Cuando hay lugar a creer que en la liberalidad, el *animus donandi* se inspira en el deseo de hacer lo que la ley prohibe, debe permitirse a los interesados poner al descubierto, por todos los medios de prueba, de documentos, de testigos y de presunciones, la intención fraudulenta que determinó al disponente [1].

A pesar de estas razones, algunos se preguntan todavía si

bleciendo que un fideicomiso prohibido puede probarse por presunciones que además del testamento se derivaran de hechos exteriores y de las circunstancias de la causa. Mas se trataba en este caso de un legado a persona interpuesta impugnado por violar el art. 911, C. c. Ahora bien, es evidente que tratándose de investigar el verdadero beneficiario del legado, debe permitirse realizar la prueba por todos los medios, si no no tendría aplicación el art. 911.

1 *Nota del Traductor:* La intención fraudulenta aparece encubierta generalmente bajo el ropaje de la piedad o del reconocimiento, valiéndose de que jurídicamente no se regulan los fines casuísticos de la donación, ni se admite la impugnación de la figura por la no consecución del fin. Para

la asimilación que se hace entre actos a título gratuito y actos a título oneroso, tiene sólido fundamento. No se presenta lo mismo la cuestión, dicen, para unos que para otros. Tratándose de una obligación contraída a título oneroso, es indispensable investigar su causa, si ésta se disimuló o se omitió, porque una obligación no es válida si carece de causa lícita. Ahora bien; para encontrar la verdadera causa de una obligación, que no la presente o que la tenga simulada, es necesario buscarla fuera, y permitir a los que sostienen que es ilícita, probarlo por todos los medios. Y para realizar esta investigación, nótese bien, el interesado no tendrá necesidad de penetrar en el foro interno, en el campo de los móviles psicológicos, porque se trata simplemente de probar lo que la otra parte prometió a cambio de la obligación contraída respecto de ella. Las investigaciones que tengan que realizarse, no pasarán los límites de lo que fué objeto del concierto de voluntades.

Por el contrario, cuando estamos en presencia de una liberalidad, la causa nos es conocida; es el *animus donandi* o la intención liberal.

Y si se sostiene que esta causa no va sola, sino adherida a otra que es ilícita, entonces hay necesidad de penetrar en la investigación de la intención del disponente; es preciso descubrir cuál ha sido el móvil verdadero que le determinó a realizar el acto. En otros términos, es necesario penetrar en su foro interno. Ahora bien; el Derecho se detiene siempre donde acaba la declaración de voluntad; no se remonta más arriba; lo que está en el dominio de la psicología no puede influir en la validez del acto. Por consiguiente, no se debe hacer caso del móvil determinante, que domina y absorbe la intención liberal, excepto cuando este móvil se expresó por el disponente en el acto de liberalidad, porque entonces se incorpora a este acto. Tal es la consideración que se alega en favor del sistema de la prueba intrínseca [1].

evitar tales peligros, los Códigos cada día restringen más el concepto, y puede comprobarse, v. g., en el Cód. italiano (art. 1.050) e incluso en el español (art. 618). Aquél se circunscribe a los *intervivos*. Este se refiere exclusivamente a la *contractual* y *traslativa*.

1 V. sobre esta cuestión las notas de M. M. Whal. S. 1911. 1. 585. y Ambrosio Colín. D. P. 1907. 1. 137.

APENDICE PRIMERO

DE LAS DONACIONES ENTRE CONCUBINARIOS [1]

213. Es corriente citar las resoluciones de la jurisprudencia dadas con ocasión de procesos originados por las liberalidades entre concubinarios, como prueba de la confusión reinante entre la causa y el motivo de las liberalidades; pero un estudio atento de tales decisiones, nos va a demostrar que el reproche no está mejor fundado que aquel del caso precedente.

Y en primer lugar, hay un punto cierto y admitido actualmente sin contradicción, a saber: que no existe ninguna incapacidad de disponer fundada en el concubinato. Indudablemente, en nuestro Derecho antiguo era muy diferente. El art. 132 de la Ordenanza de Enero de 1629, llamada Código Michaud, declaraba nulas todas las donaciones hechas a las concubinas, pero esta prohibición no se reprodujo por el Código civil, y la intención de sus redactores de no conservarla, es cierta.

En efecto, el proyecto de Código civil contenía en el título de las donaciones y testamentos un artículo, el 2.°, que decía: los que han vivido juntos en concubinato notorio, son respectivamente incapaces de hacerse donaciones. Ahora bien; esta disposición se suprimió por la Sección de legislación, y Treilhard ha dicho que la supresión tendía a evitar averiguaciones propias para suscitar escándalos, y que podían ser injustas y odiosas.

Así que desde fines del siglo XIX, se encuentran resoluciones que declaran abrogada la antigua incapacidad entre concubinarios [2]. Esta afirmación se repite varias veces en las sentencias que la Corte de Casación ha proferido durante el pasado

1 V. Merlin *Repert* y *Cuestiones de Derecho*. Concubinato.

2 Amiens 6 Floreal, añ. XII; Nimes 27 Thermidor, año XII; Turín 7 Junio 1809: Poitiers 19 Abril 1822. Tolosa 28 Agosto 1828 y Req. 19 Enero 1830. S. Chr. V. también D. Jur. gen. *dispos. entre viv.* 269. Los autores se declaran también unánimemente por la abolición. V. Sirey. Tabla general, 1791 1850. V. *Concubinato*, n. 6 y Sir Chr. nota Civ. 13 Agosto 1826. Merlín dedica una larga exposición a la cuestión en su *Repertorio*, y se pronuncia también en el mismo sentido.

siglo sobre la cuestión: «Considerando, dice, que si la Ordenanza de 1629, art. 132, tachó de nulas las donaciones hechas a concubinarios, ninguna disposición de la ley vigente prohibe las liberalidades de esta naturaleza; que la capacidad de donar y aceptar no está sometida bajo este aspecto a ninguna restricción» [1].

Pero la Corte de Casación añade inmediatamente en la misma sentencia: «Considerando que no se sigue de eso que una convención que no tenga por causa reconocida más que el concubinato, no pueda ser anulada como contraria a las buenas costumbres, conforme al art. 1.131 Civ.»

Así que reconociendo que no existe incapacidad de donar y recibir fundada en el concubinato, la jurisprudencia se reserva el derecho de anular las donaciones hechas por uno al otro concubinario en virtud de los arts. 1.131 y 1.133, es decir, como teniendo una causa ilícita; al parecer en esto hay una contradicción patente. ¿Cómo puede ser ilícita la causa de una disposición en favor de una concubina, siendo así que la ley no prohibe estas disposiciones? Un examen atento de la jurisprudencia nos demuestra que no incurre en contradicción.

En efecto, son muy raros los fallos que [2] anulan por tener una causa ilícita, una donación entre vivos hecha públicamente en acta notarial o un legado destinado a una concubina [3]. En los casos recogidos en las Colecciones de la jurisprudencia, se trata casi siempre de liberalidades disfrazadas en

1 Req. 26 Marzo 1860. *Guillot c. Vallas.* D. P. 60. 1. 255. S. 60. 1. 321: 2 Julio 1866. *Levrieu c. Verney.* D. P. 66. 1. 378. S. 66. 1. 356.

2 V. la nota 3, más abajo, *in fine.*

3 La sentencia de la Cám. de Req. de 4 Marzo 1914, *Fleury-Daridan c. Ruffier.* D. P. 16. 1. 27. S. 14. 1. 430, es muy significativa. Se trataba del legado hecho por un testador a su dueña en cumplimiento de un convenio efectuado por el marido de ésta en recompensa de sus complacencias. «Considerando, dice, que para invalidar este legado la Corte de Apelación no se fundó en el motivo general de que las liberalidades entre concubinarios estén prohibidas, lo cual es contrario a los principios de nuestra legislación, sino en la circunstancia de que la disposición contenida en el testamento no fué más que el cumplimiento de un pacto inmoral llevado a cabo entre el testador y los esposos.»

forma de títulos o reconocimientos de deuda entregados por el hombre a la mujer.

Y la jurisprudencia anula estos títulos, no porque constituyan una liberalidad, sino porque les considera como suscritos en virtud de un contrato sinalagmático, es decir, como prestación recíproca de la promesa hecha por la mujer de conceder o de continuar sus favores con el signatario [1]. Esta dis-

1 Cons. Req, 2 Feb. 1853. *Lebau et Rougié c. Massia.* D. P. 53. 1. 57. S. 53. 1. 428: «Considerando que no se trata en el caso de saber si, según los términos del Cód. Nap., la donación hecha por un concubinario a su concubina es válida; que la cuestión que tenía que juzgar la Corte de Montpellier era la de saber si los títulos suscritos por el demandado en favor de la muchacha L. se fundaban en motivo serio, o si, por el contrario, no tenían más que una causa ilícita y contraria a las costumbres; considerando que la sentencia impugnada declaró que era evidente que los títulos litigiosos habían sido entregados a L. por el demandado, con el fin único de determinar a esta joven a continuar relaciones íntimas y vergonzosas». Besanzon, 19 Marzo 1862., *Damitio*, D. P. 62. 2. 58; Lyon, 11 Enero 1859. *Guillot c. Vallas.* S. 60. 1. 322 en Casac.: «Considerando que ha lugar a distinguir entre la convención, cuyo objeto y fin fueren la constitución o la continuación de relaciones inmorales, que, teniendo una causa ilícita, serían nulas, dados los términos del art. 1.131 C. N. y la donación propiamente dicha que, no teniendo otro objeto y otro fin que una simple liberalidad, no cae bajo ninguna prohibición legal...» Caen, 2 Julio 1873. *Lebeurrier c. Couespel.* S. 73. 2. 145; Aix, 25 Enero 1883. *Fama c. Dame Brixis.* D. P. 83. 2. 237; Montpellier, 23 Feb. 1885, y Req, 23 Junio 1887. *Chaboud c. Fraissinet.* D. P. 89. 1. 35; S. 87. 1. 361. Agen, 7 Julio 1886. *Videau c. Pech.* S. 86. 2. 189. Trib. civ.; Sena, 10 Nov. 1893. D. P. 95. 2. 113; Req, 4 Enero 1897. *V.ve de Jouffroy d'Abans c. Fernández.* D. P. 97. 1. 126; S. 98. 1. 309: «Considerando que el juez del fondo declara que se deduce evidentemente de los documentos del proceso que el préstamo al cual las partes quisieron revestir de forma auténtica era simulado, y que el contrato pretendido representado por los títulos litigiosos no era un verdadero préstamo, sino el contrato conmutativo previsto por los arts. 1.131 y 1.133, en que la obligación era debida a un libertinaje actual que se trataba de pagar, de mantener y de prolongar».

Civ., 21 Marzo 1898. *Amet c. Cons. Tisserand.* S. 98. 1. 513, nota de M. Appert, D. P. 03. 1. 403; Dijon, 22 Marzo 1900. D. P. 01. 2. 45; Civ., 11 Marzo 1918. *Compayre c. D.lle Combes.* S. 18. 19. 1. 170. D. P. 18. 1. 100.

Hay que citar aparte Orleans, 17 Junio 1875. *Lanabere c. Rondeau* S. 75. 2. 319, y Tolosa, 28 Abril 1880. *Riviere c. Chaubard.* S. 82. 2. 222, que anula títulos, conteniendo reconocimiento de deuda, como careciendo de causa. Pero si la concubina en estos dos casos hubiera podido probar

tinción no es, por lo demás, nueva, pues la propuso Merlín en su *Repertorio*. V. *Concubinato*. (V. también Duraton, t. X, números 367 y 368.)

APENDICE II

CASOS EN QUE EL ERROR ACERCA DEL MOTIVO PUEDE PRODUCIR LA NULIDAD DEL LEGADO

214. En principio el error sobre el motivo que determina al testador a gratificar a un legatario, no produce la nulidad del legado. Esta regla, como sabemos, la admitían los jurisconsultos romanos. *Falsa causa legato non nocet,* decían, porque el motivo que determina a legar no es inherente al legado [1]; en

que el título ocultaba una donación, la habría verificado valiéndose de todos los medios, porque el título le suministraba ya un principio de prueba por escrito (V. Req, 5 Dic. 1900. *Menager c. Ivon.* D. P. 01. 1. 192), y entonces habría ganado ciertamente la causa. V. Orleans, 27 Mayo 1875. *Gobert c. herit. Anjubault.* S. 75. 2. 319, que admite que hubo donación válida. Para evitar este resultado, las decisiones citadas más arriba suponen ver en el acto la prueba de una obligación a título oneroso, que tiene por contra-prestación las promesas de la concubina. Finalmente, una sentencia de Req, 19 Enero 1830. S. 30. 1. 92, rechazando una demanda contra Tolosa, 28 Agosto 1828, merece también ser puesta de relieve.

Se trataba de título suscrito por un individuo en favor de mujer a quien se la había encargado que transmitiera los fondos a la concubina del signatario. La Corte declaró el título nulo, porque no existía ninguna relación económica anterior entre las dos partes, y añadió que no constituía una liberalidad, porque no existía entre ellos ninguna relación de amistad. La Corte de Casación rechaza la demanda, declarando que el acto fué justamente anulado por falsa causa.

Conviene reconocer que algunas sentencias modernas abandonan esta distinción y anulan, como contrarias al orden público, las liberalidades que tienen por fin remunerar y continuar relaciones ilícitas; Alger, 23 Diciembre 1895. *Cons. Bosc. c. Viche.* D. P. 97. 2. 453; Bastia, 31 Julio 1907. *D.lle Galmiche c. Berthault.* D. P. 09. 2. 266; París, 23 Julio 1914. *D.lle H. c. G. Cia. la New-York;* Lyon, 30 Marzo 1916. *V.ve S. c. D.lle R. y Cia. la New-York.* D. P. 1918. 2. 51. Será interesante lo que resuelva la Corte de Casación el día que se le presente una sentencia de esta clase.

1 Papiniano. D. 35. 1. *de cond. et dem.* 72. 6. Gayo cód. tít. XVII: Ulp. reg. 24 *de leg.* 19; Inst., 2. 20. *de leg.* 31.

otros términos, porque muchas veces es imposible afirmar que el motivo erróneo haya sido la causa exclusiva y decisiva de la voluntad del disponente. Pero sucede de otro modo cuando esta prueba se verifica de modo indiscutible.

Cuando se está seguro de que la voluntad del testador se inspiró únicamente en una consideración, de la que tuvo noción torcida, cuando se prueba que de haber conocido la realidad de los hechos, el testador no habría gratificado al legatario, la liberalidad debe anularse, porque no fué verdaderamente *querida* por el disponente. No hay ni puede haber legado si no existe esta voluntad, o lo que es lo mismo, si la manifestación escrita en el testamento no corresponde a la intención del disponente.

En los contratos, por el contrario, el error acerca de los motivos que determina a una parte a contratar, no lleva consigo nunca la nulidad del contrato, aunque se dijera que este motivo había sido la razón única y determinante, en virtud de la cual el contratante se obligó. Y esto porque en el contrato, siendo un concierto de dos voluntades, no hay por qué tener en cuenta más que las cosas sobre las cuales recayó este acuerdo. Así que el error acerca del motivo, tan sólo podría anular el contrato, si aquel se hubiera insertado en él, y se convirtiera de este modo en una de las estipulaciones sobre que las partes se hubieran puesto de acuerdo [1].

El testamento, por el contrario, es obra de la voluntad única del testador. Esta sola voluntad crea la relación jurídica y engendra el derecho del legatario. Hay, pues, que investigar cuidadosamente tal voluntad, no sólo en la manifestación expresada en el testamento, sino en el pensamiento del testador. La distinción entre manifestación de voluntad y foro interno, no se hace posible aquí. La voluntad inspiradora del acto no puede desdoblarse, es preciso restablecerla en su integridad, y para ello indispensable penetrar en el pensamiento del disponente.

1 *Nota del Traductor:* El error sustancial invalida el consentimiento, no de otra suerte que el recayente sobre la persona, cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo. Esta en todos los Códigos civiles es norma común.

A los jurisconsultos romanos, profundos analíticos, no se les escapó esta distinción entre el efecto ordinario del error y el efecto excepcional en materia de legados. Por esto, como dijimos antes, enseñaban que el error sobre el motivo permitía a los interesados alegar la excepción de dolo y demandar la nulidad de la liberalidad, siempre que quedase establecido de manera indiscutible, que el error del testador había sido la verdadera, la única causa de su voluntad, y que no habría otorgado la liberalidad si hubiese conocido la verdad [1].

Recordemos también que, principalmente para armonizar la regla con la excepción, los glosadores remozaren la distinción expuesta por nuestros antiguos escritores, entre *causa impulsiva* o simple motivo no determinante y *causa finalis*. Después de buscar en vano un criterio en el que fundamentar esta distinción, los jurisconsultos acabaron por admitir que la cuestión sólo podía resolverse por el examen de las circunstancias del hecho, y por la investigación en cada caso de las razones que habían decidido al testador a legar [2].

Esta distinción tradicional fué fielmente conservada por nuestros antiguos escritores hasta el Cód. civil, y aunque en éste no se haga ninguna alusión a ella, la mayor parte de los comentaristas la reproducen [3]. Así Aubry y Rau (5.ª ed., T. X, § 654, 1.º), declaran que la falsedad de motivo que pudo conducir al testador a que legara, no produce la nulidad del legado, aun en el caso en que se indicase este motivo en el testamento, a no ser que se enunciara en forma de condición, o que se dedujera claramente de los términos del testamento, que el disponente quiso hacer depender la eficacia del legado de la existencia del motivo [4].

215. La misma distinción se encuentra también en jurisprudencia moderna.

1 V. además de los textos citados, y para el caso de institución de heredero, Paulo. D. 28. 5. *de hered. inst.* 93 (92).

2 V. *supra* n. 197.

3 Merlín Rep. *Legados*, sect. 2, § 2, n. 14; Toullier. T. V, ns. 654 y 703; Troplong. *Donaciones y testamentos*. T. I, ns. 379 y s. Demol. T. XVIII, n. 393.

4 V. lo que dicen sobre la donación entre vivos. 5.ª ed. T. X, § 521, página 535.

La primera resolución traída en las Colecciones de la jurisprudencia, es una sentencia de la Corte de Bruselas de 10 Junio 1812, *Demoiselle Wieldnt c. Handel.* S. chr. La testadora en nuestro caso, después de testar en favor de su sobrina, revocó posteriormente el testamento, porque la beneficiaria había salido ventajosa por el hecho de haber renunciado aquélla en favor de ésta a la sucesión de su hermano. Habiendo probado la sobrina que esta renuncia no le había reportado ninguna ventaja, la Corte de Bruselas anuló la revocación, que, dice ella, había tenido por causa única la creencia de la testadora de que con su renuncia había en efecto procurado a su sobrina ventajas suficientes para cumplir con sus intenciones bienhechoras hacia ella.

El 9 de Febrero de 1867, la Corte de París, *her. Ducamp. c. Assist. publ.* D. P. 67. 2. 195; S. 67. 2. 129, anuló el legado hecho por un testador, que creyendo injustamente que no tenía herederos, por esta razón expresamente enunciada por él, dejó sus bienes a los pobres [1].

Finalmente, otras sentencias Req. 13 Junio 1826, *d'Authielle c. de Limoges S. chr.;* Poitiers 11 Junio 1889 *de Beauvau Craon c. cons.* Tolón. D. P. 92. 1. 145, en Casac. París 10 Marzo 1899. *París c. V. París*, S. 99. 2. 303, sin declarar la nulidad en los casos que habían sido sometidos, hacen mención en sus considerandos de que la falsedad de los motivos indicados en el testamento no es una causa de nulidad, a no ser que se deduzca, de los términos mismos de que el testador se sirvió, que quisiera hacer depender de la existencia de estos motivos la validez de su disposición.

216. A las resoluciones precedentes hay que añadir las sentencias existentes a propósito de sobrevenir un hijo con posterioridad al testamento, y de la desaparición del motivo del legado.

A) *Nacimiento de hijos después de hecho el testamento.*—El art. 960, que declara revocadas de pleno derecho todas las do-

[1] *Adde* Pau 24 Enero 1837. *Tartet c. Darles.* D. Jure. gén. v°. *Dispos. entr. viv.* 3. 432, que anula el testamento de quien había hecho legados importantes en la falsa creencia de haber recibido una gran herencia.

naciones entre vivos, hechas por personas que no tenían hijos o descendientes al tiempo de la donación, si un hijo legítimo del testador, aunque sea póstumo viene a nacer después, no tiene su equivalente en materia de liberalidades testamentarias. El Código civil deja al testador el cuidado de modificar su testamento, si nace un hijo, y el nacimiento del póstumo no lleva consigo su revocación, aunque el testador ignorara, al morir, la preñez de su mujer. Esta solución se deriva, sin ningún género de duda, del art. 1.046, que aplicando a los legados solamente los casos de revocación previstos por los arts. 954 y 955, 1.° y 2.° excluye virtualmente la supervivencia del hijo, de los casos de revocación del testamento [1].

La jurisprudencia reconoce también, que tratándose de testamentos, la supervivencia de un hijo, no es como en las donaciones, una causa de revocación [2]. Sin embargo, algunas sentencias establecen, que el testamento puede anularse por causa de error, si se prueba que se realizó exclusivamente por la convicción del testador, de que moría sin hijos [3]. Hay también sentencias que anulan el legado cuando el hijo nació antes de morir el testador, si se declara de modo indubitable, que si el testador no anuló el testamento fué porque creía que se revocaba de pleno derecho por el nacimiento del hijo [4].

1 La ordenanza de 1735 acerca de los testamentos no declaraba tampoco la revocación del de una persona sin hijos por supervivencia de un póstumo, y sin embargo los Tribunales admitían que el interesado podía, en este caso, pedir la anulación del testamento. En este sentido Pothier, *Donaciones testam.* núm. 291.

2 Metz 30 Marzo 1816. S. chron. Nimes 17 Febrero 1840, *Vauclard c. Vauclard.* S. 40. 2. 97; Montpellier 20 Abril 1842. Ginestat. S. 42. 2. 347; Douai 30 Enero 1843. G. c. Tondeur S. 43. 2. 69; Limoges 8 Marzo 1843. *Bary c. Bary* S. 44. 2. 82. D. Jur. gem. v.° *Disp. entre vivos.* 4.314; Alger, 31 Diciembre 1878 *Defrance c. Defrance.* D. P. 80. 2. 36. S. 80. 2. 75. (Sentencia solidamente motivada.)

3 V. Douai 30 Enero 1843; comp. Limoges, 8 Marzo 1843, ya citadas, En el mismo sentido Aubry y Rau, 5.ª ed. T. XI, § 724. p. 507; Demol t. XXII. núm. 264; *Contra,* Nimes 17 Febrero 1840. Alger 31 Diciembre 1878 citados.

4 Rennes 11 Abril 1905. *Legoff c. Conan,* S. 1905, 2. 241. D. P. 1906. 2. 257, nota de M. Planiol. En este caso la testadora era soltera al tiempo de otorgar el testamento; había instituído a su padre legatario universal

Esta solución merece nuestra aprobación [1]. No deben aplicarse a la investigación de la voluntad del testador las mismas reglas que a las de los contratantes, porque las figuras son absolutamente distintas.

En el caso de un contrato, lo único que hay que tener en cuenta, es el contenido del acuerdo de voluntades. Si por el contrario es de un testamento, no puede prescindirse del motivo determinante, porque sería absurdo mantener una disposición testamentaria, cuando está plenamente demostrado que el testador sufrió un error, y que sin él no habría testado.

B) *Desaparición del motivo en el legado.*—Falta finalmente citar una sentencia de la Corte de Rouen de 3 Diciembre 1846. *Menier c. Cahagne.* D. P. 47. 2. 163; S. 47. 2. 332, que anuló un testamento porque la causa expresada por el testador y que le determinó a hacer la liberalidad, había cesado antes de su muerte [2].

para evitar que su fortuna fuese a parar a manos de su hermano, que era pródigo. Después se casó y tuvo un hijo, pero se olvidó de revocar el testamento. La Corte anuló el testamento porque la razón determinante del legado había desaparecido con el nacimiento del hijo, porque ya no era llamado el hermano a recoger la sucesión.

V. también: Angers 26 Enero 1860 y Civ. rej. 31 Julio 1861. *Gouin c. Gouin* D. P. 61. 1. 390. S. 1905. 2. 242, en nota. En este caso se trataba del testamento en favor de un sobrino. Después se había casado el testador, había tenido un hijo, y se había olvidado de revocar el testamento. La Corte de Angers estableció «que un testamento no puede ser válido, aunque nada manifieste el cambio de voluntad del testador, si las circunstancias que le impulsaron a otorgar testamento, de las cuales es imposible separarle, y sin las cuales no tendría razón de ser, hubieren desaparecido por completo, porque entonces el testador no puede persistir en una voluntad, que no se explica».

1 *Nota del Traductor:* La sistemática del C. c. español es absurda, pues no fija una congruencia entre las clases de hijos de cuya carencia se parte y las de aquéllos por cuyo nacimiento se deba resolver la liberalidad (artículo 644).

2 En este caso el padre había hecho un legado en calidad de mejora, a su segunda hija soltera todavía «para indemnizarla, decía, de los sacrificios que he hecho para establecer a mi otra hija, casada, y esto con el fin equitativo de establecer una perfecta igualdad entre ambas». Dicha hija, habiéndose casado después, obtuvo en dote la misma cantidad que la primogénita, porque aquél se olvidó de revocar expresamente el legado.

Muy injustamente combaten algunos autores esta jurisprudencia y afirman que en ningún caso el error acerca del motivo puede acarrear la anulación de un legado, por la razón, dicen, que el motivo es cosa indiferente y que nada más que la causa debe tomarse en consideración, es decir, únicamente la intención de gratificar. Baste contestarles que, tratándose de legados, debe sobre todo escudriñarse y separar la voluntad del testador, y que se impone la nulidad, siempre que se pruebe que existe desacuerdo absoluto entre esta voluntad y la declaración expresada en el testamento.

Agreguemos, finalmente, que la distinción tan exacta que nos legaron los jurisconsultos romanos se halla consagrada por algunas legislaciones modernas.

217. *Derecho comparado.*—Es interesante, en efecto, comprobar cómo la tradición romana se conserva en cierto número de legislaciones modernas. Así el art. 469, 1.er parág. del Código civil suizo, en el título de las disposiciones *mortis causa,* establece que las disposiciones hechas por error son nulas. Por consiguiente, el error en los motivos y el error en las previsiones del testador, llevan consigo la nulidad del legado [1].

Norma análoga figura en el art. 2.078, 2.° p. del Código civil alemán, según el cual «una disposición de última voluntad puede impugnarse siempre que el testador se haya determinado, porque admitió o esperó erróneamente el cumplimiento o incumplimiento de una circunstancia». No es necesario además que la prueba de la falsa creencia del testador se derive de los términos mismos del testamento [2].

1 *Cons. Kommentar zum Schweizerisch Zivi gesetzbuch. Das Erbrecht,* por A. Escher, p. 26 y s. «En las disposiciones de última voluntad, dice e autor, la regla llamada de autonomía de la voluntad debe aplicarse más rigurosamente que para los contratos entre vivos, 'en los cuales se templa su rigor por las necesidades del comercio. Así el error sobre el motivo debe considerarse como esencial, aunque no lo diga expresamente la ley». El artículo 479, 3 p., aplica esta solución al caso de desheredación. La desheredación se anula, en efecto, si el desheredado prueba que es consecuencia de un error manifiesto sobre su causa.

2 El primer proyecto no permitía, por el contrario, anular el legado más que cuando la prueba del error resultase de la disposición de última voluntad misma, por temor de que el campo de aplicación de la anulabili-

El Código civil austriaco establece en su art. 572 que toda disposición de última voluntad permanece válida, aunque el testador se determine por un motivo cuya falsedad sea luego descubierta, a menos que se pruebe que la voluntad del testador descansa única y exclusivamente en el falso motivo.

La misma disposición contiene el Cód. civ. italiano de 1867, cuyo art. 828 deja sin efecto las disposiciones a título universal o particular basadas en una causa expresa notoriamente errónea, si esta causa es la única que determinó al testador. La sola diferencia que existe entre el Código civil italiano y los precedentes, está en que aquél no anula la disposición sino en tanto que la causa reconocida falsa se haya expresado en el acto; pertenece, por consiguiente, al sistema de la prueba intrínseca y concede a la nulidad, por causa de error en el motivo determinante del legado, menos amplitud que los Códigos suizo, alemán y austriaco [1].

Finalmente, se halla también un precepto análogo en el Código civil de Venezuela, art. 883, que sigue muy cerca al Código civil italiano, y en el Código civil portugués de 1867, artículo 1.475 [2].

218. *Conclusión.*—Nos resta hacer un resumen de los resultados de nuestro estudio sobre la causa en los actos de liberalidad.

Para determinar la causa de los actos a título gratuito, donación entre vivos, institución contractual o legados, conviene distinguir entre los puramente graciosos, inspirados exclusi-

dad se ensanchase demasiado. Pero la segunda Comisión borró esta restricción que juzgó inútil y perjudicial. Muchas veces, en efecto, el testador será determinado por ciertas circunstancias, por ejemplo, relaciones de familia, de que no habrá hecho mención en el acto. Sería arbitrario e injusto negar la anulabilidad en estos casos.

1 Cons. en Pascual Fiore. *Fiore. Il diritto civile italiano* le *Traité des Successions*, por Vittori Vitali, T. I, ns. 674 y s. El hecho sólo de que el motivo se exprese en el testamento no basta a hacer de él un motivo determinante; es preciso probar que es tal.

2 Art. 1.745, C. c. portugués: «La indicación de una causa falsa se reputará como no escrita, a no ser que se desprenda del testamento mismo que el testador no habría hecho la disposición de haber conocido la falsedad.»

vamente en el *animus donandi* y aquellos que se realizan con miras a un fin determinado, que se une en la voluntad del disponente a su intención liberal.

En los del primer grupo, la causa es simple. Consiste únicamente en el *animus donandi,* es decir, en la voluntad de enriquecer a la persona a quien se endereza la liberalidad. Este *animus donandi,* como ya demostramos, es el factor principal del acto de volición; él solo nos explica la obligación originada por este acto a cargo del disponente o de sus herederos. Lejos de confundirse con el consentimiento, le sirve de apoyo.

Tampoco se confunde este fin o intención liberal con los motivos que impelen al donante o al testador a hacer la liberalidad. Aunque estos motivos tengan un carácter ilícito o inmoral, si, por ejemplo, se trata de recompensar servicios ocultos, en nada perjudicara la donación o el legado, porque no entran dentro de la manifestación de voluntad constitutiva del acto jurídico; quedan en el fuero interno del individuo, impenetrable para el derecho.

Sin embargo, esta regla tiene algunas excepciones. Se dan casos, efectivamente, en que el motivo determinante está tan íntimamente unido a la manifestación de voluntad que no puede separarse de ella, y la anula, por consiguiente, si es contraria a las leyes, al orden público o a las buenas costumbres.

Se dará más veces el caso en los legados que en las liberalidades entre vivos, pero puede también darse en éstas. Puede suceder, en efecto, que el motivo en la intención de las dos partes, donante y donatario, instituyente e instituído, si se trata de una institución contractual, revista los caracteres de condición en la perfección del contrato. Deja entonces de ser un simple móvil en forma de fuerza psicológica que obra sobre la voluntad del donante, y que el mismo gratificado puede desconocer; se convierte, verdaderamente, en la razón de ser del acto, en el fin apetecido por las partes. Así, pues, si este fin es ilícito o inmoral, la donación, la institución contractual corren la misma suerte que el contrato sinalagmático perfeccionado para alcanzar un fin contrario al orden público o a las buenas costumbres (supra ns. 110 a 113). Hemos hallado una importante aplicación de esta idea en la sentencia de la Cá-

mara civil de 2 de Enero de 1907, *cons. Fruneau c. V.ve Fruneau*, donde se trataba de una institución contractual mutua entre dos esposos, hecha para regular en lo futuro las condiciones de su separación de hecho (supra n. 213). Es fácil imaginar otras hipótesis semejantes; así sería nula la donación de un inmueble, si se probara que las partes la hacían y recibían para instalar en ella una casa de tolerancia o una casa de juego; y también sería nula la donación de una cantidad de dinero para ser empleada en el juego, y con la condición de que el donatario compartiría con el donante los beneficios que reportase.

En cuanto a los legados cambia por completo el aspecto de la cuestión, porque, como hemos dicho, nos hallamos en presencia de una manifestación de voluntad única, y es más difícil separar el acto jurídico mismo de los motivos que le preceden y determinan.

En el testamento lo que predomina es la investigación de la voluntad del testador: *in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur* (D. 50. 17. *de div. reg.* 12). Si esta voluntad se separa claramente, netamente de los móviles que la precedieron, éstos permanecen indiferentes, y conviene decir entonces con los jurisconsultos romanos: *ratio legandi legato non cohaeret.* Pero si, por el contrario, entre los móviles y la manifestación de voluntad existe tan estrecha conexión, unión tan íntima que haga imposible su distinción, si se demuestra que el motivo ha sido la causa impulsiva y determinante del legado, entonces es necesario examinar el acto volitivo integral.

¿Cuándo sucede esto? ¿Cuándo puede considerarse el motivo como *legato coherens*? No existe un *criterio.* Los glosadores y post-glosadores anduvieron en busca de él en vano, y es necesario continuar diciendo con nuestros antiguos escritores que constituye cuestión de hecho que debe resolverse según las circunstancias (supra n. 197). En la jurisprudencia hemos encontrado algunos ejemplos de ello. Así proceden especialmente los Tribunales, anulando los legados hechos al hijo adulterino o incestuoso, cuando el testador da a conocer en su testamento el vínculo ilícito de filiación que le une al gratificado. Y del mismo modo es indudable que un legado sería nulo

si el disponente confesase que lo hace únicamente para recompensar actos ilícitos o inmorales.

Por la misma razón anulan también los Tribunales los legados hechos por error, si se prueba claramente que éste fué la causa impulsiva y determinante de la liberalidad, que no habría tenido lugar si el testador no hubiera estado engañado: *si probetur alias legaturus non fuisse.* Así se explican las resoluciones citadas en los núms. 217 y 218.

219. El segundo grupo de liberalidades comprende aquellas por las cuales el donante persigue un fin determinado que en su pensamiento se une al *animus donandi.* [1] Es preciso entonces indagar el lugar que ocupa en el acto de liberalidad la consideración de este fin, ver si la *intención liberal* es el elemento principal, preponderante, o si, por el contrario, no es más que un medio empleado por el donante con miras al fin suspirado.

En nuestro capítulo primero citamos (n. 37) dos clases de donaciones, en las cuales el fin apetecido se presenta tan íntimamente vinculado con el *animus donandi*, que constituye un todo con él, y en las que no se comprende que la donación pueda subsistir si el fin no se realiza. Tales son, en primer lugar, la constitución de dote, o en sentido más amplio, la donación entre vivos o la institución contractual en favor del matrimonio.

El art. 1.088, C. c., declara en consecuencia que estas liberalidades caducan si el matrimonio no llega a realizarse. En segundo lugar están las donaciones o instituciones mutuas verdaderos contratos sinalagmáticos, en los cuales cada disponente es, a la vez, donante y donatario. El mismo carácter reviste la partición de herencia, que es acto inspirado en la persecución de un doble fin, gratificar a los descendientes y partir entre ellos los bienes donados (v. *supra*, p. 459).

Pero donde principalmente tiene interés la distinción es en las liberalidades modales, que han dado lugar a numerosas re-

1 *Nota del Traductor:* Desde el punto de vista del derecho hay que distinguir entre si se realiza la prestación por una obligación jurídicamente reconocida, o para cumplir un deber de gratitud, si bien la estructura psicológica de las relaciones es equivalente en uno y otro caso.

soluciones de la jurisprudencia, ya tratándose de disposiciones contrarias a la ley o a las costumbres, ya de demandas de revocación intentadas por el disponente o sus herederos en caso de incumplimiento del modo. Para resolver estas cuestiones los Tribunales investigan en las circunstancias de cada caso la voluntad del disponente; se plantean la cuestión de si, antes que nada, quiso hacer un acto de liberalidad, o si, por el contrario, el modo impuesto fué la causa *impulsiva* y *determinante* de la disposición, no constituyendo la liberalidad más que el medio de realizar una fundación. Y según que se demuestre por las circunstancias que el *animus donandi* o el *modo* fueron la causa del acto, aplican el art. 900 o anulan la liberalidad, se niegan a declarar o declaran su revocación en virtud del artículo 953. Además, al inspirarse en esta distinción los Tribunales contemporáneos, prosiguen, como ya hemos demostrado, la tradición de nuestro Derecho antiguo.

POST-SCRIPTUM

Hemos llegado al final de esta traducción, poniendo a través de toda ella la posible fidelidad para que gramaticalmente nada falte, todo el cerebro para que jurídicamente dé la sensación de una literatura jurídica exótica, sin sacarnos de nuestra habla, todo el ardor del alma para que el mecanismo resulte como de labor subconsciente, que existe dentro del terreno del arte. Ni contrariedades inicuas, ni sobresaltos, ni ruines ladridos en la esquina nos apartaron del camino emprendido, seguido durante doce meses, día tras día, sin dejar esta labor ni uno solo. Pero difícil es, y más en la modestia del traductor, abordar el famoso problema de las traducciones técnico-literarias. Nos lo asegura André Levinsón, eminente especialista en la materia. Nos lo corrobora Paúl Claurel, gran Pontífice en asuntos de índole semejante. Y el buen traductor, el traductor fiel y digno, no literal, sino espiritualmente, el traductor perfecto en suma, está aún por venir. Se han aproximado al ideal Gumileff, el inspirado, y Rilke, el delicioso. Es que en realidad, si se quieren considerar las cosas de una manera absoluta, no cabe duda de que la tarea del traductor es poco menos que imposible, por lo menos paradójica. El acto de que se quiera obligar a la lengua materna a ajustarse a pensamientos propios y a expresarlos íntegramente, sin sacrificar ensueños, ni ideas, constituye de suyo una ambición fantástica. Y, ¿qué podemos esperar del que no busca en su idioma, sino un molde para imágenes que otro hombre ha expresado con otro ritmo, con otros reflejos espirituales, en otra lengua? De ahí la teoría de las traducciones inspiradas...

Bien es cierto que la obra De la cause des obligations, *es de gusto sabrosísimo, y poco a poco, aunque no se tuviere decidida voluntad, se asimila; se convierte sin dificultad en subs-*

tancia propia, realizándose así la parte íntima, la parte psicológica, tan difícil de encontrar en las traducciones de Balzak, o de Shakespeare. Claro es, que, dentro de la relatividad de las cosas, también los que se consagran a labores enormes, *como la de San Jerónimo, pueden, si están obsesionados por la labor que realizan, poner algo más que sabiduría e inteligencia en sus traducciones.*

El traductor se encontró aquí con una obra técnica; pero no por ello tan despojada de la magia de instrumentación verbal que exigiese en todo instante una traducción objetiva, y bien sabido es lo que objetivo quiere decir en el lenguaje jurídico. Lo frío, lo que no le pide a la vida interior ninguno de sus misterios; lo que es impersonal; eso es lo objetivo sin que la figura pueda confundirse en nuestro orden con ser un correcto, un fiel y si se quiere, hasta un elegante trasladador de frases extranjeras.

Técnica, filología, aunque modestamente, y entusiasmo ha puesto el traductor al servicio de esta empresa procurando una versión objetiva, espiritual; en equivalencia aquel factor y éste, máxime aprendiendo del sabio maestro Henri Capitant las explicaciones que de los más importantes problemas de esta obra, dió en el curso de 1926 en la Soborna.

¿Y qué hemos de decir del maestro? Su reputación es bien notoria porque fecundamente ha producido obras jurídicas, de la rama civil, tan perfectas como: Introduction a l'etude du droit civil. Les transformations du Droit civil francais depuis cinquante ans. *(El famoso libro del Cincuentenario de la Sociedad de Legislación comparada)* Cours elémentaire de Droit civil francais. (*En colaboración con el eminente jurista M. Ambroise Colín. Consejero de la Corte de Casación*) Cours de Legislation Industrielle. *(En colaboración con el profesor de Grenoble M. Pául Cuche.) Para no hacer mención de otros trabajos jurídicos suyos.*

El nombre de Henri Capitant es ya muy conocido de cuantos se dedican a la Ciencia del derecho civil, o siguen con atención sus problemas, porque su labor está a la altura de los trabajos de la misma clase de autores, como Dernburg, Crome, Stampe y Ennccerus en Alemania, como Chironi y Simoncelli en Italia, y Sarfatti, Geldart y Hellmann, anglo-americanos. Por lo mismo le han ganado el respeto, la admiración del público especializado y el aprecio envi-

diable de que goza como sólido investigador y sagacísimo jurista. Su cuidado constante por los principios del sistema que desarrolla en La Causa de las Obligaciones, *a través de la historia de las instituciones de que trata y de las aplicaciones de la jurisprudencia, produce incomparables trabajos constructivos, que se caracterizan por el método germano y el espíritu de la cultura jurídica italiana.*

Las cuestiones de la causa de los contratos, obligaciones unilaterales y legados, fueron siempre objeto preferente de la labor de Capitant como puede verse en infinidad de artículos de su pluma. He aquí, el civilista doblemente especializado.

Henri Capitant además de jurista (crítico y analizador), y de literato de ameno gusto, de honrado léxico, sobrio de figuras y de tropos, es un eminente filósofo, porque sabe abrir a la investigación nuevos métodos *en pos de la verdad jurídica. Su filosofía es espiritualista, de amplio contenido ético y fervorosamente jurídica. Es un pensador del siglo* XX *que no puede permanecer extraño a las tendencias de últimos del siglo* XIX, *y como tal complejo solamente en lo indispensable, en cuanto que niega al pensamiento su infalibilidad y a la filosofía sus dogmas para situarse en lo alto de la Ciencia del Derecho.*

Henri Capitant es uno de los pensadores más profundos, uno de los civilistas más sabios de este siglo.

Reciba mi agradecimiento por el honor dispensado al autorizarme para traducir su obra.

DR. EUGENIO TARRAGATO

Madrid, Diciembre de 1927.

INDICE ANALÍTICO DE MATERIAS

Páginas.

PRÓLOGO 5

CAPÍTULO PRIMERO

NOCIONES PRELIMINARES

Sección primera.—*Idea del fin o causa.*

§ 1.—*De la importancia del fin en la manifestación de la voluntad de quien se obliga* (núms. 1 y 2) 17
§ 2.—*Sinonimia de las palabras «fin y causa» en lenguaje jurídico* (núm. 3) 21
§ 3.—*Distinción entre causa y motivo* (núms. 4 y 5) 25
§ 4.—*Influencia de la causa en el origen y existencia de la obligación* (núms. 6 y 7) 27
§ 5.—*Distinción entre aquellos contratos que tienen la causa en sí mismos, y los que pueden ser separados de ella* (núms. 8 y 9) ... 31

Sección segunda.—*Definición de la causa según los intérpretes del Código civil.—Críticas dirigidas por algunos autores modernos contra este concepto.*

§ 1.—*Textos del Código civil, relativos a la causa de las obligaciones* (núm. 10) 34
§ 2.—*Definición de la causa según los intérpretes del Código civil* (núm. 11) 37
§ 3.—*Autores anticausalistas; sus argumentos* (núm. 12) 39

Páginas.

Sección tercera.—*Determinación de la causa de las obligaciones originadas por las diversas clases de contratos y liberalidades. Refutación de los argumentos dirigidos contra la teoría de la causa.*

§ 1.—*Obligaciones producidas por los contratos sinalagmáticos* (números 13 a 21) 41
I. Definición de la causa de estas obligaciones. Refutación de los argumentos de los adversarios (núms. 13 a 17) 41
II. Particularidades relativas a ciertas clases de contratos sinalagmáticos; Contratos aleatorios; Contratos sinalagmáticos en los que los contratantes persiguen un mismo fin común a todos; Contratos perfeccionados *intuitu personae;* Doble causa (núms. 18 a 21) 51
§ 2.—*Obligaciones originadas por los contratos reales* (núms. 22 a 25). 56
I. Préstamo y prenda (núms. 23 y 24) 57
II. Depósito (núm. 25) 63
§ 3.—*Obligaciones engendradas por los contratos unilaterales propiamente dichos. Clasificación de estos contratos* (núms. 26 a 32). 65
I. Contratos unilaterales que tienen siempre y necesariamente la misma causa (núms. 27 y 28) 66
II. Obligaciones unilaterales cuya causa puede variar según los casos: promesa de pagar deuda preexistente (núms. 29 y 30). 68
III. Obligaciones cuya causa reside en relación jurídica existente entre el deudor y un tercero (núms. 31 y 32) 75
§ 4.—*Obligación unilateral* (núm. 33) 79
§ 5.—*Liberalidades; Donaciones entre vivos y legados* (núms. 34 a 39). 80
I. Donaciones entre vivos. *A*) Donaciones puramente graciosas (núms. 34 y 35) 80
B) Donaciones hechas en vista de un fin determinado (núms. 36 a 38) 84
II. Legados (núm. 39) 88

CAPÍTULO II

NOCIONES HISTÓRICAS

Sección primera.—*Derecho romano.*

§ 1.—*Actos de traslación de la propiedad. La causa de la tradición* (núms. 40 y 41) 91
§ 2.—*Los contratos abstractos. La estipulación* (núms. 42 a 44) 95
I. Consecuencias de la teoría de las *condiciones* (núm. 43) 96
II. La *querela non numeratae pecuniae* (núm. 44) 98

Páginas.

§ 3.—*Los contratos consensuales* (núms. 45 a 49) 101
I. La venta. La venta primitiva. La venta consensual. Independencia de las obligaciones del vendedor y del comprador, perfecto el contrato. Pruebas de esta independencia (núms. 45 a 48)..... 102
II. Otros contratos consensuales. Dependencia de las obligaciones recíprocas que originan (núm. 49) 108
§ 4. - *Contratos innominados* (núms. 50 y 51)..... 110
§ 5.—*El pacto de constituto* (núm. 52) 115
§ 6. - *Las liberalidades* (núms. 53 a 55) 117
§ 7.—*Conclusión. Diversos sentidos de la palabra* «causa» (núm. 56). 122

Sección segunda.—*Derecho antiguo.*

§ 1.—*Disquisiciones sobre el concepto de causa antes del siglo XVII* (núms. 57 a 77) 124
I. De la causa en las promesas unilaterales; estipulación y pactos (núms. 59 a 67) 127
A) Desaparición de la *querela non numeratae pecuniae* (núm. 60). 128
B) Cuestión de la validez de la promesa sin causa 130
a) Discusiones de los glosadores acerca de la estipulación sin causa (núms. 61 a 64) 130
b) Los canonistas. El *pactum nudum a solemnitate sed non nudum a causa* (núms. 65 y 66) 135
c) Los civilistas. Nulidad de la promesa sin causa (núm. 67)... 141
II. De la causa en los contratos sinalagmáticos 143
A) Concepción de los canonistas. La máxima *non servanti fidem non est fides servanda.* Sus consecuencias (núms. 68 a 70) ... 143
B) La regla de los correlativos admitida por los civilistas (número 71) 147
III. Progreso de la idea de causa. La *causa final* opuesta a la *causa* de la Ley 7, D., *de pactis.* Bartolo; Baldo; El Presidente Favre; Vinnio (núms. 72 a 74)..... 148
IV. Distinción entre la *causa final* y la *causa impulsiva.* Su interés en las liberalidades (núms. 75 y 76)..... 153
V. Predecesores inmediatos de Domat: Francisco Connanus, Papón, Charondas el Corón (núm. 77)..... 157
§ 2.—*La teoría de la causa en las leyes civiles de Domat* (números 78 y 79)..... 160
Prevot de la Janes. Pothier (núm. 80). 166

Páginas.

CAPÍTULO III

NOCIONES SUMARIAS ACERCA DE LA CAUSA EN LAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS

§ 1.—I. *Códigos que a imitación del Código de Napoleón, hacen mención de la causa al enumerar las condiciones necesarias para la validez de los contratos* (núm. 81) 169
II. *Códigos latinos que, a diferencia de los precedentes, no la mencionan* (núm. 82) 171
§ 2.—*Legislaciones germánicas: Código civil austriaco. Código civil alemán. Código civil suizo. De la función de la causa en estas legislaciones. Distinción entre los actos jurídicos dichos causados y los actos abstractos* (núms. 83 a 86) 173
§ 3.—*La «consideration» en el Derecho angloamericano* (números 87 y 88) 186

CAPÍTULO IV

DE LA CAUSA DE LAS OBLIGACIONES ORIGINADAS POR LOS CONTRATOS SINALAGMÁTICOS (núm. 89).

Sección primera.—*La causa en el momento de la perfección del contrato sinalagmático* (núm. 90).

§ 1.—*Ausencia total o parcial de la causa* (núms. 91 a 101) 192
La ausencia parcial de la causa se da con más frecuencia que la ausencia total. Distinción necesaria en esta materia entre los contratos conmutativos y los aleatorios (núm. 91) 192
I. Contratos conmutativos (núms. 92 a 98). Casos diversos en que una de las obligaciones nacidas de estos contratos puede carecer parcialmente de causa. 1.º Pérdida parcial de la cosa antes de la venta (núm. 93) 194
2.º Venta de la cosa de otro (núms. 94 a 96) 196
3.º La retribución prometida por el mandante al mandatario (núms. 97 y 98) 204
II. Contratos aleatorios (núms. 99 y 100) 210
1.º Artículos 1.974 y 1.975 del C. c. (núm. 100) 211
2.º Aplicaciones de la jurisprudencia cuando falta la causa en los contratos aleatorios (núm. 101) 214
§ 2.—*Del error sobre la causa. Vínculo que une el art. 1.110 con la causa* (núms. 102 a 106) 216
I. Efectos del error de uno de los contratantes. Los dos casos de error previstos por el art. 1.110 del C. c. versan sobre el fin perseguido por el contratante (núms. 102 y 103) 216

Páginas.

II. Otros casos de error: 1.° Error de derecho (núm. 104)..... 220
2.° Error en materia de transacción (núm. 105)..... 222
Observación final sobre el error en general (núm. 106)..... 227
§ 3.—*Causa ilícita* (núms. 107 a 120)..... 229
I. Importancia de los artículos 1.131 y 1.133 C. c. La jurisprudencia se basa en ellos para declarar la nulidad de los contratos de fin ilícito. Son, en efecto, los únicos textos en que se tacha de nulidad a tales contratos. Relación de estos textos con el art. 6, C. c. (núms. 107 y 108)..... 229
II. Interpretación extensiva de los arts. 1.131 y 1.133, según la jurisprudencia. 1.° Anulación de los contratos sinalagmáticos cuando los contratantes han tenido a la vista un fin ilícito o inmoral (núms. 109 a 114)..... 235
A) Contratos que se refieren a la explotación de una casa de tolerancia (núm. 110)..... 236
B) Arriendo de un inmueble para explotación de casa de juego; *C*) Pago de consumaciones gratuitas a un posadero para procurar votos a cierto candidato; *D*) Préstamo hecho a un jugador en el curso de una partida para que la continúe (número 111)..... 238
2.° Justificación de estas decisiones (núm. 112)..... 239
3.° Derecho comparado. El art. 138 del C. c. alemán (núm. 113) 242
III. Consecuencias del carácter ilícito de la causa. Del adagio *in pari turpitudinis causa, cessat repetitio* (núms. 114 a 119).... 243
A) Casos en que los Tribunales nunca aplicaron el adagio. *Nemo auditur...* (núm. 116)..... 246
B) Casos en que la jurisprudencia aplicó el adagio, y ya no aplica (núm. 117)..... 248
C) Casos en que la jurisprudencia continúa aplicándole (número 118)..... 251
Derecho extranjero (núm. 119)..... 254

Sección segunda.—*Importancia de la causa después de la perfección del contrato y hasta que las obligaciones recíprocas han sido ejecutadas completa y regularmente.*

§ 1.—*De la excepción non adimpleti contractus* (núms. 121 a 131)... 257
I. Breves nociones históricas (núms. 121 a 123)..... 257
II. Fundamento jurídico de la exceptio n. a. c. (núms. 124 y 125)..... 263
III. Campo de aplicación de la excepción. 1.° Comparación de la excepción con el derecho de retención (núm. 126)..... 268
2.° Del campo de aplicación de la excepción (núms. 127 a 131). 272

Página.

A) Su aplicación al cumplimiento de las obligaciones originadas por los contratos sinalagmáticos (núm. 128) 272
a) Relaciones nacidas de la anulación de contrato ya ejecutado 273
b) Contratos unilaterales llamados sinalagmáticos imperfectos. 275
B) Las partes pueden impedir su aplicación 277
C) Hechos de incumplimiento que autorizan al contratante a invocar la excepción: *a*) Obligaciones principales, obligaciones accesorias 279
b) Incumplimiento total o parcial de una obligación principal (núm. 131) 280
§ 2.—*Del caso en que una de las partes está impedida de cumplir la obligación por acontecimiento independiente de su voluntad* (números 132 a 146) 283
I. Distinción entre el riesgo del contrato y el riesgo de la cosa (núm. 132) 283
II. Incumplimiento total (núms. 133 a 139) 285
1.º Contratos traslativos de propiedad (art. 1.138 del Código civil (núm. 134) 287
A) Precedentes históricos (núm. 135) 288
B) Cómo debe interpretarse el art. 1.138 (núm. 136) 290
2.º Contratos no traslativos de propiedad (núm. 137):
A) Los arts. 1.722, 1.741, 1.788, 1.790 y 1 867 del C. c. (núm. 137) 295
B) Aplicación extensiva de los textos antes citados (núm. 138). 297
C) Cómo tiene lugar la rescisión del contrato (núm. 139) 299
III. Impedimento parcial e impedimento transitorio de ejecución (núms. 140 a 145) 302
1.º Soluciones que se derivan de la idea de fin perseguido por los contratantes: *A*) Impedimento parcial (núm. 140) 302
B) Impedimento transitorio en la ejecución (núm 141) 304
2.º Soluciones adoptadas por el Código civil y por la jurisprudencia: *A*) Obligación de dar (núms. 142 y 143) 305
B) Obligaciones de hacer: *a*) Impedimento parcial (núm. 144).. 309
b) Impedimento transitorio de ejecución no imputable al deudor (núm. 145) 311
Derecho comparado (núm. 146) 315
§ 3.—*Del derecho de una parte a pedir la resolución del contrato si la otra no ejecuta su obligación* (núms. 147 a 160) 316
I. Fundamento de la acción resolutoria (núm. 147) 316
1.º Ojeada histórica: *A*) Derecho romano (núm 148) 320
B) Derecho canónico (núm. 149) 322
C) Introducción del nuevo principio en nuestro Derecho antiguo (núm. 150) .....
2.º El art. 1.184 del Código civil y sus intérpretes (núm 151).
3.º La jurisprudencia (núm. 152) 333

Páginas.

II. Consecuencias del fundamento de la acción resolutoria: 1.° Poder absoluto del Juez (núms. 153 y 154) 335
2.° Incumplimiento procedente de una causa independiente de la voluntad del deudor (núm. 155) 342
3.° ¿Debe aplicarse el art. 1.184 a los contratos llamados reales: préstamo y prenda? (núm. 156) 342
4.° Observación relativa a los contratos sucesivos y a los contratos aleatorios (núm. 157) 345
Apéndice. Legislaciones extranjeras (núm. 158) 347
Código civil alemán 347
Código civil austriaco (núm. 159) 352
Código civil suizo (núm. 160) 353

CAPÍTULO V

DE LA CAUSA EN LAS PROMESAS UNILATERALES

Sección primera. — *Ausencia de causa. Causa illícita.*

§ 1.—*Ausencia de causa. Diversos ejemplos de ausencia de causa* (número 161) 355
Efectos de complacencia (núm. 162) 357
§ 2.— *Causa illícita* (núm. 163) 361

Sección segunda.—*Prueba de la causa. La promesa no causada.*

§ 1.—*Prueba de la causa* (núm. 164) 362
§ 2.— *Promesa de pagar no causada* (núms. 165 a 174) 364
I. Interés que presenta para el acreedor la obligación sin causa (núms. 165 y 166) 364
II. ¿Es válida la obligación en que no se hace mención de su causa? 1.° Punto de vista legislativo (núm 167) 368
2.° Divergencia entre el Código civil y el mercantil (núm. 168). 369
Origen histórico de esta discrepancia (núm. 169) 370
3.° El art. 1.132 del Código civil. Dificultades suscitadas por este texto. Su verdadera significación. La jurisprudencia (núms. 170 a 172) 373
IV. Derecho comparado. La obligación abstracta en Derecho alemán y en el suizo. Derecho italiano (núms. 173 y 174) 379

Sección tercera.— *De los casos en que la obligación es válida, sin que haya necesidad de investigar cuál es su causa* (número 175).

§ 1.— *Obligaciones del delegado para con el delegatario* (núms. 176 a 183) 385

Páginas.

I. Campo de aplicación de la delegación (núms. 176 y 177)..... 385
II. Causa de la obligación del delegado para con el delegatario. Carácter abstracto de esta obligación. Sistema doctrinal. Distinción entre la delegación perfecta y la imperfecta (números 178 y 179)..... 390
Jurisprudencia (núm. 180)..... 395
III. Relación entre la delegación y la cesión de crédito aceptada por el deudor cedido. El art. 1.295 del C. c. Su razón de ser. Su origen. Insuficiencia de la explicación que dan los intérpretes. Explicación verdadera. Consecuencias que de ella se derivan (núm. 181)..... 397
IV. Comparación entre la delegación imperfecta y la estipulación por otro (núm. 182)..... 401
V. Derecho comparado. Derecho alemán y Derecho suizo. 1.° Delegación. 2.° Asignación (núm. 183)..... 404
§ 2.—*Obligación del fiador para con el acreedor* (núm. 184)..... 408
§ 3.—*Títulos negociables, títulos nominativos, al portador, y efectos de comercio* (núms. 185 a 194)..... 410
I. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de estos títulos?..... 410
1.° Sistema de la doctrina francesa: el título negociable no es más que un simple *instrumentum*, no crea obligaciones nuevas (núm. 186)..... 411
Explicación de Thaller (núms. 187 y 188)..... 412
2.° Otra concepción: el título negociable produce una obligación nueva a cargo de sus signatarios (núm. 189)..... 416
II. Caracteres de la obligación originada por el título negociable y especialmente por el título a la orden (núms. 190 a 193). 419
1.° Del vínculo contractual que se establece entre el librado aceptante y el tomador. Carácter de este vínculo..... 419
2.° Efecto jurídico de la cláusula a la orden (núms. 191 a 193). 420
A) Obligación unilateral del librado para con los endosatarios del título a la orden..... 421
B) Carácter abstracto de esta obligación (núm. 192)..... 424
III. De las obligaciones civiles a la orden o al portador (número 193)..... 425
Apéndice. Del carácter abstracto del derecho que se deriva de la posesión de cosa mueble corporal (núm. 194)..... 429

CAPÍTULO VI

DE LA CAUSA EN LAS LIBERALIDADES (núm. 195).

Sección primera.—*Precedentes del Código civil* (núms. 196 a 198)..... 434

Páginas.

Sección segunda.—*Estudio de la jurisprudencia* (núm. 199).

§ 1.—*Liberalidades con gravamen o hechas bajo condiciones dependientes de la voluntad del gratificado* (núms. 200 a 210) 444

I. Distinción entre el gravamen y la condición. Semejanza entre el gravamen y la condición resolutoria potestativa (números 200 y 201) 444

II. Artículo 900 C. c. Su fundamento (núm. 202) 448

Sistema de la Jurisprudencia; objeciones doctrinales (núms. 204 a 207) 453

III. Revocación de las liberalidades por incumplimiento de los gravámenes (núms. 206 a 209). Este derecho de revocación constituye una aplicación del art. 1.184 C. c. Se explica también por la idea de causa (núm. 206) 460

Consecuencias que se deducen. *A*) Amplio arbitrio judicial (número 208) 464

B) Incumplimiento no imputable al gratificado 467

C) Daños y perjuicios en caso de falta 467

D) Revocación de pleno derecho estipulada expresamente por el disponente 467

E) Revocación parcial 468

Comparación del sistema de la Jurisprudencia con el de la Doctrina (núm. 209) 468

§ 2.—*Liberalidades que tienen por causa determinante la creencia del disponente de que el gratificado es su hijo adulterino o incestuoso* (núm. 210) 471

Liberalidad hecha para asegurar el cumplimiento de una separacion amistosa entre esposos (núm. 211) 473

§ 3.—*De la prueba del carácter ilícito de la causa* (núm. 212) 475

Apéndice I. De las donaciones entre concubinarios (núm. 213) . 478

Apéndice II. De los casos en que el error sobre el motivo puede arrastrar la nulidad del legado (núms. 214 a 219) 481

A) Caso en que sobreviene un hijo con posterioridad al otorgamiento del testamento (núm. 216) 484

B) Desaparición del motivo del legado 486

Derecho comparado (núm. 217) 487

Conclusión (núms. 218 y 219) 488

POST-SCRIPTUM 493

ERRATAS

Página 161, en lugar de: Grocio (1522-1590); leer: Grocio (1583-1645).
En la misma página, nota 1, línea 7, en lugar de: capítulos 11 y 12 del libro 5, leer: capítulos 11 y 12 del libro 2.