GINO GORLA

EL CONTRATO

PROBLEMAS FUNDAMENTALES TRATADOS SEGÚN EL MÉTODO COMPARATIVO Y CASUÍSTICO

XXX · I

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO



Roma TrE-Press
2025



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Nella stessa Collana

1. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (I). Problemi generali del diritto e del processo* (a cura di M. Cappelletti), 2019
2. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (II). Magistratura, Avvocatura, studio e insegnamento del diritto* (a cura di M. Cappelletti), 2019
3. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (III). Diritto e processo costituzionale* (a cura di M. Cappelletti), 2019
4. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (IV). Istituzioni di diritto processuale civile. In Appendice: Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile (due dialoghi)* (a cura di M. Cappelletti), 2019
5. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (V). La chiamata in garantia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove* (a cura di M. Cappelletti), 2019
6. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (VI). La Cassazione civile, Primo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019
7. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (VII). La Cassazione civile, Secondo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019
8. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (VIII). Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni* (a cura di M. Cappelletti), 2019
9. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (IX). Esecuzione forzata e procedimenti speciali. Diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri* (a cura di M. Cappelletti), 2019
10. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (X). Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa. In Appendice: Bibliografia degli scritti giuridici, politici e letterari di Piero Calamandrei (1906-1958)* (a cura di M. Cappelletti), 2019
11. L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani* (a cura di G. Pino), 2021
12. G. Gorla, *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol I) e *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol II) (Introduzione di M. Lupoi), 2023
13. S. Chiarloni, *Introduzione allo studio del Diritto Processuale Civile* (Introduzione di A. Proto Pisani, Premessa di A. Carratta), 2023
14. G. Tarello, *Il realismo giuridico americano* (Presentazione di P. Chiassoni), 2023
15. A.E. Cammarata, *Scritti sul formalismo giuridico* (Raccolti e curati da F. Modugno e L. Pace), 2023
16. V. Frosini, *Cibernetica, diritto e società* (Introduzione di G. Sartor), 2023
17. G. Tarello, *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive, corso di diritto civile 1972-73* (Introduzioni di P. Chiassoni e M. Grondona), 2023
18. M. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova* (Introduzione di A. Dondi, Premessa di A. Carratta), 2023

19. C. Cardia, *Ateismo e libertà religiosa* (Presentazione di R. Benigni), 2023
20. S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto* (Presentazione di G. Alpa), 2024
21. F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale* (Introduzione di G. Insolera), 2024
22. G. Amato, *Rapporti tra norme primarie e secondarie. Aspetti problematici* (Introduzione di G. Tarli Barbieri), 2024
23. L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Introduzione di C. Luzzati), 2024
24. S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela* (Introduzione di B. Tonoletti), 2024
25. A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati* (Prefazione di G. Greco), 2024
26. M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato* (Prefazione di T.E. Frosini), 2024
27. G. Pugliese, *Property. Diritto Comparato* (Introduzione di L. Vacca e V. Zeno-Zencovich), 2024
28. P. De Francisci, *Primordia Civitatis* (Introduzione di E. Stolfi), 2025
29. M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti* (Introduzione di M. Busetto), 2025

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

GINO GORLA

EL CONTRATO

PROBLEMAS FUNDAMENTALES TRATADOS SEGÚN EL MÉTODO COMPARATIVO Y CASUÍSTICO

Traducción y notas de comparación
y adaptación al Derecho español, por
JOSÉ FERRANDIS VILELLA

Reimpresión de la edición de 1959
con un Prólogo de
MAURIZIO LUPOI

XXX · I

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO

Roma TrE-Press
2025

Direttori della Collana La Memoria del Diritto
Luca Loschiavo, *Università di Teramo*
Giorgio Pino, *Università Roma Tre*
Vincenzo Zeno-Zencovich, *olim Università Roma Tre*

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO. mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:
Brandon Grotesque, Cocogoose, Courier (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©
Roma, settembre 2025
ISBN: 979-12-5977-508-5
http://romatrepress.uniroma3.it

La presente riedizione riproduce anastaticamente l'opera pubblicata nel 1959 dalla Casa Editorial Bosch, Barcellona.
La riedizione della edizione spagnola è stata curata dalla dr.ssa Vanessa Villanueva Collao.

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana *"La Memoria del Diritto"*

Il diritto e la cultura giuridica, come tutte le discipline e le arti, si nutrono del loro passato segnando continuità, evoluzioni, cesure. E questo è particolarmente vero per gli studi giuridici che, in Italia, godono dello straordinario privilegio di poggiare su una tradizione bimillenaria.

Questa posizione impone anche una responsabilità: quella di osservare con occhi attenti la realtà presente, ben consapevoli però che *nihil sub sole novi*.

La collana "*La Memoria del Diritto*" intende contribuire alla conservazione, viva, di questa tradizione mettendo a disposizione degli studiosi – ed in particolare di quelli più giovani – testi classici della cultura giuridica italiana del Novecento, non più disponibili in commercio e reperibili solo, con difficoltà, nelle biblioteche.

La *Collana* è stata aperta, significativamente, dalla ripubblicazione, in accesso libero, dei dieci volumi delle "*Opere Giuridiche*" di Piero Calamandrei che in poco tempo sono stati "scaricati" decine di migliaia di volte in tutto il mondo.

La *Collana* intende proseguire su questa strada, non limitandosi alla semplice 'riedizione', ma mettendo a disposizione in forma digitale, accessibile *gratuitamente*, *sempre* e *ovunque*, opere di rilievo che pensiamo continuino a costituire un fondamento per gli studi giuridici, orientandoli nella consapevolezza di quanto siamo debitori di chi ci ha preceduto.

Promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre nel quadro delle sue iniziative quale Dipartimento di Eccellenza la *Collana* intende essere un punto di riferimento per tutta l'accademia italiana, stimolando e raccogliendo le proposte che da quest'ultima perverranno, dando a questa iniziativa uno spirito ed una sostanza corali.

Luca Loschiavo
Giorgio Pino
Vincenzo Zeno-Zencovich

GINO GORLA

Profesor Ordinario de Derecho Privado en la Universidad de Pavía
y de Derecho Privado Comparado en la Universidad de Alejandría.

EL CONTRATO

Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico

Traducción y notas de comparación
y adaptación al Derecho español, por

JOSÉ FERRANDIS VILELLA

Doctor en Derecho. Profesor Adjunto de Derecho Civil en la Universidad de Madrid

I

EXPOSICIÓN GENERAL



BOSCH, Casa Editorial - Urgel, 51 bis - BARCELONA

ÍNDICE

Maurizio Lupoi, *Prólogo* XXI

Introducción 5
Advertencias 15

I
La evolución de la obligación contractual en el «civil law»

§ 1. *Preliminares*

a) Objeto del curso: el contrato obligatorio 19
b) El problema fundamental del contrato obligatorio: dificultades para sancionar la simple promesa o pacto nudo; razones prácticas de estas dificultades 20
c) La *res* o *causa data* (*executed consideration*): su función 22
d) La promesa no formal a título gratuito, el contrato innominado o atípico y sus relaciones con la donación, como problemas fundamentales del contrato 24

Nota: Sobre la intención de contraer un vínculo en sentido jurídico 25
Nota del Traductor 28

§ 2. *El derecho romano*

a) Derecho clásico 29
b) Derecho postclásico y justinianeo: contratos innominados 32
c) Resumen 35
d) La donación en el sistema justinianeo 36
e) Breve nota comparativa 42

§ 3. *El «civil law» en el medioevo*

a) Contrato formal y contrato real 44
b) Criterios formales y literales de interpretación. Irrelevancia de los motivos o presuposiciones para limitar la responsabilidad del promitente, incluso en las promesas a título gratuito. Responsabilidad rigurosa, como si se tratara siempre de contratos formales o a título oneroso 48

Nota del Traductor 53

§ 4. *El «civil law» hasta Domat y Pothier*

a) Longevidad del sistema de los contratos formales y reales 57
b) Primeras y limitadas victorias del llamado principio consensual 61
c) La influencia del Derecho canónico y de las escuelas 63
d) Los iusnaturalistas: Grozio y la "*cause raisonnable*" 66

Nota del Traductor 74

§ 5. *El principio del nudo consentimiento en Domat y Pothier*

a) Domat 77

b) Pothier 80

c) Pothier (*continuación*): los contratos formales; la donación 84

d) Pothier (*continuación*): la donación onerosa o "avec charges" y la y la donación por una "causa praeterita"; aparición de la teoría sobre la "cause suffisante" 88

e) Los criterios de interpretación; relevancia de los motivos o presupuestos que limitan la responsabilidad; graduación de ésta según los criterios objetivos de la causa onerosa o gratuita 92

Nota del Traductor 93

§ 6. *El principio del nudo consentimiento en la época de las codificaciones y en el «civil law» moderno* 94

Nota explicativa: Sobre el negocio jurídico, sobre la llamada autonomía privada como poder de la voluntad para obligarse y sobre la libertad contractual 95

Nota del Traductor 101

§ 7. *La distinción entre las obligaciones de dar y las demás obligaciones* 103

Nota del Traductor 111

§ 8. *Primera limitación al principio del nudo consentimiento: las obligaciones de dar a título gratuito* 113

Nota del Traductor 117

§ 9. Continuación*: La concepción de la donación y el puro espíritu de liberalidad. Extensión del esquema típico de la donación a otros intereses distintos del puro espíritu de liberalidad* 121

Nota del Traductor 128

§ 10. *La donación «cum onere» y la donación condicional. Relaciones con el contrato atípico o innominado (en el sentido moderno)*

a) Preliminares: la donación *cum onere* y bajo condición y la *cause suffisante* 129

b) La corriente tradicional: la *cause suffisante* como criterio objetivo 130

c) Las tendencias hacia el criterio subjetivo 136

d) La tendencia contraria hacia un criterio objetivo 138

e) Importancia práctica de estas dos corrientes. Las dominaciones en favor de una entidad moral 138

f) Otras "teorías" sobre la distinción entre la donación "cum onere" o bajo condición y el contrato de cambio; confusión de problemas distintos 139

Nota del Traductor 144

§ 11. Continuación*: La «causa praeterita» en las obligaciones de dar: servicios prestados y obligación natural en general*

a) El problema de la «causa praeterita» como de la obligación natural 151

b) Las tres corrientes dominantes 153

c) Breve examen crítico de las tres corrientes mencionadas 157

d) Tratamiento especial de algunas obligaciones naturales (asignación a los hijos, juego, pacto nulo por defecto de forma, fiducia) y necesidad de tener en cuenta la importancia de la obligación natural en cada caso concreto 162

e) Nota importante sobre las críticas hechas a las distintas teorías: nuestra opinión acerca de los problemas discutidos en los §§ 9 a 11 168

Nota del Traductor 171

§ 12. *Las promesas por una causa de interés público y las promesas al público*

a) Promesas por una causa de interés público 179

b) Las promesas al público 182

Nota del Traductor 185

§ 13. *Conclusiones sobre la «cause suffisante» en las obligaciones de dar: un moderno contrato innominado (atípico) con el «vestimentum» de la donación más que con el del cambio («bargain»): su importancia en la práctica y en el campo del derecho comparado. La concepcion del «dar» a título oneroso (contrato a título oneroso de dar).*

a) El moderno contrato innominado (en las obligaciones de dar) y su "vestimentum" 189

b) La concepción del contrato (obligación) a título oneroso de dar 191

c) Importancia del nuevo contrato innominado de dar (contrato en el que una de las prestaciones consiste en un dar). El llamado contrato de intereses no económicos. 192

d) El "pactum vestitum" en la obligación de dar 194

e) El silencio de nuestros Códigos sobre la "cause suffisante" 196

Nota del Traductor 197

§ 14. *El principio del nudo consentimiento en las obligaciones distintas de las de dar*

a) Preliminar 200
b) Las llamadas relaciones sociales, morales, de cortesía, de honor, etc. 200
c) Las obligaciones bilaterales con prestaciones distintas de la de dar (ambas o una de ellas de carácter típicamente económico) 204
d) Las obligaciones a título gratuito con prestación distinta de la de dar y de carácter típicamente económico: el elemento real (entrega) y el elemento típico: examen especial del transporte gratuito 205
e) Continuación: las promesas a título gratuito (de prestaciones distintas de la de dar) no acompañadas del elemento real 210
f) La fianza y la promesa de una garantía 217
g) Conclusión 218

Nota del Traductor 219

§14 bis. *La causa razonable o justa desde el punto de vista del interés del acreedor o como relación de proporción entre este interés y el sacrificio impuesto al deudor* 223

§ 15. *La moderación de la responsabilidad y los criterios de interpretación en las en las promesas a título gratuito. La garantía por evicción en la donación «cum onere»*

a) Moderación de la responsabilidad e interpretación 224
b) La garantia por evicción en la donación "cum onere" 226

Nota del Traductor 226

§ 16. *Las promesas interesadas: en particular, la opción, la apertura de crédito, etc.*

a) Las promesas interesadas: "cause raisonnable et juste"; indicaciones sobre el "common law" (remisión) 228
b) Distinción entre las obligaciones de dar y las demas obligaciones 230

Nota del Traductor 231

§ 17. *La aceptación y la confianza (remisión)* 233

Nota del traductor 236

§ 18. *La exigencia de forma en determinados contratos* 237

Nota del Traductor 240

§ 19. *La teoría de la función económico-social del contrato*

a) Breves indicaciones 243

b) El origen histórico y los errores de la teoría en cuestión 247

c) Los ejemplos y las aplicaciones practicas de esta teoría. Posibilidad de reducirlos a los casos de contratos socialmente dañosos (ilícitos) 255

Unidad de la causa (como función justificadora del reconocimiento jurídico del contrato) según esta teoría 262

d) Notas críticas de caracter ideológico 265

Nota del Traductor 267

§ 20. *La exigencia de un interés apreciable en el acreedor*

a) El interés del acreedor como requisito genérico para la sancionabilidad de la promesa 269

b) El interés del acreedor en las promesas a título gratuito de carácter atípico 275

Nota del Traductor 279

§ 21. *La cláusula penal*

a) Importancia y función de la cláusula penal 282

b) El problema de la llamada autonomía de los contratantes o del valor del nudo consentimiento 293

Nota del Traductor 301

§ 22. *La ambigüedad del término «causa»: los arts. 1.131 y 1.132 del C. c. francés y sus concordantes. La causa como realización del fin del contratante. El acto abstracto*

a) La ambigüedad del término "causa" 308

b) La causa como fin erróneo, no realizado o no realizable, en las atribuciones patrimoniales 311

c) Ampliación del concepto de causa como fin de la atribución patrimonial: la causa como presupuesto ("Voraussetzung", "condicio in praesens vel praeteritum relata") 318

d) Consecuencias de la teoría que concibe como único requisito de la "causa" el fin del promitente o enajenante (O mejor, la realización de este fin) 324

e) La "causa" en relación con los problemas del acto abstracto y del acto formal 326

f) Sobre el significado del término "causa" en nuestros códigos y sobre el contenido normativo de los artículos 1.131 C. c. Francés y concordantes 334

Notas explicativas:

1) Sobre el significado del término "causa" 337
2) Sobre la confusión entre la "causa" en el sentido de razón objetiva para la sanción juridica de la promesa o enajenación ("cause suffisante", etc.) y la causa en el sentido subjetivo de realización del fin del promitente o enajenante 339
3) Sobre el acto abstracto 343
4) Sobre el "billet non causé", "cautio indiscreta" o promesa escrita en la que no se menciona la causa 350

Nota del Traductor 354

§ 23. *De una cierta extensión de los requisitos de la «cause suffisante, raisonnable o juste» fuera del campo de los contratos de cambio atípicos y de las promesas a título gratuito* 361

Nota del Traductor 367

§ 24. *Conclusiones*

a) El sistema de los pactos vestidos en el "civil law"; el elemento típico contrapuesto al nudo consentimiento 368
b) La tendencia a las generalizaciones y a las abstracciones propia de los juristas del "civil law" 370

Nota del Traductor 371

Sezione II

La evolución de la obligación contractual en el «common law»

§ 25. *Preliminares*

a) Razones de la relativa brevedad de esta segunda parte 373
b) Breves indicaciones sobre el "common law" 374

§ 26. *Breves indicaciones históricas sobre el contrato en el «common law»*

a) "Action of assumpsit" y "action of debt" 383
b) El "indebitatus assumpsit" 388
c) La "executory consideration": el contrato bilateral 389
d) La concepción moderna de la "consideration": el "bargain" como esquema del contrato no formal 390
e) Breve nota de comparación con el Derecho romano y con la evolución histórica del "civil law". La impronta del "assumpsit"; evolución del concepto de "detriment" 392

§ 27. *La «reliance» no dependiente de un «bargain» o de una «request» del promitente*

a) Las recientes corrientes en el common law 398

b) "Bailment", "agency", "trust" y otras "gratuitous undertakings" 406

c) Nota comparativa: sobre la responsabilidad en el mandato gratuito, en las promesas de servicios gratuitos y en las promesas gratuitas en general, en el "civil law" El comodato en el "common law" 412

§ 28. *Consecuencias de la concepción del «informal contract» como «bargain»*

a) La "past consideration" 423

b) La "gratuitous promise" 427

c) La donación 429

§ 29. *Continuación*: la «consideration» como «acceptance». El promitente como dominus de la promesa y de sus condiciones: la «executed consideration» («unilateral contract»). La promesa al público 430

§ 30. *El problema de la «adequacy of consideration»: «sufficient consideration» y «nominal consideration»*

a) El problema de la "adequacy of consideration" 437

b) La "sufficient consideration" 440

c) La "nominal consideration" 444

§ 31. *El esquema del «bargain» como forma o criterio objetivo para comprobar la voluntad de contraer un vínculo jurídico* 446

Nota: La reciente polémica sobre la "consideration" y las tendencias reformadoras. La teoría de la funcion economico-social del contrato 452

§ 32. *La preocupación de comprobar la voluntad de obligarse jurídicamente y la exigencia de la libertad del querer*

a) Responsabilidad rigurosa o estrictamente contractual; interpretación estricta 455

b) La exigencia de la libertad del querer 457

§ 33. *El carácter atípico del «contract»: la «cause suffisante» y la «cause juste» en el sistema de las sanciones*

a) Resumen sobre la tipicidad del contrato en el civil law y comparación con el common law: la cause suffisante y la cause juste según la "equity" 461

b) El carácter atípico del "contract" y el sistema de las sanciones 466
c) La cláusula penal 469
d) De nuevo sobre la donación 474

§ 34. *Del contrato formal y de algunos problemas conexos*

a) El "act under seal" y sus formalidades. Breve nota comparativa con las "formas" del "civil law" moderno 475
b) La exigencia de forma bajo pena de nulidad para determinatos contratos y el "Statute of Frauds" 479
c) Remedios contra el formalismo del "act under seal": "failure of consideration", etc. 482
d) El acto abstracto. La promesa abstracta y el "billet non causé" 485
e) Finalidad errónea o no realizada en la promesa y la enajenación 489

§ 35. *Conclusiones*

a) "Contractus" y "consensus" 491
b) Resumen sobre el "common law" y algunas orientaciones para la valoración de los dos sistemas contractuales, el del "civil law" y el del "common law" 495
c) *Continuación:* los inconvenientes del "common law" en el campo de los negocios. La lógica de la experiencia 497

Apéndice I

§ 36. *Sistemas modernos de «civil law» no codificado*

a) Preliminares. El Derecho escocés 507
b) El pacto nudo en el Derecho escocés. La forma. Las "gratuitous promises" 508
c) *Continuación:* los "innominate contracts" y los "unusual contracts" 514
d) El interés del acreedor. La promesa de prestaciones que no representen un interés patrimonial del promisario. El sistema de las sanciones; la clausula penal 517
e) El "transfer" 519
f) Breves indicaciones sobre el "Roman-Dutch law" 520

Apéndice II

§ 37. *Breve nota sobre las ideas de los juristas del «common law» acerca de nuestro contrato y viceversa* 523

Apéndice III

§ 38. *Breves indicaciones sobre el acto de disposición «inter vivos»: enajenación, renuncia, modificación de Derechos. De nuevo sobre la forma de las donaciones*

a) El acto de enajenación "inter vivos" en el civil law 528

b) La renuncia y el contrato modificativo en el civil law 535

c) El common law 537

d) La forma de las donaciones en el civil law. Decadencia del documento notarial 541

Nota del Traductor 543

Prólogo

Maurizio Lupoi[*]

La publicación en 1954 de los dos volúmenes de "Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico" no suscitó reacciones de particular interés entre los civilistas italianos, quienes, desde el título mismo de la obra, fueron orientados hacia perspectivas geográficamente, además de culturalmente, distantes y generalmente de escaso interés. En Italia no apareció ninguna reseña comparable a aquella escrita por Max Rheinstein, discípulo de Max Weber y exiliado en Chicago, donde era profesor de "*Comparative Law*". Rheinstein proclamó que se trataba de "a book of unusual character and extraordinary significance (…); a superb monograph of comparative law and a unique teaching tool"[1], solicitando fervientemente su traducción al inglés (4 *American Journal of Comparative Law*, 452 (1955)). Incluso Tullio Ascarelli, al reseñar para la *Rivista di diritto commerciale* (1954, 924), no fue más allá de lo obvio, recordando sus acostumbrados caballos de batalla argumentativos, sobre la relación entre el derecho y la estructura económica y social de un país, un aspecto que la comparación jurídica debía tener en cuenta para no resultar estéril, y arriesgando una crítica, retomada luego por otros, acerca de la omnipresente distinción en el libro de Gorla entre racionalismo y empirismo, considerados como características respectivas de la (tradición de) *civil law* y de la (tradición de) *common law*, y sobre la inclinación del autor a favor de este último.

Ya a partir de la segunda mitad del siglo XIX se habían fundado en París la *Société de législation comparée*, en Londres la *Society of Comparative Legislation* y en Berlín la *Gesellschaft für vergleichende Rechts und Staatswissenschaft* y la *Internationale Vereinigung für vergleichende Rechts und Staatswissenschaft*, con el apoyo de revistas especializadas como la *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes* (desde 1829), la *Revue historique de droit français et étranger* desde 1855, la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* desde 1878, y el *Journal of*

[*] Traducción del *Prólogo* del profesor Maurizio Lupoi a la reedición de la versión italiana (2023), realizada por Vanessa Villanueva Collao.

[1] Traducción libre: "un libro de carácter inusual y extraordinaria importancia (...); una excelente monografía de derecho comparado y una herramienta pedagógica única".

(the Society of) Comparative Legislation desde 1899.

El siglo XIX comenzó y terminó con una gran legislación. La "comparación" a la cual se referían las sociedades científicas y las revistas del siglo XIX fue entonces una comparación de legislaciones, es decir, más precisamente, una comparación de disposiciones normativas. Las codificaciones del siglo XIX habían eliminado la pluralidad de ordenamientos dentro de los reinos, en consecuencia de la cual hasta ese momento había llevado a numerosos juristas a ser comparatistas sin saberlo, al yuxtaponer en sus tratados las normas vigentes en los distintos territorios bajo el mismo soberano.

Italianos, españoles, franceses y alemanes solían destacar las diferencias que, por razones históricas o constitucionales, se mantenían en los sectores donde había faltado una obra legislativa uniformadora; los códigos eliminaban estas diferencias, y entonces estas se buscaban en los ordenamientos extranjeros.

El final del siglo XIX fue el momento del inventario: todo el mundo que se basaba en el derecho romano tenía ya un código; una aspiración potentemente sentida, por diversas razones y con diferentes fines, durante casi dos siglos, finalmente se había realizado. Las codificaciones del siglo XIX fueron acompañadas por un sentido de palingenesia, y, por lo tanto, las formulaciones de las normas de los códigos aparecían como reglas dotadas de una fuerza de ruptura con un pasado que, aunque interpretado de diversas maneras (al igual que eran variadas las razones que llevaron a la adopción de un código), debía considerarse pasado. La comparación fue entonces principalmente una comparación de reglas legislativas; a las "Legislaciones comparadas" se dedicó la obra del siciliano Emerico Amari en 1857, y las enseñanzas universitarias se denominaron mayoritariamente "Legislación comparada". La facultad de derecho de París instituyó en 1901 la cátedra de "*législation comparée*" para Raymond Saleilles, quien la ocupó hasta 1912, el año de su muerte a los 57 años.

Saleilles, con sus estudios centrados principalmente en el derecho alemán, mostró que enfocar el interés comparatista en el dictado codificado no implicaba necesariamente una limitación a la exégesis, sino que requería identificar las necesidades sociales y comerciales, así como las circunstancias históricas, que habían dado lugar a ciertas soluciones legislativas (Saleilles había enseñado Historia del Derecho durante sus primeros diez años como docente).

En el momento del inventario, aparece con fuerza la aparente oposición con el mundo de la *common law*. Los juristas de finales del siglo XIX y

principios del XX sabían bien que esta oposición era menos generalizada de lo que parecía: el derecho comercial era en gran medida un derecho común a ambos mundos. Nació en el continente europeo, y los ingleses lo adoptaron sin reservas.

La flota inglesa domina los siete mares y con ella viaja y se afirma el derecho comercial inglés, pero las contrapartes no tienen dificultad en comprender de qué se trata, ni en celebrar los negocios típicos. Juristas italianos han contribuido a desarrollar el derecho comercial inglés: con su presencia en Inglaterra, ya a finales del siglo XIII, y con sus escritos; el *principal*, cuyo papel se encuentra en el origen de la relación jurídica de mandato—quizás la más importante entre las relaciones comerciales de la época—es el «*principale*» de la lengua italiana; el *agent* es el «*agente*»; el *factor* es el «*fattore*».

En la revista "Il diritto marittimo", fundada en Génova en 1899, la jurisprudencia francesa, inglesa y alemana recibe la misma atención que se reserva a la jurisprudencia italiana. Todo esto prepara el fundamento para el movimiento hacia la unificación del derecho que domina el congreso parisino de derecho comparado de 1900, organizado por Saleilles para la *Société de Législation Comparée*: aquí Édouard Lambert presenta la ponencia sobre el método y la función del derecho comparado y enuncia su visión del "*droit commun législatif*" (que será la denominación que elegirá para los estudios iniciados con su obra de 1903: *Introduction – La fonction du droit civil comparé*) ante un público en el cual era relevante la presencia de juristas de *common law* (*common lawyers*).

Así llega a una formulación completa uno de los dos grandes filones iniciales deducibles de las denominaciones de las primeras asociaciones de derecho comparado, el legislativo (francés e inglés), mientras que el filón teórico general (alemán) ya se había unido a intereses lingüísticos y etnológicos y había tomado caminos propios que, exacerbados en los años treinta del siglo XX, fueron progresivamente abandonados solo en el segundo posguerra. El primero tuvo, en cambio, una vida muy activa, y condujo a la institución de Comités de legislación comparada en numerosos Estados, a menudo dentro de sus respectivos Ministerios de Justicia. En 1926, fuertemente deseado por el gobierno italiano, nació en Roma el Instituto para la Unificación del Derecho Privado como creación de la Sociedad de las Naciones, un ente todavía perfectamente operativo en la producción de leyes uniformes y de convenciones internacionales, además de ser un lugar de investigación comparatista (destinatario, entre otras cosas, de importantes donaciones bibliográficas y documentales por

parte de Gino Gorla). Casi contemporáneamente cobra vida el «*Annuario di diritto comparato e studi legislativi*» (nótese "estudios legislativos" y añado que el editor de la revista era el Instituto de Estudios Legislativos, del cual era secretario general Salvatore Galgano), que durante más de treinta años se dedica a un importante trabajo de documentación de derecho extranjero, principalmente legislativo y doctrinal, pero también jurisprudencial.

Tanto Gino Gorla como Tullio Ascarelli eran socios correspondientes del Instituto de Estudios Legislativos, pero no tenemos elementos para conocer si y en qué medida compartían sus fines y métodos. Ciertamente no los compartía el Gorla del "Contratto": mientras que el "derecho comparado" no pasa de ser la "información sobre otros sistemas jurídicos", escribió en el Prefacio, el "método comparativo" o la "comparación" es, en cambio, la búsqueda de las razones "de las diferencias y de las similitudes" y, por tanto, el paso teórico siguiente, aquel posible al jurista que haya percibido "el espíritu de cada sistema" en el estudio de los eventos históricos relativos a un tema específico.

Eligiendo un camino que no podría haberle traído ni admiradores ni prosélitos, precisó que la comparación permitiría controlar las generalizaciones, disolver las meras cuestiones nominalistas y ciertas formas de latente iusnaturalismo; y en el ensayo para los estudios en memoria de Ascarelli llegó a afirmar que "el derecho comparado es actividad de conocimiento puro" (*Interessi e problemi della comparazione fra il diritto nostro e la «common law»*, en *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milán, 1968, vol. II).

"Il contratto" de Gorla sale a la luz en los años en que aparece el adjetivo "comparativo" en la producción ascarelliana después del regreso del estudioso a Italia: un adjetivo que Gorla erigirá como momento fundante de su propia producción científica, pero que nunca estuvo exento de ambigüedades y de capacidad discrecional, por cuanto él mismo y, a partir de al menos diez años después, otros estudiosos se dedicaron a trazar sus límites e identificar sus contenidos. Todo esto faltaba en 1954 y "comparativo", leído con los ojos de entonces, probablemente marcaba un contraste de principio entre el autor del "Contratto", entonces marcado como "civilista", y todos sus colegas civilistas, en primer lugar, Emilio Betti, con quien se había graduado en Milán en 1928. Un contraste que el carácter del hombre intentaba subrayar y que iría marcando otros distanciamientos hasta el inicio de la verdadera aventura comparatista, sin igual en Italia y en el extranjero, es decir, cuando Gorla dejó el campo contractual, respecto al cual desde cierto momento en adelante quedaba

poco por decir en la óptica que él había elegido, y labró los campos de la historia, permaneciendo durante décadas sustancialmente solo.

Ascarelli había titulado su monografía de 1952 como "derecho comparado", no "método comparativo", arriesgando así mayores incomprensiones, las mismas que aún hoy afectan la denominación de las materias de enseñanza ("Derecho privado comparado", "Sistemas jurídicos comparados"), pero que, referidas al gran estudioso de derecho comercial, quien de por sí había suscitado más de una controversia con su producción ordinaria, revelaban cuán accesoria resultaba la actividad de comparación, fuera lo que fuese, respecto a la actividad científica comúnmente profesada por todos.

Aquella, de hecho, aparecía casualmente ligada a las vicisitudes personales de Ascarelli, que lo habían llevado, a través de Inglaterra, Francia y Brasil, a madurar conocimientos de los cuales su vivo ingenio y su multiforme cultura, junto con su correr y recorrer (de todo esto tendríamos una idea apenas vaga si no fuera por las apasionadas y participadas narraciones de Mario Stella Richter), fácilmente habían extraído y extraían puntos que acompañaban sus estudios de derecho comercial e industrial. Se trataba evidentemente del mismo camino recorrido por el estudioso que había titulado investigaciones propias y de sus colaboradores como "Investigaciones de derecho comparado": Mario Rotondi, no por casualidad principalmente atento a los temas de derecho comercial y de derecho industrial. La publicación de "Il contratto" marca el deslinde entre dos modos de entender una disciplina y un método, cuya significatividad aparecerá más evidente después de haber iluminado algunos perfiles específicos.

En la doctrina italiana anterior a 1954, el contrato, enunciado en singular, como figura jurídica autónoma de derecho civil, no había sido tema de investigación (salvo en desarrollos individuales, como el contrato colectivo; de manera diferente en derecho comercial); el tema de investigación había sido y era el negocio, dominado por la sistematización bettiana enunciada una década antes, y en el modo común de sentir, el estudio del negocio—aunque ajeno al código civil—proporcionaba todo lo necesario para comprender el contrato. En la elección del tema, por lo tanto, Gorla innova y lo hace colocándose en un contexto cultural que no podría haberle traído adhesiones (y de hecho no las trajo). Ahora, a distancia de décadas y después de repetidas relecturas bettianas, se tiende quizás a no dar importancia a un dato, que es obvio: Emilio Betti era en primer lugar un pandectista (o si se prefiere un neopandectista), convencido de que "problemas y necesidades planteados por la sociedad moderna, aunque nuevos, pueden ser útilmente aclarados y profundizados a la luz de catego-

rías dogmáticas elaboradas en la tradición pandectística" (así en el Prefacio a la "Teoria generale del negozio giuridico" [*Teoría general del negocio jurídico. Traducción y concordancias con el derecho español por A. Martín Pérez, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1943.*]) y, por lo tanto, lo más alejado del derecho comparado, incluso si se le asigna a este solo la mínima función de instrumento informativo. Diré solo que es imposible incluso comenzar un discurso sobre el Betti comparatista cuando resulta que él afirmó en 1936 que los ingleses escriben sobre derecho "de manera hasta infantil" (Mauro Grondona, que ha tratado del Betti comparatista con acentos sinceros en los *Annali SISDiC*, vol. 5, 2020, 189, recoge el fragmento en su amplio ensayo en Birocchi-Chiodi-Grondona, *La costruzione della 'legalità' fascista negli anni trenta*, a p. 393). Ni mayor cercanía al derecho comparado, es más, total lejanía, podía verse en la naciente autoridad de las "*Istituzioni di diritto civile*" [Institutionces de derecho civil] de Santoro-Passarelli, que precisamente desde el año de salida de "*Il contratto*" serían tituladas "*Dottrine generali*" [Doctrinas generales] y cuyo autor reivindicaba la inmodificabilidad de su propia obra de "*sistemazione scientifica*" [sistematización científica] afirmando que "una reforma de la obra no la habría mejorado" porque la doctrina posterior al máximo puede conducir a "determinar la rectificación de alguna línea de pensamiento, pero permanece ajena a la fundación y a la construcción de la obra" (así en todos los Prefacios sucesivos, si no me equivoco, a la cuarta edición).

No es extraño que la obra de Gorla contrastara con la inspiración tanto de Betti como de Santoro-Passarelli, que incluso presentaban puntos de contraste clarísimos entre ellos; en realidad, ella, más que contrastar, era radicalmente diferente en la configuración tanto de uno como del otro, de modo que, habiendo tratado de pintar el fondo, ha llegado el momento de tratar de comprender qué entendía Gorla por "método comparativo".

"La comparación, como método, no es sino historia", Gorla afirma y repetirá en ocasiones posteriores con mínimas variaciones. Esta afirmación, sin embargo, es genérica y no convence como declaración fundadora de un método de investigación jurídica, por lo que se impone evaluar a qué actividad concretamente realizada por el autor se refería.

El §1 del cap. I de "Il contratto" enuncia el objeto del curso, al cual están dedicados los dos volúmenes de la obra, valiéndose del característico enfoque del Gorla comparatista: problemático, investigativo, carente de certezas. Lanza de inmediato el tema, muy querido para él, del mero consentimiento y, por lo tanto, del poder de una persona de obligarse, pero, al hacerlo, delimita su propio recorrido identificando las etapas

por las que es necesario pasar para dar por resueltos interrogantes que el estudioso plantea, por así decirlo, en el vacío y que solo un conocimiento ya madurado de otros ordenamientos jurídicos le ha hecho venir a la mente: el mero consentimiento es entonces relacionado con los requisitos del proceso formulario romano y con las *forms of action* del derecho inglés. Aún estamos en la página 3 del primer volumen, pero ya estas poquísimas páginas bastan para situar al estudioso en un fondo propio; nadie más, ni en Italia ni en el extranjero, habría sido capaz de expresarse de la misma manera.

La historia de Gorla es historia de problemas, no de institutos: el papel de la forma, la relevancia de la entrega, la vinculatoriedad de una promesa ligada a una prestación del promitente que a tanto no se obliga, la gratuidad, la tipicidad, la intención de contratar y otros más. Busca las respuestas dadas históricamente a estos problemas tanto en el derecho romano y en el derecho intermedio como en el *common law*. En el derecho romano muestra su completo dominio de la materia, una cualidad no rara en ese periodo histórico donde romanistas perfectamente refinados ocupaban cátedras de derecho civil (el último fue probablemente Filippo Vassalli), mientras que para el derecho intermedio debe obviamente ceder a las raras investigaciones historiográficas que poco después habrían conducido a la monografía de Francesco Calasso sobre el negocio jurídico y a los renovados estudios de Guido Astuti. El interés de Gorla en el derecho intermedio, sin embargo, vacila, probablemente porque en su visión de la historia como historia de problemas no encuentra afinidades con sus propios intereses, y entonces supera los que eran los límites temporales de la enseñanza académica y se nutre directamente de las fuentes del período siguiente: así prefigura lo que será el campo de investigación del último período de su vida y pone a prueba sus capacidades de percepción histórica—la historia comprendida y no solo la historia reconstruida y narrada—que, pasado el período de profundización y ampliación de la materia contractual, le harán vestir los hábitos del historiador profesional, que no abandonará más.

Grocio, Domat, De Luca, Voet, Pothier, Richeri son los autores sobre los cuales él principalmente funda la investigación sobre los eventos anteriores a las codificaciones, pero de cada autor evalúa la fiabilidad, es decir, la conformidad de las tesis por él expuestas respecto al derecho entonces vigente, preguntándose de lo contrario si se trata en cambio de meras "proclamaciones" (Gorla anticipa en algunos años la temática sacchiana, desarrollada por Rodolfo Sacco, de las "declamaciones"). Llegado a las codificaciones, Gorla define como "proclamación" lo que entonces aparecía como principio fundamental de la disciplina contractual, el *nudo consenso*

[mero consentimiento]: cualquier promesa lícita, hecha *serio et deliberato animo* [con ánimo serio y deliberado], produce obligación a cargo del promitente. Estamos ante el dogma de la autonomía de la voluntad y, en un momento posterior, a las limitaciones a él impuestas por la tesis de la función económico-social del contrato. Aquí Gorla extrae el fruto de la reflexión histórica y delinea el contenido específico de su trabajo: el *nudo consenso* [mero consentimiento] es un principio existente, dotado de notable fuerza en la configuración de las respuestas que deben darse a las concretas estipulaciones, pero estas últimas a menudo requieren ser "vestidas" para ser jurídicamente vinculantes y el *vestimentum* es de diverso tipo: es necesario delinear, investigando el estado concreto del derecho, cuáles son estos *vestimenta* cómo cada uno de ellos se sitúa respecto a la validez de cada tipo de pacto o promesa. Aquí Gorla, no constreñido en una visión unitaria del negocio, no la sustituye con una visión unitaria del contrato y más bien prefigura una pluralidad de vicisitudes contractuales, sujetas a diversos presupuestos de vinculatoriedad. Observando el "método comparatista" en acción, como he tratado de mostrar rápidamente, aparece tan evidente la ajenidad de Gorla respecto al cuadro académico de entonces que sería totalmente inútil hablar más de ello. El lector atento, sin embargo, quizás se haya preguntado dónde está el *common law* en este "método comparatista": pues bien, en la investigación histórica no está sino como trasfondo de algunas reflexiones de Gorla y de algunos rápidos contrastes. Así será para toda la obra, hasta que el capítulo II tratará numerosos problemas en clave de derecho inglés o de *common law* en general, previa una explicación de las "*Ragioni della brevità relativa della trattazione*" [Razones de la relativa brevedad del tratamiento] (también en el segundo volumen, dedicado a la reproducción y comentario de sentencias, la parte dedicada al *common law* es notablemente inferior a la dedicada al *civil law*).

Como primer comparatista de la época moderna, Gorla se había encontrado ante una problemática que en los años siguientes emergería y sería, aunque solo en parte, profundizada, pero que él probablemente ni siquiera percibió: el "método comparatista", aplicado a varios ordenamientos jurídicos, puede identificar uno como conocido y el otro o los otros como desconocidos, pero también puede encontrarse ante ordenamientos todos desconocidos. La manera de situarse de Gorla respecto al derecho italiano no menos que al derecho francés los había convertido en ordenamientos desconocidos, para mapear *ab imis* [desde sus cimientos].

La posterior experiencia de la comparación jurídica mostrará que, ante varios ordenamientos desconocidos, es necesario proceder a una fragmentación global de las temáticas y que esto requiere una estructura

organizativa y una meticulosidad expositiva no fácilmente realizables por parte de un solo estudioso. Esta fue la experiencia del grupo de trabajo internacional sobre los procedimientos de formación del contrato, coordinado por Rudolph Schlesinger en Cornell, al cual Gorla participó activamente y que hoy prosigue excelentemente como "*The Common Core of European Private Law*" bajo la dirección de Ugo Mattei y Mauro Bussani.

A falta de ello, el "método comparativo", es decir, el enfoque de la historia en clave problemática, fue utilizado por Gorla principalmente entre los ordenamientos de *civil law* y solo en una segunda fase entre ellos, considerados como un ordenamiento conocido (en consecuencia del estudio realizado mientras tanto), y el *common law*. La problematicidad es la clave de la comparación en esta primera visión y esto emerge claramente cuando, al pasar al derecho inglés, Gorla ve en el desarrollo de la teoría de la *consideration* una analogía con la *causa data* o *res secuta* de los contratos innominados romanos, pero al final debe concluir que se trata de un producto peculiar de la historia del derecho inglés. De aquí parte el análisis del *bargain*, enmarcado—y esto es de indudable interés—en una mentalidad y una cultura muy diferentes que caracterizan los pueblos de derecho civil y que necesariamente conduce al extremo opuesto de donde nuestro código civil había llegado con el art. 1322. De aquí también la fragmentación de la investigación comparatista que ocupa la última parte del primer volumen de "*Il contratto*", cuando frente a frente no están dos visiones, por así decirlo, institucionales del dato jurídico, sino una multitud de casos, cada uno ligado a uno solo de los dos sistemas examinados. He aquí "el método comparativo" a prueba y he aquí resultados impensados, como las reflexiones sobre la donación modal relacionadas precisamente con el concepto de *bargain* y, por lo tanto, con su traducción en contrato de cambio: una revolución para el derecho civil, que aún hoy lucha con el tema y repite cansinamente viejas problemáticas buscando a lo sumo evoluciones meramente verbales y conceptuales con evidente manifestación de mero divertimento intelectual (también en áreas conexas, como, por ejemplo, la donación con reserva de disponer de cosas determinadas); pero he aquí también la demostración de la excepcionalidad del enfoque gorleano porque en las décadas siguientes ningún otro jurista, italiano o extranjero, alcanzará estas cimas.

Gorla propondrá sin particular éxito técnicas de la comparación, por ejemplo en la voz "*Diritto comparato*" de la *Enciclopedia del diritto* en 1964: será el intento de racionalizar lo que él había realizado por instinto y de hipotetizar un desarrollo, por así decirlo, normal del derecho comparado que no tuvo ninguna verdadera constatación.

Viene entonces a consideración el segundo gran problema de naturaleza heurística planteado por el título de "*Il contratto*": la referencia al "método casuístico", también este sin continuidad. Gorla había escrito su obra durante los años pasados en Alejandría de Egipto, donde habría enseñado desde 1950 hasta 1957 después de haber pasado un año, 1949, en Cornell. El año americano había sido para él una revelación: antes que él, ningún jurista italiano había tenido en sus manos un *casebook*, y menos aún había participado en actividades didácticas que empleaban *casebook*, lo que en cambio le tocó a Gorla gracias a la cortesía de Rudolph Schlesinger. Gorla vio así como el docente empleaba el libro de casos y, sobre todo, cómo los estudiantes se preparaban para las lecciones de semana en semana; quien escribe estas notas estuvo con Gorla en Cornell en 1968 y recogió sus expresiones de entusiasmo tras la participación en la didáctica en forma "casuística" y sus propósitos de transferir su esencia a Italia. Para los estadounidenses, la enseñanza del derecho privado sobre la base de los casos decididos era una obviedad, pero las razones de este método no eran las que un extranjero podría haber pensado; de hecho, la primera razón era y es la de enseñar a los estudiantes cómo se lee un caso jurisprudencial, solo posteriormente se enseña cómo relacionar un caso con los precedentes y, finalmente, a aprender la regla jurídica sobre la cual el caso ha sido decidido, la *ratio decidendi*; todo el procedimiento está destinado a formar abogados, el objetivo de las *Law Schools*. En cuanto al contenido, el *casebook* presenta los casos a los estudiantes equipándolos con interrogantes, cuyas respuestas requieren un esfuerzo lógico-conceptual además de conocimiento del derecho en el caso específico: en breve, producir un *casebook* es obra de doctrina refinada y esto explica por qué se prefiere volver a publicar durante décadas los *casebooks* de éxito con las oportunas actualizaciones en lugar de emprender nuevos *casebooks*.

Gorla no puede reconocerse en estas configuraciones, totalmente ajenas al cuadro universitario italiano, en el cual las Facultades jurídicas no apuntaban y todavía no apuntan a formar abogados y, en todo caso, no abogados litigantes, y asigna al "método casuístico" objetivos parcialmente diferentes, indicados en las "Advertencias" al vol. II: "salir del dogmatismo o del principio autoritario", inclusive.

Quien lea los actos del Congreso Internacional de Derecho Comparado de 1900, comúnmente considerado el momento fundacional de la moderna comparación jurídica, no encuentra ningún indicio del enfoque casuístico al derecho propio o ajeno, a pesar de estar entonces perfectamente presente en el ánimo de los estudiosos el carácter jurisprudencial del *common law*; ni se alcanzan diferentes conclusiones recorriendo la producción jurídica posterior. Era entonces totalmente normal comparar un precedente inglés

y una norma del código civil y nadie había pensado nunca que comparar dos decisiones judiciales de ordenamientos diferentes pudiera satisfacer aquellas necesidades de recíproca información que vimos ser la base de la comparación jurídica de la época. Mario Sarfatti ofrece una perfecta demostración de ello (en la pág. 42 de su *Introducción* de 1933) cuando recuerda la propuesta de poner en el art. 22 del código italo-francés de las obligaciones (1927-1928) una acción general de lesión directamente inspirada en la disciplina de la *undue influence* del derecho inglés, de la cual indica el fundamento en una sentencia de 1859 (*Smith v Kay*). Esto muestra una radical incomprensión del operar de las fuentes del derecho en Inglaterra y en el *common law* en general, trasladando a esos ordenamientos nociones pertenecientes a la historia del derecho civil, desde la constitución "Tanta"[2] hasta los "*arrêts de règlement*"[3] a las funciones originarias del *Tribunal de Cassation*.

Gorla ha visto los *casebooks* en acción y adopta las técnicas de presentación de las sentencias de *common law*, aplicándolas a las nuestras; sin embargo, pronto se da cuenta de un límite insuperable: nuestras colecciones de jurisprudencia a menudo recortan el texto de las sentencias y, por lo tanto, no es posible la comparación con las sentencias extranjeras en clave de "caso": aquí tenemos la tendencia hacia textos doctrinales, allí hacia la solución de problemas concretos. De esto seguirá la batalla de Gorla contra los *omissis*, en la cual tuvo compañeros destacados como Andrea Torrente y Virgilio Andrioli, que fue también una batalla contra la abstracción jurisprudencial. Gorla, por lo tanto, configura el vol. II de "*Il contratto*" como un libro de texto e además hace el experimento de comenzar su curso universitario con ese volumen en lugar del I; el entusiasmo durará poco porque Gorla pronto se da cuenta de que la técnica del *casebook* no es exportable al ámbito didáctico (lo dirá claramente en la entrada "Diritto comparato" de la *Enciclopedia del diritto*), pero confirma que esta técnica muestra plena vitalidad en el ámbito científico; esto se debe a que la atención al caso jurisprudencial es atención a la vida, a los hechos, a la demanda de justicia y, por lo tanto, fuertemente afín a la visión de la comparación como contraste de soluciones dadas a los problemas. Aquí es necesario recordar la lección de Cesare Vivante, quien recorría las cancillerías de los tribunales en busca de documentos de la práctica que

[2] La "Constitutio Tanta" es una constitución imperial, promulgada el 16 de diciembre de 533 por el emperador Justiniano para promulgar el Digesto.

[3] En el derecho francés antiguo, una sentencia es una decisión solemne, adoptada por un tribunal soberano (en particular, el Parlamento), de aplicación general y vinculante para los tribunales inferiores en el futuro.

le mostraran los casos concretos de las sociedades en nombre colectivo y en comandita (lo recuerda Paolo Grossi en *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico* 1860-1950, Milán, 2000, a p. 53). Consolidada esta lección de Vivante en Ascarelli, en su raíz está la necesidad de partir del hecho de la vida, precisamente lo que lleva a Gorla a dedicarse a la composición del vol. II de "*Il contratto*". Así se cierra el círculo del enfoque metodológico de la obra, que había partido de la demanda de conocimiento histórico como historia de problemas. Una de las razones evidentes por las que el "método casuístico" de Gorla también se detuvo en "*Il contratto*" y no tuvo un verdadero seguimiento en la doctrina ni en la doctrina de derecho comparado ni en la doctrina de derecho interno, es que nuestros precedentes carecen del requisito de estabilidad que caracteriza a los precedentes en el *common law* y, por lo tanto, no son aptos como testimonios de la vigencia de normas jurídicas, que es precisamente el campo predilecto del "caso" en el *common law*. Este es un dato poco considerado por los defensores del moderno "derecho viviente", que no es el *lebendes Recht* de Eugen Ehrlich, sino una "figura ambigua", como la definió Francesco Santoro-Passarelli, negando su existencia (en *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi* [Ordenamiento y derecho civil. Últimos ensayos], Nápoles, 1988, p. 42), y que hoy se alimenta de asociaciones banales con el *common law*, en plena ignorancia de cómo se produce la jurisprudencia en ese ordenamiento. Del acceso directo y exclusivo a las fuentes y a los hechos de la vida —la lección de Gorla— a las fuentes de segundo o tercer grado y a los conceptos; de una actividad científica para especialistas a la comparación libresca. Sin embargo, el ejemplo de Gorla ha servido para sugerir la producción de libros de texto titulados "Casos y materiales" en muchos campos del derecho, así como libros de texto que dedican una mayor atención a las fuentes jurisprudenciales que el simple pie de página. Nada que ver con el objetivo original, pero un desarrollo útil para la didáctica y la comprensión del derecho. "Il contratto" es un *unicum*. Aplaudo al editor y a los curadores de esta reedición, a la que he tratado de contribuir delineando algunos aspectos de la obra a modo de urgente invitación a su lectura.

Maurizio Lupoi

EL CONTRATO

I

PLAN DE LA OBRA

I. EXPOSICIÓN GENERAL
II. CASUÍSTICA Y PROBLEMAS

GINO GORLA

Profesor Ordinario de Derecho Privado en la Universidad de Pavía y de Derecho Privado Comparado en la Universidad de Alejandría.

EL CONTRATO

PROBLEMAS FUNDAMENTALES TRATADOS SEGUN EL METODO COMPARATIVO Y CASUISTICO

Traducción y notas de comparación y adaptación al Derecho español, por

JOSE FERRANDIS VILELLA

Doctor en Derecho. Profesor Adjunto de Derecho Civil en la Universidad de Madrid

I

EXPOSICIÓN GENERAL

BOSCH, Casa Editorial — Urgel, 51 bis — BARCELONA

Título de la edición original:

IL CONTRATTO

(Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico)

Milano, Dolt. A. Giuffré, Editore, 1955.

INTRODUCCIÓN

Conviene hacer alguna aclaración acerca del subtítulo de este libro (que es su verdadero título): Curso desarrollado según el método comparativo y casuístico.

No puede negarse que flota en el aire un vago sentimiento de insatisfacción frente a nuestros métodos de estudio y de enseñanza del Derecho. Este sentimiento, si no me equivoco, viene determinado por una necesidad de concreción, que no es, en fin de cuentas, sino una necesidad de revisar aquellos métodos en lo que tienen de excesiva abstracción, construcción conceptual y generalización, entre cuyos pliegues se esconde también una cierta herencia del iusnaturalismo.

Para satisfacer esa necesidad de concreción parece que ha de ser útil un método comparativo y casuístico; términos éstos que requieren alguna aclaración.

La comparación se emplea en este trabajo como medio para un más recto entendimiento de nuestro Derecho positivo, como problema inmediato, práctico y contemporáneo (aparte de la utilidad que pueda tener también para la comprensión de otros sistemas).

Utilizada en esta función de método, la comparación no puede confundirse con el Derecho Comparado como información sobre otros sistemas jurídicos; ni puede agotarse en un mero poner de relieve las diferencias y las semejanzas; sino que consiste en indagar las razones de unas y otras, el porqué de las particularidades o peculiaridades y la forma en que todo ello pueda llegar a insertarse dentro de un fenómeno jurídico de carácter más general.

Desde este punto de vista, la comparación, en cuanto método, no es sino historia puesto que trata de comprender cómo se explica el fenómeno jurídico, cómo se diferencia, cómo se particulariza en cada ordenamiento, en su evolución histórica y en sus relaciones con otros ordenamientos. Si es cierto, al decir de Maitland, que "history involves comparison", *se podría observar que la frase es cierta también expresada en sentido inverso. Utiliza la comparación quien para comprender el propio Derecho contemporáneo toma en consideración el Derecho de las épocas anteriores que presentan cierta relación de continuidad con él; igualmente, si para aquellos fines acude a la comparación con sistemas jurídicos de otros países,*

debe tener en cuenta el desenvolvimiento histórico de éstos. Así, siguiendo el proceso de las evoluciones y de los contrastes, se comprenden mejor los caracteres, las actitudes y las soluciones concretas de un determinado ordenamiento jurídico; se advierte lo que es general o común a varios ordenamientos, países o civilizaciones y el porqué de esta generalidad; se descubre lo que es peculiar para nosotros o para los demás y el porqué de tal peculiaridad. Es éste un camino para comprender mejor tanto el espíritu de cada sistema como el espíritu general de la civilización a que pertenezcan los distintos sistemas examinados.

La comparación, como método histórico-comparativo de estudio y de enseñanza de un determinado Derecho, es un potente reactivo: suscita ideas y enciende luces inesperadas. Así, por ejemplo, ciertos puntos oscuros de nuestra teoría del contrato se iluminan gracias a la comparación.

Mas, en cuanto estudio de lo individual o Historia, este método no es solamente un medio de comprensión; es además uno de los mejores correctivos de nuestra excesiva tendencia a las abstracciones y generalizaciones. En la comparación, al mismo tiempo que se revisan las generalizaciones apresuradas, saltan a la vista y se desechan las simples cuestiones nominalistas que tanto nos preocupan y, junto con ellas, ciertas formas de latente iusnaturalismo que es a menudo el origen de aquellas abstracciones o generalizaciones. Se desvanecen ciertas leyendas, según las cuales la solución de un problema o su mismo planteamiento se presentan como "lógicos" o como los únicos posibles, con las correlativas deducciones "lógicas" (en perjuicio, quizá, de la justicia); y se desvanecen porque se advierte que son posibles otros caminos, otros planteamientos, otras soluciones, y que aquélla es solamente una particularidad histórica, debida tal vez a razones de ambiente o a ciertas técnicas especiales.

Precisamente porque se trata de un método para entender nuestro Derecho, no encontrará el lector en este libro el Derecho comparado en el sentido de información; ni tampoco una comparación con todos los sistemas, sino solamente con algunos de ellos, con aquellos que más acusadamente parecen ofrecer aquel carácter de reactivo y de correctivo. Desde este punto de vista y con tales fines, acudiremos al common law *al estudiar nuestro sistema (el llamado* civil law*) y al* civil law *al estudiar el* common law.

El término "método casuístico" requiere asimismo una aclaración.

No viene empleado en el sentido peyorativo que se da a la pa-

labra "casuística" en la Moral o en el Derecho cuando se quiere aludir a aquellas mentalidades o sociedades que, incapaces de elevarse a los principios y de expresarlos, se agotan y se pierden en desordenadas soluciones de casos concretos.

No he encontrado un término más adecuado para designar el método que estudia los problemas del Derecho en el caso concreto. Se trata de rehacer o reproducir en nuestra mente, y especialmente en la del estudiante, el proceso mental que conduce a jueces y legisladores (también éstos proceden por esta vía, quizá por lentas e inconscientes sedimentaciones de casos concretos) a formular abstracciones de reglas y de principios para descender de nuevo, en un cambio o círculo continuo, al problema del caso concreto. Se trata de ver cómo las reglas y los principios, es decir, los hombres que utilizan unas y otros, se acomodan, se adaptan, se modifican frente a este problema que no es sino el problema de la justicia, históricamente condicionada. Y, para mejor comprenderlo, se trata además de ver cuáles son las actitudes de los distintos sistemas jurídicos adoptados como término o método de comparación, sistemas que verdaderamente no se comprenderían si no se viera en qué forma actúan en el caso concreto.

En este sentido, el "método casuístico" se combina con el comparativo; y, como éste, a la vez que sirve para el mejor entendimiento, vale también como correctivo de las aludidas tendencias a las excesivas abstracciones y generalizaciones y al encubierto iusnaturalismo conceptual. En efecto, estas tendencias o teorías han de poder resistir a la prueba de la concreción, es decir, han de poder ser aplicadas a casos concretos y han de servir para justificarlos y explicarlos. Por ello, para que el método casuístico cumpla esta función y puesto que las generalizaciones se suelen hacer sobre los casos más comunes, frecuentes o típicos, convendrá elegir dentro de la casuística casos atípicos o fuera de lo corriente, pero siempre tomados de la realidad.

El método en cuestión sólo en parte corresponde al case-method *americano (del cual ya he tenido ocasión de ocuparme en* Riv. dir, comm. *1950), tanto porque entre nosotros, al menos formalmente, el caso judicial no tiene valor de precedente o fuente del Derecho, como porque aquel método desempeña una especial función frente a nuestro hábito mental de hacer abstracciones y generalizaciones. Con todo, en el primer aspecto conviene no olvidar que el* common law *es un derecho de formación judicial; de manera que al acudir a este sistema como término de comparación es necesario presentarlo también como casuística (en el sentido indicado).*

Pero, más que insistir en la descripción del método comparativo y casuístico, convendrá ofrecer un ensayo o un primer paso de él; eso es lo que se intentará en este libro, respecto a uno de los temas más importantes o centrales del Derecho civil.

El método no es nuevo, o al menos no lo son sus componentes; si alguna novedad hay en él consiste en la combinación de éstos y en la acentuación del método mismo. En verdad, los métodos histórico-comparativo y casuístico siempre se han utilizado y se utilizan, más o menos, incluso por aquellos que siguen el antes aludido método "lógico" basado en las abstracciones y en las generalizaciones, método en el que también hay siempre una actitud compleja; es raro encontrar entre ellos algún autor (salvo los neófitos o los fanáticos) que no haga de vez en cuando alguna consideración histórica, comparativa y casuística, sin contar a aquéllos, no muchos, que buscan en la historia pura (prescindiendo de la comparación) la explicación de las instituciones jurídicas.

Por otra parte, como veremos, al método "lógico" ha de reconocérsele cierta legitimidad con tal de que se le mantenga en su verdadero puesto; también este método será utilizado (esperamos que manteniéndolo lo más posible en su puesto) en este libro.

El case-method, *como medio de estudio y de enseñanza, se emplea en los países de* common law, *especialmente en los Estados Unidos; se emplea también en esos países dentro del campo del Derecho comparado, pero más como medio de informar sobre el sistema jurídico de los otros países que para entender el propio; y se emplea este método en forma pura, es decir, sin el acompañamiento de un complicado aparato de carácter histórico y sistemático que, por el contrario, parece necesario, como algunos han observado, para entender los casos concretos de un sistema extranjero o el Derecho extranjero aplicado al caso concreto.*

Si alguna novedad hay, pues, en este libro, consiste en no desconocer los méritos del desarrollo lógico-sistemático del pensamiento y en combinar este desarrollo con los métodos histórico-comparativo y casuístico, utilizados acentuadamente como medios para un mejor entendimiento de nuestro Derecho positivo y para corregir al otro método en lo que tiene de exceso de abstracción y de generalización.

En este último aspecto, se encontrará en el presente libro una lucha a fondo, algunas veces con acentos polémicos, contra ciertas abstracciones, generalizaciones o construcciones conceptuales (v. § 4 al final y § 24, b). *Pero, para que no se me considere un extremista, quisiera poner las cosas en claro; quisiera decir que*

yo reconozco plenamente la legitimidad de las abstracciones, de las generalizaciones y de las construcciones conceptuales, en cuanto corresponden a ciertas necesidades del espíritu (al menos para nosotros, los juristas de países de civil law, *que estamos habituados a razonar de este modo), necesidades tales como el orden, la sistematización, el desarrollo lógico del pensamiento, su disciplina. Yo mismo he utilizado ampliamente en el presente libro este método, al que, para entendernos, podremos designar con el término más o menos adecuado de método "lógico", tratando, eso sí, de mantenerlo dentro del campo de la satisfacción de aquellas necesidades.*

Pero siempre queda en pie que el llamado "método lógico" es solamente uno de los métodos para aproximarse al fenómeno jurídico, para aprehenderlo o, mejor, para hacerlo más aprehensible. Pero cuando saliendo del campo de la satisfacción de las mencionadas necesidades del pensamiento, se hace de éste el único método, el "método" por excelencia o "la ciencia del Derecho", como desgraciadamente ha ocurrido a menudo entre nosotros, entonces tal método degenera y no tardan en manifestarse sus perniciosos efectos, que saltan a la vista para quien no quiera negarse a verlos.

Lo cierto es que entre nosotros la tendencia a las abstracciones y a las generalizaciones no sólo responde a aquellas necesidades del espíritu sino que tiene hondas raíces históricas, que a lo largo del presente libro he tratado de identificar en las codificaciones y en el vasto movimiento racionalista que las precedió y acompañó, así como en ciertas actitudes de las escuelas del Derecho romano (considerado, en cuanto método, como el Derecho por excelencia), en ciertas influencias escolásticas y en las escuelas del Derecho natural: elementos todos que han contribuído a dejarnos una herencia o un cierto hábito mental, más bien inconsciente. O sea, el hábito de justificar y por ende de crear, con la razón abstracta y con la fe en su capacidad constructiva, los conceptos jurídicos (así, por ejemplo, el concepto de contrato) para después extraer deducciones de ellos.

Con ello han venido subrepticiamente a mezclarse con el llamado "método lógico" o necesidad de desarrollo lógico del pensamiento, las tendencias a las deducciones (sacadas de las abstracciones) y a cierto iusnaturalismo ambiguo y encubierto; y la mezcla ha llegado a convertirse en una maraña verdaderamente inextricable.

En efecto, cuando en un determinado Derecho positivo se encuentra una característica o un concepto que simpatiza con la razón abstracta y que por ello se presenta, tal vez en unión de ciertas ideologías, como susceptible de generalización, se le hipostatiza y

generaliza en una teoría general del Derecho. Ésta llega a convertirse así en una especie de Derecho natural, arropado en conceptos, clases, sistematizaciones; con lo que el Derecho natural (inconscientemente) viene a ser precisamente aquel concreto Derecho positivo cuyos caracteres y cuyo espíritu se han transformado en una teoría general del Derecho. Como ejemplo basta tener en cuenta los vanos esfuerzos de Salmond, en su Jurisprudence, *para encuadrar el* common law *dentro del conceptualismo o teoría general del Derecho (construída sobre la base del Derecho continental o* civil law); *o las igualmente gratuitas afirmaciones según las cuales el requisito de la función económico-social o de una cierta tipicidad del contrato y, en general, del negocio jurídico, es una exigencia propia de todos los sistemas jurídicos (v. infra § 19, nota 4 y § 35, nota 18).*

Los ejemplos podrían multiplicarse.

Por ese camino se llegaría a la siguiente alternativa: o aquella teoría general del Derecho es falsa, en sus pretensiones de generalidad, o el common law *no es Derecho. En otros términos: aquélla sería Derecho natural y éste sería un arbitrario Derecho positivo desviado de la razón.*

Y semejante teoría general no sólo peca de exceso de generalización cuando se la pone en relación con otros sistemas jurídicos, sino también dentro de un determinado Derecho positivo. Así se ha podido llegar, a través de aquella simpatía con la razón abstracta, a generalizar, creando confusiones, los caracteres de una determinada institución jurídica más importante según cierto punto de vista, extendiéndolos a otras instituciones aparentemente similares por determinados rasgos elegidos de antemano, pero menos importante que aquélla, según el mismo punto de vista, y viceversa; véase, por ejemplo, la teoría general del negocio jurídico, en la que se extienden y generalizan ora los caracteres y las reglas del contrato, ora los de otros actos, a veces según la inspiración de una ideología predeterminada: v. infra §§ 6 y 19, especialmente la nota 14.

Que sea interesante e incluso útil llegar a una teoría general del Derecho y, concretamente, a la teoría general del negocio jurídico o a otras semejantes, no lo discuto. Pero no por ese camino ni con esa mentalidad. Antes habría que hacer una amplia y profunda investigación histórica y de Derecho comparado (como método) y una investigación de la práctica y de la casuística comparada (en el sentido antes indicado); y habría que indagar las razones de lo particular y de lo común o general, teniendo en

cuenta todos los datos de esta amplia experiencia, sin descartar ninguno de ellos por el solo hecho de que no cuadrara con ciertas teorías preconcebidas, con ciertos hábitos mentales adquiridos por herencia, por simpatía y tal vez por pereza. He aquí una obra gigante y todavía por hacer, frente a la que parece una gota de agua la modesta contribución del presente trabajo.

No es un defecto pequeño de nuestros libros de instituciones el que en su parte general, que en definitiva viene a ser un esbozo de teoría general del Derecho, no se aluda para nada a un sistema jurídico de importancia mundial, por lo menos de tanta importancia como nuestros sistemas — me refiero al common law *y a sus peculiaridades — dejando creer así al estudiante que los conceptos generales que se le brindan tienen un valor universal. Si se objeta que tanto nuestros libros de instituciones como otros textos responden a concretas exigencias de carácter escolar y práctico y, como tales, no pueden contener referencias a lo general, entonces que se renuncie a poner al frente de estos textos una parte general con aquel carácter y que no se haga en ellos más que una exposición de las reglas del Derecho positivo, dejando en manos de los jóvenes o del lector la tarea de razonar sobre su valor más o menos universal.*

Con una teoría general o con teorías generales hechas de esta guisa, e incluso con los más modestos métodos de abstracción y construcción, se va oscureciendo en la formación de nuestros jóvenes el sentimiento del Derecho como fenómeno histórico o como evolución histórica, que — múltiple en la unidad — se individualiza, se particulariza en problemas concretos de tiempo y de lugar e incluso de caso real, y en las razones históricas de su solución. Y degenera asimismo aquella noble actividad jurídica de los estudiosos y de los prácticos que consiste en reproducir en nuestra mente el proceso que ha dado lugar a aquellos problemas concretos, a su planteamiento y a su solución. Quizá sea éste otro de los motivos que determinan ese sentimiento de insatisfacción a que aludíamos al principio de esta Introducción; quizá sea también la razón de la tan lamentada separación o abismo entre teoría y práctica a que hemos llegado.

* * *

Al llegar aquí, debo decir que este libro ha sido concebido para un triple destino: como curso de Derecho civil desarrollado según el método histórico-comparativo y casuístico; como curso de De-

recho comparado en sentido estricto; y como tratado, o sea para que pueda servir también a los prácticos. En este último aspecto, el modo de usarlo depende del lector, que puede incluso abandonar su lectura si lo encuentra insignificante. Sin embargo, confío en que el libro pueda resultarle útil, no sólo por cuanto de estrictamente práctico deriva del índice analítico-alfabético, sino también porque todo el desarrollo del vol. I ha sido hecho para desembocar en la discusión de los casos concretos reunidos en el vol. II; y en todo caso, porque ya sería un buen resultado para el práctico el que este libro llegara a tener un efecto liberador, es decir, que lograra liberarle de ciertas "teorías" que le impiden ver las cosas como él mismo siente que, sencillamente, se pueden y se deben ver.

Si el libro se destina a un curso de lecciones, hay que tener en cuenta que al escribirlo se ha querido concentrar la atención en el vol. II, en el sentido de que el vol. I está hecho más que nada para ser leído como introducción y comentario al vol. II o como orientación para el estudio y la discusión de los casos reunidos en éste. En todo caso, el profesor sabrá reducir o abreviar el contenido del primer volumen, hacer cortes en él, elegir los casos en el segundo e introducir las oportunas adaptaciones, según la orientación que quiera dar al libro (Curso de Derecho civil anual o bienal, o bien Curso de Derecho comparado, en sentido estricto).

Todo "Curso" redactado por otro requiere adaptaciones de esta índole. Por lo demás, el libro, dado su método que consiste ante todo en plantear problemas y bases de discusión, bien puede ser adoptado incluso por quien no comparta las opiniones expresadas en él.

También nos anima la esperanza de que este libro ofrezca algún interés para los juristas de otros sistemas, especialmente para los del common law, *aunque no sea más que el interés que ofrecen siempre las cosas propias vistas por ojos ajenos.*

Ciertamente, un libro que se propone tan múltiples fines ha de estar inevitablemente expuesto a errores y defectos; conviene pues que el lector lo tenga en cuenta y no lo tome a mal.

* * *

Para alcanzar esos distintos fines se ha elegido un tema central, el contrato, y dentro de él — de suyo demasiado amplio — el tema de los requisitos esenciales para una acción contractual, como se pone de manifiesto en los Preliminares (v. infra § 1). Dado su carácter central y casi irradiante, creo que el tema será

adecuado, incluso a los fines del Derecho comparado en sentido estricto, para mostrar el espíritu del otro sistema jurídico, el common law, *y para suscitar el interés de profundizar también en él en relación con otras materias.*

En un curso de Derecho civil, me parece que el tema elegido puede servir para mostrar al estudiante con cuánta fatiga se ha llegado en los diversos sistemas jurídicos a elaborar ese concepto de contrato y de acción contractual que hoy parece casi natural. A este propósito, insisto, y para evitar esta apariencia de "naturalidad", el libro pretende más que ofrecer soluciones dar el sentido del problema y de su distinta evolución histórica.

Se trata también de averiguar qué es lo que ha permanecido en los diversos sistemas jurídicos de las primitivas dificultades para el reconocimiento del contrato o de la acción contractual y de los expedientes para superarlas; si existe una razón aceptable para tal permanencia y si en el Derecho moderno y contemporáneo se han creado o se van creando o transformando los límites a tal reconocimiento. Lo que constituye, en definitiva, el problema moderno del contrato.

Puede suceder que, llegado al final del libro, alguno se incline a la conclusión de que una verdadera y propia acción contractual pura solamente existe en el sistema del contrato formal, cuando la forma se convierte en mero indicio de la voluntad clara y decidida de contraer un vínculo jurídico. En los demás casos la responsabilidad contractual no se encontraría en estado puro; de donde resultaría que "responsabilidad y acción contractual" serían conceptos clasificadores, cómodos, orientadores y útiles, pero siempre un poco arbitrarios y cuantitativos, como toda tentativa de trazar una línea divisoria allí donde existen matices, gradaciones y zonas de transición.

Si esto fuera cierto, la crisis del contrato, de la que tanto se habla, estaría en la crisis o en el abandono del principio formal.

ADVERTENCIAS

1. SOBRE EL TÉRMINO "CIVIL LAW". — *Con este término aludimos a aquellos sistemas jurídicos que parecen pertenecer a una misma familia y a los que también suele aplicarse el nombre de "Derecho continental". Hemos preferido el término* "civil law", *usado en los países de* common law *(v. § 25), porque la denominación "Derecho continental" no parece apropiada; en cambio la que adoptamos alude a la influencia romana y a la especial evolución de estos sistemas (hoy codificados) en oposición al* common law. *Por otra parte, traducir literalmente* "civil law" *por* jus civile *o por "Derecho civil" podría dar lugar a confusiones.*

2. SOBRE LA FORMA DE CITAR LOS CASOS EN EL VOL. I. — *Los casos reunidos en el segundo volumen se citarán en el primero por los nombres de las partes o, para mayor brevedad, sólo por el nombre del actor. El lector podrá encontrar el caso así citado consultando el índice alfabético de casos que figura en el vol II. Puede suceder que, tratándose de un grupo de casos que se refieran todos a una determinada materia, se haga simplemente remisión a la "casuística". Ello significa que tales casos se encontrarán dentro del título, capítulo o sección del vol. II que traten de la materia en cuestión.*

3. SOBRE LAS NOTAS A PIE DE PÁGINA. — *El lector deberá prestar especial atención a estas notas. A pesar de los inconvenientes que presenta este expediente, lo hemos adoptado por las ventajas que, por otra parte, ofrece, tales como las de no interrumpir el discurso y de abreviar la obra.*

4. *Por obvias razones prácticas, la separación de las sílabas a final de línea en las palabras extranjeras ha sido hecho según nuestro modo.*

Advertencias del traductor

Deliberadamente, estas advertencias han de ser muy breves. Prescindo de una presentación de Gino GORLA *que sería doblemente improcedente, de una parte por la sobradamente conocida dimensión de su personalidad como jurista y como universitario, y de otra por mi falta de títulos para hacer tal presentación.*

Tampoco creo que haya lugar a unas palabras de presentación de la obra. Lo que en ella hay de innovador, ya que no de revolucionario, queda magistralmente expresado por el propio autor en la Introducción. Para los juristas españoles creo que ha de ofrecer interés un libro en

el que la comparación no se queda en pura referencia complementaria, sino que se la eleva a la categoría de método. Pero lo más interesante es que esta comparación se haga no entre sistemas jurídicos pertenecientes a una misma familia sino entre los dos grupos en que la llamada civilización occidental aparece dividida en punto a las concepciones jurídicas privadas. Si tal comparación se hiciera con la pretensión de ir señalando analogías y coincidencias sería completamente estéril y se quedaría en una pirueta, amenazada siempre por el peligro de una ridícula caída. Pero no es a aquello a lo que tiende sino que, combinada con un ingrediente histórico, la comparación con los sistemas angloamericanos tal como se la hace en este libro trata de servir para un más profundo conocimiento de nuestro sistema a la vez que para comprender de qué manera se puede llegar a iguales o parecidos resultados a través de otros caminos. Un sereno examen de conciencia llevará después a la conclusión de que unas veces es mejor el camino que seguimos nosotros, mientras que otras veces habremos de reconocer que los otros pisan un terreno más firme. Pero, en todo caso, el llegar a comprender que no hay un único camino sería ya por sí solo un provechoso resultado.

El método casuístico viene a completar el acierto de este libro. Sin él, la comparación no pasaría de ser un contraste entre dos legislaciones, o entre dos grupos de ellas. Pero ya ha advertido Legaz Lacambra que "la ciencia del Derecho comparado puede tener como objeto la legislación comparada, con la única condición de saber o dar por supuesto que la legislación no es la realidad jurídica integral y auténtica". En busca de esa verdadera realidad, en ningún sitio puede encontrársela mejor reflejada que en las decisiones jurisprudenciales. En ellas, además, se puede advertir el exacto alcance de muchas pretendidas concordancias entre dos ordenamientos, que a la hora de aplicar las normas revelan si no una discordancia sí una apreciable diferenciación.

Al redactar las notas de adaptación no he tratado de trasladar a nuestro Derecho toda la argumentación desarrollada en el texto. Me he limitado a indicar lo que puede considerarse como una peculiaridad de nuestro sistema y a recoger las más valiosas aportaciones de nuestra doctrina y las direcciones seguidas por nuestra jurisprudencia, en relación con los problemas estudiados en el texto. A poco que se profundice en la lectura de la obra, se comprenderá por qué me he limitado a anotar los parágrafos correspondientes a la primera parte del libro, es decir, los que estudian la evolución de la obligación contractual en el civil law. *No hubiera sido procedente acometer en mis notas una comparación con el* common law; *a esto es a lo que tiende el libro, y por mi parte bastaba con señalar al lector las peculiaridades que nuestro Derecho ofrece dentro del sistema del* civil law, *tal como se le describe y estudia en el texto. Con esto, ya puede confiarse plenamente a la comparación entre los dos sistemas que se hace en el texto.*

Las mismas advertencias que formula el autor sobre la utilización del término civil law *justifican que tampoco en esta traducción se haya tra-*

tado de buscar una expresión distinta, que hubiera sido forzosamente equívoca. Con mayor razón se mantienen las expresiones técnicas inglesas que, por la misma diferencia de mentalidad jurídica y de sistema, resultan intraducibles.

En cuanto a la forma de citar los casos resueltos por nuestro Tribunal Supremo, al no ser usual entre nosotros la cita por los nombres de las partes ha habido que citar simplemente las fechas de las sentencias. En el vol. II, y a continuación del índice alfabético de los casos, figurará un índice cronológico de las sentencias de nuestro Tribunal Supremo con indicación de las páginas de los volúmenes I y II en que tales sentencias aparezcan mencionadas o comentadas.

Para el lector que desee ampliar su información acerca del common law *y que para ello prefiera utilizar trabajos escritos en lengua española, será de gran utilidad el trabajo de Ossorio Morales,* La doctrina de la "consideration" en Derecho contractual inglés, *Granada, 1932 (publicado también en los* Estudios de Derecho Privado *del mismo autor, Barcelona, 1942, págs. 9-77) y el de Cossío,* La concepción anglosajona del Derecho, *en Revista de Derecho Privado, abril 1947, págs. 233-254.*

Sin ser una obra dedicada al estudio del common law, *los* Fundamentos de Derecho Civil *de Puig Brutau representan una valiosa aportación de nuestra doctrina al conocimiento del Derecho angloamericano, al que este autor hace abundantísimas referencias en contraste con la escasa atención que nuestros tratadistas suelen dispensar (por razones explicables) al sistema del* common law. *Especialmente interesante, en relación con los temas estudiados en el presente libro, es el tomo II, vol. 1.º de la citada obra, dedicado a la* Doctrina General del Contrato, *Barcelona, 1954.*

Desde 1953, el Instituto de Derecho Comparado de Barcelona publica una Revista *y dos series de* Cuadernos: Cuadernos de Derecho francés *y* Cuadernos de Derecho angloamericano. *Especialmente en estos últimos encontrará el lector una interesante sección doctrinal y abundantes comentarios comparativos, notas de jurisprudencia, bibliografía, información, etc., sobre el* common law.

Por último, quisiera expresar mi satisfacción por verme asociado de alguna manera a la labor que ha dado como resultado esta obra. Confío, además, en que las excelencias del libro compensen las deficiencias de la traducción y de mis notas de adaptación.

J. F. V.

Madrid, noviembre de 1957.

I

LA EVOLUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL EN EL «CIVIL LAW»

§ 1.

Preliminares

a) *Objeto del curso: el contrato obligatorio.*

Objeto de nuestro curso es el estudio de la evolución de la obligación contractual en el llamado Derecho continental o "*civil law*" y en el "*common law*".[1] Por lo tanto, no empleamos aquí el término "contrato" en el amplio significado que tiene en el *civil law* (sistemas latinos), es decir, en la acepción que comprende tanto el contrato obligatorio como la convención que transfiere, constituye, extingue o modifica derechos patrimoniales (acto dispositivo en sentido amplio). Empleamos el término "contrato" en el significado más restringido de convención o acuerdo que engendra obligaciones: es decir, en el sentido de promesa, que es el sentido propio del término "*contract*" en el *common law*. Con todo, dada la fusión o la confusión que frecuentemente existe en el *civil law* (sistemas latinos) entre el contrato obligatorio y el acto dispositivo (en sentido amplio), no siempre será fácil mantener la distinción; uno de los capítulos se dedicará al contrato en ese segundo sentido y al acto dispositivo en general (comprendida la renuncia), ya que este último presenta problemas análogos a los del contrato obligatorio y que pueden ayudar a comprender su evolución.

1 Sobre el significado del término *civil law* y sobre las razones por las que lo hemos adoptado, v. las *Advertencias*.

b) *El problema fundamental del contrato obligatorio: dificultades para sancionar la simple promesa o pacto nudo; razones prácticas de estas dificultades.*

La historia de cualquier sistema jurídico revela con cuántas dificultades se ha llegado a admitir la idea de que de una promesa pueda derivar una obligación en sentido jurídico, es decir, de que tal promesa pueda, utilizando la terminología del *common law*, llegar a ser "*enforceable*" (*actionnable*, en francés; *jurídicamente sancionada*, en nuestro idioma).

Hoy esta idea se nos ofrece como algo "natural". Pero ha sido necesario un largo proceso histórico hasta poder llegar a ella.

En realidad, el problema fundamental del contrato obligatorio o de la promesa es el siguiente: ¿sobre la base de qué condiciones o requisitos engendra obligación una promesa, en un determinado sistema de Derecho positivo? ¿Basta con el llamado "nudo consentimiento"? ¿Dentro de qué límites produce obligación la promesa o hasta dónde se extiende la responsabilidad del promitente en cuanto tal? Problema que comprende también el de la aceptación de la promesa; en efecto, también la aceptación forma parte de aquellos requisitos y, como tendremos ocasión de ver, se configura distintamente y presenta distinto contenido y significado en cada uno de los sistemas jurídicos (v. § 17).

En principio, la mentalidad jurídica primitiva o no plenamente desarrollada solamente ve una fuente de obligación en la forma como ceremonia dotada de una especie de valor mágico e incluso religioso; o bien concibe como delito el hecho de cumplir mal o de no cumplir una promesa: dolo, fraude, *tricherie, deceit* (en el *common law*), hurto, daño en los bienes o en la persona de otro, etcétera. De acuerdo con esta segunda concepción, en lugar de una acción contractual se concede una acción *ex delicto*. El caso presentado ante el juez ha de ofrecer los caracteres de un delito; de no ser así, la promesa no formal no puede ser sancionada. Incluso el Derecho romano hubo de atravesar esta fase.

Es más, aun después de superada esta mentalidad primitiva y aun después de admitirse que del hecho de haber prometido algo pueda derivar una obligación (en sentido jurídico), quedan siempre pertinaces y no del todo injustificadas resistencias a admitir que de cualquier promesa no formal pueda derivar una obligación.

Resistencia nacida, en parte, de la tradición y de las formas de procedimiento (espíritu conservador que se manifiesta especial-

mente en el campo procesal): recuérdense el sistema procesal romano y las "*forms of action*" del *common law* (v. infra § 26).

Pero existen, además, otras razones prácticas muy importantes que pueden justificar esta resistencia:

1.° La dificultad de saber, en presencia de una promesa no formal y desprovista de contenido típico o usual, si el promitente ha querido verdaderamente contraer una obligación en sentido jurídico o mantenerse simplemente, por el contrario, en el campo de las relaciones sociales o morales (v. nota en apéndice al presente parágrafo).

2.° Las dificultades que surgen ante tal promesa para interpretar e integrar la voluntad de las partes estableciendo así, por vía de integración, reglas jurídicas aplicables. Dificultades que no existen cuando se trata de contratos formales o consagrados por el uso (contratos típicos o nominados).

3.° La dificultad de determinar si se está en presencia de un contrato concluído o, simplemente, de negociaciones previas.

Estos tres órdenes de razones responden a la necesidad de seguridad y certeza de las relaciones jurídicas. Para poder llegar, superando todas esas dificultades, a la sanción jurídica de cualquier contrato no formal (el llamado pacto nudo) se necesita haber alcanzado un grado de madurez y refinamiento en el método y en la técnica de la interpretación. Pero aun entonces, queda siempre un margen de incertidumbre que podría justificar la posición de aquellos sistemas jurídicos que todavía hoy se inclinan, más o menos decididamente, al principio formalista y a los métodos de interpretación estricta.

4.° La protección que la forma y el esquema de un contrato típico ofrecen frente a las decisiones precipitadas o poco ponderadas.

5.° En ausencia de la forma (vivamente sentida como fuente de obligaciones por sí misma, en virtud de la confianza que suscita y de la seguridad y certeza de las relaciones jurídicas que lleva aparejada) se siente a veces la necesidad de encontrar una razón que justifique la obligación, es decir que justifique la condena del promitente, independientemente del simple hecho de la promesa. Y se encuentra esta razón en el sacrificio que el destinatario de la promesa ha tenido que hacer para obtenerla o en el hecho de que haya tenido que dar o hacer algo a cambio (concepción genérica del contrato a título oneroso).[2] Tal razón, a la vez que justifica la

2 Como acertadamente señala Chevrier, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, París, 1929, p. 30-31, ya los intérpretes medievales de la

condena del promitente, pone de relieve su voluntad seria y efectiva de obligarse jurídicamente.

6.° Por último, no hay que perder de vista la escasa fuerza de que disponen los Tribunales, lo que les lleva a limitarse a sancionar los contratos formales y los típicos; razón que quizá cuenta también en el Derecho moderno, por lo menos en el sentido de que el esfuerzo necesario para administrar justicia o coste de la justicia, esfuerzo de la Sociedad y de los órganos judiciales, determina una resistencia a sancionar el pacto nudo, es decir, el convenio no revestido de forma o no dirigido a alguna finalidad práctica de cierto relieve.

c) *La* res *o* causa data (executed consideration) : *su función.*

Por su importancia en la evolución de la obligación contractual, merece una mención la llamada *res* o *causa data,* es decir, la prestación cumplida por una de las partes (la *executed consideration* en el *common law*). Tendremos ocasión de ver que tanto en el Derecho romano postclásico y justinianeo, como en el *civil law* de la Edad Media y en el *common law,* se requiere dicho elemento para la formación del contrato, especialmente en el contrato atípico o "innominado" (según la terminología propia del *civil law*).

En principio, parece que la función de esa "prestación cumplida" consista en engendrar más que una acción contractual una acción de enriquecimiento injusto, acción dirigida a obtener el *quid* convenido como contraprestación y considerada como *el medio*

época de Irnerio justificaban el requisito de la *datio vel factum* en los contratos no formales, con la siguiente razón de "equidad": "*Namque hoc ipsum, id est cogi aliquem, honus est, quicquid illud sit ad quod cogatur, neque congruit aequitatis rationi quemquam (h)onerari, nisi justa precedat oneris causa" (Questiones de juris subtilitatibus,* 1716, ed. Fitting, Berlín, 1896). Esta *ratio,* intuida por el autor de las *Questiones,* ha tenido gran importancia en la evolución histórica de la obligación contractual en los distintos sistemas jurídicos, por más que la "*datio vel factum*" o la "*res*" hayan quedado reducidas frecuentemente a un elemento simbólico y casi formal: v. infra § 3. Grozio, aunque en el ámbito del derecho natural, insiste en considerar como dos fuentes de obligaciones, en cierto modo concurrentes, el contrato y el enriquecimiento injusto. Así, en el contrato de compra-venta; un comprador — dice — que ha recibido la cosa, está obligado a pagar el precio en primer lugar, porque de no hacerlo así obtendría un enriquecimiento injusto, y en segundo lugar porque se ha obligado a ello por un contrato (Grozio, *The Jurisprudence of Holland* trad. Lee. Oxford, 1926, Libro III, Cap. I, núms. 9 y 20).

más adecuado para restablecer el equilibrio patrimonial roto por el enriquecimiento injusto. Pero, con el transcurso del tiempo, esa función se va desplazando hacia la idea del contrato. La idea base (ya en el Derecho justinianeo) llega a ser la de la *conventio*. El hecho de que a ésta le siga inmediatamente o después de algún tiempo el *cumplimiento* o la *aceptación* de una prestación tiene principalmente las dos siguientes significaciones:

1.ª Con ello se demuestra o se confirma la voluntad efectiva de concluir un negocio en sentido jurídico; esto tiene especial importancia en los contratos atípicos (aunque es probable que en el ambiente greco-oriental y en el Derecho justinianeo se extendiera incluso a contratos típicos, como la compraventa, el requisito de la ejecución unilateral o concretamente el de la entrega de arras). Quien, después de haber prometido o al tiempo de prometer, *acepta* lo que había *pedido* a cambio de su promesa, confirma de esta manera su voluntad de vincularse, aun en el caso de que antes de realizarse esta prestación pudiera resultar dudoso que el negocio fuera, en la intención de las partes, un negocio jurídico.[3] Por otra parte, quien realiza tal prestación demuestra que quiere cumplir lo convenido y que le merece una *concreta* confianza la promesa del otro (no solamente aquella confianza que consiste en la mera aceptación de una propuesta de contrato). Y quien, imponiendo y recibiendo la prestación, acepta esa muestra de confianza, revela a su vez la seria voluntad de someterse a la responsabilidad correlativa. Estas razones se fundan ya en la idea de contrato más que en la de enriquecimiento injusto.

Además, y tanto en los contratos atípicos como en los típicos, el hecho de que se cumpla y se acepte o reciba una de las prestaciones revela sin ningún género de duda que las partes han superado la fase de las negociaciones preliminares y han pasado a la fase de conclusión del contrato.

Acertadamente observa Savigny *(Le droit des obligations*, traducción francesa, París, 1873, § 75, II, p. 386 y 387) que la forma, en sus funciones de invitación a la reflexión y de indicio de la voluntad cierta de obligarse jurídicamente y de *concluir* el contrato, ha sido sustituída por la *res* (entrega y recepción) en los contratos reales y en los innominados, en los que se mezclan *res* y *consensus*.

3 Si lo que se ha convenido a cambio de la promesa es un *factum* que no requiere el concurso del promitente para recibirlo (por ejemplo: si encuentras al esclavo Stico), la no revocación de la promesa durante el tiempo previsible para el cumplimiento del *factum*, puede adquirir el mismo valor.

2.ª El hecho de dar y recibir el *quid* convenido, permite atenerse estrictamente a la idea de que ese *quid* ha sido *pedido* y *aceptado* como contraprestación o a cambio de la promesa, sin que se deban indagar los motivos, presupuestos u otros límites de la voluntad de obligarse. Tal hecho adquiere por ello un cierto valor formal (v. infra § 2, *b;* § 3, *b;* y § 31, para el *common law*). En relación con esto, sirve también para confirmar la equivalencia subjetiva de las prestaciones y para descartar la eventual exigencia de una comprobación de la equivalencia objetiva; en otros términos, con ello se elimina la cuestión de averiguar si existe una razón adecuada para condenar al promitente. A cualquier objeción del promitente sobre este punto se podría responder: "no sólo has exigido ese *quid* a cambio de tu promesa, sino que además lo has recibido y aceptado; por lo tanto, has de pagar". Lo cual tiene especial importancia en aquellos contratos en los que a la promesa corresponde una contraprestación consistente en un hacer que no tenga carácter típicamente económico.

En el fondo, toda esta concepción se combina con el método de interpretación estricta y con la tendencia al formalismo en general.

Todas estas funciones del cumplimiento unilateral o *causa data,* estrechamente enlazadas entre sí, hacen de ella uno de los elementos de formación del contrato (v. infra § 2, *b*; § 3, *a*; § 29).

Con todo, aun después de superada la fase en la que para la formación del contrato era menester haber realizado una prestación, ésta sigue conservando cierta importancia práctica. La conserva, por lo menos de hecho o en la *arrière pensée* de los jueces, incluso en el *civil law* moderno, cuando el juez ha de decidir si una donación *cum onere* debe ser cumplida o mantenida a pesar de no haberse observado la forma del documento notarial (v. infra § 17).

d) *La promesa no formal a título gratuito, el contrato innominado o atípico y sus relaciones con la donación, como problemas fundamentales del contrato.*

Como tendremos ocasión de poner de relieve, la promesa no formal a título gratuito y el contrato atípico constituyen en el fondo el eje en torno al que gira el problema de la obligación contractual y de sus requisitos de validez. En el *common law* el problema parece quedar limitado a la promesa no formal a título

gratuito. En el *civil law* se extiende también al contrato atípico o "innominado". Pero en realidad, como también hemos de ver, incluso en el *common law* resulta que las dudas y las cuestiones que han constituído para los jueces el elemento propulsor de la evolución de la idea del contrato como esquema general, se refieren a contratos atípicos o fuera de lo corriente. Además, en el mismo *common law* se presume la intención de contraer un vínculo jurídico en los contratos de cambio o *bargains* típicos; mientras que en los *bargains* atípicos, o no opera tal presunción, o lo hace con menor intensidad (v. la nota en apéndice a este § y los casos que en ella se citan: Rose and Frank y Balfour; v. también en el vol. II, *Casuística*).

En cierto modo, por último, también el contrato a título gratuito puede considerarse como un contrato fuera de lo corriente o atípico en sentido amplio. De manera que puede decirse que *el estudio del contrato atípico* (en sentido amplio, comprendiendo también el contrato a título gratuito) *es indispensable para entender la evolución histórica y la concepción moderna de la obligación contractual.*

NOTA: *Sobre la intención de contraer un vínculo en sentido jurídico.*

La "intención de contraer una obligación en sentido jurídico", a la que ya hemos tenido ocasión de aludir, merece un breve comentario. En parte, por las conocidas cuestiones en relación con este punto; en parte también porque, por las razones ya indicadas, sobre las que aún habremos de insistir, nuestro curso se dedica principalmente a los contratos atípicos y a los contratos a título gratuito, en los que el problema de aquella intención adquiere el máximo relieve.

"Intención de obligarse en sentido jurídico" no significa que el promitente tenga exacta conciencia de someterse a un determinado tipo de coacción jurídica, con todo su específico mecanismo técnico-procesal; ni de los efectos, ni de la extensión de la responsabilidad que el Derecho atribuye a la promesa, integrando la voluntad de las partes, más o menos sobre la base de la experiencia (sobre este último problema, v. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2.ª ed. Torino, 1950, p. 80, y los autores que cita; v. también el caso Perino-Rabezzana en vol. II). Y ello por indudables razones prácticas; de no ser así, ¡cuántas promesas serían nulas por falta de esa específica previsión! Se quiere simplemente decir que el promitente ha de tener la intención de obligarse en el plano jurídico, de someterse *en todo caso* a la correspondiente coacción (en sentido genérico) y no la de comprometerse solamente en el plano social o moral. Es ésta una distinción que incluso el profano entiende y practica sin necesidad de tanta sutileza. Como ya decía llanamente Pothier

(v. el pasaje citado infra en § 5, *b*), comentando un pasaje de Grozio, se trata de aquellas "promesas que hacemos con intención de obligarnos y de conceder a aquellos en cuyo favor las hacemos el derecho de exigir su cumplimiento". Y todo el mundo comprendía lo que quería decir con la alusión a ese "derecho".

En el campo de los negocios típicamente jurídicos, es decir, de los usuales o de los que según la costumbre de una determinada sociedad son considerados como normalmente jurídicos (los llamados contratos típicos), casi parece desaparecer aquella intención, absorbida por el elemento de la tipicidad. Pero no porque tal intención sea irrelevante, ni porque la función de la voluntad se reduzca a poner en movimiento un mecanismo jurídico (como en el caso del ceremonial primitivo); sino porque en el 99,9 por 100 de los casos existe la intención de obligarse en el terreno jurídico, ya que el hombre que vive en tal sociedad participa de su experiencia. Otro tanto se puede decir de las formas en uso (*stipulatio,* etc.). Si ese hombre no conoce la significación de tales actos, si vive alejado del mundo o es un extranjero, o si, contra lo que se acostumbra, quiere hacer la reserva de no asumir un vínculo jurídico, entonces surge una cuestión de responsabilidad como protección del otro contratante. V. § 14, *d,* a propósito del depósito de cortesía. Tal reserva debe ser absolutamente clara o expresa, y hacerse de forma que la otra parte se dé cuenta de ella por la misma conducta del promitente. (Sobre la admisión de esta reserva, v. Betti, *Negozio giur.* cit. p. 87; Anson, *Principles of the English Law of Contract,* 19.ª ed. Oxford, 1949, páginas 49-50 y el caso Rose and Frank-Compton, citado por él; Fuller, *Consideration and form, Columbia Law Review,* 1941, vol. 41, p. 811, nota 16 y los casos americanos que cita, en los que, tratándose de negocios típicamente jurídicos, se niega valor a la reserva expresa cuando el destinatario de la promesa tuviera razones para confiar en ésta, a pesar de dicha cláusula.)

El hecho de que se admita la reserva basta para reconocer relieve a la intención de obligarse en el plano jurídico o de no hacerlo; y para entender que, en definitiva, la tipicidad del negocio (como negocio jurídico) solamente da lugar a una especie de presunción de la existencia de esa intención, presunción que podrá destruirse con determinados medios. No creo, pues, que tal reserva tenga un valor meramente negativo (Betti, loc. cit.).

En un sistema jurídico (como, por ejemplo, el del Derecho romano clásico) que solamente admita contratos típicos, generalmente contratos reales y de cambio, y contratos formales, la intención de obligarse todavía parece más absorbida por la importancia atribuída al tipo o a la forma. Pero sólo aparentemente (v. infra § 2, *a,* y lo que allí diremos sobre las razones de la tipicidad de los contratos romanos).

Pero donde adquiere toda su importancia la intención de obligarse en el plano jurídico es en los contratos atípicos y en las promesas a título gratuito; en ellos no puede operar la presunción antes aludida

(v. el caso Balfour-Balfour en el vol. II, para el *common law*). Y no cabe duda, pese a ciertas teorías muy extendidas entre nosotros, de que tales contratos se admiten en el *civil law* moderno, como por lo demás en otros sistemas (v. § 2, *b*, *d*; § 3, *a*; § 5, *b*; §§ 10-13 y especialmente el § 14).[4]

Por otra parte, la cuestión de la existencia de la intención de obligarse se plantea a menudo incluso en los contratos típicos: por ejemplo, para distinguir la oferta o propuesta contractual de la oferta no vinculante o mera iniciativa para celebrar el contrato (la primera vincula si es aceptada en tiempo oportuno, o inmediatamente si era irrevocable; tanto es así que los autores de *common law* la llaman *promise*). Lo mismo puede decirse en cuanto a la obligatoriedad de las promesas unilaterales, que generalmente se niega en vista de la "dificultad de distinguir la obligación firme de la oferta o de la promesa todavía en el aire" (Saleilles, *Étude d'une théorie gén. de l'obligation d'après le premier projet du code civil pour l'Empire Allemand*, 2.ª ed. París, 1901, n. 142; Demogue, *Traité des obligations*, París, 1923, I, n. 18). Ya Pothier, *Traité de la vente*, n. 476, se había hecho cargo del problema a propósito de la promesa unilateral de venta. Es el caso famoso de la *option*, que tantas dudas suscita dentro del *common law* (v. infra §§ 16 y 28). Y lo mismo para la fianza, en la que el requisito de la voluntad expresa (art. 2.015 Cód. francés; 1937, Cód. civ. ital.) no significa sino la exigencia de una clara intención de responder en el plano jurídico y no simplemente en el orden de las relaciones morales, de honor, etc. (V. en este sentido Demogue, op. cit. I, n. 173, que ve en tal exigencia un requisito de forma dirigido a hacer constar dicha intención). Para el caso de las promesas a título de propaganda, v. Planiol, *Traité pratique*, VI, n. 143; Demogue, op. cit. I, n. 158 y las opiniones que cita en pro y en contra.

Pero la intención de vincularse en el plano jurídico adquiere el máximo relieve en las promesas a título gratuito (incluso de prestaciones que tengan carácter típicamente jurídico) cuando falte la forma: v. infra § 14. V. también el famoso caso Alcalde de Caen-Evrard y otros en el vol. II, Casuística.

Para terminar: desde el punto de vista práctico el problema de la existencia en concreto de dicha intención adquiere cada vez mayor importancia, porque presenta cada vez mayores dificultades a medida que

4 Por las razones expuestas, no estoy de acuerdo con Williston, *Law of contracts* (cit. en § 26 y ss.) § 21, ni con el § 20 del *Restatement* americano sobre los *contracts*, según los cuales la intención "*to form a legal relation*" exigida en el *civil law*, sería irrelevante para el *common law*, en el que sería suficiente la existencia de una *consideration*. Las observaciones hechas en el texto, especialmente a propósito de la distinción entre contratos típicos y atípicos, son válidas también para el *common law*. V. § 14, nota 3, y §§ 26 y ss. especialmente el § 31.

Por lo demás, el mismo Williston admite que en contra de la suya está la opinión dominante.

se pasa de los contratos típicos a los atípicos y de éstos a los que presentan el máximo grado de atipicidad (las llamadas relaciones sociales por naturaleza: v. infra § 14, *b)*.

Pero es solamente un punto de vista práctico. En definitiva, en los primeros (contratos típicamente jurídicos) corresponderá al demandado probar que no tenía la intención de obligarse jurídicamente. En los segundos (atípicos) será el actor quien deba probar que tenía la intención de contraer un vínculo de tal naturaleza.

Todo esto no significa (como parece opinar Betti, op. cit., p. 87) que al requerirse la intención de obligarse jurídicamente se quiera ver en la voluntad del promitente la fuente de los efectos jurídicos, por atribuirle una especie de poder o energía creadora. En fin de cuentas, este concepto del "poder de la voluntad para engendrar efectos jurídicos" aplicado a la voluntad del promitente contiene un grave equívoco: v. § 6.

En vista de todo ello, surge la sospecha de que muchas de nuestras añejas discusiones sobre la llamada "intención jurídica" están viciadas por un error de perspectiva; a saber, el de haberse fijado exclusivamente en los casos corrientes, en los contratos o negocios típicos (típicamente jurídicos, especialmente en los a título oneroso) y en los contratos formales, en todos los cuales se da *normalmente* la intención de obligarse jurídicamente. En estos negocios ocurre que, por una parte, el carácter de normalidad (de la intención) parece casi absorbido y transformado dentro del tipo o dentro de la forma; y por otra, la integración de la voluntad de las partes o la determinación de los efectos jurídicos (normales o naturales) del negocio típico, aunque no se hayan querido expresamente, procede de una experiencia de cláusulas de estilo y por tanto de una facilidad de regulación; de ahí que se hayan creado los llamados *naturalia negotii*. No obstante, estos efectos naturales pueden ser modificados o excluídos en virtud de una clara reserva de voluntad de las partes (especialmente del deudor) de la misma manera que puede llegar a quedar excluída la intención de obligarse en el plano jurídico. De ahí que el problema de los mencionados efectos jurídicos, en los negocios típicos, sea en cierto modo análogo al problema de la intención de vincularse en el plano jurídico.

Por el contrario, en el campo de los contratos atípicos, de los no formales y especialmente de los a título gratuito (atípicos y no formales), las cosas ocurren de manera muy distinta.

Nota del Traductor. — *Por lo que se refiere al Derecho español, importa hacer desde este momento una advertencia, cuyo alcance excede del de una simple aclaración terminológica. En el texto se advierte que el término "contrato" se emplea en este libro en su más restringido significado, es decir, en el de "convención o acuerdo que engendra obligaciones". Pues bien, debemos advertir, por nuestra parte, que ese restringido significado es el que entre nosotros tiene siempre el contrato.*

En nuestro Derecho el contrato es siempre contrato obligatorio; queda dentro de la esfera de los derechos de crédito sin que, por sí solo, pueda producir efectos traslativos o, dicho en otros términos, efectos reales. No hay en nuestro Derecho contratos inmediatamente productores de efectos reales y, por lo mismo, no existe esa confusión, a que el texto alude, entre el contrato obligatorio y el acto dispositivo en sentido amplio, confusión a la que los Derechos francés e italiano son más propensos desde el momento en que reconocen al contrato virtualidad suficiente para, por sí mismo, producir la transmisión del dominio.

Otra cosa es que la doctrina española emplee frecuentemente la expresión "contratos traslativos del dominio", agrupando bajo esta rúbrica a los contratos de compraventa, cesión de derechos, permuta y donación. Tal expresión se emplea sólo con fines sistemáticos, al hacer la clasificación de los contratos. En sentido propio no son contratos traslativos; lo son únicamente por su finalidad, *pero por sí mismos no operan la transmisión del dominio. En ese sentido ha de entenderse el núm. 1.º del art. 1280 de nuestro Código civil, cuando alude a "actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles"; hay, ciertamente, contratos que tienen tal finalidad, pero ninguno la cumple por sí solo, pues además del contrato se requiere la tradición, por más que ésta pueda llevarse a cabo mediante formas sumamente espiritualizadas y aún simbólicas.*

Por lo demás, el Código deja bien clara la cuestión; en el art. 609, al enumerar los modos derivativos de adquirir la propiedad y los demás derechos reales, con la expresión "por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición"; y en el art. 1.095, al advertir que si bien el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla, sin embargo, "no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada".

Tendremos ocasión de insistir sobre estos puntos en nuestras notas al § 38; v. también las notas al § 22.

§ 2.

El Derecho romano

a) *Derecho clásico.*

Como es sabido, en principio el Derecho clásico solamente reconocía el contrato formal. La forma por excelencia, la más difundida, era la *stipulatio*. Mediante ella, cualquier convención o pacto (lícitos) podían ser jurídicamente válidos *(actionnable, enforceable)*.

Al lado del contrato formal se reconocían ocho contratos típicos, que pronto habrían de llamarse "nominados"; de ellos, cuatro "*consensuales*" (venta, arrendamiento, mandato, sociedad) y cuatro "*reales*" (depósito, comodato, mutuo y prenda).

Más tarde se fueron reconociendo otros pactos; pero se trataba siempre de pactos con cierto contenido o con ciertos caracteres típicos. Puede decirse, pues, que uno de los rasgos característicos del contrato no formal del Derecho clásico es la *tipicidad.* Es decir, se sancionan determinados "*negotia*" que, por su difusión, por su importancia en la vida cotidiana y por haber llegado a consagrarse en la práctica, exigen una especial tutela jurídica y, al mismo tiempo, se prestan a una regulación más exacta y más fácil porque su disciplina ha ido estabilizándose mediante cláusulas usuales. Lo que justifica dicha tutela es el *negotium,* es decir, el negocio típico *en el sentido antes indicado,* por más que el *negotium* no pueda llegar a tener existencia sino por la *voluntad* de las partes. Probablemente, como observa Savigny *(Obligations,* cit. II, págs. 388-389), esta tendencia a la tipicidad puede también explicarse teniendo en cuenta que el negocio típico, precisamente por serlo, permitía resolver fácilmente el problema de la voluntad de obligarse en sentido jurídico.

Ciertas concepciones vagas, que en otras sociedades menos desarrolladas que la sociedad romana de la época imperial, conducirán indirectamente a la formación de un esquema contractual genérico,[1] no consiguen influir en este sentido en el Derecho clásico.

1 Me refiero a las concepciones extracontractuales del daño injusto, del delito o del engaño consistente en no mantener la palabra dada (v. supra § 1): concepciones que, por ejemplo, inspiraron en el Derecho medieval y en el *common law* la adaptación a una situación contractual de acciones *ex delicto* o incluso de acciones de enriquecimiento injusto o de restitución; en cuanto a estas últimas, por considerarse que el modo más adecuado para restablecer el equilibrio entre las partes parecía que había de consistir en procurar la cosa prometida o el equivalente resarcimiento del daño. Según estas concepciones, se tenía en cuenta especialmente el hecho de que el destinatario de la promesa hubiera dado o hecho algo, bien para obtenerla o bien en cumplimiento de una convención obligatoria de cambio (es el *quid pro quo* del *common law,* de los contratos innominados del Derecho justinianeo y de los llamados contratos reales del Derecho medieval; v. § 3). O, igualmente, se tenía en cuenta que el promisario, confiando en la promesa, podía haber sufrido un daño o un perjuicio; incluso frecuentemente se veía en ello un caso de dolo o de *deceit.* De este modo se fué llegando paulatinamente a la formación de un esquema contractual genérico.

Por el contrario, en el Derecho romano clásico todo el mecanismo de las acciones pretorias (acciones *útiles* y acciones *in factum),* muchas de ellas transformadas después en civiles, y el mecanismo de las excepciones, respondieron a la necesidad de tutelar determinados casos típicos o casos análogos

De esta rigidez del sistema clásico, como sistema de tipos de negocios o, mejor, de acciones, arranca la preocupación por clasificar dentro de un determinado tipo ciertas situaciones que presentan alguna divergencia con relación a dicho tipo; preocupación que acentúa la tendencia a la "tipicidad" propia del Derecho clásico.

Si, con relación al Derecho clásico, se quiere hablar de "causa" (prescindiendo de la desconcertante ambigüedad del término) en el sentido de razón que justifique la sanción de la promesa, habrá que referirse a la llamada "*causa civilis*". Ésta consiste en la *res* o entrega de la cosa en los cuatro contratos llamados reales,[2] y en el carácter típico del negocio, ya consagrado por la práctica cotidiana, en los cuatro contratos consensuales y en algunos pactos (D. 2, 14, 1, §§ 3 y 4 y ley 7 §§ 1 y 4). En cambio, en las *obligationes verbis* y *litteris* si se habla de "causa" se aludirá no tanto a una razón justificadora de la sanción jurídica como a una forma (capaz de cualquier contenido) que sirve para *identificar y concretar* la voluntad de obligarse jurídicamente, voluntad de la que —más que del valor místico de la ceremonia— nace el vínculo, en la sociedad culta de la época imperial (D. 2, 14, 1).

De manera que, si también la forma se incorpora a la llamada "causa" como razón que justifica la sanción jurídica, esta razón puede definirse en el Derecho romano, tan genérica como tautológicamente, como la voluntad de la ley, es decir, como la voluntad de reconocer ciertos modos de obligarse y solamente estos.[3] Con lo que resulta evidente que el concepto moderno de "causa", en el sentido de razón justificadora de la sanción (de un contrato constituído por el "*consentimiento*"), es un concepto exclusivamente nuestro que no podemos atribuir a los romanos.

Con todo, esta "tipicidad" que impregna todo el Derecho clásico no dejará de ejercer una honda influencia en el *civil law* e incluso dará lugar a inesperados desarrollos en el *civil law moderno* (v. infra § 19).

En el Derecho clásico tal tipicidad obedece también a la rigi-

a los ya reconocidos. No se llegó nunca al esquema genérico de los llamados contratos innominados y menos todavía a un concepto similar al de la *action of assumpsit* del *common law* (v. infra § 26). En este sentido, el sistema clásico de acciones resultó ser más rígido que el del *common law*, con sus *writs* y con su espíritu conservador no inferior al romano.

2 Por más que esta generalización sea muy discutible, dado que, por ejemplo, la entrega de la cosa cumple en el depósito una función muy distinta de la que cumple en el mutuo.

3 Cfr. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, § 127; Buckland, *The main Institutions of Roman private law*, Cambridge, 1931, § 90.

dez del sistema procesal de las acciones y al conservadurismo de aquel pueblo. Pero se justifica, sobre todo, por la circunstancia de que la *stipulatio,* como forma de uso común, *sentida en el ambiente social* y transformada por la práctica (especialmente con la atenuación del requisito de la presencia de las partes), ofrecía un esquema o molde lo suficientemente amplio y elástico para dar cabida a cualquier contenido contractual.

Desaparecidas estas peculiares razones históricas, la tendencia a la tipicidad (que rebrota en la moderna teoría de la función económico-social del contrato: v. infra § 19) adquiere un significado completamente distinto.

b) *Derecho postclásico y justinianeo: contratos innominados.*

Como es sabido, en el Derecho postclásico y sobre todo en el justinianeo se llegó a conceder una acción contractual, la *actio praescriptis verbis,* para cualquier promesa o convención sinalagmática (o sea, para los llamados contratos "innominados"). Pero sólo se concedía esta acción cuando una de las partes hubiera realizado ya su prestación; es decir, cuando a cambio de la promesa que pretendía hacer valer en juicio hubiera dado o hecho algo. A esta prestación — de dar o de hacer — ya realizada, se la llamaba "*causa data*".

No era suficiente la simple convención bilateral o sinalagmática, como por ejemplo la convención (obligatoria) de permutar dos cosas: era preciso haber entregado ya una de ellas para que la promesa de entregar la otra pudiera dar lugar a una acción judicial. Hasta el momento de realizarse dicha entrega por una de las partes, ambas promesas eran revocables; en otros términos, desde el punto de vista jurídico, el contrato, como vínculo, *no estaba todavía formado.* La prestación o "*causa data*" era, pues, *un elemento de formación del contrato.*

Por este camino se llega al reconocimiento jurídico de los contratos bilaterales no típicos, o sea, de los llamados contratos "innominados" en sus cuatro categorías: *Do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias* (D. 19, 5, 5).

Se considera que la acción surge de la realización de una de las prestaciones convenidas.

Esta concepción de los contratos innominados es una de las más interesantes para la futura evolución del *civil law* (v. §§ 3 y siguientes; para el *common law,* v. infra § 26, *c*).

Los contratos innominados del Derecho romano han sido a veces equiparados a los contratos reales; más tarde incluso se les ha llamado contratos reales, ya que en ellos se debe dar o hacer algo (la *res*) para que el contrato *se forme*. Con todo, existen diferencias entre estos contratos reales en sentido amplio y los contratos reales propiamente dichos: depósito, comodato, mutuo, y prenda.[4]

Es también interesante advertir que, al parecer, la "*causa data*" podía consistir en cualquier prestación (lícita), incluso en una prestación que no tuviera valor económico (apreciable en dinero) para quien la obtenía a cambio de su promesa de realizar una prestación o de entregar una cosa que tuvieran tal valor. En otros términos, la *causa data* podía consistir en una prestación que no representara ningún sacrificio patrimonial para quien la hubiera realizado. Podía, por ejemplo, consistir en la liberación de un esclavo (D. 19, 5, 5 pr. y § 5), o en el hecho de tomar el nombre del promitente (D. 39, 5, 19 §§ 5 y 6).[5] Véase también D. 39, 5, 19

4 En algunos aspectos — especialmente en los señalados en § 1, *c*, 1.º — el cumplimiento unilateral del acuerdo parece presentar alguna analogía con las arras y con la entrega de la *res* en los contratos reales en sentido estricto.

Sin embargo, la diferencia es evidente respecto de las arras, especialmente cuando se trata de *arrha poenitentialis*, muy extendidas en el ambiente grecooriental. Mas, a causa de tal extensión y puesto que las arras podían consistir en una cantidad de cierta importancia, pudieron facilitar la concepción del cumplimiento unilateral como elemento de formación del contrato. La confusión es todavía más fácil en nuestro Derecho medieval (v. infra § 3).

En cuanto a la analogía entre contratos innominados y contratos reales en sentido estricto, parece que se pueden encontrar indicios de ella en las fuentes justinianeas (cfr. Bonfante, *Istituz. di diritto romano*, § 27, en nota; Buckland, *The Main Institutions*, cit. § 97). La idea reaparecerá, como veremos, en el Derecho medieval. Pero se trata, más que de otra cosa, de analogías aparentes que se reducen a considerar que en ambos casos la *res* (entrega de la cosa o cumplimiento unilateral del contrato innominado) es un elemento de *formación* del contrato. Prescindiendo de esta analogía, de los contratos reales nacen obligaciones de restituir o de restituir y custodiar que, *como tales*, no podrían nacer antes de la entrega de la cosa. Este último concepto de los contratos reales en sentido estricto parece que llega a perfilarse ya en el Derecho romano, si bien operaron al principio ciertas ideas (análogas a las que gradualmente dieron lugar al reconocimiento de los contratos innominados): como la idea de que al entregarse la cosa en depósito o en comodato lo que se hacía era "*confiarla*" al depositario o al comodatario, lo cual hacía más grave el incumplimiento por parte de éstos (considerado incluso como delito); o como la idea de que el hecho de haber recibido un *quid* determina un enriquecimiento injusto, especialmente en el caso del mutuo. Por el contrario, en los contratos innominados la obligación convenida no es la de restituir o custodiar, sino una obligación derivada de un *cambio* de prestaciones, una de las cuales ya ha sido cumplida.

5 D. 39, 5, 19, § 5 y 6: *Sed et haec stipulationes, quae ob causam fiunt, non habent donationem. Denique Pegasus putabat si tibi centum spopondero hac condicione, si iurasses te nomen meum laturum, non esse donationem, quia ob rem facta est, res secuta est.* Sobre este texto v. Ascoli, *Trattato delle do-*

§ 1, que contempla igualmente un supuesto de servicios no estimables patrimonialmente, si bien esta ley se refiere a la causa futura más que a la *causa praeterita*.

En otros términos, no parece que se tome en cuenta el que la prestación tenga o no naturaleza patrimonial, ni tampoco la cuestión de la proporcionalidad de la *causa data* (en orden a la condena del promitente). Basta con que las dos prestaciones hayan sido convenidas y con que una de ellas haya sido realizada: cfr. por ejemplo, D. 19, 5, 15 y 17 § 2 (en el fragmento 15 parece concretamente que se haya invocado la excepción de insuficiencia de la *causa data*, excepción que queda superada considerando que ha habido un *synallagma*, un negocio de cambio calificado en el texto como *negotium aliquod*).

No parece que se suscitara en el Derecho romano la cuestión — que más tarde había de suscitarse en el *civil law* — de si debe considerarse como donación (con los correspondientes requisitos formales) la promesa de *dar un bien* a cambio de una contraprestación que no tenga valor económico en el sentido antes indicado o que no tenga un valor proporcionado: es la cuestión de la *cause suffisante* (v. infra § 10).[6]

Finalmente, es interesante advertir que puesto que la "*causa*

nazioni, 2.ª ed. Milano, 1935, págs. 92-93 (también en D. 39, 5, 2, § 7 se excluye la donación).

Bien es verdad que el texto no trata la cuestión a propósito de la validez de la promesa, ya que ésta se presenta bajo la forma de la *stipulatio*, sino que la trata en otros aspectos (prohibición de las donaciones entre cónyuges, limitación de las donaciones, *lex Cincia*, etc.). De modo que, en el Derecho clásico, si la promesa no hubiera sido hecha en forma de *stipulatio* sería nula en todo caso. Pero no es menos cierto que, incluído el texto en el sistema de los contratos innominados desarrollados en el Derecho postclásico, el hecho de haber tomado el nombre del promitente y otras prestaciones semejantes podían constituir la base (la *res secuta*) de un válido contrato innominado "*facio ut des*". Prescindiendo de las dificultades que se oponían a la admisión del contrato innominado *facio ut des* (cfr. D. 19, 5, 5 § 3), dificultades que, no obstante, parecen superadas en el Derecho justinianeo (cfr. D. 19, 5, 15).

6 En algunos textos del Código justinianeo viene considerada la *donatio cum onere*, en la que el *onus* consiste en una contraprestación de la clase de las antes indicadas, de manera que la *datio*, como donación, parece quedar sujeta a la forma de las donaciones (forma escrita a partir de una cierta cuantía, e *insinuatio*). La distinción entre la donación *cum onere* y el contrato innominado de cambio podría implicar, por lo que se refiere al criterio distintivo, los indicados problemas de la *cause suffisante* junto con una indagación sobre la *intención* (de liberalidad o de cambio). En caso de intención de liberalidad y en caso de *cause insuffisante* (no obstante la intención de cambio), la *res secuta* — es decir, el cumplimiento de la carga — ya no podría bastar para justificar la acción contra el donante, sino que se requeriría la observancia de aquella forma. Sobre esta delicada cuestión, v. sin embargo en este mismo § *d*.

data" es un elemento de *formación* del contrato no tiene nada que ver, pese a la ambigüedad del término, con la "*causa*" en el sentido de fin o motivo del promitente o del enajenante, ni con el problema de la *cause suffisante* (cfr. por ej. D. 39, 5, 1, pr. y L. 3; D. 12, 6, 65, pr. y § 2 y L. 52; D. 17, 2, 9). Cfr. infra §§ 5 y 22, a propósito de Domat.

Sin embargo, el *ut* en las expresiones *do ut facias* y similares, ha sido fuente de equívocos, por más que dicho *ut* no se refiera a la promesa sino a la *datio* (que aquí constituye precisamente la "causa"): v. § 22, *b*.

Nada podría expresar mejor la función de la *causa data* como elemento de formación del vínculo contractual que lo que dice el Digesto a propósito de la permuta (contrato "innominado"): "*emptio et venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem et re tradita initium obligationi praebet*" (D. 19, 4, 1, § 2).

c) *Resumen.*

Si se prescinde de los cuatro contratos consensuales (sobre cuyo carácter *puramente consensual* en el Derecho justinianeo pueden suscitarse dudas) se puede decir que en la fase justinianea el Derecho romano se cierra con la admisión de dos esquemas genéricos de contrato obligatorio; uno es el del contrato formal o *stipulatio*; el otro el esquema *genérico* del contrato de cambio cumplido por una de las partes (*genérico*, en el sentido de que no se entra en la cuestión de la naturaleza, de los caracteres o de la proporcionalidad de las prestaciones; por tanto, se trata de un esquema que, en cierto modo, tiene un valor casi formal).[7] Junto a este último esquema se colocan los contratos reales *stricto sensu*, que presentan algunas analogías con los contratos innominados.[8]

7 El carácter genérico de este esquema encontraba una sola limitación, a saber, la de que el objeto de la promesa, a cambio de la cual se había dado o hecho alguna cosa, tenía que ser susceptible de una *aestimatio* en dinero, con miras a la sanción en caso de incumplimiento, sanción que consistía en el resarcimiento de los daños (por el contrario, para el *civil law* moderno y para el *common law*, v. infra § 20, *a* § 21 y § 33). De no ser así, había que acudir a la presión indirecta de la *condictio* para obtener la restitución de la cosa entregada.

8 Para valorar adecuadamente la importancia, dentro del sistema, del esquema genérico del contrato de cambio, así como del contrato real, conviene tener en cuenta también la decadencia de la *stipulatio* en el Derecho justinianeo. La forma escrita, que tiende a sustituirla, probablemente no ha llegado todavía a alcanzar el significado claro de un esquema formal genérico. Si esto

Fuera de este campo, los contratos no formales y los pactos nudos que no tengan cabida en alguno de los esquemas típicos o de los pactos expresamente reconocidos[9] no producen acción. De manera que, por ejemplo, salvo en caso de que la promesa sea formal, no se concede acción:

— para las promesas de mutuo (aun con interés), de comodato, de recibir en depósito y para las de un *facere* o de servicios a título gratuito, en general;

— para la promesa unilateral de venta y, en general, para las llamadas promesas interesadas, en las que el interés no consista en una contraprestación (ya realizada): v. infra § 16;

— para las promesas hechas por una "*causa praeterita*" (servicios prestados gratuitamente en el pasado, etc.).[10]

d) *La donación en el sistema justinianeo.*

Dada la importancia que hemos reconocido al problema de la donación en la evolución de la obligación contractual (v. supra § 1, *d;* infra §§ 7 y ss. sobre la concepción moderna de la *cause suffisante*), hay que hacer alguna consideración, aunque merecería un desarrollo más amplio, sobre el concepto de la donación en el Derecho clásico y en el Derecho justinianeo.

Como es sabido, la donación no constituía para el Derecho clásico un *negotium* típico reconocido, sino que se actuaba mediante un esquema formal genérico (la *stipulatio;* y la *mancipatio* o la *traditio* cuando se tratara de donación real); precisamente por

es así y si se tienen en cuenta las dudas sobre la existencia de contratos consensuales típicos en el Derecho justinianeo, cabe pensar que el esquema del contrato de cambio, el *synallagma* (cumplido por una de las partes) y el del contrato real representen el *contrato por excelencia*, aparte de algunos pactos expresamente reconocidos.

9 En cuanto a estos pactos, parece haber tenido gran importancia en el Derecho justinianeo el *constitutum debiti;* importancia capaz de minar la base del sistema, si es que el *constitutum*, promesa no formal de cumplimiento, puede aplicarse también a la (pretendida) obligación natural derivada de un pacto nudo. En efecto, si así fuera, bastaría repetir el pacto nudo para convertirlo en válido. Pero no parece ser ésta la realidad. Sobre este problema y sobre sus relaciones con el *pactum geminatum* de algunos doctores de nuestro Derecho común, cfr. Astuti, *Studi intorno alla promessa di pagamento, Il costituto di debito*, II, Milano, 1951, y *Pactum geminatum*, en los *Studi in onore di Besta*, Milano, 1938.

Sobre las analogías entre el *constitutum debiti* o el *pactum geminatum* y el *indebitatus assumpsit* del *common law*, v. infra § 26, nota 8.

10 Son éstas las promesas que el *common law* califica de "*gratuitous promises*" (v. infra § 28). Sobre la *causa praeterita*, v. notas 21 y 22.

tratarse de un esquema formal o genérico era indiferente el contenido del acto a los efectos de admitir o negar la sanción jurídica de la promesa, reconocida por el solo hecho de ser una promesa formal.[11] La cuestión de calificar como donación un acto, o sea la cuestión de la llamada *causa donandi (liberalitas et munificentia)*, se planteaba no para justificar el reconocimiento jurídico de una promesa (formal) sino a otros efectos: prohibición de donaciones entre cónyuges, *lex Cincia* limitadora de las donaciones, etcétera. Es más, incluso a estos efectos, los criterios utilizados para la identificación de una *causa donandi* eran más bien formalistas y extrínsecos; bastaba, para excluir la idea de la donación, una *res* o una contraprestación *cualquiera* y hasta una condición: D. 39, 5, 1; 2 § 7; 3; 18 y 19 pr. §§ 1, 5 y 6; véase también D. 12, 6, 65, §§ 2 a 4 y L. 52.[12] En caso de duda sobre el interés del promitente en recibir la *res* o el hecho puesto *in condicione* (o, para usar la expresión propia del moderno *civil law*, en la duda acerca de la *causa principal* y la *causa secundaria*: v. infra § 10, *c*), los romanos se atenían a dicho criterio formalista o extrínseco que eliminaba toda cuestión o duda.[13]

Este mismo criterio (por lo demás, conforme con el espíritu de aquel sistema) trasladado al campo de los contratos innominados tenía que implicar que cualquiera que fuese la naturaleza, el carácter, el valor de la *res* o *causa data*, y cualquiera que fuese el motivo (principal o secundario) por el que el promitente la hubiera solicitado, el negocio debía siempre considerarse como contrato de cambio y no como donación; y la promesa debía ser válida sin necesidad de hacerla en forma de *stipulatio* o en otra determinada (v. en este mismo § *b*, especialmente notas 8 y 9).[14]

Pero, como es sabido, en el Derecho justinianeo se concibe la donación como uno de los *pacta legitima*, como *contractus donationis*, es decir, como negocio típico reconocido sin necesidad del

11 Era un sistema en cierto modo análogo al del *common law*, incluso en su fase moderna (v. infra § 28).

12 Parece que siempre que se concede una acción de repetición, o *condictio* por no haberse verificado el hecho convenido a cambio o puesto como condición, deba excluirse la idea de la donación; v. los textos citados y especialmente D. 12, 6, 65, § 2.

13 Y viceversa, en ausencia de tal elemento extrínseco, el acto tenía que ser considerado como donación, aunque resultara que junto a la "*causa donandi*" existiera otra causa o finalidad, más o menos accesoria.

Y ello, a pesar de la proclamación solemne de D. 39, 5, 1; véanse, en efecto, los fragmentos 2 y sgtes. y especialmente el fragmento 19.

14 Sobre las analogías con el *civil law* medieval y con el *common law*, véase infra § 3 y § 26, *e*.

esquema formal de la *stipulatio*. Esta concepción de la donación como *negocio típico* habrá de ser más tarde la concepción del *civil law moderno*, en el que, sin embargo, se requerirá la forma del documento notarial u otra.

Si la realidad práctica del Derecho justinianeo hubiera sido la que acabamos de indicar, el resultado habría sido bastante extraño: en efecto, recurriendo a la idea de una donación no formal se pueden considerar válidos casi todos los pactos nudos que establezcan una obligación de dar.[15] Con ello vendría a caer por su base el sistema indicado antes, es decir el sistema del contrato formal y del esquema genérico del contrato real y de cambio con *causa data*: v. en este mismo §, *c*. Pero cabe poner en duda seriamente que aquélla fuera la realidad del Derecho en la época de Justiniano. Ante todo, en esta época y ya antes de ella, la donación era *real*, por lo menos en la práctica; es decir, tenía lugar mediante la tradición de la cosa. En segundo lugar, las donaciones de cuantía superior a 500 sueldos debían prácticamente revestir la forma escrita, dado el requisito de la *insinuatio* en los registros públicos.[16] De manera que es muy dudoso que una simple *promesa* no formal de dar a título de donación un *quid* de valor inferior a 500 sueldos diera lugar a una acción, siendo así que no daban lugar a ella otras promesas bastante menos gravosas para el promitente (v. supra *c*, al final).[17]

Otros motivos de perplejidad, y más graves, surgen respecto al Derecho justinianeo y quizá también respecto al Derecho postclásico, al encontrarse en ellos la figura de la *donatio sub modo* o *cum onere* (v. supra nota 6). Concepto que parece estar en conexión con aquel otro, a que hemos aludido, de la donación como negocio típico o *contractus*, relevante por su contenido o *causa (causa liberalitatis)*.[18] La averiguación de la intención o de la

15 A este expediente, es decir a la presunción de un *animus donandi*, recurrieron a veces los glosadores y los intérpretes del Derecho común, pero con fines limitados y, en todo caso, en el campo meramente teórico de los esfuerzos para interpretar los textos romanos o en relación con casos en los que verdaderamente no estaba ausente la forma *(cautio)*.

16 Sobre la forma escrita, v. Inst. Lib. II, VIII, *De Donat.*, § 2; y Cod. *De fide Inst.* IV, 21, 17.

17 La admisibilidad de una donación *obligatoria* no formal por debajo de los quinientos sueldos es motivo de perplejidad para Savigny, *Obligations*, cit. II, § 75, pág. 394.

18 Cfr. los textos: Cod. IV, 6, c. 2, 3, y 8; Cod. VIII, 53, (54) c. 9 y 22; Cod. VIII, 54 (55) c. 1 y 3. Estas constituciones, que probablemente tenían otro significado en la época en que fueron promulgadas (y en las que se consideraba el problema de la *lex* o pacto susceptible de ser introducido en una *datio*), pueden adquirir un significado especial en el sistema del "*contractus donationis*" del Derecho justinianeo. Cfr. también D. 5, 3, 25 § 11 y D. 39, 5, 28.

causa liberalitatis (como causa *principal*) habría de resultar decisiva para configurar una donación, en relación además con la exigencia de la forma escrita y de la *insinuatio,* con el consiguiente abandono de los criterios formalistas o extrínsecos del Derecho clásico, cuya importancia en el campo de los contratos innominados ya hemos puesto de relieve (v. supra notas 12 y 13). La simple realización de una prestación ya no sería suficiente, como *causa data* o como *res* para hacer "accionable" la promesa de dar, cuando de la intención de las partes resultara que tal prestación constituía el objeto del "*onus*" de una donación. En tal caso serían necesarias las formas establecidas para ésta.

No es fácil conciliar los textos del Digesto que establecen los aludidos criterios objetivos de la *res,* con los textos del Código que recogen la concepción de la donación *cum onere.* Y no puede dejar de sentirse la impresión de que aquí se encuentra, por lo menos en germen y como posibilidad para los intérpretes, el origen de la delicada cuestión de la distinción entre donación *cum onere* y contrato de cambio (especialmente atípico o innominado) sobre la base de la intención y de la causa principal y accesoria (v. infra § 10).[19]

Todavía se puede observar, en cuanto al Derecho justinianeo, que los textos que se refieren a la donación *cum onere* no se plantean el problema de establecer si una *promesa* de dar (donación *obligatoria*) puede ser "accionable" sobre la base del cumplimiento de la carga como *causa data,* o si en este caso se requerirá también la forma. Esos textos tratan de una donación real, de una *datio* con una condición, una *lex,* un *modus,* que ha de cumplirse *después* de la *datio.* Y no es improbable que cuando, por el contrario, la realización de la prestación convenida hubiese precedido a la *datio* y ésta estuviera todavía pendiente de cumplimiento, hubiera que recurrir a la *actio praescriptis verbis* y al esquema de los contratos innominados para justificar la acción contra el promitente. En este terreno, la calificación del negocio como donación podía carecer de importancia.

19 La simple consideración de que en la *datio sub modo* de los textos se trata de una *moderatio* o limitación del *quantum* donado (*moderatio* que, por lo mismo, tiene un contenido patrimonial análogo al de la donación: véase infra § 10, *f*) no parece suficiente; porque, por el contrario, las partes podrían haber tenido la intención de configurar dicha relación como contrato de cambio. Además, el modo, la *lex* o la carga considerados en los textos, no siempre representan una limitación de esta naturaleza: cfr. Cod. IV, 6, c. 3 y 8; Cod. VIII, 53, (54) c. 9; Cod. VIII, 54 (55) c. 1.

Con todo, la cuestión no es de solución fácil.[20]

Si en el Derecho justinianeo la donación, y especialmente la donación obligatoria, era verdaderamente un contrato no formal, ni siquiera habría razón para plantearse la cuestión ya que si una donación obligatoria no formal daba lugar a una acción, *a fortiori* daría lugar a ella si contenía una carga, máxime cuando ésta hubiera sido ya cumplida (como *causa data* o *res secuta*).

En cuanto a la *causa praeterita* (servicios prestados gratuitamente en el pasado), los textos han dado ocasión a dudas y discusiones. Parece indudable que en el Derecho clásico la *causa praeterita* no excluía la idea de la donación.[21] Pero hay que advertir que, en todo caso, la cuestión se planteaba a propósito de problemas (*lex Cincia*, prohibiciones entre cónyuges, posibilidad de repetir el *datum*, etc.) distintos del de ver si una promesa por una *causa praeterita* era un pacto (no formal) válido. En efecto, en el Derecho clásico se requería la forma de la *stipulatio* no solamente para la donación obligatoria sino también para una promesa como ésta, dado el restringido número de contratos típicos reconocidos (v. apartado *a*).

En el Derecho justinianeo, por una parte, la donación es reconocida por sí misma como negocio, pero sometido a las formas de la *insinuatio;* por otra parte, queda en pie el sistema de los pactos típicos (si bien ampliados) entre los cuales no se incluye la

20 En D. 39, 5, 28 y en Cod. VIII, 53 (54), c. 9, se reconoce la *actio praescriptis verbis*, pero como acción para obtener el cumplimiento de la carga.

21 Cfr. D. 12, 6, 52, y 65 § 2, 4.

En D. 39, 5, 27, la constitución de un derecho de habitación *quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti*, viene considerada como donación, si bien especial *(non meram)*, en relación con un problema de revocación. Para otras interpretaciones de este texto que, o mantienen la idea de un contrato gratuito o descartan la posibilidad de que se tratara de *causa praeterita*, cfr. D'Angelo, *La donazione rimuneratoria*, Milano, 1942, págs. 90 y sgtes.

En D. 39, 5, 19, § 1 se contempla la hipótesis de una causa futura *(Labeo scribit extra causa donationum esse talium officiorum mercedes, ut puta: si tibi adfuero, si satis pro te dedero, si qualibet in re opera vel gratia mea usus fueris)*. En este sentido, D'Angelo, op. cit. pág. 80; a cuyos argumentos se puede añadir que si se hubiese tratado de una *causa praeterita* el texto habría empleado la típica expresión *quod* o *quoniam* (D. 12, 6, 52, y 65 § 4 y D. 39, 5, 27), en vez de emplear el "*si*" típico lo mismo que el "*ut*" de una *datio* o de una promesa *ob rem* o por causa futura (D. 12, 6, 52, y 65 § 4; D. 39, 5, 19 § 6; D. 4, 2, 9, § 1 al final). Téngase en cuenta también que todo el D. 39, 5, 19 parece referirse a causas futuras.

Sin embargo, interpretado el texto D. 39, 5, 19, § 1 como si se refiriese a una donación remuneratoria por servicios prestados con anterioridad, ha podido dar lugar al equívoco (v. D'Angelo, op. y loc. cits.).

Sobre el texto D. 39, 5, 34 § 1, v. la nota siguiente.

promesa por una *causa praeterita,* de manera que ésta, por sí misma, no podía nunca determinar la validez de una promesa no formal. Por eso en el Derecho justinianeo la cuestión de la promesa por una *causa praeterita* se podía plantear, independientemente de otros fines (prohibiciones entre cónyuges, posibilidad de repetir, revocación de donaciones por ingratitud), con el fin de ver si la promesa, *como donación,* estaba o no sujeta a la *insinuatio.* Porque si no se la hubiera considerado como donación, al no constituir un pacto típico, tal promesa quedaría sujeta a la forma de la *stipulatio* (o a aquella forma en que ésta se hubiera transformado). Pero precisamente en el esquema de una donación *exenta de "insinuatio"*, la promesa fundada en una *causa praeterita* habría dado lugar a un pacto válido sin necesidad de formas o solemnidades. Y puesto que aquí se puede encontrar el origen de las reglas del Derecho común y posterior en cuanto al valor de la *causa praeterita* como causa suficiente para excluir el esquema formal-causal de la donación, es decir, como pacto nudo distinto de la donación (v. infra §§ 5 y 11), sólo por esto ya valdría la pena ver si verdaderamente la *causa praeterita* podía excluir la necesidad de la *insinuatio* en el Derecho justinianeo. Sobre este punto los textos nos dicen poca cosa; pero parece que hay que entender que, salvo quizá en algún caso excepcional, la *causa praeterita* no tuvo tal eficacia.[22]

22 Al D. 39, 5, 19 § 1, que, por lo demás, no habla de *insinuatio,* ya hemos aludido en la nota anterior.

Queda el D. 39, 5, 34, § 1 (Paulus, *Libro V sententiarum*): *Si quis aliquem a latruncolis vel hostibus eripuit et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio inrevocabilis est: non (nam?) merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit.*

El pasaje correspondiente de las "Sentencias" de Paulo, dice: *Ei qui aliquem a latruncolis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibetur (si tamen donatio et non merces eximii laboris appellanda est), quia contemplationem salutis certo modo aestimari non placuit.* Aquí Paulo, *siempre* considerando la *datio* por una *causa praeterita* como donación, excluye a ésta de las prohibiciones de la *lex Cincia,* en consideración a la importancia del servicio prestado, de valor inestimable.

El pasaje del Digesto se presta a dudas sobre si la justificación (*quod contemplatione salutis,* etc.) alcanza genéricamente a *todos* los servicios no susceptibles de estimación en dinero. En efecto, si en la expresión "*donatio inrevocabilis*" se carga el acento sobre la palabra "*inrevocabilis*" y se aplica este término, como también se ha hecho, a la exención de la *insinuatio,* entonces se llegaría a un resultado curioso: los servicios (cualesquiera que fuesen) no apreciables en dinero dispensarían de la *insinuatio,* mientras que no dispensarían de este requisito los servicios apreciables en dinero (a menos que fueran aproximadamente equivalentes al valor de lo donado). Precisamente lo contrario a la opinión acogida en el Derecho común, al menos para el caso de que los servicios apreciables en dinero sean aproximadamente equivalentes al *quid datum* (v. infra §§ 5 y 11). Para otros, la palabra "*inrevocabilis*" se refiere a

Por último, no hay que olvidar que ninguno de los textos sobre la *causa praeterita* (excepto, tal vez, el D. 39, 5, 19, § 1) se refiere a la promesa; en general se trata en ellos de una *datio* ya realizada, en la que la *traditio* u otro acto equivalente[23] resolvía el problema de la forma de una enajenación válida (aparte de la exigencia de *insinuatio* en el Derecho justinianeo). Solamente la confusión entre los varios problemas a que da lugar el actual concepto abstracto de gratuidad y onerosidad (v. § 10, *f*), ha hecho que sobre la base de tales textos se pueda argumentar para considerar válidas, en un sistema en el que se afirma el principio del pacto nudo, a la promesa y a la enajenación (sin *traditio*) no formales fundadas en una *causa praeterita*.

e) *Breve nota comparativa.*

Puesto que el objeto de este curso es el de suscitar el interés por la comparación, incluso respecto a la evolución histórica de los distintos sistemas, como método para la comprensión del De-

la revocación por ingratitud (tratándose de servicios apreciables en dinero, la revocación solamente se negaría hasta la concurrencia del valor de aquéllos).

Y viceversa, si se carga el acento sobre la expresión "*donatio*", pasando por alto el término "*inrevocabilis*", podría parecer que lo que dice la ley es que se trata *siempre* de donación, porque los servicios prestados no son apreciables en dinero y, por lo tanto, no cabe establecer una proporción entre su valor y el de lo donado; mientras que si fueran susceptibles de tal apreciación, no existiría donación o, al menos, no existiría en la misma proporción. Pero en tal caso, y prescindiendo de los problemas que plantean las prohibiciones entre cónyuges, etc., no se comprendería cuál fuera el resultado práctico perseguido por la ley en cuanto al problema de la forma. Ya que si ha habido una *datio (traditio)*, como en la hipótesis a que se refiere la ley, será suficiente para la validez de la transmisión. Si se trata de una promesa, sería nula como pacto nudo (v. lo dicho supra en el texto).

Probablemente lo que la ley quiere decir es que la donación es irrevocable (por ingratitud o por otros motivos: v. D. 39, 5, 27 y 32; o quizá a pesar del defecto de *insinuatio*) dada la *importancia* inestimable del servicio consistente en haber salvado la vida del donante.

En este texto es imposible dejar de acentuar la expresión "*inrevocabilis*". Y, siendo así, quedaría fuera de lugar el referirla genéricamente a *todos* los servicios no estimables patrimonialmente, para llegar a la conclusión absurda de que cualquier servicio, por modesto que fuera, hiciera irrevocable la donación (por ingratitud, etc.) sólo por el hecho de no ser apreciable en dinero.

En todo caso, es evidente que este texto no prueba nada en favor de la validez de una *promesa* (no formal) hecha por una *causa praeterita*, promesa a la que ni siquiera se alude en él.

Sobre el D. 39, 5, 34 § 1 y sobre el correspondiente pasaje de las sentencias de Paulo, v. también D'Angelo, op. cit. págs. 77 y sgtes.

23 V. los textos citados en las notas 21 y 22. En D. 39, 5, 17 se trata de la concesión de un derecho de habitación o de otro derecho, válida desde el punto de vista formal.

recho, será oportuno hacer una breve comparación entre el Derecho romano, el *civil law* medieval y el *common law* (en la fase en que todavía no se había admitido la *executory consideration*: véase infra § 26).

Si el sistema contractual del Derecho romano-justinianeo es el que resulta de los textos, y especialmente del Digesto, presenta sugestivas analogías con aquellos otros sistemas. Se trata de sistemas que se fundan todos ellos en el contrato formal y en el esquema *genérico* de un cambio en el que la prestación de una de las partes ya ha sido realizada. Las analogías son todavía más sugestivas si, ateniéndose al Derecho postclásico, se prescinde de la concepción de la donación como negocio típico, propia del Derecho justinianeo (v. supra nota 11).

Las diferencias, especialmente respecto al *common law* (en la fase antes indicada) son las siguientes:

— la admisión de los cuatro contratos consensuales (pero en cuanto al mandato v. infra § 27); mientras que los cuatro contratos reales del Derecho romano son admitidos en el *common law*, si bien bajo otro aspecto (v. infra §§ 26 y 27).

— el origen del sistema contractual del *common law*, basado en una acción delictual; origen que ha dejado una profunda huella en este Derecho (v. infra § 26). Mas, en el fondo, los principios inspiradores de los distintos sistemas antes indicados parecen análogos y se concretan en la función de la forma y de la *res* (v. supra § 1, *b*, *c*).

Los textos romanos en materia de contratos innominados parecen dar especial importancia al elemento de la *datio vel factum* en vez de dársela al elemento de la "*promise*" como, por el contrario, hace el *common law*. Pero se trata de una diferencia más bien aparente (v. infra § 26 nota 20).

Para otras indicaciones comparativas nos remitimos a lo que ya dijimos supra (v. notas 1, 9 a 11 y 14) y a lo que diremos infra (§ 26, *e*).

§ 3.

El «civil law» en el medioevo

a) *Contrato formal y contrato real.*

Como es sabido, en los albores de la Edad Media, en la época de los Derechos bárbaros, la responsabilidad del promitente se fundaba más que en la idea del contrato en la del delito, en la idea de la ofensa que se infería a la otra parte, al menos en ciertos casos, con el incumplimiento.[1] En cierto modo, tampoco es extraña en esta época — por lo menos en su fase más avanzada — la idea

1 Reproduzco aquí en lo sustancial mi artículo "*Appunti sul contratto obbligatorio nel c. d. diritto continentale e nella common law*", publicado en la *Riv. Trim. di dir. e procedura civile*, 1953, con algunas adiciones y modificaciones. Éstas, que he sacado de mi curso de lecciones desarrolladas en las Universidades de Alejandría y de El Cairo, han sido determinadas, más que por otra causa, por exigencias didácticas y de claridad para los estudiantes.

Sería muy interesante desarrollar aquellos apuntes, especialmente mediante la adición al vol. II de una selección de textos no sólo romanos sino también medievales, convenientemente anotados, a fin de suscitar en el estudiante mediante el contacto directo con los textos el sentido de la evolución histórica del problema contractual, combinando de esta manera el método comparativo con el método histórico. Eso es lo que he intentado hacer aquí con los textos romanos. En cuanto al Derecho medieval, debo limitarme por ahora a hacer una remisión a las siguientes obras: Schupfer, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, III, Città di Castello 1909; *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*, Torino, 1920; Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, París 1936; Chenon, *Histoire du droit français privé et public, des origines à 1815*, París, 1926; Seuffert, *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge*, etc. 1881, Nördlingen; P. Fedele, *Considerazioni sull'eficacia dei patti nudi del diritto canonico*, en *Annali Univ. Macerata* (1937), págs. 115 y sgtes; Astuti, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, Milano, 1952, trabajo fundamental cuya continuación se espera; *Pactum geminatum*, en los *Studi in onore di Besta*, I, Milano, 1939, páginas 219 y sgtes; *Studi intorno alla promessa di pagamento, Il costituto di debito*, II, Milano, 1941, así como las obras citadas por Astuti en *I contratti obbligatori*, cit. pág. 493. Hay otros trabajos que nos interesan menos ya que, más que a la práctica o al derecho vigente, a lo que atienden es a la historia de las doctrinas o *droit des savants*, sobre el cual v. infra en el texto y § 4. Así, entre otros, los siguientes trabajos: Karsten, *Die Lehre vom Vertrage bei den italienischen Juristen des Mittelalters*, Rostock, 1882; Capitant, *De la cause des obligations*, París, 1923, (3.ª ed. 1927), Battistoni, *La causa nei negozi giuridici (dal diritto intermedio al cod. civ. ital.)* Padova, 1932; Mirabelli, *Causa subiettiva e causa obiettiva*, *Riv. Trim. di dir. e proc. civile*, 1951, páginas 323 y sgtes; Chevrier, *Essai sur l'histoire de la cause dans les oblig.* París, 1929, (aun cuando éste tenga en cuenta también la práctica y las costumbres). Además, en éstos y en otros trabajos (excepto en el de Karsten) se confunde el problema que nos interesa (v. § 1, *b*) con el problema de la causa como realización del fin del promitente o, en general, del declarante (v. infra § 22).

de un enriquecimiento injusto del promitente por el hecho de haber recibido éste alguna cosa del destinatario de la promesa; y todavía hay que añadir la idea de un engaño o fraude (en sentido amplio) producido al no mantener la promesa. Ideas todas de naturaleza extracontractual.

El mismo principio formal operaba no ya porque la forma exteriorizara de manera cierta la voluntad de obligarse, sino porque el rito y la ceremonia vinculaban por sí mismos, por su valor místico. La distinción entre una voluntad de obligarse y una voluntad de enajenar, contenidas ambas en la forma, resultaba muy oscura.

Más tarde, en el período que podría corresponder *grosso modo* (aunque las evoluciones de las ideas son siempre inciertas y oscuras) al desarrollo del Derecho longobardo y de los derechos bárbaros en Italia, comienza a delinearse en las distintas "legislaciones" la idea de una responsabilidad nacida de la promesa. Es muy probable que esta idea no hubiera sido abandonada nunca en las regiones y pueblos que se encontraban bajo la influencia del Derecho romano o, mejor, de las costumbres jurídicas y de la práctica greco-oriental. Pero dicha promesa, o el acuerdo contractual, solamente tenía valor cuando una de las partes hubiera realizado una prestación (en el llamado contrato real) o cuando la promesa se hubiera fundido en el molde de una forma (la *wadiatio,* la *fides facta;* después la *charta* o la *traditio chartae*).

En esta época, que se extiende poco más o menos hasta el siglo XI y quizá hasta más tarde, fuera de los casos en que el contrato se funda en la forma y en relaciones de carácter restitutorio y aun penal nacidas de una *datio* o del hecho de haberse confiado un bien (mutuo, depósito, comodato, mandato en el que se transfiriera el derecho al mandatario), el contrato sólo es reconocido jurídicamente en cuanto represente un cambio (la misma palabra "contrato" llega casi a ser sinónimo de cambio): un cambio *cumplido ya* por una de las partes mediante una *res vel factum.* Los cuatro contratos consensuales típicos del Derecho romano no habían sido admitidos en aquella época y todavía tardarían mucho en admitirse; la influencia del Derecho romano sobre la práctica y sobre el Derecho realmente vigente es bastante relativa.

La *res vel factum,* la prestación realizada, adquiría así el valor de un elemento para la *formación* del contrato; mientras este elemento no interviniera, la promesa era revocable (v. supra § 1, *c;* para el *common law,* v. infra § 29).

La idea o la exigencia del cambio está tan arraigada que la

misma donación solamente es reconocida en cuanto exista una contraprestación, *Launegild* o *widerdonum*. Y la única donación admitida es la real o traslativa (aunque, como hemos advertido, la distinción entre acto traslativo y acto obligatorio resulta todavía bastante oscura, ya que también la donación con *Launegild* llevaba consigo las obligaciones de garantía o defensa). La donación obligatoria pudo quizá admitirse como donación de una cantidad de dinero mediante la *traditio chartae*, en la que la *charta* parece llevar "incorporado" el derecho de crédito.

La contraprestación puede quedar reducida a un valor simbólico, como un guante, un sombrero, una capa, etc., lo cual se explica no solamente porque la idea de la equivalencia de las prestaciones no juega en una mentalidad formalista y ajena a averiguaciones de esta índole,[2] sino también, y fundamentalmente, porque existía la idea, aunque se mantuviera en estado latente, de que una prestación cualquiera bastaba para dar forma al contrato y para que no hubiera dudas sobre la intención de concluirlo y de concluirlo con valor jurídico (juridicidad representada por el esquema del cambio). Hay en todo esto una especie de "hipocresía", que hace que sea muy difícil distinguir entre la exigencia de un cambio efectivo y la exigencia de un cambio formal (v. infra §§ 30 y ss., por lo que se refiere al *common law* moderno).

Mientras tanto, se van desarrollando las arras como modo de conclusión del contrato (no como *arrha poenitentialis*) y la forma, análoga a éstas, del *denarius Dei;* que, sin embargo, por lo menos las primeras, presuponen una prestación o parte de una prestación pendiente todavía de cumplimiento.

Las arras pueden consistir en una parte de la prestación debida o en un objeto distinto, aunque sólo tenga valor simbólico. Como es sabido, la *palmata* fué también otra forma muy generalizada.

Dada esta concepción del contrato, formal o real (en el que también la *res* podía quedar reducida a una forma o a un esquema formal de cambio) era natural que ni el tipo o la tipicidad del contrato, ni el motivo de la promesa, tuviesen virtualidad suficiente para determinar la sanción jurídica (prescindiendo de la cuestión de la licitud). En efecto, en los documentos que han llegado hasta nosotros encontramos los contratos más atípicos, con prestaciones desprovistas de valor económico o típico. Toda clase de relaciones

2 Salvo el caso de que una de las partes se aprovechara del estado de necesidad de la otra, caso en el que — es interesante advertirlo — el remedio alcanza también a la donación con *Launegild* (así, en la legislación carolingia); lo que demuestra que también este caso se considera como un cambio.

solían establecerse por medio de un contrato o relación contractual;[3] lo que, en cierto modo, desmentiría la conocida tesis según la cual en la Edad Media las relaciones derivaban del *status* de la persona más que del contrato.[4]

Por lo demás, la mentalidad de la época no era partidaria de hacer averiguaciones sobre el tipo, causa o razón de la promesa, para determinar o establecer adecuadamente su sanción. Contribuían también a ello: la escasa fuerza (moral y material) de los Tribunales; el carácter del procedimiento y de las pruebas; y, en cierto modo también, el sentimiento celoso del poder y de los intereses "privados" (confundidos con los "*públicos*") por parte de quien contrataba.

Todos los caracteres mencionados hasta aquí, contribuían a eliminar (como todavía ocurre hoy en el *common law*, v. infra § 28) el problema de la distinción entre contrato de cambio y donación *cum onere;* problema que nos atormenta actualmente en el *civil law* (infra § 10), pero que no podía presentarse en el Derecho medieval porque dicho problema impone una averiguación delicada sobre la intención del disponente, sobre la causa (motivo) principal o secundaria, etc. Y tal averiguación resultaba extraña para el espíritu del Derecho medieval y para sus métodos de interpretación (v. infra, *b*).

Naturalmente, cuando la prestación prometida (mediante la forma o la *res* recibida) no tuviese carácter económico o típico se imponía la necesidad de arbitrar un medio que hiciera posible la sanción jurídica consistente en el resarcimiento de los daños, dadas las dificultades — entonces insuperables — para la liquidación de éstos. Este medio era la cláusula penal, muy generalizada también para las promesas de carácter económico; cláusula, cuya importancia en la evolución del contrato merece ser puesta de relieve (v. §§ 14, 20 y 21).

3 Para estos casos que, por lo menos hoy, se presentan como atípicos, véanse los documentos citados por Schupfer, *Il diritto privato dei popoli germanici*, etc. cit. II p. 95 (promesa de no celebrar oficios divinos sin licencia del Rector de una iglesia); p. 119 (elecciones para el gobierno de un monasterio); p. 125 (obligación de permanecer bajo el patrocinio de una iglesia en ciertas condiciones; promesa de gobernar bien una iglesia); págs. 168-169 (promesa de no castigar a determinados esclavos; promesa de liberar a dos prisioneros). Estas promesas y otras semejantes, garantizadas con una cláusula penal, aparecen en documentos que llegan hasta después del año 1000.

Sobre el amplio uso de la cláusula penal, incluso en época muy posterior, cfr. Schupfer, *Il diritto delle obbligazioni*, cit, I, p. 172-176.

4 Sobre esta tesis, v. Pollock y Maitland, *A history of the English law*, II, Cambridge, 1923, págs. 232-233.

Todas las observaciones que acabamos de hacer habrán de ser recordadas a lo largo de nuestro estudio; en efecto, todas ellas son muy importantes para comprender la institución de la *consideration* y la concepción de la donación en el *common law*, frente a las concepciones de la donación *cum onere* y del contrato a título oneroso que se desarrollarán más tarde en el *civil law* (v. infra § 10 y §§ 28, 30 y ss., por lo que se refiere al *common law*).

b) *Criterios formales y literales de interpretación. Irrelevancia de los motivos o presuposiciones para limitar la responsabilidad del promitente, incluso en las promesas a título gratuito. Responsabilidad rigurosa, como si se tratara siempre de contratos formales o a título oneroso.*

En estrecha relación con la indicada concepción formal del contrato, incluso del contrato real, estaba el método interpretativo o la tendencia a la interpretación formal-literal de la promesa, que se manifiesta en el valor decisivo del *quod dictum est*. Con la consiguiente irrelevancia de los motivos o presupuestos (y del error o no realización de los mismos) que no hubieran sido expresamente puestos como determinantes en el contrato, especialmente en forma de condición. Es cierto que, aun en el contrato formal, se procuraba averiguar si se había entregado o se debía entregar una contraprestación o *res;* especialmente en la promesa a título de mutuo, por los fraudes tradicionales en la materia. Pero, una vez comprobado que se había convenido una contraprestación, *res vel factum*, es decir, que se había *dicho* que se quería tal contraprestación o que se la había aceptado, los motivos o presupuestos más o menos erróneos o realizados por los que se hubiera "dicho" aquello o por los que se hubiera convenido aquel *quid*, carecían de importancia o la tenían en muy escasa medida, a no ser que hubieran sido claramente expresados en forma de condición.

Cuando se hacía una promesa observando una determinada forma o recibiendo "*a cambio*" una determinada cosa o una prestación *convenida*, ya no era posible después sustraerse a la responsabilidad que de ella derivaba, alegando que tal promesa se había hecho presuponiendo ciertos hechos o situaciones presentes, pasados o por venir, o bien presuponiendo ciertas cualidades en

la cosa recibida a cambio. En un sistema semejante el error es irrelevante (v. infra, para el *common law* moderno, §§ 30 y 32).

Y aun en época más avanzada, cuando el error podía influir en la suerte del contrato era siempre en relación con el daño o con la lesión que de él pudiera derivar para el promitente, más bien que como vicio de la voluntad; es decir, no en el aspecto de una limitación de la voluntad de obligarse o de obligarse dentro de ciertos presupuestos (v. autores citados en la nota 5).

Incluso cuando el presupuesto fuera normal — por ejemplo, una determinada cualidad de la contraprestación — era preciso expresarlo claramente en el contrato. El defecto de una cualidad *normal* (vicio redhibitorio) de la cosa vendida era irrelevante en ausencia de una expresa estipulación en la que se hubiera exigido tal cualidad. Solamente con el tiempo esta estipulación llegó a ser una cláusula de estilo y a considerársela sobreentendida, por lo menos para los defectos más graves.[5]

Concretamente, en los contratos a título gratuito no podía invocarse el estado de necesidad del promitente, la superveniencia de hijos, etc.; cfr., por el contrario, los arts. 1.889 y 960 C. civil francés; 1.809 y 809 C. c. italiano; 519 y 528 C. c. alemán; 250 Código civil suizo de las obligaciones; 644 y 501 C. c. egipcio, etc.).

No podían invocarse tales situaciones, ni en el aspecto *objetivo* de un principio de justicia o de equidad (diciendo que el promitente no debía resultar excesivamente gravado ya que no había recibido nada a cambio), ni en el aspecto *subjetivo*, alegando que el promitente había hecho la promesa con el presupuesto de no caer él o su familia en estado de necesidad, de no tener hijos, etc.

Por lo demás, el contrato formal impone una responsabilidad rigurosa sin limitaciones ni presuposiciones, salvo las que claramente hubieran sido expresadas a través de la forma. Conviene recordar además que, en principio, en aquella época sólo se admitía el contrato de cambio o a título oneroso, aunque en realidad se tratara de un contrato a título gratuito, ya que siempre se exigía por lo menos la forma aparente de cambio mediante una contraprestación simbólica.

Consiguientemente, en cuanto a la medida de la responsabilidad del promitente no se hacía distinción entre contrato a título one-

5 Cfr. Pertile, *Storia del diritto italiano*, IV, Torino, 1893, p. 451 y citas que incluye; Zani, *L'evoluzione storico-dogmatica dell'odierno sistema dei vizi del volere*, en *Riv. it. scienze giur.* 1927, pág. 335 y sgtes; Meynial, *Note sur l'histoire du dol et de la violence*, etc. en *Melanges Fournier*, págs. 527 y siguientes; Brissaud, op cit. págs. 436-7, 456 y 502.

roso y contrato a título gratuito: la responsabilidad era *siempre una y uniforme*, es decir, la responsabilidad rigurosa propia de un contrato a título oneroso concebido con criterio formalista, o de un contrato formal (Brissaud, op. cit., págs. 399-400).

Por el contrario, con relación al *civil law* moderno, véanse los arts. 1.891 y 1.992 del C. c. francés; 1.710, 1.812, 797-798 del C. c. italiano; 494, 495, 496 y 638 del C. c. egipcio; 99 del Código suizo de las obligaciones; 521, 522, 524, 599, 600, 690, etc., del C. c. alemán (v. infra § 15).

El *common law* conserva todos estos rasgos característicos del derecho medieval: v. infra § 26 y §§ 28 a 32.

Igualmente, puesto que en aquella época todos los contratos eran formales o eran considerados, por lo menos formalmente, como contratos a título oneroso, los motivos y su relevancia eran tratados siempre como en los contratos de esta clase. Al contrario de lo que, como es sabido, sucede en el *civil law* moderno, en el que en materia de contratos a título gratuito se tiende a dar relieve a los motivos aun en casos en los que no tendrían tal relieve si se tratara de contratos a título oneroso: cfr. por ejemplo el art. 787 del C. c. italiano que refleja esta tendencia y según el cual no es necesario que el carácter determinante del motivo resulte de las declaraciones o de la conducta de las partes contratantes (v. también art. 1.371).

Todos estos rasgos característicos del contrato medieval (en cuanto a la interpretación, a la irrelevancia de los motivos o de los presupuestos limitadores de la responsabilidad) pueden explicarse de la siguiente manera:[6]

La apreciación de los motivos o presupuestos evoluciona paralelamente a los criterios adoptados para establecer la voluntad de obligarse *jurídicamente*. Si para establecer esta voluntad hay que buscarla más allá de los criterios *objetivos* basados en la forma o en el hecho de haber recibido a cambio de la promesa una contraprestación *cualquiera* (la *res*), habrán de tenerse en cuenta los motivos, fines o presupuestos del promitente que *limitan* dicha voluntad (si bien, teniendo en cuenta también la exigencia de proteger al destinatario de la promesa que haya confiado en ella, especialmente en los contratos a título oneroso).

Éste es el sistema del moderno *civil law*, implícito en el prin-

6 Las observaciones que siguen tendrían más adecuado lugar en los *Preliminares* (§ 1) o en la parte que dedicaremos a tratar del *civil law* moderno. Las hago aquí para dar la sensación del problema a la vez que su evolución histórica.

cipio tan vago como ambiguo "*solus consensus obligat*" (pacto nudo).

Desde este punto de vista, no se puede tener la seguridad de haber establecido y concretado la voluntad de obligarse jurídicamente si al mismo tiempo no se toman en cuenta los motivos y presupuestos que limitan esta voluntad: *la voluntad de obligarse y sus limitaciones forman un todo;* este "todo" representa la voluntad de obligarse en el caso *concreto,* buscada o averiguada mediante un método de interpretación libre o no formalista.

Por el contrario, si para establecer la voluntad de obligarse jurídicamente se adoptan los criterios objetivos del derecho medieval (la forma o la *res*), entonces no se podrán tener en cuenta los motivos o presupuestos que limitan dicha voluntad, a menos que resulten de la misma forma, con un significado objetivamente claro o, digámoslo así, según ciertos "*standards*" sociales.

Me explicaré con algunos ejemplos, muy interesantes, por lo cual *volveremos a encontrarlos frecuentemente a lo largo de nuestro Curso* (v. § 14) *y en la Casuística* (v. vol. II).

Supongamos que A promete a B que le prestará mañana a título gratuito su propio caballo, o mil libras esterlinas, o que al día siguiente le llevará gratuitamente de Alejandría a El Cairo en su propio automóvil (en su carro, si fuera en la Edad Media), o que recibirá de él una cosa en depósito.

¿Cómo se podrá saber si A ha querido contraer una obligación en sentido jurídico, o sea, como dirá Pothier (*Traité des obligations,* n.º 3), si ha querido "conceder (a B) el derecho de exigir su cumplimiento", o si sólo ha querido contraer una obligación en el plano de las relaciones sociales, morales, de cortesía, de amistad, etc.?

La cuestión queda resuelta si se adoptan los criterios de la forma o de la *res* aunque sea simbólica (la *nominal consideration,* v. infra § 30). Mediante la forma, la *res,* el *denarius Dei,* etc., la obligación jurídica queda contraída y contraída *plenamente,* sin limitaciones derivadas de motivos o presupuestos no expresados según alguno de los modos indicados. Por ejemplo, si al día siguiente A tiene necesidad urgente e imprevista de su caballo o de su automóvil, o si ha perdido todos sus bienes o por lo menos todo su dinero *líquido,* A no podrá invocar estos hechos para sustraerse a la promesa diciendo que la había hecho *con el presupuesto* de que esto no hubiera sucedido, o bien alegando que *no es justo* constreñirle a mantener una promesa en semejantes condiciones, tan onerosas para él, sin recibir nada a cambio.

Mas si se abandonan los criterios de la forma o de la *res*, como ocurre en el *civil law* moderno, habrá que averiguar los motivos, presupuestos y circunstancias del caso concreto; y para determinar exactamente la voluntad de obligarse habrá que tener en cuenta aquellos hechos sobrevenidos. Para lo cual se adoptarán dos puntos de vista:

1. Considerarlos como presupuestos (más o menos implícitos o tácitos) o como limitaciones de la voluntad, ya que no cabe pensar que A hubiera querido obligarse gratuitamente aun en aquellas hipótesis tan onerosas para él.

2. Considerarlos como razón de justicia o de proporcionalidad (en definitiva, justicia es "proporción"), porque la apreciación libre de la voluntad de A demuestra que tenía la intención de prestar un servicio gratuito (beneficencia); y conviene tener en cuenta esta intención estableciendo proporcionalmente la sanción de la promesa, es decir, no aplicando las reglas rigurosas de los contratos a título oneroso.

En realidad, estos dos aspectos — subjetivo y objetivo — son muy difíciles de distinguir y en la práctica se confunden, del mismo modo que, como veremos, se confunden en la práctica la *cause raisonnable* y la *cause juste* (v. infra § 14).

Esa averiguación de la voluntad y de sus motivos y presupuestos requiere una refinada técnica de interpretación. Y, aun poseyéndola, queda siempre un margen de incertidumbre. En efecto, supongamos que A hubiera hecho las promesas mencionadas no con una *pura* finalidad de beneficencia sino por un interés particular: por ejemplo, porque quería ver si su caballo era capaz de hacer el viaje de Alejandría a El Cairo, o porque no quería hacer él solo el viaje (cosa muy explicable en la Edad Media), o porque sabía que, con las mil libras, B habría emprendido un negocio en competencia con C (enemigo de A), etc. Para otras promesas "interesadas", sin el elemento del cambio, v. infra § 14, *e;* § 16 y también la Casuística en el vol. II (caso Fellmann cr. Mathebs y otros similares).

¿Qué alcance podrán tener estos distintos motivos o intereses, en cuanto al problema de limitar su responsabilidad, cuando A trate de sustraerse a la promesa invocando la necesidad urgente del caballo, del automóvil o del dinero? ¿Podrá todavía sostener que no había *querido* obligarse en tales hipótesis? ¿O que no es *justo* constreñirle a mantener su promesa ni a indemnizar los daños a B?

He aquí graves incertidumbres (v. para el supuesto de depó-

sito en interés del depositario el art. 1.928 del C. c. francés; v. también infra § 14, *e;* § 16).

Análogas incertidumbres y otras distintas surgirían en caso de que A hubiera prometido a B dinero o bienes para recompensarle ciertos servicios prestados con anterioridad, o para cumplir un deber moral. ¿Ha querido A contraer una obligación en sentido jurídico? Y, de ser así, ¿ha querido hacer una donación o solamente recompensar un servicio o cumplir un deber moral? ¿Y si el valor de la cosa, prometida sin intención de donar, es muy superior a lo que según la apreciación común sería justo prometer por aquellos servicios o en virtud de aquel deber? ¿Y si después de hacer esta promesa cae A en estado de necesidad? ¿Podrá limitarse la responsabilidad de A o reducirse la cuantía de la promesa? El criterio de la *res* no sirve para estos casos, porque los servicios prestados con anterioridad se realizaron sin que hubieran sido convenidos como objeto de un cambio (v. § 11).

El derecho medieval y los sistemas análogos, mediante los requisitos de la forma y de la *res* han tratado de resolver o de eliminar, según su capacidad interpretativa, su mentalidad y sus intereses, todas estas cuestiones y otras semejantes que constituyen, en definitiva, las dificultades a que aludíamos en § 1, *b*. Con ello, más o menos conscientemente, tales sistemas tratan de satisfacer la necesidad de lograr la seguridad de las relaciones jurídicas.

Nota del Traductor. — *Como regla general, puede afirmarse que también en el Derecho medieval español se advierte la insuficiencia del mero consentimiento para originar una obligación. En la época más antigua sólo son posibles las obligaciones nacidas de delito o de contrato real. El contrato no formal puede ser fortalecido mediante la entrega de* arras *o mediante la* palmata *(apretón de manos) que, en definitiva, es también una forma. La tosquedad del antiguo Derecho medieval español de obligaciones se manifiesta además y sobre todo en la inexistencia de una acción tendente a proporcionar al acreedor una satisfacción en caso de incumplimiento; al deudor que incumple se le priva de la paz y se confiscan sus bienes en beneficio del Estado, de todo lo cual no obtiene el acreedor directamente ningún provecho. De ahí que para proporcionar una satisfacción directa al acreedor se acuda al expediente de la* wadiatio, *con lo que la promesa queda fortalecida con una acción que se dirige contra los bienes muebles del promitente (sobre la aplicación de la* wadiatio, *en el antiguo Derecho medieval español, v. Mayer, ob. infra cit. págs. 156 y ss.).*

Aunque como regla general se afirme la inexistencia de contratos puramente consensuales, cabe señalar algunas excepciones en favor del

principio consensual, al que se alude en algunos textos legales, si bien en forma muy restringida y no sin vacilaciones y contradicciones. Así, en el Fuero de Navarra se establece con carácter general la no obligatoriedad de las meras promesas, tanto para los contratos bilaterales como para los unilaterales; pero es interesante advertir que tal principio se considera como un privilegio de los infanzones — aristocracia germana — mientras que para los villanos se establece que quedarán obligados por el mero consentimiento ("...mas si villano es et promete, deve dar"; *Fuero de Navarra, III, 19, 6).*

El Fuero de Soria se sitúa, por lo que se refiere a la validez de los contratos en general, en el terreno del espiritualismo jurídico, sin exigir requisitos de forma ni pena convencional. Lo mismo se establece en el Fuero Real (año 1254) al imponerse la obligación de cumplir los contratos ("pleytos") tanto si se hubieren celebrado por escrito como sin él y aunque no se hubiera convenido una pena (libro I, título XI, ley 1.ª). Pero después de establecerse estas reglas con carácter general, se restringe su aplicación concreta en determinados contratos, y así el Fuero de Soria exige que para la validez de la compraventa se entreguen arras o señal (párrafo 367, según la edición de Galo Sánchez) e igualmente en el Fuero Real se permite que cualquiera de las partes pueda deshacer la venta antes de que se haya entregado el precio o parte de él (libro III, tít. X, ley 3.ª). Es sumamente curioso que estas desviaciones del principio consensual se produzcan precisamente en la compraventa, contrato consensual por excelencia en el sistema romano. Se advierte en este punto una victoria del Derecho germánico; la situación — observa Mayer — es la misma en que se encontraba el Derecho romano antes de que se reconociera en los contratos consensuales una acción para exigir su cumplimiento judicialmente y cuando la compraventa sólo tenía lugar a través de una mancipatio.

En cambio, para el arrendamiento de servicios se observa un menor rigor; en la época más antigua parece que no hay acción para reclamar el cumplimiento si no se ha prestado fianza (Fuero de Usagre, Fueros de Aragón), pero a medida que se va suavizando la autoridad doméstica se impone el principio según el cual quedaba el señor obligado al pago del salario por mera promesa verbal (Fueros de Navarra, de Teruel, de Cuenca).

Por lo que se refiere al Derecho aragonés, en él se manifiesta también el principio de la no obligatoriedad de los contratos no formales, con predominio absoluto de la forma escrita (charta). *Sólo si la promesa está confirmada por un instrumento se podrá obligar al promitente a que la cumpla (Fuero 4.°,* De Fide instrumentorum). *Tal es la fuerza del instrumento en el Derecho aragonés, que debe siempre juzgarse y resolverse según lo contenido en él* (standum est chartae); *de acuerdo con este principio, debe pagarse todo cuanto conste en la escritura, aunque no se exprese la causa de deber, en lo que apunta la admisión del contrato abstracto (Fuero* De promissione sine causa).

En cuanto a la donación, se siguió también en España la regla practicada por el Derecho germánico según la cual no debía haber prestación o entrega de una cosa sin que el que la recibía entregara a cambio alguna compensación (aunque sólo fuera de valor simbólico; es el Launegild *del Derecho lombardo). Según Hinojosa, la idea de que no hay ninguna transmisión gratuita domina imperiosamente en la época que sigue a la invasión árabe en León y Castilla, Portugal, Aragón y Navarra; y no sólo en las donaciones, sino también en otros negocios jurídicos, como la manumisión, el matrimonio, etc. La contradonación suele consistir en caballos, vestidos, telas, sombreros, zapatos, anillos, etcétera. (En el Fuero Real ya no se habla del* Launegild.)

Frente a todas estas reglas, que revelan la influencia y el arraigo de los principios germánicos, las Partidas trataron de imponer un sistema de contratación directamente inspirado en el Derecho romano. Reconociendo el carácter consensual de la compraventa, admitieron la posibilidad de celebrarla sin escrito (carta) y sin arras (señal). La venta ("vendida") puede, pues, celebrarse con carta o sin ella; si las partes acuerdan prescindir de la carta o si, simplemente, no hacen mención de ella, la venta queda perfeccionada por el consentimiento de ambas partes, aún cuando no hubiesen dado "señal" (Partida V, tít. V, ley 6.ª). Se admite también la compraventa entre ausentes y la que tenga lugar sin estar presente la cosa vendida (Part. V. tít. V, ley 8.ª).

Por lo que se refiere a la donación, las Partidas la regulan con carácter puramente gratuito (por supuesto, sin nada que recuerde al Launegild). *Se puede llevar a cabo "por carta o sin ella", pero si excede de 500 maravedís de oro ha de hacerse por escrito, sin cuyo requisito no será válida. Como excepción a esta regla, se establece que no será necesario el documento escrito cuando la donación se haga en favor de alguna iglesia, lugar religioso u hospital (Part. V, tít. IV, ley 9.ª).*

Por otra parte, las Partidas tratan de trasplantar al Derecho español el rígido formalismo de la stipulatio *romana; de acuerdo con ello, se regula la promesa ("promision") estableciendo minuciosamente sus requisitos: presencia de ambas partes, congruencia entre pregunta y respuesta, etc. (Part. V, tít. XI, ley 1.ª). De todos modos, no se impone una fórmula sacramental; se ponen ejemplos y se advierte expresamente que puede celebrarse la promesa por otras palabras semejantes; incluso se admite que celebren la "promision" dos personas que hablen lenguas distintas, con tal de que cada uno entienda la pregunta o la respuesta del otro. Y se insiste en que la promesa ha de hacerse con intención de obligarse.*

Este rigor formalista que anima a las Partidas vendría a ser derogado por el Ordenamiento de Alcalá (año 1348), en el que, por influencia del Derecho consuetudinario castellano y del Derecho canónico, se establece de manera radical y terminante la validez del consentimiento en los contratos, de cualquier modo que se manifieste (Ord. de Alcalá, ley única del tít. XVI). El texto dice así: "Paresciendo que se quiso

un Ome obligar à otro por promision, ó por algún contracto, ó en alguna otra manera, sea tenudo de aquellos à quienes se obligò, è non pueda ser puesta excebción que non fué fecha estipulacion, que quiere decir: prometimiento con ciertas solepnidades del derecho; ò que fue fecha la obligacion del contracto entre absentes; ò que fue fecha à Escribano publico, ò à otra persona privada en nombre de otro entre absentes; ò que se obligô uno de dar, ò de façer alguna cosa à otro: mas que sea valedera la obligacion ò el contracto que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar à otro, é façer contracto con el."

Con esta importantísima ley queda introducido en el Derecho español el principio consensual, con notable anticipación a la fecha en que dicho principio aparece en otras legislaciones *(v. en el texto infra* § *4,* a*). A partir de este momento, la forma queda relegada a un segundo plano, y el eje de la contratación se desplaza al fondo, es decir, a la voluntad de los contratantes. Con tal de que conste la intención de obligarse, vale la obligación, sin que pueda alegarse que no se siguieron las formalidades de la estipulación, que no se otorgó documento público, que se trataba de un contrato entre ausentes, etc. Tal principio espiritualista, así consagrado, lo veremos constantemente reconocido y aplicado por la jurisprudencia hasta nuestros días.*

Los comentaristas del Ordenamiento de Alcalá parecen inclinarse a considerar que dicha ley pone fin a la distinción entre pacto y contrato (Acevedo, Matienzo), y que con ella quedan absorbidos los contratos verbales dentro de los consensuales. Con todo, y aún admitiéndolo así, no cabe llevar más lejos las consecuencias para afirmar, por ejemplo, que en el Ordenamiento de Alcalá se hubiera reconocido la validez y la obligatoriedad de la promesa unilateral no aceptada, cosa que algún autor pretendió, dejándose arrastrar por una interpretación excesivamente literal. Tampoco afecta dicha ley a otros requisitos que no sean de forma sino de esencia en determinados contratos, como por ejemplo, la entrega de la cosa en los contratos reales.

Así, pues, a partir del Ordenamiento de Alcalá los pactos nudos tienen acción, "exactamente igual que en el Derecho canónico", observa Luis de Molina; y en esta opinión coinciden todos los doctores y comentaristas. Con todo, como señala Núñez Lagos (ob. infra cit.), siguió practicándose la stipulatio *notarial; había perdido su monopolio pero no su eficacia. No era indispensable; pero mantenía su plena eficacia si voluntariamente las partes se adherían a ella. Quizá la razón decisiva para su subsistencia fuera la de que, dado su carácter abstracto, constituía un expediente para evitarse la prueba de la causa.*

Indicación bibliográfica. — *Dada la brevedad de estas nota, hemos prescindido de transcribir los textos de los Fueros, Partidas, etc. Para un estudio más detenido pueden consultarse: Beneyto,* Instituciones de Derecho histórico español, *Barcelona, 1930, vol. II, págs. 18-29; Gutiérrez,* Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español,

3.ª ed. Madrid, 1877-1878, tomos IV, V y VII; Hinojosa, El elemento germánico en el Derecho español, *Madrid, 1915, publicado también en las* Obras, *tomo II, Madrid, 1955, págs. 405 y ss.; Mayer,* El antiguo Derecho de obligaciones español según sus rasgos fundamentales, *Barcelona, 1926; Minguijón,* Historia del Derecho español, *Cuaderno noveno:* Contratación, *Zaragoza, 1924; Riaza y García Gallo,* Manual de Historia del Derecho español, *Madrid, 1934; Sánchez Román,* Estudios de Derecho Civil, *tomo IV, 2.ª ed. Madrid, 1899.*

Los juicios de Acevedo, Matienzo, Covarrubias, Gregorio López y otros comentaristas, sobre el alcance del principio expresado en el Ordenamiento de Alcalá, pueden verse en Gutiérrez, Códigos..., *tomo V, págs. 22 y ss. V. también Núñez Lagos,* La estipulación en las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá, *Madrid, 1950 (discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación).*

§ 4.

El «civil law» hasta Domat y Pothier

a) *Longevidad del sistema de los contratos formales y reales.*

El sistema medieval de los contratos reales y formales, que brevemente hemos esbozado en el parágrafo anterior, se mantuvo durante mucho tiempo en el continente europeo, y concretamente en Italia; en cuanto a los contratos formales, las formas variaban según el uso de los distintos lugares. Y se mantuvo durante mucho más tiempo de lo que se ha pretendido, según una opinión que quiere anticipar (a veces hasta la época longobarda) la difusión del principio del "pacto nudo"; opinión muy generalizada hasta no hace mucho e incluso sostenida recientemente.[1]

Puede decirse que para encontrar el principio llamado del nudo consentimiento hace falta llegar hasta el siglo XVI y aún más adelante, en Italia; en otros países hasta el XVII y aún el XVIII;[2] y siempre con limitaciones que han de ser muy tenidas en cuenta. Durante toda esta época, la *res vel factum* (que glosadores y comentaristas traducían, en términos romanistas, como *causa* de

1 Sobre esta opinión y sobre su crítica, v. Astuti, *I contratti obbligatori,* cit.

2 Así resulta de los estatutos de nuestros Municipios, de nuestras leyes locales, de nuestras costumbres y de las de otros países, Francia, Alemania, etcétera y de la práctica documental. Cfr. sobre este punto las obras de Schupfer, Brissaud, Seuffert, Chenon, etc., citadas supra § 3, nota 1.

los contratos innominados) continuó siendo un requisito para la formación del contrato, incluso para los típicos contratos consensuales romanos, como la venta y el arrendamiento.

Lo mismo puede decirse de la *palmata*, de las arras, del *denarius Dei* y de la contraprestación simbólica, elementos que se requerían también según ciertos estatutos de los comerciantes.

Pero especialmente se generalizó la *charta* o *instrumentum* en distintas formas, con o sin cláusula estipulatoria de estilo: así, para contratos de una cierta importancia aunque fueran contratos reales; y a veces se llegó a exigir dicha forma para toda clase de contratos.[3] Las discusiones sobre si la *charta* tiene valor formal o solamente probatorio, según nuestra mentalidad y con nuestro moderno bagaje de ideas, tienen una importancia muy relativa en aquellos tiempos en los que la distinción entre prueba y forma *ad substantiam* tenía también un valor muy limitado,[4] especialmente si se la quiere aplicar al problema de la comprobación de una voluntad de obligarse jurídicamente. Tampoco se puede hablar de una actitud meramente conservadora o de la fuerza de inercia de la tradición, porque lo cierto es que los requisitos de la forma o de la *res* estaban arraigados en la mentalidad y en las costumbres de la época y además ofrecían ventajas (v. § 1) que algunos juristas no dejaron de poner de relieve.

Si todavía seguía exigiéndose la forma o la *res* para ciertos contratos típicos de cambio, como la venta, en los que la voluntad de obligarse jurídicamente se prestaba a menos dudas, es fácil imaginar lo que ocurriría con ciertos contratos, tales como las promesas unilaterales de venta,[5] las promesas de comodato, de mutuo y otras semejantes, o las promesas atípicas, cuando todas

3 El documento, en la forma del *acte scellé*, parece haber sufrido un proceso de decadencia en Francia como *forma* contractual, quedando reducido a la función de medio de prueba (cfr. Chenon, op. cit. vol. I, núm. 382, páginas 204-208). Esto, aparte de la dificultad de distinguir entre forma y medio de prueba en aquella época, no significa un triunfo del principio del nudo consentimiento; es decir, no significa que se reconozca validez a cualquier contrato sin ser de cambio o real, como las promesas de mutuo o de comodato, las promesas por servicios prestados en el pasado, por una obligación natural. etc.

4 Cfr. Astuti, *I contratti obbligatori*, etc., cit. págs. 239-292; Schupfer, *Il diritto privato dei popoli germanici*, etc., cit. III, págs. 75-76.

5 El hecho de que las promesas de contratos (onerosos o de cambio) se consideren válidas en nuestros estatutos (Schupfer, *Il diritto delle obbligazioni*, cit. I, pág. 54) no significa que en ellas no fuera necesaria la forma escrita, las arras u otros requisitos similares, ya que tales requisitos seguían exigiéndose para el contrato definitivo incluso entre comerciantes; o bien, podía tratarse de promesas *bilaterales* de contratar, cuya validez iba imponiéndose lentamente en el ambiente comercial.

estas promesas no aparecieran revestidas de las formas en uso. La forma o la *res* eran, por otra parte, el indicio necesario para mostrar que las partes habían superado ya la fase de las negociaciones preliminares.

En cuanto a la donación, durante mucho tiempo todavía, hasta Pothier[6] y tal vez hasta las codificaciones y aun después de ellas, siguió siendo un contrato real y formal, si bien la exigencia de forma pudiese a menudo justificarse, como veremos, por motivos (protección de la familia, de terceros, evitación de fraudes, etc.), que no afectaban propiamente al problema de la forma como elemento esencial (o como único criterio de comprobación) de la voluntad de obligarse jurídicamente.

Puesto que solamente se admitía la donación real o traslativa, no podía plantearse el problema de la donación obligatoria *cum onere,* salvo quizás en el supuesto de promesa de una cantidad de dinero hecha con la "condición" de que se realizara o no un determinado hecho (seguir ciertos estudios, abstenerse del juego, etc.). Ahora bien, dado que la donación traslativa *cum onere* era considerada como contrato innominado o de cambio y, como tal, no quedaba sometida a los requisitos de forma y de *insinuatio,*[7] hay que entender *a fortiori* que cuando al hecho en que consistiera la carga o "condición" hubiera precedido el cumplimiento de la promesa de dar o de "donar", se tendería a considerar tal promesa como un contrato innominado. En este contrato innominado, en el que la prestación de la *res vel factum* había sido ya realizada, no se atendía al valor, equivalencia o carácter no económico de la prestación que fuera objeto del *onus* o "condición" de la promesa. Lo cual, por otra parte, se ajustaba a la mentalidad de la época y a lo que hemos dicho acerca del concepto de contraprestación y de cambio en dicha época (aparte de la exigencia de forma, cuando se estableciera no sólo para las donaciones sino para todos los contratos a partir de determinada cuantía) (v. § 3, *a*).

Mayores dudas puede suscitar el tratamiento reservado a las promesas no formales hechas por una *causa praeterita,* por servi-

6 La admisión de la donación obligatoria (incluso de la que no consista en dinero) que se encuentra más tarde en algunos autores (v. por ej., Voet, *Comm. ad Pandectas,* 39, 5, 19; y las discusiones en Richeri, *Universa civ. et crim. iurisprudentia,* etc. tomo IV §§ 342-344) suscita serias dudas frente a la realidad de la práctica. Por lo demás, a tal admisión se llega en medio de graves discusiones e imprecisiones teóricas. Se tiene a veces la impresión de que se trata de discusiones en torno a los textos romanos (v. infra *c, d;* § 5, *c*).

7 Cfr. Schupfer, *Il diritto delle obbligazioni,* etc., cit. II, págs. 51 y siguientes y los autores que cita.

cios prestados, etc. Probablemente influían también en este campo la exigencia de la *res*, como cambio actual, o la exigencia de la forma. Para excluir que tales promesas fueran tratadas como donaciones, con los requisitos inherentes de la *datio inmediata* o de la forma, los intérpretes invocaban una analogía o una equiparación con el contrato innominado o permuta; una permuta en la que la *res* (servicios prestados y otros supuestos semejantes) habría sido ya entregada con anterioridad; o bien una analogía con el pago o promesa de pago de una deuda preexistente.[8] Sin embargo, aunque se aceptaran estas construcciones, muy atacadas y discutidas, el contrato solamente sería válido (en defecto de forma) dentro de los límites de lo que el promitente hubiera recibido con anterioridad.

En cualquier caso, por una parte el hecho de que se recurra a la idea de la *res*, de un contrato innominado *ficticio*, o de un pago, demuestra que la *res* era todavía un elemento vital en la práctica y revela, asimismo, que las promesas por una *causa praeterita* no estaban admitidas, *como tales*, por el Derecho vigente. Por otra parte, es muy dudoso que tal construcción de las promesas basadas en una *causa praeterita* correspondiera a la realidad de la práctica; incluso cabe pensar que el alcance de dicha construcción se limitara a un estudio o interpretación de los textos romanos.

Subsiste durante esta época, si bien debilitada o en vías de debilitarse, la tendencia a la interpretación literal-formal basada en el *quod dictum est*, de acuerdo con la mentalidad que sólo veía en la forma o en la *res* el criterio distintivo de la voluntad de obligarse jurídicamente. Y ello, a pesar de la obra de las escuelas, de la influencia del Derecho canónico y de ciertas afirmaciones según las cuales todos los juicios eran ya de buena fe (v. nota 9). De acuerdo con tales criterios de interpretación, los presupuestos subjetivos de la promesa todavía no tienen virtualidad suficiente *para excluir* o limitar la responsabilidad del promitente si no han sido expresados — aun en las promesas a título gratuito — de manera que quede fuera de duda su carácter de motivos determinantes.[9] Pero en este punto, bajo la influencia del Derecho canónico

8 Cfr. Schupfer, op. y loc. cits.

9 Cfr. Pertile, *Storia del diritto italiano*, cit. pág. 451, y autores que cita; Zani, *L'evoluzione storico-dogmatica dell'odierno sistema dei vizi del volere*, etcétera, en *Riv. it. sc. giur.* 1927, cit. págs. 355 y sgtes.; Brissaud, op. cit., páginas 436-437 y 456.

La equidad, que hubiera debido presidir al menos los litigios entre comerciantes, quedaba limitada por la exigencia de seguridad y certeza; cfr. Astuti,

y de las escuelas, empieza a abrirse una brecha (especialmente para las promesas a título gratuito); brecha que, con el tiempo, llegaría también a significar un golpe grave para el principio, que todavía se mantenía firme, de la forma o de la *res* como criterios para la comprobación de la voluntad de obligarse jurídicamente o también, por lo que se refiere a la *res*, como fundamento sustancial de la obligación *ex contractu*.

En efecto, como hemos dicho en el § anterior (apartado *b*) la averiguación de los límites de la voluntad de obligarse (en los casos en que es admitida) forma un todo con la averiguación de esta misma voluntad (más allá de los criterios formales). Lo mismo puede decirse de aquellos presupuestos normales o de justicia para la adecuación o la exclusión de la responsabilidad en la promesa a título gratuito, a los que nos hemos referido en el § anterior.

b) *Primeras y limitadas victorias del llamado principio consensual.*

El primer paso hacia el reconocimiento del "consentimiento", sin necesidad de *res* ni de forma, hubo de darse naturalmente en el campo de los contratos de cambio más usuales, como la venta, permuta, arrendamiento de cosas, de servicios o de obra, etc.; o

I contratti obbligatori, cit. pág. 445. Incluso cuando, superados los criterios formalistas de interpretación o de comprobación de la voluntad de obligarse y de sus límites, llegó a ser relevante el error sobre los presupuestos o motivos, lo fué, como hemos visto, desde el punto de vista objetivo de la lesión o del daño sufrido por el contratante y no desde el subjetivo de un vicio de la voluntad, es decir, de una limitación de la voluntad de obligarse (v. Zani op. cit.). Probablemente el pretendido abandono de la distinción entre negocios *bonae fidei* y negocios *stricti juris* se refería a la relevancia del error, del dolo o de la violencia, desde ese punto de vista objetivo.

La relevancia del error sobre los motivos, como vicio de la voluntad o como limitación de la voluntad de obligarse, viene a coincidir con la afirmación (tardía, por lo menos en la práctica) de la validez del "pacto nudo", es decir, de la averiguación de la voluntad seria y deliberada de obligarse y de sus presupuestos; averiguación más libre, no limitada ya a los criterios objetivos de la forma y de la *res*, mediante el criterio de la "causa razonable" (v. infra notas 17 y sgtes. y § 14). Este principio del pacto nudo, con la consiguiente relevancia del error como vicio de la voluntad (incluso sobre un motivo no expresado como determinante, en las promesas a título gratuito), se insinúa en el siglo XVII y se afirma en el XVIII, o sea, con el iusnaturalismo y con el individualismo. Grozio (op. cit. supra § 1, nota 2) después de fundar la obligación contractual en el poder de la voluntad del hombre para limitar su libertad (v. infra § 6), afirma que las obligaciones voluntarias presuponen el "libre ejercicio del querer"; por lo que, como en el caso de los incapaces — añade — ninguno puede quedar vinculado por algo que haya hecho por error o bajo la influencia del dolo (op. cit. libro III, cap. 1 núm. 19).

sea, de aquellos que en el lenguaje corriente se solían llamar "contratos" o "negocios".

Esto ocurría aproximadamente en los siglos XVI-XVII. Probablemente, ciertas generalizaciones de las escuelas sobre el valor del nudo consentimiento se refieren sólo a estos contratos, porque en ellos habría de sentirse con mayor intensidad la preocupación de amoldarse a las exigencias de la práctica.

El que en este campo se consiguiera tal avance se debió sobre todo al hecho de que el ambiente y las costumbres habían llegado a un grado de madurez suficiente para que la expectativa o el crédito derivados de una promesa pudieran ser considerados como bienes equivalentes a la *res* del contrato medieval, algo que podía considerarse como un elemento patrimonial, que tenía un valor económico y que se podía cambiar.[10] Contribuyó a ello la difusión del comercio y del crédito, que dió lugar a que se confiara en la promesa y se reconociera su valor, bajo la influencia — aunque sólo fuera teórica — de las escuelas romanistas, canonistas y, más adelante, también de las del Derecho Natural; pero sobre todo bajo la influencia de las ideas y de la práctica generalizadas en los ambientes comerciales, en los que precisamente el crédito se consideraba como un bien que los comerciantes incluían en el activo de sus balances.

Naturalmente, para que fuera posible abandonar el principio de la *res* o de la forma en los mencionados contratos típicos de cambio, era necesario que los Tribunales llegaran a alcanzar una más refinada técnica interpretativa y a tener más confianza (y a la vez menos pereza o menos inercia) en la posibilidad de determinar, sin circunscribirse a aquellos elementos formales, el momento de conclusión del contrato, es decir, de encontrar la palabra o la conducta que revelaran la intención de hacer una promesa o

10 El principio de la transmisión de la propiedad por el solo consentimiento y la equiparación del crédito a la *res* podían inducir a pensar que con tal "transmisión" o con la concesión del crédito se actuaba la *res*. A este propósito resulta sugestivo un pasaje de Connano, *Comm. juris civilis libri X*, libro V, cap. I. Mantiene este autor la exigencia de la *res*, pero añade que en la venta, en el arrendamiento y en contratos semejantes a éstos, la fijación del valor de la cosa equivale a su transmisión, puesto que desde este momento la cosa se tiene por entregada (o dada) y el precio por pagado.

Según este razonamiento, la contraobligación o concesión de un derecho de crédito sería también un elemento para la *formación* del contrato, lo mismo que la *res* (v. infra sobre el *common law* § 26, nota 13).

Por lo demás, la exigencia de la *res* o la negación del valor del pacto nudo se encuentran también en muchos autores, como Duareno, Fabbro, Donello.

una oferta vinculante,[11] así como la intención de superar la fase de las negociaciones preliminares y de concluir el contrato. En fin de cuentas, el abandono de los criterios formales o cuasi-formales era más fácil en estos contratos de cambio, precisamente porque quien concierta una relación de esta naturaleza suele obrar muy cautamente y porque el esquema de estos contratos, bastante típicos, era por sí mismo indicio de una voluntad seria de obligarse (v. § 1, *b*). Quien solicita de la otra parte la promesa de una contraprestación o de un sacrificio, suele obrar seriamente; y, por otro lado, ha de protegerse la confianza de quien recibe tal petición y, aceptándola, se dispone a cumplirla. Así, en la práctica o en el Derecho realmente vivido, estos contratos comenzaron a ser reconocidos como consensuales hacia fines del siglo XV o principios del XVI, en Italia; en otros países más tarde.

Pero para encontrar un más amplio reconocimiento del llamado principio del nudo consentimiento fuera del campo de los contratos de cambio (promesa contra promesa), hay que llegar a épocas mucho más recientes o muy próximas ya a las codificaciones; y todavía entonces con serias limitaciones o reservas.

Como pronto tendremos ocasión de ver, no hay que dar demasiado crédito a las abstracciones o a las proclamaciones retóricas de los iusnaturalistas; y aun la influencia del Derecho canónico y de las escuelas de Derecho romano en todo el problema del valor del nudo consentimiento, ha de valorarse con suma cautela.

c) *La influencia del Derecho canónico y de las escuelas.*

Como acabamos de indicar, el sistema de los contratos reales y formales se mantuvo durante mucho tiempo; las primeras victorias del principio consensual hasta el siglo XVII y aun hasta época más avanzada, fueron muy limitadas.

Cabe preguntar entonces cuál fué la efectiva influencia que sobre el sistema contractual vigente ejercieron el Derecho canónico y las escuelas, especialmente las de Derecho romano (al menos respecto a los cuatro contratos consensuales, al *contractus donationis* y a ciertos pactos reconocidos en los textos romanos).

11 En efecto, la posibilidad de quedar vinculado en virtud de la simple aceptación del otro contratante, sin recibir una *res* que confirmara tal vínculo, presuponía la posibilidad de apreciar en la propuesta de contrato la intención de hacer una oferta vinculante.

El problema es muy delicado, pero puede afirmarse que tal influencia fué más limitada de lo que a primera vista pudiera parecer.

En cuanto al Derecho canónico que, según algunos, habría hecho triunfar muy pronto en su seno y en el *jus civile* el principio consensual, lo cierto es que su influencia fué muy limitada y mucho más tardía de lo que algunos autores habían pretendido, como se ha demostrado por estudios recientes y por otros no tan recientes.[12] Probablemente se acude al Derecho canónico en busca de apoyo o como justificación moral cuando ya en la práctica, por las razones indicadas antes (apartado *b*) se había ido imponiendo el principio consensual, al menos en los contratos más usuales. En todo caso, la práctica y la costumbre se resistieron frente a aquella influencia o "intromisión"; incluso se combatió la *forma* de la promesa jurada — muy difundida — por el temor de que pudiera dar lugar a una intervención de la jurisdicción eclesiástica (v. Pothier, *Traité des obligations,* núm. 104).

En cuanto a las escuelas del Derecho romano, como ya hemos tenido ocasión de advertir, los mismos principios romanistas sobre el valor del nudo consentimiento en los contratos consensuales típicos, en la donación y en ciertos pactos, no habían podido triunfar sobre la práctica ni sobre las costumbres. Y si en algunos contratos típicos llegó a afirmarse el valor del nudo consentimiento, ello odebeció, como también hemos advertido, a una evolución debida a razones ajenas al Derecho romano, que, a lo sumo, sirvió de incentivo, de justificación o de marco para encuadrar el nuevo sistema. La labor de estas escuelas consistió sobre todo en un estudio, en una ejercitación sobre los textos romanos y en una sistematización o construcción de los datos de la experiencia (o sea, del Derecho vigente), mediante conceptos y nombres romanistas.

La lucha entre estas escuelas y el Derecho vigente, lucha a menudo latente en otros países, se había iniciado concretamente, como es sabido, en Francia.

Ciertamente, no puede negarse la influencia del Derecho romano sobre el Derecho común; pero tal influencia, más fuerte en otros terrenos, fué muy limitada en el campo contractual, especialmente en lo relativo al principio del consentimiento (aplicado a los contratos consensuales típicos y a ciertos pactos).

12 Sobre este punto, cfr. las obras de Fedele, Brissaud, Seuffert, citadas en § 3 nota 1 y otras que citan estos mismos autores.

Finalmente, por lo que se refiere a la influencia de los *savants* en general, de inspiración más o menos romanistas, todavía ha de ser considerada con mayor cautela. Puede servir de ejemplo la doctrina del *constitutum debiti* y del *pactum geminatum* (v. supra § 2, nota 9). Esta doctrina, que prácticamente hubiera debido conducir al triunfo del principio consensual ya en el siglo XV, por lo menos en Italia,[13] no era en realidad más que una ejercitación de las escuelas sobre los textos, un ensayo o una mera especulación teórica frente a la realidad de la resistencia que tal principio encontraba en la práctica.[14]

De ahí que los autores que han dado crédito a estas afirmaciones de las escuelas[15] se hayan inclinado a anticipar el triunfo del principio consensual e incluso a atribuir el mérito de este triunfo a la teoría del *pactum geminatum.*

En toda esta cuestión de la influencia de las escuelas hay que atender ante todo al Derecho vigente en la época, tal como resulta de la práctica, de los estatutos y de las costumbres.

Uno de los caracteres típicos del *civil law,* a diferencia del *common law,* lo constituye la existencia al lado de esos elementos del Derecho vigente, de una especie de derecho de los *savants,* inspirado unas veces en el Derecho romano (como razón o derecho por excelencia), otras veces en la razón, en la lógica, o en el Derecho natural. Este Derecho de los *savants* o eruditos ha tenido y tiene la tendencia, bastante excesiva, a racionalizar los datos de la experiencia de su época y a revestirlos de conceptos, de nombres y hasta de ideales propios; cosas, todas ellas, que suelen ser completamente ajenas al Derecho realmente vivido.[16]

13 Cfr. infra § 26 nota 8 sobre el alcance, en cierto modo análogo, que el *indebitatus assumpsit* tuvo en el *common law* (por supuesto, con las debidas diferencias y *mutatis mutandis*).

14 Así ha quedado demostrado en los trabajos de Astuti ya citados: *Pactum geminatum* e "*Il costituto di debito*" (v. supra § 3, nota 1).

El mismo Voet, *Comm. ad Pandectas,* ad Lib. II, Tit. XIV, *De pactis,* número 2, refiriéndose al Derecho romano y también, en cierto modo, al sistema que precedió al pretendido triunfo del principio del nudo consentimiento, dice de ellos que "*nulla vis fit*" de la *geminatio,* si no hubiera sido dispuesta por la ley; ni del juramento que va implícito en todo pacto.

15 Cfr. entre otros Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé,* cit. página 433, notas 2 y 3; Pollock y Maitland, op. cit. pág. 196; Plucknett, *A concise history of the common law,* Londres, 4.ª ed. 1948, pág. 608.

16 Por citar uno entre mil ejemplos, véanse los esfuerzos de Voet y Richeri a propósito de la donación obligatoria (supra nota 6) y las proclamaciones de estos autores y de los iusnaturalistas sobre el valor del nudo consentimiento, olvidando todos ellos o mencionando apenas de pasada los requisitos de forma impuestos por el Derecho de aquella época para muchos contratos, como si esto fuera cosa de la que se pudiera prescindir.

De ahí, también, una cierta tendencia en aquellos eruditos a las excesivas generalizaciones. Todo ello ha estado muy lejos de ayudar al recto entendimiento del Derecho realmente vivido en las distintas épocas. Tales superestructuras de conceptos y de nombres, tales esfuerzos constructivos o de racionalización y generalización, suelen ocultar a los ojos del historiador y aun a los del estudioso de nuestro Derecho actual, la realidad del Derecho efectivamente en vigor. Por lo mismo, puesto que esa tendencia se ha perpetuado, especialmente entre nosotros, el futuro historiador de nuestro Derecho actual habrá de encontrarse con análogas dificultades.

d) *Los iusnaturalistas: Grozio y la "cause raisonnable".*

Las observaciones que acabamos de hacer pueden aplicarse concretamente a los iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII y a Domat, a Pothier y a otros que sufrieron la influencia de aquéllos. El iusnaturalismo retórico es avasallador en esta época e incluso alcanza a los tratadistas del Derecho positivo.

Mas no hay que conceder mucho crédito a sus retóricas generalizaciones sobre el valor del nudo consentimiento.

Especial atención merece Grozio por la fama de que gozó y por la gran influencia que ejerció sobre los autores posteriores, en particular sobre Domat y Pothier y, a través de éstos, sobre los redactores del *Code Napoleón,* con sus proclamaciones acerca del valor del nudo consentimiento.

Grozio trata de distinguir — no siempre con claridad — el Derecho natural del Derecho positivo holandés,[17] entendiendo que el puro principio iusnaturalista del nudo consentimiento no encuentra aplicación plena en el Derecho positivo. Pero es un autor muy oscuro e intrincado; por lo que a través de sus ensayos conceptualistas y clasificadores es muy difícil llegar a saber cuál fué realmente el estado del Derecho holandés en su época (no demasiado distinto de los otros derechos positivos del continente).

En su obra sobre la teoría general del Derecho holandés, Grozio distingue y considera separadamente:

1. La promesa unilateral (aceptada), verbal o escrita, a la que llama "contrato expreso" y que corresponde al esquema de una *stipulatio* o de un pacto no formales.

2. Ciertos negocios típicos, u otros análogos a ellos, en los que,

aun existiendo acuerdo o convención, los efectos jurídicos parecen derivar más que de la voluntad de las partes, de la ley (que atribuye al tipo ciertos efectos y ciertas obligaciones).[18] Tanto es así, que Grozio estudia estos negocios junto con los cuasi-contratos "sin acuerdo", en los que la obligación tiene su origen en una causa que no es la voluntad de las partes. A todos estos contratos (con acuerdo o sin él) les llama "*contracts by implication of law or by operation of law*" (según la traducción de Lee), o bien, "*obligations by force of law*" (según la traducción de Maasdorp). Son, según la enumeración que él mismo hace, los contratos consensuales y reales del Derecho romano, más el seguro, la enfiteusis, la permuta, el cambio trayecticio (letra de cambio), el matrimonio, el contrato feudal.

Respecto a la primera categoría de contratos, o contratos (unilaterales) expresos, después de aludir a los requisitos formales (de la *stipulatio)* y a las "sutilezas" del sistema contractual romano, añade Grozio (retraduzco de Lee):

Como los germanos, ya desde antiguo, apreciaban la buena fe por encima de cualquier otra virtud, no aceptaron tales sutilezas sino que profesaron y llevaron a la práctica la idea de que todos los contratos que se fundan en una *causa razonable (redelicke oorzaeck)* dan un derecho de acción y de excepción, cualesquiera que sean la forma y las palabras empleadas, y aunque las partes no hubieran estado presentes en el mismo lugar (op. y loc. cits. n.º 52).

Y sigue diciendo Grozio en el número siguiente: se entiende que existe una causa razonable siempre que el contrato o la promesa se hagan a título de donación o constituyan un elemento accesorio *(pactum adiectum)* de algún otro negocio, tanto si el pacto

17 Grozio, *The jurisprudence* (teoría general del Derecho) *of Holland*, traducción de Lee, vol. I (texto y traducción), Oxford, 1926, Libro III *(of personal rights)*, cap. I, núm. 21. Dice Grozio que, a diferencia del Derecho natural, el Derecho positivo ha introducido *sobre la base de la experiencia* algunas nuevas obligaciones; además, y con el fin de poner *un freno a la imprudencia de los hombres* al contraer obligaciones, el mismo Derecho positivo ha negado acción a ciertas obligaciones y ha declarado totalmente nulas otras, privando así a los hombres del poder de contraerlas. Parece clara aquí la alusión a los requisitos de la causa y de la forma establecidos por el Derecho positivo.

De esta obra de Grozio (que también ha sido traducida por Maasdorp) citaremos aquí los capítulos I al VI del libro III, que contienen la parte general de contratos, mientras que los capítulos VII y sgtes. tratan de los contratos en particular.

18 Casi parece una alusión a las modernas teorías sobre la llamada intención jurídica (v. supra nota en apéndice al § 1), teoría que sin embargo Grozio limita prudentemente a los contratos típicos.

tiene lugar al mismo tiempo que este negocio como si se estipula posteriormente.

Esta causa razonable, que constituye un requisito para la validez de los "contratos o promesas expresos", no se requiere — según Grozio — para la validez de los contratos pertenecientes a la segunda categoría, o sea para los contratos típicos u "*obligations by operation or force of law*". Según Grozio, como observa Lee,[19] para esta última clase de contratos *que llevan en sí mismos una "causa jurídica" (a cause known to the law; rechtelicke oorzaeck,* según la terminología de Grozio) no es necesario averiguar si existe una causa razonable, excepto en caso de lesión (Grozio, op. cit., 3, 30, 14). Aquí parece que la causa razonable se concebiría como una cierta equivalencia de las prestaciones.

Este pasaje de Grozio sobre la causa razonable, dada su oscuridad (y prescindiendo del error histórico sobre el primitivo derecho germánico) ha dado mucho que hacer a los comentaristas. Parece que deba interpretarse en el sentido de que Grozio considera la causa de donación y la inserción de un pacto en un contrato típico como casos de "*causas razonables*", pero no como los únicos casos, para eliminar toda duda incluso en lo que respecta al Derecho romano.

¿En qué consiste, pues, esta "causa razonable" que veremos reaparecer con mucha frecuencia en la historia del *civil law*? (Véase infra § 5, *b*; §§ 10 y ss. y 14.) Los más recientes comentaristas de Grozio se inclinan a reducirla al mero requisito de la intención efectiva y deliberada de contraer una obligación en sentido jurídico[20] (o sea, al problema aludido supra, en la nota en apéndice al § 1).

19 Lee, *An Introduction to Roman-Dutch Law,* IV, ed. Oxford, 1946, páginas 436 y sgtes. Esa *rechtelicke oorzaeck* parece recordar la llamada "*causa civilis*" o sea, el *negotium* típico de los romanos.

20 A esto reducen la *reasonable cause* Lee y otros autores del *Roman-Dutch Law.* Según Lee, *reasonnable cause* significa "una causa de tal naturaleza como para inducir a un hombre razonable a hacer la promesa; una causa que otro hombre razonable, el juez, considera apta para producir una obligación en sentido jurídico *(legal obligation).* Quedan así excluídas las promesas necias e insensatas (Voet, 2, 14, 16) y las que constituyan una carga para el promitente sin representar ningún interés para el promisario (Voet, 2, 14, 20). Prácticamente, se llega al mismo resultado cuando se dice que una promesa vincula si ha sido hecha *serio et deliberato animo* (Vinnius, *ad Inst.* 3, 14, 2, sec. II; Voet, 2, 14, 9)". Así se expresa Lee.

En este sentido, cfr. también otros autores citados en mi artículo "*La causa nel pensiero dei giuristi di common law*" en *Riv. di dir. comm.*, 1951, resumido infra § 37.

Mas el verdadero problema consiste en saber si para que la promesa sea considerada como "necia e insensata" *(silly and foolish)* hay que acudir a

No creo que sea así. La causa razonable parece más bien una limitación al principio del nudo consentimiento (v. infra § 5, *d* y §§ 10-11); y seguirá siéndolo, aun en el aspecto de *cause suffisante* de las obligaciones de dar, en las leyes, en la jurisprudencia y en la doctrina de las épocas posteriores (v. §§ 10-14).

Ya Grozio distingue y estudia separadamente la causa razonable y la intención jurídica, es decir, la intención de conferir un derecho al destinatario de la promesa;[21] y sitúa el requisito de la causa razonable no en el campo del Derecho natural, *en el que rige el principio de que toda promesa hecha con aquella intención obliga* (op. y loc. cits. núms. 8-20 del Cap. I) sino en el campo del Derecho histórico y positivo. Por lo tanto, la causa razonable no debe afectar a la existencia de la intención jurídica, ya que de ser así se la requeriría también en el Derecho natural.

En segundo lugar, merece tenerse en cuenta el hecho de que Grozio no requiera la causa razonable en los contratos típicos, por entender que éstos tienen una "causa jurídica" a la que deben su reconocimiento jurídico; la causa razonable, exigida en *los otros contratos,* habrá de ser entonces algo que reemplaza a la "causa jurídica" y cumple la función de ésta. Y tampoco hay que olvidar que, a propósito de aquellos contratos típicos, la causa razonable (no necesaria, excepto en caso de lesión) consistiría en una cierta equivalencia o proporción entre las prestaciones.

Finalmente, aunque Grozio no hable de ello, conviene tener presente que en su época la donación remuneratoria solamente estaba exenta de forma cuando hubiera en ella una cierta proporción entre lo donado y los servicios que se querían remunerar.[22]

un punto de vista *objetivo*. En cuanto al requisito del interés del promisario, v. infra § 20, *b*, donde demostraremos que se trata de uno de los casos de *cause raisonnable* en el aspecto de la *cause juste*.

El requisito de la *cause raisonnable*, que Lee y otros autores relacionan con la causa de los canonistas, reaparece en Domat, en Voet (v. infra § 5) y en otros, e incluso entre los civilistas modernos: v. infra § 14.

Es un requisito que ni siquiera hoy puede considerarse desaparecido. En las obligaciones de *dar* se presenta como *cause suffisante*, cuya ausencia implica el concepto de donación y el correspondiente requisito de forma (v. infra §§ 10-11). En las obligaciones de hacer y de prestar, se presenta como *cause raisonnable* o *plausible*, es decir, como un conjunto de elementos — predominantemente *objetivos* — para establecer la voluntad de obligarse jurídicamente; y a menudo tiende a confundirse con la *cause juste*, es decir con una razón *adecuada* para condenar al promitente (v. infra § 14 y el caso Fellman-Mathebs, en el vol. II "Casuística").

21 Grozio, op. cit. libro III, cap. I, núm. 10 y cap. II, núm. 46.

22 Cfr. Lee, *The jurisprudence of Holland by Grotius*, cit. vol. II. *Commentary*, Oxford, 1936, notas al libro III, cap. II, en donde Lee menciona la crítica de Grozio hecha por Schorer, según el cual para una donación remune-

Queda en pie, naturalmente, el hecho de que Grozio considere también como causa razonable el espíritu de liberalidad, en el aspecto específico o técnico de donación; de manera que esta causa, tan amplia, podría prácticamente absorber a todas las promesas de dar desprovistas de una causa típica. Pero hay que tener en cuenta que Grozio, como casi todos los autores posteriores, tiende a desvalorizar el requisito formal de la donación, que para él, como para dichos otros autores, representa un simple pacto nudo dentro del sistema romano de los pactos (v. infra § 5). ¡En realidad, la donación no era un pacto nudo, sino un pacto formal o, sin más, un contrato real!

En resumen, no parece improbable que el "contrato expreso" de Grozio, para el que se requiere la causa razonable, se identifique con la promesa (y especialmente con la promesa de *dar* una cantidad o una cosa) que no vaya unida a una "causa" como contrapartida, como causa típica, con los problemas conexos de la *cautio discreta* e *indiscreta* (v. infra § 22) y del valor que, en general, correspondería a tal promesa. Tanto es así que las promesas unidas a una causa más o menos típica las estudia Grozio en otro lugar (en el capítulo que trata de los *contracts by operation or force of law*, op. y loc. cits., cap. VI).

Y al tratar de los "contratos expresos" habla de la *querella non numeratae pecuniae* (que, en realidad, ya no está en vigor en su época) y del valor específico de los documentos que contenían tales promesas: promesas "expresas" y escritas (op. y loc. cits. capítulo V).

Y no es sólo esto. Respecto a los contratos bilaterales que no entren en la categoría de los contratos típicos, Grozio alude al principio según el cual tales contratos no se perfeccionan sino con el cumplimiento de una de las prestaciones, siendo posible revocar la promesa hasta ese momento: "a menos que *claramente resulte* que una de las partes ha celebrado el contrato con la intención de conferir a la otra un derecho *firme* aun antes de que la cosa haya sido entregada, en cuyo caso el derecho del destinatario de la promesa surgiría concretamente de la promesa *expresa* y no de la

---

ratoria de más de 500 áureos se necesita la *insinuatio* (y la forma) si existe una *complete disproportion* entre los servicios prestados y el *quid* donado. Pero — observa Lee — esto no se aplica si los servicios o beneficios recibidos no son susceptibles de valoración pecuniaria (como, por ej., si consisten en haber salvado la vida o el honor), en cuyo caso no se requiere la *insinuatio* (Voet, 39, 5, 17). Sobre este último punto nos remitimos al § 2, nota 22, al § 5, *d*, especialmente nota 22 y a los §§ 10 y 11, nota 8.

naturaleza del contrato" (op. cit., cap. VI, n.º 10). De lo que parece resultar que la "naturaleza del contrato" es el *negotium* típico, la causa jurídica o *civilis;* y que en ausencia de ésta o del cumplimiento de la prestación, que constituye en cierto modo una causa, la promesa ha de ser tratada como todas las promesas "expresas"; es decir, ha de existir en ella una causa razonable (¿contraprestación suficiente?) que preste al negocio una fisonomía distinta de la donación (estudiada por Grozio en otro lugar y para la cual, por más que él no lo tenga en cuenta, se necesita una determinada forma).

En fin, no sólo es necesaria la causa *(negotium)* típica o la causa razonable sino que a veces se necesita también la forma. Como hemos advertido, Grozio — y con él otros autores — no considera la forma como un *vestimentum* del pacto (ni siquiera al tratar de la letra de cambio). Se limita a hablar de los contratos (expresos) escritos, por documento notarial y por simple documento privado, sin otro alcance que el de un estudio puramente clasificador. Ni siquiera nos dice en qué casos se necesita la forma escrita y concretamente la forma notarial.

En conclusión: aun a través de sus ensayos conceptualistas y clasificadores, que ocultan la realidad del Derecho positivo (como la ocultan los autores conceptualistas de hoy, hasta tal punto que será difícil para quien lea sus obras dentro de varios siglos el darse cuenta del verdadero estado de nuestro Derecho) lo cierto es que Grozio, en el terreno del Derecho holandés, no cede a la tentación del Derecho natural y del ideal *solus consensus obligat.* La causa jurídica o negocio típico, la causa razonable (¿suficiente?) y la forma, aun cuando él no la mencione en este aspecto, son los *vestimenta* de un sistema de pactos que no corresponde al esquema del nudo consentimiento. *Vestimenta* que, como veremos, se mantienen a lo largo de las épocas posteriores del *civil law* hasta llegar a nuestros días.

Pero, así como Grozio mantiene la distinción entre Derecho natural y Derecho positivo, esta distinción se va oscureciendo y llega a desaparecer en los tratadistas del Derecho positivo que le siguen. De Luca, Domat, Voet, Richeri, Pothier,[23] y otros autores

23 Voet, *Comm. ad Pandectas*, Libro II, tít. XIV, *De Pactis*, núm. 9: "*Hodie* (en oposición a las distinciones romanas de que habla en los núms. 2 y 8) *ex nudo pacto nascitur actio*". Según el *fori usum* — sigue diciendo — se admite hoy que "*ex pactis nudis, serio et deliberato animo interpositis, aeque ac ex contractibus, actionem nasci*". Y cita a este propósito a varios autores y entre ellos a Grozio (que, como hemos visto, hablaba de muy distinta manera con relación al Derecho positivo) y a Vinnio, quien niega que el mérito del

incluso de los siglos XIX y XX, abundan en proclamaciones o generalizaciones sobre el valor del nudo consentimiento. Estos autores comienzan sus obras sobre contratos con tales proclamaciones, invocando frecuentemente la razón o el Derecho natural. Mas, a poco que nos adentremos en su lectura, veremos que al tratar de cada uno de los contratos o de cada una de las cuestiones van poniendo graves limitaciones a aquel principio; así, en materia de donaciones, simples y *cum onere*, de promesas por una *causa praeterita* y de otros contratos formales,[24] sin olvidar el requisito de la *cause raisonnable* incluso en las obligaciones a título gratuito de hacer o de prestar. Tendremos ocasión de demostrarlo a lo largo de nuestro estudio (v. infra §§ 5, 10 y ss.). Tales proclamaciones sobre el valor del nudo consentimiento parecen, pues, completamente retóricas.

El amor al Derecho natural y a las generalizaciones (con olvido de "particularidades" no precisamente insignificantes), la escasa atención que prestan algunos autores al Derecho local, considerado como cosa vil o como algo "provincial" o municipal,[25] el afán

triunfo del principio del nudo consentimiento corresponda al Derecho canónico, puesto que éste no hubiera podido decir más de lo que el Derecho civil había dicho sobre la gravedad del *fidem falli*. Y es indudable, añade Voet, que hoy son válidos los pactos de fianza futura, de prenda futura, de promesa de mutuo, de promesa de comodato "*et quae huius generis sunt plura alia*".

De Luca, *Theatrum veritatis et justitiae*, Nápoles, 1758, *de credito disc.* 74, escribe: "*Etiam ex pacto competit actio inter negotiatores, inter quos non attenduntur juris apices — quoniam inter eos proceditur ex bono et aequo. Et demum jure novo cessat difficultas, attenta aequitate canonica per quam etiam ex pacto nudo actio competit*".

V. los otros autores (Stracca, Ansaldo, Claro) citados por Pertile, op. cit. página 451, quien alude también al *pactum geminatum*, sobre cuyo alcance v. nota 14. V. también la crítica de Chenon, op cit. I, núm. 382, págs. 204-208, a las generalizaciones sobre el valor del nudo consentimiento de Pierre de Fontaines (1254) y de Beaumanoir (1283).

En cuanto a Richeri, parece repetir casi al pie de la letra lo que dice Voet. Cfr. Richeri, *Universa civ. et crim. jurisprudentia* cit. tomo IX, libro III, título IV, *de Pactis*. Después de haber expuesto en los §§ 719 y sgtes., siguiendo a Voet, las sutilezas del Derecho romano en materia de pactos (parece como si todos estos autores sólo se preocuparan de atacar al Derecho romano; v. infra nota 26) continúa Richeri en el § 727: "*Caeterum usu fori ubique recepto, nulla amplius distinctio fit inter nuda pacta et non nuda; sed omnia actionem pariunt dummodo solemnitates, puta scripturae, notarii et testium interventus, jure municipali praescriptae, fuerint observatae; atque serio et deliberato animo inita sint*". Y cita el pasaje de Voet antes transcrito así como la razón natural del pretor romano de que habla el Digesto *De Pactis*, I, pr. (!). Así, considera válida la promesa de venta (§ 776); y en los §§ 826 y 1.216 parece aludir, bastante ambiguamente, a la validez del pacto de *mutuo dando* y de dar en comodato. Sobre Domat y Pothier, v. infra § 5.

24 V. la nota anterior y lo que se dirá en § 5, *c, d*, sobre Richeri y Voet.

25 Cfr. en nota 23 la reserva que hace Richeri en cuanto a las formas "*jure municipali praescriptae*", reserva de no poca importancia si se tienen

de proclamar que el sistema romano de los pactos está completamente abandonado por complicado y por no ser "simple",[26] todo esto parece haber hecho olvidar a aquellos autores que el Derecho moderno ha sustituído el sistema romano de los pactos, o el sistema medieval de los pactos nudos y de los pactos vestidos, *por otro sistema de pactos.* En este nuevo sistema, lentamente desarrollado y de contornos frecuentemente imprecisos, el pacto tiene que estar *vestido* — por lo menos muy a menudo y en los casos más importantes — con una determinada forma o con una determinada *cause suffisante, raisonnable* o *juste.* Además, esta causa influye sobre la medida de la responsabilidad y sobre las reglas del Derecho aplicable. Y, como tendremos ocasión de ver, este nuevo sistema no está menos "alejado de la simplicidad del Derecho natural" (Pothier) que el otro, y da lugar en su aplicación práctica a incertidumbres no menores y quizá más graves.

En resumen: la influencia del Derecho natural y de las correlativas tendencias a las generalizaciones y a las racionalizaciones, así como de las tendencias a sustituir la realidad por ideales, lo que es por lo que se desea, tendencias operantes todavía hoy en el *civil law,* ha sido una influencia verdaderamente nefasta tanto para la interpretación del Derecho actual como para su recto entendimiento desde el punto de vista histórico.[27] Las codificaciones señalaron la supremacía de la teoría (como obra de generalización

en cuenta el alcance y la extensión de aquellos requisitos formales establecidos por el Derecho municipal.

En cuanto a Voet, v. lo que dice a propósito del Derecho local en relación con la forma de la donación y con la *traditio solemni more loci* incluso para los actos a título oneroso.

26 En este sentido, cfr. especialmente el pasaje de Pothier citado en § 5, *b.*

27 Para darse cuenta de la vacuidad de estas abstracciones o racionalizaciones del iusnaturalismo, puede ser interesante Merlin, *Rép. univ. et raisonné de jurisprudence,* 5.ª ed. París, 1830, vol. III, págs. 771 y sgtes. en donde este autor, sobre la base de la razón o de la esencia del contrato (¡y del Cód. Napoleón!) entiende que es elemento esencial en todo contrato "una indemnización en favor de quien cede. Esta es la única condición del despojo. Esta indemnización, que presupone la cesión, es también por lo tanto esencial al contrato: suele ser expresada generalmente mediante la palabra precio o causa". Y encuentra este *prix* hasta en el matrimonio, como recíproca cesión de la persona... "Un precio, una condición, una razón en virtud de la cual aquella cosa pasa de uno de los contratantes al otro (code civ, art. 1.108)". Aquí, sobre la base de la razón o del Derecho natural parece combatirse el principio del nudo consentimiento. Naturalmente, Merlin no explica suficientemente la validez de la donación. A menos que se quiera ver en el pasaje de Merlin la reproducción (más o menos fiel) de la desconfianza del *civil law* frente a los contratos gratuitos, es decir, la afirmación de que, en el terreno de los principios, la promesa o cesión debe tener una contrapartida *suffisante* o *juste: "donnant donnant"* (v. infra § 13, *d,* al final).

y racionalización hecha con el pretexto de sistematizar) sobre la práctica, sobre la tradición y sobre la experiencia. Sin ninguna dificultad, los compiladores de los códigos encontraban en las obras de aquellos teóricos la sistematización o racionalización de datos que necesitaban para elaborar un código y que respondía a su mentalidad y a la mentalidad general del siglo XVIII. Por desgracia, aquellos teóricos habían generalizado y sistematizado sobre los textos romanos y sobre el Derecho natural más que sobre la práctica y sobre la experiencia (a diferencia de lo que harán los teóricos del *common law*). Tendremos ocasión de demostrarlo a lo largo de nuestro estudio.

Nota del Traductor. — *Como ya hemos indicado en las notas al § anterior, el principio consensual aparece en España — en plena Edad Media año 1348 — con notable anticipación a la fecha de su aparición en los otros países (siglos XVI-XVII). Y no se trata de generalizaciones escolásticas ni de afirmaciones de los autores, sino del reconocimiento expreso y terminante de dicho principio en un texto legal.*

La disposición del Ordenamiento de Alcalá (ley única del título XVI*) pasó después a la Nueva Recopilación (1567), libro V, título XVI, ley 2.ª. Sería igualmente recogida en la Novísima Recopilación (1805), libro X, título I, ley 1.ª.*

Como ya hemos indicado también, la disposición del Ordenamiento de Alcalá viene a modificar en el Derecho castellano todo el sistema medieval de contratación. Sin que llegue a desaparecer la carta *o instrumentum, su importancia queda considerablemente atenuada. La reforma que el Ordenamiento introduce es bien acogida, puesto que responde a una tendencia que había venido afirmándose en la costumbre, con lo cual, más que a introducir una innovación, a lo que viene dicha disposición es a consagrar legalmente un estado de hecho. Recuérdese que la finalidad primordial del Ordenamiento de Alcalá fué la de imponer la vigencia de las Partidas; pero es significativo el hecho de que para ello se comenzara por suprimir lo que en el Código Alfonsino había de excesivo rigor formalista, tanto en materia contractual como en materia testamentaria (el Ordenamiento simplifica también notablemente las formalidades del testamento, al prescindir del requisito de la institución de heredero: ley única del título XIX).*

En las notas al § anterior aludíamos al eco que encontró esta disposición en las obras de los primeros comentaristas del Ordenamiento de Alcalá. Todavía en las obras del siglo XVIII — coincidiendo con un momento en el que se exalta la importancia del Derecho nacional y se dirigen duros ataques al Derecho romano y a sus cultivadores — encontramos la afirmación y el elogio del sistema espiritualista castellano. En el Tratado Crítico *de P. Mora y Jaraba* (Los errores del Derecho Civil y abusos de los jurisperitos, *Madrid, 1748) y al tratar de los "errores*

de los romanos sobre la naturaleza y condiciones de los pactos", hace el autor las siguientes consideraciones: "Mas, ¿quién no vé que se opone a toda razón que una convención seria y deliberada no haya de obligar al promitente? Si Aurelio promete libremente a Pablo hacer o dar alguna cosa, ¿qué razón habrá para que no se le pueda precisar a cumplirlo, una vez que seriamente consintió? Pues, ¿por qué no ha de quedar eficazmente obligado?"

"En los contratos de Venta, Arrendamiento, Sociedad, Mandato o Procuradoría (que son los nominados) el consentimiento es quien produce la obligación eficaz... Luego si en los demás pactos concurre el mismo consentimiento y causa, ¿por qué no ha de resultar igual efecto y obligación?... Es suposición notoria decir, que fuera de esos contratos nominados, los hombres no proceden en los otros pactos con suficiente deliberación y seriedad; precipitándose fácilmente en las promesas: que es el único motivo que suele darse para defender dicha decisión civil. Porque vemos prácticamente lo contrario. Y, el ser los hombres algunas veces fáciles y sus contratos inconsiderados, no proviene de la calidad y especie de los pactos, sino de la complexión de los sujetos y de otros accidentes, que no tienen conexión con que los pactos sean nominados o innominados" (págs. 65-66). Después arremete contra el formalismo de la stipulatio *romana y vuelve a insistir en que "son vanas las diferencias que el Derecho romano establece entre los contratos nominados e innominados", y en que es "contra principios naturales y de jurisprudencia que no se haya de observar un pacto serio y deliberado" (págs. 105-106).*

Parecidas afirmaciones en apoyo del principio consensual encontramos en las Instituciones del Derecho Civil de Castilla, *de los doctores Jordán de Asso y De Manuel (citamos la 3.ª ed., Madrid, 1780), sin duda la obra jurídica más importante del siglo XVIII, que incluso llegaría a ser impuesta oficialmente como libro de texto en las Universidades españolas. "Hoy día — dicen los autores — se confunden los pactos con las estipulaciones de los Romanos, por cesar aquellas solemnidades usadas entre ellos. Tampoco conocemos las diferencias de promesas de que habla el Derecho Romano; porque entre nosotros todo pacto toma su fuerza del convenio y consentimiento de las partes, el cual de cualquier modo que uno parezca obligarse se debe guardar..." Y poco después insisten: "Por razón del modo de contraerse la obligación, no se encontrará entre nosotros pacto que no valga, porque la ley 2, tít. 16, lib. 5 Recop. decide generalmente que la obligación debe cumplirse de cualquier modo que conste lo pactado, aunque no intervenga ni estipulación, ni Escribano. Y así cesan en nuestro derecho las solemnidades exteriores que requerían los romanos para valimiento de las promesas..., pudiéndose decir verdaderamente que en España pende la obligación más de la buena fe de los contrayentes, que de las solemnidades del pacto obligatorio, que aun siendo nudo y sin escritura produce obligación..." (págs. 255, 257-258).*

Señalan el carácter consensual de la compraventa (perfecta desde el momento en que comprador y vendedor estén de acuerdo en la cosa y en el precio, aunque éste no se haya pagado ni dado señal), del arrendamiento, de la sociedad, de la permuta y del "mandamiento". Ahora bien, y éste es uno de los aciertos de la obra de Jordán de Asso y De Manuel, al lado de estas reglas del Derecho castellano, los autores van señalando las diferencias "que se observan en Aragón por disposición de sus Fueros", y así hacen constar que en el Derecho aragonés el nudo pacto no produce acción alguna para pedir, a no ser que esté revestido de las calidades de contrato, o que provenga de justa causa, o bien esté confirmado con escritura (Fuero ún. de Prom. sine causa, lib. 2, obs. 40 de gen. privil.).

Por lo que se refiere a los clásicos contratos consensuales, sólo dos de ellos tienen tal carácter en el Derecho aragonés. El arrendamiento puede hacerse sin escritura alguna, "por solo consentimiento", aunque el que se formalice en instrumento tiene la ventaja de que su precio se sacará o cobrará con preferencia a cualquier otro crédito del inquilino, según una disposición del año 1768; igualmente, se establece que el arriendo posterior con instrumento es preferido al anterior hecho sin escritura. En cuanto al contrato de sociedad, queda fuera de duda su carácter consensual al ser aplicables en esta materia también en Aragón las disposiciones del Derecho Común. Pero ni en la compraventa ni en el "mandamiento" es suficiente para el Derecho aragonés el consentimiento de los contratantes; para que el contrato de compra y venta sea válido en Aragón, además del consentimiento de las partes se requiere instrumento público, entrega de la cosa y del precio o, por lo menos, señal del precio; y faltando esto puede cualquiera de las partes revocar el contrato pagando cinco sueldos. Esto por lo que se refiere a los inmuebles; en las ventas de muebles basta con entregar la cosa o negociar por medio de corredor. Igualmente se requiere escritura para la validez del mandato (págs. 285-314).

Examen aparte merece el régimen legal de la donación. Ya desde las Partidas se había admitido la donación obligatoria: "E quando la donación es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a quien la fazen, tenudo es de cumplirla aquel que la faze, o sus herederos" (Part. V, título IV, ley 4.ª). Se alude también expresamente a la donación cum onere *o* sub modo *(designándola con este último nombre: Parte V, tít. IV, ley 6.ª) y aunque el texto pone ejemplos que conciernen a la donación real o traslativa y no a la donación obligatoria, parece que no habría inconveniente en aplicar dichas reglas a esta última, que estaba — como acabamos de indicar — expresamente reconocida. A la* causa praeterita *parece aludirse cuando se afirma que la donación se hace "por bondad de aquel que lo da, o por merescimiento de aquel que lo rescibe" (Parte V, tít. IV, proenio).*

Como ya indicábamos en las notas al § 3, las Partidas habían establecido el requisito del documento para las donaciones que excedieran

de 500 maravedís de oro. Esta disposición se mantuvo durante siglos, y es curioso advertir en los comentaristas y, en general, en todos los escritores que trataron la materia, la preocupación de fijar el equivalente monetario de la citada cantidad, atendido el valor legal de la moneda en las respectivas épocas y teniendo en cuenta también su valor comercial en relación con el precio de los principales artículos de consumo (sobre este punto puede verse Jordán de Asso y De Manuel, ob. cit. página 261, citando a Carranza, autor de una obra titulada Ajustamiento y porción de las monedas; *Berní y Catalá, en* Instituta civil y real..., *Valencia, 1745, se preocupa también de señalar la equivalencia de un sueldo de oro en moneda valenciana y castellana; v. pág. 68 de la edición citada).*

Asso y De Manuel observan que en la práctica de su época — siglo XVIII — toda donación se hace con aprobación de Juez, o instándose dicha aprobación por el donatario, como persona que principalmente tiene interés (ob. y edición cits., pág. 261). Comentando esta costumbre de dar facultad al donatario en las escrituras de donación para que sea éste quien inste la aprobación del Juez, otro de los autores antes citados, Berní y Catalá, estima que el Juez no cumple a menos que llamando al donante le examine por sí, "pues de esta forma se excusarán muchos inconvenientes" (ob. edición y págs. cits.).

En cuanto al Derecho aragonés se observan las siguientes reglas: toda donación de bienes raíces requiere para su validez instrumento y fianzas (Fuero 3 De Fid. instrum. obs. 4 de Donat. lib. 4); *la donación cuyo valor exceda de 500 sueldos jaqueses se debe insinuar* (Fuero 3 De Donat. lib. 8) *excepto la que se haga en capítulos matrimoniales, que según la práctica no necesita insinuación ni fianza.*

Sobre el constitutum debiti, *v. Partida V, tít. XI, ley 3.ª (v. Gutiérrez,* Códigos..., *cit. tomo 5.º, págs. 12-15).*

§ 5.

El principio del nudo consentimiento en Domat y Pothier

a) *Domat.*

En un pasaje tan célebre como ambiguo, a propósito de la causa como elemento del contrato y después de haber hablado de las convenciones de cambio en sentido amplio, escribe Domat (*Lois civiles,* libro I, tít. I, sec. I, núms. 5 a 9):

"En estas tres primeras clases de convenciones (se refiere a las convenciones de cambio en sentido amplio) se celebra un negocio que no tiene nada de gratuito; la obligación de cada una de las partes es el *fundamento* de la obligación de la otra. Incluso en las

convenciones en que parece que sólo una de las partes queda obligada, como en el préstamo de dinero, la obligación del prestatario ha sido precedida por el cumplimiento de lo que el otro contratante debía hacer *para formar la convención.* Así, la obligación que *se forma* en las convenciones de esta clase en favor de uno de los contratantes tiene siempre su causa en la obligación de la otra parte..."

Aquí cita Domat los textos romanos sobre los contratos innominados, en los que la contraprestación (ya cumplida) de una de las partes era la "causa" o "*causa data*" de la obligación de la otra y era, al mismo tiempo, un elemento de la formación del contrato, lo mismo que en los contratos reales de nuestro Derecho medieval (v. supra §§ 2 y 3).

Después de decir esto, añade Domat:

"En las donaciones y en los *otros* contratos en los que sólo una de las partes hace o da, *la aceptación forma la convención;* y la obligación del que da tiene su *fundamento* en algún *motivo razonable y justo,* como un servicio prestado o algún mérito del donatario, o el simple placer de hacer el bien. Y este motivo *hace las veces de causa* para aquel que recibe y no da nada."

Y más adelante:

"Algunas de estas clases de convenciones son de uso tan frecuente y tan generalizado que tienen un nombre propio: como la venta, el arrendamiento, el préstamo, el depósito, la sociedad, etcétera; pero hay otras que no tienen nombre propio" (¡son los contratos innominados!).

"Pero todas las convenciones, tengan nombre propio o no lo tengan, producen siempre sus efectos; obligan al cumplimiento de lo que se ha convenido" (es el principio genérico del puro consentimiento).

Y después se encuentra todavía este otro pasaje:

"En las convenciones que obligan a la restitución de algo que se ha recibido, sea de la misma cosa, como en el préstamo de uso y en el depósito, sea de otra cosa de la misma naturaleza, como en el préstamo de dinero o de cosas fungibles, la obligación sólo se forma cuando el consentimiento vaya acompañado de la entrega. Es por eso por lo que suele decirse que estas obligaciones se contraen por la cosa, aunque el consentimiento sea también necesario."

Y aquí cita Domat los textos romanos.

Sin embargo, no es difícil advertir la confusión y las contradicciones que contienen estos célebres pasajes de Domat.

Ante todo, todavía resuena un eco de aquel principio fundamental según el cual el hecho de realizar una contraprestación o de conceder un derecho de crédito (equivalente a la *res,* v. supra § 4, *b*) constituye un requisito para la *formación* del contrato: v. supra § 1, *b*; § 2, *b*; § 3, *a*. De acuerdo con este principio, dice Domat que la contraprestación o el "contracrédito" es la causa *(en sentido propio)* que forma la convención. Por el contrario, en los *otros* contratos, en los que falta el elemento de la *res* o un equivalente de ésta, la aceptación — o sea, el simple consentimiento — *forma* la convención, con el concurso de un *motivo razonable y justo* que "*hace las veces de causa*" *(por tanto, ese motivo no es la causa en sentido propio)*.

Además, aún después de haber proclamado el valor del puro consentimiento, todavía alude Domat a la entrega de la cosa como requisito de ciertos contratos.

Pero sobre todo, Domat parece olvidar que en sus tiempos la donación es todavía un contrato real y formal; parece olvidar el problema de la *donation avec charges* y el de la promesa por una *causa praeterita,* para las que, en defecto de una *cause suffisante,* se requiere el documento notarial (v. infra apartados *c* y *d;* v. también § 10).

Tampoco nos dice Domat en qué consiste el "*motif raisonnable et juste*" que "hace las veces de causa" en los *otros* contratos en los que falta el elemento de la *res* o del "contracrédito". Habla del "*simple placer de hacer el bien*"; pero, probablemente, con ello quiere referirse a las donaciones, en las que el requisito de forma o el elemento real tienen todavía mucha importancia, y no a los "otros contratos" (que no sean de *dar*) en los que faltan los elementos de la forma, de la *res* o del contracrédito. Si Domat se hubiera limitado a decir que la causa puede ser onerosa o gratuita habría agotado con ello todo el posible campo de la contratación y ya no tendría sentido hablar de un *motif raisonnable et juste.* En cualquier caso, el concebir el espíritu de liberalidad o de beneficencia como "causa" que justifica el reconocimiento jurídico de ciertos contratos a título gratuito, concepción que no es exclusiva de Domat, deriva probablemente de uno de los muchos equívocos originados por el ambiguo significado del término "causa" en los textos romanos, en los que también al referirse al espíritu de liberalidad se usa dicho término en el sentido de finalidad o móvil: v. D. 39, 5, 1, pr. (v. infra § 22 sobre la variedad de los problemas a que da lugar el polivalente término "causa").

En cuanto a esos "*otros* contratos", Domat no nos dice, por

ejemplo, en qué condiciones serían válidas una *promesa* de comodato y una *promesa* de mutuo sin intereses (es decir, *promesas* no acompañadas de la entrega de una cosa). ¿Se requerirá en estos casos un *motif raisonnable* que, por su carácter *objetivo* o según la *apreciación* común de lo que es razonable, revele la voluntad de obligarse jurídicamente? ¿Se requerirá, además, que este *motif* sea *juste,* es decir, que según la común apreciación justifique la condena del promitente? (Sobre estos puntos v. infra § 14).[1]

Por lo demás, esos "otros contratos" de que habla Domat y en los que no se dan los elementos de la forma, de la *res* o del contracrédito, no son necesariamente contratos a título gratuito o no interesados; pensemos, por ejemplo, en las promesas unilaterales de venta y en otras promesas "interesadas" (v. infra § 16).[2]

b) *Pothier.*

Al principio de su *Traité des obligations* (n.º 3) escribe Pothier:

"Un contrato es una especie de convención. Para saber lo que es un contrato hay que saber previamente lo que es una convención."

"Una convención o un *pacto (pues son términos sinónimos)* es el consentimiento de dos o de varias personas para formar entre ellas alguna obligación, para extinguir una anterior o para modificarla: *Duorum vel plurium in idem placitum consensus.*" L. 1 § 1 ff. *de Pact.* Domat, p. 1, 1, 1, tít. 1.

"La convención que tiene por objeto formar obligaciones es la que se llama *contrato.*"

"Los principios del Derecho romano sobre las diferentes clases de pactos y sobre la distinción entre los contratos y los simples pactos, *por no estar fundados en el Derecho natural* y por estar

1 Como puede advertirse, y pese a una opinión muy generalizada, Domat no fué el inventor de la teoría de la causa. Ésta, en el sentido de *causa data* (*res* o contracrédito) se encuentra ya en autores anteriores a él; en el sentido de *cause raisonnable* la encontramos ya en Grozio e incluso antes. Se trataba, más bien, de una concepción que era de dominio común en la época de Domat. Probablemente, el significado y el alcance del "*motif raisonnable et juste*" de Domat se aclaran con la referencia a Grozio y a los desarrollos de esta misma idea en otros autores (v. § 4, nota 20) .

2 Casi no hace falta advertir que en estos pasajes de Domat, lo mismo que en Pothier (*Traité des obligations,* núm. 42) y en otros autores anteriores y posteriores, volvemos a encontrar la confusión entre el problema de la "causa" como *res,* como contracrédito o como *cause raisonnable,* con el problema de la causa como fin erróneo o no realizado del promitente (v. infra § 22).

muy alejados de su simplicidad, no se admiten en nuestro Derecho.[3] Quienes sientan curiosidad por conocer aquellos principios pueden consultar el título *de Pactis,* de nuestra obra sobre las Pandectas, en donde se exponen con detalle."

"De ello resulta que en nuestro Derecho no debe definirse el contrato como lo definen los intérpretes del Derecho romano, *Conventio nomen habens a jure civili vel causam;* sino que se le debe definir como «una convención por la que ambas partes recíprocamente, o sólo una de ellas, prometen y se obligan frente a la otra a darle alguna cosa o a hacer o no hacer alguna cosa»."

"Digo que «prometen y se obligan»; pues sólo las promesas que hacemos con la intención de obligarnos y de conceder a aquél a quien las hacemos el derecho de exigir su cumplimiento pueden formar un contrato y una convención."

"Hay otras promesas que hacemos de buena fe y con la voluntad actual de cumplirlas, pero sin intención de conceder a aquel a quién las hacemos el derecho de exigir su cumplimiento, como sucede cuando el que promete declara, al mismo tiempo, que no quiere en modo alguno quedar obligado; o cuando así resulte de las circunstancias o de la cualidad de quien promete y de aquel a quien se hace la promesa. Por ejemplo, cuando un padre promete a su hijo, estudiante de Derecho, que le dará lo necesario para que durante las vacaciones haga un viaje de placer en caso de que haya empleado bien su tiempo, es evidente que al hacer esta promesa el padre no entiende contraer frente a su hijo una obligación propiamente dicha."

"Estas promesas producen una obligación imperfecta de cumplirlas, con tal de que no surja alguna causa que de haber sido prevista hubiera impedido que se hiciera la promesa; pero no engendran obligación ni por consiguiente constituyen un contrato."

De este pasaje se desprende que Pothier, siguiendo a Domat y a las escuelas del Derecho natural, proclama el principio "*solus consensus obligat*".

3 A este propósito conviene también recordar otro pasaje del *Traité des obligations,* núm. 15, en el que Pothier plantea la distinción entre contratos formales y no formales: "Aquellos que el Derecho civil somete a ciertas reglas o a ciertas *formas* y aquéllos que se rigen por el *Derecho natural*". Entre los primeros, dice, se incluyen el contrato de matrimonio, la donación, el contrato de letra de cambio, la constitución de renta. "Las otras convenciones, añade, según nuestras costumbres no están sujetas a ninguna forma o regla *arbitraria.*"

Aquí aparece claramente la tendencia racionalista a menospreciar el Derecho positivo e histórico en relación con el Derecho natural, tendencia análoga a la ya puesta de manifiesto en Richeri, Voet y otros (v. supra § 4, nota 23).

La única cuestión pendiente es la de saber si el promitente ha tenido intención de obligarse jurídicamente; en realidad, el ejemplo que pone Pothier se refiere a una donación, para la cual se requeriría la forma.

La definición que da Pothier del contrato es la misma que encontramos en el art. 1.101 del Cód. de Napoleón.

Después, en el núm. 42 de su *Traité des obligations,* hablando de la causa dice: "Toda obligación debe tener una causa honesta. En los contratos interesados, la causa de la obligación que contrae una de las partes es aquello que la otra parte le da o se obliga a darle, o el riesgo que aquella parte asume. En los contratos de beneficencia, la liberalidad que una de las partes quiere hacer en favor de la otra, es una causa suficiente de la obligación que contrae frente a ella".

Este segundo pasaje, prescindiendo de la alusión a la *cause honnête* y con ello (al parecer) al requisito objetivo de la licitud, no hace sino reproducir, desde un ángulo distinto, el principio del valor del nudo consentimiento.

En efecto, la causa de los "contratos interesados" equivale a lo que Domat llama causa *en sentido propio;* pero ya no se alude a esta causa como elemento de formación del contrato. Además, Pothier añade la mención del riesgo, lo que podría referirse también a las promesas interesadas pero sin contraprestación (promesa unilateral de venta, promesa a título de propaganda, etc.: v. infra § 16), en las que la probabilidad de concluir un contrato o de ensanchar el campo de los propios negocios quitaría a la promesa sin contraprestación el carácter de promesa desinteresada.[4] De esta manera, la concepción de Pothier — a diferencia de la de Domat (v. supra *a,* al final) — vendría a comprender a *todas* las promesas interesadas.

En cuanto a las promesas desinteresadas, Pothier, al contrario que Domat, no habla del "motivo razonable y justo" o de la "causa razonable" y similares. Se limita a considerar el espíritu de liberalidad como *cause suffisante.*

Pero, siendo así, sus dos amplísimas y perfectamente comprensivas categorías de las promesas interesadas y desinteresadas terminan por anular la "*causa*" como requisito *objetivo* que deba

4 Cfr. en este sentido el interesante artículo de H. Newmann, *The doctrine of cause or consideration in the civil law,* en *Canadian Bar Review,* agosto-septiembre 1952, págs. 673-674, quien invoca a este propósito la jurisprudencia del Bajo Canadá (Quebec, país de *civil law*) y la tesis de Billette, *La cause des obligations et prestations.*

añadirse al puro consentimiento, a la voluntad de obligarse jurídicamente. En efecto, el espíritu interesado y el desinteresado comprenden toda posible promesa y no queda, como requisito, más que el puro consentimiento (efectivo, de obligarse jurídicamente).[5]

Pothier no se limita, como Domat, a proclamar en términos generales el principio del nudo consentimiento. Es consecuente con él, y no sólo al definir y al eliminar la causa como requisito objetivo, sino también al descender a las aplicaciones prácticas, para las que expresamente invoca dicho principio. Así, basándose en éste, afirma la validez de la promesa unilateral de venta o de arrendamiento, y de la promesa de prenda, de comodato, de mutuo, de recibir en depósito, de transporte, etc.[6]

Además, en su *Traité des obligations* (núms. 139-140), aun sin pretender hacer aplicaciones de dicho principio, presenta ejemplos de promesas no típicas y hasta curiosas. Así, la promesa de una determinada cantidad "si vienes a estudiar Derecho en Orleáns"; y el contrato por el que un sobrino promete a su tío que le pagará 300 liras (cantidad más que regular en aquella época) si juega a las cartas (el sobrino). Como el sobrino jugó, un Tribunal francés le condenó a pagar las 300 liras (lo usual sería que fuera el tío quien prometiera una cantidad al sobrino a condición de que éste no jugara a las cartas o en casos similares; v. por ej. el caso Hamer-Sidway en el vol. II "Casuística").

Con todo, Pothier no nos dice si en este último caso existía por lo menos un documento escrito, detalle siempre importante en aquella época; ni si el primer caso debía ser considerado como una *donation avec charges,* con el consiguiente requisito de la forma notarial (sobre la *insinuatio,* v. infra, apartado *c*). Como veremos, Pothier, siguiendo a la doctrina tradicional (v. supra § 3, *a*), admite que para la donación obligatoria de una cantidad de dinero no se necesita la entrega, aunque en general sea necesaria la forma notarial para las relaciones entre las partes. Así, aun en este úl-

5 Es curioso que Pothier, lo mismo que otros, cuando habla de los "contratos de beneficencia" los enumera taxativamente: donación, préstamo de uso, préstamo de cosas consumibles, depósito, mandato (cfr. Pothier, *Oeuvres,* París, 1861, vol. V, *article prél., Contrats de bienfaisance.*)

6 Cfr. el *Traité du contrat de nantissement,* núm. 9; el *Traité du prêt à usage et du précaire,* núm. 6, donde justifica la validez de la promesa de comodato con la afirmación de que "en nuestro Derecho francés todas las convenciones, incluso aquellas que el Derecho romano llamaba *nuda pacta,* son válidas y engendran obligaciones civiles". Cfr. también el *Traité du contrat de louage,* núm. 390 (sobre la promesa unilateral) y núm. 395 (donde la promesa de transporte a título gratuito es considerada como un mandato). Así como el *Traité du contrat de vente,* núm. 476.

timo aspecto (el de la donación, pura o *avec charges*) quedaría en pie el principio del nudo consentimiento por lo menos entre las partes.

Pothier es, pues, perfectamente consecuente.

c) *Pothier* (continuación): *los contratos formales; la donación.*

Pero sería una conclusión precipitada la de afirmar que, al descender a las aplicaciones concretas, se aplica efectivamente en el sistema de Pothier el principio del simple consentimiento.

Hay que tener en cuenta, a este respecto, los contratos para los que el Derecho positivo imponía una determinada forma: requisito formal que representaba sin duda un *vestimentum*, pero que Pothier trata con cierta ligereza en beneficio exclusivo del Derecho natural (v. supra nota 3).

Al tratar de las codificaciones tendremos ocasión de hablar de otras limitaciones al principio del nudo consentimiento, limitaciones que en la práctica ya existían en la época de Pothier (v. § 14).

Pero sobre todo, conviene no olvidar — aunque Pothier lo olvida cuando proclama el valor del Derecho natural — lo que él mismo dice en otro lugar a propósito de las donaciones, de la *donation avec charges* y de la donación por una *causa praeterita* (servicios prestados, obligación natural).

En efecto, pasando a su *Traité des donations* se advierte que en su época no era válida la donación obligatoria y que se requería, según las distintas *coutumes* que Pothier comenta, la entrega de la cosa. Se exceptuaba solamente la promesa de dar una cantidad de dinero[7] ya que, siguiendo la tradición aludida, la entrega del documento del que resultaba la deuda se consideraba equivalente a la transmisión de un derecho o a constituirse como deudor, es decir, a *dar* un derecho de crédito (una acción) por una cantidad cierta y determinada.[8]

7 *Traité des donations*, núm. 77: "Si la donación tiene por objeto una cantidad o una renta de las que el donante se constituye deudor frente al donatario, tal donación no es susceptible de ningún acto de tradición y la obligación irrevocable de cumplirla que el donante contrae es suficiente para que la obligación sea válida". Sin embargo, estas donaciones también estaban sujetas al requisito de la *insinuatio* y del documento notarial, salvo quizá las de cuantía inferior a mil libras (como donaciones mobilarias): v. op. cit. número 96.

8 V. el pasaje citado en la nota anterior y el núm. 78 del *Traité des donations*, donde al hacer la crítica de los que opinan que según la *coutume*

Tratándose de otros bienes distintos del dinero, Pothier no se separa de las *coutumes* y no confunde el requisito de la entrega con el de la irrevocabilidad *(donner et retenir ne vaut)*.[9]

Cierto que, según algunas *coutumes* (París y Orleáns) basta con la tradición fingida *(tradition feinte)*. Mas, aún para ésta, la necesidad de la oportuna cláusula (*clause de constitution de précaire, clause de dessaisine-saisine devant notaire,* de retención a título de usufructo o por cualquier otro título),[10] revela que todavía existía el requisito de la entrega, al menos como formalidad; es decir, que *solamente se admitía la donación real.* Además, refiriéndose a la cláusula de *dessaisine-saisine devant notaire* (de la que se deduce que, por lo menos, se requería esta *ceremonia* consistente en la declaración ante notario de despojarse de la cosa) dice Pothier que era necesario que el donatario no consintiera que el donante continuara en posesión de la cosa, pues de lo contrario quedaría sin efecto la cláusula y la donación sería nula.[11]

Pero además de estas *coutumes,* Pothier comenta las otras en las que se exige una *tradition solennelle* o por lo menos una *tradition réelle;* y critica las tentativas de Dumoulins (con relación a las donaciones condicionadas), de Ricard y de otros autores que querían disminuir la importancia de la tradición, tanto real como fingida (Pothier aduce la necesidad de las mencionadas cláusulas).[12] Y al hacer esta crítica cita a Lalande, a propósito del art. 283 de la *coutume* de Orleáns, según el cual, en defecto de la cláusula de *dessaisine-saisine devant notaire,* el donatario no puede accionar contra el donante para que éste sea condenado "a la entrega de cosas muebles o inmuebles prometidas por él". "Y además dice — añade Pothier, refiriéndose a Lalande — que según nuestra *coutume,* conforme en este punto con el antiguo Derecho romano, *la simple Paction de donner n'est point obligatoire*".[13]

Con lo que resulta claro que la donación obligatoria, la *promesa*

de Orléans el donante no puede oponer la falta de tradición (en las donaciones que tuvieran por objeto bienes distintos del dinero), dice Pothier: "suele decirse que a éste (al donante) se le considera suficientemente desposeído por el hecho de haber concedido una acción contra sí mismo para obligarle a entregar la cosa, y que así como se dice en Derecho que *is qui actionem habet ad rem jam ipsam rem habere videtur,* igualmente puede decirse que quien concede una acción contra sí mismo para que se le constriña a despojarse de la cosa viene a estar ya como desposeído de ella".

9 *Traité des donations,* núms. 64 y 78-79.

10 *Traité des donations,* núms. 67 a 74.

11 Op. cit. núm. 74.

12 Sobre esta opinión y sobre su crítica, v. el pasaje citado en nota 8 y *Traité des donations,* núms. 75 y 77-78.

13 *Traité des donations,* núm. 77.

de dar un bien a título de donación, no está reconocida jurídicamente como debería estarlo sobre la base del principio del puro consentimiento, proclamado retóricamente por Pothier en otro lugar (en el *Traité des obligations*). En principio, solamente se reconoce la donación real, aunque con la admisión de cláusulas *solemnes* que el uso considera como equivalentes a la entrega.

Tal estado de cosas tampoco se limita a las *coutumes* francesas; está extendido casi por todos los países.[14] Y la idea de que no se admite la donación obligatoria (sin el requisito de la entrega o la cláusula equivalente) está muy extendida y todavía sigue bastante arraigada bajo el imperio del *Code Napoleon.*

Dada la importancia de la donación (v. infra §§ 9 y 13, *c*), esto representa una no despreciable limitación al principio proclamado por Pothier al decir que basta con el nudo consentimiento y que "la liberalidad es una causa suficiente de la obligación que se contrae" (v. *Traité des obligations,* núm. 42, cit. supra, *b*).

La confusión y el equívoco originados por los términos *contrat* y *convention,* que en el *civil law* (sistemas latinos) comprenden también el acto traslativo, ha jugado una mala pasada a Pothier. Sería verdaderamente arriesgado dar crédito a su "*droit naturel*".

Y no es esto todo. No sólo no se admite la donación obligatoria, no solamente se requiere la entrega efectiva o una cláusula equivalente de desposesión de la cosa; sino que se exige además la forma notarial, en contra del principio del puro consentimiento.

A propósito de esto, Pothier, quizá dejándose arrastrar por su *droit naturel* o por la *ratio legis,* se entrega a discusiones inútiles en las que parece defender la tesis de que tal forma no se exigía bajo pena de nulidad para los efectos entre partes, sino solamente para los efectos con relación a terceros.[15]

14 V. supra § 4 nota 6, a propósito de los esfuerzos de Richeri para liberarse del requisito de la tradición y admitir la donación obligatoria... nada menos que sobre la base de los textos del Derecho romano-justinianeo. Voet, *Comm. ad Pandectas,* cit., 39, 5 *de Don.* § 17, hablando de la *insinuatio* dice que para los inmuebles se necesita la *traditio solemni more loci* (en cualquier acto, aun a título oneroso), incluso si el objeto donado es de valor inferior a 500; lo cual, añade, equivale a la *insinuatio.* En cuanto a los muebles, sigue diciendo Voet, no puede dudarse que si la donación se hace ante notario y dos testigos es válida lo mismo que si hubiera sido insinuada, porque concurre la fe pública. Y cita a otros autores, incluso de fuera de Holanda.

15 *Traité des donations,* núm. 131. Así lo ha puesto de relieve el anotador de este *Traité* (edición "Pothier, *Oeuvres*", París, 1861, vol. 8, núm. 131), quien observa que la Ordenanza Daguesson de 1731 sobre las donaciones, en los arts. 1 y 27 no dejaba lugar a dudas sobre el alcance del defecto de *insinuatio* y del defecto de forma. Según un principio que después habría de ser acogido por la jurisprudencia francesa y por algunos códigos modernos (v. in-

La forma notarial para las donaciones se exigía (y se exige) no solamente en Francia sino también en casi todos los países de *civil law* del continente europeo.[16] Ahora bien, como tendremos ocasión de ver, el requisito de forma para las donaciones no se limita a los casos de puro espíritu de liberalidad. La donación es — como ya había sido antes y como lo sería después — un esquema, un tipo por demás formal, para dar validez a contratos en los que el interés (o causa) más o menos típico del "donante" no sea el de liberalidad, aunque no consista en el interés de obtener una contraprestación (carga) o en una *causa praeterita.* Lo que da lugar a una limitación todavía más intensa y más amplia del principio del nudo consentimiento (v. infra § 9).

fra § 38), solamente la tradición real de los muebles podía eximir de la observancia de la forma notarial: este es el caso a que alude Pothier (v. op. cit. número 131).

Viollet, *Histoire du droit civil français*, París, 1893, pág. 902, observa que la Ordenanza Daguesson de 1731 no ha "introducido ninguna novedad importante, pues muchos autores habían afirmado ya que toda donación debía celebrarse ante notario". Sin embargo, añade, esta regla no había sido unánimemente aceptada. El Parlamento de Toulouse (país de *droit écrit* o de Derecho romano) protestó contra la regla de la Ordenanza Daguesson, alegando que según el Derecho romano la donación *inter vivos*, equiparada (¡por Justiniano!) a la venta, era válida sobre la base del solo consentimiento, con documento escrito o sin él (*scriptis aut sine scriptis:* Justiniano, Instit. libro II, VII *de donat.* §. 2). Añadía el Parlamento de Toulouse que la exigencia del documento escrito era solamente una precaución a efectos de prueba pero que no afectaba a la esencia del contrato; de ahí que no pudieran declararse nulas las donaciones hechas en documento privado, sin apartarse de los principios del *droit écrit.* Lo que demuestra que también en Toulouse se requería por lo menos la forma del documento privado *(acte sous seign privé).*

Hay que advertir, con todo, que Pothier después de discutir la necesidad de la forma en las relaciones entre partes, enumera la donación entre los contratos formales y junto a la letra de cambio (v. supra nota 3).

16 Las citas serían inútiles, por tratarse de algo tan del dominio común. Basta recordar que Voet, *Comm. ad Pand.* cit. D. 39, 5 *de don.* § 17 (que hemos citado en la nota 14) y § 18, dice que se requiere la *insinuatio* y la forma notarial para los inmuebles. En cuanto a los muebles, este autor considera como una excepción un estatuto local que dispensa a ciertas personas de la *insinuatio* si hubiera escritura privada, presencia de testigos o confesión.

Y Richeri, *Universa civ. et crim. Jurisp.*, cit. libro II, tít. VI, cap. IV, sección II (después de exponer las complejas formalidades de la *insinuatio coram judice* o *coram provinciae praefecto*, con expedición por parte de dicho funcionario de los documentos — *literae* — suscritos por los testigos, formalidad necesaria incluso entre partes para que la donación pudiera considerarse *legitime celebrata;* v. op. y loc. cits. cap. V) dice, a propósito de la donación manual de muebles, que después de realizada la tradición es contrario a la buena fe el *exigere solemnem scripturam* (op. y loc. cits. § 543).

Sobre la cuestión de la *insinuatio* y de las correspondientes formas, v. el artículo de Regnault en *Mélanges Fournier*, París, 1929, págs. 665 y siguientes. Sobre la *insinuatio* como forma judicial en el Derecho común, v. también Windscheid, *Pand.*, § 367.

d) *Pothier* (continuación): *la donación onerosa o "avec charges" y la donación por una "causa praeterita"; aparición de la teoría sobre la "cause suffisante".*

A propósito de estos actos, y siguiendo la constante tradición que arranca de las Ordenanzas de 1539 y 1566 (Ord. Dumoulins), Pothier se plantea el problema de ver si es necesaria la "*insinuatio*" en los registros públicos y en qué casos lo es; así como la forma notarial y la entrega de la cosa (es decir la no admisión de una simple promesa).

Para que el acto pueda calificarse como donación han de observarse dichos requisitos.

Siguiendo a sus predecesores e invocando las Ordenanzas de 1539 y 1731, Pothier dice que las "donaciones onerosas" están sujetas a la formalidad de la *insinuatio,* si bien según algunos no son "*propiamente verdaderas donaciones ya que es característico de la donación el no tener otra causa que la de llevar a cabo una liberalidad*" (alusión a una amplia corriente doctrinal que las consideraba como contratos innominados; v. también la doctrina tradicional del Derecho romano y medieval, supra § 2, *b, d*; § 3, *a*).[17]

Sin embargo, continúa diciendo Pothier (op. cit. núm. 89), "esto debe referirse a las donaciones en las que la carga no sea apreciable en dinero, tales como las que se hacen con la carga de servicios y fundaciones, a las que por esta misma razón la Ordenanza de 1731 en su art. 20 considera como verdaderas donaciones sometidas al requisito de la *insinuatio.* Incluso cuando las cargas sean apreciables en dinero, si el precio es considerablemente inferior al de la cosa donada se estará en presencia de una donación[18] que podrá ser anulada en defecto de *insinuatio* (y también, añadiremos nosotros, en defecto de entrega o de cláusula equivalente

17 Precisamente para resolver tal cuestión, dice Pothier (*Traité des donations,* núm. 86), "la declaración emitida para interpretar la ordenanza de 1539 proclamó: "*Toutes les donations, encore bien qu'elles soient simples, ainsi rémuneratoires ou autrement causées, sont sujettes à l'insinuation*".

18 No lo dice Pothier, pero hay que entender que en este caso era necesaria la *intención* de las partes de hacer una donación o la calificación del acto como tal; pues si lo hubieran calificado como venta (salvo el caso de simulación) el acto sería válido sin necesidad de forma y solamente se podría acudir a las normas sobre la lesión. En este caso, pues, es decisiva la *intención* o consentimiento de las partes (v. infra § 10, *b*). Por el contrario, si la carga no fuera apreciable en dinero, el acto no sería *verdadera donación* desde un punto de vista *objetivo,* independientemente de la intención de cambio o de la *causa,* principal o secundaria de las partes (v. para el *civil law* moderno la corriente contraria mencionada en § 10).

y de documento notarial), reservando en favor del donatario la acción que le corresponda para hacerse pagar, en caso de que haya cumplido tales cargas".[19]

"Pero si las cargas estipuladas por el donante en provecho propio son apreciables en dinero y de valor aproximadamente igual al de la cosa donada, no se tratará de una donación y por consiguiente no habrá necesidad de *insinuatio*. Así se declaró en una sentencia de abril de 1716, tomo VI del *Journal des Audiences* (*Civ.* 6, *ch.* 22) a propósito de una donación hecha con la carga de alimentar al donante, en la que el valor de las cosas donadas no superaba al precio de dicha carga."[20]

Hasta aquí lo relativo a las donaciones que tienen, por decirlo así, una causa *presente* o *futura* (una contraprestación convenida como carga, cumplida en el mismo momento o que ha de cumplirse después).

En cuanto a las donaciones por una *causa praeterita*, o donaciones *remuneratorias*, Pothier, siempre siguiendo a sus predecesores y a las Ordenanzas, se plantea la misma cuestión (op. cit. números 86-88). Razón de la duda: el fragmento del Digesto 39, 5, 1, según el cual solamente hay donación si el donante da "*propter nullam aliam causam quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat*".

Creían algunos autores — dice Pothier — que "el donante estaba obligado a cumplir por un sentimiento de justa gratitud". Las Ordenanzas de 1539 y 1731 modificaron la cuestión, al considerar el acto como donación. Pero Pothier añade: si se trata de servicios efectivamente prestados pero no apreciables en dinero y que no den lugar a una acción del donatario para exigir la recompensa, hay donación, porque el donante no tiene ninguna obligación: *liberalitas nullo jure cogente facta*. Si los servicios prestados son apreciables en dinero pero inferiores en mucho al valor de la cosa donada, hay también donación, que será nula en defecto de *insinuatio*, quedando a salvo la acción del donatario para hacérselos pagar.

"Pero si el precio de estos servicios es igual al valor de la cosa donada, entonces esta donación remuneratoria no tendrá de donación más que el *nombre* y aunque el notario la haya calificado

19 Por más que Pothier, siguiendo a la tradición, considere el acto como contrato mixto, gratuito y oneroso a la vez (v. *Traité des obligations*, números 1-2); pero si la carga no es apreciable en dinero el acto no será ni siquiera un contrato mixto, sino siempre *una verdadera donación*.

20 Como veremos en el vol. II (Casuística), ésta es una de las cuestiones más discutidas hoy.

así, no será una donación remuneratoria sino una *dación en pago*, una venta de la cosa donada por la cantidad debida al adquirente como precio de sus servicios, y por consiguiente tal acto no estará sometido al requisito de la *insinuatio*." [21]

Si nos hemos extendido sobre estos pasajes de Pothier es porque son de fundamental importancia, ya que contienen nada menos que el principio de la *cause suffisante* presente o pasada en las obligaciones de *dar* (y en las enajenaciones); una concepción que preocupará en todo el *civil law* moderno: v. infra §§ 10 y siguientes.

Casi no hace falta advertir que Pothier no hace sino reflejar el estado de la práctica y de la doctrina dominantes en su época, e incluso en época anterior, tanto en Francia como en otros países de *civil law*.[22] Ni hay que insistir en poner de relieve las diferen-

21 Es la opinión tradicional: v. supra § 4 nota 8. Se remonta a los textos romanos (v. § 2, notas 21 y 22) respecto a los cuales, sin embargo, la cuestión se discutía: v. las discusiones reproducidas en Richeri, op. cit. §§ 348-350. Pero en los Derechos romano y medieval, por no estar admitido el pacto nudo, se planteaba la cuestión en relación con otros problemas distintos del de la forma (exigiéndose *siempre* la *stipulatio* o el *transfert* formal, o en el Derecho justinianeo, por lo menos la *insinuatio* aun cuando la *causa praeterita* fuera suficiente: v. supra § 2, *d*); mientras que en la época de Pothier y después, hasta llegar a nuestros días, se plantea la cuestión verdaderamente en relación con los requisitos formales de la donación y por lo tanto con la alternativa entre forma y *cause suffisante*.

22 Cfr. por ej., Voet, *Comm. ad Pand.* loc. cit. *De Donat.* § 17: la causa para remunerar no debe ser *admodum inaequalis* (y aquí cita Voet a otros autores).

Richeri, op. y loc. cits. § 535: solamente dejarán de exigirse las formas de la donación cuando el servicio prestado o la *causa praeterita*, "*ex communi hominum sensu recipiat aestimationem*" (es lo mismo que el ser apreciable en dinero) y si la *remuneratio longe non excedat* al valor de dicho servicio. En estas condiciones, dice Richeri, se trata más bien de un contrato innominado, de una permuta, o del pago de una obligación anterior (v. también op. cit. §§ 347-350). Es la opinión tradicional, seguida también por Pothier: v. supra § 4, nota 8. Sin embargo, Richeri no acentúa aquí, como tampoco los otros autores ni los juristas modernos (v. infra § 10), que la *ratio* está en la *cause insuffisante* respecto a la función de la forma *(protección del donante)*, función que no obstante menciona Richeri en el § 494 (v. también supra nota 21).

La distinción entre servicios apreciables y no apreciables encuentra un punto de apoyo en las fuentes romanas o en un malentendido nacido de ellas: v. D. 39, 5, 34, § 1, citado supra en § 2, nota 22.

En cuanto a las donaciones *sub modo (onus* o *charge)*, Richeri pone algunos ejemplos: "*ut alimenta ipsi donante praestet, studiis vacat, matrimonium contrahat*" (Op. cit. § 857). Y después de haberlas calificado como donaciones impropias y de equipararlas a los contratos innominados o *ob causam futuram* (§§ 347 y 857), al considerar si deben quedar exentas de las formas solemnes se remite a lo que ha dicho en el § 535 sobre la *causa praeterita* (o sea, que el acto será verdaderamente un contrato no formal de cambio sólo cuando la carga "*ex communi hominum sensu recipiat aestimationem*", y si, en tal caso, las dos prestaciones son de valor aproximadamente igual: v. op. cit. § 902).

cias con relación a los sistemas romano, medieval y del *common law* (v. supra § 2, *b*, *d*; infra §§ 28 y 30).

Toda la concepción básica de la donación está influída por aquel principio de la *cause suffisante*. Una corriente moderna llegará prácticamente a derribar esta constante tradición, admitiendo que basta con un sentimiento de *délicatesse* o con una carga cualquiera (si ésta es la causa *principal*... ¡y aunque no lo fuera!) para excluir el concepto de donación con los correspondientes requisitos formales; mientras que otra corriente seguirá ateniéndose a los criterios *objetivos* resultantes de la tradición recogida por Pothier. Es decir, esta segunda corriente sostendrá que para excluir la donación y la forma es necesario que la carga o la *causa praeterita* sean apreciables en dinero y estén en cierta relación de proporción con el valor del bien enajenado (v. infra §§ 10 y ss. y la Casuística en el vol. II).

Pero lo importante es que al acogerse el principio de la *cause suffisante*, entendido con más o menos rigor, *se viene una vez más a cercenar el principio del nudo consentimiento* en cuanto a las obligaciones de *dar* (y a las enajenaciones).

En efecto, se califica el acto como donación y se le *impone el requisito de forma: a)* Aunque la intención de las partes en el caso concreto no haya sido la de hacer una donación, sino solamente la de *cambiar* dinero u otros bienes por una prestación (carga) no apreciable en dinero;

b) O bien, por lo que se refiere a la *causa praeterita*, aunque la intención de las partes haya sido exclusivamente la de recompensar servicios prestados o la de cumplir un deber moral; a pesar de esta intención se califica el acto como donación cuando los servicios o el deber no sean apreciables en dinero, o cuando la cantidad o los bienes dados o prometidos sean muy superiores al valor de los servicios prestados o del deber, según la apreciación común; es decir, cuando según dicha apreciación constituyan una *cause insuffisante*.

En muchos contratos de cambio, *innominados* o *atípicos*, y en las promesas por una *causa praeterita*, al calificar *objetivamente* el acto como donación y al imponerle el requisito de forma, prácticamente se hace de la *cause suffisante* uno de los dos *vestimenta* de la obligación de *dar;* estos *vestimenta* son o la forma o la *cause suffisante*. Y ello en contra del principio del puro consentimiento, según el cual si la voluntad de las partes no se dirigía a hacer una donación sino a celebrar otro contrato, el acto debería quedar dispensado del requisito de forma.

Tendremos ocasión de insistir sobre este punto: v. infra §§ 10 y siguientes.

Por ahora basta advertir que ni Pothier ni los otros autores que con él proclaman el principio del puro consentimiento, se dieron cuenta de la limitación que ellos mismos imponían a dicho principio con los requisitos de la donación y con sus criterios para distinguir la donación *avec charges* o con *causa praeterita* (por lo demás, para los autores modernos, v. también infra §§ 10 y ss.).

En cuanto a las contraprestaciones apreciables en dinero, es cierto que la calificación de donación y el requisito de forma se hacen depender (según Pothier y otros) del consentimiento, es decir, de la intención de las partes de hacer o no una donación. Pero no es menos cierto que la jurisprudencia ha llegado a aplicar el principio de la *cause insuffisante* (y por lo tanto a anular el acto desprovisto de forma) incluso cuando la intención de las partes fuera la de realizar un cambio. Así se ha hecho concretamente en el caso típico, mencionado también por Pothier, de enajenaciones hechas a cambio de una renta vitalicia o de una obligación de alimentos (v. infra § 10, nota 3 y § 23; y en el vol. II, Casuística). Por lo demás, Pothier, y con él casi todos los autores, vuelven a adoptar el criterio objetivo para excluir en este mismo caso la donación, cuando el valor de la carga y el valor del objeto donado sean aproximadamente iguales, por más que las partes hayan querido y calificado el acto como donación.

e) *Los criterios de interpretación; relevancia de los motivos o presupuestos que limitan la responsabilidad; graduación de ésta según los criterios objetivos de la causa onerosa o gratuita.*

En esta época, siglos XVII-XVIII, encontramos *completamente desarrollado* un sistema opuesto al que hemos bosquejado al tratar del Derecho medieval (v. § 3, *b*).

La averiguación de la intención de obligarse jurídicamente se lleva a cabo independientemente de los criterios de la forma y de la *res;* es decir, mediante una interpretación libre, investigando sobre los motivos, circunstancias, etc. del caso concreto. Lo cual está de acuerdo con el principio iusnaturalista del puro consentimiento o de la voluntad como base de la obligación.

En consecuencia, se deben tener en cuenta igualmente los moti-

vos y presupuestos que limitan la voluntad del contratante (si bien, protegiéndose a la otra parte de varias maneras) aunque tales motivos o presupuestos no resulten claramente de las declaraciones contractuales. El error es considerado como *vicio de la voluntad,* independientemente del daño o de la lesión. Todo lo cual está de acuerdo con lo que decíamos sobre el hecho de que la voluntad y sus limitaciones forman un todo (v. § 3, *b*). Ya hemos aludido también a la relación en que estas tendencias se encuentran con el iusnaturalismo y con el individualismo (v. supra § 4, nota 9).

Además, se suelen reconocer en esta época ciertos presupuestos *normales* de la promesa a título gratuito, y ello tanto en el aspecto subjetivo como, sobre todo, en el aspecto objetivo de un principio de justicia (v. supra § 3, *b;* infra § 15).

Por último, se distingue entre contratos a título oneroso y a título gratuito o, mejor dicho, entre promesas interesadas y promesas desinteresadas; en estas últimas, la responsabilidad del promitente es menos rigurosa (v. supra § 3, *b*).

En los contratos a título gratuito las reglas de interpretación y la relevancia de los motivos juegan de manera distinta (v. supra § 3, *b*; infra § 15).

En conclusión: por lo menos en apariencia, el sistema contractual del Derecho medieval ha sufrido una subversión completa en el *civil law* del siglo XVIII.

Nota del Traductor. — *Puesto que todo este § va dedicado al estudio y comentario de las doctrinas de Domat y Pothier, nada hemos de decir en nuestras notas de adaptación. Observaremos solamente que ambos tratadistas influyeron en nuestra doctrina e incluso en nuestro Código civil por lo que hay en él de imitación del francés, tan señaladamente influído por las doctrinas de aquéllos. Las obras de uno y otro fueron traducidas al español durante el pasado siglo.*

La de Domat fué traducida por F. Vilarrubias y J. Sardá: Las leyes civiles en su orden natural, *Barcelona, 1844 (la que citamos es la 2.ª edición española). En sus brevísimas anotaciones, los traductores se muestran totalmente de acuerdo con el criterio seguido por Domat al prescindir de la diferencia que las leyes romanas hacían entre pactos nudos y no nudos; observan que también en el Derecho español debe omitirse tal diferencia teniendo en cuenta lo establecido en la ley 1, tít. I, lib. 10 de la Novísima Recopilación — que, como sabemos, no es sino la reproducción de la ley única, tít XVI del Ord. de Alcalá — de la que se deduce que de todo pacto deliberado resultará obligación.*

El Tratado de las obligaciones *de Pothier, traducido por S. M. S., Barcelona, 1878, va precedido de un* "Proemio que contiene toda la legislación española sobre contratos" *y que, en realidad, no es más que un*

extracto sistematizado de las disposiciones de las Partidas y de la Novísima Recopilación (con citas también del Fuero Juzgo, Fuero Real, Leyes de Toro), extracto que va ordenado según una numeración que corresponde a la de los epígrafes de la obra de Pothier, pero sin que el traductor se extienda en comentarios ni anotaciones. (Hay también traducciones de los otros Tratados de Pothier).

Después de lo que hemos visto en las notas a los §§ anteriores, no puede sorprendernos la indiferencia con que los traductores de Domat y Pothier acogen las manifestaciones de éstos acerca del principio del nudo consentimiento: para los autores españoles no había en tales manifestaciones ninguna novedad.

Podemos cerrar esta breve nota con la misma conclusión que cierra el § 5: en el siglo XVIII está completamente subvertido el sistema contractual del Derecho medieval. Sólo añadiremos que, por lo que se refiere al Derecho español, dicha subversión se produce todavía en plena Edad Media — año 1348 — con la tantas veces repetida disposición del Ordenamiento de Alcalá.

§ 6.

El principio del nudo consentimiento en la época de las codificaciones y en el «civil law» moderno.

Llegamos así a la época de las codificaciones. Como es sabido, las obras de Domat y Pothier sirvieron de base para la redacción del Código napoleónico.

No se puede negar que el principio del nudo consentimiento, proclamado en aquellas obras y que dado el espíritu de la época flotaba, por así decirlo, en el ambiente, fué adoptado como principio o precisamente como "proclamación" inspiradora de los códigos del siglo XIX. Estos códigos han continuado en vigor en la primera parte del siglo XX y, prácticamente, rigen todavía hoy en muchos países.

Las definiciones genéricas del contrato que encontramos en dichos códigos quieren tener precisamente ese significado y ese alcance.

Toda promesa (aceptada y lícita) hecha con la intención efectiva de vincularse jurídicamente, *serio et deliberato animo,* da lugar a una obligación, a una acción o, usando un término del *common law,* es *enforceable.*

Según Savigny (*Traité des obligations,* cit. § 77), el moderno pacto nudo, la promesa (aceptada) hecha *serio et deliberato animo,*

no sería otra cosa que la *stipulatio* romana, transformada gradualmente por el desuso en que cayeron sus formas en un esquema contractual no formal. Este pacto tendría el mismo alcance y la misma función que la *stipulatio* romana: es decir, sería el esquema general de una promesa aceptada (convención) mediante el cual se nos podría obligar a hacer alguna cosa (lícita) para alcanzar algún fin (lícito). Su contenido, con tal de que fuera lícito sería irrelevante, de la misma manera que es irrelevante dentro del esquema del contrato formal;[1] y para que mereciera la sanción jurídica no se requeriría ni una forma, ni la *res*, ni una contraobligación u otro requisito objetivo semejante. La sola *conventio, serio et deliberato animo,* bastaría.

Hay que reconocer que en esta concepción se inspiran los redactores de los Códigos, la jurisprudencia y la doctrina del siglo XIX y, en buena parte, las del mismo siglo XX.

NOTA EXPLICATIVA: *Sobre el negocio jurídico, sobre la llamada autonomía privada como poder de la voluntad para obligarse y sobre la libertad contractual.*

Para comprender bien el alcance de esta concepción y las razones que la inspiran, conviene hacer una breve referencia al llamado dogma de la autonomía de la voluntad.

Esta ambigua expresión ha sido frecuentemente entendida en el sentido de *un poder o energía creadora de la voluntad:* el poder que tendría la voluntad (del promitente) para *crear* la obligación, el vínculo o relación jurídica. El Derecho no haría más que realizar esta voluntad.[2]

1 Hablamos aquí de irrelevancia solamente en orden a la sanción jurídica *(enforceability)* de la promesa; es decir, no consideramos el problema relativo a la suerte que haya de correr la promesa o el acto dispositivo en general, cuando el motivo o la finalidad perseguida por el promitente o disponente sean erróneos, no se realicen o no puedan realizarse (v. infra § 22).

2 Esta afirmación de un poder o energía *creadora* de la voluntad se remonta al iusnaturalismo. Grozio, *The jurisprudence of Holland,* cit. libro III, capítulo I, núms. 12, 21 y 25, dice a este propósito (núm. 12): la razón del valor del contrato "consiste en la libertad de disponer de sus actos que tiene el hombre"; y así como el poder del hombre sobre su propiedad le faculta para enajenarla, asimismo "un hombre tiene el *poder* de enajenar en favor de otro, que la acepte, una porción o más bien una consecuencia de su libertad".

Esta afirmación y la equiparación que en ella se establece con el poder de disponer de la propiedad está tan generalizada (todavía hoy entre muchos autores) que no valdría la pena hacer citas. Solamente para refrescarnos la memoria citamos a los siguientes autores:

Demogue, *Traité des obligations,* París, 1923, I, núm. 15, quien a propósito de la obligación contractual habla de una "energía creadora de la voluntad" a la que la ley añadiría limitaciones.

Planiol, *Traité élém. de droit civil,* 13.ª ed. II, núm. 303: "Al negar a la voluntad el poder de obligarse sin causa, el Código..., etc.".

Fuller, *Consideration and Form,* en *Columbia Law Review,* 1941, vol. 41,

Planteada la cuestión en estos términos, el principio del nudo consentimiento tenía fatalmente que ser proclamado como base del contrato, pues cualquier requisito de forma, de *res* u otro requisito objetivo semejante hubiera parecido una ofensa al poder de obligarse del individuo; de manera que se tendía a limitar tales requisitos al de la licitud y, con ello, a proclamar el valor del pacto nudo como esquema contractual genérico.

Y fatalmente también, dado este estado de cosas, tenían que surgir más tarde reacciones tendentes al exceso opuesto (v. infra § 19, sobre la teoría de la función económico-social del contrato y la crítica que allí mismo haremos de dicha teoría).

Sin embargo, basta reflexionar un poco para advertir que el problema ha sido planteado en términos bastante ingenuos.

Si el promitente quiere obligarse y quiere que su voluntad se realice, no ha de hacer otra cosa que mantener la promesa, por más que ésta no reúna los indicados requisitos de forma, *res* u otros semejantes. Estos requisitos constituirán, si acaso, una limitación a la expectativa o al poder del acreedor *(in fieri)* o de aquel que quiera ser acreedor o parte activa de la relación; y a lo que miran es a la confianza que en él haya despertado la promesa (lo mismo ha de decirse de las limitaciones al poder de imponer libremente ciertas cláusulas, etc.). En relación con el problema que nos interesa, no se trata de realizar el poder de la voluntad del promitente, sino de conceder o negar una acción al promisario. Al condenar al promitente que hubiera cambiado de voluntad, la ley va *contra* su voluntad y *contra* su interés.

En la referida concepción hay un error evidente: se confunde el hecho de que la voluntad del promitente haya *creado* la situación — de la que,

páginas 806-808: "*Among the basic conceptions of contract law the most pervasive and indispensable is the principle of private autonomy. This principle simply means that the law views private individuals as possessing power to affect, within certain limits, changes in their legal relations. The man who conveys property to another is exercising this power, so is the man who enters a contract,* etc."... Y añade en nota: "*The problem generally discussed in this country* (los EE. UU.) *under the heading "freedom of contract" is the problem of the limits of private autonomy*". (v. otros autores citados por Fuller.).

Cfr. también en la *Revue Internationale de droit Comparé*, julio-septiembre 1952, págs. 570-571 el artículo de Supervielle: "De acuerdo con la doctrina y la tradición clásicas, la obligación contractual recibe la sanción del Derecho como homenaje al respeto debido a la libre voluntad de quien quiere obligarse... Pienso, luego existo, dijo Descartes. Quiero, luego me obligo, dice Saleilles.". No deja de citarse a Kant y a Kelsen (que tampoco están completamente libres del error). Cfr. también la serie de artículos publicados en los *Archives de Phisolophie du droit*, 1940, 1-4, entre ellos uno de Kelsen.

Cierto que algunos de estos autores, más avisados, rectifican prácticamente la concepción cuando pasan a preguntarse por qué el promitente no puede ya cambiar su voluntad. Pero esto no quita para que se mantenga el equívoco de un poder de la voluntad (del promitente) para obligarse.

por otras razones, la ley hace nacer el vínculo (para el futuro) — con el hecho de que la voluntad haya *creado* el vínculo. En realidad, no se trata de *crearlo,* sino de estar obligado a observarlo por haberlo *querido,* creando aquella situación frente a otras personas. La ley no hace nacer el vínculo del *querer* sino de *lo querido,* y no solamente de esto sino de una situación bastante más compleja, en la que ha de incluirse aquella confianza del destinatario de la promesa que, según los distintos sistemas jurídicos y según el espíritu o la mentalidad que los anima, puede deducirse de la mera aceptación o requerir algo más, como por ejemplo la *consideration* (v. infra §§ 17, 26, 27 y 29).

Paralelamente al ambiguo concepto de la autonomía privada, venía a aumentar el equívoco el concepto del negocio jurídico como declaración de voluntad *dirigida* a producir efectos jurídicos, que la ley realizaría después.

Todavía es más grave el error que impregna la expresión "libertad contractual", referida a aquel poder (de la voluntad) para obligarse. En realidad, las limitaciones a dicha libertad (incluída la forma y la *cause suffisante*) afectan al acreedor *in fieri* y no al poder del promitente para crear un contrato, es decir, para obligarse. La ley no impide al promitente que respete y cumpla espontáneamente la promesa y sus concretas cláusulas. Lo que la ley impide o no admite en ciertos casos, al limitar la "libertad contractual", es el poder del acreedor *in fieri* para concluir el contrato sin forma o para fijar tales cláusulas y pretender su cumplimiento.

La historia enseña que ha sido siempre la clase de los acreedores, o de los candidatos a acreedores, la que ha luchado por la "libertad contractual", entendida en este sentido, y no la clase de los deudores o de los candidatos a deudores.

La forma y la *cause suffisante* son también requisitos para que la promesa pueda dar lugar a una acción, y establecidos, por tanto, para proteger al promitente. Y sin embargo, Demogue y otros autores siguen incurriendo en el error de considerar la forma y la *cause suffisante* como impedimentos al poder de obligarse de la persona, impedimentos de los que convendría desembarazarse en nombre de los más elevados principios de civilización y de libertad (v. infra § 9 nota 10).

Tal error sobre el poder y sobre la autonomía de la voluntad ha sido determinado por varias razones.

Ante todo, por la excesiva generalización del concepto de negocio jurídico *(acte juridique)* incluyendo dentro de él al testamento, a la adopción, etc. actos en los que, por lo menos más que en las promesas, la ley parece *reconocer* o realizar el efecto querido, reconociendo así un *poder* de quererlo.

En segundo lugar, contribuye al error la consideración, más o menos consciente, de que quien se obliga a disponer quiere este acto suyo como un medio dirigido a un fin (obtener una contraprestación, satisfacer el espíritu de liberalidad, fin o "causa" de una donación, etc.). Entonces, y

siempre presuponiendo que su voluntad no cambie, quiere que este medio sea eficaz, es decir que sea sancionado por el Derecho, lo cual será de la máxima eficacia para que dicho medio pueda servir a la realización de aquel fin. Pero este problema es distinto del que nos ocupa que es el de saber si la ley concede una acción *(enforcement)* y en qué condiciones, para una promesa cuando el promitente haya cambiado de voluntad, o sea, cuando ya no quiera aquel fin y, por tanto, tampoco quiera el medio. Por otra parte, el hecho de que en un mismo contrato (sinalagmático) pueda también el promitente asumir la posición activa, ha contribuído a facilitar el equívoco.

En tercer lugar, también ha contribuído a ello la ambigua concepción de una *fusión* de voluntades en el contrato, de unas voluntades fundidas (o confundidas) en una voluntad que constituye la ley del contrato (*creada,* de esta manera, también por el promitente).[3]

De este modo, todos estos conceptos de autonomía, de poder de la voluntad, de reconocimiento jurídico del contrato o de los efectos queridos por las partes, de negocio jurídico como ejercicio de aquel poder de la voluntad, de libertad contractual, etc., han venido a extender una cortina de humo sobre nuestro problema del valor del nudo consentimiento y sobre otros problemas. Nunca se insistirá bastante en poner de relieve el efecto nefasto que en el problema que nos ocupa han producido todos estos errores en torno al "poder de la voluntad", errores que, en definitiva, han sido originados por cierto vacío y retórico iusnaturalismo.

Como tendré ocasión de demostrar en un artículo "*Sur le rôle de la volonté dans la promesse comme acte juridique*", en la *Rivista della Facoltà giuridica dell'Università di Alessandria,* probablemente la idea de una auto-obligación *(auto-engagement)* debe también su origen a otros, errores, además de los ya mencionados y, concretamente, a los siguientes:

a) Los iusnaturalistas asistieron a un hecho histórico que en su época estaba en vías de cumplimiento: tal fué el paso "*from status to contract*" (Maine, *The ancient law,* cap. V), el paso de los sistemas jurídicos en que la obligación — por lo menos en el campo de los intereses econó-

3 Estas razones han influído también en nuestro Código civil que en esta materia está más impregnado que en ninguna otra de vuelos doctrinales semejantes. En efecto, el art. 1.322, a propósito de la "autonomía contractual", dice: "Las partes *pueden* libremente determinar el contenido del contrato dentro de los límites establecidos por la ley. Las partes *pueden* también concluir contratos que no pertenezcan a tipos dotados de una disciplina particular, con tal de que se dirijan a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico".

Con lo que se amalgaman y se mezclan la obligación del promitente y la expectativa del promisario, la posición pasiva y la activa; y el contrato aparece como un organismo creado por el poder de la voluntad de ambas partes, por lo que se dice que las partes *pueden* o tienen la *facultad* de crear contratos, etc. Tendremos ocasión de ver que todo esto ha influído también en la concepción de la llamada función económico-social del contrato (v. infra § 19).

Así, nuestro Código — lo mismo que otros — ha olvidado el requisito de la *cause suffisante* (v. infra § 13, *e*).

micos — derivaba frecuentemente del estado de la persona en la sociedad, en la familia, en la corporación, etc., a los sistemas en que la obligación surgía preferentemente, en aquel mismo campo, sobre la base de la voluntad de la persona. Los iusnaturalistas, movidos también inconscientemente por una ideología que trataba de impulsar aquel proceso histórico para liberar al individuo de los vínculos del *status* y sujetarle a una obligación solamente en cuanto él lo hubiese querido (proceso que desembocará en el individualismo y en la Revolución francesa), no supieron entender aquel proceso histórico o lo consideraron sólo desde el ángulo visual de su propia ideología. En sustancia, razonaron así: la sola voluntad del hombre puede obligarle; luego el hombre tiene un *poder* de obligarse. El sofisma es evidente, porque una cosa es decir que (en el espíritu de los sistemas jurídicos que se estaban perfilando) *en principio,* el hombre solamente debe quedar obligado si lo ha querido, y otra cosa es decir que la voluntad del hombre tiene una energía o poder de obligarse o auto-obligarse, que la ley realiza.

b) Ciertas concepciones religiosas y morales de una promesa hecha a Dios, o a un dios, o a sí mismo (las primeras se pierden en la prehistoria del Derecho) que, en cierto modo, implicaban la idea de una auto-obligación; pero que trasladadas al terreno de la contratación en los sistemas jurídicos más desarrollados estaban completamente fuera de lugar. Porque lo que cuenta en este terreno es la posición de la otra parte (v. § 17) frente a la cual quedamos obligados y a la que de una manera o de otra se le reconoce un derecho a la reparación del interés lesionado por el incumplimiento de la promesa (posición que no puede ser la de Dios ni la del "sí mismo" moral). Distinción que el mismo Derecho canónico tuvo presente, al regular la competencia y el procedimiento de sus Tribunales: v. Fedele, cit. supra en la nota 1 del § 3.

c) Las teorías, también equívocas, del contrato social, fundadas en un estado de naturaleza y en un poder del individuo (en ese estado de naturaleza) para ceder o transferir una parte de su libertad natural; de ahí la equiparación entre la enajenación de la propiedad y la promesa: v. el pasaje de Grozio cit. en este mismo § nota 2, que se vuelve a encontrar en su *De jure belli ac pacis,* II, cap. XI, núm. XIV, en relación con número IV.

d) Sobre esta idea del poder del hombre libre para disponer de su persona o de su libertad, influyó probablemente, de manera más o menos inconsciente, la reminiscencia de sistemas jurídicos primitivos en los que el deudor se entregaba al acreedor en esclavitud o en propiedad. De ahí la analogía con la enajenación de la propiedad (en la que probablemente resulta menos inexacto admitir un *poder* del propietario para producir un efecto que la ley reconoce y realiza). Pero, se piense lo que se piense de la concepción de un semejante poder del deudor sobre sí mismo en aquellos sistemas primitivos, es evidente que tal concepción no se adapta a sistemas contractuales más desarrollados y, concretamente, al sistema moderno.

Todos estos "factores" de la idea del *auto-engagement,* junto a los antes mencionados, han influído en aquella idea de manera tan complicada, tan intrincada y tan equívoca, que resulta sumamente difícil precisar cómo y en qué medida ha influído cada uno de ellos.

Casi no hace falta señalar la influencia directa que sobre la concepción y sobre el tratamiento de los vicios de la voluntad (v. también § 4, nota 9) y sobre el dualismo voluntad-declaración, ha ejercido el dogma del poder de la voluntad para auto-obligarse y para crear así la obligación, aunque sea a través del trámite de la ley como elemento creador inmediato. Concepción y tratamiento que quizá convengan a otras clases de negocios jurídicos, como el testamento, pero que no han producido normas funcionales o adecuadas para la promesa. Mas no se limitan a esto los productos y subproductos de tal dogma.

No he de añadir otras citas a las hechas en la nota 2, porque el dogma del poder de la voluntad para auto-obligarse y para crear así la obligación (aunque sea a través de aquel trámite de la ley) está implícito en todas las definiciones del negocio jurídico como declaración de voluntad (y como correspondiente poder) dirigida a un fin que el Derecho realiza por respeto a dicha voluntad, teniendo en cuenta también, naturalmente, otros intereses. Está implícito en ellas en cuanto se extiendan — como se extienden — tales definiciones a la promesa o al contrato como fuente de obligaciones.

Pero volvamos a la cuestión de la importancia del principio del nudo consentimiento en los Códigos y en los sistemas de *civil law* durante los siglos XIX y XX.

¿Ha sido plenamente acogido y aplicado este principio? ¿No se le han puesto limitaciones muy importantes?

¿Es verdaderamente ese "pacto" un esquema genérico, un molde de importancia análoga a la del molde constituído por la forma? ¿O sólo es relevante su contenido para determinar ciertas reglas relativas a la forma, a la causa suficiente, a la medida de la responsabilidad, a la interpretación, etc.?

En efecto, si verdaderamente se tratara de un pacto nudo, equivalente a la *stipulatio* en el sentido expuesto por Savigny, habría que dar respuesta afirmativa al primer orden de problemas y negativa al segundo.

A mi entender, la respuesta es bien distinta. Las limitaciones al principio del nudo consentimiento, teniendo en cuenta además la jurisprudencia más liberal de ciertos países, como Francia, son de tal importancia que más que de dicho principio conviene hablar de *un nuevo sistema de pactos,* de los cuales algunos estarán más o menos desnudos, pero otros — muchos y los más importantes — están bastante "vestidos". Especialmente en las obli-

gaciones de dar (y en las enajenaciones) existe la tendencia, más o menos acentuada, a imponer una alternativa: o la forma y el tipo (de la donación) o bien una *cause suffisante*. Ciertamente, este último *vestimentum* y otros, a diferencia de los antiguos, son muy elásticos, a veces tenues o vaporosos, lo cual hace que los contornos del nuevo sistema sean a menudo imprecisos y ondulantes. Pero ello no excluye que exista dicho *vestimentum*. Quizás aquella elasticidad y esta imprecisión de contornos han hecho que se pensara en la "*libertad*" de los pactos. Pero, como veremos, han cooperado también otros errores, tales como la confusión entre las obligaciones de dar y las de hacer.

Al parecer, esta investigación sobre el nuevo sistema de pactos no ha sido hecha de manera clara y sistemática. Nosotros nos disponemos a hacerla no sin temor, conscientes de todos los defectos que fatalmente presenta una primera tentativa en materia tan delicada.

Habremos de tener en cuenta también la jurisprudencia o "Casuística", ya que las proclamaciones retóricas de los Códigos y de sus autores sobre el pacto nudo han dejado en la penumbra a los pactos vestidos. Por ello, sólo después de haber recorrido también la "Casuística", podrá el lector plantearse el problema de si vale y hasta qué punto vale el principio del pacto nudo en el *civil law* de los siglos XIX y XX.

NOTA DEL TRADUCTOR. — *El art. 1.254 del Código civil español establece: "El contrato existe desde que una o varias personas* consienten en obligarse, *respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio". Propiamente, no se trata de una definición del contrato, aunque dicho artículo sea el que encabeza las disposiciones generales con que se inicia el título II ("De los contratos") del libro IV. Por su redacción, parece que lo único que se proponga este precepto sea la fijación del momento en que comienza la existencia del contrato; por su contenido, parece que lo que hace es señalar cuáles son los supuestos mínimos para que exista contrato: estos supuestos serán — a la vista del artículo 1.254 — la intervención de varias personas (partes) y el acuerdo de voluntades, exteriorizado en el consentimiento; se alude también al objeto del contrato (prestación), consistente en "dar alguna cosa o prestar algún servicio". De todos modos, se trata de un precepto puramente descriptivo; la enumeración taxativa de los requisitos esenciales del contrato la hará después el art. 1.261.*

El principio del nudo consentimiento aparece expresado todavía con mayor radicalidad en el art. 1.258: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento *y desde entonces obligan...", etc. La afirmación que se hace en este precepto ha de ser entendida con limitaciones im-*

portantes, que se deducen de otros artículos del Código; en primer lugar, hay que tener en cuenta que los contratos reales se perfeccionan por la entrega de la cosa, requisito que afecta a la esencia de dichos contratos y que, aunque común a todos los contratos reales, aparece especialmente claro en el art. 1.758 ("Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena *con la obligación de guardarla y de restituirla") y en el 1.863 ("...se necesita para constituir el contrato de prenda* que se ponga en posesión de ésta al acreedor, *o a un tercero de común acuerdo"). En segundo lugar, hay contratos para los que se impone un requisito de forma con valor constitutivo, de tal manera que mientras no se llene dicho requisito no podrá considerarse perfecto el contrato (donación de inmuebles, art. 633; hipoteca, art. 1.875 y Ley Hipotecaria, art. 145, por citar sólo los ejemplos más destacados e inequívocos). (V. nuestras notas al § 18.)*

Con todo, estas limitaciones no quitan a los arts. 1.254 y 1.258 su valor de regla general. La regla general en nuestro Derecho será, pues, que para la perfección del contrato basta con el mero consentimiento, sin otros requisitos, a menos que para determinados contratos se imponga expresamente un requisito de forma o de otra índole.

El principio de autonomía de la voluntad — con categoría de "dogma" en la época de la Codificación — aparece proclamado en el artículo 1.255: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público". Y en el art. 1.091: "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes..." De estos dos preceptos, el primero es el que, propiamente, proclama el principio de libertad de contratación; el segundo de ellos más bien consagra el principio de la fuerza obligatoria del contrato, principio que responde a la misma mentalidad que aquél, pero que tiene distinto alcance.

En el mismo art. 1.255 se pone una barrera a esa libertad contractual: "...siempre que no sean contrarios a las leyes...", etc. La delimitación es de carácter meramente negativo: las leyes imponen requisitos y señalan prohibiciones, pero en lo demás queda completamente autorizada la voluntad de las partes para configurar libremente el contenido del contrato que celebran. Para un resumen muy completo de las disposiciones que, acogiendo imperativos legales y éticos, ponen límites a la libertad de contratación, puede verse el trabajo de Bonet Ramón, Sistema interno del Derecho civil, *en R.D.P., 441, diciembre 1953, páginas 1.069 y ss., especialmente págs. 1.093-1.097,* y en Introducción al Derecho Civil, *Barcelona, 1956, págs. 252-263; v. también Castán,* Derecho Civil Español... *tomo III de la 8.ª ed. Madrid 1954, págs. 329-331; Puig Brutau,* Fundamentos de Derecho Civil, *Barcelona, 1954, t. II, vol. I, págs. 53-55; Castrillo Santos,* Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos, *en Anuario de Derecho Civil, 1949, fasc. 2.º, páginas 565 y ss.*

En la evolución que el principio de libertad de contratación ha seguido desde la publicación del Código civil hasta el momento actual se pueden distinguir — como acertadamente señala Ossorio Morales — dos fases de signo diverso. Hay una primera fase de "intervencionismo legal de carácter negativo": el legislador aumenta el número de prohibiciones, con lo que, si bien se reduce la esfera de autonomía de la voluntad, no se contradice la concepción clásica del contrato. En la segunda fase se produce, por el contrario, un intervencionismo de signo positivo: ya no se trata sólo de prohibir ciertos pactos, sino de imponer con carácter imperativo ciertas cláusulas o condiciones y aún el mismo contenido contractual (Ossorio Morales, Crisis en la dogmática del contrato, *en Anuario de Derecho Civil, 1952, fasc. 4.º, págs. 1.175 y ss., esp. páginas 1.179-1.180).*

§ 7.

La distinción entre las obligaciones de dar y las demás obligaciones.

Antes de afrontar el problema de las limitaciones al principio del nudo consentimiento y del alcance de dichas limitaciones, conviene tener en cuenta la distinción entre las obligaciones de dar y las demás obligaciones: de hacer, de no hacer y de prestar en sentido amplio, incluyendo el prestar el goce de una cosa, la promesa de mutuo, etc. Por obligaciones de *dar* y por "dar" entendemos, naturalmente, no sólo las obligaciones y los actos dirigidos a la transmisión de la propiedad, sino también las que tienen por objeto la constitución de un derecho *real* de goce (servidumbre, usufructo, etc.). Es el concepto técnico del *dare*, propio del *civil law*.

En las obligaciones de dar, el principio consensual está sujeto a limitaciones mucho más graves que en las demás obligaciones.

Basta tener en cuenta que respecto a las primeras el *civil law* moderno plantea la siguiente alternativa: o una *cause suffisante* (presente, futura o pretérita), es decir, valorada según determinados criterios *objetivos* y apta para excluir la idea de la donación; o bien la forma notarial u otra equivalente, según ciertos ordenamientos jurídicos (v. infra §§ 10-13).

Tal alternativa no se plantea respecto a las demás obligaciones contractuales;[1] para éstas no se requiere la forma notarial y si algunas veces se exige una determinada forma para ciertos con-

1 El problema de si es admisible un *modus* o carga en el comodato se plantea con fines distintos del de la *cause suffisante* (§ 10), es decir, solamente

tratos, tal exigencia no tiene el carácter genérico ni el amplio alcance que tiene el principio de la *cause suffisante* en las obligaciones de dar. Amplitud, de la que se podrá tener idea leyendo los parágrafos que siguen.

Para estas otras obligaciones existen, ciertamente, limitaciones al principio del nudo consentimiento, pero de muy distinto alcance y gravedad; tales limitaciones afectan más bien a la *cause raisonnable,* como criterio objetivo que justifica la promesa y que a veces, en cierto modo, justifica también la condena del promitente (v. infra §§ 14 y 14 bis).

La doctrina, en cuanto obra de sistematización, ha descuidado bastante esa distinción fundamental entre las obligaciones de dar y las demás obligaciones.

Y probablemente, al hecho de haberla olvidado ha de atribuirse una parte de la responsabilidad en las retóricas proclamaciones del principio del nudo consentimiento y en su desmesurada extensión más allá de los límites del Derecho positivo. En efecto, ese olvido ha dado lugar a la confusión entre *cause suffisante* (suficiente para excluir la donación y la forma) y *cause raisonnable* (en el sentido indicado); de manera que en un determinado momento se ha llegado a entender, más o menos conscientemente o claramente, que basta con una *cause raisonnable* o *plausible* de obligarse para excluir la idea de la donación y el correspondiente requisito de forma (v. infra § 9 nota 10). Y como la *cause raisonnable* o *plausible* es una vestidura bastante tenue, tan fácil de encontrar que se la puede confundir con el requisito del *serio et deliberato animo* (v. supra §§ 4, 5 y 6), y como además prácticamente no hay ninguna donación que no responda a un interés del donante distinto del puro y rarísimo espíritu de liberalidad, la consecuencia ha sido prácticamente la destrucción del concepto de donación.

Pero ni siquiera los que mantenían la concepción tradicional de la donación (v. § 5, *b*) y aplicaban *de hecho* los principios tradicionales traducidos al concepto de *cause suffisante,* han prestado la debida atención a la importancia que esta *cause* tenía en rela-

para ver si son aplicables las normas sobre la responsabilidad del comodante (§§ 15-16) u otras normas adecuadas al tipo de negocio: por ej., prórroga legal de los arrendamientos: v. § 19, nota 11. Sobre la cuestión del *modus* en el comodato v.: Trib. Cremona 12-6-1948, Rizzini-Gasparetti, *Mon. Trib.* 1948, 247; Pretura Milano, 11-5-1946, Cervi-Foglia y Bersani, *Foro ital.* 1947, 1, 533, con nota de A. Tabet; Hoeniger, *Die Gemischte Verträge in ihrem Grund formen,* München und Leipzig, 1910, págs. 36-37 y autores que cita.

ción con el principio del nudo consentimiento. Han *generalizado* el valor que dicho principio tiene respecto a las *otras* obligaciones (en las que el *vestimentum* es tan tenue que parece inexistente) olvidando el importante puesto que las obligaciones de dar ocupan en la práctica de los negocios.

La distinción entre las obligaciones de dar y las demás obligaciones, en cuanto a la *cause suffisante* y a la forma, no se conoce todavía en el actual *common law,* en el que cualquiera que sea la obligación (de dar, hacer, prestar, etc.) se necesita siempre la forma, a menos que exista una *consideration.* Ésta viene a corresponder en cierto modo a la *res* o al contracrédito (v. §§ 3 y 4, más que a la *cause suffisante;* pero se presenta a veces bajo el aspecto de *sufficient consideration* (v. infra § 30). La *consideration,* con su *sufficiency,* constituye de esta manera un requisito de *todas* las promesas no formales, y no solamente de las de dar, como por el contrario ocurre con la *cause suffisante* del *civil law.*

En cierto modo, puede decirse que dicha distinción no existía en el Derecho romano clásico ni en el medieval, en los que en defecto, respectivamente, del tipo y de la *res* se exigía la forma incluso para las obligaciones que no fueran de *dar.* Quizás esta tradición haya contribuído a esa generalización a que aludíamos y que ha venido a borrar la peculiar disciplina formal y "causal" de las obligaciones de dar. La distinción entre las obligaciones de dar y las demás obligaciones se perfila cuando la donación real (y después la obligación de *dar* a título gratuito) adquiere el carácter de un negocio típico, jurídicamente reconocido en virtud de su "causa" *(causa liberalitatis),* es decir, de su contenido. Porque entonces, mientras las demás obligaciones a título gratuito siguen o seguirán otro régimen, la donación, en la que por lo menos se exigen formalidades de publicidad o *insinuatio,* planteará el problema de distinguirla del contrato a título oneroso no sometido a tales formas. Problema que al principio — cuando la donación es real — se limita al acto traslativo, pero que después se extenderá también a la donación obligatoria.

La circunstancia de que en el Derecho justinianeo, según afirmación de Justiniano, esté exenta de forma la promesa de *dar* a título gratuito (si es que verdaderamente existía la donación obligatoria) al menos por debajo de un determinado valor, y de que, por el contrario, no se reconozca la promesa no formal de un *facere* u otra prestación a título gratuito, es cosa que podría producir cierta sorpresa... si el Derecho fuera lógica en lugar de ser historia.

Cuando, como ocurre en el Derecho moderno, se invierte la situación, no siempre son admisibles desde un punto de vista práctico las razones por las que una promesa de *dar* a título gratuito deba hacerse por documento notarial sin que se imponga este mismo requisito para una promesa análoga de un *facere* o de otra prestación.

Si, desde ese punto de vista práctico, se nos pregunta por qué la promesa de "donar" 100.000 liras o una casita de dos habitaciones debe hacerse ante notario, por más que la causa pueda no ser la liberalidad sino otra (aun *insuffisante*) y por qué, sin embargo, puede hacerse verbalmente (prescindiendo de la cuestión de prueba) la promesa de un mutuo sin interés de 100 millones durante cinco años, tal vez no sea fácil dar una respuesta. Y no lo será, especialmente, si se tiene en cuenta que con ese mutuo se pierden en cinco años, al interés normal, 25 millones e incluso se corre el riesgo de perder el capital en caso de insolvencia.[1 bis] Si absurda parece la posición del Derecho justinianeo, este absurdo se ha invertido en el Derecho moderno. Son las sorpresas de la historia o, mejor, las consecuencias de que el Derecho no sea lógica sino historia y tenga a menudo en ésta su justificación.

Esa distinción entre las obligaciones de dar y las demás obligaciones (en cuanto a la forma y a la *cause suffisante*) se funda probablemente en una tradición, que se ha perpetuado más o menos justificadamente en el Derecho moderno, según la cual el despojarse de un bien, especialmente si es inmueble, se considera acto de mucha más gravedad, hasta el punto de requerir la forma como protección al donante, a su familia y a los terceros, mientras que las otras prestaciones se consideran de menor importancia y más viles.[2] Es ésta una mentalidad que corresponde a una sociedad y a una economía superadas.

1 bis Un problema análogo puede presentarse en la donación real (sujeta al requisito de forma para los inmuebles y en Italia también para los muebles, excepto cuando se trate de pequeños regalos de costumbre) y en el mutuo como contrato real. Cierto que en el mutuo el mutuante ha de recibir la restitución del *tantundem eiusdem generis;* pero también corre el riesgo de perder los 100 millones en caso de insolvencia, quedándole una acción o derecho de crédito de valor prácticamente nulo.

Idénticas observaciones podrían hacerse acerca de ciertas obligaciones de hacer o prestar, mucho más graves que la donación de una casita de dos habitaciones.

2 La consideración de la gravedad del acto ha hecho que se imponga la forma notarial incluso en la donación real o inmediatamente traslativa, por lo menos tratándose de derechos reales inmobiliarios (y en Italia incluso tratándose de muebles, excepto para las pequeñas donaciones manuales o regalos de costumbre). De modo que también en cuanto a la donación traslativa surge el problema de la *cause suffisante:* v. también § 38.

En cualquier caso, esa mayor importancia atribuída a las obligaciones de dar, con la inherente alternativa entre la forma notarial o la *cause suffisante,* se mantiene todavía en nuestro sistema. Y es preciso tenerlo en cuenta. Cierto que, en igualdad de condiciones, donar un millón es más grave que prestarlo sin interés. Y se podría añadir que, aunque sea menos grave donar 100.000 liras que prestar 100 millones, cuando el Derecho quiere establecer distinciones o categorías entre los distintos negocios tiene que proceder por tipos. Pero no es menos cierto que muchas veces las diferencias prácticas no existen.[3] Y por lo que se refiere a la intención de obligarse jurídicamente, en las promesas de hacer o prestar a título gratuito es más incierta tal intención que en las promesas de donar (v. infra § 14).

La vieja concepción del Derecho romano y del medieval, seguida por el conservador *common law,* o sea la concepción que no distinguía entre las diversas obligaciones a título gratuito (de dar y de hacer) sometiéndolas a todas al requisito de forma, parece en ciertos aspectos rejuvenecida y más adecuada a las necesidades modernas.

Las anomalías a que acabamos de referirnos en relación con el concepto técnico de donación y con el distinto tratamiento jurídico de las obligaciones de *dar* y de las de *hacer* o *prestar,* anomalías desde el punto de vista "lógico" mas no desde el punto de vista histórico, han sido advertidas por la doctrina del *civil law.* Sólo que — una vez más — esta doctrina se ha dejado llevar por las acostumbradas construcciones lógicas o abstractas y por las acostumbradas generalizaciones; y con mucha frecuencia se ha confundido el concepto genérico de "gratuidad" y ciertas "*règles de fond*" relativas a la cuota de legítima, a la colación, a la medida de la responsabilidad, a la acción Pauliana, etc. con el concepto técnico (histórico) de la donación y con el inherente problema de la *cause suffisante* en relación con la forma. No se ha advertido que la cuestión afectaba a uno de los fundamentos de nuestro sistema contractual (distinto en esto del *common law* y de otros derechos históricos) ya que, por profundas razones históricas que se han ido desarrollando lentamente, nuestro sistema se basa en la preeminencia o mayor dignidad de las obligaciones de *dar,* dignidad que ha dado lugar a que se requiera la forma solemne o la *cause suffisante* para el acto de *transfert* a título gratuito (v. § 38).

3 Quizá por este mismo carácter un poco arcaico de la concepción de la donación, es por lo que la jurisprudencia francesa ha tratado más o menos directamente de superar sus requisitos formales (v. infra §§ 9, 10 y 11 y volumen II, "Casuística"). O se someten a la forma todas las promesas gratuitas de una determinada cuantía o se las dispensa a todas de dicho requisito.

Así en aquella doctrina, al discutirse en un plano general sobre si el comodato constituye una liberalidad o donación, se ha observado que el comodante *solamente pierde durante un cierto tiempo* el posible beneficio económico que supone el uso de la cosa (¿y no ocurre lo mismo en la constitución de un usufructo?). Pero se ha añadido que, en ciertos casos, la concesión gratuita del uso de una cosa puede significar donación.

Y así, se dice, en el mutuo sin interés el mutuante no pierde el valor económico del capital, que debe serle restituído, sino que pierde y sólo temporalmente los posibles beneficios de un empleo o uso de la cosa. Se afirma que no existe "liberalidad" o donación a menos que la cantidad prestada estuviera *normalmente* destinada a producir un rédito al mutuante, como ocurriría en el caso de que quien hiciera el préstamo fuera un Banco. Lo mismo en el comodato, especialmente en el de inmuebles.[4]

4 Savigny, *Sistema del diritto romano attuale,* vol. IV, §§ 145-146 (trad. Scialoja, Torino, 1889). A propósito del comodato de inmuebles (a diferencia del de un caballo o un carruaje, en el que habría simple prestación de una comodidad) Savigny argumenta diciendo que es un hecho *normal* la necesidad que el hombre tiene de una habitación y el tener que procurársela mediante un sacrificio; por otra parte, el propietario puede alquilar su casa o habitarla: es raro que la deje vacía. Por lo cual, el uso de la casa se puede reducir a una cantidad de dinero, según el precio corriente de los arrendamientos, cantidad que precisamente vendría a ser el objeto de la donación en el comodato de inmuebles. *En la mayor parte de los casos,* dice Savigny, el propietario de la casa viene a perder la misma renta que ahorra el otro. *A fortiori,* en el comodato de fundos rústicos, en el que habría donación de los frutos futuros, precisamente por el hecho normal de que tales fundos suelen ser cultivados o arrendados, de modo que el no hacerlo así sería "mala administración" (¡lo cual, advirtámoslo. presupone una economía social en la que la tierra sea escasa!). Por el contrario — añade este autor — en el mutuo se trata de dinero que frecuentemente es conservado por el mismo propietario sin que produzca frutos.

En el mismo sentido, Mosco, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici,* Milano, 1942, págs. 285 y sgtes. Cfr. también Dernburg, infra cit. en nota 7, quien lleva la tesis mucho más lejos que los otros autores.

También se cita a este propósito un texto romano, D. 39, 5, 9, que considera como donaciones el "*in aedibus alienis habitare gratis*" así como el pacto de no pedir la restitución del mutuo durante cierto tiempo, si se hace *donationis causa.* Pero se trata de ver qué problemas eran los que el texto intentaba resolver (no, ciertamente, el de la forma).

En contra, entendiendo que el mutuo, el comodato, la concesión gratuita de servicios, no son donaciones, v. Windscheid, *Pand.* § 365, notas 2, 3 y 4. Toda la concepción clásica y tradicional de la donación se vuelve a encontrar en estos pasajes de Windscheid, también en cuanto a la distinción entre causa y motivos: v. § 9.

En cuanto a los casos de los Bancos (mutuo y cajas de seguridad) y similares, el pretendido carácter de liberalidad no quiere decir donación y requisito de forma; quiere decir simplemente que se aplican las reglas sobre la medida de la responsabilidad propias de los contratos a título gratuito (v. infra § 15); que los órganos del Banco o de la empresa no pueden concluir estos actos sin especiales autorizaciones; y que en ciertos casos, el beneficio conseguido a través del comodato o del mutuo estará sujeto a las normas sobre la colación, sobre la cuota de reserva hereditaria, sobre la acción Pauliana (las llamadas *règles de fond,* v. infra § 10, *f*). V. también la nota 6.

Por eso, "en el caso de que se preste dinero a un amigo en cantidad limitada o por un tiempo brevísimo, no habrá que considerarlo como donación porque no puede decirse que tal préstamo haya significado una verdadera disminución del patrimonio del mutuante".[5]

Otro tanto se afirma respecto al depósito. Pero si el depositario se dedica profesionalmente a custodiar cosas en un almacén, al recibirlas y custodiarlas gratuitamente hace "donación de una actividad que normalmente suele estar retribuída".[6]

Se ha llegado asimismo a mantener esta tesis respecto a las prestaciones de servicios normalmente retribuídos, si se cumplen gratuitamente durante un período de tiempo muy largo.[7]

5 Mosco, op. cit. pág. 287.

6 Cfr. Savigny y Mosco, ops. y locs. cits. en nota 4. Pero es evidente que en este caso, como en todos los de la nota 4, la doctrina se ha ocupado del concepto *genérico* de "liberalidad" en relación con los varios problemas inherentes a dicho concepto (*règles de fond*, etc.: por ej., se invoca expresamente el art. 2.325 del Código civil alemán sobre la reducción de las liberalidades), sin ocuparse específicamente del problema de la donación (como *dare*) en relación con la *cause suffisante* y con la forma. Es igualmente evidente que esta doctrina ha argumentado sobre la base de conceptos económicos que ha confundido con los técnico-jurídicos (como el concepto técnico de donación en relación con la forma y con la *cause suffisante*) en los que ha sabido ver la justificación histórica que antes indicábamos: v. también §§ 8 y 9. Así, por ejemplo, dice Mosco (op. cit. pág. 287): "En una economía en la que el uso de una determinada cosa mueble o inmueble suela concederse por un cierto precio y sea por tanto fuente de un rédito constante para el propietario, la concesión gratuita de este uso producirá efectos económicos iguales a los de la liberalidad y, *por lo tanto, tendrá que ser considerada como tal*". Y esto a pesar de que en otro lugar denuncie Mosco la confusión entre conceptos económicos y conceptos jurídicos.

7 Dernburg, *Bürgerliches Recht*, Halle, 1906, vol. II, § 205, pág. 143. Sería por ejemplo el caso de un transporte gratuito realizado por una empresa de transportes en una relación destinada a durar cierto tiempo, o de cierta importancia. Lo mismo en el caso de un médico, de un ingeniero, de un criado. Se ha dicho, para criticar a Dernburg, que "las aptitudes productivas del hombre, es decir, sus energías físicas e intelectuales, son extrañas al concepto jurídico del patrimonio, entendido en el sentido económico y jurídico" (Mosco, op. cit. pág. 288) y que por lo tanto en tal caso *die Zuwendung erfolgt nicht aus den Vermögen, sondern aus der Person des Zuwenders* (von Thur, *Allgemeine Teil des deut. bürg. Rechts*, München und Leipzig, vol. III, 1918, § 75, página 156). Se añade que el Derecho positivo (art. 769 C. c. ital. y concordantes) configura la transmisión *patrimonial* a base de los conceptos de enriquecimiento y de donación (Mosco, loc. cit.). Pero el citado art. 769 se refiere al concepto técnico-jurídico de donación en relación con los problemas de la forma y de la *cause suffisante* y no en relación con los de las *règles de fond* (he aquí, una vez más, la confusión de problemas distintos dentro del concepto genérico de "liberalidad"), y aparte de esto no se explica el por qué de aquél requisito de la "transmisión patrimonial" ni por qué el "donar" la propia actividad del médico, del ingeniero, etc., no constituya una liberalidad y no deba considerarse acto de tanta gravedad como el dar gratuitamente una cosa o su uso. Y ello, a pesar de que en la sociedad contemporánea "el título gratuito ha cedido casi enteramente el puesto al título oneroso" y a pesar de que en esta sociedad, "fundada en el trabajo", esos servicios no se consideren ya

Volviendo al punto que nos interesa, o sea al requisito de la forma de la donación (o al de la *cause suffisante*) hay quien entiende,[8] acudiendo a distintos argumentos, que el comodato, especialmente el de cosa inmueble,[9] y el mutuo están sujetos a dicho requisito en aquellos casos en los que la concesión gratuita del uso presente el aspecto de una renuncia al derecho a percibir un canon de arrendamiento o unos intereses. Y en el Derecho alemán, al discutir el alcance del art. 517[10] hay quien entiende que las promesas de mutuo sin intereses o las de comodato quedan fuera de las hipótesis previstas en dicho artículo y están sujetas a la forma de las donaciones, como promesas de ceder o conceder el uso de la cosa.[11] Por el contrario, la concesión inmediata de tal uso mediante el contrato real no estaría sujeta a dicha forma; y ello en virtud de la regla según la cual la tradición de la cosa mueble o el cumplimiento de la prestación prometida quedan dispensados de la observancia de la forma de la donación en aquel ordenamiento jurídico (art. 518 C. c. alemán).

como cosas viles, sino que por el contrario constituyen la base económica de la vida de casi todos. Así, tampoco se explica por qué no sea liberalidad un pacto gratuito de no concurrencia (v. vol. II "Casuística").

8 Ascoli, *Trattato delle donazioni*, 2.ª ed. Milano, 1935, págs. 131 y siguientes. Contra el requisito de la forma en el comodato de inmuebles v. Cassaz, 26-7-1929. *Rep. Foro it.* 1929, voz *comodato* núm. 2; App. Catania, 28-6-1935, *Rep. Foro it.* 1936, voz *comodato*, núm. 4. Por lo demás, el nuevo Código civil italiano regula expresamente el comodato de inmuebles.

La Casación, 16-1-1934, Antoniucci-Scarazzato, *Giur. it.* 1934, 534, ha considerado como donación disimulada, sujeta al requisito de forma, un contrato de arrendamiento de inmuebles unido a una escritura privada de la misma fecha que el contrato, en la que se renunciaba a los cánones de arrendamiento. Esta sentencia, por referirse a un caso especial, parece estar en contradicción con las anteriores.

La sentencia del Trib. de Apelación de Milán, 22-5-1930 Ferrario-Ferrario, *Mon. Trib.* 1930, 703, ha apreciado una donación sujeta al requisito de forma en un contrato por el que la hija cede a su padre el goce de la cuota hereditaria que le corresponde a ella (valorada en 25.000 liras) en el negocio explotado por la familia, hasta la muerte del padre. Mas para llegar a ello, el tribunal ha excluído la idea del mutuo y ha acogido la del usufructo de cosas consumibles (constitución gratuita de usufructo que se incluye en el concepto del *dare*). Sin embargo, de pasada alude la sentencia al pretendido principio según el cual es también donación la concesión del goce temporal de una cosa o el pacto de no pedir su restitución durante cierto tiempo, teniendo en cuenta las condiciones económicas de las partes; y cita la ley D. 39-5-9 (v. nota 4).

En el caso Carozzi-Carozzi, Casación Torino, 4-12-1909 *Mon. Trib.* 1910, 286, se trataba de la cesión hecha por un padre en favor de algunos de sus hijos de la casi totalidad de los beneficios de una empresa, ordenando que se hiciera la imputación sólo por el valor del capital resultante del inventario; por lo que la sentencia consideró que se requería la forma de la donación.

9 Sobre una promesa de comodato de cosa inmueble, v. el caso Fellmann-Mathebs, en el vol. II "Casuística".

10 El art. 517 del Código civil alemán establece que no hay donación cuando una persona en beneficio de otra omite una adquisición patrimonial, renuncia a un derecho a ella deferido pero todavía no adquirido definitivamente o renuncia a una herencia o a un legado.

11 Von Tuhr, op. cit., vol. III, § 75, pág. 156, nota 19 y pág. 157, nota 27.

Hay, en fin, quien niega la necesidad de la forma en aquellos casos; sin aludir apenas para nada a la *ratio iuris* que justifica el requisito formal en la donación verdadera y propia, *ratio* "que es precisamente la de impedir que el donante, siguiendo un irreflexivo impulso de altruísmo, se despoje con demasiada facilidad de su patrimonio".[12] Pero no explica después por qué no hay necesidad de esta protección y por qué no existen graves perjuicios ni peligros de iguales irreflexivos impulsos de altruísmo en el caso de quien "da en mutuo sin intereses y por un largo período de tiempo una crecida cantidad que representaba su principal fuente de ingresos".[13] Este autor, en lugar de dar la necesaria explicación (histórica), se enreda en la equívoca concepción de la función económico-jurídica típica o de la causa o esquema *típico* del contrato, función típica que en el comodato, en el mutuo y en el depósito no sería el enriquecimiento de la otra parte (es decir, no sería el concepto *técnico-jurídico* de donación). Porque además, añade este autor, la ley admite que en tales contratos pueda haber una contraprestación sin que por ello se altere el esquema típico del contrato.[14] Lo cual equivale a decir: es así porque es así.[15]

NOTA DEL TRADUCTOR. — *Por lo que se refiere al Derecho español, podemos repetir la afirmación que se hace en el texto: en las obligaciones de dar, el principio consensual está sujeto a limitaciones más graves que en las demás obligaciones (de hacer o de no hacer).*

12 Mosco, op. cit., pág. 307.

13 Caso que el mismo autor considera en otro lugar como donación o liberalidad, en el aspecto sustancial ya que no en el formal, en cuanto que "este negocio no sólo produce una inmediata disminución del patrimonio del donante, quien se priva de la cantidad de intereses que con seguridad hubiera percibido invirtiendo por ejemplo el dinero en renta pública, sino que además, privado de aquella renta deberá disponer del capital que le queda para proveer a sus propias necesidades" (Mosco, op. cit., pág. 289).

14 Mosco, op. cit., págs. 307-308.

15 El trabajo de Balbi, *Saggio sulla donazione*, Torino, 1942, se dirige a caracterizar la donación como negocio típico; y la caracteriza en el sentido tradicional que hemos mencionado en el presente § (v. especialmente páginas 66-67, 118 y sgtes. y 149 y sgtes. del citado trabajo de Balbi). Pero tampoco este trabajo queda libre de las críticas ya apuntadas con relación a otros autores, especialmente en cuanto a la estrecha interdependencia histórica entre el problema de la caracterización de aquel tipo y los problemas de la forma y de la *cause suffisante;* deliberadamente, Balbi prescinde del problema de la forma, limitándose a hacer una tímida alusión a él, en pág. 16, nota 1.

Se considera también el concepto de onerosidad y gratuidad, si bien como *uno* de los elementos de la donación, pero sin consideración específica de aquellos problemas o sin determinar el problema y por tanto, también con relación a la *règles de fond* (op. cit., págs. 41-65). Por ejemplo, Balbi afirma (pág. 52 nota 1, págs. 55 y 63), siguiendo a la doctrina tradicional, que una contraprestación desprovista de valor patrimonial no excluye la gratuidad del negocio, afirmación que peca de excesiva generalidad: es solamente el concepto de donación (formal) lo que no queda excluído por una contraprestación semejante.

Teniendo en cuenta las reglas en materia de forma de la donación (v. nuestras notas al § 8), será preciso excluir la idea de la donación para que pueda admitirse la validez de una obligación de dar que no aparezca revestida de una determinada forma. Dicho en otros términos: si en la obligación no se aprecia una causa distinta de la causa donandi, *serán aplicables los requisitos de forma que exige el Código para la validez de la donación. Por lo tanto, también en nuestro Derecho se plantea esa alternativa entre una causa suficiente para excluir la idea de la donación, o bien la forma escrita (documento notarial y, en ciertos casos, documento privado).*

Cierto que nuestro Código es menos riguroso que el italiano al establecer los requisitos de la donación (v. notas al § 8); pero como resulta que en todo caso se exige la forma escrita para la donación obligatoria (documento privado si se trata de muebles, y escritura pública, si de inmuebles), y sólo para la donación real o manual de bienes muebles se establece un régimen de libertad de forma, es evidente que tal régimen de libertad solamente alcanza a la datio *(de muebles) ya verificada, pero en ningún caso a la donación pendiente de cumplimiento, es decir, a la obligación de dar.*

La distinción entre las obligaciones de dar y las de hacer o no hacer está recogida en el Código, que contiene reglas especiales para cada una de ellas. Por lo que se refiere a las obligaciones de dar, se establecen las obligaciones de conservación de la cosa y entrega de todos sus accesorios (arts. 1.094 y 1.097), se reconoce el derecho del acreedor a los frutos desde el momento en que nace la obligación de entregar la cosa (art. 1.095) y se incluyen reglas especiales sobre el modo de exigir el cumplimiento (art. 1.096) y sobre los requisitos del pago (art. 1.160). En cuanto a las obligaciones de hacer, se prevé la ejecución forzosa en caso de incumplimiento y otros remedios para el caso de cumplimiento defectuoso (art. 1.098; el 1.099 se refiere a las de no hacer), se fija el criterio para determinar en qué casos se reputarán divisibles o indivisibles (art. 1.151, que se refiere también a las de no hacer) y, en cuanto al cumplimiento o pago, se señalan los casos en que no podrá ser compelido el acreedor a recibir la prestación de un tercero (art. 1.161). Pero sólo a estos puntos atiende el Código al distinguir una y otra clase de obligaciones y sólo a ellos suele ceñirse la doctrina, sin que se llegue a calar en todas las consecuencias que trae aparejadas la naturaleza de la prestación y sin que, concretamente, se examinen las importantes consecuencias que, en orden a la forma, se derivan de la distinción entre las obligaciones de dar y las demás obligaciones.

§ 8.

Primera limitación al principio del nudo consentimiento: las obligaciones de dar a título gratuito.

La concepción de la donación como negocio formal y típico. La función de la forma notarial y la «cause suffisante»

Es de suma importancia considerar la *función* de la forma notarial en la donación; de suma importancia, porque tal función sirve para determinar qué negocios son los que deben quedar sometidos al requisito formal y, por tanto, para precisar hasta qué punto la concepción formal de la donación entraña una limitación al principio del nudo consentimiento. Toda la concepción de la *cause suffisante* en las obligaciones de dar está en estrecha relación con esta cuestión.

Mientras la donación fué, como en el Derecho romano clásico, un negocio sancionado no por sí mismo sino solamente en cuanto estuviera revestido de la forma *omnibus* (v. supra § 2, *d*), la función de esta forma según la costumbre y la mentalidad de la época consistía en servir de indicio de la voluntad de celebrar un acto jurídico. Pero cuando, ya en el mismo Derecho clásico con la *lex Cincia,* la donación quedó sujeta a limitaciones y pudo oponerse una *exceptio* en caso de falta de *traditio,* comenzó a desplazarse hacia la *traditio* la función de proteger al mancipante o promitente y a su familia contra los peligros del "donar" y contra las decisiones precipitadas o poco ponderadas. No obstante, como ya vimos (supra § 2, *d*), la jurisprudencia romana siguió manteniendo un cierto criterio extrínseco de la causa, condición o carga *suficiente* para excluir la donación.

El requisito del documento escrito y de su entrega y el de la *insinuatio* que encontramos más tarde[1] quizá miraran a los fines de publicidad y prueba más que al indicado de protección del donante y de su familia; pero indudablemente servían *también* para esto.

1 Como es sabido, parece que el requisito de la forma escrita se encuentra ya en una constitución de Antonino Pio y después en otra de Constantino, en relación con la *insinuatio* que aparece al iniciarse el siglo IV. Este requisito, derogado por Teodosio el Joven y Valentiniano, *parece* haber dejado de exigirse en el Derecho justinianeo; pero todavía se mantiene en este Derecho el requisito de la *insinuatio* para las donaciones de más de 500 sueldos.

La institución de la *insinuatio* se mantiene en el Derecho medieval; pero al lado de ella, cuando la idea de los contratos formales y de la forma *omnibus* (la *charta*) inicia un proceso de decadencia, se desarrolla lentamente el requisito del documento notarial (v. supra § 5, notas 15 y 16). Ya antes de la época de Pothier y lo mismo en su época, y no solamente en Francia sino, en general, en todos los países de *civil law*, encontramos este requisito completamente desarrollado (v. las obras de Voet, Richeri, etc. citadas en el § 5).

La función del requisito del documento notarial no siempre resulta bastante clara para los autores, por estar todavía embebida en la función de publicidad y de protección de los terceros.[2] Mas si se tiene en cuenta que el documento notarial se requiere incluso para los efectos entre partes cuando no exista una *cause suffisante* (presente o *praeterita*), es evidente que la función de la forma notarial ya ha llegado a ser la de proteger al donante y a su familia contra las decisiones precipitadas o poco ponderadas. La solemnidad de la ceremonia ante el Notario y los testigos, la intervención del notario y su autoridad para persuadir o disuadir como consejero (a menudo consejero y administrador de la familia), eran circunstancias que contribuían a que se cumpliera aquella función.

La jurisprudencia italiana ha tenido ocasión de enunciar este principio:

"Los actos de donación han sido siempre considerados por la ley con austera desconfianza y sometidos a formas solemnes preordenadas a garantizar una perfecta libertad de maduro consentimiento del donante... El Código civil italiano ha establecido como forma sustancial de la donación y de su aceptación el documento público, para asegurar la libertad y la madurez de consentimiento del donante y para poner un freno a todas las liberalidades inmorales." (App. Firenze. De Sangro Marchetti cr. Marchetti, 30 abril de 1875, v. vol. II, "Casuística".) Esta sentencia merece especial atención por referirse a un caso en el que la atribución patrimo-

2 Como hemos visto (supra § 5, *c*) el mismo Pothier confundía la función del documento notarial con la de la *insinuatio*, como si aquél fuera solamente una premisa necesaria para ésta (lo que, al parecer, ocurría en el Derecho romano): v. *Traité des donations*, núms. 85 y 130-131. Pero en otro lugar (en el núm. 65) justifica Pothier el requisito de la entrega y de la irrevocabilidad por la exigencia de proteger a la familia, al invitar al donante a una mayor reflexión. En cambio, resulta clara la concepción de Richeri, op. cit. §§ 451, 494 y 498: la función del documento notarial — dice — es la de proteger al donante (además de proteger a sus acreedores).

nial se hacía a cambio de una "contraprestación", pero "de naturaleza no patrimonial" (v. § 10).

En el moderno *civil law* la función de la forma notarial en las donaciones ya no es la de la publicidad (que paulatinamente ha ido confiándose a otras formalidades) ni tampoco la de servir solamente como indicio seguro de la intención de vincularse jurídicamente.

En cuanto a este último punto (que hay que tener en cuenta con miras a los futuros desarrollos jurisprudenciales), obsérvese que la forma notarial se requiere incluso en la donación real (con entrega) de muebles, por lo menos en el Derecho italiano, y para la donación real o inmediatamente traslativa que tenga por objeto inmuebles u otros bienes (v. infra § 38 sobre el *transfert*). Así, no basta un documento escrito de *transfert*, ni aun con firmas autenticadas; ni es suficiente — excepto en los sistemas alemán y suizo — la transcripción en los registros públicos hecha a instancia del mismo donante, ni siquiera en los países en que la transcripción es un requisito para la transmisión entre las partes (v. por ejemplo el Derecho egipcio). Y sin embargo, en ninguno de estos casos ofrece dudas la voluntad de actuar en el terreno de lo jurídico.

Nace así una forma especial, distinta de la forma *omnibus* de los sistemas contractuales formales (*stipulatio*, etc.) ya que esta forma especial está en estrecha relación con el contenido típico ("causa", en este sentido) del negocio y tiene por objeto la protección del donante y de su familia frente a los peligros de esta "*causa liberalitatis*".[3]

La estrecha conexión con la "causa" plantea inmediatamente el problema de determinar qué cosa es jurídicamente donación y qué cosa no lo es. En efecto, si la función de la forma de la donación es la que hemos indicado, surge la pregunta: ¿contra qué actos deberá proteger esta forma al donante y a su familia?

a) ¿Contra la pura liberalidad que no tenga otro móvil u objeto que el de hacer el bien *(ut munificentiam et liberalitatem exerceat)*? ¿Sería suficiente el deseo de satisfacer una vanidad

3 V. también infra § 34, *a*, y § 18. Por eso la forma de la donación se distingue de otras formas (documento privado y a veces incluso notarial) cuya exigencia guarda relación también con el contenido del negocio (v. infra § 18). En realidad la función de estas últimas formas concierne más que nada a la seguridad de las relaciones jurídicas en relación con una determinada clase de bienes o de derechos objeto del contrato. En cambio, la forma de la donación se requiere cualquiera que sea la cosa o derecho objeto de ella. En el Derecho suizo, como es sabido, basta la forma del documento privado para las donaciones obligatorias de muebles: v. art. 243 del Código suizo de las obls.; pero también esta forma cumple la función indicada.

o una ambición, para que se excluyera la idea de la donación y la necesidad de la forma protectora? ¿Cualquier deber de conciencia individualmente sentido, un "sentimiento de equidad, de delicadeza, de honor"? (v. § 11). ¿Cualquier contraprestación, aunque careciera de valor patrimonial para el donante o para quien tuviera que cumplirla y, por tanto, también las contraprestaciones atípicas, fuera de lo normal? (v. § 10).

b) ¿O bien es necesario adoptar — con aquella finalidad protectora — criterios *objetivos* para determinar la suficiencia de una "causa" distinta de la pura liberalidad? (v. §§ 9-11).

He aquí, apenas esbozado, el problema de la *cause suffisante* en las obligaciones de *dar* (y, como veremos, también en las enajenaciones).

Como el lector recordará, la tradición (que se remonta a las Ordenanzas francesas de 1531 y 1566 sobre la *insinuatio*, y quizás incluso a época anterior, especialmente en otros países) había adoptado los criterios objetivos a que acabamos de aludir en el apartado *b*. Y, prácticamente, la Ordenanza francesa de 1731 había extendido dichos criterios al problema de la donación como acto formal (notarial) incluso *entre las partes*: v. supra § 5, *d*.

Esta tradición se perpetúa a través de una fuerte y resistente corriente jurisprudencial y doctrinal durante los siglos XIX y XX. Según aquellos criterios objetivos, la *cause suffisante* debe ser algo que, desde un punto de vista objetivo, normal o típico, *justifique* una transmisión patrimonial (un *dare*) como protección del promitente o disponente y de su familia (v. §§ 10-11); y no simplemente algo que explique y permita admitir la voluntad de contraer un vínculo en sentido *jurídico*. De otro modo, en defecto de *cause suffisante* se necesitará la *ceremonia* del documento notarial que cumpla aquella función protectora. Este criterio objetivo termina identificándose más o menos con la concepción de un *dar* a título gratuito, que juega en relación con los problemas de la colación, de la legítima o cuota de reserva hereditaria y de la acción pauliana o revocatoria.

Esta corriente llega frecuentemente a comprender el problema del contrato innominado o atípico, en los casos en que frente a una prestación de *dar*, que tiene carácter patrimonial, se deba una contraprestación desprovista de tal carácter.

Inversamente, una corriente jurisprudencial y doctrinal, predominante en Francia, parece inclinarse a la solución mencionada en el apartado *a*. Sin embargo, cuando se trata de los problemas de la colación, de la legítima y de la acción pauliana, esta corriente

vuelve a considerar el acto como donación en los casos mencionados en dicho apartado (aun en ausencia del puro espíritu de liberalidad.)[4] Y puesto que tales problemas afectan a los terceros, ello revela que dicha corriente está en el fondo inspirada por la preocupación de liberar al acto del requisito formal y de hacer triunfar lo más posible, también aquí, el principio del nudo consentimiento que afecta precisamente a las relaciones entre partes.

Siguiendo aquella corriente, la concepción de la donación se restringe mucho, si es que no llega a quedar destruída; y el requisito formal de la donación, dado el restringido ámbito de su aplicación, viene a representar una limitación bastante leve al principio del nudo consentimiento. Sin embargo, en la realidad de la práctica judicial, como tendremos ocasión de ver, tampoco esta corriente tiene tan amplio alcance como pudiera parecer a la vista de sus apresuradas generalizaciones.

En cualquier caso, es evidente que la importancia del requisito formal de la donación, como limitación al principio del nudo consentimiento, depende de cómo se conciban la donación y la *cause suffisante.* Cuestión que habrá de constituir uno de los objetos principales de nuestro estudio, en los §§ 9-13 y en la "Casuística".

NOTA DEL TRADUCTOR. — *Sin que los requisitos de forma que el Código civil español establece para la donación coincidan con los del Derecho italiano — que exige documento notarial en todo caso — es lo cierto que también en nuestro sistema se da en esta materia una cierta limitación al principio del nudo consentimiento. Para comprender el alcance de dicha limitación presentamos en esquema el cuadro de requisitos formales que resultan de los arts. 632 y 633 de nuestro Código:*

Donación real o manual (con entrega inmediata) de cosa mueble: *libertad de forma; puede hacerse verbalmente o por escrito (art. 632, párrafos primero y segundo).*

Donación obligatoria de cosa mueble: *documento escrito (que puede ser privado) y constancia igualmente escrita de la aceptación del donatario (art. 632, párrafo segundo).*

Donación de cosa inmueble, tanto si es real o manual (con entrega simultánea) como si es meramente obligatoria: *escritura pública en la*

4 V. el claro resumen de esta corriente jurisprudencial y doctrinal en Dalloz, *Nouveau Repertoire de Droit,* París, 1948, voz *Donation,* núms. 27 a 32.

Es también interesante advertir que a esta tendencia corresponde otra (especialmente francesa) dirigida a reducir la función del documento notarial a un mero indicio formal de la voluntad de contraer un vínculo *jurídico (serio et deliberato animo),* indicio que también podría ser reemplazado por otra forma o por la *cause raisonnable* o *plausible* (v. infra § 38, *d,* sobre la forma, y vol. II, Casuística).

que se expresarán individualmente los bienes donados y, en su caso, el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario. La aceptación — que no surte efecto si no se hace en vida del donante — puede hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada (art. 633, párrafos primero y segundo).

Es evidente que de estas disposiciones se desprende una importante limitación al principio consensual, que prácticamente viene a quedar excluído en materia de donaciones. Para la donación obligatoria se exige en todo caso la forma escrita (y la escritura pública cuando se trate de inmuebles). Para la donación real o manual de inmuebles se exige también escritura pública , y sólo la de muebles se desenvuelve dentro de un sistema de libertad de forma, al permitirse que pueda hacerse verbalmente. Con estas exigencias de forma, el Código viene a continuar dentro de la línea tradicional de desconfianza frente a la donación que del Derecho romano había pasado al medieval y que no desapareció tampoco cuando el Ordenamiento de Alcalá introdujo en nuestro sistema el principio espiritualista (requisitos de la insinuación, aprobación judicial, etc.; v. las notas a los §§ 3 y 4).

La función primordial del requisito de forma es la protección del mismo donante, de su familia y de los acreedores. Expresamente lo ha reconocido así la jurisprudencia del Tribunal Supremo, estimando que las formalidades que exige el art. 633 han sido establecidas en favor del donante y de sus causahabientes, por lo cual resultan innecesarias cuando éstos o aquél están conformes con "lo hecho", lo sancionan y renuncian a ejercitar el derecho que pudiera asistirles (sentencia de 12 de junio de 1896).

Al presentar el esquema de los requisitos formales de la donación, lo hemos hecho partiendo de la distinción entre donación real o manual (con entrega simultánea) y donación obligatoria u obligacional (con entrega aplazada; es decir, donación de la que sólo nace un derecho de crédito en favor del donatario). No obstante, en recientes trabajos muy estimables se viene insistiendo en señalar que nuestro Código sólo ha contemplado la donación como acto dispositivo y nunca como contrato o acuerdo obligacional. La cuestión no es nueva, pues arranca de la antigua discusión en torno a la naturaleza jurídica de la donación; pero ha sido enfocada desde nuevos puntos de vista y ha dado lugar a la afirmación de algunas conclusiones un tanto aventuradas.

Como punto de partida de esta reciente tendencia puede señalarse el trabajo de Calvo Soriano Tradición y donación, *en Anales de la Academia Matritense del Notariado, III, 1946, págs. 399 y ss. En él se pone de relieve que la preocupación del legislador en el tít. II del libro tercero fué la de reglamentar únicamente la donación de cosa como acto de disposición inmediata, sin que en esos preceptos del Código se perciba nunca una alusión a la idea de obligación como situación intermedia entre la voluntad y la transmisión (pág. 456). Con todo, no excluye que el objeto de la donación pueda ser un* obligare *o un* liberare *(pág. 471).*

En Núñez Lagos se advierte ya una posición más decididamente contraria a la donación obligatoria (Pago de lo indebido sin error, *en R. G.L.J., febrero 1946, págs. 129 y ss.). "Es evidente — dice — el mal acomodo de la donación entre los contratos obligacionales... La declaración de voluntad de donar es inescindible de la* datio *como hecho... Se hace donación dando, no obligándose" (pág. 142).*

Vallet de Goytisolo (Donación, condición y conversión jurídica material, *en Anuario de Derecho Civil, 1952, t. V, fasc. 4.°, págs. 1.205 y ss.) insiste en que el C. c. regula exclusivamente las donaciones dispositivas, "actuales o diferidas". En favor de la donación obligacional — dice — sólo podría alegarse la letra del art. 629: "La donación no* obliga *al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación". Pero entiende que el Código ha empleado aquí impropiamente el verbo* obligar, *en lugar de expresarse correctamente mediante el verbo* vincular. *En el acto dispositivo, según él, no es esencial, aunque sí normal, la* vinculación *del disponente; en cambio, es completamente extraña toda* obligación *por parte del mismo (págs. 1.224-1.225)*

(Esta distinción terminológica nos parece sumamente peligrosa, porque antes de aceptarla habría que revisar toda la terminología usual en el Derecho de obligaciones. Téngase en cuenta lo que representa para la doctrina el concepto del "vínculo" como elemento de la obligación).

Vallet acepta y recoge los argumentos de Núñez Lagos en contra de la donación obligatoria. Señala también, por otra parte, que los precedentes históricos en nuestro Derecho revelan la admisión de esta figura. Pero a la hora de formular una conclusión no se decide y se limita a decir que, si bien no es decisivo el argumento favorable a la donación obligatoria que pudiera basarse en el art. 1.274 (alusión a los "contratos de pura beneficencia" cuya causa es "la mera liberalidad del bienhechor"), tampoco deja de ser discutible el argumento contrario a su posibilidad apoyado en el art. 1.901 (que entre los supuestos de pago indebido, *no repetible, incluye los hechos "a título de liberalidad o por otra justa causa"). En cuanto a la jurisprudencia, este autor sólo ha tenido en cuenta la sentencia de 6 de junio de 1908, en la que el Tribunal Supremo se muestra contrario a la admisibilidad de la donación obligacional; pero este criterio jurisprudencial ha sido ya superado, y en la sentencia de 7 de diciembre de 1948 (v. vol. II) el T. S. no ha vacilado en declarar que "son compatibles los términos obligación y donación, pues ésta puede revestir formas diversas, y entre ellas* la creación de un crédito a favor del donatario". *Ya en una sentencia de 27 de junio de 1914 se había hablado de la necesidad de aceptación por escrito para que la donación (prometida) tenga* fuerza de obligar.

Creemos que no hay inconveniente en aceptar la afirmación de que el Código, en las normas que dedica a la donación, ha contemplado a ésta en el aspecto de negocio dispositivo más que en el de acuerdo obligacional. La misma sistemática del Código parece confirmarlo, al regular la donación entre los "diferentes modos de adquirir la propiedad" y no

entre los contratos, consecuentemente con lo establecido en el párrafo segundo del art. 609, que alude separadamente a la donación y a los contratos y que no considera a éstos como modo de adquirir sino como título que ha de ser completado con la tradición para operar el traspaso. Pero ello no es suficiente para negar, sin más, la posibilidad del contrato de donación, al que incluso pueden serle aplicables algunos de los preceptos del Código que se refieren preferentemente a la donación como acto dispositivo. Una donación que no vaya acompañada de entrega simultánea engendrará una obligación de dar, cuya consumación será operada por la tradición; la tradición se hará solvendi causa, *en cumplimiento de la obligación, pero el contrato se habrá celebrado* donandi causa. *Esta separación entre el acto que obliga a entregar y el acto de entrega no puede resultar forzada en un sistema que, como el nuestro, se basa en la insuficiencia del consentimiento para operar el traspaso de la propiedad. De manera que, por lo que se refiere al art. 609, cuando la donación no vaya unida a la entrega hay que considerarla incluída en la referencia que dicho artículo hace a los contratos ("por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición"). En los demás casos (donación real o manual, imediatamente traslativa), la donación opera por sí misma el traspaso, pero es porque esa donación lleva incorporado el elemento real consistente en la entrega; de ahí que en el artículo 618 no se la considere como contrato — que no sería suficiente para producir la transmisión — sino como "acto de liberalidad por el cual una persona dispone..." etc.; es decir, como acto dispositivo.*

Todas estas consideraciones parecen abonar la aplicación del artículo 632 a la donación obligatoria, en el sentido que queda señalado al principio de estas notas. No parece aceptable el criterio de Sánchez-Blanco quien, entendiendo que el art. 632 sólo es aplicable a la donación dispositiva y no a la obligacional, cree que cuando esta última se refiera a bienes muebles se perfeccionará por el mero consentimiento. E incluso llega a afirmar que cuando recaiga sobre inmuebles quedará dispensada del requisito formal establecido en el artículo 633, basándose en que al no ser necesaria la expresión de la causa en los contratos — artículo 1.277 — bastará no expresar la causa *donandi para que el contrato de donación sea válido* (Sobre la naturaleza y la forma de la donación, *en Información Jurídica, 112, sept. 1952, páginas 811-813). Fácilmente se comprende que, dado el carácter de mera abstracción procesal de la causa que corresponde al art. 1.277 (v. nuestras notas al § 22), no podría obtenerse la sanción de esa promesa en cuanto el promitente probara la verdadera causa del contrato. Esas afirmaciones en favor de la donación puramente consensual son inadmisibles si se tiene en cuenta que, como acertadamente señala Puig Brutau, ante la posibilidad de que una persona se vea obligada a dar cumplimiento a una obligación que asumió a título gratuito, hay que extremar el rigor de los requisitos que pueden justificar semejante transformación; la desequilibrada situación en que se encuentran el promiten-*

te y el promisario cuando no existe reciprocidad en el beneficio — dice este mismo autor — exige una especial cautela por parte del Ordenamiento jurídico a la hora de señalar si tal desequilibrio puede ser tomado en cuenta jurídicamente (Fundamentos de Derecho Civil, *Barcelona, 1956, t. II, vol. 2, págs. 68, nota 9 y págs. 81 y ss.).*

Independientemente de que el Código haya regulado la donación pensando en la figura de la donación dispositiva, no creemos que pueda dejar de tenerse en cuenta que en el art. 632 el legislador ha querido excluir la eficacia de una donación no acompañada de elemento real de la entrega, que es en definitiva un vestimentum, *cuando no se hayan hecho constar por escrito la donación y la aceptación.*

§ 9.

Continuación: La concepción de la donación y el puro espíritu de liberalidad. Extensión del esquema típico de la donación a otros intereses distintos del puro espíritu de liberalidad (prescindiendo del problema de la donación «cum onere» o por una «causa praeterita»).[1]

Como es sabido, el título del Digesto que se ocupa de las donaciones comienza enunciando el concepto de donación como acto que realiza quien da o se obliga a dar "*propter nullam aliam causam... quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat*" (sobre la efectiva aplicación de este concepto en el Derecho romano, v. supra § 2, *d*). Si por causa se entendiera aquí el interés, el fin, el motivo que anima al donante, el ámbito de la donación quedaría reducido a bien poca cosa. Prescindimos, de momento, de los supuestos de donación bajo "condición", con imposición de una carga, o por una *causa praeterita* (servicios prestados, obligación moral o natural), en los que la presencia de la condición, del "*onus*" o de la *causa praeterita* suscita dudas y problemas graves que examinaremos en los §§ siguientes.

1 Los problemas considerados en este parágrafo y en los siguientes, y con ellos el concepto de la donación, han sido tratados por la doctrina de manera más bien abstracta, basándose en un "concepto general" (de donación), o con referencias históricas inexactas, o con relación a un concepto de "gratuidad" y de "onerosidad" igualmente genéricos, sin especificar en función de qué problemas se construye el "concepto". A veces estos problemas se confunden entre sí, o se tratan conjuntamente las obligaciones de dar y las de hacer. Tendremos ocasión de insistir en ello en este § y en los siguientes, especialmente en el § 10, *f*. Por ahora, nos limitamos a remitir al lector al trabajo de Mosco, *Onerosità e gratuità*, cit., págs. 247-272, etc. y a las citas que allí se incluyen.

Aun prescindiendo de estos casos, en la realidad de la vida no hay donación que no esté determinada por un interés distinto del puro espíritu de liberalidad: intereses religiosos, políticos o públicos *lato sensu*, científicos, culturales, deportivos, etc. por parte de quien "dona" a una entidad que persiga alguno de estos fines, haciendo quizás la donación con la intención de participar en los correlativos beneficios aun sin imponer una carga (v. infra vol. II Casuística); intereses afectivos, nacidos de relaciones amorosas, de vanidad, de ambición, con la esperanza de recibir honores, de alcanzar prestigio, etc.

El puro espíritu de liberalidad es algo abstracto y quizá tan raro como el imperativo categórico de Kant, aunque el deseo de hacer el bien pueda ir unido, jurídicamente, al de obtener el puro sentimiento de gratitud del favorecido.

El confinar aquellos distintos intereses en el campo de los "motivos" (en sentido técnico, o sea en oposición a la causa *típica* del acto) no es en la mayoría de los casos más que *un procedimiento técnico para extender el concepto de donación*: procedimiento justificado bien por las exigencias prácticas que satisface el *tipo* o el acto típico, bien por la función protectora de la forma indicada en el § anterior (v. infra nota 2).

En realidad, en relación con el puro espíritu de liberalidad, considerado como contenido típico de la donación, tales intereses vendrían a representar otros tantos contratos atípicos o innominados (en el sentido moderno: v. también § 12). Además, algunos de esos intereses se presentan con carácter usual y por ello, en cierto modo, típico: como los intereses religiosos, políticos, culturales, deportivos, etc. en la donación hecha a una entidad que persiga tales fines, o como ciertos intereses familiares[2] (sin embargo, es muy frecuente que todos estos intereses queden relegados técnicamente al campo de los motivos, o que el acto quede equiparado en el aspecto formal a una donación). En cualquier caso, quien da una cosa movido por alguno de tales intereses realiza un acto que moral y *socialmente* se aparta del puro espíritu de liberalidad.

No obstante, y por las razones prácticas antes indicadas, la

2 Es interesante la sentencia del Tribunal de Apelación de Casale Monf. de 25 marzo 1889, en la causa Garrone-Foà (constitución de dote por una tía en favor de su sobrina) en la que se niega al acto el carácter de donación sobre la base de la "solidaridad de sangre y de familia que constituye *un verdadero interés*" (aparte de la obligación moral). Jurisprudencia abandonada después por nuestros tribunales (v. vol. II Casuística). Ese "*verdadero interés*" ha de entenderse sin duda como algo *objetivo* que, desde el punto de vista social, *justifica* el hecho de *dar* independientemente del espíritu de liberalidad.

corriente doctrinal y jurisprudencial predominante tiende a relegar "técnicamente" estos intereses al campo de los "motivos", es decir, a no reconocerles valor alguno en relación con el concepto de donación y con sus requisitos de forma.[3]

Asimismo, la finalidad de procurarse mediante el acto de dar una probabilidad o *chance* de obtener ventajas patrimoniales, finalidad que excluiría el puro espíritu de liberalidad, no siempre parece suficiente para excluir el concepto técnico de donación con sus correspondientes requisitos formales.[4]

3 De no ser así, la tipicidad, como exigencia de certeza en las relaciones jurídicas, quedaría perjudicada precisamente en el terreno de la forma que es en el que más necesaria parece una precisa delimitación del ámbito del negocio formal (en el sentido moderno de forma conexa al contenido, v. §§ 18 y 34, *a*).

Lo cierto es que la tipicidad de aquellos intereses que pueden impulsar a *dar* sin *contraprestación* (ni siquiera como "*onus*") y sin *causa praeterita*, es muy difícil de determinar; por lo que gradual e insensiblemente se desciende al profundo estrato de los móviles vagos e inaprehensibles. Así, la doctrina que excluye la donación cuando concurran aquellos móviles o intereses ha llegado consecuentemente, por el lado opuesto, a negar el carácter oneroso de un contrato de compraventa (tipo jurídico) en el que el comprador no persiga otro fin que el de hacer un favor al vendedor, o en el mutuo con interés concedido por puro espíritu de amabilidad (v. infra nota 10; v. también Jhering y otros autores citados por Mosco *Onerosità e gratuità*, cit. págs. 207-208). No parece, sin embargo, que se quiera implicar en tal tesis el problema de la forma; parece que se trata solamente del concepto *genérico* de onerosidad (v. § 10, *f*).

Por otra parte, prescindiendo de aquellas exigencias de la tipicidad, la aludida función protectora de la forma en la donación (v. § anterior) induce a no tener en cuenta dichos intereses o móviles, sino a atenerse al concepto más bien extrínseco de un *dar* sin "contraprestación" o sin *causa praeterita*.

4 Por el contrario, para las obligaciones de hacer o prestar (por ejemplo, promesa unilateral de celebrar un contrato de venta, etc.) cfr. supra § 5, *b*, nota 4 e infra § 16).

Por ejemplo, como es sabido, se consideran como donaciones las recíprocas o mutuas, por más que en ellas sea muy impuro el espíritu de liberalidad; cfr. Pothier, *Traité des donations*, cit. núm. 90, quien se refiere a las dudas de ciertos autores, ya que tales donaciones serían *contrats intéressés;* dudas superadas por la Ordenanza de 1731, aun para el caso de que el valor de ambas donaciones sea el mismo, porque el simple *espoir* o *chance* no sería una causa suficiente para excluir la donación; v. también Trasbot, en el *Traité Pratique* de Planiol, cit. V, núm. 330.

En el caso de los industriales que ofrecen su contribución para la realización de trabajos públicos de los que ellos mismos habrán de obtener provecho, la jurisprudencia francesa ha negado el carácter de donación (v. Trasbot, op. cit., núm. 315). Lo cual está de acuerdo con las directrices de aquella jurisprudencia; v. infra §§ 10-11; v. también en el vol. II, Casuística, los casos Lapeyre-Ayuntamiento de Urrugne, Reverchon-Ayuntamiento de Morez, etcétera. Mas la cuestión no resulta tan sencilla especialmente cuando se trata de donaciones, fundaciones, becas, etc. hechas o instituídas por industriales para investigaciones científicas puras que les interesen económicamente.

La jurisprudencia italiana parece inclinarse a la solución contraria. Así, el Tribunal de Torino, sentencia de 28-8-1948 en causa Wild-Wild, *Mon. Trib.*

De aquí nace un concepto *negativo* de la donación; será donación todo acto de dar y toda promesa de dar que no se realicen para obtener una contraprestación o por razón de una *causa praeterita* (prescindiendo, por ahora, de la suficiencia de éstas).[5]

He aquí algo que es interesante advertir, en relación con el alcance del requisito de forma en la donación como limitación al principio del nudo consentimiento: aun cuando bastara (que no basta) para excluir la donación una prestación o carga *cualquiera* o una *causa praeterita cualquiera*, este concepto de donación comprendería a pesar de ello un amplio campo de contratos muy frecuentes en la vida social; concretamente, comprendería todas las enajenaciones y las promesas de dar que respondieran a cualquiera de aquellos indicados intereses, distintos del puro espíritu de liberalidad.

1949, 76, ha tenido ocasión de declarar que "no desnaturaliza el espíritu de liberalidad, *causa* de la donación, la circunstancia de que el acto pueda haberse realizado con miras a obtener eventuales ventajas futuras de orden material o moral". Cfr. también Cass. 8 marzo 1950, Fiammingo-Opera Naz. Combattenti, *Rep. Foro it.*, 1950, voz *Donazione*, núm. 11, que incluye el cálculo utilitario entre los "motivos", distintos de la *causa* que sería siempre la *causa liberalitatis*. Pero tampoco en la jurisprudencia italiana deja de haber algunas vacilaciones (v. vol. II Casuística).

Puede verse otro ejemplo de donación hecha con la esperanza de obtener ciertas ventajas en Mosco, op. cit., pág. 270.

Para la tesis que excluye la donación si ha sido hecha con la *esperanza* de obtener ventajas, v. Demogue, *Traité des Oblig.* cit. II, págs. 984 y siguientes e infra nuestra nota 10.

Las promesas de pagar ciertas cantidades a título de propaganda y las que se hacen a los empleados como incentivo para el trabajo, no se consideran como donaciones siempre que se mantengan dentro de límites razonables. También aquí juegan el uso social y una cierta tipicidad.

5 El mencionado expediente técnico de la causa típica, con el consiguiente concepto negativo de la donación, ha sido expresado lapidariamente por Windscheid en el estudio clásico que dedica a esta materia en *Pand.* § 365, especialmente nota 4 (trad. Fadda y Bensa): "Donación es el enriquecimiento por el enriquecimiento... En este sentido toda donación contiene una *liberalitas*". Su causa típica es, por lo tanto, la finalidad de dar sin recibir una contraprestación; todo lo demás queda comprendido entre los "motivos", que, según Windscheid pueden ser: benevolencia, expectativa de obtener ventajas o de satisfacer fines egoístas, vanidad, coacción injusta, reconocimiento espontáneo de una obligación no existente en Derecho (ni *naturaliter*, ni *civiliter*) etc. Respecto a este último caso Windscheid sostiene que la intención de cumplir un deber semejante es solamente un motivo, mientras que la *intención primaria* será siempre la de enriquecer al destinatario. En lo que se aprecia claramente el punto de vista *objetivo*, v. infra § 11, *b*.

El carácter meramente negativo del concepto de donación se acentúa en el Derecho romano clásico y en el *common law*, en los que basta una contraprestación *cualquiera* para *negar* al acto el *carácter* de donación y en los que no se admite la *causa praeterita* (v. supra § 2, *d;* infra §§ 28 y 30). Según estos sistemas no habrá donación si al dar se pretende obtener una contraprestación cualquiera *(res* o *consideration)*.

Como la historia demuestra, la donación representa el *medio* más difundido y el más práctico para obtener la satisfacción de intereses no económicos;[6] y, más concretamente, aquel medio que consiste en la atribución o en la promesa de una recompensa, de un premio, etc. a fin de obtener la satisfacción de un interés del disponente o promitente sin imponer a cambio una obligación, una carga o una condición a la otra parte.[7]

Ciertos vínculos, muy interesados, especialmente de carácter político, se conciertan mejor a través de una donación "pura" que mediante una donación *cum onere* o bajo condición o mediante un contrato de cambio. La historia lo demuestra. Y si fuera posible hacer una estadística, atendiendo a la calidad o a la importancia social más que a la cantidad, quizá resultara que los contratos más importantes se encuentran entre las llamadas donaciones.

Por tanto, el requisito de forma en la "donación" (aun sin considerar como donaciones a las que se hacen *cum onere* o por una *causa praeterita*) constituye una limitación de gran importancia, por la cantidad y la calidad de los contratos afectados, al principio del nudo consentimiento.

Sólo la jurisprudencia francesa, parte de la nuestra (en el siglo XIX), la de algún otro país de *civil law*[8] y un sector de la doctrina francesa, han intentado la empresa verdaderamente heroica de hacer triunfar el principio del nudo consentimiento incluso en

6 Para convencerse de ello basta recorrer los Repertorios de jurisprudencia: por ejemplo, el Dalloz, *Codes Annotés, Nouveau code civil*, París, 1901, sobre art. 931; y nuestra *Prima Raccolta di Giurisprudenza sul cod. civ.* arts. 1.050-1.051 y 1.056; v. también el vol. II, Casuística, y el § 13, *c*.

7 Ciertamente, suele ser más práctico limitarse al incentivo del premio o de la recompensa. Frecuentemente puede ocurrir que el "donatario" no quiera o no pueda aceptar la carga o la condición de realizar el interés del llamado "donante" (por ej., construir una escuela, un instituto científico, una iglesia, realizar un acto de carácter político, etc.). Y que, por el contrario, por su misma organización o por otras razones prácticas, quiera mantener un cierto poder discrecional de realizar o no aquel interés o de realizarlo de una manera mejor que de otra, sin que por ello tenga que perder el beneficio que supone la donación, en el que ya ha puesto su confianza y contando con el cual ha hecho ya sus planes; pero al mismo tiempo se siente moral y socialmente vinculado, dentro de ciertos límites, a satisfacer aquella "expectativa" del llamado donante.

8 V. por ej., en la Casuística vol. II, el caso Ross, Hutchinson v. Royal Inst. for the Advancement of Learning (Quebec, país de *civil law*), en el que como homenaje al principio de la *délicatesse, l'honneur*, etc. a que se alude infra en el texto, uno de los jueces llegó a la conclusión de que "las promesas y las suscripciones de Ross en favor de una Universidad de la que él era uno de los principales gobernadores y directores, constituirían una causa o *considération suffisante* para hacerlas obligatorias" (como contratos distintos de la donación y sin necesidad del documento notarial).

este campo, lo mismo que en el de las donaciones *cum onere* o por una *causa praeterita*. O sea, que se han esforzado por reducir el concepto de donación al de la pura liberalidad,[9] concepto *positivo*, librando así al mayor número posible de casos del requisito de forma. En otros términos, han tratado de liberar de este requisito a toda una serie muy importante de negocios, tales como los determinados por los mencionados intereses distintos de la pura liberalidad. Es la corriente que afirma que además de estos intereses y además del deseo de prestigio y de la vanidad, "el simple deseo de satisfacer un sentimiento de equidad, de conciencia, de delicadeza o de honor puede constituir una *cause suffisante* de la obligación"; suficiente para excluir la idea de la donación y el correspondiente requisito de forma (v. las citas recogidas en nota 10).

Ya veremos en el vol. II (Casuística) la evolución de esta corriente.[10]

9 Hay razones para sospechar que haya ejercido cierta influencia el texto romano citado al principio de este §; por supuesto, errando sobre su verdadero alcance (v. supra § 2, *d*).

10 En cuanto a la doctrina, v. citas en Dalloz, *Codes annotés* cit, artículo 1.131 (¡el artículo que se refiere a la causa de la obligación en general!) números 43 y sgtes. Véanse también Demogue, *Traité des obligations*, cit. II, números 770 y sgtes. y los autores que cita; Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, París, 1928, págs. 157-162 y 368-375. Estos y otros autores han ido más lejos que la misma jurisprudencia francesa. Josserand, con otros, ha llegado a la tesis psicológica mencionada supra en nota 2. Demogue llega a no considerar como donaciones las hechas *pietatis causa*, o con una carga *(affectation)* en beneficio del mismo donatario, como por ej., hacer un viaje, ni las que se hacen en favor de una entidad sin imponer ninguna carga o imponiendo una carga que corresponda a los mismos fines de la entidad (v. en contra Dalloz, *Nouveau Rép.*, voz *donations*, núm. 21); ¡y todo porque el mandar constituye un placer superior incluso a la obtención de un beneficio económico!

V. también supra nota 4, sobre la mera esperanza de obtener beneficios como *cause suffisante*. Sobre todos estos puntos v. el vol. II Casuística.

Bien es verdad que estos autores suelen hablar de la gratuidad de manera vaga y genérica, sin plantearse expresamente el problema del nudo consentimiento y de la forma, o confundiendo las obligaciones de dar y de hacer y los distintos problemas relativos a la gratuidad.

También es verdad que Demogue se deja llevar de cierta retórica: "No sólo de pan vive el hombre, hay que preocuparse de sus necesidades más elevadas" (op. cit. II, núm. 770). Un sistema jurídico que no reconozca los fines no económicos es inadmisible en una civilización desarrollada (op. cit. II, número 759). En ambos pasajes, lo mismo que en otros, encontramos el acostumbrado equívoco relativo a la autonomía o el *poder* (de la voluntad) para obligarse: v. supra § 6.

La promesa puede explicarse o ser *plausible* "por un sentimiento desinteresado o poco interesado de agradecimiento, de piedad, de amor, de todo lo que constituye la grandeza del hombre" (op. cit. II, núm. 746).

A esta retórica se une (como se advierte en los ejemplos propuestos por

Por ahora basta con advertir que sus proclamaciones de principios han de ser tomadas a beneficio de inventario. No es aventurado decir que en esas decisiones jurisprudenciales se trata muy a menudo de pura retórica, de *obiter dicta* (afirmaciones hechas de pasada), de vacuas generalizaciones que después la doctrina ha tomado en serio; mientras que las verdaderas razones de las decisiones, aunque no se pongan de relieve, se encuentran en estratos mucho más profundos (v. en la Casuística las notas a los casos en cuestión);[11] y estas razones constituyen en cierto modo un *vestimentum* del pretendido pacto nudo (v. infra §§ 16 y 17).

Así pues, es dudoso que esa jurisprudencia haya logrado efectivamente reducir la donación formal al ámbito de la pura liberalidad y liberar a aquellos otros negocios del requisito de la forma; por el contrario, hay motivo para sospechar que exista también aquí una confusión entre *cause suffisante* (suficiente para excluir la donación en las obligaciones de dar) y *cause raisonnable ou plausible* (como explicación de la voluntad de contraer un vínculo *jurídico*, en las demás obligaciones).

Como ya advertía Voet (*Comm. ad Pand.* 39, 5, *de donat,* § 3) a propósito de las donaciones remuneratorias, si se acogiera una tesis análoga a la de la jurisprudencia francesa se llegaría a negar que existan donaciones en la vida práctica.[12]

Demogue) una gran confusión entre los diversos problemas que se agrupan bajo el *nombre* de causa, incluído el de la llamada función económico-social; así como la todavía más desconcertante confusión entre *cause suffisante* (en las obligaciones de *dar*) y *cause raisonnable et plausible:* "toda promesa, toda obligación o dación que por parte del promitente tenga una explicación normal según el estado actual de nuestras costumbres, es válida" (op. cit. II, número 747).

Tomar estas "teorías" como algo que pueda representar el verdadero estado del Derecho positivo equivale a correr graves riesgos.

11 Por citar solamente una muestra, en el caso Bardet-Iglesia de Saint Martin, "la finalidad de satisfacer su capricho (el del promitente), su fantasía o su vanidad" es considerada como *cause suffisante* para excluir la donación; y en este caso se trataba nada menos que de haber inducido a la Iglesia a hacer un gasto que de no ser por la promesa no hubiera hecho. En el caso Faure-Rougier la verdadera causa consistía en una obligación de no hacer competencia. En el caso Abate Bresson-Boudard, en el que se invoca la finalidad del caso Bardet y se añade el "amor propio" se trataba nada menos que de un riesgo asumido por el mismo abate Bresson.

Y sobre todo, en estos casos y en otros análogos (ciudad de Marsella-Emperatriz Eugenia), el motivo profundo de la decisión era un concepto un poco similar al de la *executed consideration* y al de la *reliance* del *common law;* es decir, el cumplimiento de la carga sobre la base de la confianza en la promesa, o en la expectativa de que la donación fuese mantenida (v. § 17 y § 27, *a*). Para todos estos casos v. vol. II Casuística.

12 V. también en la Casuística el análogo argumento utilizado por la defensa de Reverchon en el caso Reverchon-Ayuntamiento de Morez.

Nota del Traductor. — *También nuestro Código civil, al definir la donación destaca la nota de liberalidad. "La donación* es un acto de liberalidad *por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta" (art. 618). El mismo criterio inspira al artículo 1.274 cuando, al tratar de la causa, dice que en los contratos de pura beneficencia se entiende por causa "la mera liberalidad del bienhechor".*

En consecuencia, aun cuando al hacerse una donación se persigan otros fines o intereses distintos del puro espíritu de liberalidad, tales fines o intereses quedarán relegados al terreno de los motivos (irrelevantes jurídicamente) sin mezclarlos con la verdadera causa del contrato, que será — en términos del art. 1.274 — "la mera liberalidad del bienhechor".

Con ello parece incurrirse en una paradoja. Por una parte, la distinción entre causa y motivos (en la que tanto insiste la jurisprudencia, como veremos) perece responder al criterio de separar lo moral o psicológico de lo estrictamente jurídico. Por otra, el concepto mismo de "liberalidad" no es sino la consagración jurídica de un elemento cuya raíz es innegablemente psicológica o moral. Precisamente este concepto de la "liberalidad" en la donación ha sido señalado por el profesor D'Ors como un caso típico de confusión de los afectos morales en las categorías jurídicas. La donación, jurídicamente considerada — dice — se caracteriza por la falta de contraprestación, además de la nota esencial de su resultado lucrativo; pero la intención liberal o no... es algo íntimo y puramente moral. La donación del hombre no liberal — por ejemplo, la del fariseo limosnero o la del "buscaherencias" — carece de valor moral en absoluto, pero sigue siendo, jurídicamente considerada, una perfecta donación. Cuando nuestra Ley de Partidas define la donación como "un bien fecho que nasce de nobleza e bondad de corazón", tenemos ahí la más clara confusión de lo moral con lo jurídico; pero la "liberalidad" de nuestro Código civil (arts. 618 y 1.274) ha salido de la misma confusión moralizante. Tan pronto atendemos al fin de los actos jurídicos, caemos en el recinto del moralista y nos alejamos de los puntos de vista estrictamente jurídicos (A. D'Ors, Sobre la causa de los actos jurídicos, *en Anuario de Derecho Civil, 1956, tomo IX, fasc. 2.°, pág. 578 y ss.; v. especialmente págs. 579-580).*

La explicación de la aparente paradoja que hemos señalado puede ser la siguiente: al insistir en la distinción entre causa y motivos y al negar relevancia jurídica a estos últimos, la jurisprudencia tiende (quizá de manera inconsciente) a corregir o al menos a contrapesar aquella confusión entre lo moral y lo jurídico que late en el concepto de liberalidad: En todo caso, si no es ése el criterio que anima a los jueces, ése es, por lo menos, el resultado conseguido. La donación se define — en el Código — por el ánimo de liberalidad; pero al indagar la efectiva existencia de dicho ánimo, los jueces se niegan a entrar en el terreno de los móviles o motivos puramente psicológicos, y entonces se identifica el

concepto (subjetivo) de liberalidad con el dato (objetivo) de la ausencia de contraprestación (título lucrativo).

Con ello, el resultado es el que queda apuntado en el texto. Todos esos intereses, distintos del puro espíritu de liberalidad, quedan confinados en el campo de los motivos, a los que no se concede relevancia. De esta manera, el ámbito de la donación se ensancha y llega a comprender numerosos actos que no podrían ser considerados como donaciones si se tomara al pie de la letra la expresión "acto de liberalidad". Lo cual constituye, en definitiva, el triunfo del criterio técnico-jurídico sobre el criterio moral o psicológico.

De todos modos, hay casos en los que la jurisprudencia tiende a apreciar la existencia de un "móvil interesado" como causa suficiente para excluir el ánimo de liberalidad y para sancionar una promesa que no haya sido hecha en la forma exigida para la donación: v. la sentencia de 16 de febrero de 1899, citada en nuestras notas al § 16. Es ésta, quizá, una de las más antiguas sentencias que se inclinan a la concepción subjetiva de la causa (v. notas al § 22).

§ 10.

La donación «cum onere» y la donación condicional

Relaciones con el contrato atípico o innominado (en el sentido moderno)

a) *Preliminares: la donación* cum onere *y bajo condición, y la* cause suffisante.

Hasta aquí hemos prescindido de los problemas que plantean la donación *cum onere* (donación modal, según el art. 793 del Código civ. ital.) y la donación por una *causa praeterita.*

Pero el alcance del requisito de forma en la donación (y del concepto técnico de ésta) como limitación al principio del nudo consentimiento, se amplía notablemente al considerar estos problemas que son *los más delicados en toda la materia que nos ocupa.*

Comenzaremos por la donación *cum onere.*

Casi no haría falta advertir que nuestro problema no solamente se refiere al "*onus*" en sentido propio, caso en el que el "donatario" está obligado a una determinada conducta o prestación y en el que, por tanto, se puede pensar en una sanción consistente en la acción para exigir el cumplimiento o en la de resolución por incumplimiento (v. por ej. art. 793 Cód. civ. ital.; y soluciones análogas en otros países).

El problema se extiende también al caso en que la prestación o la conducta se impongan al donatario en forma de "condición": te doy o te daré, *si* haces tal cosa. Caso en el que es evidente que la llamada condición representa en realidad la "causa" o fin (o uno de los fines) de la "donación"; y que el "donatario", pese a no estar obligado a ello, la cumple bajo el estímulo de la "donación" o confiando en ella.[1]

Ahora bien, como hemos visto (supra § 5, *d*) y como resulta de todos nuestros Códigos, una promesa de dar (o una enajenación) puede seguir siendo "donación" aunque se le hayan añadido la carga o la condición de cumplir una determinada prestación o de observar una determinada conducta en este sentido amplio.

Pero lo que no nos dicen nuestros Códigos es en qué casos la presencia de esta prestación dejará en pie el concepto técnico de donación con el consiguiente requisito de forma y en qué otros, por el contrario, se estará en presencia de un contrato oneroso de cambio, exento de tal requisito. Son la tradición (v. § 5, *d*), la jurisprudencia y la doctrina quienes nos lo dicen.

Para que queden excluídos el concepto de la donación y el requisito de forma se necesita que el objeto de aquella carga o condición represente una *cause suffisante*.

Mas, sobre este particular, la doctrina está muy lejos de haber llegado a un acuerdo. A grandes rasgos, son dos las corrientes que pugnan en este terreno.

b) *La corriente tradicional: la* cause suffisante *como criterio objetivo.*

Una primera corriente, que enlaza con la tradición a la que también obedecía Pothier (v. supra § 5, *d*), se atiene en el fondo a criterios *objetivos*. Y, concretamente, a los siguientes:

1.º Si la contraprestación (en sentido amplio) tiene carácter *típicamente económico*[2] o, lo que es igual, si puede constituir el

1 V. von Tuhr, *Allg. Teil des deut. bürg. Rechts*, cit. III § 75, pág. 167. Para encontrar alguna analogía véase también el concepto de *executed consideration* (infra § 26). El art. 793 del C. c. italiano no ha pretendido, ni podía pretenderlo, negar esta realidad.

2 Aunque sea como mero sacrificio en quien la cumple; es decir, basta con que exista un sacrificio *patrimonial* para éste, aún cuando dicha contraprestación no represente un beneficio patrimonial para la otra parte (v. infra § 13, *b*).

Se suele decir que la contraprestación debe ser apreciable en dinero (o susceptible de valoración económica). Pero en realidad este carácter no corres-

objeto de un contrato típico (usual) de cambio, entonces este cambio basta, como *cause suffisante,* para excluir la donación y la exigencia de la correspondiente forma, con tal de que la intención de las partes se dirija verdaderamente a realizar un cambio y no una liberalidad que tenga como *causa secundaria* el gravamen o la "condición". Todo depende, en definitiva, de la intención (concorde) o consentimiento de las partes, que suele manifestarse en la calificación que dan al negocio (venta, arrendamiento de cosas o de servicios, renta vitalicia, etc.). En este caso puede decirse que, puesto que el consentimiento de las partes se dirige a un contrato de cambio, es respetado el principio del nudo consentimiento o de la sancionabilidad de la simple promesa (salvo que se exijan otros requisitos de forma si se trata de inmuebles, etc.).

Si la intención (concorde) de los contratantes se dirige en parte a un cambio, como causa *principal,* y en parte a una liberalidad, como causa *secundaria,* se está en presencia del llamado *negotium mixtum cum donatione,* que desde el punto de vista jurídico sigue conservando el carácter de contrato de cambio, exento de las formas de la donación.[2 bis]

ponde a la prestación considerada *en sí misma,* sino que depende del uso social, de lo que los franceses llaman *moeurs,* del hecho de que según estas costumbres, a una determinada prestación se le reconozca un valor económico que se traduce en la susceptibilidad de una valoración (social u objetiva) en dinero.

Una cosa que en este sentido no tenga carácter "económico" hoy, puede tenerlo mañana. Acertadamente decía Richeri (op. cit. § 535) que los servicios prestados, como *causa praeterita,* o el gravamen, como causa futura (§ 902), deben "*ex communi hominum sensu recipere aestimationem*" (v. supra § 5, nota 22). Por eso parece exacto hablar de *tipicidad* económica y decir que la prestación ha de constituir el objeto de uno de los contratos típicos o usuales de cambio o de un contrato análogo a estos; v. infra en el texto.

Mas, como tendremos ocasión de ver, ni siquiera esta tipicidad funciona siempre; es decir, hay prestaciones que pueden presentar o no dicho carácter económico según las circunstancias: v. el caso Carrari-Masiero en el vol. II "Casuística".

Así pues, hay casos en los que, más que el criterio de una prestación apreciable en dinero, funciona el de un contrato típico usual de cambio. Así en el caso de la "compra" de una carta familiar, en el que según nuestra mentalidad y nuestras costumbres juega la idea de una transmisión de la propiedad de la carta, propiedad que se considera como un bien objeto de cambio, aunque para ambas partes la carta tenga solamente un valor de afección. En este caso será relevante la intención de donar (con la carga de entregar la carta) o por el contrario la intención de comprar. En el segundo caso, la excesiva cuantía del precio solamente podría dar lugar a la impugnación del contrato por vicio del consentimiento o por lesión si se considera como estado de necesidad el haberse aprovechado uno de los contratantes de la "pasión" del otro (v. art. 129 C. c. egipcio).

2 bis Por eso este negocio, el *negotium mixtum cum donatione,* no es sino el inverso a la donación onerosa (con una carga de carácter típicamente

En ambos casos, el hecho de que se trate de una contraprestación típicamente económica, o posible objeto de un contrato típico de cambio (o de otro análogo), elimina la necesidad de hacer averiguaciones sobre la suficiencia de la causa; lo que también obedece a las exigencias de seguridad y estabilidad en las relaciones jurídicas, exigencias que se manifiestan especialmente en los contratos de cambio típicos o usuales, precisamente por ser usuales y por estar tan generalizados en la práctica de los negocios. Basta con la intención de las partes de concluir un contrato de cambio, con tal de que — por supuesto — la voluntad sea libre y no viciada.

Solamente hay algunos casos extremos en los que no se respeta el consentimiento o intención concorde: así, cuando aun sin haber lesión exista una enorme diferencia entre las prestaciones, se tiende a calificar el acto como donación, con la correspondiente exigencia de forma,[3] a pesar de la intención de cambio. O viceversa, cuando el valor (objetivo) de las dos prestaciones sea aproximadamente igual, se considera el acto como venta (o como contrato oneroso) aunque la intención de las partes haya sido la

económico) cuya causa principal es la liberalidad. Sobre el negocio mixto con donación, cfr. Mosco, *Onerosità e gratuità* cit., págs. 309 y sgtes. y las varias teorías que recoge sobre la construcción de este negocio. Estas teorías no nos interesan para nuestro problema (*cause suffisante* y forma) salvo en el caso de enorme desproporción (v. infra en el texto); en cuyo caso la doctrina y la jurisprudencia dominantes, siguiendo a la tradición, ven una donación sujeta al requisito formal, a pesar de la intención de cambio (v. autores citados por Mosco, loc. cit.). La teoría que ve en el *negotium mixtum* un negocio indirecto (empleo de un esquema típico — como por ejemplo, la venta — para un fin — donación — distinto del fin propio del negocio empleado) llega, por el contrario, a ver un negocio de cambio aun en este último caso, a pesar de que si la desproporción es enorme puede resultar que la contraprestación sea irrisoria, y a pesar de que las partes hayan podido tener como intención predominante la de hacer una donación. (V. Ascarelli, *Contrato misto, negozio indiretto*, etc. *Riv. dir. comm.* 1930, II, págs. 462 y sgtes. especialmente pág. 475, y los otros autores citados por Mosco en loc. cit.). Pero esta teoría, además de ser contraria a nuestra tradición anterior y posterior a Pothier, llega prácticamente al esquema abstracto del *bargain* propio del *common law* (¡que Mosco ignora!) y resulta extraña al espíritu del *civil law:* v. infra § 30. Otra cosa será que, según la jurisprudencia francesa (y según el art. 488 del Código civil egipcio) este caso, equiparado a la simulación, pueda quedar exento del requisito formal (v. infra § 38, *d*).

3 V. los autores citados en nota 6. Este caso, como veremos, da lugar a graves incertidumbres. La jurisprudencia francesa ha llegado a extenderlo incluso a la hipótesis de un contrato aleatorio (renta vitalicia) en el que el azar, desde el punto de vista de los casos corrientes o normales, no existe o es casi inexistente. V. el caso Blinn y otros en el vol. II Casuística. Tampoco aquí se trata, indudablemente, de realizar un *poder* de la voluntad (v. supra § 6) sino de proteger al promitente contra decisiones incautas o contra influencias sospechosas. V. § 23 y nuestra nota al caso Orr-Orr en la Casuística.

de realizar una donación y aunque hayan dado tal calificación al acto. En estas hipótesis es igualmente el criterio objetivo el que prevalece (v. nota 2 bis).

2.° Si la contraprestación, en sentido amplio, no tiene carácter típicamente económico o si, como suele decirse, no es apreciable en dinero, entonces se tiende a aplicar un criterio estrictamente objetivo que por sí mismo excluye la concepción de un contrato de cambio.

Digo que "se tiende" porque en ciertos casos, bastante típicos, se admite la idea del contrato de cambio, por apreciarse cierta relación de proporción entre el sacrificio del promisario y el *quantum* ofrecido por el promitente.[4]

Sobre la base de dicho criterio estrictamente objetivo, la contraprestación que no tenga carácter típicamente económico[5] se considera siempre como una *cause insuffisante,* es decir, el acto se considera siempre como una donación con el correspondiente requisito de forma, aun cuando la intención de las partes no fuera la de realizar un acto de liberalidad con la causa *secundaria* del gravamen, sino la de concertar un *cambio* en el que tal contraprestación fuera la causa principal e incluso la causa *exclusiva* de la promesa.[6]

4 Por ejemplo, el llamado "contrato de compañía", los casos de premios deportivos, científicos, etc. en favor de agricultores o industriales que obtengan ciertos resultados favorables para ellos mismos: v. en la Casuística las notas a los casos Carrari-Masiero y Spitalieri de Cessoles.

5 Se trata, por ejemplo, de aquellos casos en los que la contraprestación (en sentido amplio) consiste en alguno de los siguientes hechos o conductas: tomar el nombre del promitente, observar una buena conducta, no fumar, no beber, no jugar a las cartas, casarse con determinada persona, seguir la carrera eclesiástica u otra, hacer un viaje o ciertos estudios, o llevar a cabo ciertas obras que redundan en beneficio patrimonial del promisario sin ningún interés patrimonial (aunque sí moral) para el promitente, o ciertas obras que corresponden a los fines de la entidad en cuyo favor se hace la atribución patrimonial, etc.; v. el vol. II Casuística. Sobre la distinta actitud del *common law,* v. infra §§ 26 y 30 y vol. II Casuística.

A veces la doctrina ha incluído algunos de estos casos bajo la rúbrica de "donación modal no onerosa" (v. Mosco, op. cit., págs. 332 y sgtes. y autores que cita), queriéndose aludir con ello al principio según el cual *sólo* cuando la prestación en sentido amplio tenga carácter patrimonial o económico se podrá plantear el problema de si se trata de una donación *cum onere* o de un contrato de cambio (no formal). Lo que significa que, faltando tal carácter, el contrato deberá considerarse siempre como donación. Véase sin embargo Mosco, op. cit., págs. 212 y sgtes., donde citando el caso de cambio de nombre y la jurisprudencia francesa (muy distinta de la nuestra), incurriendo en cierta contradicción y olvidando que en el Derecho romano regían principios distintos (v. § 2), afirma este autor que basta con que exista una contraprestación aunque no tenga carácter patrimonial, con tal de que la intención de las partes se dirija *principalmente* a realizar un cambio.

6 Es la corriente tradicional que arranca de las famosas Ordenanzas

En este caso, la limitación al principio del nudo consentimiento[6 bis] es todavía más fuerte, porque se impone un esquema causal-formal (el de la donación como negocio típico o causal y formal)

francesas de 1539 y 1731: v. Pothier y otros autores citados en § 5, *d;* Windscheid, *Pand.* § 368, nota 18 y la jurisprudencia que cita; Planiol, en nota al caso David, recogido en vol. II, Casuística; Trasbot, en el *Traité pratique* de Planiol y Ripert, cit. vol V, núm. 315 ("Un simple interés moral no puede ser considerado como una contrapartida suficiente del empobrecimiento voluntariamente consentido"); v. también el *Traité élém.* de Planiol, cit. III, número 3.688; Ascoli, *Trattato delle donaz.* cit. págs. 92 y sgtes. y lo que dice en nota al caso Carrari-Masiero (v. Casuística): Mosco, op. cit., páginas 332 y sgtes. y otros autores que cita (pero, en cuanto a este autor, v. la nota anterior). Cfr. también Balbi, *Saggio sulla donaz.* cit., pág. 52, nota 1, páginas 55, 63 y 82.

Implícitamente esta parece ser también la tesis de muchos autores alemanes: Dernburg, Hoeniger, Haymann, Oertmann (que califican a la carga de diversos modos); v. la nota en apéndice al presente §, *f.* Implícitamente, parece ser también ésta la tesis de Grassetti, v. la misma nota. Estos autores no siempre tratan de este problema directamente o con plena conciencia de su proyección sobre el principio del nudo consentimiento.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, la italiana después de algunas vacilaciones parece inclinarse hacia el sentido tradicional. En cambio la francesa se aparta de esta dirección (v. vol. II, Casuística); pero hay motivos para sospechar que dicha jurisprudencia ha incurrido en generalizaciones precipitadas y que también aquí se presenta la *cause suffisante*, si bien en otro aspecto (v. infra § 17 y nuestras notas en la Casuística).

El carácter tradicional de esta corriente parece confirmado en el Código de Luisiana, muy interesante a este propósito pues su autor, Edward Livingston, muy impuesto en la doctrina de Pothier y en los precedentes del *Cod. Nap.* trató de dar al Código de Luisiana un contenido concreto, casi comparable al de un libro de instituciones de Derecho Civil.

En el art. 1.523 de dicho Código se distinguen tres clases de donaciones:

1.° La donación *purely gratuitous, or made without condition and merely from liberality;*

2.° la *onerous donation, which is burdened with charges imposed on the donee;*

3.° la *remunerative donation, the object which is to recompense for services rendered.*

Art. 1.524. — "*The onerous donation is not a real donation, if the value of the object given does not manifestely exceed that of the charges imposed on the donee*".

Art. 1.525. — "*The remunerative donation is not a real donation, if the value of the services to be reconpensed thereby being appreciated in money, should be little inferior to that of the gift*".

Art. 1.526. — "*Onerous and remunerative donations. Value. Rules applicable. In consequence, the rules peculiar to donations inter vivos do not apply to onerous and remunerative donations, except when the value of the object given exceeds by one half that of the charges or of the services*".

V. también el art. 2.464.

Los criterios seguidos por este Código parecen estrictamente objetivos, ya que se fundan en la posibilidad de una valoración pecuniaria de la carga o de los servicios prestados.

6 bis Es decir, la limitación al principio de la sancionabilidad de la promesa nuda: v. supra § 6.

a pesar de la distinta intención de las partes. Por lo demás, aun en el caso de que la intención de las partes sea la de hacer una donación, con la causa secundaria del gravamen o carga, el requisito de forma significará siempre una limitación al principio del nudo consentimiento.

De aquí deriva cierta actitud de desconfianza por parte del *civil law* frente a estos contratos de cambio *especialmente* atípicos o innominados, en los que a cambio de un *dar,* que tiene carácter típicamente económico, se debe una contraprestación desprovista de tal carácter.

De forma que, como tendremos ocasión de comprobar en el vol. II, "Casuística", el verdadero problema es *el del contrato innominado de cambio* (de un dar a cambio de un hacer o de un no hacer).

Tal desconfianza y la consiguiente limitación al principio del nudo consentimiento no dependen del pretendido requisito de la función económico-social del contrato (v. infra § 19 nota 13); es decir, no dependen del hecho de que la contraprestación desprovista de carácter económico represente un interés fútil, caprichoso o insignificante para quien la exige.[7]

Sino que dependen de dos exigencias:

— la de proteger, imponiendo el esquema formal-causal de la donación, al promitente y a su familia contra decisiones que pudieran no ser lo suficientemente ponderadas, dado el carácter no típicamente económico de la contraprestación (v. supra § 8, sobre la función de esta forma);

— la de la seguridad o certidumbre, dada la dificultad de precisar el valor de la contraprestación y su relación de proporción o suficiencia respecto al bien prometido (o entregado) por faltar el módulo objetivo constituído por la tipicidad económica; y dada la dificultad de precisar también cuál sea la causa secundaria y cuál la principal en estos casos atípicos.

7 V. infra § 19, *a, b,* nota 13. En efecto, también en estos últimos casos la promesa de dar o la enajenación será válida, con tal de que se haya revestido del esquema formal-causal de la donación.

También aquí han influído los errores inherentes a los conceptos de poder de la voluntad, de reconocimiento del contrato como negocio, etc. (v. supra § 6). No se trata de saber si la parte que ha solicitado aquella contraprestación puede pedir en juicio su cumplimiento o el resarcimiento de los daños para satisfacer su interés "caprichoso o fútil"; de lo que se trata es de saber si la promesa que ha hecho para obtener dicha contraprestación, especialmente cuando ésta ya haya sido cumplida, debe ser mantenida en juicio.

En realidad, como veremos también cuando tratemos de la *causa praeterita* (v. § 11), estas dos exigencias o razones forman un todo. Ciertamente, si la contraprestación no es apreciable en dinero (o sea, si no tiene carácter típicamente económico) y si, por lo tanto, falta ese módulo objetivo, ¿cómo parangonar las dos prestaciones para llegar a saber si la contraprestación es una *cause suffisante* para proteger al promitente y a su familia? Sólo las partes nos lo podrán decir; o sea, solamente nos lo podrá decir el criterio subjetivo de la causa principal o secundaria: criterio sumamente frágil.[7 bis] Tanto es así que en una nota del Dalloz al caso Bardet (v. vol. II, "Casuística") se llega, por la misma exigencia de seguridad, al extremo opuesto, o sea, a afirmar que dada aquella dificultad conviene considerar el contrato como conmutativo, y exento por lo tanto de la forma de la donación.

Por ello, el carácter típicamente económico de la contraprestación es un *presupuesto imprescindible* del criterio *objetivo* de la *cause suffisante*.

c) *Las tendencias hacia el criterio subjetivo.*

Estas tendencias extienden el criterio subjetivo indicado en el apartado *b*, 1.º incluso al caso de contraprestación que no tenga carácter típicamente económico. Y aún en este caso, hacen depender de la intención de las partes la solución del problema (problema de determinar si se trata de una donación *cum onere*, sometida a forma, o de un contrato innominado de cambio, no formal); o, según una concepción "técnica" y utilizando nombres que no cambian la sustancia, de que tal contraprestación haya sido la causa *principal* (en cuyo caso se trataría de un cambio) o la *secundaria* (en cuyo caso se trataría de una donación).[8]

7 bis Una cláusula penal, como liquidación (convencional) del interés en la contraprestación (que en sí misma no sea apreciable en dinero) permitiría hacer la comparación entre el valor de una y otra prestación. Sin embargo, para proteger al promitente y a su familia, se trata de valorar la contraprestación desde el punto de vista *objetivo* de la apreciación común y no desde el punto de vista subjetivo inherente a dicha cláusula penal.

8 Cfr. Von Tuhr, *Allg. Teil.* cit. vol. III, § 75, pág. 168; Mosco, cit. en nota 5. Muchos autores adoptan el criterio del fin principal o secundario, pero es dudoso que se refieran al caso de contraprestación desprovista de carácter económico.

La doctrina francesa suele seguir este criterio. Pero v. la nota siguiente.

En cuanto a la jurisprudencia francesa, en ella es ésta la corriente dominante: v. vol. II, Casuística.

En la jurisprudencia francesa, esta corriente llega a veces por caminos distintos a concebir el contrato como contrato innominado no formal de cambio, aun en los casos en que resulte evidente que la contraprestación era la causa secundaria (v. vol. II, "Casuística"). Pero, frecuentemente, surge también la dificultad de distinguir la causa principal y la causa secundaria; así es que, en la duda, se prefiere zanjar la cuestión adoptando la solución del contrato de cambio (v. en el vol. II la nota del Dalloz al caso Bardet); precisamente el procedimiento inverso al seguido por la corriente tradicional.

En el fondo, la cuestión de la contraprestación desprovista de valor típicamente económico se podría plantear también en relación con la carga de la prueba. Y dado el carácter *atípico* o no usual de un contrato de cambio con una contraprestación desprovista de valor típicamente económico, se podría en principio presumir que exista en tal caso intención de donar; de manera que quien sostenga en juicio la validez del contrato a pesar del defecto de forma, deberá probar que la causa principal o exclusiva fué dicha contraprestación. O bien, en vista del carácter excepcional de la intención de donar, se podría presumir que la intención de las partes fué la de celebrar un contrato de cambio; y entonces quien sostuviera en juicio que se trataba de una donación, nula por defecto de forma, tendría que probar que la causa principal había sido la liberalidad.

El primer procedimiento nos aproxima a la corriente mencionada en el apartado *b*, dadas las dificultades de la prueba; éste es, si no me equivoco, el procedimiento que parece seguir una parte de la doctrina alemana. El segundo procedimiento parece ser el que sigue a veces la jurisprudencia francesa.

Piénsese en el ejemplo clásico, según el cual A da o promete dar una cantidad u otro bien a B, si B toma el nombre de A. Si se consigue probar que B se resistía a tomar aquel nombre, tal vez por el valor negativo que tenía para él o por apego al nombre de nacimiento, y que sólo para vencer dicha resistencia se dió o se prometió tal cantidad, habrá contrato de cambio. Si, por el contrario, B no tenía ninguna razón para resistirse, se podrá pensar en una donación.

Pero también tendrá importancia el elemento *objetivo* de la cuantía de la cantidad o del valor de la cosa prometida, porque este dato podrá servir para establecer una relación de proporción, aunque no económica, entre las dos prestaciones, la entrega de una cantidad y la adopción del nombre. Si dicha cantidad equi-

vale poco más o menos a una compensación por los gastos, por el trastorno, por la pérdida de tiempo, etc. que puedan derivar de la variación de nombre, creo que habrá contrato de cambio, incluso aplicando el criterio mencionado en el apartado *b;* ciertamente, en este caso la obligación de pagar aquella cantidad tendrá como "causa" no la adopción del nombre sino la compensación por dichos gastos, trastornos, etc.

d) *La tendencia contraria hacia un criterio objetivo.*

Según esta corriente, basta con que exista una contraprestación, aunque no tenga carácter típicamente económico, para que la promesa de dar (o la enajenación) no deba ser considerada como donación. Concepción que presenta cierta analogía con las del Derecho romano y medieval y con la *consideration* del *common law;* sólo que estas últimas se inspiran en criterios formales y aquélla en el criterio psicológico del interés, causa o *but.*[9]

e) *Importancia práctica de estas dos corrientes. Las donaciones en favor de una entidad moral.*

Hemos de hacer aquí la misma observación que hacíamos al final del § 9: la de que, por las razones que allí indicábamos, las teorías a que acabamos de referirnos han de tomarse a beneficio de inventario. En relación con el Derecho realmente vigente en la práctica jurisprudencial, tales teorías suelen representar generalizaciones apresuradas, mientras que las verdaderas razones de las decisiones judiciales son distintas. De modo que la *cause suffisante* sigue siendo, unas veces más y otras menos y bajo distintos aspectos, un requisito *objetivo* de la obligación de dar contraída con miras a obtener una contraprestación sin carácter típicamente económico, o sea un requisito objetivo en alternativa con el constituído por el esquema formal-causal de la donación. Lo que tendremos ocasión de comprobar en el vol. II ("Casuística"). El hecho de que el requisito de la *cause suffisante* llegue a ser todavía más

9 Esta corriente, francesa, enlaza con la mencionada en § 9 notas 2, 4, 8 y 10, a las que nos remitimos para las citas. Ya hemos advertido que, en la práctica, también la corriente mencionada en apartado *c* viene a parar a esta misma solución, dada la dificultad de averiguar la causa principal y de establecer la importancia de una contraprestación desprovista de carácter típico.

elástico y dé lugar a incertidumbres todavía más graves, no excluye que tal requisito exista.

La lucha entre las corrientes mencionadas en los apartados anteriores — *b, c, d* — se manifiesta en un campo importantísimo en la práctica: el de las donaciones en favor de una entidad moral, en las que el problema se plantea por el hecho de que el promitente (o enajenante) tiende a realizar, directa o indirectamente, un interés moral (el fin de la entidad). Es también un caso muy importante en el *common law*. Como vimos, era éste un caso típico para Pothier, quien negaba en tal supuesto el contrato de cambio y exigía la forma por la circunstancia de tratarse de una carga no apreciable en dinero (v. supra § 5, *d*).

Uno de los capítulos de nuestra "Casuística" será dedicado al estudio de estos casos.

f) *Otras "teorías" sobre la distinción entre la donación "cum onere" o "bajo condición" y el contrato de cambio; confusión de problemas distintos.*

Hemos examinado las principales corrientes que dominan en el *civil law*, tratando de separarlas de las puras "teorías" y de la confusión en que a menudo incurren éstas con problemas distintos del que nos ocupa.

Sobre este particular hay una retahila de tales "teorías"; mas han de ser consideradas con mucha cautela por lo que se refiere al Derecho positivo, es decir al Derecho efectivamente en vigor.

1.º Ante todo, estas teorías, que se refieren frecuentemente a los distintos problemas relativos al concepto "*general*" de contrato a título oneroso y a título gratuito, no han advertido que bajo este aspecto general, e incluso bajo el aspecto particular de la donación *cum onere*, estaban tratando nada menos que de uno de los problemas fundamentales en relación con el principio del nudo consentimiento y sus limitaciones. No ven estos autores el problema de la forma de la donación, del concepto técnico de donación como esquema causal-formal y, por tanto, de la *cause suffisante* como limitación a aquel principio. Por análoga razón se les escapa la influencia de tal problema sobre la actitud del *civil law* frente a los contratos *innominados* (o atípicos) que contengan una obligación de *dar;* en suma, no advierten la influencia de dicho problema sobre el espíritu del *civil law* en materia contractual.[10]

Ello obedece al prejuicio sobre el valor del nudo consentimiento, pre-

10 Análogas observaciones hay que hacer acerca del alcance de los problemas relativos a la donación en general (v. §§ 8 y 9) y de los relativos a las promesas de *hacer* (en sentido amplio) a título gratuito (v. infra § 14).

juicio unido al hecho de que nuestros Códigos no hablan de la *cause suffisante* al tratar de los requisitos del contrato (v. § 13, *e*). Mas no es solamente esto.

La tendencia a las generalizaciones abstractas y al conceptualismo, que atormenta a casi toda la doctrina del *civil law*, ha desviado la atención de los autores del problema a que acabamos de aludir.

La ausencia de un método histórico-comparativo y casuístico (en el sentido del *law in action* en la práctica) ha impedido que aquellos autores se percataran de que, confundido con otros, estaban tratando el *problema del contrato* en el *civil law*. Sólo con que hubieran prestado atención a los problemas que se agitaban en el Derecho romano-justinianeo, en el medieval y en el *common law* en torno a la donación, al contrato atípico y en general a la promesa a título gratuito (incluso de un *facere*), dichos autores hubieran advertido que en definitiva era éste el problema del contrato; o sea, que en el fondo este problema era la piedra de toque para entender el espíritu de los distintos sistemas jurídicos históricos (es decir, reales) en la solución al problema de la responsabilidad contractual (v. Introducción, e infra § 13, *c* y § 24 sobre la importancia de los contratos atípicos y gratuitos).

La ausencia de dicho método ha hecho que las teorías en cuestión representen el esfuerzo de los razonamientos abstractos, o sea de las "construcciones" que muchas veces no se sabe en qué se fundan y que con igual frecuencia se asemejan a la clásica *"pictura in tabula"*. Ni siquiera paran mientes los autores de semejantes teorías en todo el esfuerzo que precedió y acompañó a las Ordenanzas francesas de 1539 y 1731 y que parece resuelto y arreglado en Pothier; ni en las importantísimas razones prácticas de este esfuerzo y de la solución final (v. supra apartado *b*).

2.º En segundo lugar, y por el mismo vicio radical, tales teorías han confundido nuestro problema (*cause suffisante* y forma en las obligaciones de dar) tratándolo bajo el "concepto general" de gratuidad y onerosidad, junto con otros problemas distintos tales como los problemas de las llamadas *règles de fond* de la donación y de otros contratos a título gratuito, reglas relativas a la cuota de legítima, a la colación, a la acción pauliana, a las prohibiciones de donar, y los problemas de la sanción por incumplimiento (resolución del contrato, acción para exigir el cumplimiento, etc.) en los contratos a título oneroso en general o en las donaciones *cum onere* en particular, etc.[11]

11 Sobre este concepto genérico de la onerosidad y la gratuidad, cfr. Mosco, op. cit.; y recientemente Tilocca, *Onerosità e gratuità* en *Riv. Trim. di dir. e proc. civile*, 1953, I, págs. 53 y sgtes. y los autores citados en estos dos trabajos.

De esta censura queda libre el Dalloz, *Nouveau Répertoire de Droit*, París, 1948, voz *Donation*, núms. 27 a 32, que habla del "carácter relativo de la noción de donación", relatividad que dependería de los problemas que se quisieran considerar, según se refirieran a las *règles de fond* o a las relaciones entre partes.

Frecuentemente, tampoco se dice en función de qué problemas se construye el concepto *general* de onerosidad y gratuidad; lo que confiere a este concepto un carácter todavía más abstracto. Se invocan el concepto y la disciplina (particulares) de la donación *cum onere* como argumento general para fundamentar ciertas tesis referidas también a otros contratos.

Tampoco se piensa que hay o puede haber un concepto particular e "histórico" (no abstracto) de la gratuidad en las obligaciones de *dar* y, por tanto, un concreto problema en cuanto a éstas.

Es éste uno de los muchos resultados de nuestra nefasta afición a las generalizaciones y a los correlativos juegos clasificadores o conceptualistas. Lo que *por encima de todo* atrae la atención de estas teorías es la prestación de carácter patrimonial, como terreno más apto que ningún otro para las generalizaciones; con lo que se les escapa el imponente fenómeno de los modernos contratos atípicos o con prestaciones no típicamente económicas, especialmente en relación con la donación *cum onere* o incluso con el esquema formal-causal de la donación en general (véase § 13, *a, c,* y § 24).

Orientarse en el laberinto de estas teorías y llegar a comprender de qué problema quieran tratar, es tarea que no siempre resulta fácil.

Nota. — No es posible citar todas estas teorías sin hacer excesivamente pesado un curso de lecciones. Nos limitaremos a algunas indicaciones.

1.º Teoría del contrato a título oneroso como intercambio de obligaciones recíprocas: Hoeniger, *Die Gemischte Verträge in ihrem Grundformen,* München und Leipzig, 1910, págs. 253 y sgtes. § 8, VII; y los otros autores alemanes citados por Mosco, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici,* Milano, 1942, págs. 179 y sgtes. Indudablemente, esta teoría prescinde de los contratos innominados romanos, de los contratos medievales y de la *executed consideration,* que todavía hoy son admisibles si tal es la voluntad de las partes, y en los cuales la contraprestación no figura *in obligatione* (v. supra apartado *a*). Implica al mismo tiempo que la donación *cum onere* deba ser considerada como un contrato oneroso cuando el objeto del gravamen figure *in obligatione.* Es ésta una señal manifiesta de que la teoría en cuestión trata del "concepto" abstracto de onerosidad más que de los distintos problemas concretos, entre los cuales está el de la forma y el de la *cause suffisante;* pues indudablemente, aun para dicha teoría, la donación *cum onere* está sometida al requisito de forma, a pesar de que según ella queda comprendida dentro del concepto de contrato oneroso.[12]

12 En realidad, Hoeniger se preocupa de los problemas que plantea la sanción en caso de incumplimiento o de imposibilidad de la prestación, invocando a este propósito los arts. 320 y sgtes. del C. c. alemán. Pero estas reglas pueden aplicarse a la carga o gravamen, aunque se haya observado el requisito de forma.

Sin embargo, esta teoría parece implicar que ni siquiera existe donación *cum onere* sino que se trata *siempre* de donación pura (a lo sumo *sub condicione*), sometida *siempre* al requisito de forma, cuando la conducta impuesta al "donatario" no sea susceptible de valoración económica. Se reflejaría así, de modo muy obscuro, la corriente tradicional (mencionada supra, *b*). En efecto, en tal caso no cabe pensar en la asunción de una obligación, por la imposibilidad práctica (dentro del sistema en que opera esta teoría) de sancionar la ejecución forzosa o el resarcimiento de los daños.[13] En conformidad con ello, Hoeniger considera *siempre* como donación no onerosa y, por tanto, como contrato sometido siempre al requisito formal, el acto por el que se promete dar algo imponiendo a la otra parte una conducta que ha de redundar en su propio provecho (v. supra nota 5).

El tradicional criterio objetivo de la *cause suffisante* (supra, *b*) se reproduce aquí, si bien por caminos oblicuos o indirectos.

2.º Teoría que considera la carga como mera limitación o disminución de la atribución patrimonial hecha al donatario (v. Oertmann, *Entgeltliche Geschäfte,* München, 1912, y *Bürgerliches Gesetzbuch,* Berlín, vol. II, 1929, § 525 y autores que cita). Es ésta, más o menos rejuvenecida y forzada, una vieja teoría acerca de la *donatio sub modo:* v. supra sobre el Derecho romano § 2, *d,* nota 19. Indudablemente se quiere aludir a la carga que tenga un objeto *patrimonial* no demasiado distinto del objeto donado; y en definitiva volverán a jugar aquí los criterios subjetivos de la causa principal y la causa secundaria. Mas para la carga *que no tenga carácter patrimonial* parece que deba acogerse la idea de que no existe nunca o de que existe siempre donación o de que la causa principal o secundaria es la que decide (v. Oertmann *Ent. Geschäfte,* p. 52, que se refiere al caso *romano* de la asunción del nombre).

3.º La carga como prestación de un *quid distinto* del objeto donado; si se tratara de gastar parte de la cantidad donada habría mandato: Ascoli, *Trattato delle donazioni,* cit., pág. 218. Esta teoría se refiere al gravamen de carácter patrimonial; v. a continuación en el núm. 4.º. Para su crítica, v. Mosco, op. cit., págs. 335 y sigtes. En relación con este

13 A decir verdad, se prescinde de la posibilidad de una cláusula penal para el caso de incumplimiento de la carga. Cosa que también advierte Mosco, op. cit., págs. 330-331. Sin embargo, este autor se sumerge después en la cuestión del interés del acreedor en la prestación (v. infra § 20), para ver si cuando exista cláusula penal puede hablarse (en contra de la teoría de Hoeniger y de otras similares) de una donación *cum onere* en sentido propio; cuestión que no tiene nada que ver con el problema que nos ocupa. Puede haber donación *cum onere,* sometida al requisito de forma, a pesar de la cláusula penal que a lo sumo servirá para demostrar que la carga desprovista de carácter patrimonial era la causa principal (si se acoge la teoría mencionada supra en apartado *c*). Además, lo que cuenta en orden al contrato oneroso no formal no es el interés (patrimonial o no) del acreedor en la contraprestación, sino el hecho de que el deudor tenga que soportar un sacrificio patrimonial para cumplirla (v. infra § 13, *b*).

problema v. también Grassetti, *Donazione modale e fiduciaria,* Milano, 1941, págs. 37 y sgtes.

4.º Teorías que niegan la donación *cum onere* y afirman la existencia de una *simple* donación condicionada o de un *modus simplex,* cuando el donante impone un determinado uso de la cosa en beneficio del mismo donatario (Hoeniger, op. cit., pág. 257; Haymann y Oertmann, supra cit.), o cuando la prestación o conducta impuesta no tiene carácter patrimonial (Grassetti, op. cit. págs. 28 y sgtes.).[14] Estas teorías implican, más o menos directamente y por motivos más o menos distintos, la aceptación de la teoría tradicional mencionada supra apartado *b,* nota 6. Ciertamente, si el acto no constituye *ni siquiera* una donación *onerosa* estará evidentemente sometido al requisito de forma.

Esta breve divagación revela que aun a través de tantas oscuridades y de tantas confusiones con problemas distintos, en la doctrina dominante (incluso en Alemania) aflora a veces el criterio *objetivo* y tradicional de la *cause suffisante* respecto a la obligación de *dar* que tenga como "causa", más o menos principal, una contraprestación en sentido amplio desprovista de carácter típicamente económico.[15]

14 Cfr. también la sentencia del Trib. de Cagliari, 7 diciembre 1948, Cillocco-Sedda en *Rep. Foro it.* 1949, voz *Donazione,* núm. 39: "En la donación modal no existe *modus* en sentido propio cuando lo que se haya impuesto al donatario sea no una actividad económicamente apreciable sino el deber de tratar con afecto filial al donante".

Grassetti parte de la consideración de que si la carga se establece en beneficio del donatario, el donante no podrá reclamar en caso de incumplimiento por carecer de interés (pero v. nota 13). Deduce otro argumento del art. 793, número 3, del C. c. italiano, según el cual el donante responde por evicción sólo hasta la concurrencia del gravamen; lo que implicaría el carácter patrimonial de éste. Pero con ello se olvida de que hay casos en los que la carga representa un sacrificio patrimonial para el donatario, sin que le corresponda un interés patrimonial del donante. V. infra § 15, al final.

En todo caso, como ya hemos advertido, toda esta concepción, con los correlativos problemas que plantea, no trata el problema de la forma de la donación más que indirectamente, ya que tal concepción implicaría que al no ser la donación *ni siquiera* onerosa estaría *siempre* sujeta al requisito de forma, es decir, que una carga no patrimonial sería *siempre* una *cause insuffisante* para excluir el esquema formal-causal de la donación.

15 Oertmann, *Bürg. Gesetzbuch,* loc. cit., § 525, observa sin embargo, que la doctrina (Planck, Ennecerus, Von Tuhr) y en la jurisprudencia del *Reichsgericht* predomina la teoría subjetiva, según la cual todo depende de la intención de las partes de considerar o no a la carga como compensación (contraprestación). Pero, añade este autor, la cuestión no ha sido todavía definitivamente resuelta: en favor de la teoría objetiva estaría, según Oertmann, la consideración de una mayor certeza para la distinción entre contrato de cambio y donación *cum onere,* es decir de una mayor seguridad en las relaciones jurídicas; se podría invocar también el § 526 C. c. alemán.

Sin embargo no siempre resulta claro si estas dos teorías se limitan a tomar en consideración el caso de una carga que tenga valor típicamente económico (como parece algunas veces) o si se aplican también al caso de una carga que no tenga tal valor.

Nota del traductor. — *La donación modal o* cum onere *está admitida por el Código civil español, al decirse en el art. 619 que "es también donación... aquella en que se impone al donatario un* gravamen *inferior al valor de lo donado". Después de esta idea clara, a la que no hay ningún reparo que oponer, el Código incurre en alguna confusión y así, al tratar de la revocación de la donación dice que ésta "será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las* condiciones *que aquél le impuso" (art. 647). La misma confusión encontramos en el art. 651, párrafo segundo: "Si la revocación se fundare en haber dejado de cumplirse alguna de la* condiciones *impuesen la donación...", etc.*

No es necesario insistir en que se trata de una simple confusión o impropiedad terminológica que queda suficientemente puesta de manifiesto por la imposibilidad de aplicar al modo, carga o gravamen las reglas del Código en materia de obligaciones condicionales; y porque igualmente resulta inadecuada para las obligaciones condicionales esa sanción indirecta consistente en la revocación en caso de incumplimiento: el incumplimiento de la condición planteará un supuesto de ineficacia, pero no de revocación.

En cambio, la distinción entre modo (o carga) y condición aparece claramente reconocida en el art. 797: "La expresión del objeto de la institución (de heredero) o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, *a no parecer que ésta era su voluntad".*

Ahora bien, este precepto, del que se deduce una presunción en favor del carácter modal, antes que condicional, de las disposiciones testamentarias, no puede aplicarse sin más — como advierten Pérez y Alguer — para resolver el problema de interpretación que en muchos casos se planteará al tratar de determinar si una donación es modal o condicional, ya que el art. 797 se refiere a otro supuesto. Por el contrario, entienden estos autores que para resolver aquel problema serán de aplicación preferente las reglas sobre las obligaciones y contratos, por virtud de las cuales puede resultar, en último extremo, que la presunción se incline a favor de la menor transmisión de derechos (por el juego del art. 1.289) o sea, a favor de la condición más bien que en pro del modo (v. las notas de adaptación al Tratado *de Enneccerus, tomo II, vol. 2.°, 2.ª ed. española, Barcelona, 1950, pág. 137).*

Por lo demás, es evidente que, como se advierte en el texto, puede conseguirse la finalidad perseguida por el donante imponiendo no una carga o modo sino una condición en el sentido técnico de suceso futuro e incierto del que depende la eficacia del negocio; se trataría generalmente de condiciones potestativas, pues dependerían de la voluntad del favorecido por la donación. E incluso podría ser preferible para el donante acudir a este expediente, porque en tanto no se cumpliera el hecho puesto como condición no se llevaría a cabo la donación, y en caso de incumplimiento no haría falta acudir a la revocación ya que el negocio

sería ineficaz. Por las mismas razones, podría ocurrir que la condición resultara más eficaz que el modo, dada la presión que ejercería sobre la voluntad del donatario al condicionar la donación al hecho o conducta que se le impusiera. Roca Sastre ha advertido certeramente la posibilidad de que la donación condicional cumpla esta función, observando que en las donaciones condicionales u ob causam *existe, al lado del* animus donandi, *un móvil o motivo causalizado que se sobrepone a dicho* animus, *por ser éste no un fin, sino un medio para conseguir un fin determinado, distinto del de mera liberalidad* (Derecho Hipotecario, *Barcelona, 1948, tomo I, pág. 383, nota 2).*

También se advierte cierta impropiedad en la denominación de "donaciones con causa onerosa" o "donaciones onerosas", que el Código emplea en los arts. 622, 626 y 638. Es curioso que en la primera edición del Código se dijera "las que impropiamente se llaman donaciones a título oneroso..." *(art. 622); pese al expreso reconocimiento por el legislador de lo impropio de la expresión, el precepto fué modificado y la frase citada quedó sustituída por la de "las donaciones con causa onerosa" no mucho más afortunada que la de "donaciones a título oneroso".*

Pero no es esta impropiedad terminológica el único reparo que cabe oponer al art. 622 del C. c., precepto redactado en forma tan poco afortunada que, como es sabido, ha dado lugar a graves problemas de interpretación. Se dice en este artículo que "las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos, y las remuneratorias por las disposiciones del presente título (o sea, de la donación) en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto". La alusión a las donaciones remuneratorias resulta desconcertante, pues en ellas no es la imposición de un gravamen lo que caracteriza a la donación, sino la circunstancia de hacerse ésta en consideración a servicios prestados al donante (v. artículo 619 y nuestras notas al § 11). Ante la dificultad de interpretar de una manera clara un precepto tan poco claro como éste, la doctrina se ha agrupado en torno a dos tendencias fundamentales, una de las cuales se cifra en prescindir de lo que el art. 622 establece a propósito de la donación remuneratoria, entendiendo todo este artículo referido a las donaciones con causa onerosa; mientras que la otra entiende que, dada la imposibilidad de suprimir la disposición contenida en este precepto, hay que aplicar a la donación remuneratoria un régimen mixto, constituído por las reglas de los contratos onerosos y las de la donación para la parte en que la cuantía de lo donado exceda del valor del servicio, interpretación que, como puede advertirse, descansa en la premisa de referir al servicio *lo que el art. 622 dice referido al* gravamen *(una síntesis de los puntos de vista de los distintos autores, con las citas correspondientes, puede verse en Castán, ob. cit. IV, págs. 213-214; v. también nuestras notas al § 11).*

Con todo, aún acogiendo esta última opinión, no queda totalmente salvada la incongruencia del art. 622, pues no hay que perder de vista que dicho artículo está dividido en dos partes claramente distinguibles,

ya que establece una regla para las donaciones con causa onerosa y otra para las remuneratorias, y sólo al referirse a estas últimas alude al "valor del gravamen impuesto" como módulo para determinar en qué medida se aplicará a la donación el régimen de los contratos onerosos y en qué otra serán de aplicación las reglas de la donación. Si se quiere entender que "gravamen" significa tanto la carga o modo como los servicios prestados, puede entenderse así. Pero no se puede negar que si la palabra "gravamen" se refiere también *a los servicios, se refiere* antes *a la carga, modo o gravamen en sentido propio; y sin embargo, al aludir a las donaciones* cum onere *o modales (que es a lo que parece que quiera aludir el art. 622 cuando habla de "donaciones con causa onerosa") no se distingue entre parte gratuita y parte onerosa diciéndose, sin más discriminación, que "se regirán por las reglas de los contratos".*

Lo cual no ha sido visto por algunos autores que han hecho esfuerzos muy meritorios para sacar a flote al art. 622. Tal es el caso de López Palop. Llega este autor a la conclusión de que el Código, recogiendo la doctrina tradicional y la jurisprudencia anterior, ha vuelto a la confusión o equiparación entre donaciones remuneratorias y onerosas, dando a unas y otras los mismos efectos, *o sea, reputándolas actos mixtos: onerosos hasta donde alcance el valor* del servicio o del gravamen *y donación simple en cuanto al exceso* (La donación remuneratoria y el art. 622 de nuestro Código civil, *en Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo III, 1946, págs. 9 y ss. v. especialmente págs. 57-58). De acuerdo en que esa era la posición de la doctrina y de la jurisprudencia anteriores al Código, pero no la del art. 622. Este artículo no reconoce* los mismos efectos *a las donaciones remuneratorias y a las onerosas, pues de éstas se limita a decir que "se regirán por las reglas de los contratos" y* solamente aplica un régimen mixto *a las donaciones remuneratorias.*

Todas estas explicaciones son tan poco satisfactorias, que parece conveniente intentar otra interpretación del art. 622, interpretación que habría de partir de una revisión total de conceptos, comenzando por el de "donaciones con causa onerosa".

Quizá la clave del problema esté precisamente en esta expresión. Generalmente se suele entender que cuando el Código habla de donaciones "con causa onerosa" quiere aludir a las donaciones modales o cum onere. *En contra de este punto de vista, Manresa (miembro de la Comisión General de Codificación) había apuntado otra interpretación que ha pasado inadvertida a la doctrina. Entendía este comentarista que cuando el art. 622 habla de "donaciones con causa onerosa" se refiere a* las que remuneren servicios que constituyan deudas exigibles o impongan al donatario un gravamen equivalente al importe de la mal llamada donación. *Creemos acertado este punto de vista, que sirve para explicar varias cuestiones. A saber:*

a) *Así se explica que el Código diga en el art. 622 que "las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos", sin ha-*

cer más distinciones, porque la distinción de un régimen especial para la parte que exceda del valor del gravamen se hace en la segunda parte de este artículo, que ya no se refiere a las donaciones onerosas sino a las remuneratorias (al parecer, confundiendo o equiparando las donaciones modales y las remuneratorias).

b) *Así se explica también que el art. 622 no sea una* contradicción *del 619 sino una* confirmación *o una consecuencia de lo dispuesto en éste. Si entendemos que donación onerosa equivale a donación modal, la contradicción entre ambos preceptos será evidente porque en el art. 619 se dice que "es también donación... aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado", y el 622 manda que se rija por las reglas de los contratos (onerosos) ésa que* es también donación. *Si es donación, ¿por qué no se rige en todo o en parte al menos por las reglas de ésta? ¿Cómo admitir que el legislador se contradiga abiertamente en dos preceptos casi correlativos?*

En cambio, no hay contradicción si aceptamos el criterio apuntado por Manresa. En la donación modal el gravamen es inferior al valor de lo donado y en la remuneratoria se retribuyen servicios que no constituyan deudas exigibles; ambas son también donaciones, *según el artículo 619; pero si el gravamen es igual o superior al valor de lo donado o si los servicios que se remuneran constituían deudas exigibles* ya no son donaciones *y se les aplican las reglas de los contratos onerosos, de acuerdo con el art. 622.*

c) *Así se explica, por último, que en la primera edición del Código, el artículo 622 dijera: "Las que impropiamente se llaman donaciones a título oneroso se regirán* en todo *como los contratos de igual clase..." La impropiedad no consistía en que* siendo donaciones *se las llamara "a título oneroso", sino en que* siendo actos a título oneroso *se les llamara donaciones.*

Consecuencia de todo ello: el art. 622 no habría confundido donaciones onerosas y donaciones remuneratorias, pues para cada una de ellas contiene una regla distinta. La confusión o equiparación estaría si acaso en la segunda parte de dicho artículo, al equiparar o confundir la donación remuneratoria no con la donación onerosa sino con la donación modal.

Pero no se nos oculta que también a esta interpretación puede oponérsele un serio reparo: el art. 638, después de decir que el donante no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, añade: "salvo si la donación fuere onerosa, en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen". Parece indudable que este precepto aplica la denominación "donación onerosa" a la donación modal, como se desprende de la referencia que en él se hace al gravamen.

De todas manera hay motivos para pensar que el Código no se refiere a la misma cosa cuando habla de "donaciones con causa onerosa" (art. 622) y cuando en el art. 638 alude a la "donación onerosa". Téngase en cuenta que de las primeras se limita a decir en el art. 622

que "se regirán por las reglas de los contratos", mientras que en el artículo 638 dicta una regla, en materia de evicción, que se aparta de las reglas de los contratos. Téngase en cuenta también que en la primera edición del Código el art. 622 se refería a "las que impropiamente se llaman donaciones a título oneroso", mientras que el 638 estaba redactado en los mismos términos en que aparece en la edición definitiva, sin que se hiciera ninguna alusión a la impropiedad de la denominación "donación onerosa".

La única conclusión que cabe sacar de todo ello es que el art. 622 es un precepto desdichadísimo y prácticamente inaplicable. Por lo demás, la cuestión que aquí nos interesa es la relativa a la forma y en este punto, incluso los autores partidarios del régimen mixto *que se deduciría de la aplicación literal del art. 622 (en la relativa medida en que pueda aplicársele literalmente) propugnan una forma única para el negocio jurídico en cuestión. Manresa observa que esa distinción dentro de un mismo acto entre lo que exceda de determinada cantidad y lo que no llegue a ella, se relaciona más inmediatamente con los* efectos *propios de ese acto, que con la* forma *del mismo o con las reglas de capacidad. La capacidad (para aceptar) se regula sin distinguir entre parte onerosa y parte gratuita del acto (v. art. 626). La forma también tendrá que ser única,* dada la imposibilidad de admitir que un mismo acto revista dos formas distintas; *y puesto que, según el art. 619,* "es también donación... *aquella en que se impone al donatario un gravamen...*", la *donación modal quedará sometida a las reglas de forma establecidas en los arts. 632 y 633 (v. nuestras notas al § 8).*

Hay todavía otra consideración que abona este punto de vista. El artículo 633 que impone, como sabemos, la forma de la escritura pública para la donación de inmuebles, añade que en dicha escritura deberán expresarse individualmente los bienes donados y el valor de las cargas *que deba satisfacer el donatario. Es decir, se prevé el caso de que la donación de inmuebles se haga* sub modo *o sea, con alguna carga o gravamen, y no se establecen requisitos de forma distintos para la parte coincidente con la cuantía del gravamen o carga y para la que exceda del valor de éste.*

Hechas estas observaciones sobre la regulación de las donaciones cum onere *en nuestro Código, podemos trasladar a nuestro Derecho el problema que se plantea en el texto a propósito de la distinción entre la donación* cum onere *y el contrato oneroso de cambio. Pero, a diferencia de lo que ocurre en los Códigos italiano y francés, en el español se fija un criterio para hacer esa distinción; el art. 619 habla de un gravamen inferior al valor de lo donado. Con ello, se impone legislativamente un criterio objetivo que, en cierto modo, viene a corresponder a los criterios seguidos por la corriente tradicional a la que se alude en el texto (apartado* b*); pero sólo en cierto modo, puesto que no es al carácter típicamente económico de la carga o contraprestación (en sentido amplio) a lo que se atiende, sino al valor de la carga en relación con el valor*

del objeto donado. Cabe, por lo tanto, que el gravamen tenga carácter típicamente económico (mejor dicho, se presupone que tiene tal carácter) pero que represente un valor inferior al de lo donado, y en ese caso — de acuerdo con el art. 619 — el acto "es también donación" y no contrato de cambio.

Ahora bien, la aplicación de este criterio — como la de todo criterio objetivo — presupone que el gravamen impuesto al donatario tenga carácter típicamente económico, es decir, que pueda ser apreciado en dinero. De no ser así, faltará el dato objetivo imprescindible para determinar si se trata de un gravamen inferior al valor de lo donado. Claro es que si el gravamen impuesto no tuviera carácter económico (observar buena conducta, no fumar, seguir una determinada carrera, etc.), el mismo criterio objetivo establecido en el art. 619 llevaría a admitir sin vacilación el acto como donación; en efecto, en tal caso, no teniendo el gravamen un valor económico parecería indudable que se trataba de "un gravamen inferior al valor de lo donado".

De todos modos, los problemas no surgirán cuando las partes hayan configurado el acto como donación, sino especialmente cuando lo hayan configurado (y calificado) como contrato de cambio (probablemente, dada la índole de la "contraprestación", como contrato innominado). Es decir, el problema no se planteará cuando se haya hecho una donación, con todos los requisitos de forma, imponiéndose un gravamen de carácter no económico, porque tal donación caería indudablemente dentro del artículo 619, por las razones apuntadas; el problema surgirá más bien cuando habiéndose realizado el acto como contrato innominado (por ejemplo de do ut facias; *te doy una finca para que hagas algo que no tiene valor económico), se alegue después, por la parte que dió o prometió, que se trataba de una donación (modal), nula por defectos de forma.*

Es muy frecuente que el gravamen o carga impuesto al donatario consista en el pago de una pensión vitalicia. En tal caso puede ser de gran interés el precisar si se trata de una donación con la carga del pago de la pensión o si, por el contrario, se está en presencia de un contrato de renta vitalicia (contrato real, según el art. 1.802 de nuestro C. c.).

De gran interés, en primer lugar, para aplicar las oportunas reglas de forma, pues la calificación del contrato como renta vitalicia excluirá la exigencia de la forma de la donación, detalle importantísimo teniendo en cuenta que generalmente lo que se da (para constituir la renta o como objeto de la donación, según los casos) suele ser un inmueble, con lo que si se califica el acto como donación, la exigencia de forma es muy rigurosa (art. 633). Pero de gran interés también porque el considerar al contrato como renta vitalicia llevará consigo la importante consecuencia que se desprende del art. 1.805, según el cual, "la falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al perceptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital ni a volver a entrar en la posesión del predio enajenado; sólo tendrá derecho a reclamar ju-

dicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras". Evidentemente, el perceptor de la renta vitalicia queda en este aspecto menos protegido que el donante que haya impuesto la carga de una pensión vitalicia, pues este último siempre podría intentar la revocación de la donación por incumplimiento de cargas. De ahí, insistimos, el gran interés que en nuestro Derecho puede tener esa distinción.

Sobre este punto, v. lo que diremos en el vol. II al comentar la sentencia del T. S. de 16 de diciembre de 1930, en la que, a pesar de calificarse el acto como donación, no se acude a la revocación por incumplimiento de cargas, sino que se aplica la regla del art. 1.124 relativa a la resolución de un contrato con obligaciones recíprocas *por incumplimiento de una de ellas.*

Nos remitimos igualmente al vol. II para el comentario de la sentencia de 3 de noviembre de 1931, en la que se hace una interesante distinción entre donaciones puras, condicionales, modales y onerosas.

* * *

En cuanto al negotium mixtum cum donatione, *nuestra doctrina tiende a considerarlo incluído en las "donaciones con causa onerosa" a que alude el art. 622. Y, como ocurre con casi todas las aplicaciones que se intentan hacer de este precepto, también aquí se incurre en confusiones y contradicciones. En efecto, dado el carácter mixto del negocio se estima que en este caso no habrá problema en cuanto a la diferenciación entre una parte onerosa y otra gratuita (Roca Sastre,* La donación remuneratoria, *en* Estudios, *cit. págs. 554-555) y tropezará con menos inconvenientes la utilización del criterio de desarticulación del acto en dos regímenes distintos (Castán, ob. cit. 8.ª ed. IV, pág. 220); pero no se ve qué razón hay para pensar en esa diferenciación teniendo en cuenta que el art. 622 no distingue entre parte onerosa y parte gratuita cuando habla de las "donaciones con causa onerosa" de las que se limita a decir que "se regirán por las reglas de los contratos". Pérez y Alguer, que consideran que la donación onerosa del C. c. comprende la donación modal y la donación mixta* (negotium mixtum), *estudian como manifestación principal de ésta la llamada "compraventa amistosa" (en ob. cit. II-2, págs. 133-134), y estiman que requiere la forma de la donación cuando recaiga sobre bienes inmuebles. Igualmente, consideran aplicables las demás reglas de las donaciones (en cuanto a revocación, evicción, etc.).*

§ 11.

Continuación: La «causa praeterita» en las obligaciones de dar: servicios prestados y obligación natural en general.

a) *El problema de la causa* praeterita *como problema de la obligación natural.*

Como ya sabemos, en relación con la causa *praeterita* se ha presentado y se presenta una cuestión análoga a la mencionada en el § 10 respecto a la suficiencia de la causa *presente* y *futura* en las obligaciones de dar. Existen respecto a aquélla las mismas corrientes jurisprudenciales y doctrinales que como hemos visto existen respecto a ésta, más una tercera corriente que excluye que la *causa praeterita,* la obligación natural, pueda nunca ser *cause suffisante* para una promesa no revestida del esquema formal-causal de la donación.

En realidad, todo el problema de la *causa praeterita* se reduce a determinar si un deber *no* jurídico (en el sentido amplio de deber que no da lugar a acción) pueda ser *causa suficiente* de una promesa de dar: se entiende, de una promesa no revestida del esquema formal-causal de la donación *(pactum nudum).*[1] En efecto la *causa praeterita,* como servicio prestado o prestación realizada gratuitamente en el pasado,[2] no es hoy sino un caso dentro del problema de los efectos del deber *no* jurídico (obligación natural en sentido amplio);[3] y este deber, a su vez, representa en cierto modo una

1 En tal sentido ha de entenderse el art. 202 del C. c. egipcio: "La obligación natural puede servir de causa a una obligación civil". Evidentemente esta "causa" es la *cause suffisante* en el sentido antes aludido respecto al concepto técnico y a las formas de la donación. Más claro, en este sentido, el art. 239 C. suizo de las obligaciones.

Nuestro Tribunal de Casación, en la causa Rovatti-Sighinolfi (v. vol. II "Casuística"), en la que se discutía si en el caso se trataba de una obligación natural, afirmaba que tal averiguación era decisiva, "ya que, eventualmente excluída la obligación natural, y admitida por el contrario la pura obligación de conciencia, resulta que si también esta última puede constituir motivo idóneo para la asunción de una sucesiva obligación civil, tal obligación no puede sustanciarse sino en un acto de liberalidad, sujeto por tanto a las formas impuestas por la Ley". Este último principio (o sea el de que todo motivo, que no sea ilícito, es *idóneo* para la asunción de una obligación en las formas de la donación), es tan obvio que no había necesidad de mencionarlo.

2 En este sentido se entendía la causa (como lo opuesto a la *res* o *causa data*) en los textos romanos: v. D. XII, 6, 52, pr. y § 2.

3 Así lo entendían ya nuestros doctores: v. supra § 4, nota 8; Richeri

causa praeterita o una causa *preexistente* a la promesa.[4] En todos estos casos falta el elemento de una prestación en sentido amplio (comprendida la carga) que sea *exigida* actualmente o como objeto de una contraobligación: prestación que sería la causa presente o futura.

Los problemas que se presentan hoy en cuanto a los servicios prestados y en cuanto a la obligación natural en sentido amplio son los mismos. Es decir, se trata de averiguar si el preexistente deber no jurídico ha de reunir los siguientes requisitos para poder ser *cause suffisante* de una promesa:[5] *a)* Ser apreciable en dinero;[6]

y Pothier cits. en el § 5, nota 22. Cfr. también Maury, *Essai sur la notion d'équivalence*, (tesis), Toulouse, 1920, págs. 42-57. Análoga concepción se encuentra en la sentencia de nuestra Casación de 17 julio 1948, en causa Stella-Gangemi, *Foro it.*, 1949, 1, 951, que equipara a las donaciones remuneratorias las hechas para la reparación de un daño (seducción).

Incluso los autores (v. D'Angelo y Oppo infra cits.) que niegan que de los servicios prestados pueda nacer una obligación natural en sentido técnico capaz de eliminar la exigencia de la forma de la donación admiten que de los servicios prestados nace un deber (de remunerarlos) que en abstracto presenta todos (Oppo) o algunos (D'Angelo) de los caracteres de la obligación natural. Que de los servicios prestados, en cuanto sean patrimonialmente estimables, pueda nacer una obligación natural en sentido técnico, es opinión muy difundida: Bonfante, en *Scritti giur. vari*, cit. III, pág. 17; Gangi, en *Scritti giur. vari*, Padova, 1933, I, págs. 407-408 y 458; Barassi, en *Nuovo Digesto*, voz *Obblig. nat.* pág. 1.267; Maury op. y loc. cits.; Crome, *Teorie fond. delle obbligaz. nel dir. civ. francese*, trad. ital. cit., págs. 18 y siguientes; Planiol, *Traité pratique* cit., V, pág. 332, y otros.

4 Por ello, como veremos, en el *common law* el problema de la *moral obligation* viene tratado junto al de la *past consideration*: v. infra § 28.

Téngase en cuenta que el presupuesto del problema de los servicios prestados es que éstos no den lugar por sí mismos a acción en juicio (v. sin embargo el equívoco pasaje de Pothier cit. supra § 5, *d*): o porque no fueron prestados con la intención concorde, tácita o resultante del uso, de una futura contraprestación, o porque, en cualquier caso, no dan lugar a acción (prescindiendo del caso de servicios inmorales). Cfr. en cuanto al primer caso D. XIX, 5, 22 (cit. infra § 28, *a*), y la historia del *indebitatus assumpsit* en el *common law* (v. infra § 26). El problema relativo al primer caso se presenta todavía hoy en el *common law* en cuanto a la *past consideration* (v. infra § 28, *a*).

5 Se entiende, de una promesa no revestida del esquema formal-causal de la donación. Hablamos aquí de causa suficiente respecto a una *promesa* de dar y no respecto al llamado pago o *datio immediata*, porque en este segundo caso el problema se presenta bajo un aspecto muy distinto, aunque demasiado a menudo confundido con el de la promesa (v. infra apartados *c* y *d*).

6 Este requisito se suele también expresar diciendo que el deber moral ha de tener "carácter o contenido patrimonial"; Bonfante, *Le obbligazioni naturali nel diritto civile italiano*, en *Scritti giur. vari*, vol. III, págs. 12 y siguientes; y en otros estudios reproducidos allí en págs. 30 y sgtes. y 41 y sgtes. Es la concepción dominante en Italia. Cfr. también Maury, op. y loc. cits. Por lo demás, este es un presupuesto indispensable del segundo requisito, si la conciencia social debe poder controlar también el *quantum* prometido (v. supra § 10, *b*).

Ahora bien, este requisito del "carácter patrimonial" no hace sino repro-

b) ser considerado como un deber por la conciencia social y, por tanto, si el *quantum* prometido ha de ser proporcionado, según la apreciación común o social, a la importancia de tal deber.[7] O bien si por el contrario basta un deber cualquiera, que no tenga aquellos caracteres, y que sea considerado como tal deber exclusivamente en la conciencia individual del promitente, incluso por lo que se refiere al *quantum.*

Este problema enlaza con las diversas concepciones de la llamada obligación natural, concebida por algunas corrientes, como es sabido, en el primer sentido (deber de carácter patrimonial y reconocido por la conciencia social) y por otras corrientes en el segundo sentido.

b) *Las tres corrientes dominantes.*

Como se ha indicado, volvemos a encontrar aquí, referidas a la *causa praeterita* en sentido amplio, las dos corrientes mencio-

ducir el requisito de la apreciabilidad en dinero, citado por los autores de derecho común y por los modernos a propósito del servicio prestado.

En efecto, "deber con carácter o contenido patrimonial" no significa otra cosa que un deber cuya equivalencia en dinero puede establecer la conciencia social o común. Esto no significa, sin embargo, que el deber no pueda ser cumplido si no es mediante una prestación patrimonial: v. Oppo, *Adempimento e liberalità,* Milano, 1947, págs. 257 y sgtes. y la crítica que hace a la opinión contraria mantenida por D'Angelo.

7 En cuanto a los servicios prestados, los dos requisitos se reducen prácticamente al primero, puesto que si son apreciables en dinero la conciencia social verá en ello casi siempre un deber moral de recompensarlos, tanto es así que los doctores del Derecho común recurrían a la idea de la permuta o del pago en sentido propio (v. supra § 4 nota 8 y § 5, nota 22). El segundo requisito se presenta solamente en cuanto al *quantum* proporcionado (según la conciencia social).

Sólo para entendernos, estos dos requisitos, aplicados al caso de los servicios prestados, significan por ejemplo que, si yo ruego a una amiga de mi madre, desde hace poco viuda, que vaya a convivir con ella y a consolarla, la prestación de este servicio no puede constituir la base de una ulterior promesa no formal porque no es susceptible de valoración económica. Pero v. el caso Carrari-Masiero en la "Casuística" y otros casos allí citados. Por lo demás, es decisiva la conciencia común acerca de lo que es servicio susceptible de valoración económica (v. § anterior, nota 2).

Viceversa, si un cirujano ha operado y curado gratuitamente a Ticio porque es pobre, este servicio, en cuanto que es susceptible de valoración económica, puede ser la base de una ulterior promesa de recompensa. Pero supongamos que Ticio, habiendo llegado a ser muy rico, prometa una cantidad muy superior al valor corriente de aquellos servicios, haciéndolo así no por espíritu de liberalidad sino porque según su valoración y según su conciencia individual, la deuda de gratitud es enorme, precisamente porque el haberle salvado la vida le ha permitido llegar a ser rico. En tal caso la promesa, hecha sin las formas de la donación, no es válida, por más que siempre se trate de donación según la conciencia individual. La jurisprudencia francesa ha llegado también a reducir en casos semejantes la cuantía de la promesa.

nadas en el § anterior respecto a la causa presente y futura, más una tercera.

Concretamente, son las siguientes:

1.ª La corriente tradicional, según la cual la *causa praeterita*, en cuanto *cause suffisante* de una promesa no revestida del esquema formal-causal de la donación, debe reunir los dos requisitos que acabamos de mencionar. Esta corriente corresponde a la concepción restringida de la obligación natural.[8]

8 Para las citas de autores nos remitimos al § anterior nota 6; v. también allí el Código de Luisiana. V. también Windscheid cit. en § 9 nota 5.

Esta era también en lo sustancial la opinión de Pothier (pero solamente en cuanto a los servicios prestados: v. nota 17).

Cfr. además: Oppo, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, págs. 353 y siguientes y los autores que cita (pero sobre la opinión de Oppo en cuanto a los servicios prestados, v. infra en esta misma nota); Trasbot, *Traité Pratique* de Planiol, cit. V, núm. 319 (mientras que en el vol. II del mismo *Traité*, números 993, 994 se sostiene la opinión recogida en nuestra nota 10).

En cuanto a la jurisprudencia, nos remitimos al vol. II, "Casuística".

Parece que ésta sea también la interpretación corriente que se da al citado artículo 202 del C. c. egipcio.

D'Angelo (*La donazione rimuneratoria*, Milano, 1942, págs. 37, 76 y siguientes, especialmente págs. 102-117 y Oppo (op. cit. págs. 166, 169, especialmente págs. 245-271) sostienen que los servicios prestados, fuera de los regalos usuales, no pueden nunca servir para excluir la forma de la donación, aún cuando se trate de servicios "patrimonialmente estimables" y se mantenga el *quantum* prometido dentro de los límites del deber social. Sobre los regalos usuales o "liberalidades remuneratorias usuales", se invoca el art. 770 del C. c. italiano 2.º párrafo, para excluir la forma de la donación.

Según D'Angelo, de los servicios prestados patrimonialmente estimables no nace ni siquiera una obligación natural (contra una opinión muy difundida) que por otra parte sería insuficiente según él para eliminar la forma de la donación.

Oppo, al contrario, sostiene que nace de ellos una obligación natural, pero que el caso, por lo dispuesto en el art. 770 párrafo 1.º, debe ser tratado *siempre* como donación, precisamente porque según tal disposición la obligación natural nacida de servicios prestados estaría sustraída a la disciplina común de las obligaciones naturales (susceptibles según Oppo de servir de causa para una promesa no formal).

No es este lugar adecuado para hacer la crítica a estas opiniones, ni aún desde el punto de vista histórico, de la tradición y de la práctica. Bastaría observar que si fueran exactas limitarían todavía más el ámbito de la *causa praeterita* como causa suficiente para excluir la forma de la donación respecto al pretendido principio del nudo consentimiento; tal ámbito se limitaría, en efecto, al campo de las remuneraciones o "regalos" usuales. Salvo en este caso, se volvería al principio romano clásico de la *causa praeterita* como servicio prestado: v. § 2.

Pero vale la pena observar que el criterio del uso, adoptado por aquellos autores, no se aparta mucho, en sus resultados prácticos, de la opinión tradicional antes indicada. En efecto, dichos autores incluyen (a la fuerza) entre los regalos de costumbre algunos casos en los que en realidad se trata de un deber moral (social) nacido de los servicios prestados, *más allá del uso*. Así cuando entre los elementos de este deber se hace entrar en juego la importancia del servicio prestado o del sacrificio hecho (Oppo, op. cit., págs. 248 y 271).

Pero respecto al problema de la donación *cum onere* (causa presente o futura) existe aquí una *nueva limitación al principio del nudo consentimiento*. En efecto, hemos visto que según la corriente tradicional mencionada en el § anterior, apartado *b*, si la carga es apreciable en dinero, es decir, si representa una prestación típicamente económica, la intención de las partes dirigida a concluir un contrato de cambio será decisiva para excluir la exigencia del esquema formal-causal de la donación, aun cuando exista una notable, pero no excesiva, desproporción entre el valor de las dos prestaciones (v. § 5 nota 18 y § anterior). Por el contrario, tratándose de una *causa praeterita*, si existe esta notable desproporción, la intención de las partes de "pagar" en vez de donar, y la misma calificación que den al acto serán inoperantes. Prevalece el criterio objetivo. Solamente cuando no exista tal desproporción podrán eficazmente las partes calificar el acto como "donación" o no donación (v. supra § 5 nota 21).[9] Una nueva limitación al principio del nudo consentimiento en relación con la *causa praeterita* implicarían las opiniones (Oppo, D'Angelo, Pothier) mencionadas en las notas 8 y 17.

Se trata del tradicional recelo frente a la *causa praeterita;*

Ejemplo: el caso del abogado que gratuitamente, tal vez a causa de la pobreza del cliente, haya dirigido un largo y fatigoso pleito, con abundante empleo de tiempo y trabajo, y al que después el cliente enriquecido le remunere o prometa remunerarle en medida aproximadamente igual a la compensación normal (Oppo, pág. 43, nota 1; D'Angelo, pág. 40). Decir que en este caso una remuneración semejante venga impuesta por el uso o como "regalo de costumbre" significa en realidad ir más allá de esto para entrar en el campo de un deber social o moral nacido de los servicios prestados.

Viceversa, otra corriente que deriva de cierta tradición (v. Pothier, cit. en nota 17) mientras admite que los servicios prestados, dentro de los límites antes mencionados, puedan ser causa suficiente para excluir el esquema formal-causal de la donación, niega esto mismo en cuanto a la obligación natural (distinta de la nacida de los servicios prestados).

9 Esta notable diferencia entre *causa praeterita* y causa presente o futura resulta clara en el ejemplo siguiente. Si solicito, como contrato de cambio, los servicios del dueño de un hotel, de un médico, de un ingeniero, de un criado, etc., la promesa de una contraprestación es válida sin necesidad de las formas de la donación, aun cuando esta contraprestación sobrepase en mucho a lo normal (salvo el caso de lesión). Si por el contrario *estos mismos servicios me han sido ya prestados gratuitamente*, dicha promesa excesiva no valdrá si no se han observado tales formas, aún cuando yo no tenga intención de donar sino de "pagar".

Además, cosa extraña, si la *causa praeterita* consiste en una donación recibida (un *dar*), la promesa de un *quid* por gratitud según la opinión *hoy* predominante es siempre una donación formal, aún cuando los dos valores se correspondan, mientras que si todo esto fuera convenido como contrato de cambio actual se trataría de una permuta o de una venta válida sin necesidad de forma.

recelo justificado por la consideración de que, en este caso, a diferencia de lo que ocurre en la donación *cum onere*, el promitente no solicita nada a cambio (en sentido amplio) de la promesa; no hay una valoración (siquiera sea subjetiva) de un interés en un cambio actual; no se induce a la otra parte mediante la promesa a hacer algo. Además, al no existir una obligación civil resulta más patente la necesidad de proteger al promitente y a su familia, contra las decisiones irreflexivas, mediante la forma de la donación.

En cuanto a la específica función del requisito de la apreciabilidad en dinero, nos remitimos a las observaciones hechas en el § anterior, apartado *b)*.

2.ª La otra corriente, como es sabido, es aquella según la cual es suficiente cualquier *causa praeterita* para dispensar a la promesa de la forma de la donación; incluso si no es apreciable en dinero; incluso si se trata de un deber exclusivamente sentido en la conciencia individual del promitente; incluso si, según la apreciación común, es excesivo el *quantum* prometido.[10]

En el fondo, a la *causa praeterita* más que a la presente hace referencia la proclamación del conocido principio según el cual "*le simple désir de satisfaire à un sentiment d'equité, de conscience, de délicatesse ou d'honneur peut constituer une cause suffisante d'engagement* (v. § 9) ; aun cuando al añadirse la *piété* y el *amour* (v. § 9 nota 10) se aluda a una causa presente. En definitiva, se trata de la concepción más amplia en materia de obligación natural, que llegaría a concebirla incluso como mero deber sentido en la conciencia individual. Sin embargo, esta corriente mantiene a veces, con mayor o menor firmeza, el requisito de la apreciabilidad en dinero de los servicios prestados.

3.ª Pero, como hemos advertido, a estas dos corrientes debe añadirse una tercera referida a la *causa praeterita*: la corriente que niega siempre (al menos en cuanto a la obligación natural que no derive de servicios prestados o a las remuneraciones no usuales) que la obligación natural pueda ser la causa suficiente para excluir el esquema formal-causal de la donación en la promesa, aun cuando se trate de una obligación natural en el sentido restringido en que la entiende la corriente mencionada en el apartado 1.º.[11]

10 Cfr. los autores citados supra § 9, nota 10.

Para la jurisprudencia especialmente francesa (y también italiana del siglo XIX) v. vol. II, "Casuística".

Para los autores alemanes que, desde el punto de vista del ambiguo concepto de onerosidad, han seguido esta tesis, v. Mosco, *Onerosità e gratuità*, citadas págs. 184 y sgtes.

11 Cfr. Pothier, cit. en nota 17; Betti, *Teoria generale del negozio giu-*

Se acentúa así el indicado recelo frente a la *causa praeterita.*

c) *Breve examen crítico de las tres corrientes mencionadas.*

Parece que también aquí, como de costumbre, se haya pecado por incurrir en generalizaciones excesivas, sobre la base de un "concepto general" de la obligación natural (que no siempre se sabe en vista de qué problema haya sido construído). Y parece también, especialmente por lo que se refiere a nuestros autores, haberse olvidado que el problema era y es el de la *cause suffisante* en relación con la exigencia de la forma de la donación (v. infra notas 18 y ss.). Se ha discutido genéricamente sobre la onerosidad o gratuidad del cumplimiento de una obligación natural, confundiendo *règles de fond* y problema de forma.[11 bis] Se ha tratado del mismo modo el concepto de la obligación natural unas veces en relación con la irrepetibilidad del "*pago*", y otras en relación con el problema de la *promesa* de cumplimiento.

Crítica de la opinión mencionada en el apartado b *núm. 2.º* — En realidad, ciertos deberes de conciencia, tal vez poco o nada sentidos como tales deberes en la conciencia social, pueden ser suficientes para la validez de una *datio* inmediata, *transfert* o "pago",[12] pero no ser causa suficiente para una *promesa* no formal. Una cosa es dar y otra muy distinta es prometer. Esto ha de tenerse en cuenta por lo que se refiere a la opinión más amplia — supra número 2.º — arraigada en Francia.

En un sistema, como el francés y como otros, en el que por una larga tradición se admitía y se admite la donación manual de

ridico, 2.ª ed., Torino, 1950, pág. 391; Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni*, 2.ª ed., Milano, 1948, II, pág. 402; Nicolò, en *Foro ital.* 1939, I, págs. 39 y sgtes. y otros autores cits. por Betti, op. cit., pág. 392, notas 54 y 55, y por Oppo, op. cit., pág. 357, nota 1.

En cuanto a la jurisprudencia, v. vol. II "Casuística".

El Código alemán, como se deduciría del art. 534, somete a la forma del documento notarial la promesa nacida de una obligación natural (aún en sentido estricto): no somete, por el contrario, a dicha forma la *datio* inmediata, por la razón que resulta del art. 518.

11 bis Cfr. a propósito, Mosco, *Onerosità e gratuità*, cit. págs. 51-52 y 62-68 y los autores que cita. Pero indudablemente las llamadas *règles de fond* (colación, acción pauliana, medida de la responsabilidad, etc.) se refieren a un problema distinto del de la forma (entre las partes) y afectan frecuentemente sólo a las relaciones con terceros.

12 Entrega de cosas muebles o dinero, o *transfert* formal de ciertos derechos, ya que en cuanto al *transfert* de inmuebles (en los sistemas latinos) o a la mera declaración traslativa de muebles (no acompañada de la entrega) el problema resulta idéntico al de la promesa: v. infra § 38.

dinero y de muebles sin someterla a ninguna forma,[13] poca importancia tiene que el deber en cumplimiento del cual se hayan dado tales bienes sea más o menos sentido como tal deber en la conciencia social.

En efecto, cualquiera que sea la causa o el motivo (lícito) de la dación inmediata o entrega, ésta sigue siendo válida, aunque la causa se reduzca a la pura liberalidad. El deber por el cual se da en aquella forma puede tener importancia solamente en consideración a un error en quien da, es decir a la opinión de creerse *jurídicamente* obligado.[14] La irrepetibilidad del pago y lo mismo la irrelevancia de este error (por lo demás ambiguo y difícil de precisar) obedecen precisamente al hecho de que era por un deber moral por lo que se ha dado. En consideración a esto, para tener por firme un "pago", que sería en todo caso válido como donación puesto que no puede ser nulo por defecto de forma, no se requiere un deber moral, especial u objetivo, es decir reconocido por la conciencia social.[15]

Pero cuando se pasa del dar (entregar) al prometer[16] la cosa cambia, porque incluso el Derecho francés impone la forma de la donación para la promesa de dar a título gratuito (por las razones indicadas en el § 8). Aquí se necesita una *cause suffisante* bastante más fuerte que un simple deber sentido como tal en la conciencia individual (adviértase que de no ser así, un simple deber de esta naturaleza constituiría una *cause suffisante* para prometer cualquier cantidad, aunque fuera enorme desde un punto de vista objetivo, con tal de que no se considerara como enorme según la conciencia individual). Se requiere una *cause suffisante* que tenga

13 El llamado "pago de una obligación natural" consiste prácticamente en entrega de dinero o de muebles.

14 En efecto, si quien da una cantidad u otra cosa mueble tiene plena conciencia de dar en cumplimiento de un deber no jurídico, no se admite la repetición, siendo el acto de *transfert* (manual) válido incluso como donación. La obligación natural no tiene entonces importancia práctica para establecer tal validez.

15 En la realidad de la práctica, la creencia errónea de estar jurídicamente obligado no será posible o pensable respecto a un deber no reconocido por la conciencia social. Quien da por un deber exquisitamente sentido sólo en su conciencia individual (y da, tal vez, con largueza), sabe en general que no está jurídicamente obligado; entonces la *datio* de dinero o de muebles vale por la razón que se indica en la nota 14. De manera que la hipótesis de dicha creencia errónea, y por tanto de la relevancia del deber no jurídico para mantener firme el "pago", coincide *en la práctica* con el concepto de obligación natural en sentido estricto, o sea de obligación reconocida por la conciencia social.

16 O, lo que es lo mismo, a la mera declaración de dar; v. nota 12.

aquella fuerza, pues en otro caso la función protectora de la forma de la donación quedaría prácticamente eliminada.

Sin embargo, la jurisprudencia y una gran parte de la doctrina francesas, interpretando mal un pasaje de Pothier[17] y confundiendo la *cause suffisante* con la *cause raisonnable ou plausible* (v. §§ 7 y 14), han seguido este camino: es decir, han generalizado y extendido al problema de la *cause suffisante* de una *promesa* una concepción de la obligación natural que había sido elaborada en función del problema completamente distinto de la irrepetibilidad del "pago" o *datio* inmediata *(transfert)*.

Y viceversa, en un sistema como el del vigente Derecho italiano, en el que incluso para la donación manual (salvo la donación módica) se requiere la forma (art. 783 Cód. civ. ital.) la concepción de la obligación tiende a coincidir en los dos casos (pago y promesa).

La doctrina y la jurisprudencia italianas se atienen a la corriente mencionada supra apartado *b* 1.°; es decir, exigen tanto para el pago como para la promesa una obligación natural en sentido estricto, con los dos requisitos allí mencionados.

Crítica de la opinión mencionada en el apartado b, *1.°* — También esta opinión (que corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia italianas, como acabamos de indicar) peca de incurrir en

17 Hemos insistido un poco sobre el erróneo origen de la corriente francesa, precisamente porque se apoya a menudo en un equívoco sobre Pothier; cuya autoridad, como tradición, merece el máximo respeto.

Pothier, *Traité des obligations*, núm. 173: "*On appelle obligation naturelle celle qui, dans le for de l'honneur et de la conscience oblige celui qui l'a contractée à l'accomplissement de ce qui y est contenu*".

Sin embargo Pothier concebía aquí la obligación natural en un sentido más bien restringido, como resulta de los ejemplos que da de ella en los números 192-197 del mismo *Traité*. Son los ejemplos siguientes: obligaciones a las que la ley niega acción por desconfianza hacia su causa o por incapacidad del promitente; obligaciones naturales que subsisten a pesar de la sentencia, del juramento, de la prescripción. Cfr. también los núms. 54-55 del mismo *Traité*, a propósito del contrato en favor de terceros nulo, en el que Pothier ve una obligación natural del promitente frente al estipulante. De este concepto de las obligaciones naturales en sentido estricto parece excluir los puros deberes de conciencia (op. cit., núm. 197).

No sólo esto, sino que como resulta de los números 191 y 195 del mismo *Traité*, Pothier reconoce a aquellas obligaciones naturales (en sentido estricto) solamente el efecto de la irrepetibilidad del pago, en contraposición — él mismo lo aclara — al derecho romano que admitía además la novación, el *constitutum debiti*, etc.

La doctrina francesa, incurriendo en un equívoco, ha invocado el concepto de obligación natural de Pothier para extenderlo tanto en su ámbito (a los puros deberes de conciencia) como en sus efectos (o sea, también a la validez de la promesa de pago).

Cfr. sobre esta indebida extensión, la sentencia canadiense en el caso Ross, vol. II "Casuística".

cierta generalización. Porque esta opinión, aun exigiendo una obligación natural en sentido restringido (o sea, sentida como obligación en la conciencia social) parece entender que la obligación natural que sea causa suficiente para el pago será también suficiente para la validez de la promesa no formal. Lo cual no siempre es exacto.

Prometer siempre es más fácil que dar; y la forma debe desplegar una mayor función protectora para la promesa. Como veremos, no solamente hay casos típicos de obligación natural reconocidos por la conciencia social y suficientes para el "pago" o *datio* no formal, y, por el contrario, insuficientes para la promesa no formal (v. infra *d*); sino que, además el determinar si un deber puede ser suficiente no sólo para tal pago sino también para esta promesa, depende con mucha frecuencia de la intensidad con que tal deber sea sentido en la conciencia social y con igual frecuencia de las complejas circunstancias del caso concreto, en el sentido de que el juez lo considere como un deber de intensidad suficiente como para justificar la promesa no formal. Tratar de conseguir un módulo exacto en materia tan elástica y delicada por su misma naturaleza, es pretender demasiado.

Crítica de la opinión mencionada en el apartado b, *3.º* — En cuanto a la otra tesis extremista, mencionada en este apartado, puede decirse que suele generalizar la solución dada para casos especiales (como la fiducia testamentaria, la constitución de dote, el juego, la obligación natural nacida de pacto nulo por defecto de forma) en los que hay razones particulares que concurren para excluir la sanción de la promesa: (v. infra *d*).[18] O bien, que suele generalizar la solución dada para casos que no se refieren a las obligaciones naturales en el sentido restringido a que nos hemos referido (supra *b*, 1.º).[19] Y al hacer esta generalización, dicha tesis argumenta basándose en *obiter dicta* o en generalizaciones igualmente excesivas contenidas en sentencias que se refieren a aquellos casos especiales (en particular a la fiducia) o a deberes que no constituyen obligaciones naturales en sentido técnico (v. notas 18 y 19).

Mas, al hacerlo así, esta teoría no tiene en cuenta otros casos a pesar de estar generalmente admitidos como causas suficientes en el sentido indicado (v. infra *d*, nota 32).

18 Cfr. Betti, *Neg. giur.* cit. 2.ª ed., pág. 186, núm. 2 y pág. 391, nota 52, en donde se citan la sentencia Danani-Gonzaga y otra sentencia del Tribunal de Apelación de Florencia, de 26-11-1946 (v. vol. II "Casuística") ambas relativas a casos de fiducia.

19 Cfr. el caso Rovatti-Sighinolfi, Casación, 4-7-38 (v. vol. II, "Casuística") cit. por Betti, op. y loc. cits.

Entre los argumentos de esta tesis no se incluye el de la novación (que presupone una obligación civilmente válida), porque en el caso de la promesa hecha en cumplimiento de una obligación natural no existe intención de novar, sino intención de respetar esta obligación. Ni se incluye el argumento de que el art. 2.034 del Código civ. ital. (1.235 Cód. civ. francés y otros similares) admite como único efecto de la obligación natural la irrepetibilidad del pago; no se le incluye, porque estos artículos consideran solamente la obligación natural en sí misma, es decir sin una promesa posterior de cumplirla y por lo tanto solamente se refieren a la cuestión de la sancionabilidad directa (acción, ejecución forzosa) o indirecta (excepción de compensación) de la obligación natural. Pero no consideran nuestra cuestión, o sea la de la suerte que ha de correr una promesa que haya sido hecha sobre la base de la obligación natural.[20] Sobre los trabajos preparatorios en relación con el art. 2.034, véase nota al final del caso Danani-Gonzaga, en el vol. II.

Hay, en fin, quien invoca la teoría de la función económico-social del contrato o teoría de la tipicidad, como justificación de la obligación, o la teoría del interés merecedor de tutela jurídica.[21] Pero sobre esta teoría, que extiende hasta aquí sus nebulosas, v. infra § 19.

En realidad, el argumento sustancial de la opinión en cuestión es otro: es el de que la intención de cumplir una obligación natural, o mejor *ciertas* obligaciones naturales, no siempre es índice seguro, es decir, con un cierto valor objetivo, de la voluntad de contraer un vínculo jurídico (v. supra § 1 nota en apéndice; § 3, *b*).[22] El con-

20 Para la crítica de dichos dos argumentos (el de la novación no lo hace valer Betti, pero sí otros autores), cfr. también Oppo, op. cit., páginas 353 y sgtes.; Planiol, *Traité pratique* cit., VIII, núms. 993-994.

21 Betti, op. cit., págs. 391-392.

22 Este es verdaderamente el argumento grave, desde el punto de vista práctico, contra la admisibilidad de la obligación natural como causa suficiente de una promesa no formal (v. supra § 3, *b*). Cfr. Planiol, *Traité pratique*, cit. VII, núm. 994, en donde se pone de relieve que la única cuestión es la de saber si mediante la promesa ha querido el promitente conferir a la obligación natural "*une force obligatoire*" (jurídica); y se citan sentencias para mostrar que las dudas sobre aquella intención surgen incluso en los casos más típicos de obligación natural en sentido estricto; por ejemplo en el caso de concurso. V. vol. II "Casuística".

Una alusión a este argumento puede verse en Betti, op. y loc. cits.; argumento, sin embargo, que él introduce en la teoría de la función económico-social. Mas bastaría advertir que Betti admite que la forma, eliminando la indicada inseguridad, elimina toda duda.

Aquí no puede olvidarse otro de los daños ocasionados por la nebulosa concepción de la función económico-social (sobre la cual v. infra § 19, especialmente nota 13). Esta teoría ha ocultado, tanto a Betti como a Oppo y a otros, la realidad de nuestro problema que es el de una causa suficiente en combinación con la forma, en las obligaciones de dar. Mientras Bonfante,

cepto y el ámbito de tales obligaciones naturales y de la relación de proporción son demasiado inciertos para excluir la idea de la donación; como también suele resultar incierto si la intención del promitente ha sido la de donar o por el contrario la de cumplir una obligación natural. Es, en fin, el argumento de que la función protectora de la forma de la donación parece quedar desvirtuada si se admite la promesa no formal. Por estas razones, que se resumen todas en aquel recelo frente a la *causa praeterita,* se tiende a requerir el esquema formal-causal de la donación.

La intención y el alcance de las críticas que hemos hecho a las tres indicadas corrientes no son las que pudieran parecer a primera vista. Sobre esto, debemos remitir al lector a cuanto diremos infra en el apartado *e).*

d) *Tratamiento especial de algunas obligaciones naturales (asignación a los hijos, juego, pacto nulo por defecto de forma, fiducia) y necesidad de tener en cuenta la importancia de la obligación natural en cada caso concreto.*

Para no dejarse engañar por las aludidas generalizaciones convendrá mencionar brevemente algunos casos en los que se trata de obligación natural en sentido estricto (v. supra *b,* 1.°) pero en los cuales, a pesar de admitirse la validez del "pago", *datio* o *transfert* no formal (mediante entrega de dinero o de muebles), no se admite la *promesa* no formal, es decir, no revestida del esquema de la donación formal.[23] Y convendrá también ver el porqué de

Scritti giur. cit. III, pág. 38, que tampoco se hizo cargo de dicho problema en nuestro Derecho positivo, consideraba válida la promesa fundada en una obligación natural por el simple motivo de la suficiencia de una causa lícita (el principio del nudo consentimiento: v. § 6), Betti, por reacción, corre al extremo opuesto. Y Oppo, criticando a Betti, se deja envolver también por aquella nebulosa cuando escribe (op. cit., pág. 360): "no se comprende por qué la asunción de una obligación civil, que es válida en presencia de cualquier causa lícita y socialmente apreciable, y también cuando se haga con la sola intención de enriquecer a otros — donación obligatoria, art. 769 Código civil italiano — no deba serlo cuando se haga para satisfacer un deber moral o social". Con lo que el problema, histórico y *actual* de la causa suficiente en las obligaciones de dar, en relación con la forma y el concepto de la donación queda enmascarado bajo ese "socialmente apreciable" que eximiría de la forma (pero ni Oppo lo dice, ni se refiere a este específico requisito de las obligaciones de dar).

23 Sobre la necesidad de distinguir entre las diversas clases de obligaciones naturales en cuanto al problema de la promesa: cfr. Oppo, op. cit., pá-

este especial tratamiento; lo que servirá para aclarar los equívocos de la corriente extremista mencionada en *b*, 3.º, y al mismo tiempo para limitar el alcance de la corriente tradicional mencionada en el mismo apartado, número 1.º.

Obligación natural de asignar una cantidad a los hijos para el matrimonio o para asegurarles una posición económica o social. Se trata indudablemente de un caso de obligación natural en sentido estricto. El cumplimiento, mediante *transfert* de dinero o muebles (entrega o *transfert* formal), es válido aun cuando no se observen las formas de la donación (sobre el *transfert* de inmuebles o de "cosas incorporales" v. infra § 38). Pero sin estas formas no será válida la *promesa* de una asignación, al menos según la opinión dominante dentro de la misma corriente tradicional mencionada supra *b*, 1.º.[24] La razón, al parecer, es la misma que invocaba el tribuno Gillet en los trabajos preparatorios del Código Napoleón para negar la acción a los hijos contra los padres; acción que expondría a éstos a averiguaciones y controversias muy delicadas sobre la cuantía de su patrimonio, sobre su capacidad de contribuir al porvenir de los hijos, sobre su opinión, consejo o voluntad acerca de la elección de una carrera o de un matrimonio, etc. Todo lo cual podría dar lugar a presiones o molestias.

Pues bien, estos mismos inconvenientes se presentarían cuando los hijos, invocando una promesa no formal del padre, le deman-

ginas 361 y sgtes. (y autores que cita), respecto a la deuda de juego a la fiducia y al contrato con profesional no inscrito; pero en cuanto a los dos primeros casos con argumentos bastante genéricos.

24 V. vol. II "Casuística" y Planiol, *Traité*, cit. VII, núms. 993-994, sobre la cuestión en la jurisprudencia (la francesa predominantemente en el sentido contrario y lo mismo la italiana en el siglo XIX).

Sobre la historia de la obligación natural consistente en una asignación hecha a los hijos, v. Mosco, op. cit., págs. 5 y sgtes. y autores que cita. Naturalmente, también Mosco, como dichos autores, aún entendiendo que esta obligación natural no pueda ser la base de una promesa válida hecha en documento privado, trata el problema en el aspecto genérico de los conceptos de onerosidad y gratuidad, con lo que se confunde nuestro problema con el de las llamadas *règles de fond* (colación, legítima, etc.).

El argumento de estos autores para negar valor a la promesa no formal es el argumento genérico de que los artículos de los respectivos Códigos reconocen a la obligación natural, en general, el único efecto de la irrepetibilidad del pago.

El argumento (invocado por Mosco y por Fadda) de que para la constitución de dote se exige el documento notarial, no sirve: una cosa es hacer una asignación por causa de matrimonio y otra cosa es constituir esta asignación como *dote*, en cuyo caso el concurso del marido y la importancia del vínculo requieren el documento notarial, incluso para la entrega de dinero o de muebles.

daran en juicio. En efecto, sería necesario realizar estas mismas averiguaciones para establecer la validez de esa promesa no formal como cumplimiento de una obligación natural; validez que depende, entre otras razones, de una relación de proporción, pues de no existir ésta se trataría de una donación (tales averiguaciones entrarían también en juego para comprobar la voluntad de contraer una verdadera obligación en sentido jurídico, que igualmente depende muy a menudo de esa misma relación de proporción: v. el ejemplo clásico de Pothier en el pasaje de su *Traité des obligations,* cit. supra en el § 5, *b).*

Juego. — Las razones por las que se niega acción en el caso del juego, admitiéndose solamente la irrepetibilidad del pago, sirven también para negar la validez de una promesa que no esté revestida del esquema formal-causal de la donación. Se trata de la razón de orden público de no fomentar el juego; como es sabido, nuestra jurisprudencia ha llegado incluso a negar la validez de mutuos, letras de cambio, etc. por causa de juego. Lo que igualmente hace dudar incluso de la validez de una promesa revestida del esquema formal-causal de la donación, cuando resulte que el único motivo determinante o causa era el cumplimiento de una deuda de juego. De no ser así, mediante el recurso a este expediente del esquema formal de la donación obligatoria, podría eludirse aquel principio de orden público; sobradamente conocidas son las presiones sociales, de prestigio, de honor, etc. explotadas por los acreedores de deudas de juego con el fin de inducir al pago indirecto de la deuda.

Obligación natural nacida de pacto nulo por defecto de forma. Es lo que nos resta de la clásica cuestión (por llamarla así, pues es obra de los intérpretes) sobre la existencia de una obligación natural nacida de pacto nudo. Con la que enlaza la difícil cuestión acerca de la existencia de una obligación natural (en el sentido romano) nacida de pacto nudo y acerca de su posibilidad de ser base de un *constitutum debiti* y después de un *pactum geminatum.*[25]

Naturalmente, los únicos casos en los que puede surgir hoy esta cuestión son los casos de defecto de forma (en el sentido que ésta tiene en el *civil law* moderno: v. infra §§ 18 y 34, *a*). Y la obliga-

25 Cfr. sobre todas las cuestiones indicadas los trabajos de Astuti, *Constitutun debiti y Pactum geminatum,* cit., supra § 3, nota 1 y § 4, nota 14, con el cual estoy perfectamente de acuerdo. Naturalmente, Savigny (op. cit., I, § 8, pág. 57, § 9, págs. 60 y sgtes., § 14, págs. 140 y sgtes; II, § 73, página 374) y todos los defensores del principio del nudo consentimiento dan solución afirmativa a las cuestiones indicadas en el texto; pero sin plantear la cuestión bajo el específico aspecto que seguidamente examinaremos.

ción natural no ha de entenderse, si es que la hay, en el sentido romano. De estos casos el más interesante es el de la donación nula por defecto de forma (comprendida la donación con cargas o por una *causa praeterita* insuficiente). Mas se incluyen también en el Derecho italiano y en el alemán otros casos importantes como los de venta obligatoria de inmuebles y los de contratos obligatorios que tengan por objeto los derechos inmobiliarios que enumera el art. 1.350 del C. c. italiano (v. arts. análogos del C. c. alemán). Ver otros casos infra § 18.

Ahora bien, no parece que pueda hoy dudarse de que de semejantes pactos nudos pueda nacer una obligación natural, en orden a la validez e irrepetibilidad de un posterior *transfert* regular[26] o del "pago" de una cantidad a título de reparación de los daños causados por incumplimiento del pacto, aun cuando no haya acción para reclamar éstos. Por lo demás, la jurisprudencia francesa y los Códigos de acuerdo con ella (art. 518 C. c. alemán; artículos 242-243 Código suizo de las obl.; art. 488 C. c. egipcio) admiten la validez de una donación llevada a cabo mediante aquel *transfert* aun en el caso (que es además en la práctica el frecuente o normal) de que dicho *transfert* hubiera sido precedido por un pacto nulo por defecto de forma. Véanse también los arts. 590 y 799 C. c. italiano y similares infra citados; v. además el art. 489 C. c. egipcio y los 313 y 766 C. c. alemán.

Pero esto no es lo mismo que admitir la validez de una promesa no formal de cumplir la obligación natural nacida de pacto

26 *Transfert* regular significa: acto formal especial para los inmuebles (v. art. 925 C. c. alemán); *transfert* formal de un título de crédito, entrega de cosas muebles (cuando se admita con tal efecto). La cuestión se presenta en el Derecho italiano cuando en estos dos últimos casos se requiere también la forma de la donación (v. infra § 38).

En este aspecto, da lugar a delicadas cuestiones el caso Bianciotto-Pignatelli, Apelación Torino, 21-2-1879, *Giur. Torinese* 195 (v. vol. II "Casuística"): "Un tío que, con ocasión del matrimonio de su sobrino, le promete *verbalmente* a él y a su esposa que renunciará (o mejor dicho, que cederá) en su favor o en favor de la prole varios créditos suyos frente a terceros, asume una obligación natural. Por tanto, el acto de renuncia de dichos créditos no constituye una verdadera donación para la que sean necesarias las formalidades especiales de ésta". Resulta dudoso si lo que el juez considera como obligación natural es el nudo pacto o el deber de los familiares de hacer una asignación por causa de matrimonio. En todo caso, o se trata de verdadera renuncia, y entonces no se necesitarán *nunca* las formas de la donación (v. infra § 38) o se trata, como se trataba en realidad, de una cesión de créditos, y entonces se necesita la forma de la donación, ya que la cesión de créditos no se admite en el Derecho italiano como una *forma* de donación, y las puras declaraciones traslativas se equiparan a un pacto nudo o promesa; de manera que en el caso Bianciotto tal cesión equivaldría prácticamente en sus efectos a un *pactum geminatum*. V. infra § 38.

nudo, es decir de una promesa no revestida de las formas de la donación, si el pacto nudo era una donación, o de la forma prescrita para el pacto o contrato en los demás casos. Y ninguno lo admite, *ni siquiera la corriente francesa más liberal, mencionada en el parágrafo 9 y en este mismo* §, *apartado* b, *2.º*.

La razón es evidente. De lo contrario, se anularía el alcance práctico de las normas sobre la forma de tales contratos o se las podría eludir impunemente. En definitiva, no es sino la cuestión del *pactum geminatum* con ropaje moderno. En efecto, todo contrato formal, antes de ser celebrado en la debida forma viene casi siempre precedido en la práctica por acuerdos verbales o no formales que las partes consideran concluídos y definitivos, aunque solamente vinculantes en el fuero del honor o de la conciencia. Bastaría *repetir* este pacto no formal para liberarse de los requisitos de la forma del documento notarial en las donaciones o de las otras formas en los demás casos. Lo que sería abiertamente contrario a la función que tales formas cumplen en el Derecho moderno (v. supra § 8 e infra §§ 18 y 34, *a*).[27]

Fiducia testamentaria. — Es indudable que pueda nacer de ella una obligación natural en orden a la validez de un *transfert* regular. Pero, como es sabido, la promesa no formal (no revestida de las formas de la donación) de cumplir la fiducia ha dado lugar a graves cuestiones: v. la jurisprudencia francesa e italiana en el vol. II, "Casuística". Los argumentos para negar la validez de tal promesa no son tan claros ni decisivos como en los otros casos que acabamos de mencionar.

Sin embargo, hay argumentos muy serios por los cuales me inclinaría a la opinión negativa. Admitir dicha promesa significaría volver a abrir la puerta, más o menos ampliamente, a aquellas averiguaciones delicadas e inciertas para las que la Ley ha negado acción al beneficiario de la fiducia (v. art. 627 C. c. ital. y concordantes). Para juzgar de la validez de tal promesa haría falta ver si se trata de una verdadera obligación natural (en sentido estricto) y por tanto si verdaderamente el testador quiso imponer una fiducia, o por el contrario pretendió simplemente hacer reco-

27 A esta solución no se opone lo dispuesto en los arts. 590 y 799 del Código civil italiano (1.319 del antiguo Código), 1.340 del C. c. francés y otros semejantes. Según estos artículos no basta la promesa de cumplir, sino que se necesita la *confirmación*, aún cuando ésta sea en principio inadmisible tratándose de un contrato nulo; además, y esto es decisivo, tal confirmación sólo se admite que puedan hacerla los herederos o causahabientes *después de la muerte del donante*.

mendaciones de carácter moral, expresar deseos, etc.;[28] con la consiguiente inseguridad sobre la situación de las sucesiones.[29] Podría invocarse también el art. 590 (1.340 C. c. francés) que, admitiendo la confirmación de una disposición testamentaria nula, no parece sin embargo aludir al caso de la fiducia. Mas el argumento no es totalmente seguro.

Necesidad de considerar en cada caso concreto las circunstancias de la obligación natural, en orden al problema de la promesa. Por último, como ya hemos indicado en el apartado *c*, hay obligaciones que dados los elementos y circunstancias con que se presentan en el caso concreto pueden dar lugar a un "pago" válido, pero no siempre a una promesa válida (al menos por lo que concierne al *quantum*). Pensemos en el caso muy frecuente de la obligación natural de reparar un daño, cuando no existe obligación civil porque la sentencia no ha apreciado la culpa, o porque no existe ésta, o porque el hecho representaba el ejercicio de un derecho, etc.[30]

Pensemos también en el caso del enriquecimiento a costa de otro, cuando no se den los supuestos para la correspondiente acción: por ejemplo, precio injusto, sin que concurran los supuestos de la acción de lesión. Pensemos, en fin, en el caso de las llamadas obligaciones naturales nacidas de relaciones amorosas, de seducción, de concubinato, etc.; por poca experiencia que se tenga de los repertorios de jurisprudencia se conoce la variedad infinita y la complejidad de casos de obligaciones naturales de diversa intensidad que se presentan en esta materia, con tanta variedad como variadas y... atípicas son todas esas relaciones amorosas que no encajan dentro del cuadro del matrimonio.

En estos y en otros casos semejantes, los mismos elementos

28 Naturalmente, la corriente francesa más liberal (v. supra apartado *b*, 2.º) ha tenido que admitir la validez de dicha promesa, ya que admite que también nace una obligación natural de estas simples recomendaciones o deseos y que toda causa distinta del puro espíritu de liberalidad (incluyendo la de respetar tales deseos) constituye una "*cause suffisante d'engagement*" sin necesidad de las formas de la donación: v. supra § 9, especialmente nota 10.

29 A este "interés en la seguridad de las relaciones derivadas del testamento" alude también Betti, *Neg. giur.*, cit. § 22, nota 2; alusión que no sería necesaria si verdaderamente fuera la tesis de Betti la de que la obligación natural no puede dar lugar a una válida promesa no formal (op. cit., página 391).

30 Bajo la vigencia de nuestro antiguo Código, que no admitía la obligación de resarcir el daño en las hipótesis de los arts. 2.045 y 2.047 del nuevo Código (estado de necesidad, incapacidad), podría citarse también el caso de una promesa hecha en estas hipótesis. El problema se presenta también hoy cuando la cuantía de lo prometido sobrepasa los límites de los citados artículos 2.045 y 2.047.

de hecho y las circunstancias del caso concreto podrían constituir la base de una obligación natural que hiciera válido el pago, pero que no pudiera hacer válida la promesa no formal.[31]

Para que pueda cumplir esta segunda función, la obligación natural se ha de presentar en el caso concreto con elementos de tal gravedad que hagan sumamente injusto, según la conciencia social, el no cumplirla.[32] La cuestión de la *cause suffisante* queda aquí, en definitiva, confiada al arbitrio del juez.

Viceversa, suscitan menos dudas los casos de la obligación natural de pagar una deuda prescrita (si la prescripción fué consagrada por una sentencia, pues en otro caso se podría considerar como una simple renuncia a la prescripción); y los casos de promesa del concursado de pagar completamente sus deudas. Aquí la promesa no formal suele ser considerada válida; y no se piensa en exigir las formas de la donación. Estos casos incluso están admitidos en el *common law* (que niega valor a la *past consideration*) si bien bajo el aspecto de obligación *civil*, a la que solamente se le niega la acción: v. infra § 28.

e) *Nota importante sobre las críticas hechas a las distintas teorías: nuestra opinión acerca de los problemas discutidos en los §§ 9 a 11.*

En este § y en los dos anteriores hemos tenido ocasión de hacer críticas, alguna vez acerbas, a las distintas teorías que tratan, a menudo sólo indirectamente, nuestro problema; es decir el de las limitaciones al principio del nudo consentimiento en las obligaciones de dar: generalizaciones excesivas, frecuentemente apresuradas, origen erróneo de tales teorías, argumentos inexactos y, a menudo, tergiversación del verdadero problema. Pero quisiera cuanto antes advertir que estas críticas no desconocen el mérito de dichas teorías cuando se fundan en razones sustanciales: como, por un lado, la protección del promitente y de su familia, y con ello la desconfianza hacia una causa presente o futura no típicamente económica (§§ 9 y 10) o la desconfianza más o menos acentuada hacia la *causa praeterita* (§ 11, *b*, 1.° y 3.°); y como, por otro lado,

31 Cfr. por ej., el caso Rovatti-Sighinolfi en el vol. II, "Casuística".

32 Sobre este concepto de la "*strong moral obligation*" como *past consideration* válida en algunos países de *common law* y sobre las inseguridades a que da lugar, v. infra § 28.

la tendencia de la jurisprudencia francesa a liberarse del tradicional esquema formal-causal de la donación *(pactum vestitum)* y a hacer triunfar el valor del principio del nudo consentimiento, de la palabra dada y de la confianza (v. supra § 9 y las notas 7 y siguientes e infra § 38 al final). Principio igualmente respetable con tal de que no se lo enmascare y de que se le deje jugar libremente en la balanza de los valores.[33]

Ciertamente, nuestros Códigos no definen (ni en muchos casos podrían prácticamente definir) qué es una obligación natural en función del problema de la donación formal ni qué es ésta en función de aquélla y en general en función de la *cause suffisante;* así como no definen qué es la donación *cum onere* en función de los problemas de la forma, de la *cause suffisante* en el contrato de cambio no formal. Es más, los códigos ni siquiera tratan expresamente de la *cause suffisante* (v. § 13, *e*). Las corrientes jurisprudenciales y doctrinales, que prácticamente vienen a constituir el Derecho sobre estos puntos, pueden dar preferencia a uno o a otro valor: la protección del promitente y de su familia y también la certeza del querer jurídico, mediante el esquema formal-causal de la donación; o bien la protección del promisario y con ello de la confianza en la palabra dada, *nuda,* pero dada *serio et deliberato animo* (con las inherentes dificultades de interpretación: v. el caso Alcalde de Caen-Evrard en el vol. II, "Casuística"). De este modo se llega a fijar el alcance de la función protectora de dicho esquema causal-formal y por tanto el concepto técnico de la donación (no en el sentido sustancial relativo a las llamadas *règles de fond,* sino en función de los problemas que acabamos de mencionar).

Ninguna crítica sustancial, pues. Por lo demás, los franceses, que siguen la corriente dominante entre ellos, creen en ello; es una mentalidad suya, casi un *ethos* suyo. Y no es fácil hacerles cambiar. La única crítica que se puede hacer a las dos opiniones extremas en materia de *causa praeterita,* valoradas por su sustancia y no por sus argumentos, es que ambas desconocen la tradición (si es que ésta vale algo) para caer en excesos opuestos: la teoría

33 Mas, como hemos advertido, no es aventurado sospechar que también en esta corriente francesa existan generalizaciones apresuradas sobre la base de alguna afirmación contenida en ciertas sentencias y constitutiva más bien de un *obiter dictum* o de una manera de reforzar una opinión. Cfr. por ejemplo, sobre la *causa praeterita,* nuestras notas al caso Faure-Rougier (vol. II. "Casuística") convertido por la doctrina en una especie de *leading case* en materia de sentimiento de equidad como fuente de una obligación natural y causa *suficiente* de una promesa no formal.

mencionada en este parágrafo, apartado *b*, 2.°, llegando prácticamente al exceso de negar la tradicional función protectora del esquema formal-causal de la donación; la segunda, apartado *b*, 3.°, exagerando la función protectora de tal esquema y dilatando el ámbito de éste, resultado de una lenta formación en la historia del *civil law*. Los primeros son los innovadores. Los segundos serán los conservadores a ultranza (a pesar de que la teoría de la función económico-social, en la que se inspiran, representaría una posición de vanguardia).

Planteado así el problema, si ahora se me preguntara cuál es mi opinión, habría de responder que para expresarla convendría esperar a haber recorrido a lo largo y a lo ancho la historia y la práctica jurisprudencial más de cuanto yo lo he hecho, si bien para no alargar el curso no haya recogido en el vol. II, "Casuística", todos los casos examinados. Habría de responder que, en todo caso, para darse cuenta de lo que puede valer una opinión el lector debería esperar por lo menos hasta haber leído los casos recogidos en el vol. II. De todos modos, si he de expresar aquí mi punto de vista, diré que conviene tener en cuenta la función de la forma notarial y sobre todo la exigencia de seguridad en las relaciones jurídicas, exigencia más imperiosa que nunca precisamente en el campo de la forma.

En este aspecto me inclinaría hacia la corriente tradicional (v. § 10, *b* y § 11, *b*, 1.°). Y ello no por mero conservadurismo, sino porque esta tradición es respetable y responde a la exigencia de seguridad, en la medida posible dentro del sistema contractual del *civil law* tal como se ha venido formando.

El criterio que mejor responde a esta exigencia de seguridad es el de los Derechos romano y medieval y del *common law;* criterio según el cual, por una parte se excluye la *causa praeterita* como elemento suficiente para dispensar a la promesa de la forma, y por otra, en cuanto a la causa presente o futura, se considera suficiente una *res, causa data* o *consideration* cualquiera, sin entrar en averiguaciones sobre su naturaleza, sobre su carácter típicamente económico o, usando una expresión del *common law,* sobre su *adequacy* (v. infra § 30). Tampoco se distingue entre las obligaciones de dar y las demás obligaciones.

Mas, no pudiéndose adoptar en el sistema contractual del *civil law* semejantes criterios casi formalistas, a menos que se reformara el sistema mismo *ab imis* (lo que no está permitido al intérprete), el criterio menos incierto es el tradicional y objetivo. A saber: es una causa insuficiente para excluir el esquema formal-

causal de la donación una contraprestación[34] que no tenga carácter típicamente económico[35] (es decir, que no sea apreciable en dinero); y lo mismo una *causa praeterita* que no sea apreciable en dinero, o que si es apreciable no guarde proporción con la cuantía de la promesa. Sin tener para nada en cuenta la intención de las partes. Este criterio es el mejor que pueda encontrarse, por más que también pueda dar lugar a inseguridades (v. la nota al caso Carrari-Masiero en el vol. II).

El criterio subjetivo de la intención de las partes y de la causa principal y secundaria da lugar a infinitas inseguridades y arbitrariedades, y por ello a una jurisprudencia oscilante (v. vol. II, "Casuística").

Queda, naturalmente, el extremo opuesto al representado por los sistemas romano, medieval y de *common law*: a saber, el de considerar como donación solamente la pura liberalidad, bastando para excluirla cualquier motivo distinto (v. supra § 9, notas 3 y 10). Pero, aparte de que en el orden teórico la indagación de la pura liberalidad daría lugar a algunas inseguridades, en la práctica, una solución semejante llegaría a destruir el concepto jurídico de donación y el correspondiente requisito formal. Si se quiere hacer esto se puede también hacer. Mas no creo que lo consientan nuestros códigos ni los principios en que se inspiran.

Nota del Traductor. — *El Código civil español dice que "es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante,* siempre que no constituyan deudas exigibles..." *(art. 619). Es indudablemente a estas donaciones a las que el Código quiere aludir cuando en el art. 622 habla de "donaciones remuneratorias", aunque, al parecer, confundiéndolas con las donaciones* sub modo *o equiparando a unas y otras al establecer para ellas un régimen mixto; ya hemos aludido en las notas al § anterior a las dificultades que suscita la interpretación de este defectuoso precepto.*

Pero, de momento, podemos prescindir de la donación remuneratoria que, en rigor, queda fuera del problema que aquí nos interesa; es más, no sólo queda fuera de él sino que viene precisamente a resolver o a eliminar el problema. En efecto, si para compensar o retribuir unos

34 En el sentido de sacrificio del destinatario de la promesa: v. § 13, *b*.

35 Hay casos en los que incluso una contraprestación de esta naturaleza parecería no dejar lugar a dudas sobre la existencia de un contrato de cambio: así, cuando se exige del promisario un sacrificio moral grave y proporcionado (al *quantum* prometido) y el promisario resista y se decida a cumplirlo solamente por la promesa de una compensación. Mas, en la realidad, también la averiguación de estos elementos da lugar a graves incertidumbres. En el mismo lenguaje corriente se dice a menudo en casos semejantes que, por ejemplo, Ticio ha consentido en "cambiar de nombre" por una "donación".

servicios prestados con anterioridad se hace una promesa acudiendo al esquema formal-causal de la donación, la validez del acto no dejará lugar a dudas, pues estaremos dentro del supuesto previsto en el art. 619 y, de conformidad con lo que en él se dispone, se tratará de un acto que "es también donación" (por supuesto, siempre que los servicios que se remuneren "no constituyan deudas exigibles" según el citado precepto).

El problema, tal como se plantea en el texto, es el siguiente: ¿puede hacerse una promesa en cumplimiento de un deber no jurídico — es decir, de un deber que no dé lugar a acción, que no constituya una deuda exigible — sin que tal promesa revista la forma de la donación? Ya sabemos que la retribución de determinados servicios puede dar lugar a una donación remuneratoria; pero ¿necesariamente habrá de configurarse como donación (con los correspondientes requisitos de forma) el acto mediante el cual se prometa *recompensar tales servicios?*

El problema, planteado en estos términos, no ha despertado la atención de la doctrina española que, por regla general, se ha limitado al supuesto de la donación remuneratoria (y sobre todo a la interpretación del defectuoso art. 622). Añádase a esto la circunstancia de que nuestros autores al tratar de la donación suelen prestar especial y casi exclusiva atención a la donación real o inmediatamente traslativa, interesándose mucho menos por la donación obligatoria u obligacional.

López Palop (loc. cit. en nuestras notas al § 10) llega a la conclusión de que la donación remuneratoria es una excepción a la doctrina general de las donaciones, por lo cual debe regirse por las reglas de los actos onerosos y no por las de los gratuitos (pág. 58); no se pronuncia sobre la cuestión de la forma, pero tampoco hace ninguna salvedad sobre este punto, por lo que parece que también en materia de forma habrá que estar a las reglas de los contratos onerosos. Es más, recogiendo citas de antiguos formularios y de sentencias del Tribunal Supremo anteriores al Código civil, señala la confusión o equiparación que en unos y otras se advierte entre las donaciones onerosas y las remuneratorias, englobadas ambas en nuestro antiguo Derecho bajo la denominación de "donaciones a cierta postura" y dispensadas del requisito formal de la insinuación. *A juicio de López Palop, el Código ha vuelto a englobar (en el art. 622) bajo un mismo concepto a las donaciones onerosas y a las remuneratorias dando a unas y a otras los mismos efectos, o sea, reputándolas como actos mixtos. Otros autores, partidarios de aplicar a la donación remuneratoria ese régimen mixto, estiman sin embargo que, por lo que se refiere a la forma, no cabe esa distinción y todo el acto debe quedar sometido a la forma de la donación (v. nuestras notas al § 10). Pero la posición de López Palop parece ser otra, en cuanto que, como hemos visto, sostiene que la donación remuneratoria se rige por las reglas de los actos onerosos; y en cuanto que, además, considera que el Código ha recogido la tendencia de la jurisprudencia anterior, que dispensaba a las donaciones "a cierta postura" del requisito de la insinuación. Consecuencia: las donaciones remuneratorias quedan dis-*

pensadas de los requisitos de forma establecidos en los arts. 632 y 633 (consecuencia que López Palop no llega a formular claramente, pero que parece ineludible dadas las premisas de su razonamiento).

Todo esto se refiere a la donación remuneratoria y no a la promesa *de remunerar servicios que no haya sido configurada como donación. Pero fácilmente se comprende que, de aceptarse este punto de vista, quedaría resuelto el problema que nos ocupa. En efecto, si aun en el caso de que al hacer dicha promesa se la configure y califique por las partes como donación remuneratoria debe quedar ésta dispensada de la forma exigida para la donación, con mayor razón quedará dispensada de todo requisito de forma cuando la promesa se haga sin calificarla de donación, sino como contrato de cambio (por una* causa praeterita). *En otros* términos: la promesa de remunerar servicios prestados con anterioridad *(y que no constituyan deudas exigibles) no tendrá que someterse a la forma de la donación remuneratoria, por la sencilla razón de que dicha donación está dispensada de todo requisito formal.*

Es éste un criterio sumamente endeble. Téngase en cuenta que López Palop insiste repetidamente en la equiparación *entre donación onerosa (modal) y remuneratoria. La remuneratoria parece quedar — en vista de su argumentación — dispensada de todo requisito de forma. ¿También la donación modal quedará dispensada de este requisito, ya que se equipara a aquélla? Entonces, ¿por qué en el art. 633 se dice que el valor de las* cargas *que deba satisfacer el donatario de un inmueble ha de constar en la escritura pública que dicho artículo exige para la validez de aquella donación? ¿Acaso no se refiere este artículo a una donación onerosa?*

Algún autor parece aproximarse a nuestro problema en cuanto que, por lo menos, no circunscribe la cuestión al ámbito de la donación remuneratoria. Así, Núñez Lagos (Pago de lo indebido sin error, *en Rev. Gral. de L. y J., febrero 1946, pág. 129 y ss.) se refiere al caso de que se haga una* promesa *en consideración a una prestación acaecida con anterioridad, como por ejemplo la prestación de unos servicios sin obligación ninguna. Para la promesa posterior de pagar esos servicios hay una causa* onerosa *constituída por dichos servicios; la entrega de dinero, cuando se haga, se hará indiscutiblemente* causa solvendi *(pág. 139). Nada nos dice en cuanto a la forma; pero parece que hay que entender que si en tal caso la promesa tiene una "causa onerosa", quedará dispensada de los requisitos formales de la donación.*

Sin embargo, Roca Sastre parece inclinarse al criterio contrario (La donación remuneratoria, *en* Estudios de Derecho Privado, *I, Madrid, 1948, pág. 521 y ss.). Insiste en subrayar que la donación remuneratoria es ante todo una donación, como expresamente reconoce el Código (arts. 619 y 622), aunque no entren en juego en su regulación ciertas reglas de la donación pura y simple y, por el contrario, se aplique alguna regla propia de los contratos a título oneroso. La circunstancia de que el servicio que se remunera* ya haya sido prestado *da carácter de libe-*

ralidad a la donación remuneratoria o al menos impide que ésta constituya un contrato oneroso. Habiendo sido prestado con anterioridad el servicio, la prestación de éste no puede surgir del propio contrato de donación remuneratoria ni servir de base a la relación causal entre el servicio y la remuneración, *que es esencial para que exista un contrato oneroso. Para que tal relación existiera sería preciso que el servicio y su remuneración hubieran surgido simultánea o sincrónicamente en un mismo contrato; la onerosidad exige necesariamente que al otorgarse el contrato se produzca dicha trabazón causal entre el servicio y su remuneración, que es lo que ocurre en el contrato de mandato retribuído, por ejemplo. No dándose este nexo causal, no cabe contrato oneroso (en loc. cit., especialmente pág. 526). Y más adelante: "Debe, pues, admitirse que, cuando la prestación del servicio ya ha sido realizada, la situación jurídica está definitivamente fijada y no puede sufrir modificación; la atribución patrimonial que quiera hacerse en vista del servicio, no podrá asumir sino la configuración jurídica de una donación remuneratoria" (pág. 528).*

Obsérvese que, aunque en principio estas consideraciones se hacen a propósito de la donación remuneratoria, no se circunscriben al estricto ámbito de ésta sino que están desarrolladas en términos de suficiente generalidad como para deducir de ellas una doctrina aplicable a todos los casos en los que se plantee el problema de la remuneración no debida de servicios prestados con anterioridad, es decir, el problema de la causa praeterita. *Roca Sastre no se limita a negar carácter oneroso a la donación remuneratoria, sino que niega que pueda considerarse como contrato oneroso todo supuesto en el que se entregue o se prometa una remuneración por un servicio* ya prestado con anterioridad; *("esta circunstancia — dice en págs. 526-527 — de tratarse de un servicio pretérito, impide que se esté ante un caso de contrato oneroso"). No llega tampoco a formular la consecuencia relativa a la forma, que es la que aquí nos interesa; pero también parece que tal consecuencia sólo puede ser una después de su argumentación: la remuneración de esos servicios habrá de revestir la forma de la donación.*

Continuando con la argumentación de Roca Sastre, son interesantes sus consideraciones sobre el alcance del fin de remunerar, *en el orden causal. Apartándose de los autores que sólo ven en el fin remuneratorio un simple motivo irrelevante (Capitant, D'Angelo) y de aquellos que lo consideran como un motivo elevado a la categoría de causa (Pérez y Alguer), Roca Sastre entiende que el fin de remunerar no es, ciertamente, la causa de la donación remuneratoria, pero sí algo más que un simple motivo: es un* motivo causalizado. *La causa será el* animus donandi, *pero al lado de esta causa actuará el fin de remunerar, como motivo causalizado. Se produce de esta manera un "precedente causal complejo", formado por la* intención de enriquecer *unida a la* intención de remunerar *(pág. 545). Teniendo en cuenta esto, añade Roca Sastre, no es cierto, en rigor, que en los contratos remuneratorios la causa sea "el*

servicio o beneficio que se remunera", como dice el art. 1.274 del C. c. Porque no es el servicio en sí lo que mueve al donante a remunerar, sino el fin de remunerar tal servicio: animus remunerandi *añadido y conectado al* animus donandi. *El servicio en sí no puede ser causa o motivo causalizado, puesto que,* el servicio ya está prestado *(págs. 546-547).*

En esta última justificación volvemos a encontrar un punto de apoyo para entender que la argumentación de Roca Sastre no se circunscribe al terreno de la donación remuneratoria sino que debe aplicarse a toda promesa de remunerar servicios prestados con anterioridad (por supuesto, siempre que no constituyan deudas exigibles). Si lo decisivo para negar a tales servicios el carácter de causa de un contrato oneroso, es la circunstancia de tratarse de servicios ya prestados (causa praeterita), *toda promesa de retribuirlos habrá de ser considerada como donación y quedará sometida, por lo tanto, a los requisitos de forma establecidos para ésta. Criterio que tiene indudablemente su fundamento en la tradicional desconfianza frente a la* causa praeterita, *a la que repetidamente se alude en el texto.*

Es, sin duda, el criterio más seguro y por lo menos el que, aunque indirectamente, cuenta en su apoyo con una argumentación más sólida, como lo es la que desarrolla Roca Sastre.

Quizá todavía pudiera intentarse una justificación para la solución contraria (libertad de forma, contrato oneroso) acudiendo al mecanismo de las figuras que en el Derecho alemán se llaman promesa de deuda y reconocimiento de deuda y que en opinión de los anotadores del Tratado *de Enneccerus, pese a no estar específicamente reguladas en el Código civil español, pueden admitirse en nuestro Derecho al amparo del artículo 1.277 que reconoce implícitamente la posibilidad del contrato abstracto al establecer la presunción de que en todo contrato existe causa y de que es lícita, mientras el deudor no pruebe lo contrario (sobre el contrato abstracto, véanse nuestras notas al § 22). Ahora bien, ¿hasta qué punto se resolvería el problema que nos ocupa acudiendo a la promesa o reconocimiento abstracto de deuda? Supongamos que, para recompensar servicios prestados con anterioridad o, en general, en cumplimiento de un deber no jurídico, se hace una promesa abstracta, es decir, sin expresar su causa. El promisario podrá reclamar sobre la base de dicha promesa, y el art. 1.277 establece en su favor la presunción de que la causa existe y es lícita; si el promitente (deudor) se niega a pagar tendrá que probar que no existe la causa. Pero entonces vuelve a plantearse la cuestión: si la causa alegada y probada por el promitente es la remuneración de los servicios prestados, ¿habrá que entender que la promesa fundada en dicha causa ha de revestir los requisitos de forma de la donación? Parece, pues, que el problema no quedaría resuelto sino solamente aplazado, y volvería a plantearse cuando el promitente que se negara a cumplir probara la verdadera causa de la promesa.*

Con todo, la gravedad de estos problemas queda en nuestro Derecho

muy mitigada por la misma simplicidad del requisito de forma establecido para la donación obligatoria (v. nuestras notas al § 8). Si lo que se promete es una cantidad de dinero — que será el caso más frecuente — o la entrega de una cosa mueble, la exigencia de forma se reduce, según el art. 632, a que tanto la promesa como la aceptación se hagan por escrito. *Basta pues con el documento privado; bastará incluso con que una y otra se hayan hecho por carta. Prácticamente, sólo quedaría excluída la promesa verbal.*

Pocas veces será la entrega de un inmueble lo que se prometa; caso en el que, indudablemente, será necesaria la escritura pública, a tenor del art. 633. Por supuesto, tratándose de la promesa de entregar un inmueble, el problema se plantearía en nuestro Derecho en los mismos términos en que se plantea en general en el Derecho italiano que exige el documento público en todo caso.

* * *

Hasta aquí nos hemos referido casi exclusivamente al supuesto de la promesa de retribuir servicios prestados con anterioridad, aunque hayamos tenido ocasión de apuntar que el problema puede presentarse también a propósito de la obligación natural, es decir, en general, de un deber no jurídico en el sentido de "deber que no da lugar a una acción". La cuestión sería entonces la siguiente: si el obligado por una obligación natural promete cumplirla, ¿habrá de hacerse esta promesa observando los requisitos de forma establecidos para la donación? Cuestión que, como se indica en el texto, es en términos generales idéntica a la que se plantea en el caso de los servicios prestados con anterioridad (cuando no constituyan deudas exigibles); tanto en el caso de los servicios como en el de la obligación natural, se trata de deberes que no dan lugar a acción para exigir su cumplimiento. En ambos casos, el problema consiste en determinar si esa causa praeterita *justifica una promesa no formal de retribuir el servicio o de cumplir la obligación natural.*

No es extraño que tampoco se haya planteado en estos términos, entre nosotros, el problema de la obligación natural. Nuestro Código no contiene un precepto correlativo a los arts. 1.235 del francés y 2.034 del italiano vigente. Pese a la influencia de las codificaciones francesa e italiana sobre la nuestra y pese a que la tradición patria había recogido la doctrina romana de la obligación natural, el Código español prescindió de toda alusión a esta clase de obligaciones. La doctrina ha tratado de encontrar en el articulado del Código los casos que, por implicar supuesto de soluti retentio *— efecto fundamental de las obligaciones naturales — puedan considerarse como casos implícitamente admitidos de obligación natural.*

Centrada la cuestión en el efecto de la soluti retentio, *la doctrina de la obligación natural se construye fundamentalmente en torno a los artículos 1.756 (pago de intereses no estipulados), 1.798 (deuda de juego), 1.894 (pago de alimentos por quien no está obligado a prestar-*

los) y 1.901 (alusión a "otra justa causa" que, probada, puede destruir la presunción de error en el pago establecida en el mismo artículo). Especialmente en esta alusión del art. 1.901 a la "justa causa" y en la que se hace en el art. 1.894 al "oficio de piedad", se ha querido ver una admisión de los deberes morales como fundamento de obligaciones naturales (v. De Buen, en las notas a la trad. esp. del Curso elemental de Derecho Civil, *de Colin y Capitant, 3.ª ed., tomo III, págs. 175, 176; Rocamora,* Contribución al estudio de las obligaciones naturales, *en R. D. P., 1945, págs. 488-496 y 547-555; Espín Cánovas,* Apuntes sobre la obligación natural en nuestro Código civil, *en Anales de la Universidad de Murcia, vol. XI, n.º 4, curso 1952-53, págs. 673-688, y en* Manual de Derecho Civil Español, *vol. III, Madrid, 1954, págs. 25-43; etc. Por el contrario, no faltan autores que entiendan que no cabe hablar de obligaciones naturales en el Código civil; así Núñez Lagos, en loc. cit., páginas 145-146, siguiendo a Sánchez Román y Gallifa. Otros estiman que, fuera de los casos derivados de la prescripción y de la sentencia injusta, no hay ningún otro supuesto que en el Derecho español pueda verdaderamente ser calificado como obligación natural: Roca Sastre y Puig Brutau, en* Doctrina de las obligaciones naturales, Estudios, *cit. I, página 285 y ss.).*

Pero ya hemos advertido que toda la cuestión se centra en el efecto de la soluti retentio, *en la imposibilidad de repetir lo pagado. Se contempla el* pago *hecho en cumplimiento de una obligación natural, pero no la* promesa *de pagar lo debido en virtud de ella. Rocamora, siguiendo a Von Tuhr, afirma que "la ley no considera donación lo* pagado *por quien cree que cumple un deber moral". Pero la cuestión que aquí nos interesa es otra: ¿se considerará como donación — con el consiguiente requisito de forma — lo* prometido *por quien se cree obligado por un deber moral?*

Fácilmente se comprende que no cabe aquí una aplicación analógica de esos preceptos que consagran la irrepetibilidad del pago y reconocen con ello el efecto de la soluti retentio, *aplicación analógica que no sería admisible pues supondría aplicar a la* promesa *una serie de reglas que se refieren concreta y específicamente al* pago. *Y ya se hace notar en el texto que, si bien en ciertos supuestos pueden las circunstancias del caso concreto justificar la validez de un pago, no por ello hay que pensar que esas mismas circunstancias justifiquen también necesariamente la validez de una promesa no formal. De esta manera, la cuestión queda confiada al arbitrio judicial; en cierto modo, aunque nuestro Código haya silenciado totalmente la figura de la obligación natural, puede resultar más flexible que el Código italiano, ya que en éste se establece expresamente que la obligación natural* no produce otro efecto *que el de la retención del pago (art. 2.034), mientras que nuestro Código, por no contener ninguna referencia a la obligación natural, no impone tampoco esta limitación de sus efectos.*

Esta misma flexibilidad ha hecho posible que en algún caso nuestro

Tribunal Supremo se haya dejado influir por la tendencia de la jurisprudencia francesa a ampliar el ámbito de la obligación natural dando cabida dentro de ésta a los deberes morales. Tal es el caso de la sentencia de 17 de octubre de 1932, en la que el T. S. estimó que la promesa de pagar una pensión en cumplimiento de una obligación natural transformaba a ésta en obligación civil. Es importante advertir que, aunque en esta sentencia se alude a una "promesa formal", no era la forma de la donación la que se había observado, y expresamente se declaró que el deudor debía pagar solvendi animo *y no donandi animo. Y que el Tribunal Supremo fundamentó el fallo, entre otras razones, en el principio de libertad de forma arraigado en nuestro Derecho a partir del Ordenamiento de Alcalá (v. en el vol. II el resumen de esta sentencia y el breve comentario que le dedicaremos).*

En contra del criterio sustentado en esta sentencia, Roca Sastre y Puig Brutau entienden que en esta clase de obligaciones no cabe propiamente novación sino reconocimiento, que será constitutivo, *o sea, una originaria asunción de deuda cuya causa jurídica será considerada como liberalidad, aunque el motivo sea un deber moral o de conciencia* (Doctrina de las obligaciones naturales, *en loc. cit. págs. 292-293). Estiman dichos autores que la única solución justa posible era la que el T. S. dió a este caso, pero que la sentencia llegó a esa solución a través de una técnica distinta de la que ellos propugnan, pues a su juicio el reconocimiento de la obligación debía ser calificado de constitutivo ya que el vínculo anterior no era jurídicamente relevante. Ahora bien, tengamos en cuenta que, de seguirse este último criterio y entendiendo — como Roca Sastre y Puig Brutau — que la causa de este reconocimiento o asunción de deuda era la* liberalidad, *hubiera tenido que exigirse la forma de la donación, forma que al parecer no se observó en el caso que dió lugar a la sentencia (nuevamente nos remitimos al comentario de esta sentencia en el vol. II).*

Fuera del caso que dió lugar a la sentencia de 17 de octubre de 1932, sentencia que ha llegado a ser célebre, son muy raros los casos en que esta cuestión llega a plantearse ante el Tribunal Supremo. Ello se explica teniendo en cuenta que el problema de la obligación natural no suele plantearse a través de una promesa sino más bien a través de un pago, es decir, de una datio *inmediata que se beneficia del efecto favorable de la* soluti retentio *establecido en algunos preceptos del Código. Con ello, la cuestión se desplaza al reconocimiento de una* causa adquirendi. *Y para ese pago o* datio *inmediata no surgen problemas de forma, puesto que generalmente tendrá por objeto dinero o bienes muebles, y ya sabemos que la donación manual (con entrega simultánea) de cosa mueble no está sometida a ningún requisito de forma (art. 632). De manera que, aunque se exigiera la forma de la donación, habría que reconocer la validez del pago. Sobre este punto, v. lo que se dice en el texto — a propósito del sistema francés — en la parte que corresponde a las notas 13, 14 y 15, que puede igualmente aplicarse a nuestro Derecho.*

Para el examen de cada uno de los supuestos que la doctrina considera como obligaciones naturales (en orden a las consideraciones que se hacen en el apartado d), *pueden verse las notas de Pérez y Alguer al volumen 1.º del* Derecho de obligaciones *de Enneccerus-Lehmann, páginas 15-17 de la 2.ª ed. española. V. también Roca Sastre y Puig Brutau,* Doctrina de las obligaciones naturales, *en loc. cit. págs. 291-294.*

En cuanto a la jurisprudencia relativa a los servicios prestados, ocurre algo semejante a lo que hemos advertido a propósito de la obligación natural: en la mayor parte de los casos no se trata de promesas, sino que la remuneración de los servicios prestados se lleva a cabo mediante una datio *inmediata hecha en forma de donación, y con mucha frecuencia encubierta bajo la apariencia de una compraventa (cuando lo entregado es un inmueble, para eludir el impuesto de Derecho reales); en estos últimos casos el problema se plantea en torno a la simulación (v. la sentencia del T. S. de 22 de febrero de 1940) y se insiste en la función que cumple la forma en orden a la protección del transferente "contra sus desordenados impulsos" (sentencia de 3 de marzo de 1932).*

En relación con el carácter de los servicios, para determinar si constituyen o no deudas exigibles y, por lo tanto, si el acto o la promesa de remunerarlos constituye donación, es interesante la sentencia de 7 de diciembre de 1948 (v. vol. II). En ella se acude al criterio de la "profesionalidad" y se estima — por una aplicación analógica de lo que dispone el párrafo 2.º del art. 1.711 para el mandato — que, al ser de naturaleza mercantil la gestión desempeñada, no cabe admitir la presunción de gratuidad de la misma.

§ 12.

Las promesas por una causa de interés público y las promesas al público.

a) *Promesas por una causa de interés público.*

Los principios que hemos mencionado en los §§ 9-11 acerca de la *cause suffisante* en las obligaciones de *dar* sufren ciertas excepciones, de mayor o menor alcance, cuando se trata de promesas por una causa de interés público y de promesas hechas al público. Y ello, tanto por lo que se refiere a la causa presente o futura, como a la *causa praeterita* o, en general, a cualquier causa distinta del puro espíritu de liberalidad (v. § 9), causa que en otras promesas no resulta suficiente para excluir la exigencia del esquema formal-causal de la donación.

Comenzamos por las promesas hechas por una causa de in-

terés público. La presencia de este interés parece o pareció justificar la excepción al requisito formal y contrarrestar así la exigencia de proteger al promitente y a su familia. Contribuye además la confianza que los organismos públicos pueden depositar en tales promesas, estableciendo en conformidad con ellas sus planes (por ej., planes de socorro en caso de calamidades públicas, planes para atender a ciertos servicios públicos, etc.). Contribuye también la consideración de que quien promete por una causa semejante suele obrar muy seriamente y con la intención de obligarse en sentido jurídico. Por último, parece que dichos organismos o las entidades públicas no presenten el peligro de despojar a los individuos y a las familias (por más que la causa de interés público sea uno de los móviles que más a menudo inducen a personas deseosas de fama, de prestigio, o vanidosas, a despojarse de sus bienes). Si el Estado quiere empobrecer a las familias pudientes puede recurrir al impuesto, antes que... a la captación. Y sin embargo las captaciones por parte de entidades públicas o de las *piae causae* no dejan de ser frecuentes.

Con todo, el alcance de esta excepción es bastante elástico e incierto y las corrientes sobre el particular son muy fluctuantes.

Ya en el Derecho romano se encuentran textos que reservan un tratamiento especial para ciertas promesas hechas por una causa de interés público. Cfr. D. 50, 12, 4: "*Propter incendium vel terrae motum, vel aliquam ruinam, quae rei pubblicae contingit, si quis promiserit tenetur*". Cfr. también D. 50, 12, 7.

Este caso está previsto en el art. 1.989 del C. c. ital.: promesa, hecha al público, en favor de quien se encuentre en una determinada situación: se incluyen también los casos de promesa a los heridos de guerra, a los prisioneros, a los combatientes, etc. Es evidente que la causa puede ser *praeterita* o también futura, pero cuando sea futura no podrá considerarse esta última como una prestación en sentido amplio (ni siquiera como carga de carácter no patrimonial), sino más bien como una causa incluída en las hipótesis consideradas en el parágrafo 9 nota 10.

Nótese, sin embargo, que la promesa debe ser hecha *al público*, y no a personas determinadas; y, en este aspecto, la *ratio legis* es la misma que indicaremos al tratar de las promesas al público.

Pero si la promesa ha sido hecha a una entidad pública o a uno de sus órganos, surgen graves dudas. El caso debe considerarse entonces junto a los de promesas hechas a una entidad pública para fines conformes a su objeto, con o sin imposición de un

expreso gravamen o de un concreto destino que haya que dar a los bienes prometidos.[1] Nuestra jurisprudencia, después de alguna vacilación, ha excluído la excepción y ha exigido en tales casos la forma de la donación. La francesa, por el contrario, se inclina a la dirección opuesta (v. vol. II, "Casuística"). Trasbot, en el *Traité pratique* de Planiol, vol. V, n.º 315, después de afirmar que en estos casos existe un "simple interés moral que no puede ser considerado como una contrapartida suficiente" (para excluir la donación), sostiene abiertamente que de lo que se trata en este caso es de favorecer la validez de tales actos mediante una dispensa de formas.

Tendremos ocasión de ver que la jurisprudencia francesa y la italiana se han planteado expresamente el problema de establecer si la donación hecha a una entidad pública debe estar sujeta a la forma del documento notarial, teniendo en cuenta que para la intervención de una entidad semejante ya existen precisamente ciertos requisitos formales y ciertas garantías. A veces se ha dado a dicho problema, más o menos claramente, una solución negativa (v. los casos Ciudad de Marsella-Emperatriz Eugenia, De Sanctis-Ayuntamiento de Roma y otros en el vol. II "Casuística").

Análogos problemas se presentan en cuanto a las promesas de premios convocados por entidades, academias, o particulares para obras literarias, científicas, industriales, competiciones deportivas, etc., tanto si estas obras han de realizarse todavía (causa futura), como si han sido ya realizadas *(causa praeterita)*. Aquí, no sólo el interés del promitente es moral sino que frecuentemente la obra no implica sacrificio patrimonial alguno para quien la realiza (por ej., porque entra en sus planes o fines, o porque obtiene de ella otras ventajas, o porque ya la ha realizado): lo que excluye el carácter de contrato a título oneroso. Pero también en este caso la promesa no formal debe ser hecha al público, de manera que obedece a la *ratio* genérica que ha determinado

1 Sobre la cuestión, que ya se discutía en el Derecho común, de la exención de los requisitos formales de la donación en favor de las *piisimae causae (puta in redemptione captivorum)*, exención que no se reconoce en favor de las *piae causae* (Iglesias, hospitales, pobres, etc.), cfr. Richeri, *Universa civ. et crim. Jurisp.* cit. libro II, tít. VI, § 529. Observa este autor que la pretensión de exención en favor de las *piae causae* es propia de los canonistas. Cfr. también Windscheid, *Pand.* § 367, nota 10 y autores que cita.

Sobre la exención en favor de las donaciones hechas al soberano o hechas por él, cfr. Richeri, op. cit., § 528 y Windscheid, op. cit., § 367, nota 3. En el Derecho moderno, v. el caso Ciudad de Marsella-Emperatriz Eugenia y otros casos en el vol. II, "Casuística".

la validez de las promesas al público (v. apartado *b*). Pero si la promesa ha sido hecha a persona determinada o a una entidad, o si se constituye una entidad al efecto (fundación), surgen los mismos problemas a que ya hemos aludido acerca de la causa suficiente y de la forma de la donación. Sobre todo esto nos remitimos al vol. II "Casuística" y a los autores que allí se citan, especialmente en la nota al caso Spitalieri de Cessoles.

Si para todos los casos mencionados hasta aquí se acepta la opinión según la cual para eximir de la forma de la donación se necesita que la promesa haya sido hecha "al público" entonces la exención se justifica por las razones propias de esta promesa; no por la causa de interés público que, por lo tanto, deja de ser *por sí misma* una *cause suffisante*.

b) *Las promesas al público.*

Sobre este particular conviene distinguir tres casos:

1) Promesas a quien se encuentre en una situación determinada:[2] esta "situación determinada" puede representar una causa de interés público, pero no necesariamente.

2) Promesas de recompensas o premios a quien (en el momento de la promesa) ha realizado ya una determinada obra o acción o conseguido un determinado resultado.[3]

3) Promesas de recompensas o premios a quien realice una obra, etc.: v. arts. de los Códigos ital., alemán, suizo y egipcio, citados en las notas 2 y 3.

En los dos primeros casos es indudable que no existe onerosidad ni siquiera en el sentido más amplio (comprensivo también del sacrificio no patrimonial para el destinatario de la promesa), aún cuando el hecho, la obra, etc. *ya* realizados puedan represen-

2 Este caso, que ya se ha mencionado en apartado *a*, está expresamente previsto en el art. 1.989 C. c. italiano y no, por el contrario, en los arts. 659 y sgtes. del C. c. alemán, 8 del C. suizo de las obligaciones y 162 del Código civil egipcio.

3 Este caso, que está implícitamente previsto en el art. 1.989 del Código italiano en la genérica expresión "encontrarse en una situación determinada" parece también previsto en el art. 657 del Código alemán; en cambio no parece que lo esté en los arts. 8 del Código suizo de las obligaciones y 162 del Código civil egipcio, que hablan de promesa "de un precio o de una recompensa a cambio de una prestación determinada".

En realidad, no hay diferencia sustancial, ya que también estos artículos admiten que la promesa es vinculante independientemente del hecho de que quien ha realizado la acción o la obra conociese dicha promesa: lo que quita todo interés a la distinción entre promesa por un hecho realizado o por realizar.

tar un interés patrimonial directo para el promitente: por ej., hallazgo de cosa extraviada (*antes* de la promesa). Quien ha realizado el hecho, la obra, etc., no se ha impuesto ningún sacrificio patrimonial o no patrimonial para obtener la promesa o el objeto de ésta. En el caso de "encontrarse en una situación determinada" esto resulta todavía más evidente. Por tanto, ni siquiera podrá presentarse el problema de la carga de carácter no patrimonial o no apreciable en dinero,[4] precisamente porque no se trata de una carga. A lo sumo podrá haber una obligación natural del promitente, si el hecho realizado redunda en su beneficio (aparte de la obligación civil en el caso de objetos extraviados). Pero ni siquiera esto es necesario. En todos los aspectos falta, pues, o puede faltar una *cause suffisante* en el sentido tratado en los §§ 10 y 11 (excepto naturalmente para la corriente francesa aludida en el § 9 nota 10).

Sin embargo, en el *civil law*, conforme a los distintos ordenamientos, tales promesas son válidas aunque no revistan las formas de la donación.[5] Pero ello, no en consideración a una causa de interés público o a una obligación natural (que ni siquiera son necesarias) sino porque las promesas hechas al público requieren una especial protección (sanción) en consideración tanto a la necesidad de seguridad que llevan aparejada y a la confianza que despiertan en quien las conoce, una vez que las conoce (aunque sea *después* de haber realizado el hecho), como a la seriedad de quien hace promesas semejantes y a su indudable intención de

4 En el *common law* todas estas promesas no son válidas si no están revestidas de la forma, por faltar en ellas la *consideration;* y en algunas de ellas se dice expresamente que se trata de *past consideration* (v. infra §§ 28 y 29).

5 Verdaderamente el art. 1.989 del C. c. italiano, como los de los otros Códigos citados, no exime expresamente a la promesa de la forma de la donación (en los casos en que, faltando la *cause suffisante*, pueda presentarse el concepto técnico o tradicional de donación). Pero tal exención resulta de haber incluído todas estas promesas ("onerosas y gratuitas") en un único *tipo*, en el que lo relevante para la aplicación de las normas es el hecho de que la promesa haya sido dirigida al público. Por lo demás, la no necesidad de la aceptación excluye la posibilidad de aplicar el esquema formal-causal de la donación, según el cual se necesita la aceptación por documento notarial, notificada, etc.

Sin embargo, podría presentar alguna duda el caso de enorme desproporción entre la cuantía de la promesa y la importancia (según la apreciación común) de su causa o motivo. Pero se trata de un caso académico, aparte de la dificultad de aplicar la forma del documento notarial. Surgiría también el problema de averiguar si no se trata de un *bluff* y de requerir al efecto elementos y criterios objetivos de interpretación para comprobar la voluntad efectiva de contraer un vínculo jurídico (v. nota en apéndice al § 1).

vincularse jurídicamente.[6] Por eso no se requiere ni siquiera la aceptación (v. § 17).

No hace falta hablar de las complicaciones que surgirían si se requiriera la forma del documento notarial, a cuyo original, depositado en poder del notario, hubiera que remitirse al hacer los anuncios, manifiestos, etc.

En el tercer caso (promesa a quien *realice* etc.), el hecho requerido podría no representar ningún interés patrimonial para el promitente, ni ningún sacrificio patrimonial para quien lo realiza (v. apartado *a*). Si la promesa hubiera sido hecha a persona determinada, surgirían los problemas de la *cause suffisante* o de la carga no apreciable en dinero (v. § 10 y § 9 nota 4 sobre las "*offres de concours*"). Tales problemas, por el contrario, quedan superados cuando la promesa ha sido hecha al público; y ello por las razones a que hemos aludido a propósito de los casos mencionados en 1.° y 2.° (v. también nota 5 en cuanto al caso de excesiva desproporción). Queda solamente el problema de saber si es necesaria una aceptación de la promesa, al menos en el sentido de haber realizado el hecho teniendo conocimiento de dicha promesa. Pero este problema está resuelto en sentido negativo en los artículos de los Códigos antes citados, por las razones indicadas (aparte de la dificultad de probar tal conocimiento o la fecha de cumplimiento del hecho). Con lo que una vez más, salvo que del hecho nazca una obligación natural, podría hablarse de una promesa sin causa suficiente (presente o *praeterita*) en el sentido tradicional.

El *common law,* en los casos mencionados en 1.° y 2.° ve una *past consideration,* o en general una *consideration* no válida (véase nota 4); en el tercer caso, en homenaje al principio según el cual la *consideration* representa la aceptación de un *bargain,* exige que el hecho solicitado se realice teniendo conocimiento de la promesa (v. infra § 29).

Para terminar: bien poco es lo que queda en pie de la causa de interés público como causa suficiente para excluir la exigencia del esquema formal-causal de la donación. En verdad, si tal exi-

6 Naturalmente, para la corriente francesa mencionada en el § 9 nota 10 no habría necesidad de estas razones; bastaría considerar que toda promesa no hecha por puro espíritu de liberalidad o realizada por una causa principal distinta de ésta, no es donación y no está sujeta a la correspondiente forma, aún cuando haya sido hecha a personas determinadas. Cfr. Demogue, *Traité des oblig.* cit. II, núm. 746 y sgtes., que confunde estos casos de promesas hechas al público con los de la *cause raisonnable, plausible et suffisante.*

gencia queda excluída ello se debe a las razones *generales* que determinan la validez de una promesa hecha al público, o a las razones, igualmente generales y absorbentes, por las que cierta corriente (francesa) excluye la donación cuando falte el *puro* espíritu de liberalidad o cuando exista una causa (presente o *praeterita*) *principal* distinta de dicho espíritu (v. supra §§ 9 a 11).

No faltan, sin embargo, dudas y reminiscencias bajo modernos aspectos del favor dispensado a las *piae causae* (v. el pasaje citado de Trasbot y la "Casuística" citada en *a)*.

También aquí, los autores que han tratado estos problemas incluyéndolos dentro del concepto genérico de onerosidad y de gratuidad e invocando textos romanos, no se han dado cuenta del problema y han confundido el aspecto que hemos tratado en *a)* con el que tratamos en este apartado *b)*.[7]

NOTA DEL TRADUCTOR. — *En rigor, es imposible trasladar a nuestro Derecho el concreto problema que se estudia en este §. Porque en el Derecho español, y por lo que se refiere a la promesa al público, antes que el problema de forma el que se plantea es el relativo a la admisibilidad de la promesa misma, problema comprendido dentro del que, con carácter general, se plantea en orden a la posibilidad de admitir la voluntad unilateral como fuente de obligaciones.*

Ciertamente, el Código civil carece no ya de una regulación, sino incluso de toda mención de la promesa al público. Pero tampoco contiene ningún precepto ni responde a ningún principio que se oponga a la validez de dicha promesa. El Tribunal Supremo insiste en considerar como únicas fuentes de las obligaciones a las enumeradas en el art. 1.089 del C. c., por lo cual estima que no cabe admitir la existencia de obligaciones procedentes de la voluntad unilateral (sentencia de 25 de abril de 1924). Pero, frente a este argumento, la doctrina opone la consideración de que el art. 1.089 no contiene propiamente una norma sino una clasificación que no puede vincular al intérprete (Garrigues, Curso de Derecho Mercantil, *2.ª ed., Madrid, 1956, tomo II, págs. 7-8).*

Por otra parte, es innegable la frecuencia con que tales promesas se hacen y el hecho de que despiertan en el público plena confianza en cuanto a su cumplimiento y en cuanto a su misma validez. De acuerdo con esta realidad, la doctrina se muestra unánimemente partidaria de la admisibilidad de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones y, por supuesto, de la admisibilidad de la pública promesa, considerada como el caso más claro dentro de los varios que pueden presentarse como

7 Cfr. por ej., Ascoli, *Trat. delle donazioni*, cit. 2.ª ed., págs. 92 y siguientes; Demogue, cit. en nota 6; Mosco, *Onerosità e gratuità*, cit. páginas 198-201 y 298 y autores que cita (aunque Ascoli y Demogue no estuvieran en presencia de un texto como el del art. 1.989 del C. c. italiano, ya estaban en vigor los artículos citados de los Códigos alemán y suizo).

casos de obligación nacida de una voluntad unilateral (v. Candil, Naturaleza jurídica de la promesa de recompensa a persona indeterminada, *Madrid, 1914; Pérez y Alguer, en ob. cit., t. II, vol. 2.º, págs. 328-329; Roca Sastre y Puig Brutau,* La voluntad unilateral como fuente de obligaciones, *en* Estudios de Derecho Privado, *Barcelona, 1948, I, págs. 199-210; Castán,* Derecho Civil..., *etc. 8.ª ed. Madrid, 1954, III, págs. 59-66; Puig Brutau,* Fundamentos de Derecho civil, *t. II, vol. 1.º, Barcelona, 1954, págs. 66 y ss., 244 y ss., etc. No han faltado, por otra parte, actitudes exageradas y extremistas en la época en que hizo su aparición la doctrina de la voluntad unilateral; así Bonilla Sanmartín,* Sobre los efectos de la voluntad unilateral (propia o ajena) en materia de obligaciones mercantiles, *Madrid, 1.901; pero la doctrina ha rechazado estos criterios radicales y, en general, ha planteado la cuestión dentro de razonables límites y en forma equilibrada).*

En contraste con la tendencia doctrinal, favorable al reconocimiento de la validez de la promesa al público, la jurisprudencia del Tribunal Supremo revela una tendencia contraria a dicho reconocimiento, si bien en alguna reciente sentencia (1 de diciembre de 1955) pueda advertirse una tímida afirmación de la posibilidad de otorgar eficacia a determinadas declaraciones (unilaterales) de voluntad. Como ya hemos advertido, el problema de la promesa al público queda, entre nosotros, comprendido dentro del problema, de alcance más amplio, de la eficacia obligatoria de las declaraciones unilaterales de voluntad. Hay que tener en cuenta, antes de valorar el criterio mantenido por el T. S., que en la mayor parte de los casos resueltos por las sentencias que suelen citarse al estudiar esta cuestión no se trataba de promesas hechas "al público", o a persona indeterminada, sino de promesas o declaraciones dirigidas a un destinatario concreto y determinado; y en algún caso, que presentaba todos los caracteres de la "pública promesa" (sentencia de 6 de junio de 1916, v. vol. II), interfería una causa ilícita que fué lo que, en realidad, motivó que en la sentencia se desestimara la pretensión dirigida a obtener el cumplimiento de la promesa. Pero, por otra parte, ha de tenerse en cuenta también que en esas sentencias el Tribunal Supremo no se ha limitado a motivar sus fallos en las estrictas razones que justificaban la decisión del caso concreto, sino que frecuentemente ha aprovechado la ocasión para elevarse a una argumentación a base de consideraciones generales sobre la eficacia obligatoria de las declaraciones unilaterales de voluntad, llegando a la consecuencia — salvo alguna vacilación — de que en nuestro Derecho no cabe admitir tal eficacia. Con ello, el Tribunal Supremo se ha "comprometido" innecesariamente, y no es aventurado predecir que se encontrará con serias dificultades el día en que se plantee claramente ante él un caso de promesa de recompensa al público; las sentencias hasta ahora dictadas no podrán servir como "doctrina legal" aplicable a la materia, por las razones que hemos indicado, es decir, porque los argumentos contrarios a la validez de las declaraciones unilaterales de voluntad no han sido propiamente la ratio

decidendi *de los fallos recaídos hasta la fecha, sino que no han pasado de ser* obiter dicta, *simples consideraciones doctrinales hechas no para fundamentar los fallos sino, las más de las veces, para salir al paso de alegaciones hechas por las partes en los motivos de los recursos.*

Sobre la necesidad de distinguir entre la ratio decidendi *de las sentencias y los* obiter dicta, *v. el interesante trabajo de Puig Brutau,* Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo, *en Rev. Jur. de Cataluña, 1953, 1, págs. 40-57; v. también las observaciones del mismo autor sobre la sentencia de 6 de junio de 1916, en* Fundamentos, *cit., págs. 67-68, observaciones que recogeremos en nuestro comentario a esta sentencia en el vol. II. Para ese mismo lugar reservamos el examen de las otras sentencias que, más o menos directamente, han tenido que enfrentarse con este problema, sentencias que no citamos aquí por no alargar excesivamente esta nota y porque estudiándolas en la "Casuística" podremos dedicar más atención a los concretos supuestos de hecho que concurrieron en cada uno de los casos resueltos por tales sentencias. Nos remitimos, pues a las notas a la sentencia de 6 de junio de 1916 en el vol. II.*

Y sin embargo, en la jurisprudencia está precisamente el cauce por el que la promesa al público debería consagrarse en nuestro Derecho. Pérez y Alguer estiman que no sería muy aventurado sostener la existencia de un derecho consuetudinario sancionador de las promesas al público, teniendo en cuenta que su misma frecuencia ha dado lugar a un convencimiento de la colectividad sobre la eficacia de tales promesas. Existe, pues, una costumbre que no puede ser considerada como costumbre contra ley, sino que, conforme al art. 6 del C. c., podrá ser aplicada por los Tribunales en defecto de una ley exactamente aplicable; nada se opone, por lo tanto, a que cuando se presente la ocasión los Tribunales reconozcan la eficacia obligatoria de la pública promesa y den fijeza a un derecho consuetudinario en tal sentido (loc. cit., pág. 329).

Pero, como hemos advertido al iniciar las notas a este §, la atención de la doctrina se ve principalmente atraída por la cuestión de la admisibilidad de la voluntad unilateral; ello da lugar a que queden en cierta penumbra otras cuestiones, con lo cual todo el problema se resiente de un vicio inicial de planteamiento, y pronto se advierten las consecuencias de ese defectuoso punto de partida. En efecto, frecuentemente nos enfrentamos con este tema armados de un prejuicio clasificador que suele cifrarse en tratar de encontrar entre los conceptos admitidos uno en el que pueda tener cabida la situación planteada. De ahí que en algunas sentencias se aluda a la ausencia o a la presencia de algo que pueda funcionar como aceptación *de la promesa unilateral; es evidente que esta preocupación por el elemento "aceptación" revela que se está tratando de aplicar a estas situaciones el esquema de los contratos, lo cual implica, a la vez, que se considera la promesa unilateral como una oferta o propuesta de contrato, cuya eficacia jurídica sólo se alcanzará cuando la aceptación complete el ciclo, dando lugar con ello*

a la formación de un consentimiento, *que queda ya completamente dentro del mecanismo contractual. Consecuencia de todo ello será que la promesa quede situada en la fase preliminar o preparatoria del contrato, en vez de ser considerada como una manifestación de voluntad que, por sí misma, tenga virtualidad suficiente para engendrar una obligación y, por lo tanto, para obtener la sanción jurídica. (De esta manera, y por lo que se refiere a la promesa al público, parece que nuestra jurisprudencia se aproxime a la rígida posición del* common law; *v. al final del § 29 lo que se dice sobre la* acceptance *en relación con el requisito de la* consideration *en las promesas al público).*

Ese prejuicio ha dado lugar unas veces a que se niegue la eficacia obligatoria de las declaraciones unilaterales de voluntad; y viceversa, porque en algunos casos ha podido parecer que la jurisprudencia se inclinaba a admitirla cuando, en realidad, a lo que se reconocía validez era a promesas dirigidas a una determinada persona y seguidas de una aceptación (o precedidas de una solicitud, en cuyo caso era la promesa la que venía a funcionar como aceptación para formar el consentimiento). Casos en los que los modos de exteriorización de la promesa parecían sugerir la idea de una voluntad unilateral, cuando en realidad el supuesto era completamente distinto. Sobre este punto v. las sentencias de 31 de octubre de 1924 y 17 de octubre de 1932, a las que aludiremos en el vol. II, al comentar la de 6 de junio de 1916.

La necesidad de cambiar el planteamiento de la cuestión ha sido certeramente advertida por Puig Brutau. En el caso frecuente de promesa hecha al público o a persona indeterminada — dice — no se trata de saber si hay alguna razón intrínseca que haga de esa promesa la causa suficiente de una obligación irrevocable, sino que ha de tratarse de averiguar simplemente qué garantías han de exigirse para que pueda confiarse debidamente en lo prometido sin que el promitente quede por completo sin la posibilidad de suprimir su obligación (Fundamentos, *cit. tomo II, vol. 1.º, pág. 66).*

En ese terreno de las garantías, o del mínimo de garantías exigible, es en el que tienen su lugar los problemas que se estudian en este §. Y, concretamente, el problema relativo a la forma. Sobre este particular conviene hacer una advertencia: para que se pueda hablar de "pública promesa" es necesario que la promesa se divulgue *o se* publique, *pero esta publicidad no puede ser considerada como un requisito de forma. No puede serlo porque ni es una "forma" en el sentido jurídico ni, por lo tanto, cumple ninguna de las funciones propias de ella (protección del promitente, invitación a la reflexión, etc.); es solamente uno de los presupuestos esenciales para la configuración de la situación, es lo que cualifica el supuesto de hecho, lo que permite que se pueda hablar de "pública" promesa o de promesa "al público".*

Al iniciar estas notas hemos señalado que el problema de la forma queda entre nosotros pospuesto al problema de la admisibilidad de la promesa misma. Ahora bien, admitiendo la posibilidad de que se reco-

nozca la validez de la promesa al público, ¿habrá que exigir que tal promesa se haga observando la forma de la donación?

Estimamos que la respuesta ha de ser negativa. Y ello por la siguiente consideración lógica: no cabe exigir la forma de la donación porque, casi por definición, en la promesa al público queda excluída la necesidad de aceptación y ya sabemos que los requisitos formales de la donación se han establecido a base de exigir no sólo que la promesa se haga en una forma determinada sino también que la aceptación se exteriorice en la misma forma (v. arts. 632 y 633). La forma de la donación no se le impone sólo al donante, sino también al donatario. El mismo art. 618 define la donación en función de la disposición y de la aceptación: una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta. *En la pública promesa, por no haber aceptación no será posible observar la forma de la donación. Y aún en aquellos casos en los que, más o menos forzadamente, se quiera considerar como una aceptación la conducta o la situación del que pretenda la recompensa o el cumplimiento de la promesa, es evidente que esa "aceptación" no podría exteriorizarse en la forma que el Código civil impone para la aceptación de las donaciones.*

Todo ello, por lo que se refiere a las promesas al público. En cuanto a las promesas por una causa de interés público (en favor de instituciones benéficas, culturales, etc.), no hay en nuestro Derecho actual ninguna base para estimar que tales promesas queden exentas de la forma exigida para la donación. Ni el Código distingue, ni la jurisprudencia ha seguido en este punto una dirección semejante a la que se advierte en la jurisprudencia francesa.

§ 13.

Conclusiones sobre la «cause suffisante» en las obligaciones de dar: un moderno contrato innominado (atípico) con el «vestimentum» de la donación más que con el del cambio («bargain»): su importancia en la práctica y en el campo del Derecho comparado. La concepción del «dar» a título oneroso (contrato a título oneroso de dar).

a) *El moderno contrato innominado (en las obligaciones de dar) y su "vestimentum".*

Las consideraciones hechas en los §§ 7 a 12 revelan, si no nos equivocamos, que en el moderno *civil law* ha surgido un nuevo contrato innominado, en el sentido de contrato atípico, *por lo que específicamente concierne a las obligaciones de dar.* La misma

causa praeterita, en cierto modo, representa un elemento variable y atípico (v. supra § 11).

El elemento atípico consiste en el hecho de que la contraprestación, en sentido amplio, o la causa presente o *praeterita,* no son susceptibles de valoración económica (apreciables en dinero), es decir no tienen carácter *típicamente* económico (v. supra § 10 nota 2). En este carácter típicamente económico consiste precisamente el elemento típico en el *civil law* moderno. Además, la causa *praeterita,* aunque sea apreciable en dinero, debe mantenerse en cierta relación objetiva de proporción respecto al *quid promissum* (v. § 11).

La vestidura *(pactum vestitum)* de este nuevo contrato innominado es el esquema formal-causal de la donación, en vez de ser la forma *omnibus* o el esquema del cambio, como sucedía en los derechos romano y medieval y como sucedía y sucede todavía en el *common law* (esquema del *bargain:* v. infra §§ 28 y 30).

Hablamos de una "*vestidura*" porque aun cuando la intención concorde de las partes (consentimiento) no se dirija a una donación sino a un cambio, a un "pago" (cuando obedezca a *causa praeterita*) o en general a una causa distinta del puro espíritu de liberalidad (v. § 9), el contrato no resulta jurídicamente sancionado *(actionnable)* si no está revestido del esquema formal-causal de la donación. Este es, en el fondo, el único esquema formal que nos ha quedado en el *civil law* moderno y el único que se puede utilizar al efecto; el único que sobrevive a la decadencia y a la desaparición de una forma *omnibus* en el *civil law* moderno (véase §§ 18 y 34, *a*). Así es que de este esquema de la donación puede decirse, en cierto modo, lo que Hamson dice a propósito del esquema del *bargain* en el *common law,* a saber, que se trata de un esquema formal o de una forma al lado de la forma *omnibus* (desaparecida en el *civil law*).

Las sentencias que examinaremos en el vol. II "Casuística", plantean expresamente la siguiente alternativa, especialmente en los casos de donación *cum onere*: o donación o contrato innominado de cambio; llegando a incluir dentro del esquema del cambio casos de contraprestación desprovista de carácter económico (sobre todo las sentencias francesas; pero v. también el caso De Sanctis-Ayuntamiento de Roma).

Como varias veces hemos tenido ocasión de destacar, dicha vestidura, con la consiguiente limitación al principio del nudo consentimiento, es mucho más tenue para la corriente dominante en la jurisprudencia francesa; pero existe de todos modos, como

veremos, si bien algunas veces bajo otros aspectos. Por el contrario, dicha vestidura es mucho más rígida para la corriente tradicional, que exige el carácter típicamente económico de la contraprestación para liberar al contrato del esquema formal-causal de la donación (v. §§ 10 y 11).

b) *La concepción del contrato (obligación) a título oneroso de dar.*

Antes de continuar, merece una aclaración la calificación de contraprestación de carácter típicamente económico o patrimonial (apreciable en dinero). La expresión podría inducir a pensar que tal contraprestación deba ser considerada solamente en el aspecto del *beneficio* — económico o patrimonial[1] — para quien la ha solicitado. En realidad, como tendremos ocasión de poner de relieve en el vol. II "Casuística", tal carácter se refiere además y sobre todo al *sacrificio* que debe sufrir aquél de quien se solicita tal contraprestación, o, usando un término propio del *common law,* al *detriment* (v. infra). Cuando el sacrificio que se impone al otro contratante es susceptible de valoración económica (se entiende, típica; v. supra § 10 nota 2), es decir tiene carácter patrimonial en el sentido indicado, el contrato ha de considerarse a título oneroso o como contrato de cambio, válido sin necesidad de la forma del documento notarial; por supuesto, con tal de que la intención de las partes no se dirija *principalmente* a la causa de liberalidad (v. supra § 10, *b*).

Las expresiones usadas en nuestros Códigos — v. por ej. artículos 1.104 a 1.106 del C. c. francés y art. 1.101 del C. c. ital. de 1865[2] — parecen aludir al elemento del beneficio recíproco para los contratantes. Pero la jurisprudencia, como veremos en la "Casuística", ha rectificado y ha eliminado esta apariencia. Basta un sacrificio patrimonial del promisario, sin necesidad de averi-

1 Estos atributos de "económico o patrimonial" pueden dar lugar a algún equívoco, si se considera el interés subjetivo del acreedor a la prestación (v. por ej., art. 1.174 C. c. italiano). Son términos equívocos y susceptibles de varias acepciones. Aquí el término "económico" alude a la posibilidad de valoración económica (típica u objetiva) y el término "patrimonial" alude a las consecuencias que, siempre desde un punto de vista objetivo, produce en el patrimonio del acreedor una prestación susceptible de valoración económica (en dicho sentido objetivo).

2 Tilocca, *Onerosità e gratuità,* cit. en *Riv. Trim. dir. e proc. civ.,* 1953, página 63, que considera bien redactado el art. 1.001 del antiguo C. c. italiano, no ha tenido en cuenta lo que se dice en el texto.

guar si el promitente obtiene de él un beneficio patrimonial (desde el punto de vista objetivo) o, menos todavía, si le mueve un interés patrimonial (desde el punto de vista subjetivo). En efecto, y por citar un ejemplo entre los más sencillos, si yo te prometo cierta cantidad a condición de que derribes tu casa, el contrato no es una donación, por más que pueda suceder que yo no obtenga de ello ninguna ventaja patrimonial o que mi interés sea, como suele decirse, moral o simplemente caprichoso.

Sin embargo, no siempre funciona el criterio objetivo basado en el carácter típicamente patrimonial del sacrificio, y hay casos ambiguos en los que no funciona precisamente tal criterio de tipicidad (v. el caso Carrari-Masiero en la "Casuística).[3]

c) *Importancia del nuevo contrato innominado de dar (contrato en el que una de las prestaciones consiste en un dar). El llamado contrato de intereses no económicos.*

El estudio de este contrato innominado de dar tiene una gran importancia, sobre todo teórica. En verdad, el estudio del contrato atípico, en general, es de fundamental interés para comprender el espíritu de un determinado Derecho positivo o de un determinado sistema contractual. Frente a estos contratos y especialmente frente a los que contienen un elemento no típicamente económico, es donde se hace sentir con más fuerza el problema del contrato, es decir, del fundamento de su sanción en un determinado Derecho positivo: la atención del jurista se despierta cuando

3 El criterio del sacrificio aproxima el *civil law* al *common law*, en el que, como veremos, la concepción de la *consideration* es fundamentalmente la de un *detriment* más que la de un *benefit*. Pero en el *common law* el *detriment* puede incluso no tener carácter patrimonial (v. infra § 30). Esta aproximación resulta todavía más sensible si se admite, con la jurisprudencia francesa (v. también el caso Carrari-Masiero) que el sacrificio del promisario pueda incluso tener carácter moral. Pero quedaría siempre esta diferencia: que para el *common law* el *detriment* no es necesariamente un sacrificio efectivo *(detriment in fact)* sino que puede reducirse incluso a la más ligera molestia *(the slightest trouble)* y por lo tanto, a un mero *legal detriment*: v. infra § 30.

Sin embargo, la jurisprudencia y una parte de la doctrina francesa han argumentado a menudo sobre el *benefit* y han llegado a excluir el esquema de la donación hasta en los casos en que el *benefit* es puramente moral para el promitente y no implica ningún sacrificio real para el promisario (v. supra § 9, nota 10 y los casos Ciudad de Marsella; Lapeyre; Reverchon; De Mailly; David; Bresson, Cordepatre, etc., en la "Casuística"). Por este camino el *civil law* llega más lejos que el mismo *common law*.

se le invita a salir de los caminos trillados de los casos típicos. Esta será, en definitiva, la conclusión de nuestro vol. II "Casuística", al que nos remitimos.

Además, en cuanto al Derecho comparado, es precisamente aquí (en el campo de los contratos atípicos y especialmente de las promesas de dar a cambio de una contraprestación no típicamente económica o por una *causa praeterita*) donde se manifiesta una de las más notables y más significativas diferencias entre el *civil law* y el *common law*: v. supra §§ 7 y 9-12, e infra § 19, *e*, al final y §§ 30, 33 y 35.

Pero la importancia del nuevo contrato innominado de dar no es sólo teórica. Es también práctica. Las consideraciones hechas en los §§ 9 a 12 pueden ya dar la sensación de la amplitud del fenómeno en la vida práctica. Y todavía quedará más de manifiesto su importancia cualitativa y cuantitativa cuando se haya hecho la historia de las llamadas donaciones por una causa distinta del espíritu de liberalidad (v. también supra § 9).

Mas para darse cuenta exactamente de la amplitud del fenómeno y de la gravedad de los problemas inherentes, hay que esperar a haber dado al menos una ojeada al vol. II "Casuística" y a continuar después por propia cuenta la investigación sobre los repertorios de jurisprudencia de los distintos países.

Después de esta experiencia, y de otras que convendrá hacer, podrá verse si es exacta la afirmación de Josserand, según el cual en la civilización moderna el título gratuito ha cedido casi enteramente el puesto al título oneroso, entre otras razones porque han sido superadas — dice este autor — las injusticias sociales y las desigualdades que constituían la base de los sistemas económico-jurídicos antiguos y que determinaban, como correctivos, la caridad y la generosidad.[4]

Indudablemente, Josserand parece referirse a las donaciones puras o inspiradas en el puro espíritu de liberalidad (verdaderamente tan raras en el pasado como hoy). Pero si se consideran todos los negocios que vienen incluídos en el esquema de la donación o, por lo menos, todos los negocios para los cuales se presenta el problema (los llamados contratos de intereses no económicos), entonces las cosas cambian. La importancia y la frecuencia de estos negocios en lugar de disminuir va en aumento. En un mundo en el que, después de los triunfos del liberalismo económico, la

4 Josserand, *La decadenza del titolo gratuito e la sua trasformazione*, en *Annuario di diritto comparato*, 1930, págs. 3 y sgtes.

actividad económica individual sufre directa o indirectamente restricciones, limitaciones, disciplinas, y en el que el contrato parece sufrir un proceso de decadencia en el campo económico, lo cierto es que el contrato como medio de satisfacción de intereses individuales parece destinado a desarrollarse en el campo de los intereses no económicos; el espíritu o la pasión de la personalidad, comprimido en aquel campo, parece buscar un desahogo en este otro. Y hay que desear que sea así, si el contrato como medio de desarrollo de la personalidad tiene una función que cumplir en la historia de la vida civil.[5]

El problema es más bien otro: es el de ver, respectivamente en el *civil law* y en el *common law*, si las reglas relativas a los esquemas más o menos formales en los que viene incluído el contrato de intereses no económicos, son aptas para el desarrollo de éste, o si, por el contrario, se impone una revisión en esta materia de política legislativa, en relación con sus particulares exigencias en el mundo contemporáneo.

Pero éste es otro problema que no es posible tratar aquí.[6]

d) *El "pactum vestitum" en la obligación de dar.*

La realidad en el campo de las obligaciones de dar no es el sistema del nudo consentimiento, sino un sistema de pactos vestidos

5 Una evolución en este sentido podría vislumbrarse en lo que acontece en los EE. UU. país en vanguardia en el proceso económico de *mass production*, con el inherente auge de los contratos en masa (hechos sobre un molde preestablecido o *standard* conforme a las exigencias de dicha producción en masa y de la correlativa distribución). Semejante proceso limita muchísimo el campo del contrato (de intereses económicos) determinado por exigencias o gustos personales o cuyo contenido pueda ser libremente fijado por el individuo. Precisamente en los EE. UU., si mi experiencia no es errónea, se asiste a un notable desarrollo del contrato en el campo de los intereses no económicos, religiosos, morales *lato sensu*, políticos, culturales, deportivos y aún de los que pudieran llamarse intereses fútiles o caprichosos. V. en este sentido un artículo mío, *Il contratto a interessi non economici*, que espero poder publicar en fecha no lejana. Allí se podrá ver también si la teoría de la llamada función económico-social del contrato, que tiende a excluir o a poner en entredicho los intereses individuales atípicos y los caprichosos, fútiles, etcétera, representa verdaderamente un factor de civilización (v. infra § 19, *e*).

6 V. mi trabajo citado en la nota anterior. Cabe sospechar que el Derecho moderno, especialmente en los países de *civil law*, ha prestado demasiada atención al contrato de intereses económicos como contrato por excelencia y ha forjado sobre esta base sus reglas generales o, por lo menos, no ha expresado y determinado claramente las reglas relativas al contrato de intereses no económicos. ¿Es éste un efecto de la economía moderna? (v. infra § 19, *e*).

(vestidura más tenue, como veremos, para la jurisprudencia francesa).

La primera vestidura es el contrato típico de cambio o, mejor dicho, el cambio de una obligación de dar por una contraprestación de carácter típicamente económico. Esta vestidura es suficiente, a menos que exista la intención *principal* (y concorde) de donar, pues entonces se necesitará la forma notarial: v. § 10, *b*.

Si falta este *vestimentum* y hay una pura donación, se necesita la forma notarial. Pero, incluso cuando exista una causa presente o futura (siempre faltando tal *vestimentum*), la tendencia es imponer el esquema formal-causal de la donación.

Si hay una *causa praeterita,* esta tendencia se acentúa todavía más. Hay además ciertas promesas (de hacer una asignación a los hijos, de cumplir una fiducia, o un pacto nulo por defecto de forma y otras) que se someten a un régimen formal especial: v. supra § 11, *d*.

Por lo menos, en todos estos casos, aún cuando no se imponga el esquema formal-causal de la donación (jurisprudencia francesa) la promesa solamente es válida en cuanto exista cierta vestidura, por más que pueda ser tenue y no siempre advertida (véase § 10, *e*, y § 17).

En conclusión, si el "pacto nudo" se salva de todas estas vestiduras es porque en realidad no es "nudo" sino que se presenta bajo la vestidura del contrato típico de cambio en el sentido indicado:[7] aparte de que muy a menudo y para los contratos prácticamente más importantes existe aquí una *segunda* vestidura, de carácter formal (v. infra § 18).

De manera que, en el campo de las obligaciones de *dar,* ninguna promesa verdaderamente *nuda* se salva. Todavía hoy, la desnudez del pacto no revela precisamente su decencia.

Como veremos, lo mismo ocurre en las demás obligaciones, aunque en un sentido más limitado.

Grozio, experto en Derecho natural y también en Derecho positivo, no bromeaba sino que intuía profundamente el espíritu

7 La *ratio* de la exigencia de este elemento típico o del cambio típico no es la función económico-social, sino la protección del promitente y de su familia, junto con la exigencia de certeza (v. supra § 10, *b*) y también con la de individualizar fácilmente la intención de contraer una obligación en sentido jurídico (v. supra nota en apéndice al § 1).

El que se recurra a un *tipo* ha inducido a un equívoco a la teoría de la función económico-social con su argumento basado en la tipicidad (v. infra § 19, *b*).

del *civil law*, cuando afirmaba que en los contratos típicos de cambio es suficiente la *causa civilis* mientras que para los demás se necesita una causa razonable (mejor dicho, una causa suficiente en el caso de las obligaciones de dar): v. supra § 4, *d*.

Ya no se trata de los contratos típicos del Derecho romano, sino de un nuevo elemento típico (§ 10 nota 2), que consiste en el carácter típicamente económico de la contraprestación a cambio de la cual nos obligamos a dar.

Todo esto ha sido expresado en uno de los más difundidos tratados elementales del *civil law*: "Al negar a la voluntad el poder de obligarse *sin una causa*, el Código parte de la idea de que las actividades jurídicas se orientan a fines egoístas: solamente se tiene derecho a una prestación a condición de consentir en un sacrificio".

"*Donnant, donnant:* ésa es la ley que rige el contrato. Ley que sólo admite excepción en materia de liberalidades, pero ya veremos que el Código desconfía de las liberalidades y las somete a una reglamentación restrictiva": Planiol, *Traité élémentaire* cit. II, n. 303. De donde resulta, prescindiendo de la alusión al "poder de la voluntad" (v. supra § 6) y de la acostumbrada generalización o extensión del principio incluso a las obligaciones que no sean de dar, que la causa de las obligaciones de dar, para excluir la idea y la forma de la donación, debe ser una contraprestación o sacrificio de carácter típicamente económico (otro *donner* en sentido amplio).

Como hemos visto, este nuevo sistema de pactos no es menos complicado que el romano, ni se aleja menos de la simplicidad del Derecho natural (Pothier: supra § 5, *b*) sino que da lugar a más graves inseguridades.

e) *El silencio de nuestros Códigos sobre la cause suffisante.*

A pesar de la importancia, incluso práctica, de los problemas a que da lugar la *cause suffisante* en las obligaciones de dar y, en general, en el sistema contractual, nuestros Códigos no hablan de ella.

La causa de que hablan los arts. 1.131 del C. c. francés y otros semejantes (por ej. el art. 1.119 de nuestro C. c. de 1865; art. 136 C. c. egipcio, etc.) no es la *cause suffisante* en el sentido que hemos expuesto. Es más bien la causa en el sentido y en función

de los problemas de la ilicitud del contrato y del fin erróneo, no realizado o no realizable (aparte de los de la simulación); problemas muy distintos de aquél: v. infra § 22. Prueba de ello es que el problema de la *cause suffisante* se presenta también bajo aquellos códigos que no hablan de la "causa del contrato" (como el C. c. alemán: v. supra § 10, al final).

Es que nuestros códigos están todos impregnados del prejuicio del nudo consentimiento e influídos por las proclamaciones retóricas de Domat, de Pothier y de los iusnaturalistas (v. supra §§ 4 y 5). Mas el principio de la *cause suffisante* está muy presente en la jurisprudencia (v. "Casuística"). El mismo Dalloz, *Codes annotés,* cit., habla de ella a propósito del art. 1.131 del C. c. francés, aunque a decir verdad, este artículo no considere el problema.

En cuanto al nuevo Código civil italiano, también guarda silencio sobre este particular. La "causa" de que habla el art. 1.325 no es la *cause suffisante* en relación con el problema de la forma en las obligaciones de dar; sino que es más bien, como la doctrina ha aclarado, la llamada función económico-social del contrato; aquella función o interés por la que, según el art. 1.322, el contrato es "merecedor de tutela jurídica" (v. infra § 19). El mismo artículo 1.325 distingue el requisito de la causa del de la forma (comprendida la forma de la donación) con el cual se plantea, o mejor forma un todo, el problema de la *cause suffisante* en las obligaciones de dar. Aquí, la equívoca concepción de la autonomía contractual (v. supra § 6) y una reacción contraria al principio del nudo consentimiento, con las correspondientes generalizaciones teóricas, han ocultado al nuevo Código italiano la realidad del problema de la *cause suffisante* en las obligaciones de dar.

Dadas estas actitudes de los distintos códigos del *civil law,* no se puede culpar excesivamente a la doctrina por no haber incluído la *cause suffisante* entre los requisitos del contrato o entre las limitaciones al principio del nudo consentimiento. Se le puede censurar, sin embargo, por haber casi prescindido del imponente fenómeno jurisprudencial que, junto con el Derecho comparado, nos ha sugerido los problemas tratados en el § 1 y sigs. (v. volumen II "Casuística").

NOTA DEL TRADUCTOR. — *Al llegar a estas conclusiones ha de tenerse en cuenta, una vez más, que los requisitos de forma establecidos para la donación son en nuestro Derecho bastante menos rigurosos que en el italiano. Lo cual dará lugar a que tales requisitos constituyan las*

más de las veces un vestimentum *sumamente tenue. En efecto, al ser suficiente el documento privado para la donación de muebles o dinero, quedan prácticamente a salvo todas las promesas que se hagan por escrito, sin necesidad de formalización en documento público, que sólo se exigirá cuando lo dado o prometido sea un inmueble.*

Ahora bien, esto afecta exclusivamente a la forma. Pero es obvio que para calificar como donación a un acto no basta con que reúna los requisitos de forma establecidos para ésta, sino que ante todo ha de tenerse en cuenta la causa. Se trata de un esquema formal-causal. Por lo tanto, solamente la presencia de una "causa de liberalidad" llevará a imponer el esquema formal de la donación, aunque, como hemos visto en las notas al § 9, no sea el puro *espíritu de liberalidad lo que se exija, sino que — dada la tendencia jurisprudencial a separar los móviles y la causa — se llegue a una concepción de la "liberalidad" sumamente flexible. De no ser así, la consecuencia sería, como ya quedó apuntado, que habría que negar la calificación de donación a muchas donaciones llevadas a cabo por fines que, en rigor, no responderían a un puro espíritu de liberalidad.*

Por el contrario, cabe la posibilidad de que la intención de las partes se dirija a un "pago" y sin embargo deba considerarse el acto como donación. Así ocurrirá cuando el pretendido "pago" obedezca a una causa praeterita *consistente en la remuneración de unos servicios prestados con anterioridad,* sin que exista obligación de remunerarlos. *En efecto, el art. 619 del C. c. considera que en tal supuesto se trata de una donación, a la que le son aplicables los correspondientes requisitos de forma (v. la argumentación de Roca Sastre en nuestras notas al § 11). En casos semejantes, en lugar de configurarse el acto como un contrato innominado o atípico de cambio, se le configurará como donación remuneratoria, precisamente porque la remuneración de servicios que no constituyan deudas exigibles responde a una tipicidad al haberse previsto en el Código dentro del tipo "donación" otro tipo o subtipo que es la "donación remuneratoria".*

No hay en nuestro Código ningún precepto equivalente a los artículos 1.106 del francés y 1.101 del antiguo Código italiano, que contienen definiciones del contrato a título oneroso; la referencia que sirve de base a la doctrina para dar el concepto de contrato oneroso se encuentra en el art. 1.274, que no dice qué es el contrato oneroso sino qué es lo que se entiende por causa *(para cada parte contratante) en el contrato oneroso; partiendo de esta referencia y de los citados artículos de aquellos códigos, nuestros autores lo han definido en función de la ventaja o beneficio que* cada una *de las partes obtiene o aspira a procurarse. Así, Sánchez Román dice que son contratos a título oneroso "aquellos en los que cada una de las partes obtiene una prestación a cambio de otra que ha de realizar y se reputa equivalente,* teniendo ambos contratantes un interés pecuniariamente apreciable" (Estudios..., *2.ª ed., IV, pág. 394). Y Castán los define como "aquellos en que cada una de las partes aspira*

a procurarse una ventaja, mediante un equivalente o compensación" (Derecho civil... *8.ª ed., III, pág. 337).*

Ni la doctrina ni la jurisprudencia han matizado la distinción entre contrato oneroso y gratuito hasta el punto de distinguir en cada una de las prestaciones qué es lo que hay de beneficio o ventaja para el que la recibe y de sacrificio para el que la cumple. Ello obedece, principalmente, a que por la relativa simplicidad de los requisitos formales exigidos para la donación (de dinero o de muebles) nuestros Tribunales no se suelen ver forzados a emplear argumentos excesivamente sutiles para apreciar el carácter oneroso de un contrato, librándolo así de los requisitos de la donación. En el Derecho italiano y en el francés, que exigen la forma notarial para todas las donaciones, los jueces se suelen encontrar ante casos en los que las circunstancias parecen aconsejar la sancionabilidad de ciertas promesas que, sin embargo, no reúnen los requisitos formales de la donación; ante este dilema, se acude a un agudo análisis de la contraprestación (en sentido amplio) en busca de algún elemento que justifique la onerosidad del contrato y que, por lo tanto, justifique también la dispensa de aquellos requisitos formales. Entre nosotros, tales promesas tendrán cabida en el esquema de la donación cum onere *(modal) o podrán configurarse como donaciones condicionales, imponiéndose al promisario una determinada conducta (o contraprestación, en ese sentido amplio a que se alude en el texto) como gravamen o bien como condición; ejemplos respectivos: te daré... pero tendrás que hacer tal cosa (gravamen); te daré...* si *haces tal cosa (condición). Para que estas donaciones sean válidas, cuando lo que se promete es una cantidad de dinero, que es el supuesto más frecuente, basta con que se hayan hecho* por escrito *y conste en la misma forma la aceptación (art. 632, párrafo segundo). Y son muy raros los casos en los que no concurren estos mínimos requisitos de forma.*

Ahora bien, el problema de la distinción entre donación y contrato oneroso que, por las razones apuntadas, no se suele plantear en relación con la cuestión de forma, se plantea en cambio a propósito de la revocación de las donaciones o de las pretendidas donaciones. No se trata de sancionar una promesa, sino de decidir sobre si una transmisión patrimonial ya operada constituye una donación y queda, por lo tanto, expuesta a revocación en caso de incumplimiento de cargas, o si debe ser considerada como acto o título oneroso. Pero es obvio que esa ulterior distinción entre donación y contrato oneroso, a los efectos de la revocación, ya no nos interesa porque no afecta al problema que aquí se estudia, es decir a la obligación de dar *y a su* cause suffisante *(en el sentido de causa suficiente para sancionar tal obligación sin imponerle el esquema formal-causal de la donación).*

Las razones que hemos apuntado explican que nuestro Código guarde también silencio sobre la cause suffisante. *Cuando habla de causa (artículo 1.261, 3.º; arts. 1.274 y ss.) lo hace en el mismo sentido que los artículos de los Códigos francés e italiano citados en el texto. Y si en*

aquellos Códigos la razón de tal omisión se debe a la influencia de las proclamaciones sobre el principio del nudo consentimiento, en el nuestro resulta todavía más explicable teniendo en cuenta que tal principio tuvo consagración legislativa en nuestro Derecho a partir del Ordenamiento de Alcalá, y está reconocido en el mismo Código civil (arts. 1.254, 1.258, 1.278, etc.).

§ 14.

El principio del nudo consentimiento (pactum nudum) en las obligaciones distintas de las de dar.

a) *Preliminar.*

Hasta aquí hemos hablado de las obligaciones de dar, sobre la base del principio (propio del *civil law*, pero no del *common law* ni de otros ordenamientos) de una diversidad de tratamiento entre las obligaciones de dar y las demás obligaciones en cuanto al valor del nudo consentimiento o pacto nudo (v. § 7).

En efecto, si pasamos a las obligaciones de hacer, de no hacer, de prestar (en sentido amplio), parece que en este terreno domine verdaderamente el principio del nudo consentimiento, con tal de que sea prestado *serio et deliberato animo*, es decir con la intención de contraer un vínculo en sentido jurídico. Pero es precisamente sobre este último punto, como veremos, donde surgen las dudas más graves (sobre el significado y alcance de aquella intención, v. nota en apéndice al § 1). De todos modos, observando a fondo el sistema del *civil law* y prescindiendo de las acostumbradas proclamaciones retóricas sobre aquel principio, puede verse que la realidad es muy distinta de la apariencia que tales proclamaciones han creado.

Como el lector podrá advertir si reflexiona sobre las páginas que siguen, los problemas que se presentan y las razones prácticas para resolverlos son los aludidos en el § 1, *b*, en la nota en apéndice a dicho § 1, y en el § 3, *b*. Son, en definitiva, los problemas a que da lugar el carácter atípico del contrato.

b) *Las llamadas relaciones sociales, morales, de cortesía, de honor, etc.*

En esta materia conviene distinguir:

1.° Las prestaciones, en sentido amplio, o conductas que, unidas a las circunstancias que forman un todo con la prestación

misma, tienen carácter típicamente económico (sobre esto v. supra § 10 nota 2) o que, como se suele decir también, constituyen *(normalmente)* el objeto de contratos o promesas en sentido jurídico:[1] prestaciones que solamente darán lugar a dudas cuando la obligación sea a título gratuito.

2.° Las prestaciones que no tienen tal carácter.

Como veremos, aún en el primer caso el contrato puede presentar cierto carácter atípico o no usual. Pero este carácter es más saliente en el segundo caso. Comenzamos, pues, por éste.

Se trata, por ej. de promesas como la de participar en un almuerzo, en una excursión, en una partida de caza o de *cricket,* en un torneo (desinteresado) de *bridge,* etc. (el caso del torneo de fútbol, aunque sea *amateur,* dadas las actuales costumbres parece más próximo a la intención jurídica). Se trata también de promesas como la de hacer un viaje, de no fumar, de no beber, de no jugar a las cartas, etc. Se trata, en otros términos, de aquellas prestaciones o conductas que Von Tuhr llama "no aptas para constituir el objeto de una relación jurídica".[2]

En realidad, esta aptitud para constituir el objeto de relaciones jurídicas no depende de la naturaleza de la prestación en sí

1 Precisamente por esta normalidad es por lo que en el caso Perino-Rabezzana, el tribunal de Turín (12-11-47, *Foro Padano,* 1948, 200) ha entendido que hay contrato en sentido jurídico solamente cuando se está en presencia de una "intención empírica dirigida a proveer a una determinada regulación de intereses de contenido *patrimonial*". V. también el equívoco artículo 1.321 C. c. italiano, que en realidad no excluye la cláusula penal para prestaciones que no tengan dicho carácter (v. § 20).

2 *All. Teil des deut. bürg. Rechts,* cit. II, § 50, pág. 170. Von Tuhr como otros muchos, cita el ejemplo de una invitación a una comida. Pero en realidad una comida puede constituir una prestación típicamente económica y ser por tanto, el objeto de una relación jurídica, incluso siguiendo la concepción de Von Tuhr y de otros (v. nota 3). Lo que hace salir la relación del campo jurídico no es la naturaleza de la prestación sino el que se haga recaer el acento sobre el término "invitación", es decir, sobre un concepto que alude a una relación social.

Von Tuhr, citando a otros autores alemanes (y nosotros podríamos citar a los nuestros y a nuestro Código a propósito de la función económico-social del contrato: v. § 19 y § 20, *a*), añade que en estos casos, aún cuando la promesa haya sido hecha con la intención de contraer un vínculo jurídico, éste no llega a surgir, "porque el interés del acreedor *no merece* la tutela jurídica". Cfr. también Betti, *Neg. giur.* cit. 2.ª ed., págs. 88, 102, 120, 392; y otros autores que cita. Pero sobre esto, v. infra en el texto. En cambio, en el otro caso citado por Von Tuhr se trata probablemente de ilicitud de la promesa.

Sobre la tesis, acogida por nosotros, de que en el fondo todo se reduce al problema concreto de la intención de contraer un vínculo jurídico, cfr. Planiol, *Traité pratique,* cit. VI, núm. 99; Demogue, *Traité des oblig.,* cit. I, número 158; Lorenzen, *Cause and Consideration,* en *Yale Law Journal,* 1919, volumen XXVIII, pág. 644.

misma, sino de los usos sociales, de las costumbres, de los intereses, de la mentalidad de una sociedad históricamente determinada, de "*les moeurs*", usando una característica expresión francesa (v. supra § 10 nota 2).

En general, tal aptitud depende de que, según dichas costumbres, la prestación tenga carácter típicamente económico o susceptible de valoración económica, precisamente según la común apreciación.

Por lo demás, aunque hemos hablado de prestaciones que, según la costumbre, no tienen *objetivamente* este carácter, en la realidad es muy difícil encontrar prestaciones de esta índole, es decir, prestaciones que por su misma naturaleza no puedan tener carácter económico. En verdad, si tenemos en cuenta el sacrificio de quien las realiza, este sacrificio puede ser patrimonial o apreciable en dinero incluso en algunos de los casos indicados, o puede constituir en ciertos casos una prestación de cambio económico (piénsese en el caso de quien, profesionalmente, se presta a jugar al golf con otras personas, como profesor, como entrenador o como "compañero"). Serán pues las circunstancias, más que la prestación en sí misma, las que nos digan si ésta, según la costumbre, tiene carácter típicamente económico en el sentido indicado (v. notas 2 y 3).

El problema que se presenta en estos casos es otro, en realidad. Puesto que se trata de prestaciones que *normalmente* (según la costumbre) no suelen ser objeto de vínculos jurídicos o que no tienen normalmente carácter económico, surgen:

— por una parte, la duda grave y casi insoluble sobre la intención de contraer un vínculo en sentido jurídico;[3]

3 Ni siquiera puede resolver la duda la reciprocidad de la promesa (por ejemplo, de tomar parte en una partida de golf). Y por lo tanto, no la resuelve la doctrina de la *consideration* en el *common law*. Cfr. el caso Medici del Vascello-Rossi, en el vol. II, "Casuística" y nuestra nota al mismo. Cfr. también Anson, *Principles of the English law of contract*, 19.ª edición Oxford, 1949, pág. 49: "*Sometimes it is clear from nature of the agreement that there was no intention to enter into a binding contract. On this footing stand engagements of pleasure or agreement which from their nature do not admit of being regarded as business transactions. We cannot always say that the reason why such engagements are not to be regarded as contracts is because they are not reducible to a money value, for they often may be. The acceptance of an invitation to dinner or to play in a cricket match, of an offer by a husband to a wife to pay a certain sum each week as a household allowance, form agrements in which the parties may incur expense in the fulfilment of their mutual promises. The damages resulting from breach might be ascertainable, but the Courts would probably hold that, as no legal consequences were contemplated by the parties, no action would lie*". Y Anson cita el caso inglés Balfour-Balfour (1919) 2, K. B. 571 (v. II, "Casuística"). Williston,

— por otra, la dificultad casi insuperable, incluso en los sistemas de *civil law* que admiten la reparación del llamado daño moral, de determinar el daño causado por el incumplimiento de la promesa, y por tanto de sancionar ésta (ya que no cabe pensar en un cumplimiento coactivo).[4]

En la práctica, estas dudas o estas dificultades se superan solamente con la presencia de una cláusula penal (sobre cuya importancia para el desarrollo de los contratos atípicos, v. supra § 3, *a*, e infra § 21). Esta cláusula, a la vez que resuelve el problema del daño, revela la intención de contraer un vínculo en sentido jurídico.[5] En presencia de una cláusula semejante es innecesario hacer indagaciones sobre el interés (del acreedor) en la prestación, ni sobre su carácter más o menos digno de la tutela jurídica, con tal de que se trate de un contrato *lícito*. Así lo reconocen los mismos partidarios de la función económico-social del contrato (v. infra § 19, *b*, 3.° y § 20; v. supra nota 1).

Así, si una persona promete a otra, bajo una cláusula penal, tomar parte en un almuerzo, en una partida de caza, de golf, etc., no jugar a las cartas, ir a estudiar en cierta Universidad, etc.

Pothier, con su fina intuición, trataba de todos estos casos bajo el título del interés apreciable (en dinero) del acreedor; y decía que si las promesas de prestaciones semejantes van acompañadas de una cláusula penal, son válidas.[6]

Law of contracts, § 21 (infra cit. en el § 26) observa: "*There seems no reason why merely social engagements should not create a contract if the requisites for the formation of a contract... exist*". Y cita el caso Bolton-Madden: v. volumen II, "Casuística". Pero sobre Williston, v. supra § 1, nota 4.

Interesantísimo este pasaje de Anson, tanto porque alude a las *business transactions* (nosotros diríamos: negocios jurídicos de carácter económico) como base normal de la intención de contraer un vínculo jurídico, como porque en él resulta claro que la *naturaleza* de los otros acuerdos, es decir, de los no aptos para constituir el objeto de relaciones jurídicas, depende de las circunstancias que califican a la misma prestación y *forman un todo con ella* (no existe una prestación abstracta, *por sí misma*); y, en fin, porque aparece también aquí el concepto de la apreciabilidad en dinero (al menos, en cuanto al sacrificio patrimonial).

4 Por ello tampoco serviría probablemente una fórmula solemne del tipo de las mencionadas infra nota 16, salvo que se admitan los *nominal damages (common law)* o bien las *astreintes* (Derecho francés).

5 Cfr. en el vol. II, "Casuística", el caso Societé Cultuelle de Secours Israélite-Barouk, y nuestra nota.

6 Pothier, *Traité des oblig.* cit. núms. 139-140. Pothier añade también el ejemplo de la promesa de una cantidad "*si vous veniez étudier en droit à Orléans*", queriendo decir con ello, aunque de manera equívoca, que la presión sobre la voluntad de la otra parte puede obtenerse en vez de con una sanción, con el incentivo de un premio o de una recompensa, *jurídicamente* condicionado al cumplimiento de la prestación *requerida* (sobre este concepto en el *common law*, v. infra §§ 26 y 29.

En estos casos la cláusula penal (o por lo menos ciertas formas o fórmulas solemnes) constituye prácticamente el *vestimentum* necesario para la validez del pacto, precisamente porque estamos en presencia de casos de máxima atipicidad del contrato, o de contratos que presentan el máximo carácter de "innominado" (cfr. supra, nota en apéndice al § 1).

Ni siquiera la presencia de una contraprestación de carácter típicamente económico puede siempre resolver la duda si esta contraprestación consiste en un *hacer*. Otra cosa sucede si consiste en pagar una cantidad o, en general, en *dar* una cosa de carácter económico. En este último caso, cuando uno prometa a otro una cantidad por hacerle asumir la obligación[7] de participar en una partida de caza, de golf, etc., la intención concorde de las partes de que esta obligación constituya un vínculo jurídico puede resultar menos dudosa *(quaestio facti)*; la única cuestión será la de la liquidación del daño, a la que el juez deberá llegar por un camino o por otro.

Por último, además del problema de la intención de contraer un vínculo jurídico, puede presentarse el de la *cause juste* o relación de proporción entre la sanción o carga impuesta al deudor (por la cláusula penal o por otra forma semejante) y el interés del acreedor: v. infra § 20, *b* y § 21.

c) *Las obligaciones bilaterales con prestaciones distintas de la de dar (ambas o una de ellas de carácter típicamente económico).*

Como hemos indicado, en algunos de estos casos pueden surgir dudas sobre la intención de contraer un vínculo jurídico: por ejemplo si yo te prometo llevarte mañana en automóvil a la ciudad de X y tú me prometes a cambio conducir el automóvil y pagarme una comida: prestaciones todas *(distintas de la de dar)* que pueden constituir el objeto de un vínculo jurídico por tener carácter típicamente económico (v. en el vol. II el caso X cr. Y, resuelto por el Tribunal de Rouen, 17-11-1933).

También aquí una cláusula penal u otros elementos pueden resolver las dudas (v. por ej, las fórmulas solemnes mencionadas infra en apartado *e*).

7 No simplemente "a condición de que él participe..., etc." (v. supra nota 6).

Por el contrario, si una de las prestaciones consiste en un dar (se entiende, en el sentido técnico de dar un bien de carácter típicamente económico) entonces, salvo casos raros, no surgen dudas sobre la intención de contraer un vínculo en sentido jurídico. Por ej.: te prometo cierta cantidad, *si* mañana me llevas en tu automóvil a X, conduces mi coche, me pagas una comida, etc. (o bien te obligas a hacer todo esto).

Pero podría presentarse entonces la cuestión de la donación *cum onere* y de la correspondiente forma, según el criterio subjetivo de la intención *principal* de las partes (v. supra § 10, *b*); o bien mediante un criterio objetivo, si la otra prestación no tiene carácter típicamente económico (v. supra § 10, *b*).

Este problema, y por tanto el problema de la forma, no se presenta por el contrario si ninguna de las dos prestaciones es de dar, aun cuando una de ellas no tenga carácter típicamente económico. En este caso la forma de la donación (esquema formal-causal) no se exige nunca.

En cualquier caso, pese a que no se requiera ninguna forma habrá también aquí cierto *vestimentum* del pacto o promesa, que consiste precisamente en el elemento de una contraprestación (*in obligatione* o como condición de la promesa ajena).

Para terminar: *en los casos examinados hasta aquí se trata siempre de pactos vestidos.* El *vestimentum* consiste: en los casos mencionados en el apartado *b,* en la presencia de una cláusula penal, de formas o fórmulas solemnes, o de una contraprestación de *dar;* en los casos mencionados en este apartado *c,* consiste en un contrato *típico* de *cambio* (arrendamiento de obra, etc.; sobre esta llamada *causa civilis,* v. § 13, *d*) o bien en la presencia de una cláusula penal o de formas o fórmulas solemnes, o en el hecho de que una de las prestaciones convenidas consista en un *dar.*

Como hemos advertido, puede presentarse también el problema de la *cause juste* como *vestimentum:* v. infra § 20, *b* y § 21.

d) *Las obligaciones a título gratuito con prestación distinta de la de dar y de carácter típicamente económico: el elemento real (entrega) y el elemento típico: examen especial del transporte gratuito.*

Pasamos a tratar de este problema que es el más delicado. Se trata, por ej. de la obligación de custodiar una cosa ajena, de prestar (en sentido amplio) una cosa; de realizar un transporte

de cosas o personas, etc. Se alude, como es natural, a los casos de depósito, de comodato, de mutuo, de transporte, tanto en el aspecto de "contratos reales" como en el de "promesas" de recibir en depósito, de prestar, de transportar, etc.

Hay que tener en cuenta también el caso del mandato.

Todas estas prestaciones, que no son de dar en sentido técnico, tienen carácter típicamente económico, en el sentido de que según la apreciación común o la costumbre de determinadas sociedades (entre ellas la nuestra) son prestaciones susceptibles de valoración económica, de manera que cuando se deba a cambio de ellas una retribución pero sin que haya sido establecida o liquidada (o cuando se trate de un caso de enriquecimiento injusto), el Juez está en condiciones de liquidar su valor en dinero utilizando el módulo objetivo de dicha apreciación común.[8]

Como hemos indicado en el apartado *b*, el problema grave surge cuando estos vínculos se hayan contraído a título gratuito.

La duda se refiere sobre todo a la intención de contraer un vínculo en el plano jurídico; pero, como veremos, en cierto modo se presenta también el problema de establecer si es justo o hasta qué punto lo es el condenar a quien ha contraído tal vínculo.

La sabiduría de los antiguos, y también de algunos modernos, trató de resolver estas dudas recurriendo al criterio de la *res*. Si se recibe la cosa en depósito, o se la entrega a título de comodato o de mutuo, se considera sin más como contrato el vínculo jurídico (de custodiar la cosa, de prestar su goce o de dejar gozarla dentro de ciertos límites).

Pero tampoco este criterio de la *res* o elemento real es *por sí mismo* un criterio seguro. Todo depende, también aquí, del uso social, de la costumbre de una determinada sociedad y por tanto de su modo de considerar como *típicamente* jurídicos algunos de estos negocios.[9] Mientras que el acto de recibir en depósito, o de entregar en comodato o en mutuo, permiten apreciar la intención de contraer un vínculo jurídico, intención indiscutible a menos que existan claras reservas conocidas de la otra parte,[10] en

8 En realidad, como hemos señalado en las notas 2 y 3, la diferencia entre estos casos y los mencionados en el apartado *b*, en cuanto a la indicada tipicidad económica, es más bien una diferencia cuantitativa (cantidad de casos en los que existe carácter económico) y no cualitativa.

9 Sobre las relaciones entre esta llamada tipicidad social o, en general, la tipicidad de que se habla en este §, y la teoría de la función económico-social, v. infra § 19, especialmente nota 13.

10 Interesante en este sentido el caso Mulas-Tedda Serra; v. vol. II, "Casuística" sobre el depósito de cortesía.

Sobre la necesidad y sobre el alcance de tales reservas de no querer asumir

cambio en el caso del transporte gratuito falta ese criterio cierto del negocio típicamente jurídico (según nuestras costumbres). El hecho de recibir en el propio vehículo una cosa ajena y menos todavía el hecho de admitir a una persona no puede considerarse como un elemento real que constituya un criterio seguro para establecer la intención de contraer un vínculo en sentido jurídico.[11] Lo que da lugar a la famosa distinción entre "transporte gratuito" (es decir, con la intención de contraer un vínculo jurídico) y "transporte de cortesía"; distinción que no es más que una cuestión de terminología porque de lo que se trata precisamente es de saber cuándo existe intención de contraer un vínculo jurídico gratuito y cuándo existe simplemente intención de cortesía. Lo cual es una delicada *quaestio facti* o de circunstancias del caso concreto (v. el caso Perino cr. Rabezzana, en el vol. II, "Casuística").

un vínculo jurídico en un contrato típicamente jurídico, v. supra nota en apéndice al § 1.

11 Sobre el estado actual de la cuestión, cfr. Asquini, en *Riv. dir com.*, 1952, II, págs. 1 y sgtes y las citas de jurisprudencia y doctrina que incluye; Forchielli, *Deposito di cortesia o deposito gratuito*, en *Riv. Trim. dir. e proc. civile*, 1953, págs. 290 y sgtes.; y para el transporte amistoso de cosas, Pacifici, en *Foro it.*, 1952, I, pág. 1.508; Planiol, *Traité pratique*, cit. VI, núms. 38 y 99; Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, (Tesis), París, 1931, págs. 25 y 29; así como la nota de la *Revue Trim. de droit civ.*, 1933, página 875 al caso X contra Y, Corte de Rouen, 17-11-1933, v. vol. II, "Casuística".

La cuestión que en estos casos plantean los autores y la jurisprudencia no es tanto la de la obligación de llevar a cabo el transporte (hasta su destino) como la del cumplimiento imperfecto, y por tanto, la de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad en caso de accidente; cuestión que tiene importantes consecuencias en relación con la carga de la prueba y, en definitiva, con la medida de la responsabilidad, ya que la impuesta en el artículo 1.218 del Código civil italiano (1.147 del C. c. francés) se aproxima mucho a la garantía de un resultado.

La cuestión del cumplimiento defectuoso *(misfeasance)* en relación con el no cumplimiento *(non feasance)* se había presentado ya en el *common law* en la historia de la acción de *assumpsit;* acción de carácter ambiguo entre delictual y contractual (v. infra § 26, precisamente sobre un caso de transporte); como precisamente, aún hoy, en caso de accidente es equívoca la posición de la responsabilidad contractual y de la extracontractual. De modo que ésta puede también derivarse de una "conducta concluyente (del porteador) que justifique en la otra parte la expectativa de cautelas idóneas para asegurar la seguridad personal durante el viaje, aún cuando no exista la promesa ni la garantía de llegar hasta el lugar de destino". Este interesante pasaje de Betti (*Neg. giur.*, cit. 2.ª ed., pág. 90) recuerda la primera fase del *assumpsit*, antes de que se convierta en una verdadera y propia acción contractual, fase que se fundaba precisamente en el *assumpsit* (expreso) como justificación de la expectativa o confianza *(reliance)* de la otra parte. Pero aquí el *assumpsit* (el encargarse del transporte o de una prestación de esta naturaleza) era expreso y generalmente concurría una contraprestación *(consideration):* v. infra § 26.

Tampoco puede decirse que en el caso del depósito lo decisivo (hasta el punto de hacer que resulte indudable la intención jurídica, salvo claras reservas) sea el concepto de la entrega o la exigencia de proteger a quien confía a otro sus propios bienes. Pues una entrega y también una exigencia semejantes se presentan en el caso de quien confía los propios bienes o la propia persona a otro para su transporte. En este aspecto no existe ninguna diferencia entre entregar la cosa en depósito y entregarla para su transporte: es más, en este último caso y especialmente cuando se trate de transporte de personas, los efectos o los riesgos pueden ser más graves. Pero la distinción entre los dos casos sólo puede fundarse sobre la costumbre social en el sentido aludido, es decir en el sentido de que según nuestras costumbres (las de nuestra sociedad o las de otras semejantes) el hecho de recibir cosas o personas a bordo no significa en los casos normales querer contraer un vínculo jurídico ni que la otra parte haya querido tampoco un vínculo semejante (aparte de la simple responsabilidad por la custodia de las cosas). Además, hay una consideración muy importante que contribuye a la formación y a la consolidación (actual) de esta costumbre: es la de que los riesgos del transporte para el porteador son mucho más graves que los del depósito; la prestación tiene, por así decirlo, un carácter dinámico, requiere un hacer, un dispendio de energía y de atención muy intenso, si se la compara con la prestación propia del depósito, en cierto modo estática y más simple. Así que, *por una parte,* quien recibe gratuitamente a bordo cosas ajenas normalmente no entiende que asuma jurídicamente tales riesgos ni que quede obligado a una prestación tan gravosa; y mucho menos cuando se trate de recibir a bordo a otras personas, caso en el que los riesgos o las responsabilidades son todavía más graves. *Por otra parte,* a la conciencia social no le parece justo imponer tales riesgos y responsabilidades contractuales,[12] más graves que las del depósito, a menos que resulte claramente la intención de contraer (gratuitamente) un vínculo jurídico, V. también infra § 16 sobre las promesas *interesadas.*[13]

12 Sobre la mayor gravedad de la responsabilidad contractual respecto a la extracontractual, v. la nota anterior.

13 Generalmente, será un interés del porteador en el cumplimiento del transporte (interés no consistente en una contraprestación) lo que servirá como criterio para ver si existe intención de vincularse jurídicamente y, sobre todo, si la condena es *justa* y en qué medida lo es (v. infra, notas 24 y siguientes). Por ej.: transporte del médico, realizado por un familiar del enfermo hasta la casa de éste: v. otros ejemplos en Betti, op. cit., pág. 88;

Esta costumbre, esta conciencia social, va consolidándose cada vez más en la sociedad contemporánea, ya que los riesgos del transporte, dada la rapidez y la peligrosidad de los medios, la complejidad del tráfico, etc. van cada día en aumento.[14]

En cuanto al mandato, se le solía considerar en el aspecto, casi real, de la entrega de un derecho o de un bien: v. supra § 3, *a*. Este elemento de la entrega se mantiene aún hoy en cierto modo y se une (para determinar la intención de contraer un vínculo jurídico, casi indiscutible, salvo claras reservas) a la costumbre social de contraer normalmente un vínculo de esta naturaleza y a la exigencia comúnmente sentida de proteger tal vínculo. Por lo demás, las responsabilidades y los riesgos de un mandatario a título gratuito no son tan graves; además el mandatario, lo mismo que el depositario, puede frecuentemente librarse del mandato, con tal de que no lo haga de forma intempestiva (v. también § 27, *c*).

En conclusión: en los casos mencionados en este apartado se trata de *pactos vestidos*, en los que la vestidura viene constituída por el elemento real y a la vez típico, en cuanto revela la intención de vincularse en el plano jurídico (esto por lo que se refiere a las obligaciones del depositario, del mandatario, del comodante, y del mutuante). En el caso del transporte, por el contrario, aún subsistiendo el elemento real falta el elemento típico en el sentido indicado (costumbre). De manera que en el caso del transporte mal realizado *(misfeasance* en el *common law)* el problema va unido al que seguidamente examinaremos, lo mismo que el problema de la obligación de continuar el transporte hasta llegar a su destino, una vez *coeptum* (una vez recibida a bordo la cosa o la persona).

ver también supra § 3, *b*. Con lo que, en realidad, se pasa frecuentemente al campo de las llamadas promesas interesadas: infra § 16 (v. también la Casuística en el vol. II).

14 Estoy pues de acuerdo con lo que sobre esto escribe Forchielli (op. cit. en nota 11) sobre las razones de la diferencia de trato entre depósito y transporte. Con alguna divergencia, sin embargo: divergencia relativa en particular a la importancia excesiva concedida por él (en obsequio a cierta teoría dominante: v. supra nota en apéndice al § 1) a la tipicidad del depósito respecto a la intención de vincularse jurídicamente; tipicidad que viene a ser una misteriosa "sustancia social" del depósito y de los negocios típicos y que, como los franceses, yo llamaría simplemente "*moeurs*". La posibilidad de encontrar hipótesis de transporte no vinculante y la pretendida imposibilidad de hipótesis semejantes en el depósito (a la que frecuentemente alude Forchielli) no son sino *quaestiones facti* en las que juegan presunciones opuestas, en relación con tales "moeurs" y con los criterios de justicia a que hace poco aludíamos: v. supra nota en apéndice al § 1.

e) *Continuación: las promesas a título gratuito (de prestaciones distintas de la de dar) no acompañadas del elemento real.*

Si surgen dudas aun en el caso del depósito real o del transporte real, fácil es imaginar los delicados problemas que surgirán en el caso de la promesa (a título gratuito) de recibir en depósito, de entregar en mutuo o en comodato, de realizar un transporte y, en general, de prestar servicios a título gratuito, tales como los de médico, ingeniero, criado, etc., de pintar un cuadro, de dar la propia sangre,[15] etc. etc.

Aquí, usando la terminología propia del *common law* a propósito del *assumpsit* (v. nota 11), no se trata simplemente de la *misfeasance,* lo que podría por lo menos dar lugar a una responsabilidad extracontractual, con la consiguiente limitación de la importancia del problema desde el punto de vista práctico (v. nota 11). Aquí se trata de la *non feasance,* cuando, después de la promesa, se nos niegue la recepción del depósito, la entrega en comodato o en mutuo, la realización del transporte, etc. (v. supra § 3, *b*).

Entonces la intención de contraer un vínculo jurídico, en ausencia de una forma *omnibus* y significativa *por sí misma* (como la *stipulatio*) o de una cláusula penal (casi absurda en semejantes promesas gratuitas) resulta muy problemática, aunque pueda existir en ciertos casos concretos. Sobre este punto hemos de remitirnos al § 3, *b,* que pretendía ser una especie de introducción histórica especialmente con relación al problema que estamos tratando.

Ciertamente, eliminaría toda duda un escrito redactado según ciertas fórmulas solemnes tradicionales, como por ejemplo: "El que suscribe promete entregar en mutuo gratuito la cantidad de un millón de liras, o su propia casa en comodato durante tres años a Ticio...," u otra semejante. Estas fórmulas tienen ya desde hace tiempo un carácter meramente traslaticio o de estilo en los contratos típicos de cambio (en los que servían para superar la exigencia de la *res:* v. supra §§ 3 y 4), pero conservan sin embargo cierto valor en los contratos atípicos y en las promesas del carácter de las indicadas, para revelar la voluntad de obligarse en el plano jurídico. Por eso, estas fórmulas representan todavía hoy

15 V. nuestra nota al caso Cecchini-Giacomello en el vol II, "Casuística".

un *vestimentum* y no son un mero vestigio de la *stipulatio*. Pero son muy raras en los casos que examinamos.[16]

Tampoco la exigencia de un escrito[17] resolvería por sí misma el problema. Piénsese en una carta redactada en estos términos: "Querido amigo: mañana te entregaré la cantidad de ... liras que me has pedido en préstamo." Sólo la exigencia de una respuesta o aceptación escrita, *en términos formales* y no impugnada por la otra parte, podría resolver la duda sobre la intención de obligarse jurídicamente (pero sobre esta aceptación formal, v. infra § 17).

¿Cómo resolver entonces el problema? Algunos lo cortan de raíz negándose a admitir, todavía hoy, una promesa de comodato, de mutuo o de un contrato semejante.[18]

Otros llegan prácticamente al mismo resultado considerando estos casos como donaciones (obligatorias), al menos por lo que se refiere a las promesas de comodato y de mutuo; es decir, volviendo a la idea del *vestimentum* consistente en el esquema formal-causal de la donación.[19]

Pero muchos autores, cierta jurisprudencia y algunos códigos admiten expresamente una promesa gratuita y no formal de comodato, de mutuo, de transporte, de recibir en depósito y de prestar servicios en general.[20] Y, frecuentemente, para sancionar el

16 V. sin embargo en el vol. II "Casuística", el caso Fellmann-Mathebs, en el que concurrían *causes raisonnables, plausibles et justes*, tanto para inducir a Fellmann a hacer una promesa escrita de esa naturaleza como para inducir al juez a entender que existía tal intención, así como que la condena de Fellmann era *justa*.

17 Tal propuesta para resolver la duda sobre la intención jurídica fué hecha, por ej., por el *Law Revision Committee* inglés de 1937; pero la propuesta ha sido justamente criticada, entre otras razones, por las que nosotros hemos mencionado en el texto. En cuanto al requisito de la prueba escrita en el Derecho escocés, v. infra § 36. La exigencia de la forma escrita incluso para la aceptación podría servir para eliminar las dudas; v. nota 21.

18 Venezian, *La causa nei contratti*, Roma, 1892, págs. 67 y sgtes.: en principio solamente sería obligatoria la promesa en una relación de cambio o en un contrato real (analogías con el *common law*); Ascoli, *Trattato delle donazioni*, cit. págs. 131 y sgtes.: la promesa de comodato se incluiría siempre entre las relaciones amistosas, de cortesía, de favor, etc.

19 V. autores citados supra § 7, nota 11 y el mismo Ascoli (op. y loc. cits.). Alguno exige la forma de la donación, aún cuando el contrato sea real, en los casos más graves de empobrecimiento y de correlativo enriquecimiento: v. supra § 7, notas 4 a 7.

20 Es la opinión que empieza a afirmarse con los primeros triunfos del iusnaturalismo (v. Voet, Pothier, Richeri, etc., cits. supra §§ 4 y 5). Opinión casi unánime entre los franceses: Aubry et Rau, *Cours de droit civ. français*, París, 1902, IV, § 340, pág. 467, nota 6; Baudry Lacantinerie, *Traité théor. et prat. de Droit civil, Obligations*, I. núm. 23; Planiol, *Traité pratique*, cit. VI, números 119-121, y autores citados por Baudry y Planiol; Savigny, *Obligations*, cit. II, § 77, nota 1.

Todos los autores franceses, invocando el principio del nudo consentimiento,

pacto autores y jurisprudencia invocan en estos casos el principio del nudo consentimiento, considerándolos como casos clásicos en los que tal principio operaría (v. supra § 4, nota 23 y § 5, *b*, nota 6: Pothier, Richeri, Voet, etc.).

Sin embargo, quedan en pie las dudas acerca de la intención de contraer un vínculo en el plano jurídico, junto con los graves inconvenientes a que da lugar el abandono del concepto tradicional de los contratos reales.[21]

Frente a semejante situación de incertidumbre, se recurre en la sustancia (si no en las palabras) al criterio objetivo de la *cause raisonnable ou plausible,* unido como veremos al de la *cause juste.* Se indaga el *motivo* o el interés particular (subjetivo) que ha inducido al promitente; y se toman en cuenta todas las circunstancias del caso concreto. El *conjunto* de estos motivos y circunstancias debe, desde un punto de vista *objetivo,* hacer plausible o explicable la asunción de un vínculo jurídico.[22]

citan el caso Fellmann-Mathebs, una especie de *leading case* en la materia, en el que se invoca dicho principio (v. vol. II "Casuística"). Cfr. también el *obiter dictum* sobre una promesa de transporte en la sentencia del Tribunal de Dijon, 9-10-928, *Gazette de Palais,* 1928, 2, 885 y también otras sentencias citadas por Planiol, *Traité Pratique,* VI, pág. 154.

En cuanto a los códigos v. arts. 305, 312, 472 del Código suizo de las obligaciones; 610 del C. c. alemán; 538, 635, 718 del C. c. egipcio; 1.822 del Código c. italiano. En cuanto al art. 1.681 del C. c. italiano, sobre el transporte gratuito, cabe preguntar si en él se considera sólo el caso de *misfeasance* o de *opus coeptum,* o también el de *non feasance* (v. supra, nota 11).

21 Estos inconvenientes han sido denunciados por los mismos comentaristas del C. suizo de las oblig. Cfr. Guhl, *Le droit féd. des obligations,* Zurich, 1946, pág. 268, sobre el mutuo (sobre el comodato y el depósito v. páginas 266 y 333).

Para ciertos casos más graves, como el arrendamiento gratuito de inmuebles por más de nueve años, nosotros tenemos el documento escrito (argumento por analogía del art. 1.350, núm. 8 del C. c. italiano).

Pero dados los inconvenientes y las dudas a que se alude en el texto, sería muy oportuno, si se abandonara la idea del contrato real, requerir por lo menos la forma escrita para las promesas de comodato, de mutuo, y en general de servicios a título gratuito, precisamente cuando falte la *res* (forma escrita incluso *para la aceptación:* v. supra nota 17). De esta manera habría para tales "liberalidades" de segundo grado una forma menos compleja que haría *pendant* con la forma que se exige para las liberalidades de primer grado (la donación) y serviría también como protección del promitente en los casos más graves: v. supra §§ 8 y 7, notas 4, 5 y 11.

22 Para darse cuenta de esta exigencia de la *cause raisonnable* como criterio objetivo, véase la investigación profunda y extensa hecha por el juez en el clásico caso Fellmann-Mathebs en el vol. II y otros casos allí citados.

Por lo demás, la jurisprudencia y la doctrina italianas fundan la distinción entre transporte de cortesía y transporte gratuito (con intención de contraer un vínculo jurídico) precisamente sobre la existencia, en el segundo caso, de un interés "apreciable" del porteador que explique o justifique desde un punto de vista objetivo la asunción del vínculo jurídico: v. Peretti Griva,

Esta *cause raisonnable,* en cuanto criterio objetivo, constituye ya por sí misma una limitación al principio del nudo consentimiento y por tanto viene a ser como un *vestimentum* del pacto; frente a un caso de contrato típico de cambio no habría que hacer averiguaciones de esta naturaleza (como las del caso Fellman-Mathebs) precisamente porque, como ya lo advertía Grozio, basta una *causa civilis* (el tipo) para revelar la intención de vincularse en el plano jurídico: v. supra § 4, *d.*

A primera vista y "en teoría" parece que tal "*cause raisonnable*" se reduzca a una *quaestio facti* sobre la intención de contraer un vínculo jurídico (v. supra § 4, *d,* nota 20). Pero hay que pensar cómo ocurren las cosas en la realidad. Ante un contrato totalmente atípico o ante una promesa gratuita no formal, la carga de probar la intención de contraer un vínculo jurídico incumbe al actor, en caso de que el demandado (promitente) la niegue (v. supra nota en apéndice al § 1). Ahora bien, si el actor sostiene que la promesa (de comodato, de mutuo, de transporte, etc.), fué hecha como un favor, por relaciones de amistad, de gratitud, de delicadeza, etc.,[23] por alguno de aquellos sentimientos que, como dice Demogue, constituyen "*la grandeur de l'homme*", entonces se coloca precisamente en aquel terreno en el que la intención de obli-

en *Riv. Dir. Comm.* 1948, I, págs. 109 y sgtes.; Asquini, en *Riv. dir. comm.* 1952, II, págs. 1 y sgtes. y las citas que incluye; Betti, *Neg. giur.* cit. página 88. Para la jurisprudencia francesa, v. vol. II.

En cuanto a esta "*cause raisonnable*" que debería explicar desde un punto de vista objetivo la asunción de un vínculo jurídico, podría citarse también a los autores franceses. Cfr. por ej., Demogue, op. cit. II, núms. 746, 747 (*explication normale dans l'état actuel des moeurs*): "*Il ne faut pas chercher à donner des moyens purement mécaniques pour savoir si une obligation doit être respectée comme ayant un but suffisant. Il faut se demander si dans la réalité des faits telle promesse doit être consacrée par le juge parce qu'elle a une explication plausible pour celui qui l'a faite et qu'elle ne contredit pas directement l'intérêt général. C'est ainsi au fond que procéde la jurisprudence*".

Cfr. también en el mismo sentido Beaudant, *Cours de Droit Civil Français,* 2.ª ed. París, 1936, vol. VIII, núms. 64, 193 y 195. V. también Capitant, *De la cause des obligations,* París, 1923, págs. 130 y sgtes.

Sin embargo, este concepto de los autores franceses citados cae después en la vaguedad y en el equívoco al venir referido confusamente a todas las obligaciones tanto de dar como de otra índole, tanto a título oneroso como gratuito, al problema de la distinción entre propuesta contractual y mera iniciativa, a la causa lícita, al objeto imposible, etc.

También Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni,* Milano, 1948, vol. II, páginas 48, 60 y 61, considera que el criterio de la "causa" que *justifica* "una voluntad consciente y seria", se extiende a todas las promesas u obligaciones.

23 En el caso de promesa de mutuo, de comodato o de servicios, hecha para cumplir una obligación natural (caso raro) podría verse más fácilmente la intención de contraer un vínculo jurídico, con tal de que se tratase de obligación natural en sentido estricto. Pero esto resulta siempre muy dudoso.

garse jurídicamente resulta dudosa y en el que le resultará fácil al demandado responder que precisamente tales "causas" revelan la ausencia de una intención semejante. El Juez, en ausencia de la forma o de otras fórmulas solemnes (escritas; v. supra nota 16) y por el principio del *favor debitoris*, en la duda absolverá al demandado. Tampoco conviene olvidar que los presupuestos y las condiciones en que se habría contraído el hipotético vínculo jurídico harían surgir de nuevo la cuestión (v. supra § 3, *b*).

En la práctica, para vencer en la cuestión de la prueba de dicha intención, el actor o promisario deberá demostrar un interés del promitente que justifique y explique desde un punto de vista *objetivo* la asunción del vínculo: de este interés es de lo que, en definitiva se trata en los casos prácticos (v. supra, nota 22). Y será también este interés del promitente lo que explique y justifique que el promisario (actor) haya podido *confiar* en la promesa.

En cualquier caso, si *en teoría* se quiere sostener que se trata de una mera averiguación de la intención *(quaestio facti)* y que la vestidura de la *cause raisonnable* es demasiado tenue para que pueda hablarse de pacto vestido, puede sostenerse. Se tratará de unos pocos casos en los que será válido el pacto nudo.

Sin embargo, en la realidad práctica la cuestión parece no detenerse en la *cause raisonnable.*

Ciertamente, los casos judiciales de promesas de comodato, de mutuo y similares a título gratuito, son raros. Pero puede argumentarse con base en el clásico caso Fellman-Mathebs y sobre todo, por analogía con los casos del llamado transporte "gratuito" aunque, como hemos advertido, estos se refieren más bien a la *misfeasance* (cumplimiento defectuoso).

De donde resulta, si no nos equivocamos, que para explicar la intención de contraer un vínculo jurídico, además de la *cause raisonnable* se requiere un *quid* que se puede llamar *causa justa.*[24] Concretamente, se exige un complejo de circunstancias que *justifiquen* la condena del promitente en la balanza de los intereses en conflicto: balanza en la que entran el interés de quien ha recibido la promesa *sin tener que hacer un sacrificio a cambio de ella*[25] y el

24 Utilizo este término tomándolo del "*motif raisonnable et juste*" de Domat (supra § 5, *a*). Probablemente, en Domat la calificación de "*juste*" no debería referirse a las donaciones, en las que existe la forma como elemento protector, sino precisamente a las promesas a título gratuito que estamos examinando.

25 Criterio tradicional de "equidad": cfr. el pasaje de los intérpretes medievales citado en § 1, nota 2.

interés de quien ha hecho tal promesa (sobre esto v. también infra § 20, *b*). Entre estas circunstancias se incluyen:

— el perjuicio o daño que sufriría el promisario en caso de incumplimiento de la promesa (v. también § 27, *b*, *c*);

— y el que sufriría el promitente en caso de cumplirla;

— la concreta confianza que el primero ha depositado en la promesa;[26]

— ciertos méritos suyos que justifiquen la promesa misma (véase Domat, cit. en nota 24 y el caso Fellman-Mathebs en el vol. II);

— el interés especial del promitente al hacer la promesa y el beneficio que de ella ha obtenido, aunque tal beneficio no consista en una contraprestación (v. § 16);

— cierta mala fe del promitente al negarse a cumplir la promesa (es la idea tradicional del dolo, *deceit, tricherie;* supra § 1, *b*).[27]

26 Cfr. sobre esta confianza o *reliance*, infra §§ 17 y 27, *b*, *c*. Ya Pothier tendía a configurar, por ej., el transporte gratuito como un mandato, destacando así la confianza propia del mandato (*Traité du contrat de louage*, número 395).

En mis "*Appunti sul contratto obbligatorio*, etc." (en *Riv. Trim. dir. e proc. civile*, 1953), en nota 26, núm. 4 bis proponía el siguiente ejemplo: "mañana debo ir a Roma para un asunto importante; ¿me llevas en tu automóvil?; si no, buscaré otro medio"; y casos semejantes.

Asimismo, mientras en el caso del depósito real la confianza del depositante resulta de la entrega de la cosa, en el caso de la promesa de recibir en depósito haría falta probar una concreta confianza del promisario ("mañana me marcho: no puedo abandonar mis cosas; ¿quieres venir mañana a llevártelas o te las traigo para que tú las custodies?", y casos semejantes).

Así en la promesa de mutuo ("Mañana debo concluir un negocio: ¿prometes darme mañana tal cantidad en préstamo?"; y casos semejantes); la *cause juste* podría consistir también en el hecho de que el promitente conocía tales necesidades particulares del promisario.

La carga de la prueba de estas circunstancias y del daño consiguiente nos aproxima, como veremos, a la responsabilidad extracontractual (v. también § 27, *b*, *c*).

27 En relación con todas las indicadas circunstancias, podría argumentarse también sobre la base de lo que dicen nuestros códigos acerca de la revocación (o pretensión de restitución) del comodato real: art. 1.809 C. c. italiano; 1.889 C. c. francés, y concordantes.

El motivo justo para esta revocación tiene un alcance más amplio en el caso de *promesa* de comodato y en general de servicios a título gratuito, ya que entonces falta aquella confianza y aquella situación estable determinadas por la *res* (entrega de la cosa) y que exigen una mayor tutela del comodatario. Motivos justos que tienen el valor objetivo de criterios de justicia o equidad, más que el valor subjetivo de presupuestos (v. supra § 3, *b*).

Puede argumentarse también por analogía partiendo de la posibilidad de abandono del mandato o del depósito, con tal de que se notifique en tiempo oportuno a la otra parte y de que tal abandono no dé lugar a daño; posibili-

Elementos todos que, al constituir la *cause juste*, representan indudablemente una vestidura del pacto y una limitación al principio de vinculación por el nudo consentimiento. En realidad, en la mayor parte de los casos, como ha advertido un agudo escritor del *common law* y del Derecho comparado, estos elementos confieren un carácter extracontractual a la responsabilidad del promitente.[28] ¿Qué mayor vestidura para un pacto que estos elementos *extracontractuales* en una cuestión de responsabilidad *contractual?*

Para determinar la responsabilidad por incumplimiento de un contrato de venta o similares, no se entra en averiguaciones sobre si el comprador, demandante en juicio, ha depositado una concreta confianza en la promesa del vendedor (basta con la prueba general de la confianza que resulta de la aceptación: v. § 17). Y por parte del vendedor, la excepción de que el comprador no ha depositado una concreta confianza en la promesa o de que él mismo — vendedor — no obra de mala fe, no tendría sentido ni para excluir la condena a la *ejecución en forma específica* ni la que se dirigiera al resarcimiento de los daños. Basta con la promesa, es decir, con el contrato. Igualmente, para excluir la condena a la ejecución en forma específica no tendría sentido la excepción de que el comprador o el arrendatario no había de sufrir daño alguno por la privación de la cosa.[29] Basta con haber concedido el derecho sobre dicha cosa.

Algunas de estas excepciones, salvo quizá la del *beneficium*

dad todavía más amplia cuando se trata de una simple promesa, es decir, cuando el *opus* no haya sido todavía *coeptum*.

También todos estos elementos nos aproximan a una responsabilidad extracontractual (v. § 27, *c*).

28 Mason, *The utility of consideration. A comparative view*, en *Columbia Law Review*, 1941, vol. 41, págs. 838-839, quien demuestra que en sustancia, la responsabilidad del promitente en estos casos se funda más en el artículo 1.382 del C. c. francés (2.043 italiano) que en la promesa como contrato. Mason invoca también a este propósito cierta analogía con el concepto de la *reliance* que se encuentra en el § 90 del *Restatement* americano sobre contratos (v. infra § 27), poniendo de relieve que el fundamento de la acción es la prueba del daño, o sea una promesa que haya *causado* un daño.

Como ya he tenido ocasión de decir en la Introducción, para entender cómo vienen tratadas en la realidad estas promesas de servicios a título gratuito, debo más a Mason y a sus argumentos de comparatista que no a todas nuestras discusiones sobre el nudo consentimiento, la causa, etc.

Una concepción análoga, de una responsabilidad extracontractual fundada en el hecho de haberse encargado del transporte, puede verse, me parece, en el pasaje antes citado de Betti, *Neg. giur.* pág. 90 (v. supra nota 11).

29 Por el contrario, véanse los razonamientos del juez en el caso Fellmann-Mathebs para llegar a condenar al demandado a la entrega del local prometido a título de comodato.

competentiae, no tendrían valor tampoco en una donación formal, precisamente porque en ella existe la vestidura de la forma; como probablemente no tendrían valor si la promesa de servicios gratuitos hubiera sido hecha en documento notarial (caso académico) o en los términos solemnes mencionados: v. supra nota 16.

En la práctica, pues, los dos criterios de la *cause raisonnable* y de la *cause juste* tienden a confundirse (en el "*motif raisonnable et juste*" de Domat; v. § 5, *a*). En realidad, aquel conjunto de circunstancias que hace que sea *justa* la condena del promitente, sirve al mismo tiempo para que sea plausible, razonable, o explicable desde un punto de vista objetivo, el hecho de que en tales circunstancias una persona haya hecho una promesa gratuita de servicios con la intención de obligarse en el plano jurídico.[30] Por lo demás, y aplicando esta concepción al contrato oneroso, puede decirse que la causa o fin de obtener el precio hace objetivamente *plausible* (muy plausible) la intención del vendedor de vincularse en el plano jurídico y, al mismo tiempo, *justifica* que la promesa del vendedor pueda ser sancionada jurídicamente (v. § 1, *b*).

f) *La fianza y la promesa de una garantía.*

Merecen una mención estas promesas, aunque sólo sea por el interés que presentan frente a la actitud del *common law.*

No ofrece ninguna duda el caso de la fianza o la promesa de prestar una garantía (aunque sea real, y aunque la preste el mismo deudor) cuando haya sido hecha en el momento de surgir el crédito, de concederse una moratoria o de otra modificación de la relación. El hecho de que el acreedor no esté dispuesto a conceder el crédito o a hacer tales concesiones si no es a condición de recibir la garantía, justifica suficientemente la promesa (véase también infra sobre el *common law* § 35, *c*).[31] La única duda puede surgir en el caso de la fianza, en cuanto a la intención de contraer un vínculo en sentido jurídico.[32]

30 Este criterio objetivo de plausibilidad y de justicia no tiene nada que ver con la concepción de la función económico-social del contrato (v. infra § 19, especialmente *b*).

31 A este caso se refiere Pothier, *Traité des oblig.* núm. 365, para justificar que la fianza "no se incluye dentro de la categoría de los contratos de beneficencia" (curiosa justificación, dado su principio del valor del nudo consentimiento).

32 Nuestros códigos (por ej., art. 2.015 C. c. francés; 1.937 C. c. italiano) exigen una manifestación expresa de la voluntad de garantizar; lo que Demo-

Las dudas surgen, sin embargo, cuando la fianza o la promesa de garantía hayan sido hechas con relación a un crédito ya existente y sin ninguna de aquellas contrapartidas; y a veces se tiende, también aquí, a exigir una *cause raisonnable et juste*.[33] No obstante, también en este caso parece que en el *civil law* (al contrario de lo que ocurre en el *common law*, v. infra § 35, *c*) la existencia de una deuda pueda ser causa suficiente de la fianza o de la promesa de garantía, estimándose, en definitiva, que por parte del deudor su deber es asegurar lo mejor posible el cumplimiento; y que por parte del tercero, éste hace una cosa justa al garantizar el cumplimiento de las deudas ajenas. Además, la concreta confianza despertada en el acreedor y sus importantes consecuencias justifican la obligación de garantía.[34] De manera que, también en este caso el único problema parece ser el de la existencia de una verdadera intención de garantizar, más dudosa en el caso que examinamos (pero v. nota 33). Indudablemente, otra cosa sucede en las relaciones entre el fiador y el deudor.

g) *Conclusión.*

Para terminar: en todos los casos examinados en el presente parágrafo, que serían los casos clásicos en los que se invoca el principio del nudo consentimiento, se trata en realidad de pactos vestidos, aun cuando a veces la vestidura sea (sólo en apariencia) muy tenue; y aunque los autores no siempre hayan tenido en cuenta la *cause raisonnable* y especialmente la *cause juste* (responsabilidad extracontractual).

Desde el § 9 hasta éste hemos ido pasando revista a todos los posibles contratos o pactos atípicos y a los contratos o pactos a título gratuito, y hemos visto que están más o menos vestidos; mientras que en los contratos onerosos típicos (cambio típicamente económico) la vestidura consiste precisamente en el tipo.

Pero en los §§ siguientes tendremos ocasión de ver que el pretendido principio del nudo consentimiento sufre otras limitaciones muy importantes.

gue, op. cit. I, 280, equipara a una forma. El C. c. alemán, art. 766, exige la forma escrita.

33 Cfr. Demogue, op. cit. II, núms. 770 y 772. V. también en el vol. II, los casos incluídos: v. "fianza" en el índice alfabético.

34 Sobre el caso de promesa de garantía por parte del deudor, v. Demogue, op. y loc. cits. y jurisprudencia que cita. Para la fianza se invoca, como *explication suffisante*, "*le seul désir de cautionner*" (Demogue, op. cit. II, número 770). Cfr. también Planiol, *Traité pratique* cit. VI, núm. 255.

Nota del Traductor. — *Las prestaciones (de hacer o de no hacer) desprovistas de carácter típicamente económico o, dicho de otro modo, las prestaciones que normalmente no suelen constituir el objeto de un contrato, plantearán en primer lugar el problema de su misma aptitud para constituir el objeto de una obligación. Problema que se relaciona con el que suele plantearse la doctrina al estudiar los requisitos de la prestación, entre los cuales se duda si debe ser incluído el requisito de su* patrimonialidad. *Como criterio intermedio entre las dos soluciones radicales que cabría dar al problema, nuestra doctrina suele acoger el patrocinado por Scialoja, Ruggiero, Messineo, etc., a base de distinguir entre el* interés del acreedor *y* la prestación en sí misma. *Según tal criterio, la prestación en sí misma habrá de ser susceptible de valoración económica, aunque el interés que el acreedor tenga en dicha prestación pueda ser de carácter no económico (moral, religioso, humanitario, científico, etc.); v. Castán, 8.ª ed., III, pág. 46; v. también nuestras notas al § 20.*

La exigencia de que el objeto de la prestación deba tener necesariamente contenido económico responde a la idea de que si no lo tuviera no habría posibilidad de hacer efectivo el derecho del acreedor en caso de incumplimiento. Es, por lo tanto, un problema que se planteará no en la fase de nacimiento de la obligación, ni en la de cumplimiento voluntario, sino en la fase de incumplimiento, dadas las dificultades que puede ofrecer la ejecución forzosa de una obligación de esta índole. Y es, además, un problema que se planteará generalmente a propósito de las obligaciones distintas de la obligación de dar, ya que no es fácil imaginar una prestación de dar una cosa que carezca de valor patrimonial. Por otra parte, aun admitiendo la posibilidad de que la obligación de dar recaiga sobre la entrega de una cosa sin valor patrimonial (por ejemplo, una carta, un recuerdo de familia), cabría la ejecución en forma específica prevista en el art. 926 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a tenor del cual "cuando, en virtud de la sentencia, deba entregarse al que ganó el pleito alguna cosa inmueble (y lo mismo cuando la cosa fuere mueble y pudiere ser habida, como expresamente prevé el párrafo segundo) se procederá inmediatamente a ponerlo en posesión de la misma, practicando a este fin las diligencias que solicite el interesado". Por lo tanto, admitida la posibilidad de que la sentencia imponga el cumplimiento en forma específica, nada hay que se oponga a que el objeto de la obligación de dar sea una cosa desprovista de valor económico.

Pero, como queda advertido, el problema se planteará más bien en las obligaciones distintas de la de dar, y a estas obligaciones es, por otra parte, a las que se refiere este §. Veamos pues si en tales obligaciones carece el acreedor de la posibilidad de hacer efectivo su derecho en caso de incumplimiento cuando lo prometido sea una prestación desprovista de carácter típicamente económico.

Para ello, y ante la insuficiencia de las disposiciones contenidas en

los arts. 1.098 y 1.099 del Código civil, conviene también examinar las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de ejecución de sentencias, reglas bastante minuciosas y detalladas en lo que concierne a las obligaciones de hacer y de no hacer. Trataremos de resumirlas:

Art. 923. — *Admite que la sentencia contenga una condena* de hacer o de no hacer. *Y establece que "se procederá a darle cumplimiento, empleando los medios necesarios al efecto". Si, por cualquier causa, la ejecutoria no puede tener inmediato cumplimiento, "podrá decretarse el embargo de bienes a instancia del acreedor en cantidad suficiente, a juicio del juez, para asegurar lo principal y las costas de la ejecución".*

Art. 924. — *Prevé la posibilidad de que el obligado incumpla no ya la obligación que concertó sino la sentencia que le condenó* a hacer. *En tal caso, "se hará a su costa" lo que el condenado debía hacer y no hizo. Pero todavía llega a más la previsión del legislador: "Si por ser personalísimo el hecho no pudiera verificarse en esta forma, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios".*

Art. 925. — *Quebrantamiento de la sentencia que condenó a* no hacer. *Se entenderá también que el condenado opta por el resarcimiento de perjuicios.*

Estas reglas de la Ley de Enjuiciamiento Civil han servido de punto de partida para que en nuestra doctrina se tienda a superar aquella concepción intermedia o ecléctica que se cifraba en distinguir entre el interés del acreedor (no necesariamente económico) y la prestación considerada en sí misma (necesariamente susceptible de valoración económica). Tendencia patrocinada por Hernández-Gil, que acoge sin reservas la idea de la admisibilidad de una prestación que en sí misma no tenga valor patrimonial (referencia oral tomada de las explicaciones de Cátedra en la Universidad de Madrid durante el curso 1955-56). A la vista del art. 924 de la L. E. C. entiende que no hay inconveniente en aplicar este precepto cuando la obligación tenga por contenido una prestación de hacer desprovista de valor patrimonial, pues cualquiera de las reglas que contiene el art. 924 podría aplicarse a este caso. En primer lugar, cabe que la sentencia contenga una condena dirigida al cumplimiento en forma específica, señalando un plazo para que el obligado haga aquello que se obligó a hacer. Si éste niega su cooperación al cumplimiento de la sentencia, cabe que la prestación de hacer "se haga a su costa". Y en tercer lugar, si esta última solución es inaplicable por tratarse de un hecho personalísimo, quedará obligado al resarcimiento de perjuicios. A propósito de esta tercera regla, observa Hernández-Gil que la indemnización de los perjuicios a que se refiere el art. 924 no deriva del ejercicio por parte del acreedor de una acción dirigida precisamente a obtener tal indemnización, sino que se produce como consecuencia de la ejecución forzosa, aunque el acreedor haya ejercitado una acción dirigida a obtener no la indemnización sino el cumplimiento en forma específica, y aunque la sentencia haya condenado al demandado a dicho cumplimiento específico (es decir, a hacer aquello que prometió). Así

se desprende del texto del art. 924, al decirse que "se entenderá que opta (el condenado a hacer) por el resarcimiento de perjuicios; no es pues el acreedor quien pide el resarcimiento, sino que es el deudor quien se entiende que "opta por el resarcimiento".

Pero todavía lleva más lejos esta argumentación. Reconoce que si los intereses en juego no son económicos podrán surgir dificultades para justificar que se imponga la reparación pecuniaria de un interés no patrimonial. Dificultades que se resuelven a través de las consideraciones siguientes: la indemnización que establece el art. 924 de la L. E. C. tiene como soporte el interés público que representa la efectividad de la ejecutoria. Lo que trata de impedir aquí el legislador es que la sentencia no llegue a tener efectividad, que se quede en una mera declaración sin trascendencia ejecutiva. Y como esto es inamisible, pues el interés de la comunidad jurídica que encarna el Derecho (sobre todo en su fase procesal) se vería contradicho, de ahí que se establezca aquella indemnización. Indemnización que, por lo tanto, no representa sólo la compensación o el equivalente de unos intereses extrapatrimoniales del acreedor, sino que representa además y ante todo un medio al que acude la ley para que los intereses públicos encarnados en una ejecutoria no se vean desconocidos. Siendo pues este interés público y este mismo carácter procesal los determinantes de la indemnización, concluye Hernández-Gil, no hay inconveniente en que ésta tenga como destinatario un acreedor de una prestación que, en sí misma, carezca de contenido patrimonial.

Por otra parte, la posibilidad de imponer el resarcimiento debido por el incumplimiento de una obligación cuando la prestación carezca de contenido patrimonial, parece que podría apoyarse también en la tendencia de nuestra doctrina y de la jurisprudencia del T. S. a admitir la indemnización de los daños morales (v. nuestras notas al § 20).

Todas estas razones nos llevan a admitir en nuestro Derecho la posibilidad de que la obligación tenga por contenido una prestación desprovista de carácter económico. Con ello nos situamos ya en el mismo plano en que se sitúan los problemas estudiados en este §. Problemas que no se refieren a la aptitud de esas prestaciones para constituir el objeto de una regulación jurídica, sino a la duda sobre si la promesa se hizo con la intención de contraer un vínculo jurídico, y a las dificultades para determinar el perjuicio causado por el incumplimiento. Indudablemente, tales dudas y dificultades podrán quedar superadas en la práctica cuando se haya convenido una cláusula penal, que servirá para determinar anticipadamente la cuantía de los perjuicios en caso de incumplimiento y, al mismo tiempo, como indicio seguro de que al estipular una prestación desprovista de carácter económico, las partes han querido contraer un vínculo jurídico. En este sentido, y de acuerdo con lo que se afirma en el texto, la cláusula penal vendría a constituir un vestimentum *del pacto nudo.*

Pueden también aplicarse a nuestro Derecho las restantes consideraciones que se hacen en el texto a propósito de aquellas obligaciones

que, a pesar de tener como contenido prestaciones de carácter típicamente económico, pueden dar lugar a dudas sobre si al asumir tales obligaciones ha existido la intención de contraer un vínculo jurídico. En todo caso, lo que resulta evidente es que en los contratos de comodato, de mutuo, de depósito, etc. (es decir, en los contratos reales) no es suficiente el consentimiento para engendrar la relación obligatoria; a estos contratos no se les puede aplicar lo dispuesto en los arts. 1.254 ("El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse...") y 1.258 ("Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento..."). *Implícitamente, el Código ha establecido una excepción a estas reglas al definir cada uno de aquellos contratos, que no surgen del mero consentimiento, sino que requieren* para su perfección *la entrega de la cosa (v. nuestras notas al § 6 y los arts. 1.740, sobre el préstamo en sus dos variedades de comodato y mutuo, 1.758 sobre el depósito y 1.802 sobre el contrato de renta vitalicia, que también se considera entre nosotros como contrato real).*

Ahora bien, esta entrega, indispensable para la perfección del contrato real, no será necesaria para la perfección de una promesa de comodato, de mutuo, de recibir en depósito, etc. En tales casos, estaremos en presencia de un contrato consensual para el que el Código no ha previsto ningún requisito de forma y al que, por lo tanto, ha de aplicársele la regla general establecida en los arts. 1.254 y 1.258. Tratándose de contratos que frecuentemente son a título gratuito (y alguno de ellos, como el comodato, esencialmente gratuito) puede ofrecer dudas la sancionabilidad de una promesa hecha sin sujeción a ningún requisito de forma, teniendo en cuenta que el promitente quedaría obligado sin recibir nada a cambio. Pero también ha de tenerse en cuenta que, precisamente por tratarse de promesas a título gratuito, cabe una moderación o atenuación de la responsabilidad del promitente (v. nuestras notas al § 15). El problema más grave será, por lo tanto, el de determinar si tales promesas se han hecho con la intención de contraer un vínculo jurídico o si, por el contrario, responden a relaciones de amistad, de cortesía, etc.

Nuestra doctrina suele encuadrar las promesas de celebrar un contrato real dentro de la teoría del precontrato (v. Moro Ledesma, El precontrato. Notas para su estudio, *en Rev. Crit. de Der. Inmobiliario, 1934, especialmente págs. 481-494; Alguer,* Para la crítica del concepto del precontrato, *en Rev. de Der. Priv. 1935 y 1936, especialmente 1936, página 1 y sigs.; F. de Castro,* La promesa de contrato, *en Anuario de Derecho Civil, 1950, III.-4.º, págs. 1.133 y ss., especialmente, pág. 1172). Prescindiendo de los interesantes problemas a que da lugar este punto de vista, hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo ya ha señalado la diferencia entre el contrato de promesa de préstamo y el contrato real de préstamo (v. la sentencia de 4 de mayo de 1943, aunque en ella no se resuelve el problema de la forma, que no se planteó en aquel caso por resultar la promesa de una escritura pública). También ha de tenerse en cuenta que el Código alude expresamente en el art. 1.862 a la*

"promesa de constituir prenda" (que sólo producirá acción personal entre los contratantes), con lo que admite una promesa de contrato real, ya que esta naturaleza es la que tiene el "contrato de prenda" a la vista del art. 1.863.

En cuanto al contrato de transporte, que da lugar a tan interesantes cuestiones especialmente en orden a la distinción entre transporte gratuito y transporte de cortesía, son muy escasas y muy incompletas las reglas contenidas en nuestro Código civil (arts. 1.601 a 1.603, agrupados en una sección que lleva la rúbrica "De los transportes por agua y tierra, tanto de personas como de cosas"). Se le regula como una variedad del arrendamiento de obras y servicios, es decir, como contrato oneroso; lo cual explica que no se haya previsto la eventual responsabilidad del porteador en las hipótesis de transporte gratuito (a diferencia de lo que ocurre en el Cod. italiano, art. 1.681).

Por lo que se refiere a la fianza, el Código la configura como contrato consensual (art. 1.822) y no la somete a ningún requisito de forma. Concuerda con los Códigos francés e italiano (arts. 2.015 y 1.937, respectivamente) al establecer en el art. 1.827, párrafo primero, que la fianza no se presume sino que debe ser expresa, *con lo que se elimina la duda que pudiera surgir en cuanto a la efectiva intención de contraer un vínculo jurídico. Esta exigencia del art. 1.827 es considerada por Puig Brutau como "un reflejo en el contenido del consentimiento de lo que en otros sistemas son requisitos de forma impuestos por el carácter sumamente oneroso de este contrato"* (Fundamentos, *cit. t. II, vol. 2.º, pág. 534).*

§ 14 bis.

La causa razonable o justa desde el punto de vista del interés del acreedor o como relación de proporción entre este interés y el sacrificio impuesto al deudor.

En el § anterior nos hemos referido a cierto aspecto de la causa razonable o justa, según el cual ésta puede consistir también en una relación de proporción entre el interés del acreedor en la prestación y el sacrificio que la obligación contraída impone al deudor (v. especialmente la nota 25 del § anterior).

Esta nueva limitación al pretendido valor del nudo consentimiento actúa especialmente en el campo de las promesas a título gratuito que presentan cierto carácter atípico. En efecto, cuando se trata de contratos típicos a título gratuito, el hecho mismo de ser un contrato típico, es decir sancionado expresamente por la ley o la costumbre, hace innecesaria una indagación sobre la causa

justa (en el sentido indicado) o disminuye su importancia. Y si el contrato, aun siendo atípico, es a título oneroso, entra entonces en el juego de la proporción o de la causa justa la contraprestación correspondiente al deudor; contraprestación que justifica por sí misma la obligación o la condena salvo el caso de que se plantee el problema de la *cause suffisante* de la obligación de dar (v. supra § 10).

Dicho principio actúa también en el campo de la cláusula penal, cuando esta obligación parezca excesiva en relación con el interés del acreedor en la prestación.

Es evidente que en todos estos casos la expresión "causa razonable" o "causa razonable y justa", más que a un criterio subjetivo para establecer la voluntad de contraer un vínculo en sentido jurídico, responde a un criterio objetivo de proporción para establecer la justicia de la sanción jurídica o de la condena del deudor. Por ello, más que de causa razonable sería preferible hablar de causa justa. Pero entendemos que es más oportuno aplazar el estudio de este principio hasta que tratemos del equívoco requisito del interés del acreedor y de la cláusula penal; y ello precisamente en consideración a los errores sobre la evolución histórica del requisito del interés del acreedor. Nos remitimos, por lo tanto, a los §§ 20 y 21.

§ 15.

La moderación de la responsabilidad y los criterios de interpretación en las promesas a título gratuito. La garantía por evicción en la donación «cum onere».

a) *Moderación de la responsabilidad e interpretación.*

Como ya hemos tenido ocasión de destacar, en el *civil law* la responsabilidad del promitente a título gratuito es menos grave que la del promitente a título oneroso (v. § 3, *b*).

Hemos citado a este respecto los arts. 955, 960, 1.889, 1891, 1.927, 1.928, 1992, 2.007 del C. c. francés; 797, 798, 800-801, 1.710, 1.768, 1.809, 1.812 del C. c. ital.; 494-495, 496, 500-501, 540-541, 638, 644, 704, 716, 720 del C. c. egipcio; 99 del Código suizo de las obligaciones (en relación con los arts. 305, 312, 472) y 248, 250, 521, 522, 524, 599, 600, 690 del C. c. alemán, etc.

Algunos de estos artículos han sido dictados para el caso de contrato real, pero el principio puede extenderse también a las promesas de comodato, de depósito, etc. (v. § 14, *d, e*). De ellos resulta que en ciertos casos la promesa a título gratuito es incluso revocable.[1]

Estas normas parecen fundarse a veces en presupuestos subjetivos; de suerte que la voluntad expresa del promitente puede excluir la limitación de responsabilidad (v. algunos de los artículos citados).

Pero en realidad, en la mayor parte de los casos la causa gratuita, unida a las circunstancias del caso concreto, actúa como criterio objetivo de justicia o proporción, es decir como causa más o menos adecuada para justificar una cierta limitación de responsabilidad. Las partes ni siquiera piensan en semejantes limitaciones.

Otro tanto puede decirse del principio, expresamente consagrado en el art. 1.371 del C. c. ital., relativo a la interpretación; a saber, el de que las promesas a título gratuito deben ser interpretadas en caso de duda en el sentido menos gravoso para el obligado.[1 bis] En cuanto al tratamiento especial de los motivos y del error, v. § 3, *b* y § 28 nota 12.

Ahora bien, todo esto no parece estar muy de acuerdo con el principio del nudo consentimiento, es decir con el principio según el cual quien ha prometido debe pagar sólo porque ha prometido *(serio et deliberato animo)*. Solamente se las podría considerar de acuerdo con el principio del nudo consentimiento si tales limitaciones de responsabilidad hubieran sido conocidas o queridas por el promitente, aunque fuera como presupuestos tácitos.

Tampoco en este aspecto se da la analogía entre la *stipulatio* y el pacto nudo (como estipulación no formal) que pretendía Savigny (v. supra § 6). Cosa que los autores del *common law* no han dejado de poner de relieve más o menos directamente.[2]

1 Sobre la base de tal revocabilidad, Ascoli llega a negar que del comodato pueda derivar un derecho para el comodatario y a sostener que en la promesa no formal de comodato existe solamente una relación de carácter social (*Trattato delle donazioni*, cit. págs. 131 y sgtes.).

Otro tanto podría decirse entonces de la donación, especialmente según el Código egipcio que alude genéricamente a justos motivos de revocación (artículo 500).

1 bis V. también Mosco, *Principi sulla interpretazione dei neg. giur.* Napoli, 1952.

2 Cfr. Hamson, *The Reform of Consideration*, en *Law Quarterly Review*, 1938, pág. 233, cit. infra § 32; cfr. también Williston cit. en § 27, nota 17.

En realidad, aquí la "causa" (gratuita u onerosa, o simplemente "interesada" v. infra § 16) de la promesa interviene para limitar el principio del nudo consentimiento, o sea el principio de que quien ha prometido debe pagar (se somete a la sanción) en los términos en que *más o menos explícitamente, ha prometido* (v. supra en el § 6 las observaciones sobre la llamada autonomía de la voluntad; v. también § 27 nota 17, § 33, *a* y § 35, *a*).

b) *La garantía por evicción en la donación "cum onere".*

Un problema muy delicado surge en el caso de la donación "*cum onere*", cuando el gravamen consista en una prestación o conducta que no represente un sacrificio patrimonial para el donatario. Ya que nuestros Códigos establecen que la garantía por evicción de la cosa dada sólo se debe hasta la concurrencia del gravamen: lo que parece implicar que debe tratarse de un gravamen de valor patrimonial (v. art. 793, n.º 3 del C. c. ital.; 494, del C. c. egipcio). Hay quien entiende que en este caso no se debe la garantía.[3] En efecto, ¿cómo medir la responsabilidad del donante por los daños si el donatario no ha sufrido ningún sacrificio patrimonial? El C. c. egipcio, en su art. 222, parece admitir en general la responsabilidad por los daños morales. Pero, aún en defecto de una norma semejante, no parece justo dejar sin protección al donatario. Piénsese en el caso en que el gravamen (ya cumplido) consista en tomar el nombre del donante o en recibir las órdenes sacerdotales; lo que, en ciertos casos, puede representar un grave sacrificio moral para el donatario. ¿Puede pensarse en una obligación del donante de procurar, a título de resarcimiento, el equivalente de la cosa objeto de la donación y de la evicción?

Un interesante resumen sobre los temas a que hemos aludido en el § anterior y en éste puede verse en Planiol, *Traité pratique*, cit. VII, núms. 38 y 387.

Nota del Traductor. — *La atenuación o moderación de la responsabilidad del promitente en los contratos a título gratuito se advierte también en numerosos preceptos de nuestro Código civil, que concuerdan en líneas generales con los artículos de los Códigos francés, italiano, alemán, etc., citados en el texto.*

En primer lugar, cabe señalar la posibilidad de revocar las donacio-

3 V. supra § 10, nota 14 y Mosco, *Onerosità e gratuità*, cit. páginas 329 y 331.

nes en ciertos supuestos: superveniencia y supervivencia de hijos (artículo 644), incumplimiento de cargas (art. 647) e ingratitud del donatario (art. 648). Sin duda, cualquiera de estos supuestos justificaría igualmente una revocación de la promesa *de donar o, mejor dicho, de la donación obligacional. Por supuesto, en este caso se trataría de un desistimiento unilateral, más que de una revocación en sentido propio.*

Pero la moderación de la responsabilidad del promitente a título gratuito se advierte con mayor claridad en los siguientes artículos del Código civil español:

Art. 638. — *El donante sólo queda obligado al saneamiento en la donación onerosa.*

Art. 1.726. — *La responsabilidad por culpa del mandatario "deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuído".*

Art. 1.749. — *El comodante puede reclamar, antes del plazo convenido, la restitución de la cosa prestada, si tiene urgente necesidad de la misma. Se refiere este precepto al contrato real de comodato; pero parece que cuando se trate de* promesa *de entregar una cosa en comodato, podrá aplicarse por analogía para liberar al promitente que tenga necesidad urgente de la cosa.*

Art. 1.750. — *Aun sin que exista necesidad urgente de la cosa, "puede el comodante reclamarla a su voluntad" si al entregarla no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa. Es el contrato de precario, que el Código regula dentro de las reglas del comodato. Como en el caso anterior, este precepto podrá justificar la revocación de la* promesa *cuando no se haya entregado la cosa sino que solamente se haya prometido entregarla en precario.*

Art. 1.776. — *Permite el desistimiento unilateral del depositario que tenga justos motivos para no conservar el depósito. Igualmente aplicable a la* promesa *de recibir una cosa en depósito.*

Art. 1.103. — *Después de establecer la exigibilidad de la responsabilidad que proceda de negligencia en toda clase de obligaciones, faculta a los Tribunales para moderar la responsabilidad "según los casos". Indudablemente, uno de los criterios que podrán tener en cuenta los Tribunales al ejercitar esta facultad de arbitrio judicial será el carácter gratuito del acto (cfr. art. 1.726, sobre el mandato).*

Por lo que se refiere a la interpretación, *el art. 1.289 establece que cuando el contrato sea gratuito, las dudas (que recaigan sobre circunstancias accidentales) "se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses". En cuanto al* error, *tiene también más relevancia en los contratos gratuitos que en los onerosos; cfr. art. 1.266, párrafo segundo, y téngase en cuenta que los contratos gratuitos suelen tener como causa principal (en el sentido en que se emplea esta palabra en el artículo citado) la consideración a la persona favorecida.*

La responsabilidad por evicción en la donación cum onere *puede dar lugar a los mismos problemas a que se alude en el texto, pues también*

nuestro Código impone al donante dicha responsabilidad "hasta la concurrencia del gravamen" (art. 638).

§ 16.

Las promesas interesadas: en particular, la opción, la apertura de crédito, etc.

a) *Las promesas interesadas: "cause raisonnable et juste"; indicaciones sobre el common law (remisión).*

Ya hemos tenido ocasión de aludir a una especial categoría de promesas interesadas, en las que el interés del promitente no se refiere a una contraprestación en sentido amplio (incluyendo el gravamen en las donaciones "*cum onere*") sino que consiste en una *chance*, en una probabilidad de obtener beneficios más o menos directos: v. supra § 14, *d, e.*

A esta categoría de promesas, ya vagamente bosquejada por Pothier (v. § 5 nota 4), la doctrina no le ha concedido en los países de *civil law* la atención que merece (a consecuencia de haberse ofuscado esta doctrina con los conceptos genéricos de "gratuidad y onerosidad", v. § 10, *f*). En cambio, han intuído la importancia de ellas los autores del *common law* y de los países de Derecho mixto,[1] por esa facilidad con que los ojos del forastero, los "*foreing eyes*", suelen ver las cosas ajenas; una prueba más, por si no hubiera otras, de la utilidad del Derecho comparado.

Como ejemplos pueden citarse los siguientes:

— la promesa unilateral de venta o de otros contratos a título oneroso (opción y similares), incluyendo el contrato unilateral de suministro, la apertura de crédito y otros semejantes;

— la promesa a título de propaganda;

— el depósito, aun en interés del depositario (art. 1.928 C. c. francés y concordantes), especialmente en el caso de promesa de recibir una cosa en depósito;

1 En particular, por lo que concierne a la *option* y a las llamadas *business promises* no asistidas de una *consideration*, cfr. la serie de artículos sobre la *consideration* publicados en la *Columbia Law Review*, 1941, vol. 41 (cit. también infra § 26) que más o menos tratan todos de este problema. V. también mi artículo publicado en *Riv. dir. comm.* 1952, I, pág. 412, e infra § 28, *b* y § 35, *c*.

En cuanto a los países de Derecho mixto, o islas en medio del *common law* (Quebec) cfr. el interesante artículo de H. Newman en *Canadian Bar Review*, 1952, cit. supra § 5, nota 4.

— muchas de las promesas de comodato, de transporte "gratuito" o de servicios en general, que hemos estudiado en el § 14, en el que hemos visto que el interés del promitente constituye la causa razonable y justa (v. § 14, *e*; v. también § 3, *b*).[2]

Aunque en algunos de estos casos, como el de la opción y el de la oferta en firme, pueda suscitar dudas la intención de vincularse jurídicamente,[3] puede decirse, en general, que el interés económico que mueve al promitente sirve para eliminar tales dudas. La doctrina y la jurisprudencia italianas han hecho de esto un criterio objetivo para distinguir el llamado "transporte de cortesía" del "transporte gratuito". Dicho interés, a la vez que revela la intención de vincularse jurídicamente *(cause raisonnable),* constituye al mismo tiempo una razón para justificar la condena del promitente (*cause juste:* v. § 14, *e*). Además, constituye una razón para aplicar a dichas promesas la medida rigurosa de la responsabilidad propia de los contratos a título oneroso; es más, puede decirse que en este aspecto las promesas interesadas, y especialmente la opción y similares, se equiparan a aquellos contratos (v. cierto argumento analógico en el caso del depósito: art. 1.928 del C. c. francés). Pothier las incluía genéricamente dentro de los "*contrats intéressés*" (v. § 5 nota 4). Por lo menos existe una tendencia, en la práctica muy generalizada, a adecuar la medida de la responsabilidad teniendo en cuenta el interés del promitente.

En particular, la promesa unilateral de venta, el contrato unilateral de suministro, la apertura de crédito, las opciones y similares, han llegado a ser en la vida de los negocios contratos típicos y, por lo tanto, promesas que es costumbre hacer con la intención de vincularse jurídicamente y en las que se suele confiar. Sobre la base de tal confianza, el promisario suele disponerse a cumplir el negocio definitivo o descuida otros negocios que se le hubieran ofrecido.

Por el contrario, en el *common law* (lo mismo que en el Dere-

2 Así en el caso Fellmann-Mathebs se trataba en realidad de una promesa interesada, por la *chance* de ganancia que Fellman, como fondista, tenía al prometer al cochero Mathebs un local en comodato. Este interés, más que la *causa praeterita* o la concreta confianza de Mathebs, fué lo que el Juez tuvo en cuenta para condenar a Fellmann a la entrega del local y para *fijar en dos años la duración de la relación.* Lo que ciertamente no hubiera hecho si no hubiesen concurrido aquellas "justas causas", pues de ser así hubiera considerado revocable la misma relación por justos motivos o con un breve preaviso. V. vol. II "Casuística".

3 Sobre este punto v. infra §§ 28 y 35 sobre el *common law* y los autores de *common law* citados en la nota 1 así como mis artículos en *Riv. dir. comm.* 1951, I, págs. 349-350 y 1952, I, págs. 412-413.

cho romano y en el Derecho medieval) el interés del promitente no se toma en cuenta para nada en estos casos; en ausencia del elemento cuasiformal de la *res* o de la contrapromesa, el contrato debe revestir la forma usual en aquellos sistemas. En el *common law* tales promesas son expresamente calificadas como *gratuitous promises* (v. infra § 28).

b) *Distinción entre las obligaciones de dar y las demás obligaciones.*

También en relación con las promesas interesadas que estamos examinando, reaparece la distinción entre las obligaciones de dar y las demás obligaciones. Como hemos visto, las promesas de dar sin una contraprestación suelen incluirse en el esquema formal-causal de la donación, aun cuando el promitente tenga en ellas un interés económico, por supuesto, distinto de una contraprestación (y prescindiendo del problema de la donación *cum onere*). Es decir, se trata de casos en los que se hacen tales promesas con la esperanza o en vista de la probabilidad de obtener beneficios económicos: v. supra § 9 nota 4.

Salvo en casos excepcionales, que han llegado a adquirir cierto carácter típico en la vida de los negocios, como las promesas a título de propaganda o las promesas de premios a trabajadores y empleados (dentro de ciertos límites razonables de valor), las promesas de dar a que aludimos son consideradas como donaciones.

Aquel interés, consistente en la esperanza o probabilidad de obtener ciertos beneficios, no sirve:

— ni para liberar a la promesa de los requisitos de la donación, tanto por la función de la forma como prueba de la intención de obligarse jurídicamente, como sobre todo por su función de protección del promitente y de su familia contra decisiones apresuradas o poco ponderadas de despojarse de los propios bienes; las meras *chances,* esperanzas o expectativas no parecen ser una *cause suffisante;* es más, se las considera como un anzuelo peligroso: v. § 8;

— ni para justificar la condena del promitente, para lo cual se exige una causa presente o *praeterita* "*suffisante*": v. §§ 10 y 11;

— ni para agravar la responsabilidad del promitente cuando se haya observado la forma de la donación; ya que solamente en las donaciones remuneratorias y en las donaciones *cum onere* se

impone una mayor responsabilidad por evicción o por vicios de la cosa, así como la irrevocabilidad de la donación por ingratitud, superveniencia de hijos, estado de necesidad u otros "*justos* motivos".[4]

Naturalmente, también aquí existen discrepancias, y graves. La doctrina y la jurisprudencia francesas, que limitan el concepto de donación al de pura liberalidad (v. supra §§ 9-11), tienden a liberar a tales promesas de dar del requisito de la forma y a considerarlas como contratos a título oneroso, incluso por lo que se refiere a la moderación de la responsabilidad del promitente (o enajenante) ; v. supra § 9 nota 10 y vol. II "Casuística".

Todo ello, unido a la distinción entre las obligaciones de dar y las demás obligaciones, demuestra una vez más la estrecha conexión entre la *cause suffisante,* la forma y la medida de la responsabilidad o los criterios objetivos de justicia y de interpretación.

Nota del Traductor. — *Sobre el contrato de opción, v. la bibliografía citada por Castán en ob. cit., 8.ª ed., IV, pág. 46, nota 1. V. también F. de Castro:* La promesa de contrato, *en Anuario de Derecho Civil, 1950, t. III, fasc. 4, págs. 1.133 y ss. especialmente págs. 1163-1167; Puig Brutau,* Fundamentos..., *cit., t. II, vol. 2.º, págs. 50-57.*

El problema relativo a la intención de contraer un vínculo jurídico puede surgir con relativa frecuencia en el caso de la opción, teniendo en cuenta que este contrato carece de regulación en el Código y que tanto la doctrina como la jurisprudencia (v. sentencias de 23 de marzo de 1945, 10 de julio de 1946, 18 de enero de 1947, 4 de diciembre de 1953) tienden a considerarlo como contrato consensual. Sobre este punto, sin embargo, se incurre en alguna contradicción y así, Roca Sastre después de afirmar que el contrato de opción se perfecciona por el sólo consentimiento, dice que, "los requisitos personales, reales y formales *del contrato de opción son los mismos que los del contrato principal a que la opción se refiera"* (Contrato de opción, *en* Estudios de Derecho privado, *I, pág. 350 y ss.; v. págs. 357 y 359). Téngase en cuenta que, para este autor, lo que se denomina contrato de opción no es más que un simple pacto o* cláusula de opción *acoplada a un contrato perfecto o a un contrato de promesa o precontrato. Criterio no compartido por el Tribunal Supremo, que en sentencia de 5 de junio de 1941*

4 Sobre este particular las normas de los distintos códigos son muy diferentes, tanto en cuanto a las garantías como en cuanto a la irrevocabilidad y a los casos en los que éstas se aplican: v. arts. 797-798 y 805 del C. c. italiano; 521-524 y 519, 528 y sgtes. del C. c. alemán; 248, 249 y sgtes. del Código suizo de las oblig.; 494-496, 500-502, C. c. egipcio.

Sobre la doctrina y la jurisprudencia francesas acerca de la garantía por evicción y por vicios y acerca de la irrevocabilidad (excluídas, al parecer, aun en caso de donaciones *avec charges* y remuneratorias), v. Planiol, *Traité pratique,* cit. vol. V, núms. 466 y sgtes., 501 y 517.

afirma "que la opción de compra nace a la vida formal del Derecho, unas veces como negocio principal y único, *otras como pacto incorporado a contrato diferente, y alguna vez como derivación de otro negocio que le sirva de antecedente". Con todo, y aún admitida la posibilidad de que la opción se configure como contrato principal, lo cierto es que en la mayoría de los casos se presenta en conexión con otros contratos, especialmente con el de arrendamiento. En tales casos, esta conexión entre uno y otro contrato podrá servir, a la vez, para que quede fuera de duda la intención de contraer un vínculo jurídico y para que se aprecie la existencia de un interés en el promitente, interés que justificará la condena de éste y que dará lugar a que se le aplique la responsabilidad propia de un contrato a título oneroso.*

Por lo que se refiere a la promesa de contrato, en general, la doctrina entiende que por sí misma no está sometida a requisitos especiales de forma; pero cuando el contrato proyectado o prometido requiera una forma como elemento esencial, se tiende a imponer esa misma forma para la promesa (v. De Castro, en loc. cit., págs. 1175-1176).

En cuanto a las promesas de dar que obedezcan a un móvil interesado del promitente, en la generalidad de los casos han de ser consideradas como donaciones dada la amplitud con que se entiende el concepto de "acto de liberalidad". No obstante, la presencia de ese "móvil interesado" ha sido estimada por nuestra jurisprudencia como una causa suficiente para sancionar la promesa que había sido hecha sin observar la forma de la donación. Así, en la sentencia de 16 de febrero de 1899, el T. S. declaró que "las participaciones que suelen dar los comerciantes a sus factores o dependientes en los productos de sus empresas mercantiles... no constituyen donación *en la acepción legal de la palabra, porque no tienen su causa en una liberalidad, sino que obedecen a un móvil interesado, cual es el de recabar por el estímulo de la ganancia una cooperación más activa e inteligente que la que humanamente puede esperarse de la retribución fija, no acompañada de futuras aunque aleatorias ventajas"*

En la nota 4 se citan varios artículos de los Códigos italiano, alemán, etc., que no tienen exacta correspondencia en el articulado de nuestro C. c.; pero ya se advierte en dicha nota que las normas sobre la cuestión varían mucho de uno a otro Código. A la responsabilidad por evicción en las donaciones onerosas se refiere el art. 638; no se dictan reglas para la responsabilidad por vicios ocultos, pero la doctrina tiende a aplicar para tal supuesto la misma regla del art. 638, dado que en dicho precepto se habla de "saneamiento". La no revocabilidad de las donaciones remuneratorias y de las hechas por razón de matrimonio (establecida en el art. 805 del C. c. italiano) se desprende en nuestro Código del art. 622, a pesar de su confusa redacción, pues somete en parte a la donación remuneratoria a las reglas de los contratos, y del artículo 1.333 que limita taxativamente los supuestos de revocación de las donaciones hechas por razón de matrimonio.

No están previstos en nuestro Código los supuestos a que alude el alemán en sus §§ 519 (donante que se niega a cumplir la donación prometida, por no estar en condiciones de hacerlo) y 528 (revocación de la donación por estado de necesidad del donante). Los casos de revocación admitidos en el C. c. español son: supervivencia o superveniencia de hijos (art. 644), incumplimiento de cargas (art. 647) e ingratitud del donatario (art. 648).

§ 17.

La aceptación y la confianza (remisión)

La concepción del contrato como acuerdo o fusión de voluntades, o como hipóstasis de una voluntad superior de la que nacería la "ley contractual" (v. supra § 6), nos ha ocultado frecuentemente que la exigencia de la aceptación de la promesa representa en cierto modo un *vestimentum*. En efecto, la exigencia de la aceptación para la formación del vínculo contractual (v. Domat, supra § 5, *a*), implica la exigencia de un mínimo de confianza por parte del destinatario de la promesa, mínimo que resulta probado por la aceptación. El principio del valor del nudo consentimiento, entendido como voluntad del promitente o como autonomía de la voluntad (v. supra § 6) debería implicar que el promitente quedara vinculado por el sólo hecho de haber prometido o, como suele decirse, de haber emitido la oportuna declaración, dirigiéndola a alguien.

En realidad, semejante principio sería tan poco práctico, tan poco justo, que ningún ordenamiento moderno ha llegado a acogerlo, al menos en cuanto a la promesa *no formal*,[1] salvo en algunos casos excepcionales. Considerar vinculada a una persona frente a otra por la palabra, por la simple *pollicitatio*, sin que esta otra persona haya mostrado de alguna manera que confía en tal promesa, parece casi absurdo. En todo caso, en la balanza de las razones de justicia para condenar al promitente, esto parece injusto.

1 En cuanto a la promesa formal, v. sin embargo el caso del *act under seal* en el *common law*, y la forma (ceremonia) de los ordenamientos jurídicos primitivos, en los que también se concebía la promesa como dirigida a Dios, a la sociedad, etc.

Véanse también las discusiones que suelen surgir a propósito del carácter unilateral de la promesa cambiaria.

Esta exigencia de la confianza se manifiesta de modo diferente en las distintas sociedades y en los distintos ordenamientos jurídicos, según su mentalidad, su costumbre y su espíritu.

En el *civil law* basta la aceptación como simple manifestación de querer apropiarse la promesa de otro o de "aceptarla", manifestación que podrá incluso ser tácita, resultar de hechos concluyentes o presumirse en ciertas clases de promesa cuando no hayan sido rechazadas en un tiempo razonable.[2] Naturalmente, esta confianza inherente a la simple aceptación tiene especial relieve como *vestimentum* o razón de la sanción jurídica solamente en las promesas a título gratuito, ya que en las que se hagan a título oneroso se tiene en cuenta sobre todo el criterio del sacrificio del promisario.

Pero en el *common law* la *acceptance* viene concebida de manera distinta: consiste no en la mera "aceptación" del *civil law* sino en el cumplimiento de la *consideration* requerida,[3] viéndose en ello una concreta confianza *(reliance)* que tiene un especial valor como razón de justicia para sancionar la promesa, ya que dicho acto de confianza, consistente en cumplir la *consideration,* ha sido solicitado o convenido por el promitente *(reliance for bargained):* v. infra §§ 26 y 29.

A veces, aunque la *reliance* no consista en la *acceptance,* como cumplimiento de la *consideration* requerida, la promesa (al menos en ciertos países del *common law*) puede ser *enforceable* si la confianza del promisario se ha manifestado en el hecho de sufrir un concreto perjuicio sobre la base de la promesa: v. infra § 27.

Hasta tal punto están de acuerdo los autores del *civil law* sobre la necesidad de la aceptación, que ni siquiera haría falta insistir en el requisito de la aceptación como un especial *vestimentum* o razón de la sanción jurídica en las promesas a título gratuito. Y ello, pese a que la relación de tal requisito con la confianza y por tanto con una especial razón para sancionar la promesa, quede oculta entre los pliegues de la concepción del acuerdo o de la fusión de voluntades.[4]

2 V. por ej., art. 1.333 C. c. italiano; 151 C. c. alemán; 6 del C. suizo de las obligaciones que, sin embargo, no se refieren a la aceptación de la donación, que debe de ser formal.

3 Por eso en el *common law* el problema de la aceptación y de la *consideration* está en más estrecha relación que en el *civil law* con el problema de la formación del contrato: v. infra § 29.

4 Por el contrario, han intuído claramente la importancia de este problema los autores del *common law:* cfr. Fuller, *Consideration and Form,* en *Columbia Law Review,* 1941, vol. 41, pág. 819, nota 31, donde este autor dice

Sin embargo, esta exigencia de la confianza como razón justificadora de la sanción de la promesa, reaparece también en el *civil law* en algunos casos muy importantes.

En primer lugar, en los casos de promesa al público, en los que la ausencia del requisito de la aceptación se justifica en cierto modo por la confianza que semejantes promesas suscitan en el público por la forma en que se hacen; de manera que quien ha realizado la prestación (aun ignorando la promesa) o quien se encuentra en la situación prevista por el promitente, entiende, por una especie de fe pública, que puede confiar en la promesa y acomodar a ella sus expectativas o sus negocios.

En segundo lugar, hemos visto que en muchos casos de promesas gratuitas de servicios la condena del promitente se justifica sobre la base de una especial confianza del promisario en la promesa: v. § 14, *e*.

En fin, y éste es el aspecto más interesante, tendremos ocasión de ver que en muchos casos de verdadera y propia donación *cum onere,* en los que la jurisprudencia ha considerado que no se exige el requisito formal, ello se debe (en la sustancia, si no en la apariencia de la motivación) al hecho de que el promisario o "donatario" había ya cumplido el gravamen. De esta manera el promisario había demostrado que ponía en la promesa aquella concreta confianza que consiste en sufrir un sacrificio (el sacrificio *requerido* por la otra parte) y generalmente un sacrificio grave, al menos por sus repercusiones dentro de la esfera de los negocios e intereses patrimoniales y morales del mismo promisario. Pero este punto, tan interesante como delicado, no puede tratarse sin

que en el *civil law* el requisito de expresión de la aceptación exigido incluso para ciertas obligaciones puramente unilaterales, actúa en cierto sentido como un subrogado de la *consideration,* ya que tal aceptación revela la intención del promisario de regular sus propios negocios sobre la base de la promesa. Y muchas de las críticas, añade Fuller, que en el *common law* se dirigen contra el requisito de la *consideration,* en el continente vienen dirigidas contra el requisito de la aceptación (y aquí cita a Demogue, *Traité des oblig.* I, núms. 51-63, y a Heck). En Francia, continúa el mismo autor, la duda principal acerca del efecto vinculante de una oferta contractual no concierne al defecto de *consideration* sino que se refiere al caso de una aceptación de la propuesta de mantener la oferta en pie durante cierto tiempo (Demogue, *Traité des oblig.* I, núms. 15 a 18, págs. 51-63, y II, núm. 539.

Advierte además Fuller que puede haber cierta confusión entre la función de la *consideration* y la del acuerdo (o de la aceptación como acuerdo). Y cita a propósito un pasaje de Austin en el que, preguntándose por qué una promesa vincula, responde: "a causa de la expectativa o confianza *(expectation)* suscitada en el promisario; por cuya razón no es vinculante una mera *pollicitatio; for a promise not accepted could not excite expectation*".

haber entrado antes en un contacto bastante más íntimo con las decisiones jurisprudenciales (v. en el vol. II las notas a los casos Carrari-Masiero, Ciudad de Marsella-Emperatriz Eugenia, etc.).

Para terminar, esta exigencia de la confianza, como perjuicio sufrido más o menos a instancia del promitente, actúa en el *civil law* como *vestimentum* o razón de la sanción del pacto nudo más de lo que pudiera pensarse. Y, en ciertos aspectos, esta actitud de la jurisprudencia de los países de *civil law* nos aproxima al *common law;* v. las conclusiones del vol. II "Casuística".

En cuanto a las relaciones entre la mera aceptación y el "consentimiento", v. § 35, *a.*

Nota del Traductor. — *Sobre la aceptación, v. el art. 1.262 del Código civil que la configura como una declaración de voluntad que, unida a la declaración del oferente, da lugar al consentimiento. ("El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación..." etcétera). Es, por lo tanto, un elemento indispensable para la formación del vínculo contractual.*

Sin que el Código haya descendido a detallar la forma en que ha de hacerse la aceptación, la doctrina admite la posibilidad de una aceptación tácita o presunta. Por supuesto, el promitente u oferente podrá exigir que la aceptación se haga en una determinada forma, del mismo modo que puede imponer, al hacer su oferta, los demás elementos del contrato.

La necesidad de aceptación se pone especialmente de relieve en los artículos del Código que tratan de la donación. Ya se alude a ella en el artículo 618, al definir la donación ("...en favor de otra, que la acepta"). *Y también en el art. 623, al señalar el momento en que se perfecciona, disposición reiterada y reforzada nuevamente en los arts. 629 y 630. A la capacidad para aceptar donaciones y a la aceptación hecha en representación de otra persona, se refieren los arts. 625, 626, 627 y 631. Pero donde especialmente se advierte la importancia de la aceptación es en los arts. 632 y 633 que regulan la forma de las donaciones y establecen una conexión entre aceptación y requisito de forma (véanse nuestras notas al § 8). Solamente quedan dispensadas de la necesidad de aceptación las donaciones por razón de matrimonio (art. 1.330).*

Aunque el Código no ha regulado la donación entre los contratos sino entre los "diferentes modos de adquirir la propiedad", la doctrina coincide unánimemente en considerarla como contrato, precisamente en función de la insistencia con que el Código impone el requisito de la aceptación. La jurisprudencia tiende a ver en la aceptación un elemento para la formación del consentimiento, lo mismo que en los contratos en general, tendencia de la que es buen exponente la sentencia del T. S. de 7 de diciembre de 1948 (v. vol. II), en la que se declara que "al animus donandi *ha de corresponder el* animus *de aceptar la atribu-*

ción patrimonial a título de liberalidad". Es la misma idea del artículo 1.262: consentimiento que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa; en este caso, acuerdo sobre la causa de liberalidad. (V. en el § 35, a, *las consideraciones que se hacen sobre lo impropio que resulta el término "consentimiento" aplicado a estos casos en los que una de las partes, sin conceder nada, se limita a aceptar la promesa o la atribución gratuita hecha por otro.)*

Por otra parte, la necesidad de aceptación es tan vivamente sentida que, como ya hemos advertido en las notas al § 12, es éste quizás el mayor obstáculo que nuestra jurisprudencia encuentra para el reconocimiento de la promesa al público y, en general, de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, ya que, al concebirse la promesa como una oferta o propuesta de contrato, todo el esfuerzo para justificar la posibilidad de su sanción se dirige a encontrar algo — declaración o conducta del promisario — que pueda ser considerado como aceptación y que, de esta manera, dé lugar a la formación del consentimiento. Ya señalábamos en nuestras notas al § 12 cómo, en cierto modo y en contraste con lo que ocurre en los sistemas continentales, nuestra jurisprudencia viene a adoptar sobre este punto un criterio más próximo al del common law *(v. al final del § 29, sobre la* consideration *como* acceptance).

§ 18.

La exigencia de forma en determinados contratos

Hasta aquí, hemos hablado de los *vestimenta* en el sistema moderno de los pactos sin ocuparnos de la forma, excepto en el caso de la donación (v. supra §§ 8-13).

Este caso presenta cierto carácter peculiar. Es verdad que también el requisito de la forma de la donación está estrechamente ligado al contenido típico o "causa" del contrato, la causa de liberalidad, del mismo modo que están ligadas al contenido típico las otras formas de que hablaremos (v. infra § 34, *a*). Pero la causa de liberalidad ofrece la particularidad de ser una causa genérica que comprende todas las promesas de dar que no tengan cierto carácter típico o una *cause suffisante* (v. supra §§ 7-13); de manera que la forma de la donación sirve o puede servir para hacer válidas las promesas de aquella naturaleza, que de no ser así no podrían tener validez. En cierto modo, la forma de la donación sustituye, al menos en la obligación de dar, a la forma de la *stipulatio,* aunque no tenga el carácter de forma *omnibus* y de abstracción propio de la *stipulatio,* ya que, como hemos dicho,

el requisito formal de la donación está ligado al contenido o causa (de liberalidad) del contrato.

Pero, además de la donación, hay otros muchos casos en los que se impone un requisito de forma bajo pena de nulidad: se trata unas veces de la forma escrita, otras del documento notarial, o también de otras formas especiales.

Véanse, por ej. los arts. 1.350 C. c. ital.; 313, 761, C. c. alemán; 89, 507, 743 del C. c. egipcio y otras normas semejantes en los distintos Códigos de los países de *civil law*. Se trata muy a menudo de contratos que tienen por objeto la transmisión o la constitución de un derecho real inmobiliario o la cesión del goce de un inmueble durante cierto período de tiempo, etc.[1] A estos se pueden añadir ciertos contratos de sociedad, los contratos de seguro, algunos contratos regulados en las leyes y Códigos sobre la navegación, los pactos de no concurrencia y los consorcios (v. artículos 2.125, 2.557, 2.596 y sigs. C. c. ital.), la fianza en el C. c. alemán (art. 766), los contratos de adhesión y los contratos tipo, al menos en lo que concierne a ciertos pactos o cláusulas (v. artículos 1.341 y 1.342 C. c. ital.).

Pero toda enumeración habría de resultar incompleta o difícil, porque las reglas sobre estas formas varían en los distintos ordenamientos del *civil law*. Por otra parte, tales reglas van en continuo aumento. Se podría también añadir la forma de la letra de cambio (y la de la llamada promesa abstracta y del reconocimiento de deuda en el C. c. alemán: art. 780), ya que este requisito formal está ligado a cierto contenido de la promesa y a cierta intención del promitente (v. infra § 22, nota explicativa número 3).

Como se ha indicado, y como tendremos ocasión de desarrollar infra en § 34, *a*, todos los requisitos formales a que nos estamos

1 En los sistemas latinos, algunos de estos contratos tienen por objeto la transmisión inmediata o la constitución de un derecho real inmobiliario (v. infra § 38 sobre el *transfert*). Pero, en general, a tal objeto inmediato se une también la obligación de dar o por lo menos la garantía por evicción; además, la forma establecida para los contratos que tengan tal objeto inmediato, se establece también para la promesa de los mismos contratos: promesa de venta, etcétera (v. art. 1.351 C. c. italiano; 101 C. c. egipcio, etc.). De manera que puede decirse que la forma se establece también para la promesa de dar ínsita en aquellos contratos.

Adviértase, sin embargo, que en el Derecho francés la venta y la promesa de venta de inmuebles son válidas *entre partes* aunque se hagan verbalmente. En el Derecho egipcio es solemne, incluso en las relaciones entre partes, *solamente* el contrato como *transfert* (consistiendo la solemnidad en la inscripción en el libro fundiario sobre la base de un documento escrito).

refiriendo, o sea las formas del *civil law* moderno, presentan el carácter de estar ligados al contenido típico, o "causa" en este sentido, del contrato; se trata de formas preestablecidas para determinados tipos de contratos. Lo que las distingue de la forma de la *stipulatio* o de otras formas *omnibus* propias de otros ordenamientos jurídicos, entre ellos del *common law*.

Pero el resultado práctico de dichos requisitos formales es una limitación al principio *sólus consensus obligat*,[2] es decir una limitación a la expectativa del acreedor fundada en el puro consentimiento (v. supra § 6) y por lo tanto, si se quiere, el resultado es un *vestimentum*.

En los casos indicados la forma viene impuesta, entre otras razones, para la seguridad de ciertas relaciones jurídicas, para cerciorarse mediante un criterio objetivo de que existe una voluntad de obligarse *jurídicamente*, un contrato concluído, una voluntad ponderada (protección del promitente). De manera que, para eliminar toda inseguridad sobre estos puntos, la voluntad de obligarse no puede resultar más que de la forma, aun cuando por otros medios pudiera llegar a tenerse la seguridad plena de que en el caso concreto la parte había querido contraer un vínculo en sentido jurídico. Lo cual, en la práctica, constituye el efecto propio de los llamados *vestimenta* (es distinto, en cierto modo, el efecto de la forma escrita exigida por el *Statute of Frauds* en el *common law;* v. infra § 34).

Es más, en tales casos el *vestimentum* es algunas veces doble, porque al requisito de una causa típica o suficiente, establecido para evitar el requisito formal de la donación, se añade el de la forma escrita. El sistema se complica todavía más, porque estando la forma ligada a ciertos tipos de contrato, algunas veces se necesita afrontar el problema, no siempre fácil, de la clasificación o encuadramiento del caso concreto dentro de alguno de dichos tipos formales.

Téngase en cuenta que a esta clase de forma están sometidos los contratos más importantes en la práctica de los negocios, como resulta de los ejemplos antes citados; y que la imposición de semejantes formas va en aumento constante en los distintos países de *civil law*. Lo que nos aleja cada vez más del pretendido principio *solus consensus obligat*, y viene a complicar cada vez más el moderno sistema de pactos vestidos.

2 Cfr. sobre este punto Savigny, *Obligations*, cit. § 77, págs. 407 y sgtes.

Nota del Traductor. — *Las reglas generales en materia de forma las establece el Código civil español en los arts. 1.278 a 1.280. El artículo 1.278 sienta el principio general de libertad de forma, en términos que parecen una reproducción del principio establecido en el Ordenamiento de Alcalá; y la jurisprudencia, al interpretar este precepto y los otros que se refieren a la forma de los contratos, invoca frecuentemente la regla establecida en dicho Ordenamiento. El principio espiritualista o de libertad de forma se mantiene, pues, como centro del sistema o como regla general; los contratos para los que se exige una forma* ad substantiam *representan solamente excepciones a aquella regla general. Por lo demás, la regla del art. 1.278 coincide con lo que ya han establecido los arts. 1.254 y 1.258; en sustancia, es la misma regla enfocada desde distintos puntos de vista. En estos últimos artículos se señala el momento desde que "el contrato existe" o se puntualiza el valor del consentimiento para la perfección de los contratos. En el 1.278 se contempla directamente el aspecto formal: "Los contratos serán obligatorios* cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, *siempre que en ellos concurran las condicones esenciales para su validez". Esas condiciones esenciales son los requisitos (consentimiento, objeto y causa) establecidos en el art. 1.261; con lo que el requisito de forma parece quedar relegado a un plano secundario, al margen de los requisitos exigidos para la validez del contrato. La misma idea se advierte en el artículo 1.279: "...desde que hubiere intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez". La distinción se refleja incluso en los epígrafes de los respectivos capítulos; el cap. II (del tít. III, libro IV) lleva la rúbrica "De los requisitos esenciales para la* validez *de los contratos" (arts. 1.261 a 1.277, que se refieren al consentimiento, al objeto y a la causa), mientras que los preceptos relativos a la forma quedan agrupados en el cap. III bajo la rúbrica "De la* eficacia *de los contratos" (arts. 1.278 a 1.280).*

El art. 1.278 no plantea problemas puesto que se limita a enunciar un principio general de libertad de forma, que no excluye la posibilidad de excepciones, como veremos. Podría, en cambio, dar lugar a dudas el artículo 1.279, en el que parece latir la idea de que la exigencia legal de escritura o de otra forma especial en determinados contratos sea un requisito "para hacer efectivas las obligaciones" propias de tales contratos. Ello ha dado lugar a una interpretación de este precepto en el sentido de entender que esa facultad reconocida a las partes para compelerse recíprocamente a llenar el requisito de forma es el supuesto previo indispensable para ejercitar la acción en demanda del cumplimiento, es decir, "para hacer efectivas las obligaciones propias del contrato"; de acuerdo con tal criterio, el contrato celebrado con omisión del requisito formal sería válido, *pero no habría posibilidad de exigir en juicio su cumplimiento sin haber llenado antes el requisito de forma. Interpretación que fué patrocinada por Scaevola y acogida en alguna antigua sentencia del T. S. (17 de abril de 1897), aunque muy poco después (a*

partir de la de 3 de mayo del mismo año) la jurisprudencia cambiaría de orientación radicalmente. Y hay que reconocer que esta primera interpretación tendría en su apoyo lo dispuesto en la Ley de Bases que, al referirse a los principios generales sobre la prueba de las obligaciones, había dispuesto que se fijara un máximo "pasado el cual, toda obligación de dar o restituir, de constitución de derechos, de arriendo de obras o de prestación de servicios, habrá de constar por escrito para que pueda pedirse en juicio su cumplimiento o ejecución" *(Base 19, al final).*

El Código civil se desvió de estas directrices trazadas en la Ley de Bases, tanto en materia de prueba (v. art. 1.248) como en materia de forma. Y la jurisprudencia ha acentuado esta desviación y ha reforzado el principio espiritualista proclamado por el Código, con lo que la exigencia de forma ha quedado reducida a bien poca cosa. Para un resumen de las conclusiones de la jurisprudencia sobre esta materia, v. Castán, ob. cit. 8.ª ed. III, págs. 381-382; v. también las notas de Pérez y Alguer al Tratado *de Enneccerus, t. II, vol. 1.º, págs. 151-152; Roca Sastre,* La forma en el negocio jurídico, *en* Estudios, *cit. págs. 105-108; Puig Brutau,* Fundamentos, *cit., t. II, vol. 1.º, págs. 184-185, etc., etc.*

En el art. 1.280 el Código enumera, agrupándolos en seis apartados, una serie de actos y contratos que "deberán constar en documento público" y en su último párrafo establece que "también deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas". No se trata de una forma exigida bajo pena de nulidad (a diferencia de lo que ocurre en el art. 1.350 del C. c. italiano, que expresamente impone la forma escrita con tal carácter); a estos contratos es — según la doctrina y la jurisprudencia — a los que se refiere el artículo 1.279 al decir: "Si la Ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato...", etc. Y, de acuerdo con la tendencia espiritualista a que hemos aludido, la jurisprudencia entiende que cuando este artículo autoriza a los contratantes para que puedan "compelerse recíprocamente a llenar aquella forma" no consigna una obligación sino una facultad a favor de ambos contratantes, y que el no haber hecho uso de ella no enerva la acción que les corresponde para exigir el cumplimiento.

De esta manera, como observa Roca Sastre, el art. 1.280 viene a ser un catálogo de actos importantes que el legislador estima deben constar por documento público (o privado, v. el párrafo final), pero limitándose a facultar a los contratantes para compelerse a llenar esta forma si por la ventajas que proporciona lo estiman conveniente (loc. cit. páginas 107-108). Téngase en cuenta que estas ventajas pueden ser importantísimas; para que los contratos puedan inscribirse en el Registro de la Propiedad se requerirá que estén consignados en escritura pública (Ley Hipotecaria, art. 3.º); y en algunos de los apartados del art. 1.280 se impone el requisito de forma como indispensable para que los contra-

tos en cuestión puedan hacerse valer frente a terceros (v. núms. 2.º y 3.º y 5.º). En tales casos, sin que el requisito de forma llegue a imponerse bajo pena de nulidad *(forma* ad substantiam) *es evidente que viene a constituir una importante limitación al principio del nudo consentimiento.*

Por razones de brevedad omitimos la cita de la copiosa jurisprudencia relativa a la forma en los contratos. Entre las muchas sentencias, elegimos la de 29 de noviembre de 1950 que resume toda la doctrina sobre este particular; v. esta sentencia y el breve comentario que le dedicaremos en el vol. II.

Por último, hemos de aludir a las excepciones que el mismo Código establece a la regla general de libertad de forma proclamada en el artículo 1.278. Se trata de contratos para los que se establece un requisito de forma con carácter de elemento esencial (forma ad substantiam) *y son los siguientes: documento escrito, con constancia también por escrito de la aceptación, para la donación de muebles que no vaya acompañada de entrega simultánea (art. 632); escritura pública para la donación de inmuebles (art. 633); escritura pública para las capitulaciones matrimoniales (art. 1.321) y, en ciertos casos, documento autorizado por el Secretario del Ayuntamiento (art. 1.324); escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad para el "contrato de hipoteca" (arts. 1.875 del C. c. y 145 de la Ley Hipotecaria); escritura pública para el censo enfitéutico (art. 1.628); documento público o privado para el contrato de seguro (art. 1.793); escritura pública para el contrato de arbitraje (art. 5.º de la Ley de 22 de diciembre de 1953). Para el contrato de sociedad (civil) en el que se aporten bienes inmuebles o derechos reales se impone la escritura pública (art. 1.667) bajo pena de nulidad (art. 1.668); pero la jurisprudencia entiende que esta exigencia solamente afecta a la adquisición de personalidad jurídica y a los efectos frente a terceros, sin que la inobservancia del requisito de forma haga inválido ni ineficaz el contrato entre los otorgantes, dado su carácter esencialmente consensual.*

Un resumen de la jurisprudencia del T. S. sobre estas excepciones al principio general de libertad de forma puede verse en Puig Brutau, ob. cit. págs. 188-196.

§ 19.

La teoría de la función económico-social del contrato

a) *Breves indicaciones.*

A través del examen hecho en los §§ 7-18 creemos haber agotado el sistema de los *vestimenta* de los pactos que, más o menos, rige en el moderno *civil law*. Como resulta de todo lo dicho, tales *vestimenta* son los requisitos (de forma, de *cause suffisante, raisonnable, juste* o similares) establecidos por la ley para los siguientes fines, distintos y a menudo concomitantes: establecer objetivamente la intención de contraer un vínculo de carácter jurídico; garantizar la seguridad de las relaciones o de ciertas relaciones jurídicas; proteger al promitente y a su familia contra decisiones no suficientemente ponderadas; satisfacer la necesidad de cierta justicia distributiva en la sanción de la promesa, es decir, en la condena del promitente.

Todos estos fines cooperan indudablemente en un sistema contractual preocupado por la exigencia de seguridad y por la de hacer justicia entre *particulares* en negocios considerados como privados, es decir, en los que se ventilan intereses considerados como privados. En un sistema semejante, la función del Derecho o, si se quiere, *la función del contrato* como institución jurídica (es decir, la función de la sanción jurídica del contrato) consiste en evitar que los conflictos nacidos de un negocio privado puedan llegar a resolverse al margen de los Tribunales de modo peligroso para el orden social. La forma o las distintas causas mencionadas en los §§ 8 a 18, se imponen por exigencias (más o menos sentidas) de seguridad y de justicia entre particulares, a fin de que la solución de los Tribunales dé lugar a la mínima desconfianza posible y por lo tanto no se vacile en acudir a ella.

En un sistema contractual semejante, y prescindiendo de aquellos *vestimenta,* la única limitación a la sancionabilidad del contrato en vista del interés público consiste en la ilicitud, o sea en la oposición a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.

Por lo demás, la función social del contrato (como institución jurídica) se agota en la antes indicada de mantener el orden y la paz social, respondiendo al mismo tiempo a especiales exigencias

de seguridad y de justicia entre particulares. Lo cual constituye ya de por sí una función de tal importancia que basta para justificar la institución jurídica.

Sin embargo, la doctrina más reciente, especialmente la italiana, en parte olvidando y en parte desfigurando los *vestimenta* mencionados en los §§ 8 a 18, ha sostenido la existencia de otro requisito o limitación al llamado principio del consentimiento, o sea a la sancionabilidad del contrato; requisito que se distinguiría del de la licitud del contrato.

Este requisito consistiría en la función social o económico-social que un determinado contrato (lícito) debería cumplir para merecer la sanción jurídica; de no cumplirla, el contrato aún siendo lícito sería algo *indiferente* para el Derecho. Según la indicada teoría, esta función económico-social del contrato sería la *causa* en sentido propio del mismo, o sea aquel *quid* que junto con la promesa o con el valor de la palabra dada *justifica* la sanción jurídica, la intervención del Derecho: no una causa o justificación consistente en la exigencia de hacer justicia entre particulares (unida a la exigencia de seguridad), sino una justificación nacida del interés público en el reconocimiento de un determinado contrato por la función económico-social que tal contrato cumple.

Un contrato que se dirija a realizar intereses fútiles, caprichosos, que no representen ningún interés para la sociedad o ninguna "utilidad social", un contrato "socialmente fútil o improductivo", no sería digno del reconocimiento jurídico, sino que sería jurídicamente indiferente. La organización del Derecho o de la justicia es costosa para la sociedad y para el Estado: se necesitan dinero y bienes para pagar los órganos de la Justicia, para mantener sus edificios, etc.; se necesita, en general, un esfuerzo social para ejercer las funciones de la Justicia y del orden. No sería conveniente ni conforme con la dignidad del Derecho y de la Justicia emplear ese esfuerzo en beneficio de negocios fútiles y sin ningún interés para la sociedad. Según esta teoría, no deberían ser jurídicamente reconocidos, por ej. el contrato por el que uno prometa a otro una cantidad para que mantenga a su canario favorito, o para que venga a saludar cada mañana al promitente a la puerta de su casa, o el contrato por el que dos personas se obligaran recíprocamente a jugar una partida de golf (con "intención jurídica") o a respetar a ciertos animales que no ofrecen ningún interés para la sociedad etc. (véanse otros ejemplos, especialmente en el *common law*, en el vol. II "Casuística"). El negocio o contrato sería nulo (jurídicamente indiferente) en su totalidad; es decir,

no solamente en cuanto a la obligación de pagar la cantidad prometida, sino también en cuanto a la obligación de mantener el canario, de hacer el saludo matinal, etc.

Esta teoría que, como hemos dicho, se ha desarrollado sobre todo por obra de la reciente doctrina italiana, ha sido acogida después por la doctrina de otros países;[1] y está expresamente sancionada en el nuevo C. c. italiano, cuyo art. 1.322 establece a propósito de los contratos innominados: "Las partes pueden también celebrar contratos que no pertenezcan a tipos dotados de una disciplina particular, con tal de que se dirijan a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico."

El Informe del Ministro de Justicia sobre el nuevo Código (número 603) dice a propósito de este artículo: "Con todo, el nuevo Código no constriñe a la autonomía privada a utilizar solamente los tipos de contrato regulados en él, sino que le permite moverse en una órbita más amplia y formar contratos de nuevo tipo, con tal de que el resultado práctico que los sujetos se propongan conseguir esté admitido por la conciencia civil y política, por la economía nacional, por las buenas costumbres y por el orden público (art. 1.322, párrafo 2.º) : en efecto, el orden jurídico no puede conceder protección al mero capricho individual, sino a funciones útiles que tengan relevancia social y que, como tales, merezcan ser protegidas por el Derecho. Piénsese, por ej., en un contrato por el que alguno consienta, a cambio de una compensación, en abstenerse de una actividad productiva o en un desarrollo estéril de la propia actividad personal o en una gestión antieconómica o destructiva de un bien sometido a su disposición, sin que exista una razón socialmente plausible, sino sólo para satisfacer el capricho o la vanidad de la otra parte."

Parece indudable que esta teoría no tiene una gran importancia en cuanto a los contratos expresamente reconocidos por el legislador (los llamados contratos nominados, en el sentido moderno), porque el legislador, al sancionarlos expresamente, habría

1 Las citas, como la misma exposición de la teoría, parecen inútiles para el lector italiano, para quien tan conocida es esta teoría. Nos limitamos a hacer algunas indicaciones para los lectores que no la conozcan: Betti, *Teoria gen. del neg. giur.*, cit 2.ª ed., págs. 80 y sgtes. 125, 128-129, 246-247, etc. (en donde se encuentran los conceptos de fines "socialmente fútiles o improductivos" y de negocios "jurídicamente indiferentes"); Demogue, *Traité des oblig.* cit. II, números 743 y sgtes. (que además de invocar la doctrina italiana, abundantemente citada por él, se remite también a las ideas de Duguit); Waline, "*L'individualisme et le droit*, París, 1945. La teoría se encuentra también en ciertos autores alemanes: Manigk, Von Tuhr (infra cit.), etc.

reconocido de esta manera su función económico-social. Es en los llamados contratos innominados donde se presenta el problema.[2]

Es más, en su más preciso planteamiento, el concepto de la función económico-social se traduce en el de cierta tipicidad del contrato; tipicidad entendida no en el sentido de contratos expresamente previstos por el legislador, sino en el de contratos análogos a estos, o de contratos que en la conciencia social o según el uso o la costumbre tengan el carácter de negocios (de valor jurídico) que por lo menos sean susceptibles de ser elevados a tipos, a algo objetivo, precisamente porque no representan intereses estrictamente individuales (los llamados intereses fútiles o caprichosos o socialmente indiferentes). Esta es la llamada tipicidad social.[3] Verdaderamente, sólo puede atribuirse una función económico-social a contratos o negocios que presenten el carácter de tipicidad, por lo menos social, antes indicado o que sean susceptibles de ser elevados a tipo: carácter o susceptibilidad que se determinan precisamente en función del criterio objetivo de la conciencia social.

Según esta teoría, pues, no bastaría con que un contrato no fuera socialmente dañoso (ilícito); debería también no ser "socialmente fútil o improductivo".

No creemos que el requisito de la función económico-social, así entendido, exista en el *civil law* moderno y mucho menos en otros sistemas jurídicos.[4] No creemos, a pesar de ciertas proclamaciones de nuestro Código, que dicho requisito tal como ha sido tratado y ejemplificado sea susceptible de aplicaciones prácticas que lo distingan de la ilicitud del contrato o de la posibilidad de eliminar

2 La doctrina parece estar casi de acuerdo en este sentido (v. también el Informe del Ministro de Justicia sobre el art. 1.322). Pero la cuestión se discute algunas veces: cfr. Betti, *Neg. giur.* cit. pág. 111; Pugliatti, *Precisazioni in tema di causa del neg. giur.*, en *Nuova Riv. Dir. comm. e dir. dell'economia*, 1947, págs. 13 y sgtes.

Según Betti, op cit. pág. 324, daría lugar a la nulidad del negocio el adoptar un negocio típico (¿un contrato?) para un fin (fútil) distinto de aquél para el que el negocio típico fué reconocido jurídicamente.

3 Cfr. Betti, op. y loc. cits.

4 Se sostiene en cambio (v. por ej., Betti, op. cit. págs. 168 y sgtes., especialmente 192) que el requisito de la función económico-social del contrato (o de cierta "tipicidad en orden a un interés objetivo digno de protección") es propio de todos los sistemas jurídicos; negar esta exigencia "significa abandonarse al mero arbitrio individual, al capricho, al motivo pasajero, que como tal, aunque sea plausible en concreto, resulta siempre irrelevante para *cualquier Derecho*. Salvo que se entienda tal requisito en sentido muy genérico (v. supra apartado *a*, al principio) creemos que semejante concepción ha sido extraña al *civil law* hasta época reciente (v. infra, *b*) y al *common law* (v. infra § 31).

esta ilicitud *en ciertos casos especiales*, o de otros casos que pueden y deben explicarse sin necesidad de recurrir a dicha teoría.

La teoría de la causa del contrato como función económico-social es el producto más refinado de cierto método (insensible a la historia y al Derecho comparado) de abstracciones nebulosas y de generalizaciones erróneas, cruz y delicia de una parte importante de nuestros doctos del Derecho, de aquellos a los que en la historia del *civil law* se llamó los "*savants*".

b) *El origen histórico y los errores de la teoría en cuestión.*

No es improbable que la tipicidad del sistema contractual romano (v. supra § 2, *a*) haya ejercido cierta sugestión sobre la doctrina italiana, en la que algunos romanistas eran al mismo tiempo civilistas.[5] En efecto, también esta moderna teoría tiende a relacionar el reconocimiento jurídico más con el "negocio" (de ciertas cualidades) que con la *conventio* o voluntad de las partes (sobre la cual v. § 6).[6] Pero, como hemos advertido, la tipicidad romana y, en este sentido, la función económico-social del contrato, venían determinadas por razones históricas distintas de las que inspiran a la moderna teoría de la función económico-social (v. supra § 2, *a*, al final). Tampoco hay que olvidar que en el sistema romano clásico y en las primeras fases de la evolución de otros sistemas jurídicos, la limitación del reconocimiento jurídico a ciertos contratos típicos o de uso común venía determinada no sólo por la tendencia al formalismo procesal (tipos de acción) sino también por la escasez de la fuerza social disponible para mantener la paz y el orden y por la ineficiencia de la organización judicial; con la consiguiente resistencia a ocuparse de las cuestiones *privadas* o de las cuestiones atípicas, es decir de las que no aparecieran revestidas de ciertos tipos comunes o de cierta forma que sirvieran para hacer fácil y pronta la solución.[7] Facilidad de so-

5 Como es sabido, las primicias del concepto de función económico-social se encuentran en el curso de lecciones sobre los negocios jurídicos desarrollado por Scialoia en 1892-93.

Algunos autores del Derecho común (por ej., Fabro, *Rationalia*, a propósito de la Ley 7 D. *de pactis*) aluden a la idea romana del *negotium* como causa del reconocimiento jurídico.

6 Cfr. para el Derecho romano, Bonfante, *Istituzioni*, § 127 y nota.

7 Plucknett (*A concise history of the common law*, 4.ª ed. Londres, 1948, páginas 595-596). A propósito de esta característica de los derechos primitivos recoge la frase de Glanvill, quien escribía en el siglo XII que la *curia regis* inglesa "*cannot be troubled with private conventions*".

lución que interesaba en relación con los problemas de la intención jurídica, de la justificación de la condena del deudor, de la interpretación y de la integración de la voluntad de las partes (véanse supra §§ 1 y 2, *a*). Pero la existencia, en estos sistemas, del contrato formal puro, sentido y practicado en la costumbre, permitía a los particulares utilizar este molde para cualquier negocio, incluso para el más atípico. Sin embargo, tales razones históricas han dejado de actuar en los modernos sistemas jurídicos del *civil law* y por tanto ya no hay razón para mantener la tipicidad ni, en este sentido, la función económico-social (que se concreten en los contratos de uso común en una determinada sociedad).

Por lo demás, en toda la historia del *civil law* desde la Edad Media en adelante no se encuentran huellas del requisito de la función económico-social en el sentido moderno;[8] al contrario, los contratos más atípicos parecen estar reconocidos cuando existan las formas o la *res;* y la tipicidad actúa solamente en la evolución de los llamados contratos consensuales (v. supra § 3, *a* y § 4, *a, b*). Sin embargo, no puede olvidarse la teoría de los "*pacta inepta atque stolida*" de nuestros autores de Derecho común; teoría fundada en ciertos errores junto con la del requisito de una "justa causa".[8 bis]

8 Solamente algunos romanistas, pero sin influencia efectiva sobre la práctica, aluden al *negotium* (en el sentido romano) como causa del reconocimiento jurídico de la *conventio:* v. supra nota 5.

Grozio y otros autores aluden a una utilidad social o pública de las *piissimae causae,* pero solamente como requisito para la validez de la *pollicitatio* y para la exención de la forma del documento notarial (Grozio, cit. supra en § 4, nota 17).

Pero también este aspecto de la utilidad social está absorbido hoy en la validez de las promesas al público: v. supra § 12.

8 bis Cfr. Voet, *Comm. ad Pandectas,* Libro II, 14, núm. 6, para quien no se pueden deducir en un pacto los "*negotia stolida atque inepta, veluti, pretiosas vestes ornamenta alia, sepulcro secum inferri*". Y aquí Voet argumenta sobre la ley D. 30, 1, 113, § último, referida... al testamento, y habla de ello al tratar de los pactos ilícitos.

Richeri, *Universa jurisprudentia,* cit. Libro III, tít. IV, § 746, repite a Voet relacionando estos pactos con los pactos ilícitos y refiriéndose también a los pactos "*quae nullam justam caussam habent; neque enim probari debet obligatio, cuius adimplendae non subest legitima caussa*". Y argumenta a propósito de D. 44, 4, 2, § 3, donde se cita el ejemplo de quien estipula la restitución de una cantidad todavía no recibida y que después no recibirá, o por una causa que después desaparece (excepción de dolo): donde el concepto de "*justa causa*" evidentemente no permite la argumentación de Richeri. El cual después, en el § 774, extiende el concepto de *justa causa* al de un interés *lícito* del acreedor o susceptible de valoración en dinero (sobre el último punto v. § 20, *a*).

En cuanto a la extraña argumentación sobre el testamento (y las *ineptae*

Tampoco puede confundirse la concepción de la función económico-social o de una utilidad social del contrato (merecedor por ello del reconocimiento jurídico) con el requisito del interés del acreedor proporcionado a la cuantía de la obligación (v. infra § 20, *b*).

Pero, además del aludido error histórico, otros errores han contribuído a la formación de la moderna teoría de la función económico-social. Concretamente, al parecer, los siguientes errores:

1.º Ha habido ante todo una confusión, facilitada por la ambigüedad de la expresión "función social", entre la función social como utilidad social de un contrato y como función típica de un contrato en la sociedad. En este último sentido se trata de la función que sirve para determinar el tipo o los caracteres típicos de un determinado contrato: por ej., la compraventa realiza la función típica del cambio de dinero por bienes distintos de éste. También esta función típica ha sido llamada "causa".

Esta función sirve para resolver problemas distintos del de saber si un determinado contrato, por su utilidad social, merece el reconocimiento jurídico; y, concretamente, para resolver los siguientes problemas:

— problemas de encuadramiento o clasificación de un caso concreto entre los tipos usuales, *con el fin de determinar las normas que le sean aplicables* directamente o por analogía, o, en general, con el fin de crear jurisprudencialmente normas aptas para regir este caso y otros similares;[9] o con el fin de realizar la llamada interpretación integradora de la voluntad de las partes;

voluntates defunctorum) aplicada al contrato, argumentación que reaparece todavía hoy, v. nota 14.

9 Cfr. por ej., las numerosas sentencias italianas recientes (por ej., en el *Rep. Foro It.* 1951, voz *locazione* núms. 151-163, y 1950, voz *comodato*, números 5, 7, 8) que aplican el concepto de función económico-social para distinguir el arrendamiento del comodato, del precario o del contrato en el cual, mediante una modesta compensación, se cede el goce de locales con la finalidad declarada, y elevada por tanto a "causa", de obtener la custodia de los mismos locales por parte del concesionario. Y ello a los efectos de las normas vigentes sobre la prórroga legal de los arrendamientos. A propósito de este contrato las sentencias hablan también de "negocio atípico", de "atipicidad" del negocio y de "causa", para distinguir el negocio típico de arrendamiento de este otro negocio atípico.

V. también las sentencias y autores citados en § 7, nota 1: Tabet, allí citado, recurre a los conceptos de función económico-social y de contrato innominado. Sobre la clasificación y la disciplina del contrato con base en su función y no en el *nomen juris* que le hayan dado las partes, v. también App. Bari, 23 julio 1947 en *Rep. Foro It.* 1948, voz *obligaz. e contratti*, núms. 183-184.

Es este un procedimiento que siguen también los juristas del *common law*, sin sentir la necesidad de construir para ello un concepto de "causa" como función económico-social. Véase por ej., el procedimiento seguido para disciplinar

— problemas relativos al *desacuerdo* entre las partes acerca del contenido típico (función o causa) del contrato;

— problemas de la realización o posibilidad de realizar el fin de las partes, presentados bajo el aspecto objetivo, peculiar en el *civil law* y un poco artificial, de la imposibilidad de realizar en concreto la función del contrato;[10] por ej., en el caso de perecimiento de la cosa vendida antes de la venta. A estos se unen los problemas de la distinción entre causa y motivos (v. infra § 22).[11]

el *trust receipt:* cfr Calabi, *Anticipazioni su merci mediante il trust receipt, Riv. dir. comm.* 1951, I, págs. 133 y sgtes.

En una reciente visita a los Tribunales de Londres he presenciado discusiones de casos análogos a los que acabamos de mencionar, para distinguir el arrendamiento o subarriendo de la concesión a título de precario *(licence)* hecha con el fin de obtener la custodia de los locales.

10 En el *common law* se llega algunas veces al mismo resultado de la nulidad del contrato por el distinto camino de un presupuesto subjetivo común a ambos contratantes: cfr. sobre este particular mi artículo sobre el objeto del contrato en el *civil law*, publicado en la revista *Jus*, 1953, págs. 289 y sgtes.

11 También aquí, para poner de manifiesto que la concepción de la función económico-social, o función típica, se refiere muy a menudo a los problemas mencionados en el texto (clasificación normativa, desacuerdo, realización del fin, etc.) parecen innecesarias las citas, al menos para nosotros. Se incluyen también los problemas de la intención jurídica y de una razón justificadora de la condena del deudor. Como referencia v. Grassetti, *Del negozio fiduciario*, etc. en *Riv. dir. comm.*, 1936, I, págs. 345 y sgtes., especialmente páginas 367, 370, 371. (Grassetti, como todos los demás autores, considera al mismo tiempo la función económica-social en el sentido de utilidad social como razón que justifica el reconocimiento jurídico del contrato.)

La "causa" viene a ser, por lo tanto, la función típica que *individualiza* el contrato, *determina las normas* aplicables, *establece el alcance del desacuerdo y el de la falta de realización del fin típico o normal.* Motivos podrían ser todos los fines de las partes que convengan a dicha función típica.

Cfr. también la frase de Planiol, *Traité élém.* cit. II, núm. 300: "*La cause est toujours la même pour le même type de contrat*".

Para la jurisprudencia, v. nota 9, así como el caso Stella-Gangemi, en el vol. II "Casuística".

Para el concepto de función económico-social o de "función jurídico-económica" como "causa" distinta de los "motivos", v. las siguientes sentencias: Casación, 11 abril 1951, en *Rep. For. Ital.*, 1951, voz *obbligaz. e contratti*, número 145; Casación, 8 marzo 1950, *Rep. Foro Ital.*, 1950, núm. 144; Casación, 15 enero 1947, *Rep. Foro Ital.*, 1947, núm. 105; y probablemente también Casación, 14 julio 1948, *Rep. Foro Ital.*, 1948, núm. 140 (según la cual, la función económico-social sería "el último motivo *objetivo* de las partes socialmente apreciable"). La sentencia de Apelación, Nápoles, 24 enero 1945, Bonaventura-Lotorto, *Rep. Foro Ital.*, 1943-1945, voz *obligaz. e contratti* núm. 97, parece acoger (también en cuanto a la enajenación) la teoría de la utilidad social: "El particular puede libremente enajenar un derecho propio, pero la voluntad privada llega a ser jurídicamente relevante y puede tener fuerza de ley en cuanto sea socialmente útil, es decir, en cuanto tienda a realizar un interés que el ordenamiento jurídico considera merecedor de tutela" (sobre este poder de la voluntad de quien se obliga, v. supra § 6 y en este § 19, *b*, 4). No nos ha sido posible encontrar los antecedentes de esta sentencia, por lo que no conocemos la verdadera cuestión práctica a que se refería.

Ninguno de estos problemas tiene nada que ver con el requisito de una utilidad social del contrato o de una función social del mismo que sea típica (tipicidad en el sentido a que hemos aludido supra en *a*), como requisito para que tal contrato pueda merecer el reconocimiento jurídico. Tanto es así que muchos de los autores que utilizan el concepto del tipo para resolver aquellos problemas no niegan el reconocimiento jurídico a contratos completamente atípicos o que representan intereses estrictamente individuales[12] (en estos casos atípicos en realidad se presentan solamente los problemas relativos a la existencia de una intención de contraer un vínculo jurídico y los de la *cause suffisante raisonnable* o *juste* (v. § 1 y §§ 10-14 bis).

2.° Otro error ha contribuído a la formación de la teoría de la función económico-social o de la tipicidad como razón justificadora del reconocimiento jurídico del contrato. Hemos tenido ocasión de ver varias veces que la tipicidad, entendida en cierto sentido, tiene una gran importancia para la solución de los problemas de la *cause suffisante* (para excluir la idea y la forma de la donación) y de los problemas de la *cause raisonnable* o *juste* (para comprobar la intención de contraer un vínculo jurídico o como razón de justicia para la condena del promitente): v. supra § 1, nota 2 y §§ 10-14 bis y 16-17. Se habla de la tipicidad refiriéndola unas veces a la prestación como compensación de carácter típicamente económico (o como objeto típico de un cambio económico de bienes y servicios: v. supra § 10 nota 2), y otras veces al negocio como negocio típica o normalmente jurídico (v. supra §§ 11 y 14). Pero también hemos tenido ocasión de ver que esta importancia de la tipicidad, entendida así, no significa que el contrato sólo por ser típico sea merecedor de la tutela jurídica: v. especialmente supra § 10, *b*; § 11 nota 22 y § 14.

A consecuencia de las razones que inspiran los requisitos de la *cause suffisante* y de la *cause raisonnable* o *juste* (razones consistentes en la protección del promitente y de su familia y en la

12 Cfr. por ej., Messineo, *Teoria gen. del contratto*, 3.ª ed. Milano, 1948, página 32 (2.ª ed. pág. 29).

Así Vassalli, *Sommario di lezioni sulla teoria dei neg. giur.* Roma, 1934, página 61, dice que falta la causa en los contratos innominados (en el sentido moderno: art. 1.322 C. c. italiano) cuando no exista el *motivo* que ha determinado el consentimiento de las partes; y en los contratos típicos cuando se excluya la función en vista de la cual la ley los ha reconocido. Con lo que resulta claro que todo contrato, aunque sea atípico o se dirija a realizar intereses estrictamente individuales está jurídicamente reconocido. La "causa", en realidad, es concebida por Vassalli en relación con los problemas indicados en la nota anterior.

exigencia de seguridad o certeza de la intención jurídica) se ha producido cierta desconfianza en el *civil law* frente a los contratos atípicos en el sentido a que nos hemos referido en los §§ que acabamos de citar y frente a los contratos a título gratuito. Esta desconfianza ha dado lugar unas veces a que se requiera la forma de la donación, otras a que se exija una razón justificadora o de equilibrio de los intereses, para la condena del promitente: v. los §§ citados.

Ahora bien, y ésta es la cuestión, la moderna teoría de la función económico-social o de la tipicidad (como expresión de la utilidad social) ha tomado como base una cierta realidad, a saber, la realidad de la indicada desconfianza del *civil law* frente a los contratos atípicos y a título gratuito, desconfianza que *está en relación con los requisitos* de la *cause suffisante* y de la *cause raisonnable* o *juste*. Pero, poseyendo este elemento verdadero, la teoría en cuestión lo ha desnaturalizado y ha transformado la desconfianza del *civil law* hacia los contratos atípicos y gratuitos *(justificada en relación con aquellos problemas o requisitos)* en una desconfianza o aversión hacia los contratos atípicos *en cuanto carentes de una función o utilidad social,* es decir en cuanto "socialmente fútiles o improductivos". De ahí el esfuerzo, bastante vano, que se ha hecho para absorber los requisitos de la *cause suffisante, raisonnable* o *juste* y los problemas inherentes a ella, dentro de la concepción de la función económico-social.[13]

3.° Otro de los errores de la teoría en cuestión afecta al requisito del interés del acreedor en la prestación. También este requisito, que en toda la historia del *civil law* y todavía hoy responde a problemas distintos del que plantea esta teoría, ha sido alterado y transformado por ella en un requisito de dignidad o título del contrato para merecer el reconocimiento jurídico (v. supra § 14 bis e infra § 20). Así, se ha dicho que, para poder obte-

13 V. supra § 11, nota 22, sobre la *causa praeterita*, y los autores que allí se citan. En cuanto a la *cause suffisante* como compensación en las obligaciones de dar, v. supra § 10, nota 7, y Betti, *Neg. giur.* cit. pág. 125, en donde este autor, a propósito de la función económico-social, dice que es *justo* que el propietario de una cosa se despoje de ella si recibe una compensación, paga una deuda o dona (añadamos, con la *forma* de la donación). Este criterio de *justicia* responde evidentemente a los problemas tratados supra en los §§ 10 y 13 y en este § 19, *a*, como exigencia de justicia en un negocio *privado*, y no a la utilidad social del contrato.

En cuanto a la tipicidad social como criterio para comprobar la intención de contraer un vínculo jurídico, v. § 1 al final, § 14, *d*, notas 9-14 y 30 sobre la diversidad de tratamiento entre depósito de cortesía y transporte de cortesía (v. especialmente Forchielli, cit. en § 14, nota 14). Como se ha dicho allí, también este problema ha sido absorbido en el de la función económico-social.

ner la sanción de la promesa, el promisario debe tener un interés merecedor de tutela desde el punto de vista social. Ahora bien, en esta proposición está la verdadera esencia de la concepción de la función social del contrato, porque esta concepción, como título para obtener la tutela jurídica no considera la causa por la que el promitente se ha obligado sino el interés que el promisario hace valer cuando pide en juicio la sanción de dicha promesa. Al sancionar el contrato, el Derecho realiza o tutela la voluntad o el interés del acreedor y no la voluntad ni el interés del deudor (v. supra § 6). Por ello, en definitiva, el requisito de la función social merecedora de tutela jurídica se resuelve en el de un interés del acreedor que merezca dicha tutela. Nos remitimos al § 20.

4.° Lo que acabamos de decir nos permite señalar otro error, que probablemente ha contribuído a la formación de la teoría que examinamos; a saber, el error inherente al concepto de autonomía privada como poder de obligarse perteneciente a la voluntad del promitente (v. supra § 6). Dada esta concepción de la autonomía y no queriéndose admitir un poder ilimitado de la voluntad para crear efectos jurídicos, se ha entendido que este poder no debe reconocerse a la persona para fines fútiles. Con ello, en vez de considerar la posición o interés del promisario, se considera la del promitente. Para la crítica v. supra § 6. En realidad, como hemos visto en los §§ 8 a 17, las limitaciones a este pretendido poder de la voluntad se establecen en interés del promitente y no por razón de una función social del contrato. El error quizá se hubiera evitado si se hubiese considerado que lo que se limitaba no era el poder de la voluntad para obligarse (o la voluntad de los contratantes "organizada" en el contrato como unidad orgánica: v. § 6), sino la expectativa o la confianza del acreedor.

5.° En fin, la teoría en cuestión no ha dejado de estar influída por el concepto general de negocio jurídico, es decir por nuestra tendencia a las generalizaciones y a las abstracciones. En efecto, dentro de este concepto general se incluyen, junto con el contrato, otros negocios jurídicos, como ciertas disposiciones de última voluntad, las fundaciones y la constitución de personas jurídicas, la constitución de servidumbres o de limitaciones a la propiedad, la adopción, etc.;[14] negocios todos que obedecen a exigencias y a principios distintos de los que son propios de los contratos obli-

14 Así, para demostrar el fundamento del pretendido requisito de una función socialmente útil o productiva del negocio en general (incluyendo el contrato), se ha propuesto el ejemplo de "un testamento, en el que alguno destine sus propios bienes a fines no ilícitos, pero socialmente fútiles o im-

gatorios. Para tales negocios puede ser exacto *algunas veces* requerir una función o utilidad social o condicionar el reconocimiento jurídico de la voluntad privada a una función típica y exclusiva.

Concretamente, en cuanto a las limitaciones a la propiedad es sabido que constituyen un *numerus clausus*, admitiéndose solamente *ciertos tipos* por la función o utilidad económico-social que cumplen. Y, en cuanto a las servidumbres, que no tienen carácter de tipos fijos, solamente se admiten las que representan alguna utilidad para el fundo dominante más que para su propietario como individuo: utilidad, por tanto, provista de cierto carácter objetivo y por la que la servidumbre es susceptible de ser elevada a tipo: sobre esta susceptibilidad v. supra apartado *a*. Pero igualmente es sabido que estas limitaciones no se aplican a los contratos obligatorios en general (para ciertos contratos dirigidos a limitar la actividad económica individual o los poderes del propietario, rigen, si acaso, otros principios: v. infra, apartado *c*). En materia de contratos obligatorios en general rigen los principios del valor de la palabra dada y de la tutela de la confianza del otro contratante, combinados con la exigencia de comprobar la intención jurídica y con la de proteger al promitente y a su familia o de imponer un principio de *justicia* en el conflicto entre intereses *privados* (v. supra §§ 8 a 17).

productivos (mantenimiento de animales, celebración de aniversarios, construcción excesivamente dispendiosa de monumentos sepulcrales)": Betti, *Neg. giur*, cit. págs. 246-247. Pueden verse análogos ejemplos en la historia de nuestro Derecho, supra nota 8 bis.

No resulta claro si en estos ejemplos se quiere aludir a una institución de heredero o a un legado *cum onere*, o bien a una fundación o a algo semejante. En el primer caso, probablemente, es cuestión de límites y pueden entrar en juego la protección de la familia o incluso del favorecido, si el gravamen supera a la cuantía de lo dejado. En el segundo caso entra en juego el principio según el cual una persona jurídica no puede ser reconocida sino cuando reúna ciertas condiciones, entre ellas, precisamente, la utilidad social que, en general, es valorada por la Administración Pública con poder discrecional. Pero todos estos principios o aspectos del problema son ajenos al contrato obligatorio: por ej., el contrato por el que uno se obliga a pagar una cantidad para el mantenimiento de un canario, para la celebración de ciertas solemnidades, para la construcción de un monumento sepulcral aunque sea excesivamente dispendioso: v. sobre esto infra ap. *d* al final y § 20, *a*. Lo que ocurre es que en el contrato hay exigencias distintas de las que se dan en otros negocios jurídicos, como por ej., el respeto a la palabra dada o la tutela de la confianza despertada en el otro contratante, mientras que como relación obligatoria entre dos personas no da lugar a las preocupaciones que pueden implicar el testamento, la fundación, etc. Esta confusión entre causa útil, razonable, justa, etc., en los testamentos y en los contratos se encuentra también en los autores franceses: v. Demogue, *Traité des obligations*, cit. II, núms. 743 y siguientes especialmente núms. 770-771.

Estos principios propios de los contratos son indudablemente distintos de los que rigen a aquellos otros actos (disposiciones de última voluntad, fundaciones, limitaciones a la propiedad, servidumbre, adopción, etc.). De manera que argumentar sobre aquéllos con base en éstos, con base en la amplia y genérica categoría del "negocio jurídico" es, por no decir otra cosa, un procedimiento de generalización indebida.

c) *Los ejemplos y las aplicaciones prácticas de esta teoría. — Posibilidad de reducirlos a los casos de contratos socialmente dañosos (ilícitos).*

Si pasamos a examinar la verdadera importancia práctica de esta teoría, a la vista de los ejemplos propuestos y de las aplicaciones hechas por sus autores y por los redactores de nuestro Código, se advierte que la teoría queda vacía de todo contenido práctico (el único que nos interesa). Tales ejemplos o aplicaciones contienen una nueva serie de errores y pueden explicarse sin necesidad de recurrir al pretendido requisito de la función económico-social.

En efecto:

— por una parte, la exigencia de un interés del acreedor que sea merecedor de tutela (en lo que propiamente debería consistir la teoría en cuestión) se reduce a la exigencia de una cláusula penal cuando el interés en la prestación no pueda valorarse en dinero (v. § 20, *a*).

— por otra, los ejemplos propuestos de contratos nulos por defecto de función o utilidad social se refieren a casos en los que se trata de contratos *socialmente dañosos* y por lo mismo ilícitos o prohibidos por la ley (concepto el de "socialmente dañoso" que es muy distinto del de contrato socialmente fútil o inútil). De manera que el concepto positivo de contrato "socialmente útil o productivo" queda reducido al *negativo* de contrato "no socialmente dañoso o ilícito".[15]

15 Sobre esta reducción del concepto de "socialmente inútil" al de "ilícito" y al de "socialmente dañoso", cfr. por ej., Demogue, op. cit. II, números 746 y 773 y sgtes. Es significativa su afirmación de que mediante una cláusula penal se puede hacer válida cualquier promesa, con tal de que el negocio a que se refiera sea lícito (op. cit. II, núm. 765).

Igualmente significativo es el ejemplo, propuesto por él, de la promesa de dos coadquirentes de un coto de caza, que se obligan a no destruir la caza,

He aquí los ejemplos propuestos:

1.° Acuerdos entre productores o entre industriales que tengan por objeto alterar las condiciones del mercado o monopolizarlo.[16] Es evidente que tales acuerdos son nulos, no porque sean socialmente fútiles o improductivos y jurídicamente indiferentes, sino por ser socialmente dañosos e ilícitos, ya que son contrarios a conocidos principios de orden público propios de nuestro sistema económico (naturalmente, la ilicitud no debe entenderse aquí en el sentido limitado de inmoralidad).[16 bis]

2.° "Contratos mediante los cuales una persona consienta, mediante una compensación, en abstenerse de una actividad productiva... sin una razón socialmente plausible, sino solamente para satisfacer el capricho o la vanidad de la otra parte".[17]

Si con ello se quiere aludir a los pactos de no concurrencia, estos son nulos en principio por considerárselos ilícitos, aunque el interés de no tener un competidor no obedezca precisamente a vanidad o capricho. Tales pactos son válidos solamente dentro de especiales limitaciones de tiempo, de espacio y de objeto y, algunas veces, a condición de que exista un especial interés del promisario.[18]

A fortiori serán nulos en principio los pactos tendentes a poner límites a la actividad económica o "*productiva*" de una persona, cuando no vengan determinados por la finalidad de no tener un competidor (por ej., pactos que establecen la obligación de no ejercer o de ejercer la medicina, la ingeniería, etc. sin dicha finalidad).[19] No sólo éstos, sino que también son nulos los pactos que

ni siquiera la que resulte dañosa para la agricultura: promesa válida, según el autor (op. cit. II, núm. 783). ¿Cómo distinguir este caso del de promesa de una cantidad para el mantenimiento de ciertos animales apreciados por el promitente pero socialmente inútiles? Se podría exceptuar solamente la hipótesis de que estos animales fueran dañosos o la de que una ley hubiera ordenado su destrucción (lucha contra las moscas, contra los topos, contra los escorpiones, etc.). Pero entonces se puede ir a parar al campo de lo socialmente dañoso o de lo ilícito *(contra legem)*.

16 Betti, *Neg. giur.* cit. págs. 246- 247.

16 bis Sobre la ilicitud de estos pactos, salvo el caso de que se dirijan a evitar una competencia "inútil y ruinosa", sin ningún perjuicio para los consumidores, cfr. Apelación Bari, 28 abril 1930, Schito-Schito, en *Rep. Foro Italiano* 1930, voz *obligaz. e contratti* núms. 107-113.

17 V. el citado Informe del Ministro de Justicia sobre el art. 1.322 del nuevo C. c.; v. también Betti, op. y loc. cits.; Demogue, op. cit. II, números 827 y 830.

18 V. por ej., arts. 2.125, 2.557, 2.596, C. c. italiano. Pero se trata de un principio acogido en todos los ordenamientos jurídicos, incluído el *common law.*

19 *A fortiori* serán nulos los pactos que tiendan a vincular toda la ac-

tiendan en general a poner límites a la actividad personal, *aún no económica,* es decir al desarrollo de la personalidad humana: por ej. la obligación de recibir o no recibir las órdenes sagradas, de dedicarse o no dedicarse a pintar aunque sólo sea por afición o por amor al arte, de no residir en determinado lugar, etc.[20]

Esta idea del desarrollo de la personalidad y de las correspondientes limitaciones así como de su licitud o ilicitud es muy delicada. En el fondo toda obligación, incluso la de pagar una cantidad, de pintar un cuadro, de celebrar o no celebrar un contrato, implica más o menos directamente una limitación a la actividad personal. Pero a lo que aquí indudablemente se quiere aludir es a aquellos pactos que tiendan a establecer directamente ciertas limitaciones (estables) al desarrollo de la personalidad: concepto elástico que depende de la costumbre y del concepto de ilicitud de la limitación.[21] Así, el imponer la obligación de abstenerse de fumar, o de jugar a las cartas aun desinteresadamente, o de practicar ciertos deportes o la caza, etc., no debe normalmente considerarse como una limitación ilícita al desarrollo de la personalidad (el único problema que surgirá será el de la posibilidad de sanción: v. §§ 20 y 21).

3.° "Contratos mediante los cuales una persona consienta, a cambio de una compensación, en un desarrollo estéril de su propia actividad personal... sin una razón socialmente plausible sino solamente para satisfacer el capricho o la vanidad de la otra parte.[22]

No está claro qué es lo que se entiende por "desarrollo estéril de la actividad personal". Mantener un canario, hacer a otro un

tividad de la persona: v. art. 1.628 C. c. italiano y 1787 C. c. francés. Cfr. Apelación, Torino, 19 enero 1929, Barbero-Negri, *Mon. Trib.* 1929, 407.

20 Distinto es el caso en el que estas conductas no hayan sido puestas *in obligatione,* sino solamente como condición de una promesa de retribución o de una donación. Sin embargo, la jurisprudencia tiende algunas veces a ver también en estos casos un contrato ilícito, en cuanto se ejerce en ellos una presión indirecta.

Si dichas conductas han sido puestas *in obligatione,* no se tiene en cuenta la dificultad de establecer una sanción para el caso de incumplimiento, sanción que podría consistir en una cláusula penal o en las *astreintes* del Derecho francés, o en el resarcimiento del daño moral (v. §§ 20-21). Aún cuando en abstracto sean posibles tales sanciones, la obligación de observar dichas conductas es nula.

21 Por ej., las limitaciones consistentes en no vender carne más que de una determinada clase, de no exponer cuadros más que en determinadas exposiciones, probablemente no representan limitaciones de esta clase: v. los casos Société Cultuelle-Barouk Bittoum y Medici del Vascello, en el vol. II "Casuística".

22 V. las citas reunidas en nota 17.

saludo matinal, jugar una partida de golf, salir de caza o de excursión, asistir a un banquete o a una fiesta, etc., no constituyen *per se* desarrollos estériles de la actividad personal; *a fortiori* si por ello se recibe una compensación (el problema será únicamente el de determinar la sanción de semejantes obligaciones: v. § 14, *b* y §§ 20 y 21). Llegarán a serlo o, mejor dicho, llegarán a ser limitaciones ilícitas a dicha actividad, cuando por la extensión, por la duración o por la forma en que vinculen a la persona, se resuelvan en limitaciones estables a la actividad personal, especialmente a la actividad económica, en el sentido a que hemos aludido en el número 2.º. Por ej. si se obligase a no hacer nada, a estar todo el día en la ventana, a dedicar toda la vida o gran parte de ella a las diversiones, a los banquetes, etc.

4.º "Contratos mediante los cuales una persona consienta, a cambio de una compensación, en una gestión antieconómica o destructora de un bien sometido a su disposición, sin una razón socialmente plausible, sino sólo para satisfacer el capricho o la vanidad de la otra parte".[23] Se trata, al parecer, de las promesas de no enajenar,[24] de no explotar (dejar inculto o inaprovechado) un bien, de destruir o no destruir un edificio, una obra y otros casos semejantes. También estos pactos son nulos, en general, por ser ilícitos,[25] ya que chocan con un principio análogo al que antes

23 Para las citas v. la nota 17. Cfr. también Demogue, op. cit. II, números 827-830, quien propone el ejemplo de la promesa de no destruir un bien, considerada como nula por la jurisprudencia francesa.

24 El art. 1.379 C. c. italiano, en contra de lo dicho en el Informe del Ministro de Justicia sobre el art. 1.322, parece considerar suficiente para la validez del pacto de no enajenar (limitado en el tiempo), el "interés apreciable de *una de las partes*", por lo que también el interés (de quien asume la obligación) de recibir una compensación adecuada, aunque sea "fútil", puede considerarse como interés del promisario.

El pacto de no enajenar puede estipularse también sin compensación, como por ej., cuando resulte incluído en un contrato de venta de automóviles y en casos similares; surgirá entonces la cuestión del interés del promisario: v. el caso Fiat-Carrain en el vol. II "Casuística"; v. también nota 27.

25 No parece que pueda decirse con Betti (*Neg. giur.* cit. págs. 246-247) que el negocio no es ilícito, sino sólo socialmente "fútil" porque sería lícita *en sí misma* cualquier disminución de un bien disponible que tuviera lugar a cambio de una compensación y con el consentimiento del interesado. En efecto, para juzgar la ilicitud en estos casos no se atiende a la disposición "en sí misma" de dicho bien ni al hecho de prometerla. Estamos de acuerdo en que el abstenerse de enajenar, o de disponer, o el destruir el bien, etc. no son hechos ilícitos y quien los promete o espontáneamente los cumple no hace nada que pueda considerarse ilícito (a diferencia de quien mata o promete un homicidio). Lo ilícito o *contra legem* no es aquel hecho o su promesa, sino el imponer el vínculo, el vincular u obligar a alguno a cumplirlo; y por ello la ley no concede una sanción contra la inobservancia (v. también infra, *d*).

hemos mencionado: principio bien conocido que responde al interés que la sociedad tiene en la libre disposición de los bienes, en la libre actividad del propietario como persona (sobre el origen histórico de este principio v. también Richeri, cit. en § 20, nota 5). No solamente es nulo el acto de disposición, dirigido a constituir derechos reales limitativos de la propiedad fuera del *numerus clausus* admitido o de las condiciones impuestas por la ley para las servidumbres (v. supra apartado *b*, 5.º), sino que también es nula en principio la obligación personal del propietario.

De donde resulta que todos los pactos tendentes a imponer limitaciones de las que hemos enumerado supra en los núms. 2.º, 3.º y 4.º son nulos porque son ilícitos. Ciertamente no se comprende por qué razón quien recibe una compensación para realizar ciertas actividades *lícitas* o para abstenerse de realizarlas, pueda negarse a observar estas conductas lícitas *convenidas a cambio* de una compensación, si no es porque es ilícito o *contra legem* el imponer una limitación a dichas conductas.

Solamente en algunos casos, cuando concurra un especial *interés* del promisario, podrá ser válido el pacto.

Y he aquí precisamente otro error de la teoría de la función económico-social. Así como los pactos que impongan algunas de las limitaciones antes mencionadas son en principio nulos por ser socialmente *dañosos* o *contra legem* (y no solamente porque sean socialmente fútiles), la ley admite algunas veces que semejantes limitaciones puedan llegar a ser válidas, cuando exista una especial utilidad valorada desde un punto de vista objetivo y no desde el estrictamente subjetivo (capricho o vanidad).[26] Esta utilidad viene a equilibrar el perjuicio que la sociedad sufriría reconociendo la obligatoriedad de tales promesas, y hace que puedan ser válidas ciertas limitaciones que en otro caso serían nulas por ser ilícitas.

Puede suceder que tal utilidad no consista directamente en una utilidad social; puede limitarse a un interés socialmente plausible o normal del promisario,[27] teniendo en cuenta la relación de pro-

26 Este procedimiento es análogo al que la ley utiliza para reconocer las servidumbres, salvo que en los casos a que nos referimos se trata de una utilidad para el individuo (y no para el fundo), utilidad que tal vez pueda apreciarse con más amplitud. Pero cuando se trate de ciertas limitaciones al desarrollo de la personalidad moral (sacerdocio, etc.), ni siquiera un interés relevante del promisario podría servir para que se las considerara válidas.

27 Utilidad socialmente apreciable o plausible no significa utilidad social, sino utilidad o interés individual de carácter normal u objetivo; o sea,

porción con el daño que ocasiona a la sociedad la limitación impuesta al promitente. El perjuicio social derivado del límite puesto a la libre actividad personal de una de las partes queda equilibrado por la utilidad socialmente plausible o de carácter objetivo obtenida por la otra parte.[28] Esta utilidad individual se resuelve en una utilidad social solamente en el sentido de que la sociedad tiene interés en la realización de los fines de todo individuo. En los casos más graves de limitaciones dañosas para la sociedad se podrá también requerir una utilidad social directa, que sirva para neutralizar el daño grave.

Pero esta utilidad especial (para el promisario) de carácter objetivo o social no es un requisito para la sancionabilidad de todos los contratos o pactos, sino solamente de aquellos (o de algunos de ellos) tendentes a establecer las citadas limitaciones a la libre actividad de la persona o del propietario; pactos que, de no ser

reconocido por la conciencia social. V. por ej., el caso Fiat-Carrain, en el volumen II "Casuística".

No basta la utilidad para el promitente, ya que ésta quedaría implícita en el hecho de que reciba una compensación por asumir el vínculo. Sin embargo, en los casos de limitaciones para la enajenación, de no concurrencia y otros semejantes, la compensación adecuada recibida por el promitente puede ser relevante (v. supra notas 18 y 24) junto con las limitaciones de tiempo y de lugar.

Sobre el pacto de no enajenar incluído en una donación, pacto en principio *contra legem* pero válido si está "limitado en el tiempo y justificado por un *serio* interés" (concretamente, el interés de garantizar la colación eventualmente debida a otros herederos): v. Trib. Caltanissetta, 26 mayo 1947, Romano-Accardi, *Rep. Foro Ital.* 1948, voz *donazione*, núm. 30. Cfr. también Casación 4 agosto 1936, Fernández-Avitable, *Giur. It.* 1936, 1.012: v. vol. II "Casuística".

Por otra parte, si quien asume uno de los distintos vínculos antes mencionados ha recibido una compensación muy importante, no parece justo que pueda sustraerse a la promesa, especialmente si el vínculo está limitado en cuanto al tiempo, al espacio o al objeto.

Por lo que se refiere al interés del promisario, el saber si se trata de un interés estrictamente individual (capricho o vanidad) se resuelve en muchos casos averiguando si se produce daño patrimonial por inobservancia de la prohibición: la existencia de este daño revelará que no se trata de vanidad o capricho, pues estos se incluyen en general en los llamados intereses y daños no patrimoniales. Solamente si el promisario exige como sanción la ejecución en forma específica (por ej., la destrucción de la obra), las *astreintes* del Derecho francés, el resarcimiento del llamado daño moral (donde esté admitido), en vez de exigir el resarcimiento del daño patrimonial, o si existe una cláusula penal, solamente entonces surgirá directamente el problema de un interés del promisario "socialmente apreciable" en el sentido a que nos referimos en el texto. V. también, en otro aspecto, § 20, notas 9 y 12.

28 Sobre las diferencias entre este requisito del interés del acreedor y el requisito establecido para ciertos contratos a título gratuito, v. infra § 20 al final.

por dicha utilidad equilibradora, serían nulos por ser ilícitos o *contra legem*.

También en este punto la teoría de la función económico-social ha incurrido en una generalización indebida, extendiendo a todos los contratos lo que solamente era un requisito de algunos de ellos.

Para terminar: el concepto de contrato ilícito, o de contrato en principio ilícito y solamente permitido en determinadas circunstancias, era más que suficiente para explicar todos los casos mencionados, sin necesidad de recurrir a una teoría o requisito general de la función económico-social.

Otros sistemas jurídicos, como el *common law*, que no conocen esta teoría, han llegado a las mismas soluciones e incluso a un tratamiento todavía más severo de los contratos "*in restraint of trade*" (v. vol. II "Casuística").

Todos los principios relativos a la nulidad de los pactos a que nos estamos refiriendo se desarrollaron en el siglo XIX sobre la base del concepto de negocio ilícito, propio de aquella época que no se preocupaba de una teoría de la función o utilidad social del contrato.[29]

Por lo demás, alguno de los mismos partidarios de la teoría de la función económico-social, quizá por temor de minar la base misma de la institución moderna del contrato y no encontrando aplicaciones concretas de la teoría que salgan del ámbito de la ilicitud, termina haciendo una fisiocrática profesión de fe en la armonía entre los intereses de los contratantes y el interés general.[30]

En vista de esto, o sea, puesto que según las mismas aplicaciones de la teoría todo se reduce al concepto de ilicitud o al supuesto de ciertos contratos ilícitos pero excepcionalmente admitidos, el intérprete no queda vinculado por el texto del antes citado artículo 1.322 C. c. ital., a menos que se le interprete como una construcción doctrinal que engloba, bajo nombre distinto,[31] casos de ilicitud o de imposición de limitaciones ilícitas en princi-

29 Si acaso, ha sido la llamada economía dirigida de nuestros tiempos la que con su objetivo de "utilidad social" ha hecho que sean válidas algunas de aquellas restricciones a la libre actividad económica, que antes se consideraban nulas.

30 Así, Demogue, op. cit. I, núm. 13, v. también II, núm. 743, que escribe: "*L'on estime que par une certaine concordance qui existe entre les intérêts privés se satisfaisant dans certaines limites, et l'intéret général, le particulier qui songe à faire ses affaires et d'ordinaire ne songe qu'à lui, collaborera en même témps à des intérêt collectifs*".

31 O sea, según la frase del art. 1.322 C. c. italiano: "Contratos dirigidos a realizar intereses merecedores de la tutela jurídica".

pio y excepcionalmente permitidas a condición de que exista cierto interés cualificado del promisario.[32]

d) *Unidad de la causa (como función justificadora del reconocimiento jurídico del contrato) según esta teoría.*

Ésta es, si no nos equivocamos, otra crítica que puede hacerse a la teoría de la función social. Esta teoría, al considerar como "causa" o razón justificadora del reconocimiento jurídico la pretendida función social del contrato (concebido unitariamente, como tipo de negocio), ha tenido que llegar casi necesariamente a concebir y tratar unitariamente la "causa". En otros términos, el defecto de esta función o causa afectaría al contrato en su totalidad, es decir, a las promesas de ambas partes, promesas que quedarían una y otra sin sanción como "jurídicamente indiferentes". Así, en los ejemplos recogidos en el apartado *c*, 2.º, 3.º y 4.º, no solamente quedaría sin sanción la promesa de observar ciertas limitaciones a la actividad de la persona o del propietario, sino que quedaría igualmente desprovista de sanción la promesa de una contraprestación.[33] Todo el contrato, en fin, quedaría privado de sanción jurídica por dirigirse a "realizar un interés no merecedor de tutela jurídica".

Esta concepción unitaria no parece exacta.[34]

Quien se ha hecho prometer por otro que no se le hará competencia,

32 Así, Messineo, *Dottrina gen. del contratto*, cit. 2.ª ed., pág. 13, reduce el ámbito del art. 1.322 a los contratos ilícitos, imposibles o en fraude a la ley.

33 Como ya hemos puesto de relieve, esta concepción unitaria se basa en la idea de un cambio entre la función del contrato y el requisito de un interés cualificado del destinatario de la promesa de observar aquellas limitaciones (interés creditorio). Elevándose este interés a función de todo el contrato aparece como causa (unitaria) también para el otro contratante, quien a su vez se ha hecho prometer a cambio una contraprestación; o, en todo caso se da también por parte de éste una causa unitaria similar a aquélla.

Así, en el Informe del Ministro de Justicia sobre el art. 1.322 y en Betti, *Neg. giur*, cit. pág. 246 se aduce como ejemplo el caso de quien "consiente mediante una compensación en abstenerse de una actividad productiva, etcétera... sin una razón socialmente plausible sino solamente para satisfacer el capricho o la vanidad de la otra parte" o "para crearle una injustificada posición favorable en la concurrencia". De donde resulta evidente que éste promete para obtener la compensación y solamente para ello; mientras que los fines de vanidad, capricho y similares son exclusivos de la otra parte, es decir, de su interés creditorio.

34 Probablemente también ha influído sobre esta concepción unitaria la concepción romana del *negotium* típico en su conjunto, como base de un sistema de acciones (v. supra *b*). También ha influído probablemente la concepción de la función típica propia de los problemas a que hemos aludido en la nota 11.

La solución que adoptamos en el texto corresponde, en cierto sentido limitado, a la solución francesa clásica de la causa como fin de *cada uno* de los contratantes.

que se observarán ciertas limitaciones en la actividad de una persona o de un propietario, que no se enajenará o se derribará un edificio, etc., no podrá aspirar a que se sancione tal promesa (a menos que tenga un interés cualificado, de las características a que hemos aludido en el apartado *c*). Pero quien, habiendo prometido tales conductas, se haya hecho prometer a cambio una contraprestación, podrá obtenerla judicialmente cuando efectivamente haya observado dichas limitaciones durante el período convenido, cuando haya derribado el edificio, etc.[35] No se comprende por qué no iba a poder hacerlo. Él ha cumplido el sacrificio requerido (que en sí mismo no constituye un hecho o acto ilícito) y debe ser pagado.[36] Que haya derribado el edificio para satisfacer un capricho de la otra parte o que por otro capricho de ésta se haya abstenido de ejercer cualquier comercio o profesión durante largo tiempo, es cosa que no influye para nada sobre su derecho a la compensación: en tal demolición o abstención no hay nada de ilícito. Por lo demás, podría emplear lo que recibe como compensación en la construcción de otro edificio o en otras actividades aunque no fueran de carácter económico. Si se llegara también a un control en este último punto todo el principio del contrato quedaría destruído.

Lo que la ley quiere únicamente es que no se pueda *obligar*, es decir, forzar con sanciones, al promitente a que cumpla dichas conductas u observe dichas limitaciones. Y por lo tanto será válido también el contrato por el que uno promete una cantidad *si* el otro observa aquellas conductas o respeta aquellas limitaciones (sin una contrapromesa de hacerlo). En el primer caso — contrapromesa de la conducta o limitación — quien ha prometido la compensación podrá revocar su promesa mientras la conducta *(¡la res!)* no se haya efectivamente verificado, ya que la contrapromesa o la obligación de éste es nula. En el segundo caso, en el que la conducta ha sido prevista solamente "*in condicione*", no podrá revocar la promesa de entregar una compensación, sino que tendrá que esperar a que transcurra el tiempo razonable para el cumplimiento del hecho o *res* (a diferencia de lo que ocurre en el *common law*, v. infra § 29).

Pero la teoría de la función económico-social, sobre la base de la indicada concepción unitaria de esta función como causa del contrato, debe llegar también en dichos casos a afirmar la nulidad de la promesa de pagar una compensación, porque el contrato en su totalidad se dirigiría "a realizar un interés no merecedor de tutela jurídica".

Pero esto no es todo. La teoría en cuestión, llevada de su antipatía hacia los intereses "fútiles" (estrictamente subjetivos) se ha visto arrastrada, al parecer, a confundir y tratar del mismo modo el interés "fútil"

35 Quizá podría obtener también la compensación cuando, aun sin haber realizado lo prometido, ofreciera garantías suficientes del cumplimiento de la promesa, cuando ello fuera posible en algún caso concreto.

36 En realidad, esta es la situación que se da en todos los casos en los que una de las prestaciones o conductas prometidas no pueda ser objeto de una promesa válida. V. el caso Carrari-Masiero en el vol. II "Casuística".

del promisario, o interés creditorio y el interés "fútil" del promitente, o sea la "causa" *(but)* por la que éste se obliga. Así, quien promete una cantidad o unos bienes para el mantenimiento de un canario, para recibir el saludo matinal, para la participación en una partida de cartas desinteresada, en un banquete, etc., no podría ser constreñido judicialmente a pagar porque ha prometido por un motivo "fútil".

Sin embargo, prometer por un interés o motivo "fútil" (del promitente) y hacerse prometer algo por un interés o motivo "fútil" (del promisario) son dos situaciones distintas que deben ser tratadas de distinta manera. Los problemas que surgen en cuanto a la primera de ellas son los que hemos mencionado supra en §§ 10-14. Los que nacen de la segunda son los problemas mencionados supra en apartado *c*, e infra en los §§ 20-21. En este segundo caso la vanidad, futilidad, caprichosidad o carácter no económico o atípico del interés del promisario, pueden determinar la ilicitud de la imposición de *ciertas* limitaciones en los casos a que nos hemos referido en el apartado *c;* o bien, pueden determinar la necesidad de una cláusula penal, o la ausencia de una *cause juste* en las promesas a título gratuito, especialmente atípicas, al hacer la comparación entre los intereses *privados* en conflicto (v. §§ 20-21).

En el primer caso, la vanidad, futilidad, caprichosidad, o el carácter no económico o atípico del interés del promitente, hacen surgir los problemas de la *cause suffisante, raisonnable et juste* en relación con el requisito de la forma de la donación, con la existencia de la intención de contraer un vínculo jurídico, o incluso algunas veces con la indicada exigencia de justicia en la comparación de los intereses *privados* en conflicto (v. §§ 8-14). Pero la promesa no es necesariamente nula por el solo hecho de que el motivo o interés del promitente sea fútil, vano, caprichoso, etc. La jurisprudencia francesa ha tenido ocasión de afirmar la validez de promesas semejantes hechas por un motivo de *"vanité ou caprice"*, incluso sin requerir la forma de la donación (v. vol. II "Casuística", especialmente los casos Bardet y Abate Bresson).

Conviene advertir, además, que el recurrir al esquema formal de la donación, con la presunción o ficción de un *animus donandi,* para sancionar una promesa atípica, también está conforme con la tradición del *civil law* (v. autores del Derecho común: v. §§ 5 y 10). Sería válida pues, incluso entre las partes, una letra de cambio que tuviera una causa atípica o "fútil" (al menos en el Derecho francés, en el que la letra de cambio elimina la exigencia de la forma de la donación: v. § 38, *d*).

En cambio, según la teoría de la función económico-social, ni siquiera una promesa de dinero revestida de las formas de la donación con la carga de mantener el canario, hacer el saludo matinal, participar en un banquete, etc., sería válida, cuando resultara que el motivo principal o exclusivo de la promesa fuera el de obtener tales prestaciones (averiguación que no creo esté permitida y que sería, en todo caso, muy difícil). Tampoco sería válida una letra de cambio en los casos mencionados.

e) *Notas críticas de carácter ideológico.*

Hasta aquí hemos tratado de exponer lo que nos parece ser el estado actual del sistema contractual del *civil law*, sin entrar en juicios de valor o en apreciaciones políticas *lato sensu* de dicho sistema. Pero puesto que, en realidad, la teoría de la función económico-social se inspira en semejantes juicios o ideologías,[37] permítasenos incluir algunas notas también en este terreno, por lo que puedan tener de útiles y sin la pretensión de que puedan servir para establecer el derecho positivo vigente.

La teoría en cuestión parece estar influída por la idea de que el Estado admite o permite el cambio privado de bienes o servicios típicamente económicos (la llamada iniciativa privada) en vista de la utilidad social que tal cambio representa como medio apto para la producción y la distribución de aquellos bienes con miras al "bienestar social". Idea que se desarrolla paralelamente a la evolución del Estado moderno, como ente o legislador racional, y de la que fueron precursores los economistas más que los juristas.[38]

Las recientes tendencias hacia la llamada economía dirigida parecen resumidas en la teoría de la función económico-social del contrato.

Sin embargo, al razonar así se olvida que no todos los contratos tienen por objeto intereses económicos (v. supra § 9 notas 6 y 7; § 13, *c*). Es ésta una tendencia al "economismo", propia también de nuestros juristas, según la cual el contrato de intereses económicos se presenta como el contrato por excelencia, sobre cuyo tipo se tiende a modelar la teoría general del contrato.[39] Se olvida además que no todos los contratos de intereses económicos tienden a resolver los problemas de producción y distribución de la riqueza para conseguir el "bienestar social". Una intervención del Estado en estos campos, mediante el control que supone el criterio de la función social, sólo sería admisible en un Estado que pretendiera absorber y controlar toda la vida de los individuos, en sus múltiples aspectos o fines tanto económicos como no económicos. Pero entonces el mismo contrato y su misma función esencial acabarían por quedar destruídos.

Además, aun en el campo de los contratos de intereses económicos que tengan tal importancia o cumplan dicho papel, cuando el Estado ha querido "intervenir" o limitar la facultad de los contratantes, lo ha hecho a través de normas *expresas y bastante determinadas:* determinadas en su contenido y en relación a categorías específicas de contratos que se querían disciplinar; normas que en *determinados* campos o ámbitos pueden constituir también un conjunto sistemático. Pero tal intervención del Estado en

37 Esta inspiración ha llevado probablemente a algún autor a hacer la afirmación de que el requisito de la función económico-social es propio de todos los sistemas contractuales (v. supra nota 4).

38 V. a propósito de esto mi "*Commento a Tocqueville*", Milano, 1948, especialmente parte II, cap. V, § 5.

39 V. mi artículo "*Il contratto a interessi non economici*".

la "vida económico-social del país" no se ha actuado en nuestros sistemas mediante el recurso al criterio vago y genérico de la función económico-social del contrato.

La teoría de la función económico-social, impresionada por aquellas normas de "economía dirigida", ha creído que tales normas podrían traducirse en un principio o criterio general que, como tal, debería inspirar a los jueces al aplicar la sanción jurídica a *cualquier* contrato que se les presentara. Pero dichas normas no tienen este alcance y dentro de su contenido determinado, resultan más que suficientes para tal objeto.[40] El ir más allá de este sistema de normas determinadas para adoptar aquel criterio genérico significaría exponer el contrato a un poder discrecional del juez que acabaría por destruir el contrato mismo en su función esencial, en contra de las exigencias de seguridad y de estabilidad que constituyen su base.

Por lo que se refiere concretamente a los contratos de intereses no económicos, en muchos casos podrían surgir dudas sobre la validez de un contrato con un profesor de baile, o de *bridge*, etc. así como sobre la validez de las promesas de aportaciones o de cláusulas penales en favor de asociaciones para la protección de ciertos animales, para el desarrollo de ciertos juegos o diversiones, etc., si todas estas actividades, aun siendo lícitas, se consideran como socialmente improductivas y, por lo mismo, como jurídicamente indiferentes. Todo el problema de los contratos dirigidos a promover los llamados *hobbies* o ciertos *hobbies* quedaría resuelto, así como el problema que plantea todo contrato dirigido a satisfacer intereses no económicos sino de carácter atípico o estrictamente individual. Y, si no nos equivocamos, se trata de un problema urgente en la sociedad contemporánea, ya que la personalidad humana, oprimida en el campo estrictamente económico, parece buscar un desahogo en el campo de los intereses no económicos.[41]

Sería también difícil medir la futilidad de estos intereses y distinguirlos, dentro de las circunstancias del caso concreto, de otros intereses que pudieran no ser "fútiles o caprichosos". Prácticamente, como sucede en el campo de la ilicitud, se iría a parar a una investigación sobre los "motivos".

Por último, en cuanto al argumento del esfuerzo social para la ad-

40 El mismo laborismo inglés ha seguido esta dirección, sin recurrir al control general (y discrecional) representado por la teoría de la función económico-social, criterio éste que no se ha introducido en el *common law*.

41 Nos remitimos sobre este punto a nuestro ya mencionado artículo sobre los contratos de intereses no económicos. Este artículo se funda en la consideración de que el contrato, mediante la promesa de una compensación o mediante una cláusula penal, *astreintes* y similares, puede servir para inducir u obligar a otra persona a satisfacer un interés no económico o moral, imponiéndole prácticamente una prestación o una conducta que no tenga valor económico. El hecho frecuente y casi normal de que la sanción del contrato tenga carácter patrimonial (resarcimiento de daños patrimoniales) ha dejado en la penumbra este campo, hoy imponente, de los contratos de intereses no económicos.

ministración de la Justicia, que no debería malgastarse aplicándolo a intereses "socialmente improductivos", se puede objetar que la situación es recíproca para todo ciudadano o miembro de la sociedad ya que todos contribuyen a tal esfuerzo. Todos pueden encontrarse en casos semejantes. Y se trata, si acaso, de saber si no conviene poner estos contratos y en general todos los contratos lícitos bajo la tutela jurídica, para resolver mediante ésta los conflictos que de ellos nazcan y para dejar que el contrato desarrolle libremente su función de ordenada y pacífica satisfacción de los intereses privados lícitos y, por tanto, de medio para desarrollar la personalidad en sus múltiples manifestaciones, incluso las atípicas o estrictamente singulares e individuales (también este punto será tratado con más amplitud en el artículo citado en la nota 41).

NOTA DEL TRADUCTOR. — *La teoría de la función económico-social del contrato, que en Italia ha tenido tan amplia repercusión doctrinal e incluso consagración legislativa, no ha sido acogida por nuestra doctrina ni desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por supuesto, nuestro Código no contiene ningún precepto equiparable al párrafo segundo del art. 1.322 del italiano; la autonomía de la voluntad está reconocida y proclamada en el art. 1.255 según el cual, "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público". Los requisitos del contrato quedan, pues, fijados de manera positiva por el art. 1.261, que exige la concurrencia de los elementos esenciales, consentimiento, objeto y causa, y de manera negativa por el art. 1.255 que establece esos topes o barreras ante los que ha de detenerse la iniciativa de los contratantes. Fuera de estos requisitos y del requisito formal en los casos para los que expresamente lo imponga la ley (v. nuestras notas al § 18), no hay ninguna otra exigencia en virtud de la cual pueda negarse la sanción de un contrato por no dirigirse a la realización de intereses que el ordenamiento jurídico considere merecedores de tutela. Y ello, tanto por lo que se refiere a los contratos típicos como a los atípicos o innominados, para los cuales rigen esos mismos requisitos, positivos y negativos, establecidos en los artículos 1.261 y 1.255.*

Cierto que el dogma de la autonomía de la voluntad, proclamado en el art. 1.255 del C. c., ha venido sufriendo atenuaciones y limitaciones de muy diversa índole por obra, especialmente, de las concepciones sociales que han dado lugar a la penetración de elementos éticos y a la acentuación del carácter público en importantes sectores de la contratación privada (señaladamente en materia de arrendamientos rústicos y urbanos y de contrato de trabajo). Pero estas limitaciones a la autonomía de la voluntad no se han cifrado precisamente en la exigencia de un interés "merecedor de tutela", ni en negar la sanción jurídica a los contratos que se dirijan a la realización de intereses "fútiles o caprichosos".

Lo cual tampoco significa que cualquier contrato, por insignificante

que sea el interés a que responda, deba merecer la protección del Derecho y de los Tribunales de Justicia. Pero para negarle dicha protección bastará acudir a las reglas sobre la licitud del objeto, sobre la causa, etc., sin que se imponga específicamente, como un requisito más, la necesidad de que el contrato responda a intereses socialmente útiles, merecedores de la tutela jurídica, etc. Los problemas a que pueda dar lugar un contrato en el que no se advierta la presencia de tales intereses serán los relativos a la intención de contraer un vínculo jurídico, a la patrimonialidad de la prestación (v. nuestras notas al § 14) y, sobre todo, a la posibilidad de una sanción para el caso de incumplimiento; pero no a la exigencia de un requisito especial que deba añadirse a los que presiden el nacimiento de las obligaciones contractuales. En términos generales cabe afirmar que, con tal de que el objeto y la causa sean lícitos y de que el contrato se haya concluído seriamente, con intención de contraer un vínculo jurídico, no hay ningún contrato que sea "indiferente" para el Derecho.

Las pocas alusiones que nuestra jurisprudencia hace al "interés social" o a la utilidad social del contrato, guardan conexión con los aspectos de la licitud y en modo alguno responden a un criterio que pueda compararse al que anima a la doctrina italiana de la función económico-social. Así, cuando en materia de contratos innominados se admite la validez de obligaciones que "no reconocen en su origen causa ilícita que las invalide, ni nada que con menoscabo del interés social *se oponga a las leyes y a las buenas costumbres" (sentencias de 7 de diciembre de 1911 y 8 de noviembre de 1913).*

En la sentencia de 25 de junio de 1945 (a propósito de un heredamiento catalán) se declara que las prohibiciones de enajenar pueden admitirse cuando obedezcan a un "interés digno de protección", invocando un texto de las Partidas que, al establecer la ineficacia de las prohibiciones de enajenar impuestas en testamento, reconocía sin embargo su validez cuando obedecieran a "razón guisada". Tampoco se puede considerar esta alusión al "interés digno de protección" como una aplicación de la doctrina de la función económico-social; en la misma sentencia se justifica la validez (en ciertos casos) de las cláusulas de inalienabilidad acudiendo al art. 1.255 del C. c. y dejando siempre a salvo las taxativas prohibiciones que las leyes establezcan. El problema se plantea, por lo tanto, en el terreno de la licitud y no en el de un hipotético requisito cifrado en el interés o función social.

Si la conclusión a que se llega en el texto (v. también en el vol. II la nota que sigue al caso Fiat cr. Carrain) puede resumirse en la afirmación de que los problemas a propósito de los cuales se invoca la "función económico-social del contrato" pueden y deben resolverse sin necesidad de acudir a dicho concepto, con mayor razón puede trasladarse esta afirmación a nuestro Derecho, ya que entre nosotros no se ha llegado a intentar la aplicación de aquella concepción a tales problemas.

§ 20.

La exigencia de un interés apreciable en el acreedor

a) *El interés del acreedor como requisito genérico para la sancionabilidad de la promesa.*

En el *civil law*, y tanto en el pasado como en la actualidad, se menciona frecuentemente el interés del acreedor como requisito para la sancionabilidad de la promesa.[1] El art. 1.174 C. c. ital. establece expresamente este requisito junto al de que la prestación sea susceptible de valoración económica; según este artículo, la prestación debe responder además a un interés del acreedor, que puede no ser patrimonial.

También aquí estamos en presencia de una concepción bastante vaga y genérica o de una de aquellas nebulosas generalizaciones que constituyen un quebradero de cabeza para el intérprete que quiera desentrañar su verdadero significado.

Es evidente que el interés en cuestión debe ser un interés cualificado o "apreciable" de alguna manera, porque siempre habrá un interés en el acreedor, como lo revela el hecho de haber aceptado la promesa y de tomarse la molestia de hacerla valer en juicio. De donde resulta que tal requisito, si es verdaderamente un requisito general, parece constituir otra limitación al principio del nudo consentimiento o de la llamada autonomía contractual si se la considera como el poder de hacerse prometer algo o de hacer valer una promesa (v. § 6).

Parte de la doctrina italiana, los trabajos preparatorios de nuestro art. 1.174 y también algunos autores extranjeros, conciben el interés (cualificado y "apreciable") del acreedor como aquel interés merecedor de tutela jurídica que constituye la base de la teoría de la función económico-social (v. § 19): un interés serio, no fútil, una "*satisfaction justifiée non par l'importance du ca-*

1 A veces parece que quiera aludirse a un requisito de las obligaciones en general (así el art. 1.174 del C. c. italiano) y no solamente de las obligaciones voluntarias, o sea, de la promesa. Pero ya que, como veremos, se trata de un interés cualificado del acreedor, este requisito existe también necesariamente en las obligaciones *ex lege*. En realidad, todo el art. 1.174 se refiere a las obligaciones voluntarias.

price, mais par la valeur speciale du bien individuel" (Demogue, infra cit.); un interés valorado "según la apreciación predominante en la conciencia *social*, es decir, independientemente del juicio subjetivo que sobre él pueda hacer el sujeto de la relación".[2] Solamente semejantes intereses serían merecedores del coste social de la justicia y de su dignidad.

Sin embargo, como hemos tenido ocasión de ver en el § 19, *c*, ese especial interés del acreedor no constituye un requisito de todos los contratos sino solamente de una limitada categoría de ellos que sin él serían "*ilícitos*". Se ha argumentado también, generalizando erróneamente, sobre la idea de la desaparición del interés en ciertas servidumbres o en obligaciones personales de contenido análogo (v. § 19, *c* y § 36, nota 32). La generalización o extensión de un requisito semejante a todos los contratos es el resultado de una ideología carente de base real y en la práctica no tiene ninguna aplicación. En efecto, la misma teoría a que nos estamos refiriendo, tras haber distinguido el requisito de una prestación susceptible de valoración económica o apreciable en dinero del requisito de un interés socialmente apreciable del acreedor, reduce toda la cuestión al problema de la posibilidad de san-

2 V. el Informe del Ministro de Justicia sobre el nuevo Código, a propósito del art. 1.174. Sobre esta interpretación del art. 1.174 y sobre su relación con la teoría de la función económico-social y con el art. 1.322, cfr. Betti, *Neg. giuridico* cit. 2.ª ed., núm. 8, págs. 101 y 105, núm. 23, pág. 191. Sobre la concepción del interés del acreedor, cfr. también Demogue, *Traité des obligations*, cit. vol. I, núm. 15 y Lucas, cit. por él, y vol. II, núms. 758 y siguientes (Demogue, que no equipara este requisito al de la función económico-social, llega así a imponer tres requisitos al contrato: la utilidad para el deudor, como *cause raisonnable* o *suffisante;* la utilidad para el acreedor y la función económico social).

Sobre el interés del acreedor "digno de tutela" v. también Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, vol. I, págs. 57 y sgtes., vol. III, páginas 175-180 y vol. II, pág. 207, quien sin embargo, considera también bajo este título problemas distintos de los del interés digno de tutela y termina criticando esta última concepción.

Cfr. también Von Tuhr, *Allg. Teil d. deut. bürg. Rechts*, cit. II, § 50, página 170, para quien ciertas promesas no están jurídicamente sancionadas "*weil das Interesse des Glaübigers kein rechtlichen Schutz verdient*" (en realidad, Von Tuhr tiende a considerar relaciones sociales, de cortesía, etcétera: v. supra § 14, *b*).

La teoría del interés digno de tutela del acreedor no tiene nada que ver con la del abuso del derecho, que aplicada a los contratos significa abuso del "derecho" de hacerse prometer (abuso en la conclusión del contrato) y abuso del derecho de exigir su cumplimiento: el primer caso se incluye en la teoría de la lesión (art. 1.448 C. c. italiano, art. 21 Código suizo de las obligaciones, artículo 129 C. c. egipcio, etc.); el segundo, en la de la excesiva onerosidad (artículo 1.467 C. c. italiano; 147 C. c. egipcio, etc.).

ción, admitiendo en todo caso la validez de una cláusula penal cuando el contrato no sea ilícito (v. infra nota 5).[3]

3 Con razón nuestro art. 1.174 le parece "enigmático" a Barassi (op. cit. III, págs. 174-180), ya que siempre existe un interés del acreedor y ello debería bastar con tal de que fuera un interés lícito. Todavía parece más enigmático el art. 1.174 si se le pone en relación con la teoría que hemos criticado, ya que ésta después de haber hecho la distinción a que nos hemos referido, o sea, distinguiendo dos requisitos (prestación susceptible de valoración económica e interés del acreedor), admite la validez de la cláusula penal y de esta manera reduce toda la cuestión al requisito de un interés susceptible de valoración económica, es decir, a la posibilidad de una sanción (v. nota 5). Además, el art. 1.174 habla no de un interés "apreciable" del acreedor *sic et simpliciter*, sino de un interés que "puede no ser patrimonial".

Para resolver este enigma conviene tener en cuenta las confusiones en que incurrieron los redactores de nuestro art. 1.174. Para la existencia de una obligación en sentido jurídico, o sea, para la posibilidad de una acción judicial del acreedor, es necesario que exista la posibilidad de una coacción jurídica, es decir, de la aplicación de una sanción. A esto quiere aludir el art. 1.174 cuando establece que la prestación debe ser susceptible de valoración económica: en otro caso, se dice, "no podría actuarse la coacción jurídica prevista por el Derecho para el caso de incumplimiento", es decir, "la ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor" (Informe del Ministro de Justicia, sobre el art. 1.174; Messineo, *Manuale di dir. civ. e comm.*, Milano, 1946 § 99, número 12).

Sin embargo, esta exigencia de la posibilidad de una sanción ha sido mal expresada con el concepto de "prestación susceptible de valoración económica". Ante todo, con tal concepto se considera exclusivamente la sanción del resarcimiento de los daños u otras sanciones que presuponen, aunque no necesariamente, la posibilidad de valoración económica de la prestación: como el obtener judicialmente el dinero necesario para procurarse la prestación de otras personas. Pero puede haber también otras sanciones, como la ejecución en forma específica, la destrucción de lo hecho (los gastos de destrucción no significan que el "no hacer" tuviera un valor económico); sanciones que son aplicables también a casos de prestaciones no susceptibles de valoración económica (ejemplo, entrega de una carta familiar). Aparte de las sanciones constituídas por las *astreintes* del Derecho francés o por una cláusula penal como pena privada (v. § 21).

En segundo lugar, limitándonos también a la sanción del resarcimiento de los daños, lo que resulta decisivo para la posibilidad de esta sanción es que *el interés del acreedor* en la prestación, *y no la prestación misma*, sea susceptible de valoración económica. En efecto, puede darse el caso de una prestación no susceptible de valoración económica (típica) pero respecto de la cual el acreedor pueda probar que tiene un interés patrimonial, es decir, que sufrirá un daño patrimonial en caso de incumplimiento. Y viceversa, puede darse el caso de una obligación con prestación que en sí misma sea susceptible de valoración económica (como sacrificio o coste para realizarla u obtenerla) pero a cuyo incumplimiento no sea aplicable, sin embargo, la sanción del resarcimiento de daños por no ser susceptible de valoración económica el interés del acreedor. Así, en el caso de contrato en favor de terceros, aún cuando tenga por objeto una prestación de tal carácter. Puede ocurrir esto aún en cualquier caso en el que una prestación semejante deba cumplirse en favor del estipulante (entonces el hacerle obtener una cantidad equivalente al valor de la prestación, especialmente cuando no pueda obtenerla de otros, o el precio establecido como contraprestación, es solamente un expediente de compensación del llamado daño moral, expediente no siempre admisible).

Por tanto, la "susceptibilidad de valoración económica" de la prestación

¿Qué ha de entenderse entonces por interés del acreedor, "apreciable" o cualificado, como requisito para la sancionabilidad de la promesa? A través de toda la historia del *civil law*, hasta nuestros días, resulta que con ese vago concepto se ha querido aludir a la necesidad de que la promesa u obligación voluntaria pueda ser objeto de alguna de las sanciones admitidas por la ley y, concretamente, de la sanción consistente en el resarcimiento de los daños;[4] de no ser así, la promesa queda prácticamente sin sanción. Y como, desde el Derecho romano y durante largo tiempo en el *civil law* y todavía hoy en algunos de sus ordenamientos, la única sanción admitida era el resarcimiento del daño patrimonial, resultaba que el interés del acreedor en la prestación a él prometida debía ser susceptible de valoración en dinero, es decir apreciable en el sentido de *apreciable en dinero* o "susceptible de valoración económica", como, refiriéndose a la prestación, dice el art. 1.174 del C. c. ital.; en otro caso, ninguna sanción resultaba prácticamente posible y la promesa quedaba por ello fuera del ámbito del

no es un requisito esencial de la obligación en orden al problema de la posibilidad de coacción jurídica, problema del que se ocupa el art. 1.174. Tal carácter de la prestación (como sacrificio para realizarla u obtenerla) es relevante en orden a un problema distinto: el de la *cause suffisante*. V. supra § 10, especialmente nota 2 y § 11; v. también § 21, nota 2.

Tampoco puede decirse que en nuestro actual sistema sea esencial el carácter patrimonial (o susceptibilidad de valoración económica) del interés del acreedor, ya que se admiten las sanciones de la ejecución en forma específica y de la cláusula penal (v. § 21), aparte de las *astreintes* del Derecho francés.

Concebida de esta manera la exigencia de la posibilidad de una sanción, el art. 1.174 establece además el requisito de un interés "*aún no patrimonial* del acreedor", a cuyo alcance ya nos hemos referido.

Toda esta confusión obedece probablemente a algún error histórico. La expresión "*intérêt appréciable*" usada por los antiguos autores (v. nota 5) se prestaba a la errónea traducción por "interés socialmente apreciable" o de cierto valor objetivo (pues un interés semejante es normalmente apreciable en dinero). Por otra parte, el requisito del interés del acreedor en relación con el problema de la sanción (consistente sólo en el resarcimiento de los daños) había hecho afirmar a muchos autores que el interés del acreedor debe siempre ser patrimonial (para la crítica de esta opinión, v. Demogue, op. cit. II, núm. 759 y autores que cita). Queriendo oponerse a esta corriente el artículo 1.174 se ha referido a un interés que puede no ser patrimonial; hubiera sido mejor decir que "la prestación (susceptible o no de valoración económica) *puede* responder a un interés aun no patrimonial del acreedor con tal de que sea posible, por lo menos mediante una cláusula penal, aplicar *una* de las sanciones previstas por la ley".

4 Alguna vez se ha querido aludir también a otros problemas (v. Barassi cit. supra nota 2); concretamente al de la posibilidad de moderar una cláusula penal excesiva en relación con el daño sufrido y, en este sentido, con el interés del acreedor (v. infra § 21). Otras veces se ha querido aludir al problema de la proporción entre interés del acreedor y carga impuesta al deudor en ciertas promesas a título gratuito (v. infra, *b*).

Derecho. Naturalmente, el obstáculo podía y puede superarse con la estipulación de una cláusula penal.[5] Esta situación se mantiene todavía hoy en los casos en que no sea posible la ejecución en forma específica (por ej. la destrucción o eliminación de lo hecho contraviniendo la obligación de no hacer) en aquellos ordenamientos del *civil law* que para tales casos no admiten en principio la sanción consistente en el resarcimiento de los llamados daños mo-

5 Las citas serían demasiado extensas, dado que abarcan toda la historia del *civil law*. Nos limitaremos a hacer algunas: Richeri, *Univ. Jurisprudentia*, cit. III, IV, § 774 (cit. también en § 19, nota 8 bis). "*Neque enim rata habentur pacta, quibus nulla subest justa obbligandi causa: puta si pactum fiat, ne cui locum suum dedicare liceat, neve in suo mortuum sepeliat; vel ne, vicino invito, praedium suum alienet; atque nihil intersit vicini, ne haec fiant vel omittentur: si enim paciscentis interesset, utique servanda foret conventio: futurum alioquin, ut contra faciens teneatur ad id quod interest, vel ad poenam, si qua adjecta fuerit*". Y aquí cita Richeri los textos romanos. Este es un pasaje típico de nuestra afición a las generalizaciones y a las transposiciones. Algunos de los ejemplos mencionados por Richeri se incluyen entre los que hemos citado en el § 19 *c* (v. también § 19, nota 8 bis); otros, en cambio, se refieren al simple requisito del interés del acreedor apreciable en dinero (el clásico requisito romano de la *aestimatio*), requisito que puede suplirse por una cláusula penal.

También aquí resulta evidente el error que ha dado lugar a la teoría de la *justa causa* como función económico-social (o ilicitud de los pactos limitadores de la propiedad sin ningún interés serio como contrapartida): v. supra § 19, *c*.

Pothier, *Traité des obligations*, núms. 138-139, habla del "*intérêt appréciable du créancier*", precisamente en el sentido de "*appréciable à prix d'argent*"; de no ser así, dice, el promitente podría "*impunément ne pas exécuter sa promesse*". Y concluye: un *fait auquel la partie qui le stipule n'a aucun intérêt* puede constituir el objeto de una obligación cuando se estipule una cláusula penal (y cita el ejemplo de un interés moral, como en el caso de la obligación de no jugar a las cartas).

Merlin, *Répertoire univ. et raisonné de jurisprudence*, 5.ª ed. París, 1830, volumen III, pág. 777, dice que el hecho objeto de la promesa debe *interesar* a aquel a quien fué prometido; este interés ha de ser apreciable en dinero para poder dar lugar a una obligación *civil* (también Pothier se manifestaba en este sentido no excluyendo la obligación de conciencia). Basta pensar, continúa Merlin, que el interés es el resorte de todo contrato; sin interés sería una *vejación* pretender una cosa: pero, añade el autor ¿cómo se puede reconocer este interés sino en el caso de que sea apreciable en dinero? Así, para Merlin la alusión a un interés cualificado o valorado objetivamente, de tal manera que pueda excluir la vejación, se transforma en el criterio objetivo de la posibilidad de valoración en dinero.

Cfr. otras citas en este sentido en Demogue, op. cit. II, núm. 765, quien a su vez cita a Pacifici Mazzoni; Dalloz, *Codes Annotés, Nouveau code civ.* cit. II, sobre los arts. 1.126-1.130. En general los autores franceses, siguiendo a Pothier, tratan de este problema bajo el título del objeto del contrato (cfr. Dalloz y autores que cita y mi artículo sobre el objeto del contrato en la Rev. *Jus*, 1953, págs. 289 y sgtes).

Se termina, pues, por admitir que la estipulación de una cláusula penal satisface el requisito del interés apreciable del acreedor... en cuanto que demuestra que tal interés existe (v. autores citados e infra § 21).

rales, ni la de las *astreintes* judiciales del Derecho francés u otras semejantes.[6]

Los casos más interesantes son los de las prestaciones que no responden a un interés típicamente económico del acreedor, como ocurre en muchas de las promesas que no tienen carácter típico (véase supra § 10 nota 2, § 14, *b*, *c*, e infra § 21, especialmente nota 2), así como el contrato en favor de terceros.[7] Mas, insistimos, también en un sistema como el que establece nuestro artículo 1.174 puede superarse el obstáculo con la estipulación de una cláusula penal. Sobre la posibilidad de moderar esta cláusula cuando el interés del acreedor no pueda valorarse en dinero, posibilidad que afecta a un problema distinto del que plantea el requisito del interés digno de tutela del acreedor, v. infra § 21. Sobre todo este problema en el *common law:* v. infra § 33.

En conclusión: en los contratos a título oneroso, con tal de que sea posible aplicar una sanción o de que se haya estipulado una cláusula penal, el acreedor no tiene que demostrar la existencia de un especial interés en el cumplimiento de la promesa para obtener la sanción de ésta, salvo el caso de ilicitud o salvo los casos especiales a que hemos aludido supra § 19, *c*.

Por otra parte (ya hemos tenido ocasión de advertirlo en el § 19, *d*), ¿cómo investigar la existencia de un interés real del

6 Así sucede en el Derecho italiano que, en general, no admite la posibilidad de resarcimiento de los llamados daños morales. Cfr. en sentido contrario el art. 222 del C. c. egipcio (si es que este artículo contempla también un interés no patrimonial en una prestación *prometida* y no solamente la lesión de intereses morales *ex delicto* o similares). Demogue, op. cit. II, número 759 alude también a la sanción consistente en el aseguramiento del derecho moral.

7 Al caso del contrato en favor de terceros se suelen referir los autores y también el Informe del Ministro de Justicia sobre el art. 1.174. También Pothier, citando a Grozio, cree que se requiere un interés apreciable en dinero en el contrato en favor de terceros (*Traité des oblig.* núms. 54-55). Se trata indudablemente del caso del estipulante que quiere obtener una sanción para el cumplimiento de la promesa de dar o de hacer en favor de un tercero. En efecto, si el estipulante no puede probar un interés apreciable en dinero en que el promitente realice una prestación en favor del tercero, o si no ha estipulado una cláusula penal, ¿cómo podrá obtener una sanción contra el promitente que no cumple? Hoy puede pensarse también en una acción de condena intentada por el estipulante para obtener la ejecución en forma específica en favor del tercero (a quien debe suponerse dispuesto a recibirla sin ser actor en el juicio); pero no siempre es posible esta sanción. En cualquier caso, sería suficiente para obtenerla un interés cualquiera, con tal de que fuera lícito.

Si el estipulante ha prometido o pagado una contraprestación al promitente, podrá obtener su restitución mediante la resolución del contrato; pero ésta sería la única sanción si es que se la puede considerar como sanción. Distinto es el caso de que el estipulante exija que la prestación se cumpla en favor suyo (art. 1.411, párrafos 2.º y 3.º).

acreedor que se ha hecho prometer una prestación de carácter atípico o extraño, es decir, desprovista de carácter típicamente económico? Sería una averiguación muy delicada y arbitraria que, con mucha frecuencia, dada la ausencia de un fin típico ("causa" en relación con los motivos), se resolvería en una averiguación de los "motivos".

Si el acreedor se ha tomado la molestia de celebrar un contrato para obtener aquella prestación y de prometer a cambio de ella una compensación y si después afronta los gastos y los riesgos de un juicio, ello quiere decir que, a menos que sea un necio, tiene interés en ella. Y con ello basta, con tal de que se trate de un interés lícito. El mejor juez de sus propios intereses es el mismo contratante, concluye Barassi (op. cit. III, págs. 174-180) a propósito del "enigmático" artículo 1.174.

Bastante menos seria y digna de protección es la conducta del promitente que, después de haber prometido una prestación, de haber estipulado una compensación, en fin, de haber concluído un contrato con la intención efectiva de asumir un vínculo jurídico, se aferra a la excepción de que el interés del acreedor en dicha prestación no es socialmente plausible, serio o merecedor de la tutela jurídica. En realidad, si se admitiera y fuera verdaderamente aplicado el requisito de un interés semejante del acreedor ello significaría un terrible golpe contra el fundamento y la idea del contrato: el valor de la palabra dada. Lo único que se puede exigir en esta materia es que a través de la futilidad del interés no pueda quedar excluída la intención seria de contraer un vínculo jurídico; o que no se llegue al clásico *de minimis non curat praetor;* o que la carga impuesta al deudor no resulte desproporcionada con relación al interés del acreedor (problema bien distinto, como se verá inmediatamente; v. también § 36, *d*).

b) *El interés del acreedor en las promesas a título gratuito de carácter atípico.*

En el apartado anterior nos hemos limitado a hablar de los contratos a título oneroso. Ciertamente, en las promesas a título gratuito y especialmente en las de carácter atípico puede requerirse cierta importancia del interés del acreedor *en el momento de la aplicación de la sanción o de la condena del promitente.* El interés del acreedor, o sea el perjuicio que sufriría por el incumplimiento de la promesa, debe tener en estos casos cierta impor-

tancia en relación con la carga impuesta al deudor a través de la obligación *a título gratuito*. Se trata de una aplicación de aquella relación de proporción que constituye la *cause juste* de ciertas promesas a título gratuito (v. supra § 14 y § 14 bis); pero no de todas las promesas a título gratuito; no, por ejemplo, de una donación,[8] en la cual surge solamente el problema de la forma y en la que la *cause suffisante* no depende de la importancia que pueda tener el interés del donatario en obtener el objeto donado (v. supra §§ 10 y 11).

Se trata, concretamente, de las promesas a título gratuito de mutuo, de comodato, de transporte y otras semejantes, muy raras en la práctica y por ello de carácter en cierto modo atípico; pero puede tratarse también de promesas de una prestación que no tenga carácter típicamente económico: v. supra § 10 nota 2, § 14, *b* e infra § 21 nota 2.[9]

Ya en la historia del *civil law* se afirma esta exigencia de una relación de proporción entre la carga que se impone al deudor con tales promesas y la importancia del interés que el acreedor tiene en su cumplimiento, o sea, del perjuicio que sufre o sufriría en caso de incumplimiento.[10]

Es, en definitiva, una aplicación de la *cause raisonnable* o *juste* de Grozio (v. § 14 nota 20), porque no parece justo imponer al deudor el esfuerzo de cumplir tales promesas (cuando verdaderamente representen en el caso concreto una carga grave o un esfuerzo) siendo así que, por una parte, no ha recibido ninguna compensación y que, por otra, el acreedor no habría de sufrir ningún daño serio ni grave en caso de incumplimiento. Pero indudablemente esto no se aplica en los contratos a título oneroso, de

8 Sin embargo, el art. 500 del C. c. egipcio, que admite genéricamente la revocación de la donación por motivos justos, podría incluir también entre éstos la importancia del interés del donatario con relación a la carga impuesta al donante.

9 V. por ej., en el vol. II, "Casuística", el caso Société Cultuelle contra Barouk-Bittoum, si verdaderamente se trataba de una promesa a título gratuito o sin contraprestación. Para estas promesas a título gratuito de hacer alguna cosa que no tenga valor económico para el acreedor se necesitaría una cláusula penal, salvo que pueda pensarse en una ejecución en forma específica de la promesa o salvo el caso de las *astreintes* o de otras sanciones similares. Aparte de que una cláusula penal o estas otras sanciones para una promesa a título gratuito representan un caso bastante académico, surgiría entonces el problema de la proporción entre interés del acreedor y carga impuesta al deudor, además del problema de la cláusula penal de que trataremos en el § 21.

10 Cfr. Voet, *Comm.* 2, 14, 16, cit. supra § 4, nota 22. V. también § 14 y Merlin, cit. en nota 5.

los que nunca se ha dicho que quien ha prometido o pagado una compensación deba probar un interés de cierta importancia para obtener la contraprestación aun cuando ésta no tenga carácter típicamente económico (v. supra § 14, *e* y nota 29).

En las promesas a título gratuito no solamente se tiene en cuenta el interés del acreedor en el momento de la promesa,[11] sino también la permanencia de este interés y su relación de proporción con la carga de la obligación *en el momento de la condena.*[12] Así, si te prometo a título gratuito un mutuo o un comodato o la cesión del goce de un local (v. el caso Fellman-Mathebs en el volumen II) y después desaparece en todo o en parte tu necesidad de recibir el mutuo porque has llegado a ser rico, o tu necesidad de recibir la cosa en relación con la necesidad que yo pueda tener del dinero o de la cosa. Análogo efecto se produciría si en esa relación de proporción aumenta desmesuradamente mi necesidad.[13]

11 Desde este punto de vista pueden darse casos en los que, por error de valoración de la propia necesidad respecto a la del promisario, por ligereza o por otra razón, una persona haga una de las indicadas promesas a título gratuito asumiendo una obligación muy grave, dada su concreta situación, en comparación con el interés del promisario. En tal caso, el requisito de la *cause juste* como relación de proporción entre los dos intereses o necesidades interviene para *proteger al promitente* (como criterio de justicia en el conflicto entre intereses *privados*) independientemente del recurso a las teorías del error, del vicio del consentimiento, etc.: v. § 23 (v. vol. II "Casuística" especialmente sobre la fianza). Una promesa a título gratuito de entregar alguna cosa o de realizar un hecho sabiendo que el promisario no tiene interés en ello o que no tiene algún interés relevante en relación con una necesidad o situación difícil del mismo promitente y conocida de él, una promesa semejante constituiría una broma o un absurdo. En este aspecto y sólo en este aspecto, puede decirse con Lee y con otros autores que la *cause raisonnable* de Grozio se confunde con la intención seria y efectiva de contraer una obligación (v. supra § 4, nota 20).

12 Por eso, el requisito del interés (proporcionado) del acreedor puede en cierto modo confundirse con la existencia de un daño. En consecuencia, si el acreedor en lugar de exigir la ejecución en forma específica, las *astreintes* u otras sanciones (donde se admitan), se limita a exigir el resarcimiento de los daños, incluso de los daños morales (si éstos son resarcibles), en tal caso el requisito en cuestión puede confundirse algunas veces con el de la prueba del daño, si falta todo interés del acreedor en el momento de la condena: cfr. también Merlin, cit. en nota 5. (En el caso Fellmann-Mathebs el acreedor había pedido la ejecución en forma específica de una promesa de comodato).

A un resultado algunas veces equivalente puede llegarse en el *common law*, ya que en él la ejecución en forma específica sólo se concede excepcionalmente *(in equity)*, mientras que el resarcimiento de los daños constituye la sanción normal.

13 Por ello, podría caerse en la tentación de explicar el requisito del interés del acreedor en las promesas a título gratuito mediante el criterio subjetivo de la teoría de la presuposición o de una cláusula *rebus sic stantibus* aplicada a los contratos a título gratuito. Pero como hemos visto en la nota 11 se incluyen también los casos en que la proporción entre interés del acreedor y

Por el contrario, si se trata de la promesa a título oneroso de un mutuo, de ceder el goce de una cosa (arrendamiento), de prestar ciertos servicios, etc. la promesa debe ser mantenida aun cuando el interés originario del acreedor haya desaparecido; este interés queda dentro del campo de los llamados motivos; el derecho de crédito nacido de tales promesas constituye un bien que entra a formar parte del patrimonio del acreedor y del cual éste puede disponer como crea conveniente, aunque sea sin obtener ninguna utilidad, cediendo dicho derecho a terceros cuando ello sea posible, etc.[14]

Es evidente, pues, que el requisito de este interés relevante o proporcionado del acreedor no tiene nada que ver con el pretendido requisito del interés serio, no fútil, etc.: v. § 19, *c* y este mismo §, *a*. En efecto, aquel primer requisito concierne *también* a las promesas gratuitas de mutuo, de comodato, de transporte y similares; en las que el destinatario de la promesa tiene indudablemente un interés serio en obtener el mutuo, el comodato, etc., que representan, por otra parte, intereses típicos o típicamente económicos.

Además, mientras en los casos a que nos hemos referido en el § 19, *c*, no siempre se trata de una comparación entre intereses *privados*, aquí por el contrario se trata precisamente de esto, con el fin de resolver un conflicto entre intereses privados mediante un criterio de justicia en un contrato a título gratuito, contrato que por sí mismo no sería ilícito (en cambio, v. supra § 19, *c*).

carga para el deudor en el momento de la promesa, no haya sufrido variaciones. Más que de un criterio subjetivo se trata, pues, de un criterio de justicia (v. también supra § 2, *b* y § 14, *e*).

14 El interés apreciable del acreedor también se considera como un requisito de nuestro contrato o de la "causa" por los autores del *common law*. Cfr. Holdsworth, *A history of English law*, 5.ª ed. III, London, 1942, pág. 412, quien dice que los canonistas admitieron la validez del pacto nudo al menos mediante la *penitential discipline* (v. supra § 4, nota 12). Pero, añade Holdsworth, resulta entonces difícil encontrar un criterio que sirva para distinguir los simples *agreements* (o sea, los acuerdos que tienen un valor social o moral) de los *contracts*, que tienen valor jurídico. El criterio que llegó a adoptarse en el Derecho canónico fué un aspecto muy generalizado de la "causa" romana, la cual constituye el precedente de la "*cause*" del Derecho francés y del de otros países del continente. Esta causa podía consistir en un deber moral o en la mera intención de hacer una donación, pero si faltaba por completo no podía existir *contract*. Y si el promisario no podía tener ningún interés apreciable *(substantial interest)* en el cumplimiento de la promesa, no existía aquel interés que podía ser considerado como una "*causa*".

Como se ve, Holdsworth, no parece considerar que el requisito del *substantial interest* sea exclusivo de las promesas a título gratuito. Aunque, tal vez, ello esté implícito en el pasaje citado. Sobre la causa de liberalidad, a que alude este autor, ver supra §§ 8 y sgtes.

Breve nota sobre el art. 1.174 del C. c. italiano. Aparte de lo que se ha dicho en las notas 1 y 3, se puede observar que la exigencia de un interés apreciable en dinero, en orden a la posibilidad de aplicar la sanción del resarcimiento de los daños (patrimoniales), afecta a todas las obligaciones y no solamente a las obligaciones voluntarias. En efecto, también cuando se trate de una obligación *ex lege*, es posible que el incumplimiento no dé lugar a un daño patrimonial (ni a un daño moral en los sistemas que admitan su reparación). En tal caso, si no cabe pensar en la sanción consistente en la ejecución en forma específica o en las *astreintes*, la obligación queda sin sanción. Pero incluso en este caso es igualmente evidente que el requisito del interés del acreedor apreciable en dinero no afecta al contrato ni a la naturaleza de la prestación, por la sencilla razón de que tal requisito sólo juega en el momento de la aplicación en concreto de la sanción y por tanto afecta también a las obligaciones no voluntarias o *ex lege*, en las cuales es absurdo pensar que la ley imponga prestaciones que por su naturaleza no sean susceptibles *en abstracto* de dicha sanción. En las mismas obligaciones voluntarias, la naturaleza de la prestación prometida puede en muchos casos dejar fuera de dudas que no se producirá un daño patrimonial en caso de incumplimiento, pero sin embargo esto no se podrá controlar con seguridad más que en el momento del incumplimiento (a menos que, en función de la culpa, se pueda saber si el daño patrimonial era previsible en el momento de la estipulación: v. art. 1.225 C. c. italiano).

Pero, como se ha indicado, al requerirse en el art. 1.174 un interés (aun no patrimonial) de cierta importancia objetiva, se hace de este interés un elemento del contrato, por aplicación del pretendido principio según el cual el estipulante debe tener un interés (cualificado) en la prestación estipulada (de acuerdo con la tradición antes indicada que, en defecto de tal requisito, referido en realidad a un interés apreciable en dinero habla de nulidad de la "convención"; cfr. también Dalloz, op. cit., artículo 1.126, núm. 52 y autores que cita).

Pero en este sentido, como elemento del contrato, o como elemento que limita o puede llegar a eliminar la responsabilidad contractual *incidiendo así sobre la llamada autonomía contractual o poder del estipulante para obligar a otro* (v. § 6), un interés del acreedor que tenga objetivamente cierta importancia es un elemento *(cause juste)* que solamente juega en los contratos a título gratuito y en la cláusula penal (v. § siguiente, *b*). Y no será éste el único elemento que juegue al hacer la comparación entre los intereses en conflicto: v. supra, *b*.

La confusión entre estos distintos aspectos del problema del interés del acreedor ha contribuído probablemente a la desafortunada redacción del art. 1.174.

Nota del Traductor. — *A la naturaleza del interés del acreedor ya hemos tenido ocasión de aludir al referirnos a la cuestión relativa a la patrimonialidad de la prestación (v. nuestras notas al § 14). A juicio de*

Castán, que se adhiere a la doctrina dominante en Italia, el interés del acreedor a la prestación *puede tener carácter no económico (moral o religioso, humanitario, científico, etc.), si bien* la prestación en sí misma *debe ser susceptible de valoración económica (ob. cit. 8.ª ed., III, página 46). En parecidos términos, Pérez y Alguer observan que el C. c. español no exige un interés pecuniario del acreedor, como lo demuestran los arts. 1.088, 1.255, 1.257 párrafo segundo (contrato en favor de terceros), 1.271 y 1.272. No obstante, estiman que "en nuestro Derecho se ha de considerar indispensable un* interés digno de protección, *es decir, un interés que aunque no tenga un valor pecuniario responda a una* finalidad lícita según el común sentir" *(ob. cit. tomo II, vol. 1.º, pág. 8), tesis que puede encuadrarse dentro de los arts. 1.255 y 1.258 del C. c.*

Con ello, queda afirmada también en nuestro Derecho la exigencia de un interés apreciable del acreedor como requisito genérico para la sancionabilidad de la promesa. Por supuesto, ya queda advertido que la apreciación o valoración de tal interés no ha de ser necesariamente económica; como observa Castán, los intereses no valuables patrimonialmente pueden por medios indirectos entrar en el ámbito del Derecho de obligaciones (uno de esos medios indirectos podría ser la estipulación de una cláusula penal). Téngase en cuenta también que, al aludir a ese "interés digno de protección", Pérez y Alguer lo configuran como un interés que responda a una finalidad lícita "según el común sentir", es decir, sin que se atienda a la valoración que de su propio interés pueda hacer el acreedor (lo cual implicaría una valoración de los móviles o motivos puramente personales), sino apreciándolo de acuerdo con la conciencia social o común sentir.

Ya hemos advertido en nuestras notas al § 14 la conexión que guarda esta cuestión con el problema de la posibilidad de aplicar una sanción en caso de incumplimiento, problema que ha sido, en realidad, el que históricamente ha dado origen a la cuestión acerca de la patrimonialidad de la prestación. Pero ya hemos advertido también que la Ley de Enjuiciamiento Civil admite la ejecución en forma específica, mediante una sentencia que condene a hacer, a no hacer o a entregar alguna cosa o cantidad ilíquida (art. 923, en el que, además, se previene el modo de dar cumplimiento a la ejecutoria). Para el caso de que el condenado a hacer no cumpla lo que se le ordena para la ejecución de la sentencia, el art. 924 previene los remedios que ya examinábamos: que se haga a su costa lo que debió hacer y no hizo o que abone los perjuicios si el anterior remedio es inaplicable por tratarse de un hecho personalísimo (cfr. también art. 1.161 del C. c.). De todo ello resulta que en algunos casos ni siquiera la posibilidad de la ejecución en forma específica eliminará el problema, sino que lo único que ocurrirá será que lo irá aplazando hasta que se llegue a imponer el resarcimiento de los perjuicios. ¿Cuáles serán los perjuicios cuando el interés del acreedor no sea susceptible de una valoración económica? Por supuesto, la presencia de una cláusula penal eliminará estos problemas. Pero también hay que tener

en cuenta que nuestra jurisprudencia admite la reparación del daño moral, si bien hay que advertir que en la mayoría de los casos resueltos se trataba de supuestos de responsabilidad extracontractual o aquiliana; no obstante, y pese a que algunos autores estimen que no cabe reparación del daño moral en materia de responsabilidad contractual, Castán se adhiere a la tendencia contraria y estima que si se admite la susceptibilidad de indemnización del daño moral no hay razón para excluirla del campo de las obligaciones contractuales (en loc. cit. págs. 168-170). Sin entrar a fondo en la cuestión, que no es de este lugar, basta con advertir que la posibilidad de una condena al resarcimiento del daño moral puede significar un eficaz remedio para estas situaciones planteadas por la dificultad de justificar un resarcimiento de daños en casos en los que el interés del acreedor en la prestación incumplida no sea un interés de carácter patrimonial.

Con estos antecedentes, podemos reproducir la conclusión a que se llega en el texto: en los contratos a título oneroso, con tal de que exista la posibilidad de aplicar una sanción (y, por supuesto, cuando se haya convenido una cláusula penal) y con tal de que no interfiera la cuestión de la ilicitud, no hay razón para que se le exija al acreedor la prueba de la existencia de un especial interés en la prestación. Ni nadie piensa en exigir esta prueba; en este aspecto, la cuestión reviste menos importancia que la que pueda tener en el Derecho italiano, por no contener nuestro Código ningún precepto que, como el art. 1.174 del italiano, establezca la necesidad de que la prestación corresponda a un interés (patrimonial o no) del acreedor. Es evidente que habrá de existir tal interés; pero el hecho de que el Código no se haya preocupado de señalar su necesidad es suficiente para que no se haga de esto una cuestión, y para que los problemas a que pueda dar lugar la naturaleza del interés del acreedor se canalicen hacia los problemas de la licitud, de la causa, o de la intención de contraer un vínculo jurídico. Es, en suma, algo semejante a lo que ocurre con la teoría de la función económico-social (v. nuestras notas al § 19).

Y, en todo caso, es evidente también que, sea cual sea la naturaleza que deba revestir el interés del acreedor en la prestación, ello no dará lugar a que se le considere como un requisito que deba concurrir en el momento de la perfección del contrato, sino que solamente habrá de ser tenido en cuenta en el momento de la ejecución forzosa, es decir, en el momento de la aplicación de la sanción (v. también nuestras notas al § 14).

§ 21.

La cláusula penal

a) *Importancia y función de la cláusula penal.*

Varias veces, a lo largo de nuestro estudio, hemos tenido ocasión de aludir a la importancia de la cláusula penal en la evolución de la obligación contractual, especialmente en aquellos sistemas en los que, por la dificultad de llegar a la *aestimatio* del interés o de ciertos intereses del acreedor,[1] resultaba difícil o imposible aplicar a la promesa la sanción del resarcimiento del daño, lo que llevaba consigo la dificultad o la imposibilidad de sancionarla cuando el resarcimiento del daño fuera la única sanción admitida (v. supra § 2, nota 7 y § 3, *a*).

Esta especial importancia de la cláusula penal se reveló en las promesas o contratos atípicos, en el sentido de promesas cuyo contenido fuera una prestación que no representaba objetivamente, es decir según la costumbre y la mentalidad de la época, un interés económico o patrimonial del acreedor y que, *en este sentido,* no podía constituir el objeto de un cambio económico o típico.[2]

1 Ya en las Instituciones de Justiniano (III, 15, § 7) se observa que en las estipulaciones de *facere* y de *non facere* es conveniente recurrir a la cláusula penal "*ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare, quid eius intersit*". Y en las estipulaciones en favor de terceros, en las que no es posible determinar un interés (patrimonial) para una acción del estipulante, se aconseja también el empleo de la cláusula penal: Inst. III, 19, § 19; D. 45, 1, 38, § 17.

2 El criterio para establecer el carácter atípico del contrato no es en este caso el de una prestación susceptible de valoración económica, criterio que sirve en orden al problema de la *cause suffisante* (v. supra § 10, nota 2 y § 13, *c*) y que concierne a la prestación como sacrificio patrimonial para el deudor.

Aquí se trata del interés del acreedor no susceptible de valoración económica y que, como tal, confiere carácter atípico al contrato (v. también supra § 20, nota 3). Puede haber una prestación susceptible de valoración económica en la que el estipulante tenga, sin embargo, un interés no económico o preferentemente no económico, como en el caso de la compra de un cuadro de familia que tenga cierto valor en el mercado (aunque sea mínimo). En este caso el resarcimiento del daño patrimonial no podría satisfacer al acreedor o no le satisfacería completamente: la plena satisfacción se conseguiría solamente con la ejecución en forma específica (*specific performance* en la *equity* anglosajona: v. infra § 33). De forma que, si ésta resulta difícil o imposible en un determinado sistema jurídico, el estipulante deberá prevenirse mediante

Precisamente, porque respecto a tales promesas surgía la dificultad o la imposibilidad de hacer la aludida *aestimatio*. De ahí que, especialmente en el medioevo, la cláusula penal tuviera tan amplia difusión.[3]

La cláusula penal conserva todavía hoy tal importancia en aquellos ordenamientos jurídicos que, como el italiano, no admiten el resarcimiento del daño no patrimonial, o sea del que consiste en la lesión de un interés no típicamente económico o patrimonial del acreedor; importancia que se manifiesta especialmente cuando no sea posible acudir a la sanción consistente en la ejecución en forma específica (v. supra § 14, *b* y § 20, *a*).

Prescindimos por ahora de este caso, que examinaremos más adelante.

La cláusula penal da lugar a cuestiones muy delicadas, sobre todo porque bajo este nombre se incluyen pactos que cumplen funciones o finalidades distintas, aunque todas puedan englobarse dentro del concepto de "pacto sancionador"; es decir, pacto cuya finalidad es la de reforzar o incluso la de crear una sanción. Conviene distinguir estas finalidades aun cuando no siempre sea fácil la distinción en los casos concretos. Las confusiones sobre este particular son muy frecuentes (v. por ej. nota 8).

El criterio tradicionalmente adoptado para la distinción es el que se basa en la intención de las partes (salvo en el caso indicado infra núm. 4.º). Es decir, ha de atenderse al momento de la esti-

una cláusula penal. El C. c. alemán, en el § 343, ha previsto expresamente esta situación. Aun cuando estos casos puedan incluirse dentro del tipo "compraventa" constituyen desde el punto de vista del interés del acreedor y de la posibilidad (al menos práctica) de una sanción, casos de contratos atípicos.

Y viceversa, puede haber una prestación que no tenga valor económico pero en la que el acreedor tenga un interés económico, como ocurre con algunas prestaciones de hacer.

Sin embargo, conviene advertir que en la mayor parte de los casos a una prestación no susceptible de valoración económica corresponde también un interés no patrimonial del acreedor: de modo que el contrato es atípico en ambos sentidos.

3 V. supra § 3, nota 3. Como hemos indicado allí, la cláusula penal servía no solamente para hacer posible la sanción de los contratos atípicos sino también para dotar de aspecto contractual a actos o relaciones que no lo tendrían actualmente para nosotros: v. § 3, nota 4. Como observa Fliniaux (*L'evolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen-âge, en Mélanges Fournier*, París, 1929, pág. 236), siguiendo las huellas de Glasson: "La práctica de la cláusula penal, con su carácter conminatorio, se generalizó hasta tal punto que puede decirse que ningún contrato, ningún acto de la vida civil, emancipación, testamento, adopción, etc., se formaba sin que una cláusula penal garantizara su cumplimiento". V. otros autores citados por Fliniaux.

pulación de la cláusula más que al de su aplicación o al alcance de la cláusula con relación al daño efectivamente sufrido. La intención de las partes constituye el momento decisivo para resolver las cuestiones sobre la validez de esta cláusula en la historia del *civil law* y también del *common law* (v. infra § 33).

Admitido esto, parece que los fines de la llamada cláusula penal (en sentido amplio) puedan distinguirse como sigue, distinción aproximativa como corresponde a toda clasificación y siempre con la posibilidad de admitir interferencias y combinaciones entre una y otra finalidad:

1.º *Liquidación convencional del daño resarcible según las reglas jurídicas sobre la materia.* — En este supuesto, según la intención de las partes (y prescindiendo siempre de las diferencias respecto al daño efectivo que resulte según dichas reglas en el momento de la aplicación) la cláusula se destina a la mera liquidación convencional. Podrá haber error en la previsión del daño efectivo resarcible sobre la base de dichas reglas; pero la intención de las partes es únicamente la de hacer una liquidación convencional de este daño.

Más que de una cláusula dirigida a crear una sanción o a establecer una pena privada, se trata aquí de una medida preventiva dirigida a facilitar la aplicación de la sanción *normal* del resarcimiento del daño: aplicación que, como es sabido, suele presentar dificultades y queda en cierto modo al arbitrio del Juez,[4] a pesar de la apariencia objetiva de los criterios de "causalidad" "previsibilidad", "consecuencia inmediata y directa, u ordinaria y no remota" etc.[5]

En general, las partes tienden a hacer una liquidación *a forfait,* en cuyo caso deberá siempre admitirse la prueba, por parte del demandado, de que no existe ninguna lesión del interés o ninguna fuente de daño resarcible según dichas reglas; o podría también alguna vez requerirse la prueba positiva por parte del actor sobre tal punto, dejando siempre a salvo el *quantum* deter-

4 Lo mismo puede decirse, *a fortiori,* para el daño no patrimonial en los sistemas que admiten su resarcimiento (v. por ej., art. 222 C. c. egipcio). El carácter *a forfait* de la liquidación convencional y por lo tanto su importancia práctica serán entonces todavía más relevantes, ya que la liquidación judicial del daño no patrimonial implica necesariamente criterios arbitrarios junto con el recurso al criterio de equidad.

5 Cfr. arts. 1.223 y sgtes. del C. c. italiano y concordantes y mi artículo *Sulla cosidetta causalità giuridica,* etc., en *Studi in inore di Cicu* y en *Riv. dir. comm.* 1951, I, pág. 405.

minado en el *forfait*.[6] El *forfait* podría también concebirse como un mínimo, reservando al acreedor la prueba de un daño que excediera de tal cantidad.

O bien, caso menos frecuente, podría admitirse también en favor del demandado la prueba de que el daño es menor (mera inversión de la carga de la prueba).[7]

El caso que estamos examinando se puede, pues, definir como *refuerzo de la sanción normal* (mediante las indicadas facilidades de aplicación práctica), pero no como creación de una sanción convencional junto a la sanción legal (v. infra núm. 2.º) y mucho menos como creación de una pena privada (v. infra núm. 3.º).

Sin embargo, por las razones indicadas, entre las que hay que incluir la terminología, la actitud de nuestros Códigos, y las interferencias entre los distintos tipos de cláusulas, los tres casos mencionados en los números 1.º, 2.º y 3.º suelen confundirse con mucha frecuencia.[8] Contribuye a ello también la dificultad que

6 Barassi considera este caso (*La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, III, núm. 354, pág. 481) como distinto del de la cláusula penal en sentido propio; lo incluye en la hipótesis del art. 1.230 del C. c. de 1865 (artículo 1.152 C. c. francés), sosteniendo sin embargo, que el art. 1.382 del nuevo Código no excluye que las partes puedan estipular una cláusula en este sentido. Pero Barassi incluye también en dicho caso, siempre como mera liquidación convencional, el de que la intención se dirija a señalar un resarcimiento mayor que el que se debe según las reglas legales: v. infra núm. 2.º. La distinción entre los distintos casos no queda clara en Barassi.

7 Respecto a las distintas posibilidades de facilitar la aplicación de la sanción *normal* a que se refiere el texto, no nos interesa ahora la forma en que vengan clasificadas en la ley ni si están comprendidas, por ej., en los artículos 1.382 y sgtes. del C. c. italiano, 1.152 y 1.226 y sgtes. del C. c. francés y concordantes. Lo que cuenta, para distinguir todas aquellas hipótesis de las otras a que nos referimos infra en los núms. 2.º y 3.º es que la intención de las partes se dirija solamente a la liquidación convencional del daño resarcible según las reglas legales, con los distintos efectos prácticos antes mencionados: porque, como se ha dicho, es en la intención de las partes en lo que se funda la validez de la cláusula (aparte de la posibilidad de su reducción: v. infra apartado *b*).

De todos modos, aquellos arts. pueden alguna vez dirigirse a integrar con presunciones, según el *quod plerumque accidit*, una intención dudosa de las partes, interpretándola en el sentido que más se aproxima a una cláusula del tipo de las indicadas infra en los núms. 2.º y 3.º, sin excluir, no obstante, que la intención pueda ser la que hemos considerado en el núm. 1.º, y sin negarles los efectos correspondientes (v. también Barassi cit. en nota 6). Tampoco hay que olvidar la ya indicada ambigüedad del término "cláusula penal".

8 La confusión se encuentra también en Pothier, *Traité des obligations*, citado núm. 345, quien después de asignar a la cláusula la función de liquidar los daños admite que la pena puede deberse también cuando el acreedor no haya experimentado ningún daño, aunque no pudiendo, como pena, ser "inmensa" (problema de reducción de la pena privada en sentido propio).

Sobre la crítica de la misma confusión en la que ha caído el art. 1.229 del

supone toda distinción que se base en la intención de las partes; pero, como hemos advertido, el criterio de la intención es el que conviene adoptar en atención a los problemas que se quieren resolver.[9]

2.° *Creación convencional de una sanción de resarcimiento o con carácter de satisfacción, junto a otra sanción preestablecida por el ordenamiento jurídico, pero considerada insuficiente por el estipulante.* — Como es sabido, con el fin de no exponer al deudor a un resarcimiento demasiado gravoso o que pudiera llegar al infinito (en virtud de la llamada relación de causalidad), los distintos ordenamientos jurídicos establecen limitaciones al daño resarcible mediante criterios objetivos más o menos elásticos.[10]

El estipulante que considere insuficiente el resarcimiento que le corresponde según estos criterios podría asegurarse una ulterior sanción, siempre con carácter de satisfacción. Y podría hacerlo mediante el establecimiento de una cláusula penal que englobara en una única cantidad el daño a reparar según dichos criterios y el ulterior resarcimiento deseado por él;[11] o bien po-

Código civil francés con relación a los arts. 1.152 y 1.226, cfr. Planiol, *Traité pratique*, cit. VII, núm. 868.

Barassi, op. cit. III, núm. 354, pág. 481, siguiendo a Pothier, ha sostenido que en la cláusula penal por su misma esencia las dos funciones de pena y de indemnización se acumulan *siempre* y por lo mismo se encuentran dentro de ella fundidas e inseparables. Pero, aparte de las indicadas dificultades de la distinción basada en la intención, esto no siempre parece exacto. No lo es, ante todo, desde el punto de vista de la intención de las partes, que puede dirigirse exclusivamente en un sentido o en el otro (v. infra núms. 2.° y 3.°). Tampoco lo es desde el punto de vista de los distintos Derechos positivos que admiten la cláusula penal con la estricta función de pena privada (v. infra número 3.° y apartado *b*, como también reconoce el mismo Barassi, op. cit. III, págs. 482-483 y 485) y admiten al mismo tiempo que pueda tener la función exclusiva de indemnización (v. infra núm. 2.° y apartado *b*).

9 Los canonistas ya habían recurrido al criterio difícil de la intención para distinguir la pena privada en sentido propio (que ellos admitían) de la cláusula penal cuyo objeto fuera la liquidación de los intereses usurarios. Pero recurrieron también al criterio objetivo del daño sufrido o "interés" del acreedor. De donde nació la idea, después desarrollada, de la pena prometida "*loco interesse*", admitida dentro de los límites del interés o daño sufrido y que había que distinguir de la pena privada en sentido propio, admitida plenamente con tal de que no se estableciera en fraude a la prohibición de la usura. Pero, también aquí, el fundamento de las distinciones, si no de los límites, es la intención de las partes. Sobre todo esto cfr. Fliniaux, op. cit. páginas 238 y sgtes.

10 Cfr. mi artículo *Sulla c. d. causalità giuridica*, cit. en nota 5. Criterio objetivo de limitación es también la equidad en el art. 1.226 del C. c. italiano y, en cuanto a los llamados daños morales, en el art. 222 C. c. egipcio.

11 Polacco, *Obbligazioni*, págs. 609 y sgtes.; Planiol, *Traité pratique*, cit. VII, núm. 876. El caso está previsto también en el § 343 del C. c. alemán, según el cual para apreciar el carácter excesivo de la cláusula penal ha de

dría establecer que, además de aquel primer resarcimiento, se le debiera pagar otra cantidad (siempre a título de resarcimiento), expediente este último, poco práctico.

Podría también suceder que, tratándose de una prestación a la que no fuera aplicable en un determinado ordenamiento la sanción del resarcimiento del daño (prestación atípica en el sentido a que aludiremos en el núm. 4.º), el mismo ordenamiento ofreciera sin embargo la posibilidad de otras sanciones, como la ejecución en forma específica, las *astreintes,* la condena moral, etc. El estipulante que no quiera conformarse con estas sanciones podría crear otra mediante una cláusula penal (con carácter de satisfacción del interés lesionado.[12]

Si quiere acumular las dos sanciones, se planteará el problema de determinar si tal acumulación puede admitirse (v. art. 1.383 C. c. ital. e infra núm. 3.º).

Pensemos, por ejemplo, en la obligación de entregar una carta familiar o un cuadro que tenga un puro valor afectivo: las sanciones consistentes en la ejecución en forma específica e incluso en el resarcimiento de los daños u otras que en abstracto sean posibles, pueden no parecer suficientes al estipulante e inducirle a prevenirse mediante una cláusula penal, siempre con carácter de satisfacción del interés lesionado.

En todos estos casos la liquidación (tanto del daño legalmente resarcible como del otro, o sólo de este último) suele hacerse *a forfait;* es más, ha de hacerse así necesariamente cuando se trate de un daño que no sea resarcible legalmente. Sobre las posibilidades de prueba y contraprueba v. supra núm. 1.º, teniendo en

tenerse en cuenta no solamente el interés patrimonial sino todo interés legítimo del acreedor (caso en el que aquél *plus* se destine a compensar la lesión de este interés normalmente no resarcible).

Cfr. también apelación Bari, 28-6-1949, Mancini-Lucarelli *Rep Foro Ital.* 1950, voz *Obbl. e contratti* núm. 215-217; Cass. 30-3-1951, Lombardo-Galo, *Rep.* y voz cits. 1951, núm. 227.

Son casos frecuentes los de cláusula penal en garantía de cláusulas concretas acerca del lugar o de otras modalidades de la prestación: cfr. Polacco, *Obbligaz.,* pág. 613.

(Para ciertas modalidades, no siendo posible prácticamente ninguna sanción, la cláusula podría cumplir la función mencionada infra núm. 4.º.)

Sin embargo, no es fácil distinguir la función que estamos examinando de la que hemos indicado en el núm. 1.º, tanto porque se trata de una cuestión relativa a la intención como por la elasticidad de los criterios legales para la determinación del daño normalmente resarcible.

12 Esto puede conseguirse también mediante las *astreintes,* consideradas como penas judiciales (v. nota 19); caso que también podría considerarse como sustitución de una pena privada desprovista de carácter satisfactorio por una pena judicial.

cuenta que para esta última especie de daño la prueba o contraprueba no suele admitirse, para evitar cuestiones de solución casi imposible. Pero la eliminación de tales posibilidades, en la intención de las partes, no se dirigirá a crear una pena pues de ser así se caería en el caso a que nos vamos a referir en el núm. 3.º.

3.º *Creación convencional de una sanción con carácter no de satisfacción sino de pena (privada).* — Este caso puede presentarse cuando el ordenamiento jurídico ya predispone alguna sanción pero la cláusula no tiene finalidad de satisfacción (en cuyo caso puede surgir el problema de la acumulación); y lo mismo cuando no se establezca ninguna sanción (v. infra 4.º, especialmente nota 20). La cláusula podrá tener este carácter penal en todo o en parte.

La función propiamente penal o, como suele decirse, de "pena privada", solamente surge cuando según la intención de las partes la cláusula no se destine a la función de resarcimiento o satisfacción; o solamente en cuanto a la parte no destinada a esta función.

Distinguir en qué casos se da esta intención o hasta qué punto se da, es cuestión no precisamente fácil de resolver en los casos concretos (v. también supra nota 9). La solución resulta bastante clara cuando se establezca que la cláusula penal deba pagarse a un tercero a quien nada se debe (caso no raro), por ejemplo, a una obra de beneficiencia.[13] También puede resultar clara cuando el objeto de la cláusula penal sea una cosa que interese al deudor y que no interese para nada al acreedor:[14] entonces la finalidad de privar de un bien al deudor revela la función punitiva de la cláusula. Todavía según otros criterios objetivos, aunque menos seguros, puede resultar clara la intención de establecer una pena privada: así, cuando el *quantum* establecido en la cláusula resulte excesivo como resarcimiento según las relaciones normales;[15] éste puede ser el caso de las llamadas "*conminaciones*", equivalentes a una *astreinte* convencional, cuando la cuantía de lo que haya de

13 V. también nota 18 bis. Se trataría, en tal caso, de un contrato en favor de terceros en el que el estipulante tendría un interés obvio porque la cláusula penal, estipulada en favor del tercero, tiene la finalidad de sancionar una obligación contraída frente al mismo estipulante.

14 Como es sabido, la cláusula penal puede tener por objeto una prestación distinta de la de dar una cantidad de dinero: cfr. Savigny, *Obligations*, cit., § 80; Planiol, op. y loc. cits.; art. 1.226 C. c. francés; 1.382 C. c. italiano, etc.; y más claramente el § 342 C. c. alemán. Pero es muy dudoso que la cláusula penal pueda imponer la mera destrucción de un bien del deudor. Al menos, sería cuestión de límites (v. supra § 19, *c*).

15 Planiol, op. cit. VII, núm. 867.

pagarse por cada día de retraso revele claramente el carácter de pena privada, al menos en gran parte.[15 bis]

Otros casos, frecuentes en la práctica, en los que la cláusula cumple una función de pena privada en sentido estricto, pueden darse:

— cuando se conviene una penalidad para la parte que acuda a los tribunales para exigir el cumplimiento del contrato correspondiente,[16] o para la parte que impugne judicialmente un acto.[17]

— en los pliegos de condiciones para la adjudicación de concesiones por parte de entidades públicas, cuando se imponga un depósito para gastos de subasta y a título de caución que habrá de ser confiscado por la entidad si el adjudicatario no concluye el contrato dentro de un determinado plazo y reservándose además la entidad el derecho al resarcimiento de los daños.[18]

15 bis. Cfr. Planiol, op. y loc. cits.; Barassi, op. cit. III, núm. 354, página 482. Messineo, *Manuale di dir. civ. e comm.* cit. II, § 119, núm. 9 parece dudar solamente de la admisibilidad en nuestro Derecho de una *astreinte* judicial, excluída en general por nuestros autores.

16 Cfr. Apelación Torino, 28-12-1928, Quendoz-Quendoz, *Foro subalp.*, 1929, 890; sentencia que afirma que la cláusula no significa una prohibición de acudir a las vías judiciales sino una pena para el caso de incumplimiento.

17 D. 25, 1, 122, § 6. Cfr. Pothier, *Traité des oblig.* cit. núm. 348, quien sostiene que no se produce entonces acumulación entre la obligación principal y la pena (lo cual es exacto). Pero hoy la cláusula podría ser nula como prohibición de acudir a la justicia o de defenderse en juicio. Se podría considerar también este supuesto como un subrogado de los daños ocasionados por el litigante temerario.

18 Cfr. Casación 15-7-1929, Faenzi-Opera Pia Veralli Cortesi Todi, *Foro Amm.* 1929, II, 224. Contra la excepción del adjudicatario Faenzi (en el sentido de que no se podía acumular la caución y los daños y de que no se habían ocasionado gastos por no haberse celebrado el contrato) el Tribunal observa: "El recurrente (Faenzi) está en un error. Basta considerar que fueran o no fueran graves estas cláusulas, clarísimas en sí mismas, eran conocidas del Prof. Faenzi y fueron libremente aceptadas por él". Se trata, dice el Tribunal, de cláusulas usuales; y, en cuanto a la obligación de resarcir el daño íntegramente, continúa el Tribunal: "Es sabido que, aunque la cláusula penal suele considerarse como liquidación preventiva del daño, nada impide que las partes la consideren *exclusivamente como sanción*, subsistiendo así íntegramente el derecho a las prestaciones y en consecuencia el derecho a los daños que sustituyen a la prestación". "No se trata de multiplicación del mismo título, sino de dos títulos distintos que, aunque dirigidos al mismo fin (sanción), pueden coexistir, pues ambos están permitidos según el artículo 1.212 (del C. c. de 1865)".

Según esta sentencia, a la que nos adherimos, la prohibición de la acumulación, contenida también en el Código de 1865, se refiere solamente a la acumulación de la prestación principal con una cláusula penal que tenga por objeto el resarcimiento del daño, pero no con la cláusula penal que tenga otro objeto (pena privada), como en el caso resuelto, en el que la cláusula penal presupone que la prestación principal (estipulación del contrato) no sea cumplida. En este segundo caso habrá acumulación de la pena privada con la sanción del resarcimiento del daño; acumulación que no está prohibida si se

— en las llamadas "multas contractuales" por la inobservancia de normas reglamentarias; por ej. en el contrato de trabajo; o con el fin de mantener cierta disciplina y sin que la inobservancia determine de manera cierta algún daño (por ej. no fumar).[18 bis]

En todos estos casos existe una pena privada, en sentido propio, que *solamente* tiene por objeto presionar sobre la voluntad del deudor para inducirle a cumplir. Si se quiere hablar de cláusula penal o de pena en sentido propio, este término corresponderá solamente a los casos que estamos examinando. No parece exacto decir que también en los otros casos, mencionados en los números 1.° y 2.°, se da el carácter de pena, ya que la cláusula dirigida a establecer la sanción (reforzada) del resarcimiento del daño ejercitaría esa misma presión sobre el deudor. En efecto, si en tales casos la cláusula cumple este efecto de presión, no es sino un efecto o un fin indirecto o secundario; prueba de ello es que el mismo efecto conseguiría la sanción normal o legal del resarcimiento del daño; y, en todo caso, dado el valor de subrogado de la prestación que tiene el resarcimiento, el carácter de presión es bastante genérico e indiferente para el acreedor, para quien lo que interesa es el resarcimiento mismo. Si nuestros Códigos consideran también estos casos bajo el título de cláusula penal ello se debe a una larga tradición así como, probablemente, a las indicadas dificultades para distinguir la cláusula con intención de pena o para distinguir dentro de una misma cláusula la intención parcialmente penal de la intención parcial de resarcimiento.

4.° *Creación convencional de una sanción absolutamente ausente en el ordenamiento jurídico, por lo que sin la cláusula la promesa quedaría privada de sanción.* — Hasta aquí hemos examinado casos en los que el ordenamiento jurídico ofrece una sanción para la promesa (resarcimiento del daño, ejecución en forma específica, *astreintes judiciales,* etc.). Pero, como hemos indicado al principio de este parágrafo, hay promesas que en determinados

admite que además del resarcimiento normal pueda pretenderse un *plus* (v. supra núm. 2.°). Tampoco parece que pueda distinguirse entre el caso en que este *plus* represente un ulterior resarcimiento (que no se deba según los criterios normales) y el caso en que represente una pena privada; v. también infra apartado *b*.

18 bis Cfr. Barassi, op. cit. III, núm. 354, págs. 482-483, quien considera este caso como pena privada de carácter preventivo (respecto a un daño eventual) lo mismo que en las contravenciones penales. E incluye este caso en el concepto amplio de cláusula penal, admitido por la ley.

Este autor considera también como pura pena privada (admitida) la que consista en una prestación a un tercero a quien nada se debe: por ej., a una obra de beneficencia.

ordenamientos jurídicos carecen de sanción a causa del carácter de la prestación prometida o, más bien, a causa del interés que en ella tiene el acreedor.

Se trata de los contratos atípicos en el sentido antes mencionado (v. nota 2), en aquellos sistemas que no admiten el resarcimiento de los llamados daños morales y cuando, aun admitiéndose en abstracto la sanción de la ejecución en forma específica (por ejemplo entrega de una carta familiar, destrucción de lo hecho), no es aplicable tal sanción en el caso concreto, ni se ha previsto otra por el ordenamiento jurídico.[19] Entonces, como dice Pothier, "el deudor puede impunemente dejar de cumplir su promesa"; y, usando su lenguaje, la cláusula penal convierte en "civil" una obligación que sin ella sería "natural" (en sentido amplio) : *Traité des Oblig.* núms. 138-140.

Es bastante fácil distinguir este caso de los que hemos examinado en los números 1.º, 2.º y 3º, ya que el criterio distintivo no es el subjetivo de la intención de las partes, sino el objetivo de la ausencia absoluta de una sanción.

Sin embargo, en este caso la cláusula penal podría tener carácter de satisfacción del interés lesionado[20] o también podría te-

19 Sobre esta función de la cláusula como medio de proporcionar una acción a quien de no ser por ella no la tendría, cfr. Planiol, *Traité pratique*, cit. VII, núm. 867, quien, sin embargo, afirma que en tal caso la cláusula "sale de su función normal".

V. supra § 20, *a*. La cláusula no puede, pues, cumplir esta función cuando en casos semejantes se admita la sanción del resarcimiento de los llamados daños morales (como parece ocurrir en el art. 222 C. c. egipcio) ; o de la condena judicial como sanción moral (Demogue, *Traité des oblig.* cit. II, número 759) ; o la sanción de los *nominal damages* (v. infra § 33) ; o la de las *astreintes* judiciales del Derecho francés. Sin embargo, en este último caso la cláusula penal puede dirigirse a *reforzar* las *astreintes* judiciales (cfr. Planiol, *Traité pratique*, cit. VII, núm. 876) : se trata entonces de la función mencionada en la nota 12.

V. también Barassi cit. en nota 20.

20 A este propósito ha de tenerse en cuenta que quien se hace prometer una prestación completamente atípica o "extraña" tiene siempre en ella un interés aunque sea atípico o "singular" (v. § 20, *a*) ; de no ser así sería un necio. De manera que también en estos casos la cláusula penal que deba cumplirse en favor del mismo promisario presenta normalmente y por lo menos en parte una finalidad de satisfacción o de reparación de aquél interés lesionado. Un bien económico puede representar una compensación respecto a un sacrificio de carácter no económico o no típicamente económico.

Barassi, op. cit. III, núm. 354, pág. 483, en los casos en que el acreedor tenga un interés más moral que económico en el cumplimiento de la obligación y teniendo en cuenta que entonces sería imposible la sanción (legal) del resarcimiento de los daños, ve siempre en la cláusula penal una pena privada, como presión para obtener el cumplimiento (v. supra núm. 3.º). Pero lo que acabamos de decir demuestra que la cláusula puede también cumplir una fina-

ner el carácter penal o de verdadera pena privada (v. supra número 3.º). Y he aquí que las dificultades de aplicar un criterio subjetivo para distinguir la intención de establecer una pena de la intención de establecer una satisfacción vuelven a presentarse en este caso.

Los ejemplos prácticos de cláusula penal con la indicada función de crear una sanción que no existe no dejan de ser frecuentes.[21] Pero el caso clásico que suele invocarse es el del contrato en favor de terceros, cuando el estipulante quiera asegurarse una sanción contra el promitente ya que no puede obtener la realización por éste de la prestación en forma específica en favor del tercero (v. § 20 nota 7).[22]

Además de las distintas funciones mencionadas, la cláusula penal puede cumplir también otra muy importante en los contratos atípicos, consistente en servir como indicio de la voluntad de asumir una obligación en el plano jurídico.[23]

Hay que advertir que la cláusula penal cumple todas estas funciones especialmente en los contratos a título oneroso o al menos en los contratos "interesados" (v. supra § 16), porque es raro que a quien promete a título gratuito se le pueda obligar a añadir

lidad de satisfacción; y Barassi considera inexactamente como resarcimiento sólo el que se refiera al daño patrimonial previsto por la ley.

21 Pueden considerarse entre otros:

— Los casos mencionados en el § 3, nota 3.

— La promesa, con cláusula penal, hecha por el marido a la mujer de no volver a unirse con su concubina: D. 45, I, 121, § 1 (sobre este texto v. Savigny, *Obligations*, cit. § 80, nota y). Cfr. también los textos romanos citados en nota 1 sobre la conveniencia de la cláusula penal en los casos en que falte un interés patrimonial.

— El caso mencionado por Pothier: cláusula penal en la promesa de no jugar a las cartas; v. supra § 5, *b*.

— El caso, también mencionado por Pothier, *Traité des oblig.* cit. número 339, resuelto por el Parlamento de Bretaña: el pariente de un canónigo que había ofendido al Obispo de Saint-Malo había prometido al Obispo, bajo la cláusula penal de 300 liras, que el canónigo no se dejaría ver durante cuatro meses en la ciudad (el hecho de tratarse de una promesa referida a la conducta de un tercero no tiene importancia para nuestro problema).

— El caso Societé Cultuelle-Barouk: v. vol. II "Casuística".

— El caso Casciabanca-Triggiani, Trib. Bari, 5-6-1928, *Corte Bari*, 1929, 101 (*Rep. Foro it.*, 1929, voz *obbligaz. e contratti* núm. 82): obligación, garantizada con cláusula penal, de casar al hijo del promitente con una muchacha, así como de prestar la licencia en caso de que el hijo fuera de edad inferior a los 25 años (convención que fué considerada nula desde el punto de vista de la ilicitud).

22 Cfr. los textos romanos cits. en nota 1; Pothier, op. cit. núm. 339 con remisión a los núms. 54-55; Planiol, *Traité pratique*, cit. VII, núm. 867.

23 V. supra § 14 y Pothier, *Traité des Oblig.* cit. núm. 339 con remisión al núm. 56.

una cláusula penal (v. sin embargo Pothier, ob. cit. núm. 345).

De todo lo dicho resulta también que, al hablar de las funciones de la cláusula penal, conviene distinguir entre promesas de una prestación que no represente un interés típicamente económico para el acreedor (o, como las habíamos llamado, promesas o contratos atípicos) y contratos típicos o de cambio típicamente económico. La función de la cláusula es o puede ser distinta en cada uno de estos dos casos. En efecto, en el segundo no cabe pensar en la función a que hemos aludido en el núm. 4.º; y, por otra parte, en los intereses típicamente económicos existe un módulo objetivo (más o menos elástico) para medir el daño resarcible y de esta manera, cuando sea preciso, para controlar el carácter excesivo de la cláusula, tanto en el caso indicado en el núm. 1.º como en el del núm. 2.º Por el contrario, en el campo de las prestaciones que no representen un interés susceptible de valoración económica, este módulo objetivo se reduce a la equidad; y para juzgar, cuando sea necesario, el carácter excesivo de la cláusula se deberán tener en cuenta también los intereses "morales", estrictamente subjetivos o atípicos[24] (lo que, por cierto, sucede también en los contratos típicos, en el caso mencionado en el número 4.º, cuando quiera reducirse la cláusula en su función exclusivamente penal; v. infra *b*, 2.º).

b) *El problema de la llamada autonomía de los contratantes o del valor del nudo consentimiento (v. § 6).*

Como la cláusula penal se dirige a reforzar o a crear una sanción, los problemas que se presentan son los siguientes:

1.º ¿Puede convencionalmente reforzarse o crearse una sanción en los distintos sentidos antes indicados?

2.º En caso de respuesta afirmativa, ¿debe la cláusula ser exactamente cumplida o solamente tiene validez dentro de ciertos límites? ¿Qué límites y por qué razones?

1.º El primer problema es muy delicado, ya que, por lo menos hoy, podría presentarse en relación con la licitud de las cláusulas en cuestión, si se considera que el sistema de las sanciones, sobre el que dichas cláusulas inciden, es de orden público.

Ahora bien, en cuanto al problema de la posibilidad de refor-

24 Así expresamente el § 343 del C. c. alemán.

zar convencionalmente una sanción legal mediante la previa liquidación del daño (v. apartado *a*, núm. 1.º), parece estar resuelto afirmativamente en nuestros sistemas jurídicos;[25] y ello, a pesar de que la exención en favor del acreedor de la carga de probar el daño y el carácter de *forfait*, en su caso, puedan incidir profundamente en el sistema de las sanciones legales.

Más delicado resulta el problema de la creación convencional de una sanción.

En el Derecho romano este problema se resolvió, sin duda, afirmativamente. También fué afirmativa la solución en el Derecho común.

Lo mismo puede decirse del Derecho francés, del suizo y del alemán.[26]

En cuanto al *common law*, v. infra § 33.

Respecto al nuevo Código civil italiano, hay que tener en cuenta:

— En el caso mencionado supra apartado *a*, núm. 2.º, del artículo 1.384 del C. c. resulta que la cuantía de la cláusula penal puede superar, incluso en la intención de las partes en el momento de la estipulación,[27] a la cuantía del daño resarcible según las

25 No hay duda en cuanto al Derecho romano. Admitiéndose la pura pena privada, la acumulación, etc., *a fortiori* había de excluirse cualquier averiguación sobre el carácter excesivo, etc. (v. infra).

Los Códigos del *civil law* admiten la cláusula en este sentido, incluyéndola más o menos dentro del concepto de cláusula penal (v. supra apartado *a*, 1.º y nota 7). La admite también el *common law*, v. infra § 33.

26 Para el Derecho romano v. la nota anterior y las notas 1, 21 y 22, casos que comprenden prácticamente todos los mencionados en apartado *a* números 2.º, 3.º y 4.º. Cfr. también Savigny, op. y loc. cits. especialmente página 440.

En cuanto al Derecho común, v. notas 3, 8 y 9; y cfr. Fliniaux, op. cit.; Pothier, cit. supra en notas 8, 17, 21, 22.

En cuanto al Derecho francés v. supra notas 8, 11, 15, 15 bis, 19, 21 y 22. Lo mismo bajo la vigencia del antiguo C. c. italiano.

Para el Derecho suizo v. arts. 160 y sgtes. del Código de las oblig. y los correspondientes comentarios. Para el Derecho alemán v. §§ 339, 340, 341 y 343 del C. c., de los que resulta que la cláusula puede también aplicarse a casos en los que no exista daño (simple función de pena) y en los que el interés del estipulante no tenga carácter patrimonial o exceda del resarcimiento normal. V. además lo que se dirá a propósito del Derecho italiano.

Puede suscitar dudas el art. 224 del C. c. egipcio respecto al caso contemplado supra apartado *a*, núm. 3 (simple pena): "Los daños y perjuicios convencionales no son debidos si el deudor demuestra que el acreedor no ha sufrido ningún perjuicio". Pero probablemente este artículo, lo mismo que los artículos 223 y 225, no se refiere al caso de cláusula cuyo fin sea establecer una simple pena, en el cual no se da la función de liquidación convencional del daño. O podría querer decir que no puede aplicarse la pena cuando el acreedor no tenga un interés de cierta importancia en la prestación (v. § 20, *b* y el presente § en apartado *b*, 2.º).

27 El mismo Informe del Ministro de Justicia sobre los arts. 1.382 y

reglas sobre la materia (arts. 1.223 y sigs.). De forma que el único problema será el de reducir este *plus*, pero sin eliminarlo; de reducirlo según la equidad, es decir cuando resulte "manifiestamente excesivo". Cosa que, por lo demás, nadie pone en duda (para la jurisprudencia, v. nota 11).

— En cuanto al caso a que nos hemos referido en apartado *a* número 3.º — carácter de pura pena privada — no se ve por qué no deba admitirse,[28] ya que el *plus* que acabamos de mencionar, y que podría también tener carácter penal, no puede ser eliminado sino solamente reducido; y ya que esta reducción se hace solamente para evitar la usura o la desproporción excesiva. Por lo demás, el art. 1.382 no excluye que la prestación prevista en la cláusula pueda ser una de las que objetivamente revelan el carácter puramente penal de dicha cláusula; por ej. cláusula penal que deba pagarse a un tercero a quien nada se debe (v. supra apartado *a* núm. 3.º). La jurisprudencia y la doctrina admiten la posibilidad de una cláusula puramente penal, como admiten las conminaciones, las multas disciplinarias y otras cláusulas de carácter puramente penal.[29]

— Tampoco el caso mencionado en apartado *a*, núm. 4.º debería suscitar dudas. Si leyendo los arts. 1.382 y sigs. puede sa-

siguientes, refiriéndose a una cláusula penal usuraria alude a la intención de los contratantes en el momento de la estipulación; intención que puede dirigirse a establecer un daño resarcible superior al que se deba con base en los criterios normales (aparte de la usura).

28 En cambio, el Informe del Ministro de Justicia sobre los arts. 1.382 y siguientes dice: "En el art. 1.382 no se alude a la función coercitiva que asignaba a la cláusula el art. 1.209 del C. c. de 1865, porque tal función sólo indirectamente es ejercitada por la cláusula penal mientras que la coacción para el cumplimiento deriva de la obligación de resarcir el daño, cuya ejecución facilita la cláusula: la facilita evitando la prueba del daño: art. 1.382 párrafo 2.º".

Pero este pasaje está en contradicción con todo lo que se ha dicho a propósito del caso examinado en apartado *a*, 3.º; también con la admisibilidad de una cláusula penal en el caso aludido en apartado *a*, 4.º; así como con las observaciones hechas a propósito del contrato en favor de terceros: v. nota 22.

29 Para la jurisprudencia, cfr. la sentencia citada en la nota 18 así como la de Apelación de Bari 28-6-1949 cit. en nota 11 (que afirma la validez de la cláusula penal independientemente de la efectividad del daño) y Casación 30-3-1951 también cit. en nota 11. Cfr. también Apelación Nápoles 30-4-1946, Paciello-Fusano, *Rep. Foro it.*, 1947, voz *obbligaz. e contratti* núm. 188, según la cual la cláusula penal aún cuando sea manifiestamente excesiva puede ser reducida pero nunca eliminada, de manera que el *quid* no eliminable podría precisamente representar una pena.

En cuanto a la admisibilidad de las conminaciones, de las multas disciplinarias y de las penas privadas en general, especialmente en el caso de los llamados intereses morales del acreedor o de cláusula penal que deba prestarse en favor de un tercero, cfr. Barassi, cit. en las notas 15 bis, 18 bis y 20.

carse la impresión de que se refieren a un daño patrimonial (el único considerado por los arts. 1.223 y sigs.) se trata de una mera apariencia. En realidad, como hemos visto, se admite también entre nosotros una cláusula penal dirigida a hacer posible una sanción, cuando el interés del acreedor no sea patrimonial o típicamente económico (v. § 20, *a*, notas 3 y 5, Informe del Ministro de Justicia sobre el art. 1.174 y las notas 18 bis a 20 de este §).

2.º Como es sabido, el segundo problema — posibilidad de reducir la cláusula penal (en sentido amplio) — ha sido resuelto en sentido negativo en el Derecho romano, en el francés y en el C. c. italiano de 1865 (sin embargo, para la jurisprudencia francesa véase el caso Société Cultuelle-Barouk en el vol. II). En el Derecho común el problema fué discutido pero preferentemente resuelto en sentido afirmativo.[30]

Esta es también la solución del C. c. austríaco (§ 1.336); del vigente C. c. ital. (art. 1.384); del C. c. alemán (§ 343); del Código suizo de las obligaciones (art. 163); del C. c. egipcio (art. 224). Véanse también las reglas sobre venta con reserva de propiedad (artículo 1.526 C. c. ital.; 227 Código suizo, etc.).

La posibilidad de reducción se refiere a los cuatro tipos de cláusulas que hemos considerado en el apartado *a*, (en el del número 1.º, indudablemente sólo en el caso de liquidación *a forfait*).

Se trata de una reducción según la equidad hecha por el Juez (más o menos a instancia del deudor: v. arts. citados) cuando la cuantía de la cláusula penal resulte "manifiestamente excesiva", "*hors de toute proportion*", "*excesivement exagéré*", etc.

La cláusula penal (en sentido amplio) es reducible pero no eliminable (v. sin embargo sobre el Derecho egipcio, nota 26).

El carácter excesivo se establece según la equidad, teniendo en cuenta todos los elementos que pueden concurrir en un juicio semejante: la importancia del incumplimiento; el dolo o la culpa; el interés que tiene el acreedor en el cumplimiento (interés que puede ser no patrimonial y fuera de los términos previstos en el artículo 1.223 C. c. ital., y concordantes); la carga que supone la obligación para el deudor, etc.

Hay que considerar estos elementos (y especialmente el interés del acreedor) en el momento de la aplicación de la cláusula y no en el momento de su estipulación (v. también § 20, *b*); por lo que parece inexacto nuestro art. 1.384, que habla del interés que el acreedor "*tenía*" en el cumplimiento. Si la cuantía de la cláusu-

30 Cfr. Fliniaux, op. cit.; Pothier, *Traité des oblig.* cit. núm. 345.

la era excesiva en el momento de la estipulación pero no lo es en el momento de la aplicación ello significa que hubo error de previsión o cautela por parte del acreedor; y en todo caso, conviene tener en cuenta solamente el momento de la aplicación, tanto porque estamos en el campo de la equidad, como en consideración a la razón de la posibilidad de reducción que es también la de cierta relación de proporción o *cause juste,* como pronto diremos.[31]

Es más difícil el juicio sobre la posibilidad de reducción cuando el interés del acreedor no sea patrimonial (v. supra apartado *a,* número 4.º), puesto que entonces se trata de un interés atípico o singular: v. supra apartado *a,* al final. El juez deberá actuar con mucha cautela para reducir la cláusula penal (v. también § 343 del C. c. alemán).

Todo cuanto se ha dicho se aplica también a la cláusula que tenga carácter de simple pena privada. En efecto, también la pena privada puede resultar excesiva en relación con la finalidad de sancionar penalmente una obligación. En este supuesto, el carácter excesivo deberá apreciarse en función de tal finalidad y no en función del fin de satisfacción o de resarcimiento. Esta apreciación será por ello todavía más elástica o "equitativa", teniendo en cuenta que en general se tratará de un interés no patrimonial del acreedor o de casos en los que no exista un daño liquidable (multas disciplinarias, etc.). Pero convendrá siempre tener en cuenta los indicados elementos entre los que hay que incluir el interés, incluso moral, del acreedor.

Falta ver ahora cuál es el fundamento de la posibilidad de reducción.

Según una corriente que arranca de las precauciones del Derecho canónico y del Derecho común frente a la usura, el fundamento sería la usura o el aprovecharse de un estado de necesidad del deudor; o sea, en cierto modo, un vicio del consentimiento consistente en la falta de libertad de la voluntad.[32]

31 La hipótesis de reducción será más rara en el caso de que la intención de las partes se dirigiera a la mera liquidación convencional *(a forfait)* del daño que normalmente deba resarcirse según las reglas legales: v. supra apartado *a,* 1.ª. En efecto, en este caso, aparte de la usura o del aprovecharse de un estado de necesidad, la hipótesis habría de ser la de un grave error de previsión respecto al daño efectivamente resultante en el momento de la aplicación de la cláusula (hipótesis rara): error grave hasta el punto de determinar de manera manifiesta el carácter excesivo.

32 Cfr. Fliniaux, op. cit. También alude a la usura el Informe del Ministro de Justicia sobre el art. 1.384 del C. c. italiano. Cfr. también la sentencia de la Casación 30-3-1951 cit. en nota 11.

Otra corriente, que arranca de Pothier,[33] se refiere a un vicio de la voluntad, que consistiría en el error o en una ligereza o ilusión del deudor.

Se trataría, en definitiva, de la protección del contratante a quien se presume más débil: tendencia de la que quedan huellas en los Códigos que, admitiendo la posibilidad de reducción, no admiten la posibilidad de aumento, salvo que expresamente se haya pactado.[34] Tales corrientes enlazan también con la concepción de la *cause plausible*, como prueba de una voluntad libre del promitente (libre de *sospechas* de coacción o de errores genéricos). Concepción que data de los canonistas y reaparece a veces en la jurisprudencia francesa (v. infra § 23), aunque tal jurisprudencia, sobre los moldes del Código napoleónico, haya negado la aplicación de dicha concepción precisamente en el caso de la cláusula penal, en el que los peligros de tales vicios de la voluntad se hacen sentir especialmente.[35]

Pero, aun cuando estas corrientes hayan influído históricamente en la formación de la regla acerca de la posibilidad de reducir la cláusula penal, creemos que su fundamento actual es otro.

En efecto, la reducción se aplica también cuando resulte que no ha habido usura, aprovechamiento del estado de necesidad ni vicios de la voluntad. Como hemos dicho, se considera solamente el momento de aplicación de la cláusula para ver si hay despro-

33 Pothier, *Traité des oblig.* núm. 345: "Cuando un deudor se somete a una pena excesiva en caso de incumplimiento de la obligación primitiva que contrae, hay motivo para presumir que lo que le lleva a someterse a una pena tan excesiva es la falsa confianza que tuvo en que no faltaría a esta obligación primitiva; que creyó no comprometerse a nada sometiéndose a ella; y que no hubiera estado en disposición de someterse si hubiera creído que el caso de aplicar esta pena podía llegar; para presumir que el consentimiento que de esta manera presta a la obligación de pagar una pena tan excesiva, siendo un consentimiento fundado sobre un error y sobre una ilusión que él se hizo, no es un consentimiento válido". (v. también infra § 23). Pero en el mismo lugar Pothier funda la reducción también en una exigencia de equidad o de justicia, para evitar un enriquecimiento injusto, así como en la pretendida naturaleza de la pena como resarcimiento.

La idea de un vicio de error reapareció también en los trabajos preparatorios del Código napoleónico, pero fué descartada como fué descartada también la reducción.

34 Así el art. 1.382 C. c. italiano. En contra, Pothier, op. y loc. cits.; § 340 del C. c. alemán; art. 161 del Código suizo de las oblig.; art. 225 Código civil egipcio.

35 V. sin embargo, en el vol. II, el caso Societé Cultuelle-Barouk Bittoum, en el que el Juez, para reducir la cláusula penal, acudió al expediente de una presunta interpretación de la voluntad de los contratantes fundada en una *cause plausible* o normal (v. también § 23).

porción enorme o exceso (prescindiendo de las disposiciones de aquellos códigos que admiten también la posibilidad de aumento en favor del acreedor: v. nota 34).

El fundamento está, pues, en la exigencia de una proporción, como criterio objetivo de justicia o, precisamente, de "proporción". No se trata de una analogía con un pretendido principio de justicia conmutativa que hubiera de reinar en los contratos a título oneroso, como proporción entre prestación y contraprestación[36] (aunque la promesa de hacer algo a título de resarcimiento o de sanción no pueda considerarse como promesa a título gratuito ya que, por parte del acreedor, hay si no un sacrificio sí un sufrimiento o perjuicio a consecuencia del incumplimiento).

Hemos visto, en efecto, que en los contratos a título oneroso típicos no cuenta la desproporción objetiva entre las prestaciones (salvo el caso de aprovechamiento del estado de necesidad, en el que no hay precisamente desproporción objetiva); mientras que en los contratos atípicos de *dar* la exigencia de una *cause suffisante* se une a la de la forma de las donaciones y a la desconfianza hacia estas últimas (v. supra §§ 8 y 10). Y sin embargo, es precisamente en los contratos a título oneroso en los que, como hemos indicado, tiene especial aplicación la cláusula, con la inherente posibilidad de reducción.

Más bien podría invocarse cierta analogía con el requisito de un interés proporcionado del acreedor respecto a la carga que la obligación (a título gratuito) significa para el deudor: v. supra § 20, *b*. Los elementos a que se acude para establecer tal proporción son los mismos a que, como hemos visto, se debe acudir para juzgar el carácter excesivo de la cláusula en cuestión. Pero en los casos mencionados supra § 20, *b*, se trata de contratos a título gratuito y la desproporción, que llega en ellos a adquirir relieve, ni siquiera es preciso que sea excesiva.

Parece, pues, que la exigencia de justicia o proporción respecto a dichas cláusulas deba fundarse en una razón especial: y concretamente la de que mediante tales cláusulas se trata de pactar en materia de sanciones y por lo tanto de aplicar una sanción, aunque sea convencional. La sanción, en su determinación y en su aplicación, da lugar precisamente a un problema de proporción o de justicia; incluso puede decirse que la justicia constituye la esencia misma de la sanción. De forma que cuando ésta, de mane-

36 Sin embargo, v. una alusión en este sentido en Pothier, *Traité des oblig.* cit. 354 sobre la posibilidad de reducir la cláusula penal en los contratos conmutativos.

ra directa o indirecta, se haya establecido convencionalmente habrá que tener en cuenta el hecho de que ha sido establecida o aceptada por la libre voluntad de las partes, especialmente del promitente; pero sin llevar esta consideración hasta tal punto que haya que respetar totalmente una sanción convencional que, por su carácter excesivo o por la enorme desproporción en el momento de la aplicación, choque con las más elementales exigencias de justicia. También aquí se da en cierto modo una *cause juste* o proporcionada, consistente en la importancia del incumplimiento (habida cuenta también del eventual dolo del que incumple), en la carga que la obligación supone para el deudor, en la importancia del interés del acreedor o de su lesión, etc.

Y como la posibilidad de reducción se aplica también en el caso de voluntad libre del promitente, e incluso la presupone (pues en otro caso se podría acudir a los remedios de la acción por violencia, dolo, lesión, etc.), puede decirse que la exigencia de proporción o *cause juste* en estas cláusulas constituye una limitación al llamado principio de la autonomía de los contratantes. Principio que es, en cierto modo, el del valor del pacto nudo[37] o de la palabra dada, considerado no como poder de la voluntad de obligarse, sino como poder del (futuro) acreedor de dar cierto contenido al pacto o como su confianza en las promesas del (futuro) deudor: v. supra § 6.

En este sentido, como problema de autonomía de los contratantes, se ha considerado efectivamente el problema de la posibilidad de reducir la cláusula penal.[38]

37 Como es sabido, en el Derecho romano y lo mismo en el Derecho común (mientras estuvo vigente el régimen del contrato formal), la cláusula penal se admitía en cuanto estuviera revestida de la forma en uso (*stipulatio* u otra), o del carácter de *pactum adjectum* a un contrato por sí mismo jurídicamente reconocido como tipo. El principio del valor del puro consentimiento, desconocido en aquellos sistemas, hará que surjan los problemas examinados en este §, aunque el temor a la usura hubiese dado lugar ya en el Derecho común de la última época (y antes en el Derecho canónico) a corrientes favorables a la limitación de la cláusula penal.

38 Al problema de la llamada autonomía de los contratantes se refiere el Informe del Ministro de Justicia sobre el art. 1.384. Y al mismo problema se referían los trabajos preparatorios del C. c. de 1865, para resolverlo en el sentido de no admitir la reducción: "Admitir que el juez pueda variar las condiciones del contrato (o sea, reducir la cláusula penal) es querer imponer su voluntad sobre el consentimiento de las partes, es una contradicción manifiesta a la regla proclamada por todos los Códigos según la cual los contratos legalmente formados tienen fuerza de ley para aquellos que los han celebrado" (Informe Pisanelli sobre el Proyecto del tercer libro del Código civil, número 146; Gianzana, *Cod. civile*, I, 1887, págs. 89-90).

Al mismo principio, es decir, al *pacta sunt servanda*, se remiten Planiol,

Séanos permitida otra observación. La cláusula penal no es eliminable sino sólo reducible (sobre el Derecho egipcio v. supra nota 26), aun cuando sirva para sancionar la promesa de una prestación en la que el promisario no tenga un interés típico o típicamente económico (v. supra apartado *a*, núm. 4.º, y § 20, *a*). Ha de tenerse en cuenta también al aplicar o reducir la cláusula penal el interés estrictamente individual o "caprichoso" del promisario. En todo caso, la reducción ha de hacerse por razones de justicia o proporción, que tengan un especial valor en materia de pactos sobre la sanción, y no por ausencia de función económico-social en el contrato sancionado mediante la cláusula.

Todo lo cual parece demostrar una vez más hasta qué punto carecen de fundamento las teorías de la función económico-social y del interés del acreedor, concebidas en el sentido que hemos expuesto en §§ 19 y 20.

No se olvide tampoco que la reducción judicial de la cláusula penal se produce solamente a instancia del deudor, salvo en el Código suizo de las obligaciones (art. 163), que sin embargo no puede decirse que esté influído por tales teorías.

Nota del Traductor. — *De las obligaciones con cláusula penal trata el Código en los arts. 1.152 a 1.155. A la vista de lo que se dispone en ellos y de las aportaciones de nuestra doctrina a esta materia (v. especialmente el trabajo de Espín Cánovas,* La cláusula penal en las obligaciones contractuales, *en R. D. P. 1946, pág. 145 y ss. que en lo fundamental se reproduce en el* Manual de Derecho Civil español *del mismo autor, Madrid, 1954. vol. III, págs. 277-308. V. también Roca Sastre y Puig Brutau,* La cláusula penal en las obligaciones contractuales, *en* Estudios, *cit. págs. 269 y ss.), trataremos de aplicar a nuestro Derecho la distinción que se hace en el texto a propósito de las diversas funciones que la cláusula penal puede desempeñar.*

1.º Liquidación convencional del daño. — *Supuesto en el que el aspecto penal es mínimo, pues aunque no se hubiera estipulado la cláusula penal, el acreedor insatisfecho tendría derecho a exigir la indemnización de daños y perjuicios. La función de la cláusula, en este caso, se reduce a dispensar al acreedor de la prueba de los daños y a eliminar las dificultades que suele llevar consigo la estimación o liquidación de éstos. En tales casos nuestros autores suelen hablar de* pena sustitutiva o compensatoria.

Traité pratique, cit. VII, núm. 867, y todos los que en la historia del Derecho común combatieron la reducción de las cláusulas penales: cfr. Fliniaux, op. cit. pág. 243; Pothier, op. cit., núm. 345, que invoca la opinión de Azo. Cfr. también Casación 15-7-1929, cit. en nota 18.

Hay que advertir que, salvo pacto expreso en contrario, ésta es la función que normalmente cumple la cláusula penal. El art. 1.152 dice que "en las obligaciones con cláusula penal la pena sustituirá *a la indemnización de daños...". Y en el 1.153 se establece que el acreedor no podrá "exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada". Así pues, en ausencia de un pacto expreso, la cláusula no tendrá otro alcance que el de una estimación anticipada de los perjuicios como sustitutivo de la demostración y liquidación de éstos en caso de incumplimiento (lo cual puede resultar especialmente interesante cuando el interés que el acreedor tenga en la prestación no sea de carácter patrimonial; v. nuestras notas al § 20).*

Ahora bien, tanto nuestra doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Supremo entienden que se debe la pena aún en el caso de que el incumplimiento no haya causado perjuicios al acreedor y, con mayor razón, cuando existiendo perjuicios sean de cuantía inferior a la estipulada en la cláusula penal (v. las sentencias de 8 julio de 1911, 8 enero de 1945 y 10 abril de 1956; v. también lo que después diremos sobre la posibilidad de moderación de la pena por el Tribunal). De ahí que, si bien en este primer supuesto, como ya hemos advertido, sea mínimo el aspecto penal de la cláusula, no pueda decirse sin embargo que tal aspecto quede totalmente excluído. Aunque lo fundamental sea, en este supuesto, la determinación convencional y anticipada de los daños, la cláusula cumple al mismo tiempo una finalidad coercitiva en cuanto que actúa como un estímulo para el deudor, quien preferirá cumplir para no verse expuesto a pagar una indemnización que puede ser superior a lo que debería en caso de incumplimiento si se aplicaran las reglas ordinarias sobre el resarcimiento de los daños. (En este sentido, la sentencia de 8 de enero de 1945 habla de una "doble función reparadora y punitiva").

Correlativamente, es justo que si se niega al deudor la posibilidad de obtener una rebaja cuando no existan daños o su cuantía sea inferir a la estipulada en la cláusula, se niegue también al acreedor la posibilidad de exigir una indemnización mayor que la prevista (v. en este sentido las sentencias de 21 noviembre 1913 y 14 noviembre 1927).

De todos modos, y al amparo de la misma libertad de contratación (art. 1.255) que constituye el fundamento de la cláusula penal, entendemos que las partes pueden haber convenido expresamente que no se deba la pena cuando el incumplimiento no ocasione perjuicios, que deba reducirse a la cuantía de los sufridos cuando sea menor que la cuantía de la cláusula, o que se deban en toda su extensión cuando sean de cuantía superior a aquélla. Pero para esta atenuación o agravación de la responsabilidad del deudor será preciso un pacto expreso. Caso en el que, evidentemente, la cláusula quedará despojada de todo carácter penal y reducida a una estimación convencional y no definitiva de los daños. Caso, además, en el que la cláusula penal quedaría privada de toda uti-

lidad, pues ni siquiera suprimiría la necesidad de liquidar los daños.

2.º Creación de una sanción con carácter de satisfacción, para completar la sanción establecida por la ley y considerada insuficiente. — *Es decir, estipulación de una cláusula penal que deberá ser cumplida no en sustitución de la indemnización de daños sino* además *de esta indemnización. Es la que nuestra doctrina suele llamar* pena cumulativa, *si bien con menos precisión que la que se emplea en el texto, pues Roca Sastre y Puig Brutau estiman que en este caso la cláusula cumple una función estrictamente penal (loc. cit. pág. 283; también Castán, ob. cit. III, páginas 121-122), siendo así que la acumulación de la pena y la indemnización puede tener carácter satisfactorio y no penal en sentido estricto.*

Como ya hemos indicado, nada se opone a la admisibilidad de esta acumulación, con tal de que expresamente se haya pactado (v. arts. 1.152 y 1.153). Ahora bien, creemos que para precisar si se está en presencia de una satisfacción o de una pena habrá que tener en cuenta la siguiente distinción:

Primera hipótesis: El acreedor exige conjuntamente el cumplimiento de la obligación y el pago de la pena (cosa que puede hacer, según el artículo 1.153, si expresamente se hubiera pactado). El deudor cumple la obligación (en fase de cumplimiento forzoso) y paga la pena. En este caso no cabe hablar de función "satisfactoria", pues la satisfacción de su interés ya la obtiene el acreedor a través del cumplimiento. La cláusula habrá cumplido una función penal.

Segunda hipótesis: Ante la misma pretensión del acreedor, el deudor — condenado al cumplimiento en forma específica — no cumple la obligación sino que "opta por el resarcimiento de los perjuicios" (v. artículo 924 de la L. E. C.) y paga, además de estos perjuicios, la cantidad estipulada en la cláusula. En este caso, la cláusula podrá cumplir una finalidad de satisfacción cuando la indemnización que con arreglo a la ley correspondería al acreedor sea inferior a los perjuicios irrogados por el incumplimiento y, con mayor razón, cuando el interés del acreedor no sea de carácter patrimonial, caso en el que no por ello queda excluído el deber de indemnizar, pero en el que es muy probable que el acreedor estime insuficiente la indemnización que por aplicación de las reglas ordinarias le correspondería.

Creemos que la distinción es interesante, porque revela que la función satisfactoria o estrictamente penal de la cláusula depende no sólo de la intención de las partes sino también del comportamiento del deudor en la fase de cumplimiento forzoso del contrato.

3.º Estipulación de una sanción con carácter de pena privada y no de satisfacción. — *En este supuesto es en el que, propiamente, cabe hablar de estricta función penal. El acreedor no pretende obtener una reparación que le compense los perjuicios causados por el incumplimiento, sino que persigue una mayor seguridad a través de la eficacia que la cláusula desplegará sobre la voluntad del deudor estimulándole a cumplir. Lo cual no excluye que el acreedor se beneficie en lo que el deudor le pague en*

cumplimiento de la pena; pero tal pago no tendrá finalidad de resarcimiento o de satisfacción, sino estricta finalidad penal.

Los casos en que la cláusula puede cumplir esta propia finalidad penal son muy variados. Un caso clarísimo será aquél en el que se haya convenido que la pena se pagará no al acreedor sino a un tercero, lo cual podría encajar en el párrafo segundo del art. 1.257 (caso previsto por Roca Sastre y Puig Brutau, ob. cit., pág. 277, que sin embargo no lo mencionan después al tratar de la función estrictamente penal). Lo mismo en muchos casos cuando se deba la pena además de la indemnización (pena cumulativa), aunque no en todos, ya que como hemos indicado en el núm. 2.°, la acumulación no impide que la cláusula pueda cumplir una función de satisfacción o reparación. La función penal será también evidente cuando la cuantía de la pena estipulada en la cláusula sea muy superior a la cuantía de los daños previsibles para el caso de incumplimiento, cosa que puede suceder tanto cuando se trate de pena sustitutiva como cuando se trate de pena cumulativa. Con lo que puede también suceder que la cláusula tenga en parte carácter de satisfacción (hasta la cuantía de los daños indemnizables) y en parte carácter de pena (por el exceso respecto a dichos daños). Sobre estos criterios, tanto subjetivos como objetivos, y sobre los casos más frecuentes en la práctica en los que la cláusula cumple esta función de pena privada, v. lo que se dice en el texto, apartado a, *núm. 3.°*

4.° Estipulación de una sanción para casos en los que no exista cauce legal para obtener la sanción de la promesa. — *Dentro de este supuesto puede considerarse — además de los ejemplos citados en el texto: contrato en favor de terceros, intereses no patrimoniales, etc. — una interesante función que la cláusula penal puede cumplir, como acertadamente observan Roca Sastre y Puig Brutau, para la* garantía o cobertura de un riesgo *como el que supone el incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor (casos en los que no cabe obtener una sanción por las vías normales). El art. 1.105 establece que "nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables", pero deja a salvo los casos expresamente previstos por la ley o en los que "así lo declare la obligación". Cabe, pues, la posibilidad de que se estipule una pena que deba pagarse aún en el caso de que el incumplimiento no sea imputable al deudor, caso en el que, evidentemente, el acreedor no obtendría satisfacción de su interés de no ser a través de la cláusula. No compartimos, sin embargo, la opinión de los citados autores según la cual no se tratará en tal caso de una verdadera pena convencional sino, en el fondo, de un seguro. No cabe hablar de seguro en ausencia de primas o precio a cargo del acreedor; se tratará, por tanto, de una agravación de la responsabilidad del deudor a la que se llegará por el cauce de la cláusula penal. (Sólo cabría hablar — aproximativamente — de "seguro" cuando, a cambio de esa mayor responsabilidad del deudor, el acreedor se hubiera obligado a una contraprestación de cuantía superior a la normal, si se interpretara esa diferencia o mayor valor*

como una compensación — prima — del riesgo asumido por el deudor).

Nuestra doctrina señala todavía otras funciones que puede cumplir la cláusula penal. Se alude a su posible función de pena moratoria *cuando se haya estipulado no para el supuesto de incumplimiento de la obligación principal, sino para el de retraso culposo en el cumplimiento (v. especialmente Espín,* Manual, *cit. III, págs. 306-308). No la regula expresamente el Código, pero hay que admitir su validez al amparo del artículo 1.255 y puesto que nada hay contra ella en las reglas sobre la mora; es más, parece que a este supuesto es al que se alude en el artículo 1.108 cuando se dan reglas para fijar la indemnización debida por el deudor que incurre en mora, limitando la aplicación de dichas reglas a los casos en que no haya* pacto en contrario.

Se pretende señalar una "peculiaridad característica" de este supuesto, que consistiría en la posibilidad de reclamar al mismo tiempo la pena y el cumplimiento de la obligación principal (v. Roca Sastre y Puig Brutau, en loc. cit. pág. 284) ya que la prohibición establecida en el artículo 1.153 no sería aplicable a este caso, por entender que tal prohibición se refiere sólo a la pena compensatoria. Pero no parece que en ello pueda verse peculiaridad alguna ni excepción a la regla del art. 1.153, por la sencilla razón de que la "pena moratoria" no sustituye al cumplimiento de la obligación ni a la indemnización de los daños causados por el incumplimiento, sino que sustituye a la indemnización de los perjuicios causados por la mora. *Siendo así, es natural que se pueda exigir a la vez el cumplimiento de la obligación principal y la pena moratoria, de la misma manera que si no se hubiera estipulado una cláusula con carácter de pena moratoria, podrían exigirse conjuntamente el cumplimiento de la obligación principal y la indemnización de los perjuicios causados por el retraso en el cumplimiento.*

Así pues, no puede verse en ello una excepción al art. 1.153. Es más, parece indudable que, contra lo que se pretende, el art. 1.153 se aplicará también en este caso, porque aunque el acreedor pueda reclamar el cumplimiento de la obligación y la pena moratoria, no podrá sin embargo exigir conjuntamente esta pena y la indemnización de los perjuicios causados por la mora, *dada la presunción del carácter sustitutivo o compensatorio de la cláusula penal (art. 1.152). Y parece igualmente evidente que la pena moratoria es también "compensatoria" o sustitutiva, pues sustituye no a la indemnización de los daños causados por el incumplimiento, pero sí a la debida por el retraso en el cumplimiento. Un pacto expreso en el que se estipulara la posibilidad de exigir conjuntamente los intereses de demora y la pena moratoria nos llevaría igualmente al supuesto de pena moratoria cumulativa. En resumen, creemos que todas las reglas de la cláusula penal son aplicables a la pena moratoria; eso sí, siempre que se tenga en cuenta que a lo que ésta sustituye o se acumula, según los casos, es a la indemnización de los perjuicios causados por la mora y no a la de los originados por el incumplimiento.*

Téngase en cuenta también que cuando se habla de "pena morato-

ria" se quiere aludir a una cláusula penal que se haya establecido exclusivamente *para garantizar los perjuicios ocasionados por la mora o para reforzar la sanción establecida por la ley para tal supuesto. Lo cual no impide que en todo caso de cláusula penal pueda ésta cumplir también una función de pena moratoria (aunque no cumpla "exclusivamente" dicha función) pues si el deudor cumple pero después de haber incurrido en mora será exigible la pena, aunque, con la moderación prevista en el art. 1.154 para el caso de cumplimiento "irregular".*

La jurisprudencia ha señalado también otra posible función de la cláusula penal, que podría designarse con el nombre de multa poenitentialis *o "dinero de arrepentimiento". Esta función aparece reconocida en la primera parte del art. 1.153, al preverse la posibilidad de que el deudor se exima de cumplir la obligación pagando la pena cuando expresamente le haya sido reservado tal derecho. Pero, como acertadamente pone de relieve el T. S. en sentencia de 28 de diciembre de 1946, en este supuesto no se trata de una pena convencional en sentido propio sino de un pacto de resolución facultativa del contrato. En la misma sentencia se compara este supuesto con el de las arras penitenciales del artículo 1.454; la diferencia sólo consistiría en que en el caso de las arras mediaría la entrega de una cosa que perdería después quien la entregó o que tendría que devolver duplicada quien la recibió, mientras que en el caso de la* multa poenitentialis *o "dinero de arrepentimiento" no habría tal entrega, sino solamente la promesa de pagar una cantidad en caso de desistimiento.*

* * *

Pasando a los problemas que se plantean en la segunda parte de este § (v. apartado b*), parece que no ofrece dudas el planteado en primer lugar: posibilidad de reforzar una sanción e incluso de crearla en aquellos casos para los que la ley no la haya previsto. Al examinar cada una de las funciones que la cláusula puede cumplir hemos ido viendo que para cada uno de esos supuestos cabe encontrar un apoyo en el articulado del Código civil. Por más que pueda pensarse que el sistema de las sanciones es de orden público, no cabe duda de que la interferencia de la cláusula penal en dicho sistema no llega a plantear un problema de ilicitud, dada la expresa admisión y regulación legal de esta claúsula ; así lo ha reconocido expresamente el Tribunal Supremo, al afirmar — en sentencia de 10 diciembre 1910 — que la voluntad de las partes puede regular de otra manera que la establecida en el C. c. las consecuencias legales del incumplimiento de las obligaciones que contraen, mientras los convenios a este objeto celebrados no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público. Y aún el caso de creación convencional de una sanción para supuestos en los que no habría otro cauce para obtenerla, hemos visto que parece estar claramente admitido en el art. 1.105 del C. c.*

En cuanto al segundo problema — posibilidad de reducir la cláusula

penal — hemos de comenzar afirmando una importante diferencia en este punto entre nuestro C. c. y el italiano. El art. 1.154 del C. c. español establece que "el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor". Es decir, sólo se prevé la posiblidad de moderación para el caso de cumplimiento parcial o defectuoso; mientras que en el Código italiano (art. 1.384) se añade a este supuesto el de que la cuantía de la cláusula sea "manifiestamente excesiva".

El hecho de que el art. 1.154 haya limitado la facultad judicial de moderar la pena al supuesto de cumplimiento parcial o defectuoso de la obligación principal plantea el problema relativo a la posibilidad de una aplicación analógica de este precepto a los casos de incumplimiento total en los que el juez estime excesiva la cuantía de la pena. A la solución afirmativa se inclinan Pérez y Alguer (en sus notas al Derecho de Obligaciones *de Enneccerus-Lehmann, vol 1.º, pág. 193), pero sin razonar la conclusión que sientan e incluso afirmando que se apoyan en los mismos fundamentos del art. 1.154 (y, además, en las disposiciones prohibitivas de la usura) lo cual resulta difícilmente aceptable porque los fundamentos del art. 1.154, dictado para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular, no pueden servir sin más para el supuesto de incumplimiento total (y en cuanto a las disposiciones sobre la usura, implican que la cuestión salga del ámbito de la equidad para entrar en el de la ilicitud).*

Por las razones que, a grandes rasgos, acabamos de apuntar y con más fundamento, a nuestro juicio, Espín Cánovas se inclina a la solución negativa. No cabe moderación de la pena en caso de incumplimiento total. El fundamento legal del art. 1.154 consiste en la concepción de la pena como equivalente a la indemnización debida por el incumplimiento; si el incumplimiento no fué total es lógico que se reduzca la pena proporcionalmente, reducción que armoniza con los preceptos que impiden al acreedor exigir conjuntamente la pena y el cumplimiento de la obligación (art. 1.153) o la pena y la indemnización (art. 1.152, párrafo primero), siempre salvo pacto expreso en contrario. En cambio, la moderación de la pena no puede encontrar este fundamento en el caso de incumplimiento total, ya que, en su función compensatoria, la pena viene a sustituir a la indemnización de los daños y perjuicios cuya cuantía ha sido fijada convencionalmente por las partes haciendo uso de la autonomía que les reconoce la ley (art. 1.255); es más, la moderación de la pena en estos casos resulta todavía más improcedente si se tiene en cuenta que el Código permite la pena cumulativa (arts. 1.152 y 1.153), caso en el que todavía se agrava más la posición del deudor.

Otra cosa será — concluye Espín — que, atendidas las circunstancias del caso concreto, pueda estimarse que la pena, por su elevada cuantía, constituya un pacto usurario encubierto bajo la apariencia de una cláusula penal. El problema sería entonces otro, pues ya no se partiría, como en la hipótesis del art. 1.154, de una cláusula penal válida-

mente estipulada; como antes hemos advertido, ya no sería cuestión de equidad sino de ilicitud y, además, ya no procedería la moderación de la pena, sino la nulidad, total o parcial, del negocio (v. estos argumentos y una exposición muy completa de los antecedentes históricos del problema, con referencias de Derecho comparado, en Espín Cánovas, Manual, *cit. III, págs. 299-304).*

En este último aspecto es interesante advertir que el Tribunal Supremo hace gala de cierta flexibilidad en la apreciación del carácter usurario. Así, en una sentencia de 24 marzo 1909, se considera como cláusula penal válida (no reducible) un pacto por el que se convino que el deudor pagaría el 5 por ciento de interés mensual en caso de incurrir en mora en cuanto al reintegro del capital prestado, y se dice que es racional entender que el señalamiento de tan crecidos intereses se hizo principalmente por el acreedor para apremiar al deudor al reintegro del capital prestado. Indudablemente, si ese 5 por ciento mensual *se hubiera convenido al fijar los intereses de un préstamo, el Tribunal Supremo no hubiera vacilado en calificarlo como usurario. Pero convenidos sólo para el caso de que el deudor incurriera en mora, quedaba excluída la calificación de usura. Es lógica la diferencia de trato, pues en el primer supuesto el deudor tendría que pagar esos intereses en todo caso, mientras que en el segundo — cláusula penal — no tendría que pagarlos más que en caso de que incurriera en mora.*

En conclusión, hay que afirmar que, conforme a nuestro Código, sólo cabe reducir o moderar la cuantía de la cláusula penal en los casos de cumplimiento parcial o defectuoso, sin que la excesiva onerosidad de la cláusula pueda servir, en casos de incumplimiento total, como justificación de una moderación equitativa. Así se afirma claramente, entre otras, en las sentencias de 19 junio 1941 y 21 marzo 1950, que examinaremos en el vol. II.

§ 22.

La ambigüedad del término «causa»: los arts. 1.131 y 1.132 del C. c. francés y sus concordantes. La causa como realización del fin del contratante. El acto abstracto.

a) *La ambigüedad del término "causa".*

A lo largo de nuestro estudio, hemos utilizado frecuentemente el término "causa" en el sentido de *cause suffisante, raisonnable, plausible, juste,* de función económico-social y otros semejantes, aludiendo a los problemas que hemos examinado en los §§ 1-21; unas veces en el sentido de una contraprestación presente o pasada o de un deber anterior que objetivamente excluyen, en las

obligaciones de dar, el esquema formal-causal de la donación; otras, en el sentido de un conjunto de circunstancias que, siempre objetivamente, revelan la voluntad de contraer un vínculo en el plano jurídico o justifican la responsabilidad del promitente o una cierta moderación de ella. En conjunto, la "causa" venía considerada como un *vestimentum* del pacto y el problema que se planteaba era el del valor del pacto nudo.

No hemos podido prescindir, al usar el término "causa", *de aquellos adjetivos,* porque tal es la tradición y el uso secular al aludir a dichos problemas.

Desgraciadamente, el término "causa" es uno de los más ambiguos. Se alude con él a muchos y muy diversos problemas. Problemas que son tales y tantos y tan llenos de matices y de interferencias que suele ser necesario un esfuerzo enorme y muchas veces inútil para saber a cuál de aquellos problemas quieren referirse los autores y los textos cuando hablan de "causa del contrato o de la obligación" (v. notas explicativas 1 y 2 al final del presente §).

Algunas veces, leyendo a los autores, se tiene la impresión de que el problema se plantee en estos curiosos términos: "qué es o qué significa la causa del contrato" (en vez de decir: en este determinado problema "causa" significa tal cosa), como frecuentemente ocurre con las palabras que, cargándose de significado a lo largo de la historia, llegan a adquirir un valor místico.[1]

Otras veces los autores y los textos tratan, bajo el título "causa", de todos aquellos distintos problemas como si se tratase de uno solo. Unificación que, en realidad, deriva de la terminología o del hecho de que el concepto que se toma en consideración, *con*

1 Así, Beaudant (*Contrats et obligations*, cit. núm. 127) dice que la doctrina ha sido incapaz de definir qué es lo que se entiende por la palabra "causa".

Análogamente, Esmein, en Planiol, *Traité Pratique* cit. VI, 249, pág. 342.

Siguiendo a Esmein, Barcia López en su *Rapport* en las Jornadas Franco-latino-americanas dedicadas a la causa (*Revue internationale de Droit comparé*, 1952, págs. 512-513) afirma que el problema de la causa es "un pseudo problema, un problema de palabras, en el cual el desacuerdo, como dice Esmein, es más de terminología que de fondo". Las divergencias serían ocasionadas probablemente por una ambigüedad terminológica y por la confusión entre las múltiples aplicaciones "que puede tener en órdenes muy distintos un concepto en realidad único, genérico y muy amplio como el de causa, confusión que conduce a designar con una misma palabra cosas en realidad muy diferentes".

Se dice esto a propósito de la "teoría clásica" de Domat y Pothier, de las discusiones entre anticausalistas y neocausalistas, de la causa como equivalencia entre las prestaciones (la conocida teoría de Maury). Pero después el mismo Barcia López cae también en el equívoco.

fines diversos, es el de fin, móvil, justificación u otros semejantes (sin olvidar que tan pronto se piensa en el fin o la justificación de la voluntad del promitente como en el fin o justificación de la voluntad de la ley al sancionar el contrato). Resulta igualmente evidente que no hay que atender al mero concepto de fin o móvil, que puede considerarse desde distintos puntos de vista o en función de diversos problemas, sino precisamente a los distintos problemas en función de los cuales se toma en consideración tal concepto.

Ha contribuído no poco a este planteamiento la actitud de nuestros Códigos que, salvo algunas excepciones (v. por ej. los códigos libanés, luisiano, argentino, español), no dicen qué es la "causa" sino que se limitan a incluir este término, revestido de tanto prestigio, entre los requisitos esenciales del contrato; e incluso tratan bajo este nombre y en un único artículo de problemas distintos.

Así que, si se quiere tratar de estos distintos problemas, conviene no dejarse arrastrar al torbellino de la palabra "causa", como por desgracia ocurre muy a menudo. Así ha ocurrido, por ejemplo, en las antiguas discusiones sobre si la causa se entiende (en la historia, en los textos o en los códigos) o debe entenderse hoy en sentido objetivo o bien en sentido subjetivo;[2] y en las igualmente antiguas controversias o diatribas entre causalistas y anticausalistas. Discusiones en las que los mantenedores de una o de otra tesis aluden con el término "causa" a problemas distintos, por lo cual nunca podrán ponerse de acuerdo (v. nota 1 y notas explicativas 1 y 2 al final del presente §).

En particular, y entre tantos significados, el término ha sido usado a propósito de los problemas tratados en los §§ 1-21, de los que se aluden en el apartado *b* y siguientes y del problema

2 Aquí la concepción de la causa en sentido subjetivo alude a los problemas a que nos referimos infra apartados *b* y *c*, y la de la causa en sentido objetivo puede aludir acaso a los problemas tratados supra §§ 1-21. Pero aún cuando la "causa" se entendiera en los textos del Derecho común y en los Códigos en aquél primer sentido (como parece ocurrir en el Código francés y en los concordantes) ello no eliminaría los problemas tratados en §§ 1-21 y la solución allí indicada, que implica negación del principio del pacto nudo. Sobre estas discusiones acerca de la causa en sentido subjetivo y en sentido objetivo, v. nota explicativa 1 al final del presente §; Mirabelli, Capitant, *De la cause des obligations*, pág. 114 (ed. 1923); Malvagna, *Il problema della causa dei contratti*, *Riv. dir. civ.*, 1934, págs. 136 y sgtes.; Battistoni, *La causa dei negozi giuridici. — Dal diritto intermedio al codice civile italiano*, Padova, 1932, obra en la que, sin embargo, se tiende a poner de relieve los pasajes de autores relativos al problema de la causa como presupuesto o fin a realizar.

de la licitud del contrato (arts. 1.108, 1.131 del C. c. francés y concordantes). Problema, este último, todavía más distinto de los otros, aunque en él entre en juego una idea generalmente común a todos ellos, como la de fin, motivo, intención o interés de los contratantes; ya que, como hemos advertido, no es al concepto a lo que hay que atender sino a los distintos problemas en función de los cuales se toma en consideración (aparte de que el problema de la licitud del contrato puede resolverse, quizá mejor, como ha sido resuelto en ciertos ordenamientos jurídicos como por ej. el suizo y el alemán, sin necesidad de recurrir al caso específico de "causa" lícita, como fin, intención, etc., de los contratantes sino comprendiendo, dentro del concepto de contrato ilícito, los casos de objeto, condición, fin, etc. ilícitos, con lo que se deja al Juez un más elástico poder de apreciación).

No pretendemos que tales problemas no vuelvan a designarse con el término "causa", o que éste deba reservarse solamente para alguno de ellos como "la causa en sentido propio". Esta terminología ha llegado a ser tradicional y no vale la pena provocar revoluciones verbales ni discusiones bizantinas. Lo que sería de desear es que, para hacer comprender al lector de qué problema se está tratando, se añadiera siempre al término "causa" un adjetivo que indicara precisamente el problema a que se refiere, como "causa suficiente, razonable, justa, lícita, errónea, no realizada o no realizable" y otros semejantes.

Las confusiones y los errores originados por la palabra "causa" han influído también en quien esto escribe por la continua dificultad de entender qué es lo que en los distintos textos o según cada uno de los autores se quiere decir cada vez que se usa aquel término. *Es por esta dificultad por lo que el presente parágrafo ha sido hecho y rehecho una decena de veces; y aun así quizá no ha llegado a quedar suficientemente claro.*

b) *La causa como fin erróneo, no realizado o no realizable, en las atribuciones patrimoniales.*

De todas estas confusiones o unificaciones de problemas distintos, nos interesa especialmente una: la que se refiere a los problemas que se plantean en el caso de falta de realización del fin o del móvil, en sentido genérico, por el que ha sido hecha una atribución patrimonial (promesa o enajenación). Quien promete

o enajena lo hace con un fin (más o menos artificialmente separado de la voluntad de prometer o de enajenar). Se trata de saber qué ocurrirá si este fin o motivo no llega a realizarse. También este fin ha sido llamado "causa".

Por este camino es fácil llegar a perderse en un laberinto, porque bajo el concepto de fin o motivo se han incluído, una vez más, problemas distintos entre sí.

Se trata ante todo de la "causa" de la atribución patrimonial en el sentido clásico, que daba lugar a las *condictiones indebiti, causa data causa non secuta* y *sine causa* del Derecho romano (véanse los títulos IV, VI y VII del Libro XII del Digesto). En este mismo sentido es en el que se habla de *Zweck* o *Grund* (fin, causa) de una *Vermögenszuwendung* (atribución patrimonial) en el Derecho alemán.[3]

En este sentido, y probablemente sólo en él, es en el que debe entenderse la "*cause fausse*" o *inexistante (obligation sans cause)* en los arts. 1.131 del C. c. francés, 1.119 del C. c. ital. de 1865 y artículos concordantes de los demás códigos latinos.[4] En los sistemas latinos este problema de la *obligación sin causa* comprende también el acto de enajenación (o sea, en general, la atribución patrimonial o *Vermögenszuwendung*) debido a la conocida confusión entre contrato obligatorio y contrato traslativo o por la fusión del segundo en el primero (v. infra § 38 sobre el *transfert*).

Las causas clásicas que, dado el problema, tienen razón de ser todavía hoy, son tres:

— La *causa solvendi,* o sea la finalidad de cumplir una obligación anterior (es el ejemplo clásico citado por Pothier; v. nota explicativa 2 al final del presente §; v. también el título del Digesto XII, VI sobre la *condictio indebiti,* así como el D. XII, VII);

— La *causa credendi* o, mejor, *adquirendi,* o sea la finalidad de adquirir un derecho o un bien mediante la promesa o la enajenación;[5]

3 Cfr. § 812 C. c. alemán y Von Tuhr, *Allg. Teil des deutschen bürg. Rechts,* cit. III, § 72, por más que los alemanes incluyan también en la "causa" de la *Zuwendung,* la "causa" en el sentido a que nos referimos infra en apartado *c.*

4 V. infra apartado *f.* Así resulta también de los precedentes autorizados de Domat y Pothier. V. infra nota explicativa 2 al final del presente §.

5 Este bien puede ser un derecho de crédito, como en el caso del contrato obligatorio sinalagmático. Así, en la compraventa el bien que el comprador se propone adquirir con la promesa del precio es la obligación de dar la cosa: de manera que en caso de perecimiento de ésta antes de la venta, lo que desaparece para el comprador es la "causa" como obligación de dar del vendedor, y no como *datio* o transmisión. Sólo por la fusión del acto traslativo en el

— La *causa donandi,* en sentido amplio.

Ahora bien, cuando una atribución patrimonial ha sido hecha *solvendi* o *adquirendi causa* y la obligación que se pretende cumplir no existe o la adquisición no se realiza, la atribución patrimonial es inválida; o bien, si la atribución ha sido abstracta, sus efectos entre las partes no son definitivos sino que se neutralizan mediante una acción dirigida a la restitución de la cosa o de su valor *(condictio),* que será el único remedio posible cuando la atribución patrimonial no consista en una promesa o en un acto de enajenación sino en un *facere* que, indudablemente, no puede ser declarado nulo.

Al parecer, la *ratio* de tal invalidez (en sentido amplio, comprendiendo también la vía indirecta de la *condictio*) es la siguiente: si la atribución patrimonial se mantuviera firme, a pesar de la inexistencia de la obligación anterior o de la no realización de la adquisición querida, se produciría un enriquecimiento o, si se quiere, una conversión del acto en donación, *en contra del fin o*

contrato se ha creado la apariencia de que el fin o "causa" del comprador consista en obtener la transmisión de la propiedad de la cosa. De ahí la teoría de Capitant (*La cause des obligations,* cit.) según la cual la resolución por incumplimiento se justificaría por la falta de "causa" *adquirendi:* v. infra apartado *c.* Donde resulta evidente el error determinado por la *condictio causa data causa non secuta* (o también por una promesa hecha en vista de una contraprestación que no sea objeto de obligación) del Derecho romano, respecto a la que la *causa non secuta,* por faltar una relación obligatoria jurídicamente reconocida, era verdaderamente la contraprestación (como en los contratos innominados romanos, incluída la permuta, antes de surgir la *actio praescriptis verbis*). En realidad, en el caso de resolución por incumplimiento, como en el de anulación del contrato por error, etc. lo que falla respecto a la *datio* de la cosa o al pago del precio es el mismo contrato obligatorio como *causa solvendi* (*causa finita,* D. 12, 7, 1). Y solamente por dicha fusión del acto traslativo en el contrato, o sea porque la enajenación *no es abstracta* (v. infra apartado *d*) es por lo que hoy ésta queda sin efecto en los sistemas latinos por falta de *causa solvendi,* sin necesidad de una *condictio indebiti.*

Actualmente, pues, como todos los contratos sinalagmáticos están reconocidos como fuente de obligaciones recíprocas, es raro el caso de que la *causa adquirendi* consista directamente en la ejecución de una contraprestación (como para la permuta y los demás contratos innominados romanos en la fase citada). Sin embargo, el caso puede verificarse si las partes consideran como causa de una promesa o de una enajenación una efectiva contraprestación (en forma de expectativa o también de condición: cfr. Von Tuhr, op. cit. III, § 72, págs. 72-73); o también si la contraprestación o acto previsto no puede ser objeto de una obligación, como en el caso de que se diga "te doy o te prometo 100 si adoptas a Ticio", y casos semejantes (cfr. Von Tuhr, op. y loc. cits.). Otros ejemplos interesantes pueden verse en D. 12, 6, 53 y 67, donde se supone la adquisición de un bien (el estado de libertad) como ya producida o simultánea a la atribución patrimonial que tenga como "causa" tal adquisición.

causa del promitente o enajenante que no era el fin de donar sino precisamente el de *solvere* o el de adquirir.[6]

Planteado así el problema, parece exacta la clásica alternativa entre las causas *solvendi* o *adquirendi* por una parte y la causa *donandi* por otra (v. también D. XII, VI, 52, y 65 especialmente § 2). La *causa donandi,* en definitiva, se realiza por sí misma.[7]

Y con igual exactitud el § 812 del C. c. alemán considera tales casos como casos de enriquecimiento injusto, en el aspecto concreto de un enriquecimiento como donación o liberalidad (en sentido amplio) contra la intención o fin del promitente o enajenante.

Por tanto, de la intención o fin de quien hace la atribución patrimonial dependerá que exista o no exista enriquecimiento injusto: la "causa" se presenta entonces verdaderamente como "causa" *en sentido subjetivo,* es decir como "*fin*" del promitente o enajenante.[8]

6 Por lo tanto, el remedio no puede consistir, concretamente para el caso de pago de lo indebido, en una impugnación por error, precisamente porque no se trata de una simple atribución contra la voluntad del que la hace o al margen de ella, sino de una *donación* contra tal voluntad o fin (v. también apartado *c*). V. también el caso Natta-Rubatto en el vol. II "Casuística".

Por eso decía Pothier acertadamente que la *cause fausse* equivale a *cause inexistante* (v. infra nota explicativa 2 al final del presente §), ya que aquí no se trata de impugnación por error.

Queda fuera de la hipótesis el caso en el que quien hace la atribución sabe que no existe la obligación precedente o que la *causa adquirendi* no se ha realizado o no es realizable. En efecto, en este caso el fin es distinto del fin *solvendi* o *adquirendi* y ha sido definido en general como *causa donandi.* De manera que entonces la atribución se produce *conforme al fin,* y el único problema que queda en pie es el de saber si se ha observado la forma de tal donación (en el Derecho romano eran en general suficientes la *traditio* o la *stipulatio,* aparte de los requisitos de la *insinuatio* que se exigieron más tarde; en el Derecho italiano y en el alemán, en cambio, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho francés y en otros, se necesita también en casos semejantes el documento público: v. nota explicativa al final del presente § y el § 38 sobre el *transfert).*

7 Cfr. Von Tuhr, op. cit. III, § 73, pág. 107. Para la realización de la *causa donandi* el único problema consiste en saber si se ha adoptado la forma eventualmente prescrita. El caso en que exista discrepancia sobre la *causa donandi* (por ej., si las partes no están de acuerdo sobre si se trata de una donación o de un mutuo: Von Tuhr, op. cit. § 72, pág. 98) no representa, para quien cree donar, una donación contra su voluntad, sino que queda comprendido en el concepto más general de discordancia (o sea, de consentimiento sólo aparente) y de sus efectos sobre una atribución patrimonial *abstracta* (v. infra apartado *d* y nota explicativa 3 al final del presente §).

En cuanto a la donación *cum onere,* en ella se da, por lo menos parcialmente, una *causa adquirendi:* v. nota 8.

8 En virtud de esto, la "causa" depende de la intención que concretamente haya tenido el que hace la atribución. Por ej., respecto a la compra de una cosa perdida por caso fortuito antes o después del contrato de compraventa, se trata de saber si el comprador ha querido o no concluir un contrato asumiendo todos los riesgos (caso anormal, en el que el perecimiento de

Ahora bien, debería estar claro (pero no lo está en modo alguno) que el problema de la no realización de la causa, como *fin* del promitente o enajenante, no tiene nada que ver con el problema de la falta de una *cause suffisante,* es decir de una causa realizada pero insuficiente para obtener el reconocimiento jurídico del pacto nudo (v. supra §§ 1-21).

En el primer caso se presupone que la causa (en sentido *subjetivo*) es suficiente por sí misma para justificar la sanción jurídica del pacto, pero que no se ha realizado en el caso concreto; en el segundo, se presupone lo contrario, es decir que la causa (en el sentido *objetivo* de razón que justifica la sanción jurídica de un pacto) se ha realizado pero resulta insuficiente para obtener tal sanción. Por un equívoco verbal en la expresión elíptica "defecto de causa" los dos problemas han podido confundirse; mientras por "defecto de causa" en el primer caso se entiende "defecto de realización", en el segundo caso se entiende "defecto de existencia de la causa". El equívoco, como veremos, aparece clara-

la cosa antes de la venta ha de considerarse como falta de objeto del contrato: cfr. sobre esto mi artículo *L'oggetto del contratto,* en *Jus,* 1953 y lo que allí se dice sobre la distinta actitud del *common law* en esta materia).

En el caso de compra de una cosa que ya fuera de propiedad del comprador, se trata de saber si el fin (causa) de éste era obtener la posesión, venciendo la resistencia del poseedor-vendedor (cuando en tal resistencia no haya nada de ilícito) o bien si el fin era el de obtener la propiedad, en cuyo caso siendo nula la obligación del vendedor carece de "causa" la promesa del precio. La jurisprudencia italiana en el caso Natta-Rubatto (v. volumen II) ha hecho una interesante aplicación de este criterio a la concesión a título oneroso de un derecho personal de paso que ya existía como derecho real (cuestión de intención concreta de las partes: v. nuestra nota al caso Natta-Rubatto).

En el caso de donación *cum onere* han surgido desde antiguo discusiones acerca del carácter de *causa finalis* o solamente impulsiva que concretamente pueda tener la carga o gravamen (sobre tales discusiones ya entre los autores del Derecho común — la glosa, Baldo, Bartolo, Fabro, De Luca, De Retes, Tiraquello, Frugole, etc. — cfr : Capitant, *De la cause des obligations,* cit. página 145, nota 1, 146, 439-443; Mosco, *Onerosità e gratuità,* cit. págs. 343-344; Battistoni, cit. supra en nota 2).

La distinción entre estas dos causas, *finalis* e *impulsiva,* recuerda la distinción entre causa principal y causa secundaria en el problema de la *cause suffisante* (v. supra § 10). Pero se trata en realidad de un problema distinto, ya que aunque el gravamen resulte ser una *causa finalis* el acto será siempre considerado como donación, incluso desde el punto de vista de la forma; y se trata solamente de saber si en caso de incumplimiento del gravamen el donante (como enajenante) puede tener una *condictio* para repetir lo entregado (*condictio* que hoy sería la acción de resolución: v. art. 793 C. c. italiano), o bien una acción para pedir el cumplimiento o para obtener el resarcimiento de los daños. Si el cumplimiento del gravamen resulta imposible sin culpa del donatario, la causa ha de considerarse como *causa finalis,* hasta el extremo de llegar a constituir una condición objetiva *sine qua non* de la donación (ver los autores que acabamos de citar, también para el Derecho común).

mente en un célebre pasaje de Pothier (v. nota explicativa 2 al final del presente §).

Pero no ha sido solamente este equívoco verbal lo que ha determinado la confusión. También ha jugado subrepticiamente la aparente coincidencia de que en ambos problemas se plantee la misma alternativa entre las causas *solvendi* y *adquirendi,* por una parte, y la *causa donandi,* por otra (v. sobre esta alternativa, en cuanto al problema del reconocimiento jurídico del pacto nudo, supra §§ 10 y sigs.). Sin embargo, en el primer problema la alternativa se plantea en el sentido de saber si la no realización del fin significa la transformación del acto en una donación o liberalidad, nula *por ser contraria a la voluntad o fin del promitente o enajenante,* pero válida por la existencia de los requisitos formales exigidos para la validez de una donación. En el segundo problema la alternativa se plantea con el fin de saber si la *falta de existencia* de una causa *solvendi* o *adquirendi,* con cierto valor *objetivo,* debe implicar la nulidad del acto (o una limitación de sus efectos) *por falta de los requisitos de una donación o de una liberalidad,* aun cuando el acto, en sus fines subjetivos, se haya realizado según la voluntad del promitente o enajenante.

Pero quizá la clave del error se encuentra en la "*causa liberalitatis*" que, por una parte, junto a las causas *solvendi* y *adquirendi,* aparece como el fin que el promitente y enajenante quiere alcanzar; y por otra, se presenta como una *cause suffisante* que, junto a la forma, justifica el reconocimiento jurídico del acto (véase el pasaje de Pothier, *Traité des oblig.* núm. 42, transcrito supra § 5, *b* e infra nota explicativa 2 al final del presente §). La célebre expresión "*propter nullam aliam causam... quam ut liberalitatem et munificientiam exerceat*", con la que se iniciaba el título "*de donationibus*" en el Digesto, atrajo la atención de los intérpretes hacia aquél terreno equívoco. El *ut* expresaba el fin del enajenante en orden a los problemas de la *condictio* y, al mismo tiempo, definía el elemento objetivo para distinguir la donación de otros actos.

En el mismo sentido jugaba también el *ut* en el *do ut des, ut facias,* etc., de los contratos innominados romanos (D. 19, 5, 5). Este *ut* aludía al elemento subjetivo o fin de la parte en orden a la *condictio causa data causa non secuta* (el único remedio antes de que tales negocios fueran reconocidos como contratos). Pero cuando dichos negocios innominados llegaron a sancionarse jurídicamente como contratos y, sobre todo, cuando en la época de Pothier, con el triunfo del principio consensual, llegó a admitirse

una *datio* o una promesa a título oneroso sin necesidad de formas, entonces el *ut* podía aludir también al elemento *objetivo,* a la *cause suffisante* (consistente en una contraprestación) por la cual una *datio* o una promesa eran válidas sin necesidad de forma porque no constituían una donación (v. en la nota explicativa 2, al final del presente §, el pasaje de Pothier que se cita). En la misma expresión "*causa data causa non secuta*", cuando fué aplicada al contrato innominado jurídicamente reconocido como contrato real, el término "causa" aludía, como "*causa data*", al requisito objetivo para la sanción jurídica del contrato real; y como "*causa non secuta*" aludía al fin para el que se había hecho la *datio.*

Así, por este camino de errores y por la Babel terminológica de los textos romanos, la causa (en el sentido de fin *realizado*) llegó a ser un requisito del contrato, equiparada a la *cause suffisante, raisonnable* o *juste,* e incluso a la causa lícita; es decir, equiparada a aquéllos que efectivamente eran requisitos para la sancionabilidad jurídica del pacto nudo. La causa, como fin *realizado,* se confundió frecuentemente de manera intrincada e indistinguible con la *cause suffisante.*

Este error se perfila ya en los primeros intérpretes. Se consolida en Domat y Pothier. Se introduce en los arts. 1.108 y 1.131 del Código de Napoleón (que sin embargo no parecen considerar la *cause suffisante:* v. infra apartado *f*) ; y continúa en los autores posteriores. La clásica obra de Capitant sobre la causa de las obligaciones se ha resentido mucho de este error. Los mismos autores del *common law* que estudian nuestra "causa" han tratado de aquellos distintos problemas en conjunto (v. sobre todo esto las notas explicativas 1 y 2, al final del presente § y el § 37).

De ahí que los arts. 1.108 y 1.131 del Cód. Nap. (a pesar de no aludir a la *cause suffisante*) mencionen la "causa", como fin realizado, entre los requisitos esenciales del contrato. Y sin embargo debería resultar claro que la realización o no realización del fin del contratante no es más que un accidente en un contrato que se presupone jurídicamente reconocido; no puede ser un requisito esencial; y no tiene nada que ver con los problemas de la *cause suffisante, raisonnable, juste et licite* que constituyen verdaderos requisitos objetivos para la sancionabilidad del contrato o del pacto nudo. Prueba de ello es que el problema de la no realización del fin puede surgir y surge también en sistemas jurídicos en los que tales problemas no existen o en los que existen otros a propósito del valor del pacto nudo (cfr. también Savigny, cit. en nota 9).

Sin embargo, Savigny, en un pasaje tan claro como olvidado de su obra sobre las obligaciones, había puesto de relieve claramente el origen del error consistente en confundir el problema de la no realización del fin del promitente o enajenante ("causa" en este sentido) con el problema del valor del pacto nudo; con lo que el fin (o mejor, su realización) había llegado a convertirse en un requisito del pacto, junto a los verdaderos requisitos de la forma, de la "causa" en los contratos innominados romanos y del tipo ("causa" en este sentido) en los cuatro contratos consensuales del Derecho romano.[9]

Pero si la voz de Savigny fué escuchada al redactarse el Código civil alemán, no ha sido escuchada por otros autores y ni siquiera por la mayoría de ellos. De manera que la confusión continúa, hasta tal punto que la doctrina de la "causa" o las discusiones que surgen en torno a este mágico *nomen* han llegado a convertirse en un verdadero rompecabezas; y no sólo por aquellas confusiones, sino también por otras que, alimentadas por la ambigüedad terminológica o por aparentes analogías conceptuales, han venido a intrincar todavía más la ya bastante enredada madeja.

c) *Ampliación del concepto de causa como fin de la atribución patrimonial: la causa como presupuesto ("Voraussetzung", "condicio in praesens vel praeteritum relata").*

El concepto de "causa", como fin de la atribución patrimonial, que acabamos de examinar, implicaba la idea de un presupuesto

9 Cfr. Savigny, *Obligations*, cit. II, § 78, y las citas que recoge de los pandectistas alemanes (Liebe, Puchta, Gneist) que han seguido la teoría criticada. Acertadamente observa Savigny que si la "causa" (como realización del fin *solvendi* o *adquirendi*) es un requisito de la *stipulatio*, debe serlo igualmente del pacto nudo que en el Derecho moderno ha ocupado el puesto de la *stipulatio* (o, mejor diríamos, de la promesa o la atribución patrimonial en general). La crítica fundamental de Savigny consiste en afirmar que la no realización de una *causa solvendi* o *adquirendi* constituye un obstáculo *accidental* para la validez de la promesa o de la enajenación o, por decirlo así, "un mero *requisito negativo del acto jurídico*" (lo mismo que el requisito de la ausencia de vicios de la voluntad), pero no un requisito positivo que se exija para la sanción o el reconocimiento jurídico de dicho acto. Savigny indica también que el equívoco enlaza con las discusiones sobre la *causa traditionis* y sobre la *cautio indiscreta* (v. nota explicativa 4 al final del presente §). Sin embargo, no se dió cuenta de que su crítica se dirigía no solamente contra aquellos pandectistas alemanes, sino contra toda la teoría de la "causa" que, después de afirmarse con Domat y Pothier, había pasado al Código Nap. y a sus imitadores (v. nota explicativa 2 al final del presente §).

o, en sentido genérico, de una condición *sine qua non* de dicha atribución, por lo que no realizándose el fin, es decir, faltando tal presupuesto, el mantener la atribución iría *contra la voluntad del promitente o enajenante.* Semejante idea parecía operar especialmente respecto a la *causa solvendi,* en la que la existencia de una obligación anterior podía considerarse como tal presupuesto o condición *sine qua non* del pago o de la promesa de pago; pero podía acudirse también a la idea de un presupuesto de esta naturaleza con relación a la *causa adquirendi,* especialmente cuando se presuponía que con anterioridad o simultáneamente a la atribución patrimonial se había producido la adquisición de un bien (véase nota 5).

En estos casos, por las razones indicadas en la nota 6, el remedio que se concedía al enajenante o promitente no era la impugnación por error, sino la invalidez del acto o una *condictio,* precisamente porque se trataba de la inobservancia de una condición *sine qua non* de dicho acto.

De este terreno resbaladizo, o sea de la consideración de que no realizándose el fin iría *contra la voluntad del transmitente* el mantenimiento de la atribución patrimonial, la doctrina y la jurisprudencia especialmente en Alemania y en Francia se han deslizado a otro terreno contiguo, considerándolo como un todo con el primero. Es decir, han incluído otros casos en los que, faltando el presupuesto o condición *sine qua non* de la atribución patrimonial no podría mantenerse ésta en firme sin ir *contra la voluntad del transmitente,* y sólo por esta simple consideración. La "causa" no sería ya en estos casos una *causa solvendi* o *adquirendi,* sino un presupuesto distinto o condición *sine qua non* del acto que, en su defecto, quedaría inválido sin necesidad de recurrir a la impugnación por error o a la acción de garantía. Lo que se trataba de hacer era precisamente distinguir estos casos de aquellos de impugnación por error, de garantía de las cualidades de la cosa o de la subsistencia de cierta situación de hecho y, en general, de los casos en que se acudía a los llamados motivos irrelevantes de la atribución patrimonial.

Ahora bien, si para las causas *solvendi* y *adquirendi* el presupuesto tenía cierto valor objetivo y constituía más que un presupuesto tácito un fundamento de la atribución considerado como tal también por quien la recibía,[10] en estos otros casos el presu-

10 De ahí que para hacer caer el acto en defecto del presupuesto, no se necesitara la impugnación por error. En cambio los otros presupuestos, incluso los que fueran determinantes y esenciales para el promitente o enaje-

puesto se presentaba en la vida práctica como un motivo susceptible en ciertos supuestos de dar lugar a la impugnación por error o, a lo sumo, como el objeto de una garantía; de manera que para elevarlo a condición *sine qua non* del acto se necesitaba un acuerdo expreso o tácito de las partes.

La "causa", en este sentido, era pues una situación de hecho presente o pasada o una cualidad de la cosa convenida entre las partes como condición *sine qua non* del acto o, como suele decirse, elevada a parte integrante o "causa" de dicho acto. Lo que la distinguiría de los casos de error, por lo menos de los de error unilateral, y de garantía.[11]

Se trataría de una de las llamadas condiciones *in praesens vel praeteritum relatae,* mientras que si se tratara de una situación futura se estaría en presencia de una condición verdadera y propia.

Por este camino, la *cause fausse* del art. 1.131 del C. c. francés, que muy probablemente se refería en su origen sólo a la causa en el sentido a que hemos aludido en el apartado *b,* se ha extendido a estos otros casos, incluso para explicar que nunca podría haber casos de *cause fausse* o *erronée* que no se incluyeran en la teoría del error. Y por el mismo camino se extendió la causa

nante, al no haberse elevado concordemente por las partes a condición *sine qua non* del acto, requieren la impugnación por error, sujeta a la correspondiente prescripción. Y ello, porque ante la incertidumbre sobre si el que erró quería hacer depender de tales presupuestos la persistencia de su acto o del vínculo, se necesita que elimine dentro de un determinado plazo tal incertidumbre impugnando el acto.

A propósito de estos presupuestos, distintos de la *causa solvendi* o *adquirendi,* la doctrina suele remitirse, en efecto, a la teoría de los motivos o del error, para decir que normalmente (salvo en el caso de impugnación por error relevante o de condición *sine qua non*) tales presupuestos son irrelevantes: cfr. Von Tuhr, *Allg. Teil,* cit. III, § 72, págs. 65-66.

11 En el caso de la garantía hay incertidumbre (pero no ignorancia) del contratante que precisamente quiere quedar garantizado contra ella. En el caso de ignorancia o error, el presupuesto suele ser unilateral, pero podría también ser bilateral (en contra, Von Tuhr, op. cit. III, § 72, págs. 66-67 y II, págs. 199 y 580), aunque entonces resulte algunas veces difícil distinguirlo de la condición *sine qua non.* Sobre estas distinciones entre condición *sine qua non,* error y garantía, especialmente en relación con la venta de cuadros o de obras de arte atribuídas a un determinado autor, cfr. mi obra *Compravendita,* Torino, 1937, 104.

La jurisprudencia francesa ha aplicado estas distinciones, por ejemplo, al caso de compraventa de un terreno destinado y apto, por presupuesto concorde de las partes, para la construcción de un determinado edificio (escuela, hospital) pero que no era apto para ello según los reglamentos administrativos, por falta de autorización, etc. Cfr. Dalloz, *Codes Annotés, Nouveau code civil,* cit., art. 1.131, núm. 73 y autores que cita. Como puede verse, la doctrina francesa incluye estos casos y otros semejantes dentro del concepto de "*cause*" del art. 1.131.

de la atribución patrimonial contemplada en el § 812 del C. c. alemán, según una tradición que ya se había afirmado en algunos pandectistas alemanes.[12] Como es sabido, la terminología con que se alude a este concepto entre los autores alemanes es *Voraussetzung*; *condicio in praesens vel praeteritum relata,* en el Derecho común; mientras que los autores franceses, extendiendo a tal concepto la *cause fausse* del art. 1.131, hablan de "*cause fausse*" o de "*obligation sans cause*".

Las dificultades más graves surgían al tener que distinguir los casos de impugnación por error y de acción de garantía de aquellos otros en los que una determinada situación de hecho había sido convenida y elevada por tanto a parte integrante o "causa" del contrato, o a condición *sine qua non* del mismo, especialmente cuando no hubiera una clara y expresa manifestación de la voluntad de las partes en este sentido.

Pero, aparte de estas dificultades (que han inducido a la generalidad de la doctrina italiana a rechazar la teoría de la presuposición, al menos en cuanto a la condición *sine qua non* tácita), esta concepción parece prestarse a una crítica, ya que confunde las tradicionales causas *solvendi* y *adquirendi* con la "causa" como presupuesto o *condicio in praesens* o *in praeteritum relata,* que se refiere en realidad a otro problema.

En efecto, es indudable que también en este último caso, si la atribución patrimonial se mantuviera firme a pesar de la deficiencia del presupuesto o condición *sine qua non,* se produciría una atribución patrimonial *contra la voluntad del disponente,* como ocurriría en el caso análogo de deficiencia de una condición verdadera y propia, *in futurum relata;* y es indudable que esta *ausencia* de la voluntad de dar o de atribuir es distinta (o mejor dicho, puede ser tratada de modo distinto por razones prácticas) del caso de voluntad viciada, que es el que suele contemplarse en la teoría del error.

Pero no puede decirse que en este caso, lo mismo que en el de no realización de una causa *adquirendi* o *solvendi,* hubiera una *donación* o un enriquecimiento *gratuito* contra la voluntad o fin del promitente o enajenante. Se produciría simplemente una atribución patrimonial (*no una donación*) contra la voluntad de éste. Se trata de problemas distintos. Tanto es así que, en el primer problema, si el disponente sabe que no se ha realizado o que ha

12 Para la doctrina francesa, v. la nota anterior y el trabajo de Capitant, *De la cause des obligations.* Para la doctrina alemana, cfr. Von Tuhr, op. cit., III, § 72, págs. 66-67.

desaparecido ya la *causa solvendi* o *adquirendi* y a pesar de ello da o promete, surge el problema de saber si esta enajenación o promesa debe revestir las formas de la donación.[13] Pero este problema no se plantea para nada si, por ejemplo, quien promete o paga un precio por un terreno que ha de destinarse a la construcción de una escuela (condición *sine qua non*) sabe que la escuela no puede construirse: v. supra nota 11.

La equiparación de estos dos casos se debe probablemente a un error determinado por el término "enriquecimiento", en el caso de que el acto de atribución patrimonial sea un acto abstracto. Se concede entonces, en el caso de deficiencia de la condición *sine qua non,* una acción de "enriquecimiento injusto";[14] caso en el que, sin embargo, el término "enriquecimiento" quiere aludir simplemente a un *transfert* o promesa *válidos,* que determinarían un enriquecimiento injusto si no hubiera una acción (*condictio*) que viniera a neutralizar sus efectos.

En cambio, en el caso de no realización de una causa *solvendi* o *adquirendi,* el término "enriquecimiento" alude a una atribución que constituye enriquecimiento en el sentido de que se da algo sin contraprestación o sin que se deba, es decir, como el efecto propio de una donación o de un acto a título gratuito.

Así ha surgido otra confusión entre problemas distintos, unificados bajo el acostumbrado término polivalente de "causa".

Pero la confusión o la ampliación del concepto de "causa" como fin de la atribución patrimonial, no se ha detenido aquí. Ha continuado hasta llegar a englobar, como inspirados por una única *ratio,* los problemas de la impugnación del contrato por error, de la garantía por vicios redhibitorios o defecto de las cualidades normales de la cosa, de la resolución por incumplimiento y de la *exceptio non adimpleti contractus,* queriéndose ver en todos estos casos la no realización del fin previsto por el contratante.[15] Tam-

13 V. infra § 38 sobre el *transfert* y Von Tuhr, op. cit., III, §§ 72 y 73.

14 Cfr. § 812 C. c. alemán y Von Tuhr, op. cit., III, § 73.

15 Cfr. el trabajo de Capitant, *De la cause des obligations,* cit. números 13-17, 22-25, 28, 35, 44-45, 50, 72, etc.; así como mi trabajo *Rischio e pericolo nelle obbligazioni* (y los autores citados) y los pasajes de Betti y de Messineo sobre los arts. 1.453 y 1.460 (resolución o excepción de incumplimiento) citados en la nota explicativa 2 al final del presente §.

La resolución por incumplimiento (que hoy es una acción contractual junto a la acción para reclamar el cumplimiento o los daños), solamente podía explicarse como consecuencia de la no realización de la *causa adquirendi* cuando del mismo negocio no naciera la contraobligación, es decir, cuando faltara la acción contractual para pedir el cumplimiento o para reclamar los daños, como en la primera fase de los contratos innominados romanos; en

bién se han acumulado los problemas del acto abstracto y del acto formal (v. infra apartado *e*). La única diferencia entre todos estos casos o problemas (incluyendo los que hemos tratado en los §§ 1-21, los de este §, apartado *b* y los de la condición *sine qua non* o presuposición) radicaría en el remedio o acción concedida al contratante: nulidad (en el caso de *cause insuffisante*); nulidad o *condictio* (en los casos indicados en el apartado *b* y en éste); impugnación por error, acción de garantía, acción de resolución del contrato, etc. Problemas todos éstos sobre cuya diversidad no haría falta insistir, aun cuando algunas veces presenten entre sí ciertas analogías.

Bajo el común denominador del concepto o *nomen* de "causa" como fin, llega al máximo la confusión entre problemas que son distintos y que, incluso desde el punto de vista histórico, han sido determinados por razones distintas. Para convencerse de ello basta considerar todo lo que hemos dicho acerca de la *ratio* de los requisitos de la *cause suffisante, raisonnable* y *juste;* de la *ratio* de la nulidad o de la *condictio* en caso de no realización de una causa *solvendi o adquirendi* (v. supra, *b*); de la *ratio* de la nulidad o de la *condictio* en caso de deficiencia de la condición *sine qua non* o presupuesto (v. supra, *c*); de la *ratio* de la impugnación por error, de la garantía por vicios redhibitorios, de la resolución por incumplimiento (v. notas 6, 10, 11 y 15); así como lo que diremos acerca de las razones que han dado lugar a que se rechace el acto abstracto y el acto formal (v. infra *e*).

otro caso, la resolución sirve solamente para determinar la ineficacia del contrato, como *causa solvendi finita* (v. nota 5).

En todo caso, la resolución del contrato por incumplimiento y la correspondiente excepción, si bien tienen su origen histórico en la *condictio causa data causa non secuta*, ya no se incluyen hoy en el problema ni entre los casos examinados en el apartado *b*, porque en tales casos, si no se concediera la *condictio*, el incumplimiento de la otra parte determinaría un enriquecimiento *a título gratuito* contra la voluntad del promitente o enajenante; mientras que en el Derecho moderno (salvo algunos casos mencionados en la nota 5), aun cuando no se concediera la resolución, el promitente o enajenante tendría siempre como "causa" el contraderecho de crédito (y las correspondientes acciones para pedir el cumplimiento o reclamar los daños) y, por tanto, no sufriría empobrecimiento.

d) *Consecuencias de la teoría que concibe como único requisito de la "causa" el fin del promitente o enajenante (o mejor, la realización de este fin).*

Siguiendo al art. 1.131 del C. c. francés y a sus precedentes (véase también infra, *f*) una parte de la doctrina, especialmente en Francia, ha llegado prácticamente a concebir la "causa" en el sentido de fin del contratante (o mejor, de realización de este fin) como el *único*[16] requisito de la promesa o de la enajenación, junto a la intención de contraer un vínculo en el plano jurídico y a la licitud.

Ahora bien, si el requisito de la "causa" se reduce a esto, ello equivale a la afirmación del principio del pacto nudo: cualquier pacto (lícito y concluído con la intención de vincularse en el plano jurídico) estaría jurídicamente sancionado y no se necesitaría nada más que el nudo consentimiento.[17]

En efecto, en toda promesa o enajenación existe siempre un fin o motivo (salvo quizá en caso de locura), aunque quede reducido al fin de beneficencia, concebido no como razón que justifique la sanción (supra §§ 7 y sigs.) sino precisamente como fin que se trata de saber si se realiza o no (el fin de beneficencia es de tal

16 Único requisito; en efecto, de los requisitos exigidos por el artículo 1.108 C. c. francés y concordantes, el "consentimiento" viene a ser el mismo contrato como acuerdo; la ausencia de vicios de la voluntad no puede considerarse como un requisito (v. también nota 9); el defecto de capacidad influye también sobre la voluntad. En cuanto al objeto, v. mi artículo *L'oggetto del contratto*, en la Revista *Jus*, 1953.

17 Por todos, cfr. Capitant, *De la cause des obligations*, cit. núms. 13-17, 22-25, 28, 35, 44-45, 50, 72, etc., en donde la concepción de la causa como realización del *but* del contratante está estrechamente unida con la (pretendida) evolución del pacto nudo. De la idea del respeto a la voluntad del contratante, contra la forma o la apariencia literal, y de la tutela de la buena fe, se pasó a admitir la sanción de toda promesa en cuanto acto de voluntad (v. supra § 6).

Savigny, que figura entre los defensores del pacto nudo como sustituto de la *stipulatio* (v. supra § 6), sostiene precisamente que, reducida la "causa" a la realización del fin del contratante, no puede constituir un requisito del pacto además del consentimiento (v. nota 9). En sentido análogo v. también el *Report* del *Law Revision Committee* inglés de 1937, cit. infra § 26, nota 1 y § 37. Entre la doctrina italiana que reduce los requisitos del contrato a la licitud, v. Bonfante, *Il concetto dell'obblig. nat.*, en *Scritti giur. vari*, cit. III, página 38 y *L'obblig. nat. e il debito di gioco*, ibídem, pág. 44. También Duguit, *Transformations du droit privé*, etc., cit. en § 19, nota 1, había visto que, resuelto el rompecabezas de la "causa" del art. 1.131 C. c. francés en el sentido de que como requisito del contrato no significaba nada, quedaba en pie el sistema "individualista" según el cual todo pacto lícito es válido.

naturaleza que respecto a él no puede admitirse la hipótesis de una no realización). El único problema que queda entonces, es el de saber si este fin se ha realizado o no. Pero, como ya hubo de poner de relieve Savigny (v. nota 9), la realización del fin del promitente o del enajenante no puede concebirse como un requisito del acto; y la no realización tampoco puede concebirse como defecto de un requisito.

La no realización de tal fin es solamente un accidente del acto, lo mismo que el error: y no puede decirse que la exigencia de que no exista error o de que el fin se realice constituya una limitación al principio del pacto nudo. Tanto es así que el mismo Savigny, para quien la no realización del fin produce los efectos antes mencionados (*condictio* o nulidad del acto en los sistemas "latinos"), figura entre los defensores del principio del pacto nudo en el Derecho moderno.

Decir que el requisito de la "causa", tal como se le considera en el Código francés y en sus concordantes, es el de la realización del fin y que no hay otro requisito más que éste, equivale a afirmar que toda promesa, con tal de que sea lícita y de que se haya hecho con la intención de vincularse en el plano jurídico, obtiene la sanción del Derecho, sin que se necesiten los requisitos de la *cause suffisante, raisonnable, juste* ni, si se quiere, el de la función económico-social (v. supra §§ 1-21). Ya lo había advertido también Duguit (v. nota 17). La teoría de la "causa" como *but* del contratante debía desembocar en el *solus consensus obligat* y tal vez lo presuponía. Y no es aventurado pensar que ésta concepción de la "causa" haya contribuído a reforzar la afirmación o la ilusión del valor del pacto nudo.

Centrada en el problema de la protección de la voluntad del promitente o enajenante y de la realización de su fin, y con la preocupación de oponerse al formalismo y a la abstracción (v. infra apartado *e*), una gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia, especialmente en Francia, ha concentrado o descargado en estos problemas el denso significado de la palabra "causa". Los problemas de la *cause suffisante* y otros semejantes, en relación también con la forma, como verdaderos problemas del valor del pacto nudo, quedaban así confundidos, absorbidos, y casi aniquilados en la hipóstasis del *but* como "el requisito de la causa". Y sin embargo, la *cause suffisante* en las obligaciones de dar y en las enajenaciones implicaba nada menos que la idea de un contrato de cambio típicamente económico como *vestimentum* del pacto (véase supra § 13, *d*).

Esta concepción de la "causa" (o del significado del término) se combina con el dogma de la voluntad como fundamento de la obligación y como exigencia de averiguar libremente y de proteger la voluntad (quizá teniendo también en cuenta la exigencia de proteger al otro contratante). Con lo que también quedaban confundidos los problemas del acto formal puro y del acto abstracto (véase infra apartado *e*).

En este terreno, y concebida la realización del fin en función del dogma de la voluntad, la concepción de la "causa" se extendía a los problemas del error, de la resolución y de la excepción por incumplimiento, de la garantía por vicios redhibitorios, etc., en relación con los fines, incluso los meramente normales o presuntos, del contratante, aunque sólo fuera para explicar las normas específicas relativas al error, a la resolución, a la garantía por vicios, etc. Esta dirección es la que sigue sobre todo la obra de Capitant, que representa el mayor esfuerzo de sistematización y de síntesis de todas las normas que tienden a proteger o a realizar los fines más o menos implícitos o normales, y más o menos expresos, del contratante y con ello a proteger o realizar su voluntad.

e) *La "causa" en relación con los problemas del acto abstracto y del acto formal.*

De la conexión entre los artículos 1.131 y 1.132 del C. c. francés (y de sus concordantes en los llamados sistemas latinos), resulta que bajo el término "causa" se ha querido tratar también el problema del acto abstracto, resolviéndolo, en principio, en sentido negativo. La doctrina ha seguido a los códigos; ha tratado además bajo el mismo título el problema del acto formal, que ha resuelto también negativamente en principio, invocando precisamente el principio o la exigencia de que en nuestros sistemas el acto ha de ser "causal".

En efecto, puesto que el art. 1.132 del C. c. francés admite el *billet non causé* o promesa escrita en la que no se menciona la causa, limitando sus efectos a la inversión de la carga de la prueba, resulta claro que por "*obligation sans cause*", a la que se niega efecto, el art. 1.131 entiende también la promesa abstracta. Es evidente y conocida la conexión entre el problema del acto abstracto y el del *billet non causé* (v. notas explicativas 3 y 4 al final del presente §).

No es éste el lugar indicado para tratar del acto abstracto.

A los fines de nuestro trabajo baste advertir que, si bien el problema del acto abstracto parece conexo al de la no realización de la causa como fin,[18] en realidad el problema es distinto y el término "causa" tiene en relación con el acto abstracto un significado distinto del que tiene en relación con el problema de la no realización de una causa *solvendi* o *adquirendi* (v. apartado b).

El acto abstracto, se dice, es aquél que sigue siendo válido a pesar de esa no realización, concediéndose solamente a su autor el remedio indirecto consistente en una acción dirigida a la restitución (*condictio*), en lugar de declararse la nulidad de dicho acto. Pero sería más exacto decir que el acto abstracto es aquél que crea una relación junto a otra relación, la llamada relación fundamental, de la que precisamente se hace "abstracción" y que es en realidad el proceso o *iter* a través del cual se llega a la formación de dicho acto (v. nota explicativa n.º 3 al final del presente §).

De manera que ninguno de los medios de ataque o de defensa del promitente o enajenante relativos a la "relación fundamental" (no realización de una causa *solvendi* o *adquirendi,* vicios del consentimiento o lesión referidos al negocio que ha dado lugar a la relación fundamental, incluyendo el negocio o acuerdo para la emisión del acto abstracto; resolución o excepción por incumplimiento, garantía por vicios redhibitorios y, quizá la misma ausencia de una *cause suffisante*), pueden hacerse valer *directamente* contra el acto abstracto o contra la relación creada por éste. En la palabra "directamente" hay toda una gradación de la debilitación de la posición del promitente o enajenante (v. nota explicativa número 3.º al final del presente §). En efecto, desde el punto de vista práctico, el acto abstracto se resuelve en una debilitación de esta posición.

La "causa" del acto abstracto es pues, como es sabido, la llamada relación fundamental (o proceso que ha precedido al acto): un significado y, por lo tanto, un problema muy distinto del de la "causa" en los distintos sentidos hasta aquí examinados [18 bis]

18 Los autores suelen tratar del acto abstracto desde el punto de vista de una abstracción del fin (o realización del fin) del promitente o enajenante: cfr. Von Tuhr, *Allg. Teil,* cit. III. §§ 72-73 y lo que diremos infra en las notas explicativas 2 y 3.

18 bis La relación fundamental o subyacente ha sido llamada unas veces "relación causal", otras "causa", más o menos "remota", respecto al acto abstracto (cfr. también Betti, *Neg. giur.* cit. pág. 202). Como veremos, la relación fundamental es el *iter* o proceso que desemboca en el acto, por lo cual se le puede llamar "causa" solamente en este sentido de proceso que conduce al acto abstracto o le sirve de causa. Un sentido del término "causa" completamente distinto de los que hasta aquí hemos examinado desde el § 1 hasta el § 22.

(por más que pueda verse cierta analogía entre la causa del acto abstracto y la causa *solvendi*).

El problema consiste precisamente en saber si conviene, y por qué razones, admitir o rechazar, por lo menos en principio, un acto que tiende a crear una relación semejante, distinta de la relación fundamental, es decir distinta del proceso que desemboca en el acto, con las consecuencias que acabamos de indicar.

Debería resultar claro que este problema es distinto de los que hemos mencionado en los apartados *b* y *c*, y que la "causa" tiene aquí un significado distinto. En efecto, en el problema del acto abstracto no se trata de saber si la "causa" se ha realizado o no, sino si como relación fundamental la "causa" deba o no ser parte integrante del acto.[19] Si debe serlo, el acto abstracto será nulo *como tal acto*, o sea, no dará lugar a su efecto propio[20] que es la creación de una relación distinta de la relación fundamental; la razón de tal nulidad no está en que la causa *solvendi* o *adquirendi* o el *presupuesto* no se hayan realizado: ésta es solamente

19 Como es sabido, el problema de la abstracción nace referido a un acto de enajenación que aparece *separado* del contrato o acuerdo que le sirve de fundamento, o a una promesa *separada* de este contrato o acuerdo o de todo el proceso volitivo que, en general, precede a la promesa misma. Mientras que de ordinario la enajenación separada se presenta como una ejecución de dicho contrato o acuerdo, la promesa se presenta como dirigida a realizar, reforzar, extinguir o novar una obligación precedente (cfr. en la nota explicativa 2 al final del presente § el ejemplo de la promesa de un *quid* distinto del objeto legado, promesa *pro soluto* o *pro solvendo*). Un acuerdo anterior al acto abstracto existe siempre, por lo menos como acuerdo para el refuerzo, la novación o *pro solvendo* de una obligación precedente, que puede ser *ex lege*, o como acuerdo para un acto abstracto que deba cumplirse *credendi causa*. Por lo demás, puesto que la llamada relación fundamental no es sino el *iter* o proceso que conduce al acto abstracto, parece que siempre existirá una relación con este carácter (relación que contendrá un proceso volitivo, aunque sólo sea como acuerdo para la emisión del acto abstracto). Tal acuerdo o proceso volitivo es, por exigencia del mismo problema de la abstracción, jurídicamente relevante o da lugar a una relación jurídicamente relevante junto a la relación derivada del acto abstracto; a diferencia de lo que sucedía en el acto formal, especialmente en relación con los contratos innominados romanos en su primera fase (v. infra en el texto).

En general, la promesa o la enajenación no suele mencionar la relación fundamental o *sus elementos*. Pero, por más que el caso pueda ser raro, podría también mencionarla, si resulta que según la intención de las partes tal mención no debe tener relieve. Si tal relieve resulta negado por la ley (v. por ejemplo, § 925 C. c. alemán) entonces el problema de la abstracción queda ya resuelto en sentido afirmativo por el mero hecho de imponerla la misma ley.

20 Hablamos de nulidad del acto abstracto *como tal* o de ausencia de sus efectos propios; porque un acto separado de la llamada relación fundamental puede producir otros efectos, como por ejemplo la confirmación de un negocio anterior viciado, si no eran conocidos los vicios; el reconocimiento de una deuda; la inversión de la carga de la prueba (v. nota explicativa 4 al final del presente §).

una de las consecuencias de haber negado al acto abstracto su efecto propio y de haberlo tratado como un acto cualquiera, inseparablemente unido a la relación fundamental.

El acto abstracto se separa no tanto de sus fines o presupuestos como de la "relación fundamental" (o *iter* que conduce al acto separado), creándose otra relación junto a ésta. La no realización del fin (en el sentido a que antes nos hemos referido) no es sino *uno de tantos* accidentes o vicios de la relación fundamental, como pueden serlo el error, el incumplimiento por la otra parte, etc. El hacer valer, cuando sea posible, estos últimos vicios o defensas contra el acto abstracto produce en éste *el mismo efecto* que el hacer valer la no realización del fin; es decir, nunca la nulidad. Por el contrario, en el acto no abstracto (y lo mismo en el acto formal, siempre que mencione de manera relevante su fin) la no realización del fin produce la nulidad, mientras que la impugnación por error, la acción de resolución, etc., cuando se admitan, no producen la nulidad sino la anulación, la resolución, etc.

Sentado esto, el problema de saber si conviene admitir un acto dirigido a crear una relación distinta de la "relación fundamental", con las conocidas consecuencias, ha sido resuelto, en principio, en sentido negativo por los arts. 1.131 y 1.132 del C. c. francés y disposiciones concordantes de otros códigos. Estos artículos hacen de la "causa", en el sentido de relación fundamental, uno de los requisitos del acto o, mejor dicho, una relación siempre presente o siempre *directamente* influyente sobre la promesa o enajenación, aun cuando ésta esté separada de tal "causa". El acto abstracto, *como tal,* es nulo o "*sans aucun effet*" (v. art. 1.131), es decir no crea una relación distinta de la relación fundamental, de la que ha sido separado; y como el acto abstracto se dirige precisamente a crear dicha relación distinta, bien puede decirse que, *como tal,* el acto abstracto es nulo o queda sin efectos. Si existe una relación (de obligación o de enajenación), ésta será siempre la relación fundamental, con sus características, sus vicios o defectos, etc.

El que la promesa no mencione la "causa" produce solamente el efecto de invertir la carga de la prueba (v. art. 1.132 C. c. francés y otros citados en la nota explicativa núm. 4 al final del presente §); pero por ello no constituye un acto abstracto.

De ahí que pueda decirse, en este sentido y según este significado del término "causa", que la promesa o la enajenación es en principio "causal" o que esta "causa" (mejor dicho, su constante presencia o su directa influencia) es uno de los requisitos del acto.

Solamente en algunos casos excepcionales, como es sabido, se admite en los sistemas latinos el acto abstracto, y aun así hay que precisar el verdadero alcance de estas excepciones.

Por las razones que señalaremos y que se resumen en la desconfianza tradicional que el *civil law,* como protección del promitente, ha mostrado frente a los actos abstractos, el principio "causal" proclamado en los códigos citados juega también en el sentido de principio inderogable; es decir que, aun cuando la voluntad de las partes se dirija a crear un acto abstracto, el acto es siempre "causal", llegándose a lo sumo a establecer la inversión de la carga de la prueba.[21]

Distinta, como es sabido, es la posición del C. c. alemán (véase nota explicativa 3 al final del presente §).

Si es así, el principio "causal" en relación con el problema del acto abstracto implica una limitación al principio del pacto nudo o del puro consentimiento, ya que el pacto o la intención de hacer abstracción de la causa no es válido y, además, porque cuando se admita la abstracción el acto abstracto deberá ir revestido de cierta forma[22] (a diferencia, como hemos visto, de lo que ocurre con el pretendido requisito de la causa como realización del fin del promitente, que no implica ninguna limitación al principio del nudo consentimiento: v. supra apartado *b*).

Pero tal limitación no significa inexistencia de la obligación, como en el caso de defecto de *cause suffisante,* sino inexistencia

21 Sobre el alcance del artículo 1.131 C. c. francés como negación, en principio, del acto abstracto, cfr. Crome, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese,* trad. ital., Milano, 1908, § I, pág. 7, nota 17, en relación con la nota 13 (donde sin embargo se confunde la reacción frente al acto formal con la reacción frente al acto abstracto); y para la enajenación no abstracta, ibídem, § 21, págs. 246 y sgtes., notas 7 y sgtes.

Sobre la inadmisibilidad, en principio, del acto abstracto, incluso contra la intención de las partes, cfr.: Informe del Ministro de Justicia sobre el Cód. civil italiano de 1942 (en relación con el art. 1.418); Betti, *Negozio giur.* cit., 2.ª ed. págs. 104, 180-181, 193-194 y Saleilles citado por él (pero Betti afirma tal principio en relación con la teoría de la causa como función económico-social: sobre esto v. nota explicativa 3 al final del presente §); Messineo, *Dottrina generale del contratto,* Milano, 1948, cap. VII, núm. 2, pág. 217, nota 6 y autores que cita con remisión a pág. 74, nota 39, cap. II, núm. 11. Nuestros autores invocan los arts. 1.325 y 1.418 del C. c. italiano, entendiendo que en ellos se contiene en principio la negación del acto abstracto y la exigencia del acto "causal".

22 V. supra § 18. Así, la forma de la letra de cambio, la forma escrita de la promesa abstracta del § 780, C. c. alemán o la forma de la enajenación de inmuebles (§§ 873 y sgtes. y 925 C. c. alemán; mientras que para la enajenación de muebles puede bastar un constituto posesorio no formal).

Sobre las razones de la exigencia de esta forma en el acto abstracto, en cuanto distinto del acto formal, v. nota explicativa 3 al final del presente §.

de una relación distinta de la relación fundamental; o, si se quiere, desde un punto de vista práctico, significa solamente que la posición de ataque o de defensa del promitente o enajenante no puede agravarse como consecuencia de la abstracción. En este sentido (y aun prescindiendo de una intención de las partes dirigida a la abstracción) el que se rechace en principio el acto abstracto en los sistemas latinos constituye además una medida para la protección del promitente o enajenante, lo mismo que la *cause suffisante, raisonnable* y *juste*. En cuanto a la forma exigida para el acto abstracto, cuando se admita tal acto, constituye una medida para dicha protección y a la vez para la seguridad de las relaciones jurídicas (v. supra § 18).

Pero es evidente que el problema del acto abstracto es muy distinto del de la *cause suffisante* y del de la causa como función económico-social (con el cual, sin embargo, ha sido confundido: véanse notas explicativas 3 y 4 al final del presente §). Basta observar que la abstracción ha sido rechazada también, en principio, por códigos y por autores que no saben nada o que no se preocupan ni de la *cause suffisante* ni de la función económico-social y que, por lo tanto, se inclinan más o menos decididamente al reconocimiento del pacto nudo (con tal de que no sea abstracto). También en el *common law* la promesa abstracta (no formal) ha sido rechazada por razones que nada tienen que ver con la *cause suffisante* o con la teoría de la función económico-social (v. infra § 34).

No puede cerrarse esta breve exposición sin observar que el problema del acto abstracto se ha confundido muy a menudo con el problema del acto formal puro o en sentido propio, cuya negación se ha justificado igualmente por la admisión del principio del acto "causal" (para las citas, v. la nota explicativa 2 al final del presente §).

La confusión, una vez más, ha nacido de la oscuridad creada por el término "causa". El art. 1.131 del C. c. francés, y sus concordantes, vendrían a significar de esta manera la negación del acto formal puro, por no ser causal o por ser abstracto.

Pero es evidente que los dos problemas son distintos, aun siendo cierto, como lo es, que nuestro Derecho de los contratos ya no es un Derecho formal.

En efecto, en el acto formal en sentido propio o puro, en el que la obligación o la enajenación derivan de la forma misma (ver supra § 1), la relación anterior o "fundamental" no tiene ninguna influencia, ni directa ni indirecta, sobre el acto formal o sobre la relación creada por éste, por la sencilla razón de que

jurídicamente no existe tal relación anterior. No se da, como en el acto abstracto, una coexistencia de dos relaciones (en cierto modo interferentes entre sí) sino que hay una sola relación. El problema del acto abstracto queda absorbido en el del acto formal puro. E igualmente queda absorbido el problema de la causa como fin del promitente o enajenante, así como los problemas del error, de los presupuestos más o menos tácitos o expresos acerca de las cualidades de la cosa, etc., problemas relacionados también con el método rígido o literal de interpretación del acto formal. Los móviles o presupuestos, incluso los más importantes o frecuentes, como el de cumplir una obligación o el de obtener una contraprestación, carecen de relieve directo o indirecto si no se han expresado mediante la forma o mediante ciertas cláusulas *standard* que puedan formar parte del contrato y que hayan sido creadas por la costumbre o inventadas por los autores o expertos del Derecho formal en vista de dicha costumbre.[23] *A fortiori,* tales móviles o presupuestos no cuentan si mediante la forma o la fórmula no se han creado semejantes cláusulas *standard.*

La "causa", como fin, y la misma voluntad de la que tal fin forma parte, no tienen interés en cuanto causa o voluntad, sino en cuanto forma, es decir, por haberse expresado de manera jurídicamente relevante por medio de la forma según dichas cláusulas *standard.*

Según cierta interpretación, en los arts. 1.131 del C. c. francés y concordantes, al darse importancia a la "causa" como fin o voluntad por sí misma, se ha querido decir también que nuestro Derecho ha rechazado el sistema del acto formal y los criterios de interpretación literales rígidos o formalistas que le son inherentes (v. autores citados en la nota explicativa 2 al final del presente §).

En definitiva, la "causa" o el problema de la "causa" respecto al acto formal no tiene el sentido de relación fundamental de la cual el acto se abstrae, sino el mismo sentido que tiene respecto al acto no abstracto. Es decir, tiene el sentido de causa *solvendi* o *adquirendi* y también de presupuesto (v. apartados *b* y *c*). En

23 Por eso tales presupuestos, al expresarse de dicha manera, tienen una importancia directa en el acto formal (como en el acto causal no formal, v. infra en el texto), a diferencia de lo que ocurre en el acto abstracto, en el que tienen una importancia indirecta aunque no hayan sido expresados en él, o mejor dicho, precisamente por no haber sido expresados. Y viceversa, un presupuesto que no haya sido expresado en el acto formal puro no tiene ningún valor, mientras que tiene valor (indirecto) respecto al acto abstracto.

efecto, en un acto formal que mencione de manera jurídicamente relevante tal fin o presupuesto, la reacción frente a la no realización del fin o presupuesto será la misma reacción *directa* que se produce cuando se trata de acto no abstracto: es decir, el acto será inválido. Si el acto formal no lo menciona o no puede mencionarlo de manera relevante, debería faltar toda reacción[23 bis]; pues si esta reacción se admite algunas veces indirectamente y dentro de ciertos límites, viene inspirada por la idea de equidad o por la de evitar un enriquecimiento injusto, más que por la idea de la presencia de una relación subyacente o "fundamental", jurídicamente existente junto a la relación formal y capaz de proyectar sus efectos sobre ésta de manera más o menos indirecta.

No es aventurado pensar que el sistema romano de la *stipulatio,* de la *mancipatio* y de los demás actos formales (excepto la *traditio*), representaba en la época en que fué admitido como correctivo el sistema de las *condictiones sine causa,* un *quid medium* entre el acto formal puro y el acto abstracto en el sentido moderno.[24] En éste, según nuestra mentalidad, la *condictio* o, mejor dicho, la defensa del autor del acto o la restitución, incluso en juicio separado, se fundan sobre la idea de una relación fundamental *jurídicamente* existente *al lado de* la relación creada por el acto abstracto, más que sobre la idea de un enriquecimiento injusto o de un correctivo, basado en la equidad, contra la dureza del acto formal.[25] En el Derecho romano de dicha época, al no reconocerse nuestra "relación fundamental" (como en el caso de los negocios innominados mientras se les concedió solamente la *condictio causa data causa non secuta*), o al estar tal relación absorbida, por decirlo así, y desaparecida dentro del acto formal, la *condictio* se concedía, más que como proyección de la "relación fundamental", por razones de equidad, es decir para evitar un enriquecimiento injusto y moderar así la dureza del principio formal.[26]

23 bis En otros términos: en el acto formal, lo mismo que en el acto no formal y no abstracto, o se admite una impugnación *directa* contra el acto o no se admite en modo alguno; precisamente lo contrario de lo que ocurre en el acto abstracto, dados sus fines.

24 Sobre esta evolución en el Derecho romano, desde el acto formal puro hasta el acto abstracto, cfr. Savigny, *Obligations,* cit. II, § 78, pág. 416.

25 Por lo demás, el efecto propio del acto abstracto consiste en no admitirse, por lo menos directamente, las defensas basadas en la relación fundamental, o en crear obstáculos a tal defensa (v. nota explicativa 3 al final del presente §). Ahora bien, el excluir o limitar las defensas para el caso de error, violencia, incumplimiento de la otra parte, etc. no presupone que exista un enriquecimiento injusto.

26 La alusión a la equidad natural se encuentra en los mismos textos romanos: cfr. D. 12, 6, 14.

Parece antihistórico prestar a los romanos nuestra mentalidad y nuestro bagaje de ideas acerca de la abstracción como separación de un acto respecto a su "relación fundamental" jurídicamente existente y operante junto al acto mismo, y acerca de las razones prácticas o económicas que han hecho surgir esta concepción nuestra de la abstracción (protección del crédito, circulación del crédito y de los bienes, seguridad de las relaciones jurídicas, etcétera; razones que se invocan, por ejemplo, para justificar el origen y el mantenimiento de la letra de cambio). Para los romanos, probablemente, el sistema de las *condictiones sine causa* derivaba del sistema originario del acto formal puro (en el que la forma lo era todo) y de la necesidad de corregir su dureza, es decir de *reaccionar* contra aquél sistema y no, como ha sucedido con nuestra letra de cambio, de la exigencia o del deseo de crear, por las necesidades del crédito y de la circulación de los bienes, un acto abstracto separado, hasta cierto punto, de la "relación fundamental" (concepto éste último que nace con el mismo concepto de acto abstracto).

Puede ser que, en ciertos aspectos, el sistema del acto formal, corregido mediante las *condictiones sine causa,* resistiese o se mantuviera porque presentaba ventajas análogas a las que presenta nuestro acto abstracto (ya que las formas de la *stipulatio* o de la *mancipatio* constituirían más bien un obstáculo para el desarrollo de los negocios); pero las razones de ser de tal sistema son distintas de las de nuestra abstracción.

En todo caso, y a pesar de esta diversidad, es cierto que, puesto que el acto formal puro que no mencione de manera relevante el fin o "causa" o presupuesto produce efectos análogos y hasta más graves que los de un acto abstracto, el art. 1.131 del C. c. francés y sus concordantes, rechazando en principio el sistema del acto abstracto han rechazado también *a fortiori* el sistema del acto formal puro.

f) *Sobre el significado del término "causa" en nuestros códigos y sobre el contenido normativo de los arts. 1.131 C. c. francés y concordantes.*

Muy probablemente, en los artículos de nuestros códigos que hablan de "causa" no se da la confusión en que han caído los autores entre *cause suffisante* y causa como realización del fin del

promitente (v. supra apartado *b* e infra nota explicativa 2 al final del §), o no se da la confusión hasta tal punto.[27]

La causa del art. 1.131 C. c. francés y concordantes no es la *cause suffisante, raisonnable et juste,* requisitos que resultan de un conjunto de otras normas o principios (v. supra § 13, *e,* y §§ 14 y sigs.).[28] Según resulta de la tradición y de todos los precedentes, bajo la rúbrica de *cause fausse ou inexistante, présumée,* etc., aquellos artículos contemplan solamente los problemas de la no realización del fin, de la abstracción y del *billet non causé.*[29] Es más, dichos artículos fueron redactados con el presupuesto (inexacto) del principio del valor del pacto nudo. Además, el defecto de *cause suffisante, raisonnable* o *juste* no siempre da lugar a la nulidad, sanción que establecen los arts. 1.131 del C. c. francés y concordantes (v. supra § 11 nota 7, § 14, *e,* § 14 bis, § 20, *b* y § 21, *b*). Tampoco hay que olvidar que entre las *causas* válidas del artículo 1.131 y concordantes, los autores anteriores y posteriores al código incluyen la causa de liberalidad, tanto en relación con el problema de la realización del fin (las tres clásicas "causas": *solvendi, adquirendi, donandi*), como en relación con el pretendido valor del puro consentimiento que se presupone en dichos artículos (v. supra §§ 5 y 6). Pero la causa de liberalidad es precisamente la que, en orden al esquema formal de la donación, suscita el problema de la forma y de la causa suficiente para excluirla.

Admitido esto, parece que el contenido normativo de estos artículos (aparte el requisito de la licitud), es el siguiente:

1.° Invalidez de la promesa o de la enajenación hechas por una *causa solvendi* o *adquirendi* no realizada (v. supra apartado *b,* y especialmente nota 5), con la posibilidad de cierta extensión analógica en todo caso de condición *sine quâ non* que no se haya realizado (v. supra apartado *c*).

27 Al art. 1.131 del C. c. francés sólo se le puede reprochar el haber hecho de la "causa", como realización del fin para el promitente, un requisito del contrato (v. nota 9), y el haber tratado este problema juntamente con otros distintos, como el de la abstracción y el de la licitud.

28 En realidad, tampoco aquella protección del promitente, que recuerda a la *cause raissonable* y que se ha querido deducir del art. 1.131 (v. infra § 23) está contenida en dicho artículo; más que del artículo 1.131 debe deducirse por analogía de los principios sobre la *cause suffisante, raisonnable et juste,* en el sentido indicado supra §§ 1-21.

29 Teniendo en cuenta el pasaje de Pothier (*Traité des Oblig.* núm. 42) reproducido en la nota explicativa 2, parece resultar claro que la *cause inexistante* del art. 1.131 es la *cause fausse,* como no realización de una *causa solvendi* o *adquirendi* (v. supra apartado *b*).

2.º Inadmisión, en principio, del acto abstracto y del formal (véase supra apartado *e*).

Este parece ser el contenido normativo del art. 1.131, problema que tanto ha dado que hacer a los intérpretes.[30]

En cuanto al C. c. italiano, resulta igualmente dudoso que los artículos 1.325 y 1.418, al incluir la "causa" entre los requisitos del contrato, quieran aludir a los problemas de la *cause suffisante, raisonnable et juste*. Por lo menos nadie lo ha sostenido nunca. Los arts. 1.325 y 1.418 quieren más bien aludir al requisito de la causa lícita y, con toda probabilidad, también al de la función económico-social (v. supra § 19). Pero no se excluye que puedan aludir también a los problemas de la no realización del fin, al menos en ciertos aspectos, para hacer derivar de ello la nulidad del contrato o por lo menos para "explicarla" (v. nota explicativa 2 al final del §, especialmente en cuanto al art. 1.418; y a pesar de que el Informe del Ministro de Justicia quiera rechazar toda concepción subjetiva de la "causa" como fin práctico perseguido por el contratante). Es probable, en fin, que con la mágica palabra "causa" los arts. 1.325 y 1.418 quieran aludir también al problema de la abstracción, para darle una solución negativa, que implica en cierto modo que la "causa", como fin determinante de la promesa o de la enajenación (quizá valorado objetivamente como causa *debendi, adquirendi, donandi*), sea un elemento integrante o "requisito" del acto (v. nota 21). Luego, también para el Derecho italiano puede decirse que los requisitos de la *cause suffisante, raisonnable et juste*, que sin embargo existen en nuestro Derecho, no resultan del art. 1.325 ni de los otros artículos que hablan de la "causa" del contrato.

En cuanto al C. c. alemán y a los que se inspiran en él, como es sabido, el problema de la "causa" como no realización del fin y los problemas conexos, si no han sido tratados en un artículo como el 1.131 del C. c. francés, han sido disciplinados más o menos directamente en los §§ 812 y sigs., 780 y sigs. (v. supra apar-

30 Si el art. 1.131 del C. c. francés y otros semejantes no se dirigieran a resolver esos dos problemas, tales artículos quedarían *privados de contenido normativo* y se reducirían a una mera síntesis teórica o a una sistematización de otras normas bajo un concepto único. Ciertamente, las normas sobre el error, la *condictio indebiti*, la resolución por incumplimiento, la imposibilidad originaria o sobrevenida de la contraprestación, la garantía por los vicios redhibitorios y otras semejantes, normas todas que se quieren explicar por la necesidad de realizar el fin genérico o voluntad del contratante, ya se encuentran en otros artículos de nuestros códigos o resultan de ellos: v. por ej., arts. 1.109 y siguientes, 1.138, 1.184, 1.235 y 1.376 y sgtes., 1.601, 1.641, 1.705, 1.721, 1.722, etcétera, del C. c. francés y las disposiciones análogas de nuestros códigos.

tado *b*). Tampoco aquí, los problemas de la *cause suffisante, raisonnable et juste* y del valor del pacto nudo en general, que sin embargo existen, han sido tratados en los artículos que hablan más o menos expresamente de causa (*rechtliche Grund*). Además, en el C. c. alemán el problema de la licitud ha sido resuelto a base de conceptos o medios técnicos distintos del de "causa lícita" (véase § 138 C. c. alemán); mientras que no se encuentra un artículo que, como nuestro art. 1.325, aluda o pueda aludir al requisito de la "causa" como función económico-social.

NOTAS EXPLICATIVAS

1. *Sobre el significado del término "causa".*

Barassi (*Teoria generale delle obbligazioni,* Milano, 1948, II, pág. 52, nota 1) pone de relieve, siguiendo a Zitelmann, los errores gravísimos que pueden nacer de esta ambigüedad terminológica. Y, después de haber hecho, siguiendo a Voigt, una enumeración de los distintos significados del término "causa", añade irónicamente que todavía podrían añadirse otros.

Ya en los textos romanos la palabra significaba, entre otras cosas que nos interesan menos:

a) El motivo o fin *irrelevante* de una *datio* o de una *stipulatio* en orden a la acción de repetición o *condictio; datio ob causam,* especialmente *praeteritam,* en contraposición a la *datio ob rem* (o sea, a cambio de una contraprestación) y *propter condicionem.* Y también en relación con el problema de determinar si en una donación el motivo es secundario o se eleva a condición *sine qua non.* V. por ej., D. 12, 6, 52 y 65, y D. 39, 5, 2 y 3. Sobre estos problemas v. también supra apartados *b* y *c.*

b) El fin *relevante* de una *datio* o de una *stipulatio,* también en orden a la *condictio.* Cfr. el título 12, 7 del Digesto en el que la misma expresión "*ob causam*" es usada para indicar el fin relevante cuya no realización da lugar a la *condictio.* En el título 12, 4, del Digesto la *causa non secuta* es la contraprestación, cuya no realización da lugar a la *condictio causa data causa non secuta* (esta última es precisamente la *res* del D. 39, 5, 19, § 6, del D. 12, 6, 52 y 65 ya citados y del D. 19, 5, 5 en donde se habla de *datio ob rem*). Para el título 19, 5 del Digesto, a propósito de los contratos innominados, valen las mismas observaciones; v. por ejemplo, D. 19, 5, 15 en donde, refiriéndose a la causa o contraprestación por la que se hizo la *datio,* se habla de una *datio "ob causam".* Véanse también D. 22, 3, 25 § 4 a propósito de la "causa" en la *cautio indiscreta* (v. infra nota explicativa 4), y D. 44, 44, 2, § 3 a propósito de la *stipulatio sine causa.*

c) El motivo relevante o irrelevante de un legado o de un acto de liberalidad: D. 35, 1, 12 y 72 § 6.

d) La intención de pura liberalidad o *causa liberalitatis* en relación con el problema de distinguir (en una *stipulatio,* en una *datio,* en un reconocimiento de deudas) la donación de otro negocio que no sea donación. Y ello en orden a las prohibiciones de donar, a la medida de la responsabilidad del donante, a los límites de la donaciones *(lex Cincia),* etc., y también en orden al problema de la "*insinuatio*" y de la forma, que dará lugar en el Derecho común al problema de la *cause suffisante* (v. supra § 2, *c,* y §§ 5 y 10 y sgtes.). Cfr. D. 39, 5, 1 pr.; 19 pr.; y 33. La *causa liberalitatis,* en este sentido, es el elemento que sirve para distinguir un negocio de otro, en orden a dichos fines.

e) La "causa" (del contrato) como *negotium,* más o menos típico, o como relación de cambio; de cuya presencia depende el reconocimiento jurídico de la convención como fuente de obligaciones, es decir, excluyendo que se trate de un pacto nudo (v. supra § 2, *a*). Cfr. D. 2, 14, 7 §§ 2 y 4 y D. 19, 5, 15. Aquí el término "causa" se refiere al problema del valor del pacto nudo.

Este significado del término "causa" es distinto del de la "*causa data*" como prestación *realizada* que da lugar al reconocimiento de una acción contractual *(praescriptis verbis)* para obtener la contraprestación en los contratos innominados, aunque en relación con el cambio tal *datio* constituya precisamente el *negotium,* que es la "causa" en el sentido a que se refieren las leyes antes citadas D. 2, 14, 7 § 2 y 4 y D. 19, 5, 15.

f) El fin justo o *justa causa* como razón justificadora de la validez de una *pollicitatio* hecha a la *res publica:* D. 39, 5, 19 pr. y D. 50, 12, 1, § 1.

g) El fin torpe o ilícito, en relación con el problema de la *condictio ob turpem vel iniustam causam.* Cfr. el título D. 12, 5, en donde la *causa* parece ser la intención o fin ilícito frente a la misma contraprestación o *res* que se quiere obtener y que puede también constituir por sí misma un hecho torpe o ilícito *(datio ob causam, datio ob rem).*

h) La *causa traditionis* o la *justa causa traditionis,* entendida unas veces como la relación o fin sobre cuya base se hace la *traditio,* y otras como una relación o fin cualificado (venta, etc.). Se trataría o bien del problema de determinar si la entrega material de la cosa se hizo para transferir la propiedad y no, por ejemplo, en prenda, en depósito, etcétera (en cuyo caso conviene recurrir a la causa, fin o relación por la que se hizo la entrega); o bien de limitar la validez de la *traditio* a los casos en los que la causa tenga un cierto valor objetivo como justificación de la transmisión. Cfr. Savigny, *Obligations,* cit. § 78 y los textos que cita.

i) En el D. 44, 7, 55 la *causa contrahendi* es el tipo o también el contenido esencial de la convención, sobre el cual es necesario que exista acuerdo de las partes. Aquí, dado el problema, que es en definitiva el del desacuerdo, la causa tiene un significado distinto del que hemos indicado en apartado *e.*

Como puede verse, en todos estos textos el término causa se usa con una desconcertante variedad de significados y en relación con problemas

distintos; lo mismo ocurre con la expresión *ob causam,* usada para indicar unas veces el motivo irrelevante y otras el fin relevante: lo que dará lugar a las distinciones entre *causa impulsiva* y *causa finalis.*

Casi no hace falta advertir que esta babel terminológica continuará en los intérpretes y se perpetuará hasta nuestros días. Hemos visto en este § sus perniciosos efectos, especialmente en relación con el problema que nos interesa, que es el del valor del pacto nudo.

Mirabelli, *Causa subiettiva e causa obiettiva, Rivista Trim. di dir. e proce. civ.* 1951, pág. 325, siguiendo a Chevrier (*Essai sur l'histoire de la cause,* cit. en § 1), distingue los varios problemas contractuales que ya en los glosadores se incluían bajo el concepto de "causa" e indica las "aberraciones" que nacieron de esta ambigüedad terminológica.

Si fuera posible resumir todos los significados que el término "causa" fué asumiendo en el *civil law,* al menos por lo que se refiere a la materia de contratos y de atribuciones patrimoniales, podría decirse que "causa" significa, por una parte, el fin o motivo del promitente o enajenante, o sea *la causa de la voluntad;* y por otra, la razón justificadora o *causa de la sanción jurídica* de la promesa. Pero ambos sentidos son demasiado vagos si no se especifica en función de qué problemas se toman en cuenta los distintos conceptos de fin y de razón justificadora.

2. *Sobre la confusión entre la "causa" en el sentido de razón objetiva para la sanción jurídica de la promesa o enajenación (cause suffisante, etc.) y la causa en el sentido subjetivo de realización del fin del promitente o enajenante (v. apartado b).*

Confróntese el célebre pasaje de Domat transcrito supra § 5 (en donde la "causa" se entiende en el sentido objetivo de razón justificadora del reconocimiento jurídico de la promesa o enajenación o, por lo menos, también en este sentido) con el pasaje de la sección 5.ª núm. 13 del mismo Libro I, parte I de las *Lois civiles,* en donde la falta de "causa" se entiende en el sentido subjetivo de no realización de un fin *solvendi* o *adquirendi,* y donde Domat cita naturalmente los textos romanos en materia de *condictio sine causa.* Los dos pasajes no son correlativos.

Pero sí que son correlativos, sin embargo, en el otro pasaje de Pothier, igualmente célebre y tal vez más importante (como base de la redacción del art. 1.131 Cod. Nap.), *Traité des obligations,* n. 42, que vale la pena reproducir:

"De la falta de causa en el contrato."

"Toda obligación debe tener una causa honesta."

"En los contratos "interesados", la causa de la obligación que contrae una de las partes es lo que la otra parte le da o se obliga a darle, o el riesgo que asume. En los contratos de "beneficencia", la liberalidad que una de las partes quiere realizar en favor de la otra es una causa suficiente de la obligación que contrae frente a ésta."

"Pero cuando una obligación no tenga ninguna causa o, lo que es lo

mismo, cuando la causa por la que se ha contraído sea una causa falsa, la obligación es nula y el contrato que la contiene es nulo."

"Por ejemplo, si creyendo erróneamente que te debo 10.000 libras que te habían sido legadas en el testamento de mi padre, testamento que ha sido revocado por un codicilo del que yo no tenía conocimiento, me he obligado a darte una determinada cosa en pago de dicha cantidad, este contrato es nulo, porque la causa de mi obligación, que era el cumplimiento de esa deuda, es una causa errónea o falsa; de ahí que estando reconocida la falsedad de la causa, no solamente no puedes tú tener acción para exigir la entrega de la cosa, sino que si ya te la hubiera yo entregado, tendría acción para hacértela devolver; esta acción se llama "*condictio sine causa*"."

La primera parte de este pasaje, ya reproducida en § 5, *b*, con la alusión a la *cause honnête* (de la que Pothier volverá a hablar todavía) y a la *cause suffisante*, se refiere al concepto de causa en el sentido objetivo de razón del reconocimiento jurídico *de la obligación*.

Pero la segunda parte, que trata de la falta de causa, se refiere evidentemente a la "causa" en el sentido subjetivo de realización del fin de la atribución patrimonial; y se trata precisamente de la *causa solvendi*, que no se menciona ni se hubiera podido mencionar en la primera parte del pasaje. El anotador del *Traité des obligations de Pothier*, en la edición que citamos (París, 1848), observa acertadamente que dicho pasaje ha sido la base de la redacción del art. 1.131 Cod. Nap. en donde, sin embargo, los redactores, a diferencia de Pothier, han confundido el caso de *cause fausse ou putative* con el caso de *cause inexistante*, "pues toda persona que se obliga tiene una causa aunque sólo sea putativa para contraer tal obligación".

En cuanto a la confusión (objeto de esta nota crítica) en que incurren los autores franceses al comentar el código, serían inútiles las citas. Basta consultar cualquier tratado o comentario sobre la materia. Nos limitaremos, como simple indicación, a las citas siguientes:

Dalloz, *Les Codes Annotés, Nouveau Code Civil*, cit. art. 1.131 y autores y jurisprudencia que cita. En los núms. 1, 3-6, 62, 65, 80, 88, 89 se trata el problema de la *cause fausse ou inexistante* en el sentido subjetivo de *causa solvendi* o *adquirendi* no realizada. Pero en los núms. 7-16, 19-24, 28-57, con remisiones al comentario de los arts. 894 y 931, se trata del problema de la *cause suffisante* en el sentido objetivo de un requisito verdadero y propio (al lado de la forma) para el reconocimiento jurídico o sanción del contrato.

El mismo Demogue, que bajo el término "causa" considera principalmente el problema de la razón justificadora de la sanción de la promesa, trata también a la vez de la causa como realización del fin del promitente o enajenante (v. *Traité des obligations*, cit. II, núm. 748, especialmente en los núms. 765-766).

Es también significativo el esbozo que se hace en el *Traité pratique de Droit civil français*, de Planiol y Ripert, cit., VI, núms. 249-253 y 262

y siguientes. Después de haber distinguido la causa ilícita de la causa como "*contrepartie*", la cuestión se complica y se confunden los problemas de la reacción contra el acto formal y de la realización del fin con el problema de la necesidad de una "*contrepartie*" como razón justificadora de la sanción de la promesa. Muchos de los casos mencionados en el número 262 se refieren más al primer problema que al segundo.

Análogamente en Planiol, *Traité élém.*, cit. II, núm. 303, después de haber señalado el "*donnant donnant*" como razón justificadora de la sanción jurídica (v. supra § 13, *d*) se aduce como ejemplo de falta de causa el del perecimiento de la cosa antes de la venta, ejemplo que se refiere al problema de la "causa" como realización del fin *adquirendi* (v. nota 5).

La confusión resulta todavía más clara en Capitant, *De la cause des obligations* (cito siempre la ed. de 1923), p. 83 nota 1, 91-93 y 99-166, en donde el problema de la causa del contrato en el Derecho romano como problema de la razón objetiva para la sanción de la promesa no formal (v. supra § 2) se confunde con el problema de la causa como "*but*", presupuesto o fin del contratante o del enajenante. En las páginas 114-116, 120, 122, 139-141, este último problema se confunde con el de la *stipulatio* como cláusula de estilo, con el de la "*datio vel factum*" y con el de la *justa causa* como *vestimenta* del pacto nudo; conceptos o expedientes todos ellos que, entre los primeros intérpretes y en el período de desarrollo del *civil law*, servían precisamente para determinar qué promesas (no formales) tenían en sí mismas una razón objetiva o una forma para la sanción jurídica.

En los núms. 1, 2, 6, 57, 58, etc., Capitant relaciona su concepción de la "causa" como *but* o fin subjetivo del declarante con la evolución del pacto nudo y con el pretendido reconocimiento del *solus consensus obligat* (v. también lo que sobre esto indicamos supra apartados *d* y *e*).

En cuanto a los autores del *common law* citados supra apartado *b*, cfr. por ej., Lorenzen, *Causa and consideration in the law of contracts*, en *Yale law Journal*, 1919, vol. 28, págs. 627-630, 635, 645, en donde se trata de la causa como presupuesto o fin del contratante; mientras que en otro lugar se trata de la causa suficiente como problema de sancionabilidad de la promesa, sin establecer entre ambos problemas la neta distinción que merecen. Cfr. también Mason, *The utility of consideration; a comparative view*, en *Columbia Law Review*, 1941, vol. 41, págs. 825 y siguientes. Como veremos, para los autores del *common law* el problema se complica también con el de la "causa" razonable como prueba de la voluntad de obligarse en el plano jurídico (v. infra § 37).

En cuanto a los pandectistas alemanes, v. los autores citados en el pasaje de Savigny comentado en nota 9.

En cuanto a los autores italianos, si al principio siguieron casi servilmente la doctrina francesa, en una segunda fase la teoría de la función económico-social, como razón objetiva del reconocimiento jurídico del contrato (prescindiendo de las críticas que contra dicha teoría se puedan dirigir, v. § 19), vino en cierto modo a inmunizarles frente a dicha

confusión. Pero no tanto como para que ésta no haya reaparecido, contra la buena voluntad de nuestros autores. Quien esto escribe quiere antes que nadie reconocerse víctima de tal error, porque en su trabajo *Del Rischio e Pericolo nelle obbligazioni,* Padova, 1934 y en su *Compravendita,* Torino, 1937, consideró como defecto de "causa" en el contrato (causa como función de cambio) la no realización de una causa *adquirendi,* especialmente a propósito del perecimiento de la cosa vendida ocurrido *antes* de la venta o de la imposibilidad sobrevenida de la contraprestación.

Pero otros autores han caído en confusiones análogas.

El mismo Betti, uno de los más decididos mantenedores de la teoría objetiva de la "causa" del contrato, considera también como casos de defecto de ésta los de "irrealizabilidad" en concreto de la causa, entre ellos los casos típicos de defecto de "causa" como no realización del fin del contratante (cfr. Betti, *Neg. giur.* cit. pág. 86, donde cita el § 812 C. c. alemán que se refiere precisamente a la causa o *Zweck* en aquel segundo sentido; v. también págs. 186-187 y 389, donde se citan los arts. 1.276 y 1.453 C. c. ital.). Todavía, en las págs. 104, 180, 193 y sgtes. y 195-204, incluye Betti en la teoría de la función económico-social el problema de la abstracción de la "causa", en el que ésta suele tener el sentido de causa o fin *solvendi* y *adquirendi* o, en todo caso, de relación fundamental que ha de realizarse junto al acto abstracto: v. supra apartado *e,* infra nota explicativa 3 (a este propósito Betti cita en la pág. 199 el art. 1.463 C. c. italiano y en la pág. 204 el art. 1.453 como casos de deficiencia de la causa, aunque en realidad se refieren al problema a que nos hemos referido supra apartado *b*).

Para una consideración del problema de la abstracción desde el punto de vista de la teoría de la causa como función económico-social, cfr. también el Informe del Ministro de Justicia sobre el nuevo Código civil italiano, y Messineo, ob. cit., pág. 217, nota 6.

Messineo, *Dottrina gen. del contratto,* Milano, 1948, Cap. II, números 11-12, distingue la causa del contrato, como función económico-social, de la causa de la obligación o atribución patrimonial, en la que incluye también, *entre los demás casos,* los casos tradicionales de no realización de la causa *solvendi* y *adquirendi* (e incluye también la hipótesis de incumplimiento de la contraprestación, arts. 1.453 y 1.460 C. c. italiano; v. nota 5).

No obstante, en el caso de deficiencia originaria de la *causa adquirendi,* por ejemplo, perecimiento de la cosa *antes* de la venta, Messineo ve también una deficiencia de la causa del contrato como función económico-social (v. nota 5). Además, dicho defecto de *causa solvendi* o *adquirendi* no aparece en Messineo con su significado tradicional y propio de no realización del fin del contratante (causa en sentido subjetivo: v. supra apartado *b,* especialmente nota 8) sino que viene incluído dentro del concepto genérico de defecto de una razón justificadora de la atribución patrimonial, que da lugar a un enriquecimiento injusto (op. y loc. cits.; para una concepción objetiva semejante v. también Santoro Passa-

relli y Betti, cits. por Messineo en pág. 76 nota 40). Mediante una tal concepción objetiva de la *causa solvendi* y *adquirendi,* concepción contraria a toda la evolución histórica de nuestro Derecho y a la misma *ratio* de la *condictio* (v. supra apartado *b*), se viene a crear otra vez la confusión entre el problema de la "causa" como razón justificadora de la sanción de una promesa o de una enajenación y el problema de la "causa" en el sentido a que nos hemos referido supra en apartado *b*.

Sin embargo, Messineo había observado acertadamente que en el Informe del Ministro de Justicia sobre el nuevo Código civil italiano se había confundido la *cause fause* del art. 1.131 C. c. francés y 1.122 C. c. italiano de 1865 con la causa del contrato como función económico-social.

Es tal la ambigüedad terminológica y conceptual de la palabra "causa", que ni siquiera los autores animados de más buena voluntad han conseguido sustraerse a ella y, cuando lo han intentado, han creado alguna vez nuevas confusiones (como en el indicado concepto *objetivo* de "causa de la obligación" en relación con la acción de enriquecimiento injusto: v. Messineo supra cit.).

En resumen, el breve bosquejo histórico que hemos trazado en esta nota explicativa y en la anterior demuestra, si es que de la Historia se puede sacar alguna enseñanza, que desde Domat y Pothier hasta la más reciente e iluminada ciencia jurídica no se han dado muchos pasos para liberarse de aquel error. La confusión, que todavía se mantiene, es la misma confusión fundamental que aparece en los célebres fragmentos de Domat y Pothier con los que hemos iniciado esta nota.

3. *Sobre el acto abstracto.*

Como ya hemos advertido, no es éste el lugar adecuado para tratar extensamente de un tema como el del acto abstracto, que no entra directamente en el objeto de nuestro curso. Sin embargo, convendrá hacer alguna aclaración para que el estudiante pueda entender el alcance del principio contrario a la abstracción a que hemos aludido supra apartado *e*.

La abstracción significa que el *iter* o proceso que da lugar a la formación de un acto abstracto queda separado de él, y el acto es válido por sí mismo como fuente de una propia relación y también, podría decirse, de un derecho o de una acción *"per se stante"*.

Dicho *iter* o proceso que desemboca en la formación del acto abstracto se resume, más o menos exactamente, en el concepto de "relación fundamental" (v. nota 19): una relación que, sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el acto formal, es reconocida jurídicamente y jurídicamente eficaz; de manera que se presenta el fenómeno de la coexistencia de dos relaciones jurídicas, una al lado de la otra, y ambas con cualidades o caracteres propios. Por ejemplo, si se libra una letra de cambio por el precio de una compraventa habrá una relación de crédito inherente a la compraventa (con sus correspondientes caracteres) y una relación cambiaria.

Ninguno de los medios de ataque o de defensa del comprador inherentes a la relación de compraventa (error, dolo, no realización del presupuesto o perecimiento de la cosa vendida, antes de la venta, resolución o excepción por incumplimiento, vicios redhibitorios, lesión, etc.) o al acuerdo para la emisión de la letra de cambio (acuerdo que también podría estar viciado por violencia, etc. y que forma parte del mencionado *iter* que desemboca en el acto abstracto) pueden utilizarse *directamente* contra la letra de cambio ni contra la acción cambiaria, precisamente porque se trata de dos relaciones distintas.

Si tales medios de ataque o de defensa inherentes a la relación fundamental pueden admitirse algunas veces en el juicio cambiario, no se admitirán directamente, sino sólo por el principio *dolo facit qui petit quod redditurus est.*

Y si el acto abstracto es una enajenación perfecta realizada mediante la entrega (con lo que el enajenante no queda sometido a ninguna acción por parte del adquirente), los medios de ataque no se dirigen a pedir la nulidad del acto sino solamente a neutralizar sus efectos mediante una acción personal de restitución o de retransmisión, cuando sea posible.

Si, en el caso de una letra de cambio o en general de una promesa abstracta, el principio *dolo facit* etc. permite al promitente emplear sin ninguna limitación en el juicio cambiario todas las defensas inherentes a la relación fundamental, incluída la acción de resolución de la compraventa o la excepción de incumplimiento, entonces habrá que concluir que, por lo menos en cuanto a las relaciones entre las partes, la letra de cambio se reduce a ser un *billet non causé* y no produce el efecto práctico de un acto abstracto, o sea, de un acto creador de una relación o de una acción independientes. La misma concepción técnica de una relación (cambiaria) distinta de la relación subyacente, inspirada en las conocidas razones prácticas, no tiene entonces ninguna razón de ser, por lo menos en las relaciones entre las partes. Tampoco es suficiente para que exista una relación distinta de la relación fundamental la eventual cualidad de título ejecutivo del documento que contiene la promesa abstracta; pues también tiene dicha cualidad, por ejemplo, un documento notarial de mutuo, que ciertamente no contiene una promesa abstracta. La única manifestación de una acción o relación distinta podría consistir en un plazo especial de prescripción de la acción cambiaria, especialmente en aquellos casos en los que el plazo de prescripción de la relación subyacente sea más breve (en cuyo caso lo que se ha pagado, incluso forzadamente, con base en la letra de cambio no se podrá repetir; pero quizá en las relaciones entre las partes, que son las que aquí estamos examinando, pueda explicarse este fenómeno sin necesidad de acudir a la abstracción).

En cuanto a la inversión de la carga de la prueba, tal efecto es más propio del *billet non causé* que de la letra de cambio, la cual aunque no sea abstracta es también siempre por lo menos un *billet non causé* (v. in-

fra nota explicativa 4). Es más, en cierto sentido es mucho más importante el efecto práctico de inversión de la carga de la prueba propio del *billet non causé,* que no los efectos de una letra de cambio, reducida, como acto abstracto, a admitir en el mismo juicio cambiario todos los medios de defensa del promitente. Reducida a estos términos, la letra de cambio revela su importancia práctica sólamente en las relaciones con los terceros adquirentes, pero no en las relaciones entre las partes originarias, que son las que estamos examinando.

Respecto a la promesa abstracta, pues, la concepción más o menos técnica de la creación de una relación o de una acción independientes[31] se resuelve prácticamente en un refuerzo de la posición del promisario como demandante (aparte del efecto en cuanto a la posición de los terceros adquirentes) y en una debilitación de la posición del promitente como demandado; refuerzo de la posición del promisario que va más allá de la simple inversión de la carga de la prueba, como en el caso del *billet non causé.* Y, en la práctica, a conseguir este refuerzo es a lo que tiende la institución de la promesa abstracta, de cualquier forma que se la explique o se la conciba. Tal refuerzo puede consistir en que todos los medios de defensa del promitente, inherentes a la llamada relación fundamental, queden para un juicio separado (una especie de *condictio* para la restitución del crédito derivado de la promesa y del documento correspondiente). O bien, en que por lo menos algunas de estas defensas, quizá según el modo en que se presenten y sostengan o según las pruebas que se aporten, se queden para dicho juicio separado; o en que el juicio sobre las defensas prosiga en cuanto el promitente pague o preste caución; o en cualquiera otra rémora al ejercicio de dichas defensas (v. por ej., artículos 64, 65 de la ley cambiaria italiana).

Pero siempre habrá de existir una rémora de esta naturaleza. De no ser así, insistimos, la promesa abstracta quedaría reducida entre las partes a un *billet non causé.*

En definitiva, pues, aunque sea por la vía indirecta de aquel juicio separado o de aquellas rémoras, la relación fundamental influirá siempre sobre la promesa abstracta o sobre sus efectos (cfr. Betti, *Neg. giur.* cit. p. 193 y 196). Una abstracción *absoluta,* en la que la suerte o los defectos de la relación subyacente no tengan ninguna influencia, ni siquiera indirecta, sobre la promesa abstracta (o sobre la enajenación abstracta) no se admite; equivaldría, por lo menos prácticamente, a un acto formal *puro* (en el que no se mencionara de manera relevante la "causa" y además no sometido a *condictio*).

31 Como es sabido, se han ensayado otras concepciones técnicas para explicar, expresar o "construir" la abstracción (o sus efectos), como por ejemplo, la concepción del nacimiento de un derecho de crédito o de la dación de un bien o *Vermögensaktivum* mediante la promesa abstracta (Von Tuhr, *Allg. Teil,* cit. III, § 73, pág. 122); o la concepción de una declaración dirigida a un destinatario fungible (Betti, *Neg. giur.* cit. págs. 203-204) concepción ésta que quizás sirva mejor para explicar una abstracción especial en las relaciones con terceros (v. la nota 33).

Entre ambos extremos (mera inversión de la carga de la prueba o *billet non causé* y abstracción absoluta) hay toda una gama de grados de abstracción, según el valor que a los distintos intereses en juego (protección del crédito, protección del promitente) se reconozca en cada una de las legislaciones.[32]

Lo mismo puede decirse de la cuestión relativa a si conviene extender la abstracción a las cuestiones de ilicitud, de violencia, de *cause insuffisante* (en los sistemas que, como el italiano o el alemán, no admiten que la promesa abstracta pueda ser una forma suficiente para la donación).

Hasta aquí nos hemos referido a las relaciones entre las partes originarias de la promesa abstracta.

En cuanto a los terceros adquirentes, podría considerárseles como simples sucesores en la posición del promisario, que se beneficiarían siempre de esa posición favorecida o reforzada en que éste se encuentra.[33]

O bien, podría establecerse que las defensas inherentes a la relación subyacente no pudieran en ningún caso oponerse frente a los terceros (salvo en ciertos casos de mala fe), como ocurre en la letra de cambio y en los títulos de crédito. Lo que puede expresarse técnicamente o bien con el concepto de un derecho de crédito nacido de la promesa abstracta, en el que solamente sucederían los terceros sin suceder en la relación fundamental; o bien con el concepto de un *nuevo* derecho de crédito nacido para el adquirente en virtud de la adquisición (Von Tuhr op. cit. § 73); o bien con el concepto de una declaración dirigida a un destinatario fungible (Betti, op. cit. pág. 203-204).

En cuanto a la enajenación abstracta, en las relaciones con el adquirente la abstracción no tiene gran importancia práctica, pues el enaje-

32 Sobre estos grados de abstracción cfr. Betti, *Neg. giur.*, cit. págs. 199 y sgtes. Nuestra misma letra de cambio (siempre en cuanto a las relaciones entre partes) ocupa un lugar intermedio entre una verdadera promesa abstracta y un *billet non causé* o *cautio indiscreta*, ya que suele permitirse al promitente que en el mismo juicio cambiario utilice las defensas nacidas de la relación fundamental. En el Derecho francés, dice Wieland (*La cambiale e i suoi rapporti col diritto civile*, trad. italiana, Padova, 1931, § 13) el *titre abstrait*, en las relaciones entre partes, se aproxima a la idea de la simple *cautio indiscreta* y, por lo tanto, tiene su disciplina en el art. 1.132 C. c. francés. También en el *common law*, como veremos infra § 34, la letra de cambio en cierto sentido tiene el mismo valor que un *billet non causé* o poco más (presunción de que la promesa se ha hecho por una *consideration*).

En cuanto al Derecho alemán, si la posición de defensa del promitente es la que resulta de Von Tuhr (*Allg. Teil*, cit. III, § 73), tal posición no resulta demasiado agravada por la emisión de una promesa abstracta.

33 Así en el Derecho alemán, para la promesa abstracta regulada en el § 780 del C. c. y distinta del título de crédito: cfr. Von Tuhr, *Allg. Teil*, cit. III, § 73, págs. 130-131 (lo que no parece tener en cuenta Betti, op. cit. pág. 193, cuando afirma que frente a los terceros no cabe oponer la relación subyacente). Tal es también la posición de los terceros adquirentes de la letra de cambio por un endoso posterior a la decadencia y al protesto por falta de pago o al correspondiente término (v. arts. 24 y 25 de la ley cambiaria italiana).

nante deberá siempre actuar como demandante cuando quiera atacar la enajenación por razones inherentes a la relación subyacente: la acción será de restitución y no de nulidad. Aquí la importancia práctica de la abstracción sólo se revela en las relaciones con los terceros, que quedarán protegidos cuando hayan adquirido derechos sobre la base de aquella enajenación abstracta (salvo, también aquí, el caso de una debilitación más o menos grave de su posición cuando hayan adquirido conociendo o debiendo conocer los defectos de la relación subyacente (Von Tuhr, op. cit., § 73, págs. 109-111).

En general, el acto abstracto va unido a una forma, aun cuando no sea un acto formal puro o en sentido propio; porque en la práctica se necesita que exista un texto formal para que pueda distinguirse, dentro del conjunto de las declaraciones o de los acuerdos más o menos expresos, lo que es o quiere ser un acto abstracto y lo que en él haya querido traducirse o pueda traducirse de la relación subyacente (sobre la exigencia de la forma, cfr. también Betti, *Neg. giur.*, cit., pág. 196, pero al parecer por razones distintas).

Las razones en que se funda la abstracción (que puede también no depender de la voluntad de las partes, como en el acto de enajenación del Derecho alemán), consisten en una cierta exigencia de tutela del crédito, en la exigencia de favorecer la circulación de los bienes y en la de obtener la seguridad de las relaciones jurídicas, especialmente respecto a los terceros. Entre las partes originarias el crédito queda protegido, ya que con las indicadas rémoras u obstáculos se hacen más difíciles las defensas ligeras o las *chicanes* de los promitentes de mala voluntad.

Las razones del sistema opuesto, que en principio niega la abtracción, responden a cierta consideración de la posición del promitente o enajenante, cuya defensa es más fácil cuando se trata de un acto no abstracto. Se le quiere también proteger contra las sorpresas que este acto puede presentar; se quiere, en cierto modo, que la voluntad del promitente o enajenante sea directamente respetada en sus fines o móviles, sin las rémoras o dificultades originadas por la abstracción. En este sistema se continúa manifestando la ya indicada desconfianza tradicional del *civil law* frente al acto abstracto y frente al mismo *billet non causé* (v. supra apartado *e;* infra nota explicativa 4).

Respecto a la enajenación, este sistema se refleja también en la ausencia de un acto de *transfert* separado del contrato (por ej., de compraventa) que obliga a realizar la enajenación o que sirve como preparación de la misma, por lo menos en cuanto a las cosas ciertas y determinadas: v. infra § 38 sobre el *transfert.*

En cuanto a la protección de los terceros adquirentes del crédito o de la cosa enajenada, se trata de conseguirla con las reglas sobre la publicidad de los bienes inscritos en los Registros públicos, especialmente sobre la publicidad de las demandas de resolución, anulación o rescisión del contrato; o se trata de conseguirla también a través de las reglas sobre la posesión de buena fe. Pero tal protección nunca resulta tan com-

pleta como en el caso de la abstracción, especialmente por lo que se refiere a la cesión de créditos o de derechos incorporales no sujetos a publicidad (Von Tuhr, op. cit., § 73, pág. 110). En todo caso, a la tutela del promisario y de los terceros se antepone, por lo menos en principio, la tutela del promitente o enajenante.

Estas razones, es decir la protección del promitente o enajenante o de su voluntad y la tradicional desconfianza del *civil law* frente a los actos abstractos, son las que han dado lugar en los sistemas latinos a la no admisión del acto abstracto o "no causal".

En cambio, no parece que la negación del acto abstracto se deba a que queda separado de su función económico-social o de su fin típico, ya que dicha función económico-social constituye la *ratio* del reconocimiento jurídico del negocio.[34] Hemos tenido ya ocasión de criticar la teoría de la función económico-social, que vuelve a revelarse aquí como fuente de confusiones y de errores (v. supra § 19). Si con ello quiere decirse simplemente que la abstracción no se admite por constituir una rémora para la realización de la relación fundamental y para el empleo de las defensas inherentes a ella, la cosa podrá admitirse y en el fondo será lo mismo que hemos dicho acerca de las razones que justifican la prohibición del acto abstracto. Pero si se quiere decir que la abstracción no se admite porque con ella puede eludirse el pretendido requisito de la función económico-social del negocio, la cosa no parece exacta. Ante todo, una razón semejante, por ser de orden público, sería un obstáculo para la admisión de las promesas abstractas que, sin embargo, abundan en nuestros ordenamientos jurídicos (letra de cambio, títulos de crédito). En segundo lugar, tal razón valdría también para la ilicitud y para el defecto de *cause suffisante* (donación, con el correspondiente requisito de forma) en los sistemas que, como el nuestro o el alemán, no admiten que la forma de la promesa abstracta pueda ser suficiente para la donación.

Dicha razón implicaría que, por lo menos en las relaciones entre las partes, el juez no pudiera condenar al promitente cuando no conociera la causa (como función económico-social) por la que aquél hubiera prometido. Lo cual está en contradicción con lo que puede suceder en la letra de cambio y en el mismo *billet non causé,* si el promitente no prueba cuál ha sido la relación fundamental (v. infra nota explicativa 4). La misma admisión en general del *billet non causé,* con la correspondiente inversión de la carga de la prueba, es un obstáculo para el reconocimiento de la pretendida función económico-social del negocio subyacente. Lo que puede suceder es que la abstracción haga más difícil o pueda llegar a retrasar la comprobación de la ilicitud o el defecto de *cause suffisante;* pero,

34 Así Betti, *Negozio giur.* cit. págs. 104 y 180-181 y el Informe del Ministro de Justicia sobre el nuevo Código civil italiano. "La falta de causa, dice el Informe (y aquí se entiende por "causa" la función económico-social) está recogida en el art. 1.418, párrafo 2.º. Lo que confirma la prohibición de constituir negocios abstractos, mediante los cuales la declaración de voluntad quede separada de la causa que constituye su base y la justifica".

por lo menos en las relaciones entre las partes, dichos vicios vendrán siempre a ponerse de manifiesto aunque sea en juicio separado, si el promitente prueba cuál es la relación fundamental. Como ya hemos indicado, la abstracción absoluta no se admite. Por lo demás, en relación con cuanto se ha dicho acerca de los grados de abstracción, se reconoce en general que la ilicitud tiene una especial influencia respecto a la promesa abstracta dando lugar a su nulidad (influencia especial que se ha reconocido incluso cuando la relación fundamental es a título gratuito: v. Von Tuhr, op. cit., III, § 73, págs. 127-218); de manera que se trataría de una defensa o de una impugnación inherente no sólo a la relación fundamental sino también a la misma relación cambiaria o al acto abstracto.

En conformidad con ello, si se acoge la teoría de la función económico-social como requisito esencial del contrato análogo al de la licitud, se debería decir que también el defecto de función económico-social produce la nulidad del acto abstracto (siempre, por supuesto, entre las partes). Las preocupaciones no tendrían, por tanto, razón de ser.

Como es sabido, el Derecho alemán, fundándose en las razones indicadas (tutela del crédito, circulación de los bienes, seguridad de las relaciones jurídicas) ha acogido el principio de abstracción para los actos de enajenación en general, no admitiendo ni siquiera, para los derechos inmobiliarios, que pueda insertarse alguna limitación al alcance del acto como pura enajenación. El acto de enajenación queda siempre separado del contrato que obliga a celebrarlo o que lo prepara (v. §§ 812 y siguientes, 873 y sgtes., 925, 929 y sgtes., 323 y sgtes., 346 del C. c. alemán). En cuanto a las promesas abstractas, el Derecho alemán ha admitido, dentro de ciertos límites, que las partes puedan crearlas mediante la forma escrita, incluso fuera del campo de los títulos de crédito (v. §§ 780-781 C. c. alemán y Von Tuhr *Allg. Teil,* cit., III, § 73).

En nuestro Derecho, y en general en los llamados sistemas latinos, la promesa abstracta no se admite más que en ciertos casos determinados (títulos de crédito). En cuanto a la enajenación, queda incorparada al contrato o al acuerdo que obliga a celebrarla o que la prepara: se da, por lo tanto, un "contrato causal" de enajenación. Una enajenación separada o abstracta no se admite, por lo menos en cuanto a cosas ciertas y determinadas.[35]

35 Sobre la llamada "determinación" en la venta de cosas genéricas y sobre el traspaso del comisionista al comitente, cfr. mi *Compravendita,* Torino, 1937, donde en realidad me opongo a la opinión dominante según la cual la determinación no es más que una *condicio iuris* de un acto de traspaso ya contenido en la compraventa. En cuanto al pago de lo indebido, el recurrir a la *condictio indebiti* y no a la nulidad de la *datio* como *transfert* se refiere probablemente al caso de cosas genéricas confundidas en el patrimonio del *accipiens* o de cosas que ya no existan en su patrimonio o hayan sido válidamente enajenadas a terceros (acción de enriquecimiento injusto). De todas maneras, v. el § 38 sobre el *transfert.*

4. *Sobre el "billet non causé", "cautio indiscreta" o promesa escrita en la que no se menciona la causa.*

Con el problema de la abstracción, a que acabamos de referirnos, se relaciona el del *billet non causé* (v. arts. 1.132 C. c. francés, 1.988 C. c. italiano, 17 Cód. suizo de las oblig., 137 C. c. egipcio y otros concordantes de los códigos del *civil law*). Se habla de una promesa de pago y también de un reconocimiento de deuda, en los que no se menciona la "causa",[36]

La "causa" del *billet non causé* de que hablan los artículos citados es la "relación fundamental", a la que expresamente se alude en el artículo 1.988 C. c. italiano: "relación fundamental" en el mismo sentido en que se utiliza este término respecto a la promesa abstracta (v. supra nota explicativa 3), con la diferencia de que el *billet non causé* no crea una relación distinta de aquélla, sino que es solamente una promesa de cumplir una deuda o un reconocimiento de ella, pero sin mencionar la relación fundamental.

Ahora bien, precisamente porque el *billet non causé,* por las razones que indicábamos, no constituye una promesa abstracta, es decir no crea una relación distinta de la fundamental, el actor debería probar a qué relación fundamental en concreto (entre las varias posibles) se refiere el *billet,* probando también los elementos de hecho,[37] prueba que incum-

36 Los artículos de los códigos que hablan solamente de promesa de pago o de una "*convention*" deben extenderse también al caso del reconocimiento de deuda y viceversa. Prometer pagar una deuda y reconocerla son la misma cosa a los efectos de los problemas inherentes al *billet non causé*. El art. 1.337 Código civil francés no considera estos problemas.

Si el *billet,* como promesa o como reconocimiento de deuda, menciona la "causa", entonces no surgen los problemas de que se trata infra en el texto (por lo menos así ocurre hoy: v. nota 42); en efecto, tal mención contiene la indicación de la relación fundamental y el reconocimiento de que existen los elementos *de hecho* inherentes a tal relación y mencionados más o menos directamente en el *billet* (o, mejor dicho, que existen los elementos de hecho cuya prueba correspondería al demandante). Tal es, por ej., el efecto de un *billet* así redactado: "Reconozco que te debo 100 liras a título de mutuo o por la venta de tal cosa" (reconocimiento implícito de haber recibido la cantidad en mutuo o de que la cosa fué regularmente entregada).

Se trata siempre, en general, de una promesa o de un reconocimiento hechos por escrito (y por una cantidad de dinero determinada); de no ser así, desaparecería el fin práctico de facilitar la posición procesal o probatoria del acreedor, si este hubiera de probar, por testigos o en otra forma, por lo menos que la promesa había sido hecha. Por lo demás, parece extraordinario el caso de una promesa *non causé* verbal, hoy que la *stipulatio* y las formas verbales han caído en desuso; se podría asimismo dudar de que semejante promesa verbal *non causé* pueda producir hoy el efecto de invertir la carga de la prueba según los artículos citados.

37 Suele decirse (v. por ej., Betti, *Negozio giur.*, cit. págs. 198-199) que el actor debería probar también la licitud de la relación o, mejor dicho, del negocio subyacente; mientras que en virtud de la abstracción o del art. 1.988, tal prueba incumbe al deudor demandado. Pero, en realidad, la licitud no constituye un elemento de hecho que pueda ser objeto de prueba, sino que es una

biría a toda persona que reclamara con base en dicha relación (v. artículo 2.697 C. c. italiano).

Los arts. 1.132 del C. c. francés,[38] 1.988 C. c. italiano y concordantes, establecen las siguientes presunciones:

1.º Se presume que la relación a la que, entre las varias posibles, se refiere en concreto el *billet*, es lícita (y además no contiene una donación en el Derecho italiano y alemán: v. supra nota 37);

2.º Y que existen los elementos de hecho indicados, como base de la acción (la que, impropiamente, suele llamarse presunción de existencia de la relación fundamental).

La primera presunción se funda en el *quod plerumque accidit*, es decir, en que normalmente los hombres se comportan en conformidad con el Derecho y en que normalmente no prometen a título gratuito. La segunda, en el reconocimiento más o menos implícito por parte de quien ha otorgado el *billet*, de que dichos elementos de hecho existen, pues de no ser así no habría prometido *sic et simpliciter* pagar una cantidad o no se habría reconocido deudor de ella *sic et simpliciter*.[39]

quaestio iuris que ha de resolverse frente a una determinada relación fundamental probada en sus elementos de hecho.

Análogamente, es una *quaestio iuris* la relativa a la *cause suffisante*, es decir, la de que la relación fundamental no contenga una donación sujeta al requisito de forma, en aquellos ordenamientos que, como el italiano y el alemán, no admiten que el *billet non causé* y la promesa abstracta sean formas suficientes para la donación (v. § 781 C. c. alemán; distintamente, la doctrina y la jurisprudencia francesas: v. infra § 38).

Y sería también una mera *quaestio iuris* la relativa al pretendido requisito de la función económico-social (v. § 19). Sobre esto, escribe Betti, *Negozio giur.*, cit. núm. 22, pág. 186: "Si el negocio, por ej., en la hipótesis del artículo 1.988, se concluye por un interés para el que no exista alguna causa (léase función económico-social) que lo justifique, sería nulo por defecto de causa".

Luego, lo que el actor debería probar (si no hubiera una inversión de la carga de la prueba) no es la licitud, la *cause suffisante*, la función económico-social, etc., sino una relación subyacente (un hecho) que reúna aquellas cualidades jurídicas.

En cuanto a los elementos de hecho, cuya prueba correspondería al actor, se trata por ejemplo, no solamente de la entrega de dinero en el mutuo, sino también de la entrega de la cosa en la venta, si de la prueba de aquella determinada relación fundamental resulta que la entrega hubiera debido realizarse simultáneamente al pago del precio o con anterioridad.

38 También el art. 1.132 C. c. francés, como reconocen unánimemente la doctrina y la jurisprudencia, se limita a establecer dichas presunciones y no pretende establecer, como aparentemente resultaría de su texto, que la promesa sea "*valable*" (v. también art. 17 Código suizo oblig.) independientemente de la "causa" o relación subyacente; lo que equivaldría a la abstracción absoluta o al acto formal puro (v. supra apartado *e* y nota explicativa 3).

En cuanto a la primera presunción, la de la licitud, v. el art. 137 Código civil egipcio, que expresamente la establece.

39 El presupuesto en que indudablemente se funda la segunda presunción es que el *billet* se haya emitido *después* del momento en que aquellos elementos de hecho debían existir, teniendo en cuenta el contenido de la relación fundamental o los correspondientes pactos. Es decir, se presupone que el *billet*

En virtud de estas dos presunciones, será pues el demandado, otorgante del *billet,* quien tendrá que probar: 1.º) a qué relación se refiere el *billet,* para poder utilizar en su caso las defensas que se apoyen en una *quaestio iuris* (ilicitud, *cause insuffisante,* etc.);[40] 2.º) que los elementos de hecho, base de una acción fundada en dicha relación, no existen: por ej., que el dinero del mutuo no fué prestado, que la cosa no fué entregada por el vendedor, etc. (salvo que se pruebe que el *billet* fué otorgado en espera de que dichos hechos se verificaran: v. nota 39).

Si bien se mira, el punto en el que verdaderamente se produce una

se ha emitido después de haberse entregado la cantidad prestada, si se trata de un mutuo, y no en expectativa del cumplimiento de una promesa de mutuo (v. infra nota 42, sobre la *cautio* en el Derecho justinianeo y común); o después de transcurrido el término para la entrega de la cosa, si se trata de una venta.

40 Betti, *Neg. giur.*, págs. 193-194 afirma que el demandante tiene la carga de especificar, ya que no de probar, la relación fundamental a la que el *billet* se refiere. Si con esto se quiere imponer al actor la carga de probar a qué relación fundamental se refiere el *billet* en concreto, entonces el *billet non causé* equivaldría a un *billet causé* o en el que se mencionara la causa (v. también notas 36 y 41) y desaparecería la utilidad práctica de esta figura.

Pero aun cuando con aquella tesis no se quiera decir esto, y se la limite a la carga de especificar o indicar la relación fundamental, cabe preguntarse: ¿habrá de probar el demandado que la relación fundamental es otra?; entonces esta carga de especificación no tendrá ningún valor práctico. ¿O podrá limitarse a probar que la relación fundamental indicada por el actor no existe o no se ha verificado? En este caso el *billet non causé* pierde todo interés práctico, porque el actor, frente a la posibilidad de una contraprueba semejante (no difícil de darse), tendrá que especificar la relación en todos sus extremos y no podrá limitarse a indicar genéricamente una relación como tipo abstracto (mutuo, venta, etc.); especificación que constituye en realidad la cuestión fundamental en materia de *billet non causé* (v. también infra nota 41).

En todo caso, la tesis de una carga de especificación que incumba al actor es contraria al fin práctico del *billet non causé,* a los precedentes históricos y al mismo contenido de los artículos que nuestros códigos dedican a la materia. Baste tener en cuenta que algunos de estos artículos (v. por ej., art. 137 Código civil egipcio) o la jurisprudencia y la doctrina sobre la base de ellos, establecen la presunción de licitud de la relación subyacente, presunción cuyo indudable presupuesto es que esta relación ni siquiera se haya especificado, dado que la licitud no constituye una *quaestio facti* sino una *quaestio iuris* (v. supra nota 37). Por lo demás, la afirmación de algunos de aquellos códigos, según la cual la promesa es "*valable*", si no puede significar promesa abstracta significa por lo menos que el actor no tiene la carga de hacer dicha especificación u otra semejante (v. nota 38).

Probablemente, la tesis de Betti se inspira en la preocupación de que sin aquella carga de especificación el *billet non causé* podría constituir cierto obstáculo para la apreciación de la ilicitud (o del defecto de función económico-social) de la relación subyacente. Ciertamente, el *billet non causé* puede dar lugar incluso a una *res judicata* sobre una obligación fundada en una semejante relación ilícita, cuando el demandado esté en rebeldía. Pero podría suceder esto también cuando el demandado, frente a la pretendida especificación del actor, se limitara a callarse.

Sobre estas preocupaciones, que surgen también en el caso de promesa abstracta, v. la nota explicativa 3.

inversión grave de la carga de la prueba es el primero;[41] pues, en cuanto al segundo, el reconocimiento de una deuda verificada *después* de que los elementos de hecho para la existencia de dicha deuda (o mejor para fundar la acción) hubieran debido concurrir, implica normalmente el reconocimiento de la efectiva existencia de tales elementos. Es únicamente por faltar en el *billet* una mención expresa de dichos elementos de hecho, base de la acción, por lo que no puede hablarse de una confesión.

En virtud de este reconocimiento implícito puede decirse que una vez probada la relación fundamental a la que el *billet* se refiere, es lo mismo que si se tratara de un *billet causé*, en el que se hubieran mencionado aquellos hechos (v. supra nota 36): y entonces el juicio se desarrollará según las reglas normales incluso en lo relativo a la carga de la prueba.[42]

41 En cuanto a la gravedad de esta carga, téngase en cuenta que el demandado no puede limitarse a probar que el *billet* se refiere a un cierto tipo abstracto de relación fundamental, por ej., mutuo, venta, etc.; sino que deberá probar esta relación fundamental *como hecho concreto*, en todas sus circunstancias de tiempo, lugar y en todos aquellos extremos de hecho que constituirán la base de sus defensas o excepciones (por ej., que la entrega de la cosa vendida debía preceder al pago del precio, etc.). Igualmente, si la carga de probar, o solamente de especificar, la relación fundamental incumbiera al actor, éste debería especificarlo de esa manera circunstanciada que es propia de un negocio o de una relación concreta y que constituiría la base de una acción fundada sobre una relación semejante (v. nota 40).

42 Así, si el demandado prueba que el *billet* se refiere a un mutuo (como contrato real y no como simple promesa de mutuo) o a una venta en la que la entrega de la cosa debía preceder (con anterioridad al *billet*) al pago del precio, deberá probar que la entrega del dinero o de la cosa no han tenido lugar (v. también nota 39); del mismo modo que debería probarlo frente a cualquier *billet non causé* o frente a una acción en la que el actor, a título de mutuo o de venta, probara sus extremos de hecho. Lo mismo ha de decirse en cuanto a la defensa que consista en afirmar que la cosa había perecido antes de la venta, que pertenecía ya al demandado, que ha habido simulación, etc.

Como puede verse, si una vez probada la relación fundamental en sus extremos de hecho se atribuye al *billet non causé* el valor de un *billet causé*, la carga de la prueba no sufre alteraciones, precisamente por el valor probatorio del reconocimiento implícito mencionado en el texto.

La insistencia con que algunos de nuestros códigos y los autores hablan todavía de una presunción de "existencia" de la relación fundamental (queriendo con ello aludir también a la entrega de dinero en el mutuo o a la entrega de la cosa, a que acabamos de referirnos) tiene probablemente una explicación histórica. Tal insistencia se explica como una reacción o como el eco de una reacción al Derecho Justinianeo y al Derecho común, en los que, sobre la base de la *exceptio non numeratae pecuniae*, la carga de probar la entrega de dinero incumbía al mutuante, incluso algunas veces en el caso de *cautio discreta* o de *cautio indiscreta* referidas a un mutuo (contrato real). Y ello por los conocidos fraudes, propios de aquellas épocas, de pretendidos mutuantes que se hacían entregar el documento antes de haber entregado ellos el dinero. Hoy se atribuye al reconocimiento, más o menos implícito, de los hechos que constituyen la base de la deuda el valor probatorio que razonablemente les corresponde. El verdadero punto, pues, frente al *billet non causé*, es la prueba de la concreta relación fundamental a la que el *billet* se refiere.

El juicio versará sobre la relación fundamental y en él se permitirá al promitente que utilice *directamente y sin ninguna limitación* las defensas inherentes a tal relación, a diferencia de lo que sucede cuando se trata de una promesa abstracta en sentido propio (v. nota explicativa 3).

El caso práctico más importante en el que surgen las cuestiones propias del *billet non causé* es actualmente el de una letra de cambio nula *como tal* por defecto de forma pero válida siempre, precisamente, como *billet non causé*.

Nota del Traductor. — *A pesar de que, como se observa en el texto, el Código civil español sea uno de los pocos que han definido la causa, no por ello hay que pensar que en nuestro Derecho se hayan evitado los problemas y las confusiones en torno a este concepto. Es más, en buena medida el mismo art. 1.274, definidor de la causa, ha contribuído a tales confusiones.*

El art. 1.274 del C. c. dice: "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". El precepto, como acertadamente ha puesto de relieve D'Ors (Sobre la causa de los actos jurídicos, *en Anuario de Derecho Civil, IX-2.º, 1955, pág. 578 y ss. especialmente págs. 583-586), es de genealogía francesa, por más que no concuerde con ningún artículo del Código de Napoleón. Esta genealogía se descubre en las* Concordancias *de García Goyena al Proyecto de Código Civil de 1851; queriendo García Goyena incluir en el Código una definición de la causa que disipara las oscuridades que el término tenía entre los autores, y no encontrando tal definición en el modelo francés, buscó en los discursos que explican el* Code *y encontró en el discurso 59 — el mismo García Goyena lo reconoce en sus* Concordancias *— una alusión aprovechable: "No hay obligación sin causa y ésta estriba en el interés recíproco de las partes o en la beneficencia de una de ellas". Desafortunada frase — dice D'Ors — que había de tener malas consecuencias para nuestra legislación patria. A base de aquel "Discurso" se redactó el art. 997 del Proyecto de 1851 que después pasaría a ser el art. 1.274 del Código civil (v. García Goyena,* Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, *Madrid, 1852, III, págs. 31-32).*

A la vista de este precepto se comprende fácilmente que, en lugar de eliminar dudas y confusiones en materia ya tan propicia a ellas, haya contribuído a aumentar los equívocos. Por una parte, pese a que el propósito del legislador fuera el de definir la "causa" de los contratos, el artículo 1.274 no llegó a enunciar una definición genérica sino que se limitó a decir qué es lo que se entiende por causa en determinadas clases de contratos. Y tampoco contiene un concepto de causa para cada clase de contratos; queda sin explicar la causa de algunos contratos reales gratuitos (comodato, préstamo sin interés) porque si de ellos se

quiere decir que su causa es "la mera liberalidad del bienhechor", con ello solamente se aludirá a la causa que mueve al comodante o al prestamista pero nada se dirá sobre la causa de la obligación que asumen el comodatario o el prestatario, únicos obligados *en esos contratos, que son unilaterales. (Téngase en cuenta que el art. 1.261, al incluir la causa entre los requisitos del contrato, se refiere a la "causa de la obligación que se establezca"). Queda también sin explicar, como observa Sánchez-Blanco, la causa de la fianza y en general de los contratos de garantía. De ahí que pueda decirse, según este mismo autor, que la enumeración del art. 1.274 es una simple (y desafortunada) enumeración* ad exemplum, *sin que, por lo tanto, pueda pretenderse encontrar en este precepto una causa para cualquier contrato o negocio jurídico (Sánchez-Blanco,* Onerosidad, gratuidad y causa, *en Rev. de Der. Priv. 423, 1952, página 476 y ss., v. especialmente, págs. 486-487).*

Por otra parte, parece que este precepto responda a una concepción objetiva de la causa, y así lo han entendido gran parte de nuestra doctrina y el Tribunal Supremo en numerosas sentencias. Pero otros autores y otras sentencias han afirmado un punto de vista contrario y no han visto obstáculo en el art. 1.274 para defender una concepción subjetiva. La razón de que ambos criterios hayan podido mantenerse quizá se encuentre en que, en rigor, el art. 1.274 no puede ser invocado como un exponente fiel de la concepción objetiva, y sobre todo en la circunstancia de que los restantes artículos que completan la sección que trata "De la causa de los contratos" (arts. 1.275, 1.276 y 1.277) no sólo no parecen reflejar una concepción objetiva, sino que ni siquiera parecen guardar ninguna relación con lo que, acerca de la causa, se dice en el art. 1.274; cosa perfectamente explicable si se tiene en cuenta que este artículo no figura en el Código francés, del que fueron tomados los restantes de aquella sección. Por último, la diversidad de criterios se explica también teniendo en cuenta que ni la concepción objetiva ni la subjetiva responden a una determinada actitud frente a la interpretación del artículo 1.274, sino que obedecen a una distinta manera de apreciar los motivos, móviles o fines ulteriores de las partes en relación con el requisito de la causa.

A reserva de que más adelante volvamos sobre este punto de la distinción entre causa y motivos, nos interesa ahora hacer alguna advertencia sobre las cuestiones que se plantean en el apartado b *del texto. Ante todo, se impone advertir que en nuestro Derecho no cabe englobar dentro de un mismo concepto la causa de una promesa y la causa de una enajenación; no podemos, por lo tanto, hablar de "causa de una atribución patrimonial" dando al concepto "atribución patrimonial" un alcance general que permita referirlo a la vez a la promesa y a la enajenación. Porque, a diferencia de lo que ocurre en los derechos francés e italiano, en el nuestro no se dá la confusión o la fusión del contrato obligatorio con el contrato traslativo; en el Derecho español el contrato queda siempre circunscrito en la esfera obligacional; no hay contrato traslativo*

en el sentido de contrato inmediatamente productor de efectos reales (v. nuestras notas a los §§ 1 y 38). Para producir tales efectos, es decir, para que efectivamente se opere la atribución patrimonial, se requiere la tradición. Con lo que resulta que la causa de la atribución patrimonial se desplaza al campo de los derechos reales, dando lugar a la doctrina de la causa traditionis *que ya no tiene nada que ver con el requisito de la causa en los contratos y que, por lo tanto, ya no se rige por los artículos 1.274 a 1.277.*

Tampoco son aplicables estos artículos a la causa en el sentido que se da a este término cuando se habla de "enriquecimiento sin causa". En tal supuesto la causa tiene un significado equivalente al que tiene en el supuesto anterior (causa de la tradición), lo cual se explica teniendo en cuenta que en uno y otro caso se trata de una atribución patrimonial. Como observan Roca Sastre y Puig Brutau, al hablar de enriquecimiento sin causa dan por sobreentendido el concepto de causa en el sentido de precedente causal o negocio legitimador; en el enriquecimiento injusto o sin causa, se trata de un desplazamiento patrimonial que carece de base por falta de un precedente obligacional legitimador. No se trata, evidentemente, del concepto de causa que aparece en la fase de formación de los negocios jurídicos y, concretamente, del concepto de causa como requisito esencial para la existencia de un contrato, conforme a los arts. 1.261, 3.º, 1.274 a 1.277. En el enriquecimiento sin causa, a ésta hay que buscarla en el pasado, en los antecedentes de la transmisión, de manera distinta a lo que ocurre en la fase de celebración del contrato, en la que aparece la idea de causa como una proyección de la intención de las partes hacia el futuro determinando el efecto que se pretende alcanzar (El enriquecimiento sin causa, *en* Estudios, *cit. I, página 485 y ss.). La distinta manera de actuar la causa en uno y otro supuesto ha sido también puesta de manifiesto por Núñez Lagos, en forma muy gráfica, advirtiendo que en el enriquecimiento sin causa el ordenamiento jurídico no impide que el desplazamiento patrimonial se produzca, pero da medios para impedir que se consolide definitivamente si la atribución patrimonial se verificó "sin causa"* (El enriquecimiento sin causa en el Derecho español, *Madrid, 1934, págs. 5-6; v. también el trabajo titulado* Pago de lo indebido sin error, *en Rev. Gen. Legisl. y Jurisp., febrero 1946, pág. 129 y ss.). Las consecuencias que produce el defecto de causa en uno y otro caso, son también evidentes: en la fase de formación del contrato el defecto de causa origina la nulidad, por tratarse de un requisito esencial sin el cual "no hay contrato" (artículo 1.261); en el pago de lo indebido (supuesto de enriquecimiento sin causa), el defecto de causa en la atribución patrimonial no da lugar a la nulidad sino a la* condictio, *es decir, a una acción dirigida a obtener la restitución.*

Por lo demás, la misma sistemática del C. c. contribuye a que no se confunda el significado de la causa (ni el alcance de su exigencia) en uno y otro caso, pues el enriquecimiento sin causa viene regulado (como

"cobro de lo indebido") entre los cuasicontratos y, por lo tanto, no cabe pensar en que la causa pudiera tener aquí un significado semejante al que tiene cuando se alude a ella como requisito esencial para la validez de los contratos. No es éste el lugar para entrar en la cuestión relativa al mayor o menor acierto de esta sistemática (por lo que se refiere a los cuasicontratos), pero, indudablemente, a ella se debe en buena medida el que la noción de causa pueda mantener una significación peculiar en cada caso y el que no dé lugar, sobre este punto, a demasiadas confusiones.

Por todas estas razones se explica que la "causa falsa" en lugar de ser entendida como fin erróneo o no realizado, haya sido casi exclusivamente aplicada al supuesto de la simulación. A lo que también ha contribuído el Código civil, ya que no se ha limitado (como el art. 1.131 del C. c. francés) a decir que la obligación con causa falsa no puede producir efectos, sino que en el art. 1.276 ha establecido la siguiente regla: "La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita". Precisamente a base de este artículo, los autores y la jurisprudencia han elaborado la doctrina de la simulación relativa.

La concepción de la causa como falta de realización del fin perseguido por alguno de los contratantes encuentra un serio obstáculo en la distinción entre causa y motivos, en la que tanto ha insistido la jurisprudencia. Tal concepción se aproximaría más a la idea del error en los motivos, error al que no se le reconoce trascendencia. Aunque la jurisprudencia ha admitido alguna interesante excepción a esta regla, como, por ejemplo, en el caso en que los cálculos y combinaciones frustradas de uno de los contratantes se basaren en "hechos que fueron la causa principal y única *del contrato" (sentencia de 8 de mayo de 1918) (v. Pérez y Alguer, ob. cit., I-2, pág. 239).*

Sobre las interferencias entre la doctrina de la causa y la del error, v. Roca Sastre y Puig Brutau, La causa en el negocio jurídico, *en* Estudios, *cit., I, págs. 72-76.*

Con todo, la distinción entre causa y motivos sólo ha podido ser afirmada de manera tajante en casos en los que se trataba de aplicar el art. 1.274 o, mejor dicho, en casos que podían resolverse con la aplicación de dicho artículo. Al menos para los contratos onerosos, el artículo 1.274 ha podido servir de apoyo a una concepción objetiva de la causa, y en ese terreno es en el que principalmente se ha desenvuelto la aludida distinción entre causa y motivos. Pero, en cambio, la exigencia de una causa lícita (art. 1.275) resulta difícil de resolver si se mantiene esa distinción; de ahí que se haya observado acertadamente que la referencia del art. 1.274 a la causa como fin inmediato, idéntico en cada categoría de contratos, no sirve para explicar precisamente aquellos casos y aplicaciones (como los de la causa ilícita) en que la doctrina de la causa puede tener mayor trascendencia (Castán, ob. cit., III, pág. 372 de la 8.ª ed.) y que la referencia a una causa torpe supone una valora-

ción de los móviles o motivos que han inducido a contratar (Puig Brutau, Fundamentos, *cit. II-1, pág. 156). Nada tiene de extraño, por lo tanto, que las sentencias que han tenido que resolver casos de ilicitud de la causa sean las que hayan dado lugar a una concepción subjetiva de la causa, tendencia que se ha afirmado recientemente en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Ambas tendencias, objetiva y subjetiva, no se presentan pues como sucesivas en el tiempo, de manera que pudiera parecer que una de ellas ha superado y sustituído a la otra, sino como dos tendencias que pueden coexistir dada la disparidad de criterios que, como ya advertíamos, inspiran a los arts. 1.274 por una parte y 1.275-1.277 por otra.*

Así ha podido decir Puig Brutau que el carácter unitario del concepto de causa es una ilusión sin fundamento. *En un párrafo que vale la pena reproducir, el citado autor resume así la significación actual de la causa: "La utilidad que el concepto de causa rinde en Derecho moderno se funda en que permite juzgar de la validez de los contratos por razón de su contenido. En la tarea incesante del Derecho, que trata de obtener soluciones prácticas por un lado y de mantener un sistema de ideas por el otro, como si las primeras resultasen precisamente de las segundas, el concepto de la causa desempeña el papel de permitir disfrazar consideraciones de política jurídica y conveniencia social con la invocación de conceptos abstractos. La distinción entre causa impulsiva y causa final encubre un recurso del arbitrio judicial para tener en cuenta los motivos que pueden determinar la nulidad de un contrato, por su significado antisocial. Toda referencia a la causa ilícita supone, asimismo, un recurso a los móviles que han inducido a contratar, en contraposición a los elementos que puedan aparecer como la causa objetiva del contrato o uniforme para todos los de cierta clase. La referencia a la causa falsa o a la ausencia de causa está más relacionada, en cambio, con ese elemento uniforme y objetivo que aparece en los contratos que pertenecen a un grupo determinado. El concepto de causa sigue actuando de manera eficaz y útil gracias a su efectiva diversidad por debajo de su aparente unidad" (ob. cit., pág. 163).*

La causa en relación con los problemas del acto abstracto y del acto formal. — *La posibilidad del contrato abstracto en nuestro Derecho parece desprenderse del art. 1.277 del C. c.: "Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario". En virtud de este precepto, la causa, que ha de existir siempre puesto que es un requisito esencial (art. 1.261) sin el cual el contrato no produce ningún efecto (art. 1.275), no ha de ser necesariamente expresada en el contrato. El Código establece una presunción en favor del acreedor, que podrá ser destruída por una prueba en contrario aportada por el promitente. Suele decirse que con ello se invierte la carga de la prueba, pero esta inversión ha de entenderse con ciertas reservas. En efecto, la presunción del art. 1.277 no afecta para nada a la regla establecida en el art. 1.214, a tenor del cual "incumbe*

la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone". Puesto que esta regla queda en pie en todo caso, el acreedor tendrá siempre que probar el contrato; probado el contrato, aunque en él no se exprese la causa se presume que existe y que es lícita; al deudor le corresponderá probar la inexistencia o la ilicitud de la causa.

Pérez y Alguer (en ob. cit., I-2, pág. 91 y ss. de la 2.ª ed.) observan que, si bien todos los contratos obligatorios típicos que reconoce y regula el C. c. español son causales, por cuanto expresan su causa, ello no impide que cualquiera de las obligaciones susceptibles de ser contenido de uno de esos contratos, puedan ser aisladas y abstraídas para ser llevadas a constituir el contenido exclusivo de otro negocio aparte.

De acuerdo con estas ideas, Núñez Lagos y Castán encuentran el fundamento del contrato abstracto en la libertad de contratación que en nuestro Derecho arranca del Ordenamiento de Alcalá y está reconocida en el art. 1.255 del C. c. y que, en virtud de la presunción establecida en el art. 1.277, permite a las partes celebrar válidamente un negocio jurídico excluyendo del contenido de la declaración de voluntad toda referencia a la causa jurídica. La figura del contrato abstracto se construye acudiendo a la idea de la superposición de dos contratos o de dos relaciones: una de estas relaciones — contrato causal, relación fundamental o subyacente — sirve de causa o razón de existencia del contrato abstracto (v. Castán, ob. cit. 8.ª ed., IV, pág. 767 y ss.) Núñez Lagos señala la coexistencia del negocio jurídico productor de atribuciones o cambios patrimoniales y en el que se habrá prescindido de la causa al hacer las declaraciones de voluntad (negocio abstracto), al lado — pero con independencia — de un complejo de relaciones jurídicas causales, que yace en el fondo del anterior y al cual sólo habrá que retroceder in judicio *cuando el primero sea impugnado con fundamento* (El enriquecimiento sin causa..., *cit., págs. 39-40).*

En contra de este criterio, Roca Sastre y Puig Brutau denuncian la "esterilidad" de las construcciones elaboradas por los autores antes citados y entienden que no cabe sostener que en nuestro Derecho existan negocios jurídicos de naturaleza auténticamente abstracta. El art. 1.277 del C. c. está situado en un terreno meramente probatorio y no de derecho sustantivo o material. El Código no ha previsto la existencia del negocio jurídico abstracto, sino de un negocio jurídico sólo de expresión abstracta pero, en definitiva, necesitado de estar unido a una causa para poder existir. En un verdadero sistema de abstracción, la consecuencia más importante sería la imposibilidad de que el deudor impugnara la validez del acto abstracto a base de alegar excepciones fundadas en el negocio causal. Al hacerse valer el negocio abstracto (juicio ejecutivo) el deudor sólo podría oponer las excepciones que se fundaran en la nulidad o invalidez del negocio abstracto, en sí mismo considerado; las que tuvieran su fundamento en el negocio causal no podrían ser alegadas en un verdadero juicio ejecutivo y sólo podrían ser tomadas en consi-

deración en el juicio declarativo correspondiente. Todo el sistema estaría dominado por el principio solve et repete, *en virtud del cual el deudor habría de pagar en todo caso sin perjuicio de que en otro procedimiento pudiera reclamar; juego procesal que consistiría en ordenar el* solve *en el juicio especial y el* repete *en el juicio plenario.*

En opinión de los citados autores, este régimen no tiene aplicación en el Derecho español. La tasa o limitación de excepciones en nuestro juicio ejecutivo no se funda en la doctrina del negocio abstracto, sino que la Ley de Enjuiciamiento Civil se limita a establecer una lista taxativa de excepciones (art. 1.464) con miras a obtener cierta simplificación procesal, pero sin tratar de evitar que dentro del mismo juicio ejecutivo pueda discutirse la nulidad de todo lo actuado por razones basadas en el precedente causal (L. E. C., art. 1.467). Por tanto, en el momento más interesante de la realización del Derecho, nuestra legislación desconoce el efecto procesal típico del negocio abstracto (Roca Sastre y Puig Brutau, El enriquecimiento sin causa, *en loc. cit. v. especialmente páginas 490-493).*

En la misma dirección se manifiesta Garrigues con referencia a la letra de cambio, y su argumentación resulta de especial interés ya que precisamente en la letra de cambio se ha querido ver uno de los más típicos supuestos de abstracción. Señala Garrigues que ni la circunstancia de estar ligada a una forma solemne ni la de llevar incorporado el derecho de crédito son suficientes para que la letra se transforme sin más en un negocio abstracto. Si la distinción entre título causal y título abstracto ha de tener algún valor que no sea simplemente teórico tiene que ser llevada al terreno de las excepciones oponibles al tenedor del título. Ahora bien, desde este punto de vista de las excepciones oponibles por el deudor, la realidad es que no hay títulos absolutamente causales y títulos absolutamente abstractos, sino más bién títulos que funcionan de un modo preferentemente causal o de un modo preferentemente abstracto, según el grado de protección que la ley haya querido conceder al tenedor del título. Las excepciones causales afloran a la superficie también en los llamados títulos abstractos, de los cuales se ofrece como prototipo la letra de cambio; y viceversa, a veces también en los llamados títulos causales se excluye la apelación a los vicios de la causa frente a un tenedor de buena fe. La distinción entre negocio causal y negocio abstracto fracasa justamente en el único terreno en que podría demostrar su valor práctico: en el de la admisibilidad de excepciones causales (Garrigues, Tratado de Derecho mercantil, *Madrid, 1955, t. II, páginas 40 y 197; v. todo el cap. XXIII, págs. 189-263, dedicado al problema de la causa en la letra de cambio; de especial interés la parte final del capítulo en la que recoge las tendencias de la jurisprudencia sobre estos problemas; v. págs. 259-262, para la jurisprudencia relativa al problema de las excepciones causales).*

¿Qué conclusión cabe sacar de todo ello? Ciertamente, esas consideraciones sobre las consecuencias procesales de la abstracción constituyen

una grave objeción frente a la doctrina del acto abstracto. De ellas resulta que aunque pueda hablarse de abstracción y, concretamente de abstracción procesal de la causa, los efectos del acto abstracto quedan muy moderados aún en el mismo ámbito procesal. Con todo, el art. 1.277 permite deducir una consecuencia interesante: la expresión *de la causa no es requisito que deba concurrir en el momento de perfección del contrato. El Código exige que el contrato tenga causa, pero esta exigencia reviste un matiz especialísimo desde el momento en que la misma ley se muestra dispuesta a presumir la existencia de aquello que exige.*

En virtud de esta regla, y con las salvedades ya apuntadas, puede hablarse de abstracción y de contrato abstracto. La construcción del contrato abstracto a base de la distinción entre la relación causal (fundamental o subyacente) y la relación abstracta puede ser aceptada con la condición de que no se la lleve hasta el extremo de considerar que el acto abstracto vive y produce sus efectos con independencia de la relación que le sirve de causa. La posibilidad de oponer excepciones basadas en la relación causal limita considerablemente tal independencia.

§ 23.

De una cierta extensión de los requisitos de la «cause suffisante, raisonnable o juste» fuera del campo de los contratos de cambio atípicos y de las promesas a título gratuito.

Como hemos visto a lo largo de nuestro trabajo (§§ 1-21), los requisitos de la *cause suffisante, raisonnable* o *juste,* unidos, en su caso, al de la forma, como modernos *vestimenta* del pacto, operan en el campo de los contratos de cambio atípicos (en el sentido indicado en el § 10), en el campo de las promesas a título gratuito (incluyendo el problema de la *causa praeterita:* v. §§ 11 y 14 y sigs.) y en el de la cláusula penal. Tales requisitos, lo mismo que la no admisión del acto abstracto (v. § 22), responden a diversas razones: protección del promitente y de su familia, necesidad de comprobar la voluntad de vincularse en el plano jurídico y sus límites, moderación de la responsabilidad del promitente según criterios de justicia. Razones todas que podrían resumirse en la de la protección al promitente, si con ellas no coexistiera también algunas veces la de la necesidad de seguridad en las relaciones jurídicas.

Tal exigencia de protección del promitente, en el aspecto de una *cause suffisante, raisonnable* o *juste,* se ha dejado sentir solamente en el campo de los contratos de cambio atípicos y en el

de la promesa a título gratuito. En los contratos de cambio típicamente económico, por la seguridad y estabilidad que se dan en las relaciones usuales de cambio, no ha sido necesario requerir que la contraprestación (*causa*, en este sentido) sea objetivamente *suffisante* para excluir la idea de la donación y el correspondiente requisito de forma; ni que el conjunto de las circunstancias y de los intereses en juego revele una *cause raisonnable* o *juste* para obligarse o para obligarse en una cierta medida (v. supra § 4, *d*; § 10, *b*, al final; § 13, *d*; § 14, *e*; § 14 bis; §§ 15 y 20). Otro tanto ha de decirse de la fianza o de otras promesas semejantes que suscitan cierta confianza, que ha llegado a ser típica, en el comercio ordinario (v. supra § 14, *f* y § 16).

En todos estos casos, la falta de una *cause suffisante, raisonnable* o *juste* solamente puede llegar a tener relieve si se la considera como un vicio del consentimiento (violencia, dolo, error) o como una lesión, remedio este último que además presupone una cierta falta de libertad en el consentimiento o cierto aprovechamiento del estado de necesidad, de inexperiencia, de agitación pasional de la víctima. En dichos casos, al no fundarse la acción en una falta de *cause suffisante* como requisito del contrato, queda sujeta en general a un plazo breve de prescripción.

Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina francesas han extendido el requisito de la *cause suffisante, raisonnable* o *juste* al campo de los contratos típicos de cambio y de las promesas a que hemos aludido, como la fianza, que tienen ya en sí mismas, por la confianza que suscitan en el comercio ordinario, una "causa" o razón justificadora de la sanción.

Véanse sobre este particular el caso Blinn y otros semejantes recogidos en el vol. II "Casuística", así como otros citados por los autores franceses.[1] Los casos más frecuentes son: el de un contrato de renta vitalicia (contrato de cambio típicamente económico) en el que la renta anual del inmueble sea suficiente para pagar cada año la renta convenida en el contrato; o el de una fianza o un aval en circunstancias que no hagan admisible la asunción del compromiso. Estas distintas circunstancias, incluyendo

1 Cfr. algunos de los casos mencionados por Demogue, *Traité des obligations*, II, núms. 748-749, 751-752 y 766; por Planiol, *Traité pratique*, cit. VI, números 262-263; y *Traité élém.* cit. II, núms. 300 y sgtes. Cfr. también autores y jurisprudencia franceses citados por Mason, *The utility of consideration*, etc. en *Columbia Law Review*, 1941, vol. 41, págs. 827-831.

Por el contrario, no parece referirse a estos casos la sentencia de la Casación italiana en el caso Rubatto-Natta (v. vol. II "Casuística"); v. § 22, nota 8.

la ausencia de elemento aleatorio, que es esencial en el contrato de renta vitalicia, proyectan sobre el contrato la sospecha de una falta de libertad de la voluntad o de un aprovechamiento de la ligereza, de la inexperiencia y del estado de necesidad del promitente o enajenante.

La razón que inspira a aquellas decisiones jurisprudenciales parece ser precisamente esta sospecha genérica, y tal vez fundada, o la falta de una razón objetivamente admisible para obligarse o para enajenar en aquellas concretas condiciones.

Dada esta concepción y puesto que la intención de donar o de obligarse libremente sin aquella causa, o de enajenar a cambio de un riesgo tan pequeño,[2] se presenta como algo fuera de lo corriente, incumbiría al destinatario de la promesa o de la enajenación la carga de probar que efectivamente ha existido tal intención de donar o de obligarse.[3] Y entonces, tratándose de una obligación de dar o de una enajenación, podría plantearse solamente el problema de la forma de la donación, problema que algunas veces ni siquiera surge en el Derecho francés, en el que se admite la validez de una donación disimulada bajo la apariencia de un contrato de renta vitalicia no revestido de la forma notarial (v. § 38 al final). Pero ante tales sospechas, si no resulta evidente la intención de donar, ni siquiera la forma del documento notarial sería suficiente por sí misma.

Si, por tanto, el destinatario de la promesa o de la enajenación no suministra tal prueba, dicha sospecha adquiere todo su relieve y da lugar a la nulidad del acto en virtud de la falta de causa (suficiente o razonable).

No puede olvidarse que esta corriente se ha afirmado especialmente en el Derecho francés, en el que no existe una acción general de rescisión por lesión que se funde en una falta de libertad del consentimiento, acción que, por ejemplo, se encuentra en

2 Así por ej., el caso Blinn (v. vol. II) y otros semejantes. En realidad, aunque la renta anual del inmueble sea suficiente para pagar anualmente la renta vitalicia convenida, no puede afirmarse, como lo afirman la Casación francesa y otros con ella, que falta todo elemento de azar o riesgo para el comprador del inmueble y que, por tanto, no existe un precio. Baste pensar en el caso de que el inmueble perezca fortuitamente por un incendio, por aluviones, o que por estos u otros hechos, también de carácter económico general, el inmueble no produzca aquella renta durante varios años, o aumenten las cargas tributarias, etc. Si la edad del enajenante es muy avanzada, este riesgo quedará reducido al mínimo; pero, con todo, siempre existe y el enajenante se libera de él

3 Esto recuerda, en cierto modo, la inversión de la carga de la prueba de regularidad del negocio, que corresponde a quien es sospechoso de *undue influence* en el *common law*. V. § 32 e infra nota 9.

los arts. 138 C. c. alemán, 21 Cód. suizo. oblig., 1.448 C. c. ital. y 129 C. c. egipcio. Pero, por más que la falta de tal acción general se haya invocado como razón para justificar a dicha corriente,[4] parece que la verdadera razón deba ser más amplia y de más amplio alcance. En efecto, dicha corriente ha operado también en materia de contratos de renta vitalicia, en los que según la jurisprudencia francesa cuando, a pesar del carácter aleatorio, el juez pueda determinar el valor de las dos prestaciones, se considera aplicable el remedio de la acción de rescisión por lesión concedida para la venta de inmuebles. La jurisprudencia ha afirmado, en otros términos, la nulidad del contrato prescindiendo de los requisitos de la acción de rescisión por lesión y de su breve plazo de caducidad (v. el caso Blinn y otros en el vol. II). Además, la ausencia de una acción general de rescisión por lesión no es una razón que pueda explicar los casos de fianza sin *cause raisonnable* y otros semejantes.

La razón a que obedece dicha corriente francesa parece, pues, ser otra: parece que recurriendo al defecto de un elemento objetivo esencial, como la *cause suffisante* o *raisonnable,* defecto que produciría la *nulidad* de la promesa o de la enajenación, se han querido superar los límites o los requisitos exigidos para la impugnación por dolo, violencia, error o lesión (límites consistentes en la prescripción o caducidad, en la prueba, en los requisitos objetivos del error o de la lesión que excluyen el error o la ligereza de valoración o de apreciación). Y se los ha querido superar tanto por las dudas sobre la existencia en concreto de tales requisitos, como porque el tenerlos en cuenta hubiera dado lugar en los casos concretos a soluciones injustas. Para superarlos no había otro camino que el de recurrir a la idea de la falta de causa, como requisito objetivo del contrato.[5]

Se ha invocado a este propósito la frase "*sans cause*" del artículo 1.131 C. c. francés. Pero, como hemos tenido ocasión de advertir (v. § 22, *f*), este artículo no se refiere a la *cause suffisante* o *raisonnable,* sino a la no realización de la *causa solvendi* o *adquirendi,* que en aquellos casos resueltos por la jurisprudencia

4 V. Saleilles, *Déclaration de volonté,* núms. 3-5, págs. 252 y sgtes., quien dice que el requisito de la "causa" del art. 1.131 C. c. francés (entendido según la corriente que estamos examinando) cumple la misma función que el § 138 Código civil alemán.

5 En el caso Blinn, la Casación francesa ha adoptado el argumento, prácticamente equivalente, de una venta nula por falta de precio, requisito esencial. En realidad, un precio más o menos relevante según los acontecimientos futuros en que consistía el azar, existía siempre (v. nota 2).

francesa se realiza tal como ha sido querida por el promitente o enajenante,[6] aunque su voluntad no haya sido libre o no se haya formado perfectamente.

Más bien se debía invocar, y se ha invocado,[7] la concepción de la *cause suffisante* o *raisonnable* (a la que no se alude en el artículo 1.131) por una especie de extensión analógica, ya que, en cierto sentido, también la *cause suffisante* o *raisonnable* (junto con la forma) se dirige a proteger al promitente contra las deliberaciones apresuradas, no ponderadas o tomadas sin la necesaria apreciación de valores y de elementos de hecho. Y podría invocarse también una analogía con la justificación que frecuentemente se ha aducido sobre la posibilidad de reducción de la cláusula penal (véase § 21, *b*, notas 32-35).

Sin embargo, la *cause suffisante* y la *cause raisonnable*, por las razones indicadas al principio del presente §, estaban destinadas a operar solamente en el campo de los contratos atípicos de cambio y en el de los contratos a título gratuito, dado el carácter objetivamente no económico de la contraprestación o dada la ausencia de ésta según la misma naturaleza del contrato.[8] En cuanto a la posibilidad de reducción de la cláusula penal, la justificación puede ser otra; en todo caso, precisamente la jurisprudencia francesa, siguiendo a su código, ha negado tal posibilidad de reducción (véase supra § 21, *b*, nota 35).

6 En efecto, son distintos de los que estamos examinando los casos en los que el azar, tal como ha sido querido por las partes, no se realiza o no existe (v. arts. 1.876 y 1.895 C. c. italiano y concordantes); o los casos de perecimiento de la cosa vendida antes de la venta. Estos casos se incluyen verdaderamente en el concepto de falta de causa como no realización del fin del contratante (v. supra § 22, nota 8). Pero la doctrina a que nos referimos en el texto, víctima, como siempre, del equívoco terminológico conceptual de la "causa", parece algunas veces entender que en tales casos falta la causa en el mismo sentido en que el art. 1.131 y Pothier hablaban de la falta (no realización) de una *causa adquirendi*. Otra de las innumerables confusiones nacidas de dicho equívoco terminológico y conceptual (v. supra § 22, notas explicativas 1 y 2).

7 V. Demogue, op. y loc. cits.

8 En efecto, en los contratos típicos de cambio, si aquella determinada contraprestación ha sido querida (aunque sea por ligereza, error, falsa apreciación, etc.), sólo pueden presentarse dos casos: o la desproporción es tan grande que puede decirse que falta un precio y que surge objetivamente la idea de la donación (v. supra § 10, nota 3) y entonces la cuestión será solamente la de la existencia de la forma de la donación u otra análoga, de manera que existiendo ésta será válido el acto; o bien la desproporción no es tan grande, y entonces sólo quedan los remedios de la acción de rescisión por lesión, de la impugnación por violencia, dolo, etc., limitados a los términos establecidos y con el concurso de los requisitos exigidos para la estabilidad y la seguridad de las relaciones jurídicas, exigencias que son imprescindibles en las relaciones típicas o usuales de cambio en una ordenada vida económica.

Sustancialmente, pues, el alcance de la corriente que estamos examinando, *inspirada en los fines generales de protección propios de la "causa" en sus distintos aspectos,* se cifra en proteger al promitente o enajenante en casos que rayan en la iniquidad; o de garantizar, mediante tal extensión de la *cause suffisante* o *raisonnable,* la formación de una voluntad libre de presiones externas y de deficiencias internas, de las que el otro contratante pudiera aprovecharse, en casos en los que los remedios normales frente a la lesión o frente a los vicios de la voluntad no sean aplicables o sean difícilmente utilizables por la víctima.[9]

De esta manera, el requisito de la "causa", en sus distintos aspectos objetivos, adquiriría el significado, tan amplio y elástico como vago e incierto, de un medio para garantizar la formación de una voluntad libre y perfecta del promitente o enajenante. Lo cual no es otra cosa que una extensión del significado del requisito de la causa, en el sentido objetivo de justificación de la obligación, más allá de sus límites tradicionales y propios.

El resultado, no obstante, parece ser una grave inseguridad en las relaciones jurídicas y un excesivo favor hacia los promitentes o enajenantes; en efecto, los remedios normales están sujetos a determinados requisitos y a plazos de prescripción muy breves, precisamente por la necesidad de seguridad y de estabilidad en los negocios. Por el contrario, recurriendo a la idea del defecto de un requisito esencial del contrato, se salta por encima de tales requisitos; además, se concede, como se ha concedido, una acción no sujeta a prescripción. Y precisamente en el campo de las relaciones usuales de cambio, o de cambio típicamente económico, y en el campo de las promesas que normalmente despiertan una confianza, campos en los que la necesidad de seguridad y de estabilidad se hace sentir con más fuerza.

9 Cfr. también Mason, op. y loc. cits. en nota 1. En este aspecto y *mutatis mutandis,* la corriente francesa que estamos examinando recuerda el principio del *common law* según el cual "*gross inadequacy of consideration may be evidence of fraud or undue influence*". Es más, recuerda la concepción general de la *undue influence,* cuando ésta sea considerada existente por el Juez con base en circunstancias concretas (no en ciertas relaciones especiales entre las partes). Pero en el *common law* la acción no es de nulidad, como la que se da por defecto de un (pretendido) requisito del contrato (causa), y el alcance de la *undue influence,* aunque quizá más amplio que el de nuestra impugnación por violencia o por lesión, parece más limitado que en la corriente francesa que estamos examinando. Y se funda además en una distinta concepción de la obligación contractual y en distintas razones históricas (v. infra § 32).

Nota del Traductor. — *Entre nosotros no se ha seguido una dirección que pueda compararse a la que siguen la doctrina y la jurisprudencia francesas en orden a los problemas que se plantean en este §. En general, y por las razones que se apuntan en el texto, los contratos típicos de cambio quedan a salvo de la preocupación de dispensarles una protección extendiendo a ellos las reglas que entran en juego cuando se trata de contratos atípicos o de promesas a título gratuito. La tipicidad del contrato y la misma tipicidad de su causa eliminan el problema; naturalmente, quedan siempre a salvo los remedios propios de los casos en que concurran vicios de la voluntad, o las reglas aplicables a la simulación. En cuanto a la rescisión por lesión, hay que advertir que tampoco existe en nuestro Derecho una acción general de rescisión por lesión (como la que establece el art. 1.448 del C. c. italiano); ha de tenerse en cuenta que el Código español limita taxativamente los supuestos en que cabe rescindir los contratos (v. arts. 1.291 a 1.293) y que expresamente confiere carácter subsidiario a la acción de rescisión, declarando que no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio (art. 1.294).*

Téngase en cuenta también que los requisitos de forma establecidos por nuestro Código para la donación son menos rigurosos que los que imponen los Códigos francés e italiano (v. nuestras notas al § 8). En consecuencia, puede haber casos en los que negándose la validez de un contrato típico de cambio, pueda sin embargo valer como donación si reúne los requisitos formales mínimos de ésta y si cabe apreciar una causa de liberalidad.

Por lo que se refiere al contrato de renta vitalicia, terreno en el que ha actuado especialmente la aludida tendencia francesa, el Código español ha querido asegurar el elemento aleatorio y ha revelado en este aspecto mayor previsión que los Códigos francés e italiano. En el artículo 1.804 nuestro Código declara nula la renta constituída sobre la vida de una persona muerta a la fecha del otorgamiento; hasta aquí, la regla coincide con la establecida en el art. 1.974 del C. c. francés y en el 1.876 del italiano. Pero nuestro art. 1.804 añade: "o que en el mismo tiempo se halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha". En cambio, no cabe que el juez entre en una apreciación del valor de las prestaciones para llegar a admitir una acción de rescisión por lesión; el T. S. ha tenido ocasión de declarar que, por ser aleatorio, el contrato de renta vitalicia no puede ser rescindido por lesión ultra dimidium *(sentencia 28 noviembre 1949).*

Resumiendo: no parece que entre nosotros pueda afirmarse que el requisito (objetivo) de la causa llegue a significar un medio para garantizar la formación de una voluntad perfecta y libre de vicios.

§ 24.

Conclusiones

a) *El sistema de los pactos vestidos en el "civil law"; el elemento típico contrapuesto al nudo consentimiento.*

El estudio que hemos tratado de hacer en los §§ anteriores revela, si no nos equivocamos, que el principio del nudo consentimiento, es decir de la confianza del promisario sobre la base de la pura y simple promesa del promitente (v. § 6), no ha sido acogido en el *civil law*. En lugar de este principio rige un sistema de pactos vestidos, sistema, si se quiere, elástico y de contornos imprecisos.

Para un resumen de estos *vestimenta* y para su *ratio* nos remitimos a lo dicho en el § 19, *a*.

La vestidura por excelencia la constituye el cambio típicamente económico y, por lo tanto, el carácter típico del contrato.

En cierto sentido, como hemos visto en el § 14, *d*, también las promesas a título gratuito de prestaciones distintas de la de dar presentan un carácter atípico o fuera de lo corriente.[1] Algún autor y alguna sentencia (v. el caso Fellman-Mathebs) les llaman contratos innominados, en ese sentido de atípicos o fuera de lo corriente. Y en cuanto a la promesa de dar a título gratuito, si en el *civil law* se presenta bajo el aspecto de un contrato típico (la donación o *causa liberalitatis*), se trata en realidad de un esquema genérico que comprende las más diversas causas y que es válido en cuanto aparezca revestido de una determinada forma (véase supra § 9).

El cambio típicamente económico, como vestidura del pacto, consiste en el cambio entre dos prestaciones de *dar* o entre una de *dar* y otra de *hacer* que tenga carácter típicamente económico, o entre dos prestaciones de *hacer* que tengan este carácter.

1. Si en vez de tratarse de una promesa se trata del cumplimiento de una prestación a título gratuito (comodato, mutuo real, donación real), entonces el elemento real constituye una vestidura del acuerdo, para la validez no de la promesa que ya ha sido superada, sino del acto de disposición sobre la propiedad o sobre el goce de la cosa y, eventualmente, de la obligación de garantía (v. infra § 38 sobre el *transfert*). En cuanto al depósito, la recepción de la cosa constituye la vestidura típica para la obligación de custodiar.

Este esquema de cambio típico constituye una vestidura, es decir una *causa civilis* para la sanción jurídica de cada promesa, ya que con dicho esquema se resuelven los siguientes problemas (véase § 1):

1.º el de la existencia de la intención de contraer un vínculo jurídico;

2.º el de una exigencia de justicia para la condena del promitente, combinada con la exigencia de seguridad y estabilidad de las relaciones jurídicas, exigencia que precisamente se impone con mayor intensidad en los contratos que tengan cierto carácter típico (v. § 10, *b* y § 23).

Fuera de dicho esquema de un cambio típicamente económico, el pacto o promesa será válido solamente si se presentan otros caracteres o *vestimenta* determinados, para los cuales nos remitimos a lo que sobre ello se ha dicho en los §§ 8 a 22 (también la cláusula penal es, en cierto modo, un pacto típico o *adjectum*, independientemente de la posibilidad de su reducción).

Además tal pacto es válido, es decir produce obligaciones, solamente dentro de ciertos límites que también se relacionan con la idea de un *vestimentum* (v. § 14, *e*, §§ 15-17 y 20-21) y que no se presentan en el esquema del cambio típicamente económico.

Prescindimos ahora de las otras vestiduras formales a que nos hemos referido en el § 18.

El *civil law* revela, pues, una antipatía o desconfianza frente a los contratos atípicos, incluídas las promesas a título gratuito. Pero habría que indagar las razones y el alcance de esta desconfianza para no caer en apreciaciones erróneas o demasiado genéricas:[2] v. también § 33, *a*.

En el fondo, la discusión característica en el desarrollo del *civil law* entre principio del nudo consentimiento y principio del pacto vestido expresa la lucha entre la admisión del elemento atípico y no formalista, representado por el primer principio, y las exigencias del elemento típico. Este elemento, como ya advertía Grozio, constituye una *causa civilis* para la sanción jurídica de la promesa, ya que resuelve los problemas indicados (v. § 4, *d*).

2 Sobre las apreciaciones erróneas, v. supra § 19 especialmente apartado *b*, 2.º. En cuanto a las apreciaciones genéricas, cfr. Jenks, *The book of the English law*, Londres, 1936, págs. 394-395, quien dice que a diferencia del *common law*, el *civil law* revela la tendencia a encuadrar en tipos los contenidos contractuales queridos por las partes; y que el contrato innominado (atípico) no ha recibido una cordial acogida *(a hearty welcome)* en el moderno *civil law*. Pero Jenks no dice en qué consiste precisamente esta antipatía, ni cuáles son sus razones y su verdadera importancia práctica.

La admisión del elemento atípico no significa pretensión de la voluntad del promitente de ser jurídicamente reconocida (v. § 6); sino pretensión del promisario o de la posición de acreedor o, si se quiere, de la conciencia creditoria de una determinada sociedad o de un determinado grupo social: pretensión de que el promitente sea condenado sobre la base de una simple promesa. Ya hemos visto cómo y por qué razones (v. § 19, *a* y § 23 al principio) esta pretensión no ha llegado, en realidad, a triunfar en el *civil law*.

Esta lucha entre elemento típico y elemento atípico se suele presentar en el moderno *civil law* en el aspecto de una lucha contra la promesa a título gratuito, pues se trata precisamente de saber si, en las obligaciones de dar, la contraprestación o la *causa praeterita* son suficientes para excluir la idea y la forma de la donación; y, para las otras obligaciones, si existe una situación (incluyendo la confianza del promisario) que justifique y hasta qué punto la condena de quien ha prometido sin una contraprestación. En todas estas obligaciones surge también el problema de comprobar la intención de obligarse en el plano jurídico y sus límites.

Puede, pues, concluirse diciendo que, desde el punto de vista del Derecho privado, nuestro moderno problema del contrato es sobre todo el problema de la promesa a título gratuito.

b) *La tendencia a las generalizaciones y a las abstracciones propia de los juristas del "civil law"*.

En esta primera parte de nuestro curso hemos tenido ocasión de comprobar esta tendencia de nuestros juristas y sus perniciosos efectos.

Nos limitamos a remitir al lector a los siguientes lugares: § 4, *d*; § 5, *a, b, c, d*; § 6 sobre el poder de la voluntad, como resultado de la generalización o extensión de los caracteres de algunos negocios jurídicos a la categoría abstracta del "negocio jurídico"; § 7, especialmente al final; § 9 al final; § 10, especialmente apartado *f*; § 11, *c, d, e*; § 16, *a;* § 19, *b, c;* § 20, *a*.

Pero el ejemplo más significativo de esta tendencia a las generalizaciones o de esta necesidad de sistematización a toda costa, frecuentemente de carácter nominalista y conceptualista, lo hemos encontrado en la concepción de la "causa" como fin del contratante y al mismo tiempo como razón justificadora de la sanción jurídica (v. especialmente el § 22).

Esta tendencia ha creado y crea enormes dificultades y fatigas ímprobas en el estudio del *civil law* y lo ha convertido a menudo en un verdadero laberinto.

La necesidad de orden y de sistematización ha venido a resolverse, de esta manera, en el desorden y en la confusión.

NOTA DEL TRADUCTOR. — *Las conclusiones expresadas en el texto pueden ser aplicadas al Derecho español sin más salvedades que las que se desprenden de todo lo que en nuestras notas hemos ido señalando como particularidades de nuestro Derecho, dentro del sistema del* civil law.

Es indudable que entre nosotros el principio del nudo consentimiento goza todavía de un prestigio mayor que el que tiene en los demás países. La razón de ello hay que encontrarla en el peso de una tradición que alcanzó su consagración legislativa en el Ordenamiento de Alcalá y que desde entonces fué perpetuándose en todos nuestros cuerpos legales. Los codificadores no pudieron resistirse a incorporar esa tradición; era natural, además, que no lo hicieran teniendo en cuenta que aquel principio gozaba del máximo prestigio en la época de la codificación europea. Así pues, se encontraron con que recogiendo y proclamando dicho principio estaban al mismo tiempo dentro de la tradición española y a la altura de los Códigos que se tomaban como modelo.

Con todo, ya hemos visto que las consecuencias del principio consensual ni son absolutas ni son uniformes. En materia de forma es quizá en lo que nuestro sistema se mantiene más decididamente dentro de la línea consensual. El art. 1.278 proclama el principio de libertad de forma de acuerdo con el principio consensual establecido en los arts. 1.254 y 1.258; recuérdese todo lo que hemos dicho en nuestras notas al § 18 sobre el alcance de la exigencia de forma en nuestro Código y téngase en cuenta el reducido número de contratos para los que se impone un requisito de forma ad substantiam.

Pero esta fidelidad al principio consensual no se manifiesta igualmente en otros terrenos. También hemos tenido ocasión de indicar que la afirmación del art. 1.258 al decir que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento" no puede referirse a todos los contratos, y que el Código ha incurrido al hacerla en una excesiva generalización que en otros artículos había de quedar desmentida. En lugar de llegarse a la conclusión de que todos los contratos son consensuales, ha de mantenerse — y se ha mantenido de acuerdo con el mismo Código — la distinción entre contratos consensuales y reales. Y además, al lado de ellos, la categoría de los contratos solemnes o formales, en reducido número, ciertamente, como ya queda indicado (v. nuestras notas al § 6).

Téngase en cuenta también que si nuestro Código parece mostrarse más decididamente partidario del principio consensual que los Códigos francés e italiano, en cambio compensa esta inclinación al reducir la eficacia del consentimiento contractual que, a diferencia de lo que ocurre

en aquellos otros Códigos, no tiene en el nuestro virtualidad suficiente para operar por sí mismo la transmisión del dominio. Es indudable, pues, que la exigencia de la tradición, sin derogar al principio del nudo consentimiento, viene sin embargo a moderar sus consecuencias (v. nuestras notas a los §§ 1, 22 y 38).

En lo demás, y una vez atendidas estas peculiaridades, puede aplicarse a nuestro Derecho lo que en el texto se dice a propósito de esos vestimenta *que vienen a constituir el moderno sistema de pactos del* civil law.

II

LA EVOLUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL EN EL «COMMON LAW».[1]

§ 25.

Preliminares

a) *Razones de la relativa brevedad de esta segunda parte.*

Al hojear las páginas que siguen el lector advertirá que la parte de nuestro curso dedicada al *common law* es relativamente más breve que la dedicada al *civil law*. La razón de ello es doble.

Ante todo, la mayor parte de los problemas generales que se refieren a la obligación contractual y a su desarrollo han sido considerados al tratar del sistema del *civil law;* de manera que resultará más fácil entender la evolución y el alcance de las reglas y de los principios del *common law* sin necesidad de volver sobre tales problemas. Por lo demás, en la primera parte de nuestro trabajo han sido frecuentes y copiosas las remisiones al *common law*.

En segundo lugar, es indudable que el sistema contractual del *common law* es más sencillo. Dicho sistema está más alejado de aquella "*simplicité du droit naturel*" y de las correlativas tendencias generalizadoras y nominalistas y conceptualistas, que en realidad han traído más confusión que claridad, más equívocos que luz, más desorden que orden (v. supra § 5, *b*, § 4 al final y

1 El breve estudio que sigue, reproduce en parte y en parte desarrolla, amplía y algunas veces modifica, el artículo *Appunti sul contratto obbligatorio nel c. d. diritto continentale e nella common law* (núms. 6-11, publicado en la *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1953). Con relación a este artículo, redactado hacia la mitad del año 1952, el lector encontrará aquí algunas modificaciones, a veces sustanciales, debidas a ulteriores estudios y reflexiones

§ 24, *b*). Por motivos peculiares del ambiente del *common law,* la eterna ilusión de la razón contra la historia, contra la experiencia y contra la costumbre no ha operado en este ambiente.

Dichas tendencias casi han ocultado nuestro verdadero Derecho bajo pesadas superestructuras, semejantes a los revestimientos barrocos puestos sobre nuestros monumentos del Medioevo o del Renacimiento; pero, por fortuna, no tanto como para que estos monumentos, lo mismo que el verdadero *civil law,* no puedan redescubrirse en sus líneas esenciales. Sin embargo, para redescubrirlos (dicho sea sin sombra de inmodestia) ha sido precisa una gran fatiga; ha sido necesario un largo estudio que hubiera podido evitarse si tales superestructuras no hubieran existido. Pero existen y forman parte, en cierto modo, del *civil law;* son un hecho histórico que, como toda historia, ha de tomarse tal como es.

Hay todavía otra razón que, en cierto modo, justifica la brevedad de esta segunda parte dedicada al estudio del contrato en el *common law,* y es que éste es un sistema de *judge made law* o un *case law;* de manera que, para entenderlo, conviene especialmente prestar atención a los casos judiciales. El alcance de sus principios se entenderá mejor estudiando los casos recogidos en el vol. II.

b) *Breves indicaciones sobre el common law.*

Nuestro curso está dedicado al contrato y no al *common law,* a su desarrollo ni a sus fuentes. Sin embargo, la concepción del contrato en el *common law,* de la que ofrecemos aquí un esquema, no podría entenderse sin un cierto conocimiento de los rasgos generales de este sistema jurídico, conocimiento que a su vez se fortalecerá al estudiar el problema del *contract* como uno de los aspectos característicos de dicho sistema. Pero en cuanto a dichos rasgos generales hemos de limitarnos a remitir al lector a las obras que tratan de ellos. Para una primera información, suficiente para un estudiante, aconsejamos la obra de David, *Introduction à l'étude du droit privé d'Angleterre,* citada en la nota 1 del § siguiente, obra verdaderamente recomendable.

Podrá consultarse con provecho, pero ya desde el punto de vista de una mentalidad del *common law,* la obra de Plucknett, *A concise History of the common law,* citada también en el mismo lugar.

Solamente para facilitar algunas remisiones que pronto habremos de hacer o, si se quiere, para comodidad del lector apresurado, incluímos a continuación un brevísimo y pobre resumen sobre el *common law,* sobre su desarrollo y sobre sus fuentes.

1.º El término *common law* significa "derecho común" y en cierto modo es el equivalente de nuestro Derecho común anterior a las codificaciones.

El *common law* es un sistema que se ha desarrollado en la Inglaterra propiamente dicha (Escocia sigue siendo hoy un país de *civil law*; v. § 36). Después se ha extendido: a los Estados Unidos de América (excepto el de Luisiana que, por lo menos en materia de derechos reales, personas, familia y sucesiones, es un país de *civil law;* mientras que en materia de obligaciones, pese a estar en vigor un código perteneciente a la familia napoleónica, se advierten cada vez más las influencias del *common law*); al Canadá (excepto el Bajo Canadá, Quebec, con un código de tipo napoleónico); a Australia y a Nueva Zelanda; éstos son los países en los que domina indiscutiblemente el *common law.*

2.º En una primera fase, que dura hasta la invasión normanda (1.066), el Derecho inglés es el Derecho de un pueblo de origen germánico, los anglosajones, con todas las características de los derechos de tales pueblos, características que todavía se advierten en épocas más tardías. La influencia del Derecho romano es casi nula.

3.º En una segunda fase, que se extiende *grosso modo* hasta el siglo XV, sobre aquél primitivo terreno bárbaro, es decir sobre el Derecho normando y sobre las costumbres locales que poco a poco se habían ido desarrollando, se superpone por obra de los Tribunales centrales de Londres un sistema jurídico con ciertas características peculiares, que será precisamente el *common law.* También en esta fase, la influencia del Derecho romano y del canónico es muy limitada, sin que sea nula, en contra de lo que según antiguas leyendas, muy extendidas, pudiera creerse.

Es, sin embargo, un sistema que presenta muchos rasgos comunes con nuestros sistemas jurídicos medievales.

4.º En una tercera fase, que va poco más o menos del siglo XVI al XVIII, el *common law,* siempre por obra de los Tribunales centrales de Londres, tiende a distinguirse profundamente del *civil law.* A diferencia de lo que ocurre en éste, la influencia de las escuelas de Derecho natural y del pensamiento racionalista es aquí muy limitada. Limitada es también la influencia del Derecho romano (el *civil law* ejerce alguna influencia, especialmente a tra-

vés de la autoridad de Pothier, no siempre rectamente entendido). El Derecho mercantil italiano es también objeto de una recepción o, mejor, de una adaptación. El Derecho canónico, en el que se inspiran los Tribunales de *equity*, no goza de gran simpatía y, especialmente en materia de *torts* y de *contracts*, se ve obligado a ceder ante la victoria de los Tribunales del *common law* sobre los de *equity*.

Salvo estas influencias externas muy limitadas, puede decirse que el *common law* en esta época (que es su época de oro) continúa desarrollando, casi en un espléndido aislamiento, el Derecho medieval, según las características nacionales y el espíritu inglés, adaptándolo a las necesidades de una sociedad moderna. El *common law* (es decir, sus Tribunales) revela un típico espíritu tradicionalista y conservador.[2] Se desarrolla de forma empírica, siguiendo las necesidades prácticas que van surgiendo; y trata de adaptar a estas necesidades las viejas formas, especialmente las formas procesales (*forms of action*), sin preocuparse de construir teorías o de racionalizar teóricamente en un sistema sus reglas jurídicas. Desde este punto de vista, la obra de la doctrina, especialmente como función creadora y de sistematización conceptual, no cuenta en el *common law*. Lo que constituye un elemento muy importante que lo distingue del *civil law* (v. supra § 4 al final y § 24, *b*) [2 bis].

Esta ausencia de desarrollo teórico es un resultado del espíritu empírico y práctico del pueblo inglés, y sobre todo del hecho histórico, que quizá hasta cierto punto es una consecuencia de tal espíritu, de que el *common law* es un producto de los Tribunales (*judge made law* o *case law*).

Pero no hay que creer por esto que el *common law* sea un conglomerado informe y desordenado de reglas incoherentes. En realidad, pese a las contradicciones, las ficciones, las superposiciones y las anomalías inevitables en un modo de formación seme-

2 Por ejemplo, en materia de *property* el *common law* conserva la terminología y ciertas formas o estructuras del Derecho feudal, a pesar de haber sido adaptado y transformado en un sistema que, según algún autor, es una "*good piece of work*", mejor en ciertos aspectos funcionales que nuestra ley sobre la propiedad y sobre los derechos reales (cfr. Lawson, *The rational strenght of English law*, London, 1951, págs. 75 y sgtes.

En la democracia americana el propietario y el arrendatario son designados todavía, con terminología feudal, *landlord and tenant*.

2 bis Hablamos de la época de formación del *common law* (hasta finales del siglo XIX). En tiempos recientes, especialmente en América, se ha dejado sentir cierta influencia de la doctrina, aunque limitada a funciones de coordinación o a propuestas de reforma. V. sobre ello Mancini, cit. en § 37.

jante, constituye un sistema coherente, a veces mucho más rígidamente coherente que el nuestro (v. por ej. infra § 29 al final y § 30 nota 8).[3] Los principios, desarrollados a lo largo del tiempo por obra de los jueces, existen; y aun cuando no se les exprese en la forma característica de las fórmulas de nuestros códigos, actúan en el ánimo de los jueces y de los juristas, como nos hacen observar los mismos autores del *common law*: cfr. por ej., Winfield en su clásico tratado sobre los *Torts*.

5.º En una última fase, desde el siglo XIX hasta nuestros días, el *common law* continúa por el mismo camino. Sigue siendo un *judge made law*, mientras el *civil law*, realizando sus tendencias racionalistas, se lanza por el camino de las codificaciones.

El *common law*, como Derecho común o como conjunto de aquellos principios y reglas que nosotros encontramos en nuestros códigos, continúa siendo todavía hoy un derecho no codificado, aunque existan y aunque sigan dictándose leyes escritas sobre ciertas materias especiales (venta de cosas muebles, sociedad, letra de cambio, etc.).

6.º El *common law* es fundamentalmente *un derecho creado por los Tribunales centrales de Londres*, sobre la base del Derecho consuetudinario y sobre las otras bases antes mencionadas (incluídas las influencias, aunque limitadas, del Derecho romano, del canónico, del *civil law* y de nuestro Derecho mercantil).

Ofrece, desde este punto de vista, una sugestiva analogía con el desarrollo del Derecho romano por obra de los pontífices, del Pretor y de los juristas (que en el *common law* y en esta función fueron casi siempre los jueces de sus tribunales).

Este fenómeno de un derecho exquisitamente judicial, se explica por un hecho histórico decisivo: la centralización de la justicia en los Tribunales de Londres por obra de los reyes normandos, y la victoria de estos Tribunales sobre los Tribunales locales. Todas las causas de una cierta importancia se juzgaban y se juzgan todavía hoy por los Tribunales centrales, tanto en primera como en segunda instancia; cuando el caso lo requiere, los jueces de los Tribunales centrales se trasladan a otros lugares (*circuit*) pero siempre vuelven a Londres.

Estos jueces, en número muy limitado, vivían juntos en una especie de corporación en Londres; lo que facilitó la formación de

3 Sobre esta más rígida coherencia y sobre un exceso de lógica en el *common law*, cfr. Lawson, op. cit. págs. 37 y 70.

un Derecho judicial o jurisprudencial uniforme, teniendo también en cuenta la autoridad del precedente.

A su modo, aquellos jueces eran en realidad, a los efectos prácticos, un cuerpo de legisladores.

Todavía hoy, los procesos en Londres son relativamente pocos, sea porque los ingleses no son muy pleiteadores, sea por el alto coste de la justicia, sea por una serie de medidas profilácticas de las que prudentemente se ha rodeado el *common law* con el fin de economizar los pleitos (en el año 1952 las causas vistas ante la *House of Lords*, que vendría a ser como nuestra Casación, fueron solamente 17).

En países en los que no existe aquella extremada centralización de la justicia, como ocurre entre nosotros en el continente, es muy difícil formar un Derecho judicial uniforme como fuente preeminente. Y es interesante observar que en los EE. UU., donde la justicia no está centralizada y donde existen 48 *jurisdictions* o centros de jurisprudencia, el sistema de *judge made law* da lugar a inconvenientes muy graves; hasta tal punto que hay quien sostiene la oportunidad de una codificación y han sido intentadas algunas en la forma privada del *Restatement*.

En todo caso, la centralización de la justicia inglesa en Londres ha hecho posible la formación de un cuerpo de reglas y de principios que todavía hoy, con las oportunas adaptaciones y evoluciones, constituyen el *common law* de los distintos países que viven según este Derecho.

El carácter de *judge-made law* o de *case law* (derecho que nace del caso concreto resuelto por el tribunal) hace que la *casuística* o el caso judicial, aunque sólo sea como expresión concreta de reglas y principios, tenga una importancia mucho mayor que la que tiene dentro del sistema de las fuentes del *civil law*, especialmente en la época moderna (v. vol. II). Sin embargo, frente a artículos como el 1.382 C. c. francés o el 2.041 C. c. italiano, o los arts. 894, 1.131 C. c. francés, 769, 779, 793, 1.325, 1.418 C. civil italiano y concordantes, que tratan de la donación *cum onere* y más o menos directamente de la causa y de la *cause suffisante*, tampoco nosotros tenemos más remedio que recurrir a la jurisprudencia y a la doctrina (bien entendido, como *communis opinio* y no como descubrimiento o "teoría" de alguno de los conocidos "*savants*").

7.° Ya hemos aludido al conocido principio de la autoridad del precedente (*stare decisis*). Se trata de una autoridad *formal* como fuente del Derecho y no de la simple "*persuasive authority*" que

tienen nuestros precedentes jurisprudenciales. Sin embargo, éste principio, que por sí solo hace posible la formación de un derecho judicial, se ha desarrollado lentamente en el *common law*.

Tal principio presupone una cierta estabilidad y también una cierta rigidez del Derecho y es inherente a un espíritu conservador. El precedente (como, por lo demás, una ley escrita; v. por ej. el *Statute of Frauds* de 1677 en materia de forma escrita), si no ha sido modificado o si no existen otros puede remontarse incluso a varios siglos atrás. Pero mayor rigidez o mayor conservadurismo implican también las fórmulas de nuestros Códigos cuando descienden a disciplinar de manera particularizada una concreta materia. Los jueces del *common law*, aun siendo conservadores y pretendiendo declarar (*to find*) el derecho, no han dejado de hacer evolucionar el *common law* hasta donde era posible y según el temperamento de cada uno y el espíritu más o menos progresivo de las distintas épocas, para adaptarlo a las necesidades de una sociedad en movimiento. A esto han contribuído, lo mismo que en el Derecho romano y lo mismo que algunas veces también ha ocurrido entre nosotros, las ficciones y el arte de distinguir, sobre la base del hecho, el caso en cuestión del caso precedente.

La obra que los Tribunales de Londres han desarrollado, especialmente durante la segunda fase (siglos XII-XV), para adaptar el rígido sistema procesal de las *forms of action* a las necesidades de la nueva sociedad, es verdaderamente algo monumental, comparable a la labor del Pretor y de los jurisconsultos romanos (véase por ej., en materia de contratos, infra §§ 26 y sigs.).

8.° Los méritos intrínsecos de este *common law*, el hecho de ser principalmente un producto del espíritu del pueblo inglés y de que se haya desarrollado con su historia y esté ligado a las libertades del ciudadano inglés (libertades que forman parte integrante del *common law*, sin distinción en este aspecto entre Derecho público y privado ni entre las distintas ramas del Derecho), todo ello contribuye a los ojos del ciudadano de los países del *common law* a rodear a este Derecho común de una majestad y de un respeto que en vano trataríamos de buscar para nuestro Derecho común contenido en los Códigos y en otros textos. Se habla del Derecho como de "*our Lady the Common Law*". Es una sagrada herencia que ha de conservarse en su espíritu fundamental para la misma defensa de la civilización.[4]

4 Cfr. Richard O'Sullivan, *The inheritance of the common law*, London, 1951, partidario de la concepción medieval del *common law*, contra el

El *common law* representa siempre el derecho común o fundamental o lo que entre nosotros se llamarían principios generales del derecho. De manera que la ley escrita, a pesar de la autoridad suprema del Parlamento, es considerada siempre como una excepción a los principios. Lo que explica tanto el modo de interpretación estricta de la ley escrita (*statute*), como el modo de estar redactada, más bien en forma bastante difusa y casuística (aparte de las influencias del espíritu práctico), lo que se hace con el fin de cubrir lo mejor posible los riesgos de la interpretación estricta y de mostrar que sobre todos y cada uno de los puntos los redactores de la ley han querido derogar o modificar el derecho común.

9.° Como hemos dicho, la codificación del derecho común no se ha producido en los países del *common law* (aunque en algunos de los Estados de la Unión Americana existan códigos: v. por ejemplo, infra § 30 al final).

A lo largo de nuestro trabajo citaremos muchas veces el *Restatement* americano sobre los contratos (1932). Se trata de una codificación, o mejor dicho de un "espejo del Derecho", de carácter privado; es obra de una organización de juristas, el *American Law Institute,* que goza solamente de una "*persuasive authority*". Los *Restatements* son varios: sobre *torts, contracts, agency, trusts, property, conflicts of laws.* Se dividen en parágrafos o artículos, que formulan definiciones y máximas, con un comentario y con aclaraciones hechas mediante ejemplos. Dada la formación mental de un jurista del *civil law* pueden serle muy útiles con tal de que los utilice con cautela.

10. Convendrá también aludir, como mera indicación y para entender lo que habremos de decir después sobre el contrato, a un hecho característico: a la distinción entre los Tribunales de *common law* y los Tribunales de *equity.*

Como es sabido, *equity* no puede traducirse por nuestra palabra "equidad". Se trata de un verdadero y propio cuerpo de reglas jurídicas que se fueron formando en los Tribunales de *equity,* presididos por el *Lord Chancellor,* un prelado (de ahí la influencia canónica). Estos Tribunales trataron de moderar los rigores del

Estado legislador moderno que destruye al individuo y a la familia y que, con su legislación confusa y a chorro continuo, está destruyendo al mismo *common law.* "*Medieval thought is today fighting hard for the cause of law against amoral irresponsible state*" (pág. 118). Cfr. análogas concepciones de Tocqueville y de otros en mi libro *Commento a Tocqueville,* Milano, 1948.

derecho estricto, o *common law stricto sensu,* aplicado por los Tribunales del *common law.*

Presididos por el *Lord Chancellor,* eran una directa emanación del Rey, como *Fountain of justice* (de ahí la lucha entre ellos y los Tribunales de *common law,* reducto de los Barones o de los *Lords,* que veían en aquella emanación regia un potencial enemigo de las libertades inglesas y del *common law* que las expresaba históricamente).

Podían existir pues, para el mismo caso, dos acciones o recursos, uno ante los Tribunales de *common law* y otro ante los Tribunales de *equity.* Al decidir sobre estos recursos y al tratar de moderar los rigores del derecho estricto, los Tribunales de *equity* fueron creando poco a poco, mediante la autoridad del precedente, un cuerpo de principios y de reglas tan estables y determinados como los creados por los Tribunales de *common law.*

Más tarde, hacia el final del siglo XIX, desapareció la distinción entre estos dos tipos de Tribunales como distintas fuentes del derecho, y no solamente en Inglaterra (1875), sino, en general, también en los otros países de *common law.* Sin embargo, subsistió y subsiste todavía la distinción entre dos cuerpos de reglas jurídicas, de inspiración distinta y a veces con distintas formas procesales, aunque estos dos cuerpos de reglas sean aplicados hoy por el mismo juez o por jueces de secciones distintas (especializadas) de un mismo Tribunal.

En sentido amplio, el término "*common law*" comprende ambos cuerpos de reglas. En sentido estricto, dicho término se refiere a las reglas emanadas de los Tribunales de *common law,* en contraposición al conjunto de reglas que constituyen la *equity.*

Todo esto tiene especial importancia en materia de contratos, porque esta materia, junto con la de los *torts* y otras, estaba reservada a los Tribunales de *common law* (a diferencia, por ejemplo, de los *trusts*). Estos Tribunales, según su espíritu, que era el del Derecho estricto y en cierto modo formalista, fueron los artífices del sistema contractual del *common law* (v. también infra § 26, *e* y § 35, *b*). La intervención de los Tribunales de *equity,* aun siendo frecuente y de notable importancia, tuvo siempre el aspecto de un remedio excepcional o de un correctivo; por ejemplo, en materia de sanciones por el incumplimiento, la *specific perfomance* o ejecución en forma específica, concedida solamente en algunos casos, fué obra de la *equity,* mientras que la sanción normal para el incumplimiento de un contrato sigue siendo hoy la del resarcimiento de los daños (sobre distintas intervenciones

de la *equity* en materia contractual, v. Hanburg, *Modern Equity*, London, 1949 5.ª ed.). Véanse también infra §§ 26-35.

11. Por último, alguna indicación de carácter terminológico relativa al contrato.

El término "*contract*" en el *common law* indica la obligación voluntaria y comprende no solamente nuestro contrato obligatorio sino también el acto unilateral, la promesa que engendre obligaciones sin necesidad de aceptación (v. sin embargo Pollock, *Contracts*, p. 6, cit. en § 26 nota 1, quien considera como una anomalía esta extensión del concepto o término de *contract* a los actos unilaterales; v. también el *Restatement* americano sobre los *contracts*, § 85, que habla de *contracts* sin consentimiento, *contrates* que, no obstante, en el *common law* tienen siempre carácter excepcional).

Contract es en cierto modo un término equivalente a "*promise*" y se define también como "*a promise or a set of promises*", una promesa o un conjunto de promesas; por supuesto, unificadas por virtud del acuerdo o convención (Williston, *Contracts*, § 1; Pollock, *Contracts*, p. 1; Anson, *Contracts*, p. 21; *Restatement* americano sobre los *Contracts*, § 1; v. nota bibliográfica en el § 26).

Pero la "*promise*" no es todavía el acto (*contract*) creador del vínculo jurídico; para que lo produzca, es decir, para que sea un *contract*, se necesita la forma o la *consideration* (v. §§ sigs.).

El término "*contract*" no es, por lo tanto, el equivalente de nuestro término "contrato" en el sentido moderno; tanto porque el primero comprende también el acto unilateral, como porque el segundo comprende asimismo la convención que tenga por objeto la transmisión de la propiedad o de otros derechos y la constitución de derechos reales en general.

Por otra parte, sería inexacto traducir la palabra "*agreement*" por nuestro término "contrato", como convención que se refiere a relaciones de carácter patrimonial. *Agreement* significa, además de la convención obligatoria, traslativa, constitutiva o modificativa de derechos patrimoniales, la convención o acuerdo que no produzca efectos jurídicos (por ejemplo, *gentlemen's agreement*) y la convención que tenga efectos jurídicos pero no de carácter patrimonial.

Informal o *simple contract* significa contrato o *promise* que no reviste la forma del *act under seal* (contrato formal en sentido estricto: v. infra § 34), aunque pueda estar sometido a la forma escrita o a otras formas. *Formal contract* es, pues, el contrato formal puro.

En cuanto a la terminología de los actos traslativos, constitutivos, modificativos o extintivos de derechos patrimoniales, v. infra § 38 sobre el *tranfert*.

Como hemos de hablar frecuentemente de "*doctrine*", casi no hace falta advertir que, según la terminología del *common law*, la "*doctrine*" es la regla establecida por la jurisprudencia, o sea, lo que nosotros llamaríamos "jurisprudencia"; mientras que "*jurisprudence*" significa teoría, más o menos general, del Derecho; corresponde, en cierto modo, a lo que nosotros llamaríamos "doctrina".

§ 26.

Breves indicaciones históricas sobre el contrato en el «common law».[1]

a) "*Action of assumpsit*" y "*action of debt*".

Es probable que durante la Edad Media estuviera en vigor, en las costumbres y en los Tribunales locales de Inglaterra, el sistema de los contratos formales y reales que encontramos en el

1 *Nota bibliográfica.* — Sobre este punto y en general sobre el contrato en el *common law* se pueden consultar entre otros: Holmes, *The common law* (1882), 43 reimpresión, Boston, 1949, págs. 247 y sgtes.; Ames, *The history of assumpsit, Harvard Law Review*, 1888, reproducido con algunas modificaciones en *Select Essays in Anglo-American legal history*, Cambridge, 1909, III, págs. 259 y sgtes; Salmond, *The history of contract*, en *Law Quarterly Review*, 1887, reproducido en *Select Essays*, cit., v. III, págs. 320 y siguientes; Page, *Consideration genuine and synthetic*, en *Wisconsin Law Review*, 1947, págs 483 y sgtes.; Fifoot, *History and sources of the common law, Tort and contract*, Londres, 1949; el *Sixth interim Report* (1937) del *Law Revision Committee* inglés, que contiene también un bosquejo histórico. Además, naturalmente, los tratados de historia del Derecho: Holdsworth, *A History of English Law*, III, Londres, 1942; Pollock y Maitland, *History of English Law*, III, Cambridge, 1923; Plucknett, *A concise History of the Common Law*, Londres, 1948, págs. 592 y sgtes.

Sobre el tema de la *consideration*, en relación con problemas de reforma y de Derecho comparado, se pueden igualmente ver: Lorenzen, *Causa and consideration in the law of contracts*, en *Yale Law Journal*, XXVIII (1919), páginas 621 y sgtes.; Hamson, *The reform of consideration*, en *Law Quarterly Review*, 1938, págs. 233 y sgtes.; y la serie de artículos sobre la *consideration* de Lewellyn, Sharp, Fuller, Mason y Hays, publicados por la *Columbia Law Review*, XLI, 1941.

La literatura es muy abundante.

Conviene tener también en cuenta los tratados sobre el *Contract*. Como ha habido que hacer una selección entre ellos indicamos aquí los tratados que más a menudo habremos de citar, con la forma abreviada de cita: Pollock,

Derecho continental de dicha época;[2] y ello, por la misma unidad de costumbres y de civilización que en aquella época no había sufrido todavía ninguna rotura seria.

Pero, así como el reconocimiento del contrato formal (especialmente en la forma del *deed* o *act under seal*, equivalente a la *charta* y a la *traditio chartae*) no encontró ningún obstáculo, en cambio el reconocimiento del contrato real, que abría la puerta a una más amplia concepción del contrato obligatorio, hubo de encontrar este obstáculo en el sistema centralizado de justicia de los Tribunales Centrales (los verdaderos artífices del *common law*) y en la correlativa rigidez del sistema de las acciones, *writs* o *forms of action*. La influencia de este sistema de acciones había de dejar una huella peculiar, incluso después de imponerse la idea del contrato real.

Cuando las necesidades de los negocios y del comercio impu-

Principles of Contracts, revisado por Winfield, Londres, 1950 (Pollock, *Contracts*); Anson, *Principles of the English law of contract*, revisado por Brierly, Oxford, 1945 (Anson, *Contracts*); Williston, *A treatise on the law of contracts*, edición revisada por el autor y por Thompson, I, New York, 1936 (Williston, *Contracts*); Cheshire and Fifoot, *The Law of contracts*, London, 1952 (Cheshire and Fifoot, *Contracts*).

En cuanto a la literatura del *civil law* sobre la materia, deja bastante que desear; algunas veces se limita a una equiparación muy poco fundada entre causa y *consideration;* otras se alude a diferencias de carácter técnico que, según se dice, no eliminarían la identidad sustancial de las soluciones prácticas; y, en todo caso, no se tiene en cuenta la distinta evolución histórica y el distinto espíritu de uno y otro sistema, especialmente después de la oleada iusnaturalista de la época anterior a las codificaciones (v. §§ 4 a 6).

Cfr. por ej., Lehr, *Elémęnts de droit civil anglais*, II, 1906, núm. 696; Walton, *Causa et consideration dans le droit anglais des obligations*, en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1919, págs. 469 y sgtes.; Esmein, *Un chapitre de l'histoire des contrats en droit anglais*, en *Revue historique de droit français et étranger*, 1883, págs. 555 y sgtes.; Capitant, *De la cause des obligations*, París, 1927, núms. 87-88; Planiol, *Traité pratique de droit civil*, VI, París, 1952, pág. 323, nota 3; Demogue, *Traité des Obligations*, I, París, 1923, número 884; Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, cit. págs. 456-458; Franceschelli, *Causa e "consideration" nel diritto privato italiano e anglosassone*, en *Riv. dir. priv.*, 1934, II, págs. 208 y sgtes.; Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, págs. 170 y sgtes. y los autores que cita. H. Newman, *The doctrine of cause or consideration in the civil law*, en *The Canadian Bar Review*, 1952, págs. 662 y sgtes.

Contra la equiparación entre *causa y consideration:* David, *Introduction à l'étude du droit d'Angleterre*, París, 1948, pág. 205, y en general los autores del *common law*, excepto Salmond (y todos ellos sin entrar en el examen concreto o profundo del espíritu y de la importancia de las diferencias).

Cfr. también la bibliografía citada en mi artículo *La causa nel pensiero dei giuristi di common law*, en *Riv. dir. Com.*, 1951, I, pág. 340, nota 1; así como la citada por Mancini en el artículo citado en § 37.

2 Cfr. Plucknett, op. cit. pág. 600: Pollock y Maitland, op. cit. II, páginas 184 y sgtes.; Anson, *Contracts*, pág. 15 y los autores que cita.

sieron el reconocimiento del contrato no formal, es decir hacia la mitad del siglo XIV y en el XV, los Tribunales Centrales de Londres, que casi habían asumido el monopolio de la justicia, se encontraron con que no tenían a su disposición una verdadera y propia forma o tipo de acción contractual (fuera de la acción nacida del *covenant under seal,* es decir, del *deed*). De ahí que los Tribunales utilizaran y adaptaran dos formas de acciones: una de carácter delictual, la llamada *assumpsit,* y otra que se podría definir *grosso modo* como acción de restitución; y las utilizaron por aquella afinidad que existe entre los conceptos de delito y de restitución por una parte y la idea del incumplimiento contractual por otra; es un criterio semejante al que se siguió originariamente en otros sistemas jurídicos (v. supra §§ 1 y 2).

1) La *action of assumpsit* se conexiona con la clásica acción delictual de *trespass* y con su ampliación en el *trespass on case.* Tal acción se concedía contra quien hubiera asumido (*assumpsit*) el deber de realizar una prestación[3] realizándola después negligentemente o sin pericia. La idea dominante, al menos para determinar la inclusión del caso en el esquema de la acción, era todavía la idea de un *tort,* de una "*tortious misfeasance*". De esta idea de la *misfeasance* se pasa después a la idea de un *tort* consistente en la "*non feasance*", en el incumplimiento del deber *asumido.* Aquí es más difícil mantener el punto de vista de una responsabilidad extracontractual. Solamente puede hacerse así considerando como delito, engaño o *deceit* (*tricherie*), el hecho de prometer, de asumir un deber y de no mantener lo prometido,[4] concepción muy vaga que algunas veces constituye una ficción y que recuerda análogos procedimientos y concepciones de nuestros canonistas y de otros sistemas jurídicos primitivos (v. supra §§ 1 y 3). Esta concepción parece combinarse también, en una afanosa búsqueda de la justicia, con la idea de que el promisario ha sufrido un daño al confiar (*reliance*) en la promesa.

De este conjunto de ideas muy confusas, inciertas o enredadas unas con otras, se deriva después la concepción de la *consideration* como sacrificio o *detriment* sufrido por el promisario; concepción

3 Por ejemplo: transportar un caballo al otro lado de un río; curar a un hombre o a un animal enfermos; herrar un caballo; construir una casa; o el caso del barbero "que se compromete a afeitar a un cliente con una navaja limpia y no infectada, y que por el contrario realiza dicho trabajo de manera negligente o sin pericia". Cfr. sobre estos casos, en los que se aplicó la *action of assumpsit,* Ames, op. cit.

4 La idea del *deceit* aplicada a una situación contractual *(deceit on case)* data de época más remota: Holdsworth, op. cit. III, págs. 429 y sgtes.

que dejará profundas huellas en el sistema contractual del *common law*. Sin embargo, en los albores de la *action of assumpsit* no aparece todavía con nitidez la idea de que el *detriment* tenga que haber sido *exigido* por el promitente (concepto del "acuerdo"); se trata más bien de una relación de estricta causalidad entre el *hecho* de la promesa y el *detriment*.[5] En esta primera fase, la idea fundamental es la de que el promisario ha sufrido un *detriment* por haber *entrusted* (confiado) la propia persona o los propios bienes a otros, en *reliance* (fiándose) de la *undertaking* o asunción de un deber por parte de estos (Williston, *Contracts*, § 99). Tampoco aquí parece que tuviera relieve el hecho de que el promitente (el porteador, el barbero, el artesano, el médico, etc.; ver nota 3) hubiera exigido una contraprestación por sus trabajos. Bastaba con aquel *entrusting*.

Sólo más tarde, cuando la idea de una acción contractual llega a ser clara, consciente y firme, se establecerá el requisito de que el *detriment* del promisario haya sido solicitado por el promitente en el momento de la promesa (*at the request of the promisor*), en aquella contratación que es sustancialmente una contratación de cambio, un *bargain*. Y entonces, el haber pagado la contraprestación requerida o el haber hecho algo a instancia del promitente aparecerá como un *detriment* requerido. En realidad, este caso o este concepto es distinto del primero, que poco a poco iba pasando a segundo término y casi desapareció para reaparecer después en tiempos recientes (v. infra § 27, *a, b,* sobre los *undertakings* gratuitos).

De esta manera, el "*detriment*" sufrido por el promisario *a instancia* del promitente viene a ser, si bien con caracteres peculiares, algo análogo a lo que era la *res* (en sentido amplio, como prestación o conducta realizada sobre la base de un acuerdo) en los contratos reales medievales del continente (§ 3). Si de este requisito, es decir de que se conviniera una *res,* se podía prescindir en la originaria acción de *assumpsit,* por su carácter delictual (bastando al efecto con que se hubiera sufrido un *detriment* confiando en la promesa), ya no se podía prescindir de él cuando la idea de una acción contractual se hizo más clara (siglo XV). La *action of assumpsit* casi se funde, dado este aspecto de la *res,* con

5 Esta idea originaria de un *detriment* que, aunque no requerido, pero previsible, deriva del hecho de la promesa en relación de causalidad, reaparecerá en el *common law* moderno; v. § 90 del *Restatement* americano sobre los *contracts,* infra § 27, *a.*

la *action of debt,* especialmente cuando surge la figura del *indebitatus assumpsit* (v. infra apartado *b*).

2) La *action of debt* se fundaba en una relación existente entre las partes, en virtud de la cual una de ellas estaba obligada a una prestación cierta y determinada, una cantidad fija y líquida. Aunque esta relación pudiera también no derivar de un acuerdo, sin embargo en la mayor parte de los casos derivaba del hecho de que una persona hubiera recibido algo de otra con el acuerdo o promesa de restituirlo o de dar alguna cosa a cambio. Se trataba sobre todo de los casos de mutuo, de venta, de arrendamiento de obras o de servicios,[6] en los que una de las partes hubiera *ya realizado* la prestación que le incumbía. Se concedía entonces la acción no tanto en virtud del acuerdo o promesa cuanto del *hecho* de que el demandado había recibido una prestación, detentaba sin título la cosa recibida o debía una restitución al patrimonio del actor (v. nota 6).

Más tarde, cuando comienza a perfilarse la idea de una acción contractual, el *quantum* recibido constituye el *quid pro quo* (siglo XV).[7] De esta concepción surgirá después el otro aspecto de la

6 Como se ve, los tribunales del *common law* adaptaron a una genérica situación contractual de cambio una acción análoga a la *condictio* romana para la restitución de un *quid* dado (v. sin embargo infra, *e*). Y, probablemente, en su origen la *action of debt* se refería solamente a los casos de restitución de la misma cosa recibida o del *genus* (aunque también en el mutuo de dinero, según la mentalidad primitiva de entonces, parecía tratarse de cosa propia del mutuante: cfr. Williston, *Contracts* §§ 10, 11; y Pollock y Maitland, op. cit., II, pág. 205).

Sobre la afinidad entre la *action of debt* y la *action of detinue* (detentación de cosa ajena) que posteriormente se desarrolló, cfr. Plucknett, *Concise history*, cit. pág. 345. Y sin embargo la *action of debt* no era una acción real, aunque el *writ* revistiera la forma del *praecipe quod reddat* (Plucknett, op. cit. págs. 343-345).

Además, la *action of debt* no se limitaba a los casos indicados en el texto sino que se extendía también a las deudas resultantes de un *deed* (Plucknett, loc. cit.).

Holmes, *The common law,* cit. págs. 247 y sgtes. sostiene que la *consideration* se desarrolló sobre todo partiendo de la *action of debt.* Si esta no se fundaba en un *deed,* el actor había de probar el fundamento de la acción mediante testigos presentes en la conclusión del negocio; y los testigos no podían jurar y, más tarde, deponer más que sobre un *hecho:* el cumplimiento de una prestación por el actor en favor del demandado, la *res* que probaba de esta manera la conclusión del contrato, contrato real. Este hecho se convertiría después en la *consideration,* generalizada como fundamento de la acción contractual. Pero esta teoría, que enlaza con el primitivo sistema de las acciones y de la prueba, ha sido criticada (v. autores citados en nota 1). Según estas críticas se tiende a reducir el concepto de *consideration* al de *detriment* derivado de la *action of assumpsit* (v. nota 23).

7 Plucknett, op. cit. págs. 597-598.

"*consideration*", como *benefit* recibido por el promitente a modo de "*inducement*" para su promesa, entendida ésta como fuente de obligación contractual.

b) *El "indebitatus assumpsit".*

Esta evolución comenzó a perfilarse cuando, hacia la mitad del siglo XVI, el demandante, que hubiera podido servirse de una *action of debt*, trató de evitarla, ya que la *action of debt* tenía un sistema muy complicado de procedimiento y podía desembocar, todavía en el siglo XIX, en el *Wager of law* (juramento de doce compañeros del demandado de que ésta era inocente y de que su juramento era creible). Además la *action of debt*, que tenía por objeto una suma líquida o una cantidad determinada de bienes fungibles, no podía servir cuando se daba algo a cambio de la promesa de servicios o de bienes que no tuvieran aquellos caracteres.

Para evitar estos inconvenientes el actor acudió al expediente de sostener que, después del acuerdo que había dado lugar al *quid pro quo*, el demandado había prometido,[8] había *asumido* el deber de pagar la deuda preexistente; y de esta forma el demandado era responsable según los principios de la *action of assumpsit*. Con este expediente, que se llamó *indebitatus assumpsit*, el acento caía sobre la *promesa* en vez de caer sobre el simple hecho del *quid pro quo*. Sin embargo, en caso de que el demandado negara, el demandante debía probar también la expresa asunción o promesa de pagar la deuda preexistente. Solamente a comienzos del siglo XVII (*Slade's case*, 1.602) y a raíz de memorables conflictos de competencia entre los tribunales del *common law*, se llegó a presumir tal promesa o asunción.[9] Este hecho, decisivo en la his-

8 El acuerdo, especialmente un acuerdo tácito, no implicaba una *promesa* o un *assumpsit* explícitos; así en el acuerdo "yo hago y tú harás"; o en el acuerdo por el que un albañil viene a trabajar en mi casa, sobreentendiéndose que lo hará a título oneroso.

Se han encontrado analogías, al menos en los resultados prácticos, entre este expediente (de un *assumpsit* respecto a una relación contractual precedente) y el *constitutum debiti* o el *pactum geminatum* de nuestros intérpretes medievales. Cfr. Plucknett, *A concise history*, cit. pág. 608, nota 1 y citas que incluye. Expediente que, no obstante, no tuvo ninguna influencia seria sobre nuestra práctica para hacer triunfar en ella el llamado pacto nudo, como recientes estudios han demostrado: v. supra § 4, nota 14.

9 Todo esto recuerda las discusiones de nuestros intérpretes medievales sobre la equivalencia entre el *convenire* y el *promittere* y sobre la posibilidad de sobreentender un *promittere*.

toria del contrato en el *common law,* señala el triunfo de la *action of assumpsit,* que llega a ser la base de dicho sistema contractual y deja en él, todavía hoy, una profunda impronta (v. infra, *e*).

De esta forma, todo acuerdo, aun sin expreso *assumpsit,* que hubiera dado lugar a un *quid pro quo* recibido (*debt*) llegó a ser sancionado sobre la base de la idea del contrato más que sobre la idea de una obligación derivada del *hecho* de haber recibido algo.[10]

Tampoco es difícil ver aquí una concepción análoga a la de la *res* de nuestros contratos reales medievales[11] (entendida la *res* como prestación positiva de algo, más que como hecho o conducta que implicara un sacrificio, idea que, por el contrario, es la que se acentúa en el *detriment* de la *action of assumpsit*). Se trata de una concepción análoga a la de nuestros contratos reales medievales, pero con caracteres peculiares, como indicaremos (v. infra, *e*).

c) *La "executory consideration": el contrato bilateral.*

Hasta este momento de la evolución del contrato en el *common law,* la *res vel factum,* en general la prestación o conducta convenida como cambio, tenía que haber sido efectivamente realizada (*executed consideration*) para que la promesa pudiera ser sancionada o *enforced.* Antes de tal cumplimiento la promesa era revocable, lo mismo que en el sistema de los contratos innominados romanos y en el de los contratos reales medievales del continente (al menos, mientras no se admitieron en éstos el cumplimiento parcial o las arras: v. supra § 3).

En un cierto momento de este laborioso proceso de evolución, probablemente hacia la mitad del siglo XVI, los Tribunales reconocen también como *consideration* válida una contrapromesa, es decir un *quid* prometido pero todavía no realizado (llamada después *executory consideration*). Y lo hacen, probablemente, sin preocuparse de encuadrar la contrapromesa dentro del concepto del *benefit* o del *detriment,*[12] sino más bien atendiendo a las exi-

10 El *indebitatus assumpsit* dejará huellas en una concepción, discutida y discutible, pero que a menudo reaparece, según la cual la *consideration* válida puede consistir también en una obligación preexistente (civil): v. § 28, *a*.

11 V. supra § 3. Puede verse también alguna analogía con los contratos innominados del Derecho romano; pero muy lejana y que ha de considerarse con mucha cautela (v. infra, *e*).

12 Sobre estas preocupaciones cfr. Pollock, *Contracts,* pág. 145; Corbin, *Cases on the law of contracts,* St. Paul, 1947, pág. 249; Williston, *Contracts,* §§ 103, y 103 A; Cfr. también mi artículo *Causa, consideration e forma*

gencias prácticas que reclamaban el reconocimiento del contrato obligatorio bilateral, y quizá movidos por motivos o concepciones análogas a los que operaron en nuestros derechos continentales.[13]

d) *La concepción moderna de la "consideration": el "bargain" como esquema del contrato no formal.*

El final de este proceso histórico lo señala la clásica definición de la *consideration*: "*An act or forbearance of one party, or the promise thereof, is the price for which the promise of the other is bought, and the promise thus given for value is enforceable*" (un acto o una abstención de una de las partes, o la promesa de esto, es el precio por el cual *se compra* la promesa de la otra, y la promesa hecha de esta forma por una contraprestación queda jurídicamente sancionada).[14] Se utiliza el esquema o la terminología de la compraventa para mejor expresar el concepto general de una promesa hecha a cambio de una contraprestación (sea cual fuere, *aun cuando no represente un interés económico*).[15]

Así, en el *common law* una promesa solamente es sancionada (*enforceable*) en cuanto revista la forma del *act under seal* o exista una *consideration,* es decir, en este último caso, en cuanto forme parte de un negocio de cambio. El esquema del cambio o *bargain,* en el sentido más amplio que comprende también el cambio no típicamente económico (v. supra § 10 nota 2, § 13, *d*, § 21 nota 2), es el esquema del contrato no formal. En cierto sentido se llega a una situación análoga a la del Derecho romano y medie-

nell'atto di alienazione inter vivos, en *Riv. dir. com.*, 1952, I, página 257, en nota.

13 Sobre el *civil law*, v. supra § 4, nota 10. Se trata de la concepción según la cual la concesión *(grant)* de un derecho de crédito (al precio) o de un derecho a la cosa (*grant of the right to possess chattels*, extendido después a los inmuebles) se equipara a una prestación realizada o a la *res* de los contratos reales. Cfr. sobre este punto Holdsworth, op. cit. págs. 437-438.

Es curioso observar que, por este camino y disponiendo de medios *(forms of action)* más limitados, los tribunales del *common law* llegaron a reconocer el contrato bilateral puramente obligatorio tal vez antes de que se reconociera en el *civil law* y, en todo caso, de manera más amplia y genérica que comprendía incluso los contratos más atípicos (v. supra § 4).

14 Según la ya clásica expresión de Sir Frederic Pollock que se apropió la *House of Lords en el caso Dunlop Pneumatic Tyre Co-Selfridge and Co.* (1915).

15 Cheshire and Fifoot, *Contracts*, págs. 53-54, que sin embargo parecen acentuar demasiado el concepto de "precio".

val (v. supra § 2, *b*, § 3, *a*) en los que, sin embargo, el contrato era real.

Nos interesa observar que el fundamento de la sanción jurídica en el *common law* parece ser hoy no tanto el hecho de que el promitente obtenga una ventaja de la promesa o de que el promisario sufra un daño efectivo por confiar en dicha promesa como el hecho de que el *benefit* o el *detriment* hayan constituído el objeto de una contratación, de un *bargain*.[16] Lo que cuenta es la voluntad del promitente, en cuanto que promete exigiendo a su vez algo al promisario, y no la justificación extracontractual del beneficio o del sacrificio.

Es interesante observar que éste proceso histórico de evolución de la idea del contrato es paralelo a la evolución del contenido u objeto de la acción o sanción: una acción que lentamente se va liberando de la originaria impronta delictual (*assumpsit*) y de restitución (*debt*) para llegar a ser verdaderamente contractual; en otros términos, de una acción de resarcimiento de daños por la pérdida sufrida y por los gastos hechos *in reliance of the promise* (v. supra, *a*, 1) o de restitución del valor del *quid* dado (*debt*), se pasa a una acción para el resarcimiento de los daños consistentes en el pleno valor de la prestación prometida.[16 bis]

Los esquemas contractuales reconocidos por el *common law*, por lo menos en principio, son pues el esquema formal (sobre el *act under seal* o *deed*, v. § 34) y el esquema del *bargain* o cambio en sentido amplio, sobre cuyo carácter peculiar y sobre cuyo valor tendremos todavía ocasión de detenernos (v. infra §§ 27 y sigs.).

Consideration significa *bargain*.

Si una promesa no cabe en alguno de estos dos esquemas no obtiene sanción jurídica, aun cuando pueda ser y sea de hecho respetada, especialmente en el mundo de los negocios, como *gentlemen's agreement* (v. infra § 35 nota 16).

En realidad, junto a estos dos esquemas se sancionan otras

16 § 75, *b*, *c*, del *Restatement* americano sobre los *Contracts*: "*Consideration must actually be bargained for as the exchange of the promise... The fact that the promisee relies on the promise to his injury, or the promisor gains some advantage therefore, does not establish consideration without the element of bargain or agreed exchange*".

La *consideration*, (dice Anson, *Contracts*, pág. 85) lo dado o sufrido "*must necessarily be in respect of or in return for the promise*". Lo que se expresa también con el concepto de que dicho *quid* debe haberse cumplido *at the request* (a instancia) del promitente.

16 bis V. Ames, *The history of assumpsit*, cit. en 2 *Harvard Law Review*, I, pág. 15; Corbin, *Cases on the Law of contracts*, St. Paul, 1947, páginas 376-377; Williston, *Contracts*, § 1.338.

promesas o contratos, pero con una acción no contractual o por lo menos de carácter dudoso: concretamente, las promesas o contratos a título gratuito que dan lugar a la entrega de una cosa (*bailment*), como el depósito, o al encargo de llevar a cabo un negocio, como el mandato, para cuya sanción jurídica entraron en juego razones distintas del *bargain* y que obedecen a distintas razones históricas, y para las cuales en vano se trataría de encontrar una *consideration* en sentido propio (v. infra § 27, *b*). Incluso la obligación del *trustee* en el *trust* puede no fundarse sobre un *bargain;* pero el *trust* es un producto de la *equity* y no de los tribunales del *common law,* a los que quedaba reservada la materia del contrato (v. infra § 38 sobre el *transfert*).

Además, la exigencia de la forma o del *bargain* sufre otras excepciones, si bien discutidas y discutibles (v. §§ 27 y 28, *a*).

e) *Breve nota de comparación con el Derecho romano y con la evolución histórica del civil law. La impronta del "assumpsit"; evolución del concepto de "detriment".*

Varias veces hemos hecho alusión a ciertas analogías con la evolución del contrato innominado del Derecho romano y con el contrato real medieval (v. supra § 2 al final, § 3 y apartado *a* de este mismo § 26).

En su forma o estructura y en algunas de sus funciones (véase § 1, *c*) la *executed consideration* y, en cierto sentido, también la *executory consideration* como dación de una promesa, representan algo análogo a la *causa data* o *res secuta* de los contratos innominados romanos y de los contratos reales medievales, especialmente si se tiene en cuenta que uno de los orígenes de la *consideration* fué la *action of debt.*[17] El *bargain* es el "*contractus*"

17 Y también, respecto a la *action of assumpsit,* cuando el *detriment* no dependa del simple hecho de haber confiado en la promesa o *undertaking* (asunción del deber de hacer algo), sino del hecho de que el promitente hubiera requerido a cambio de la promesa una conducta o prestación que representara en sentido amplio un sacrificio para el promisario. El incumplimiento de tal prestación, el hacer o no hacer lo convenido entre las partes, viene a representar lo mismo que la *res secuta* del contrato real y, en este aspecto, cumple las mismas funciones.

Es decir, la *res secuta* era también en el *common law,* desde el punto de vista de la estructura del contrato, un elemento para la formación del mismo; mientras la *res* no hubiera sido *secuta* cualquier promesa era revocable (v. supra § 1, *c;* § 2, *b;* § 3, *a;* e infra § 29).

Por tanto, no parece exacta la opinión de Williston (*Contracts,* § 99) y

del medioevo y algunas veces también del Derecho romano, en el sentido corriente (que todavía conserva hoy) de cambio o negocio; el *contractus* por excelencia.[18]

Pero este "*contractus*" recibe en el *common law* el poderoso aliento de una mentalidad especial que da a aquellos rasgos aparentemente comunes una expresión característica, expresión de la costumbre o del espíritu de un pueblo, de su Derecho y de su historia.

Desde este punto de vista, y a pesar de las indicadas analogías y de la proximidad del *Grand Coutumier de Normandie*,[19] no puede negarse que el *contractus* o *bargain* del *common law* es un producto peculiar de la historia del Derecho inglés.[20]

otros, de que la *consideration*, como requisito *for the formation of an informal contract*, no guarde ninguna *close analogy in the roman or modern civil law* (v. también nota 19).

18 Sobre este significado del término "contrato", v. supra § 4, *b*. Todavía en el siglo XVI (y más tarde) en el Derecho continental el *contractus*, para los autores y según las *coutumes*, es el cambio (v. Fabro y otros citados por Capitant, *De la cause des obligations*, 1923, págs. 429-432, a propósito de la *donatio cum onere;* igualmente Ricard y otros citados por Troplong, *Donations*, núms. 57-59 y 62; v. también Merlin, citado por nosotros en § 4, nota 27; es el argumento por el que el Primer Consul quería excluir la donación del campo de los contratos).

Sobre el significado del término *contractus* como cambio en el Derecho romano y hasta época muy tardía, cfr. De Visscher, *Etudes de droit romain*, París, 1931, págs. 272 y sgtes. y autores que cita.

19 Este *Coutumier (Summa de legibus Normannie in curia laicali*, Cap. 90, § 3) proclamaba el principio: "*Ex promisso nemo debitor constituitur nisi causa precesserit legitima promittendi*"; y esta causa era precisamente la *res* de los contratos reales medievales. Sobre las relaciones entre el *Grand Coutumier de Normandie* y el contrato en el *common law*, cfr. Pollock y Maitland, *History of English law* (cit. supra nota bibliográfica al § 26), II, página 212, así como Chevrier, *Essay sur l'histoire de la cause dans les obligations*, París 1929, págs. 198 y sgtes.

20 No parece que la verdadera diferencia, en cuanto a los acuerdos subyacentes entre las partes, consista en que en los contratos innominados del Derecho romano se acentuara la *datio* o la prestación del promisario (según las conocidas expresiones *do* o *facio ut des, ut facias:* v. § 2, al final) y que, por el contrario, en el *common law* se acentúe el acto del promitente, la promesa, y el requerir, como *bargain* o acuerdo de cambio, aquella *datio* o prestación en sentido amplio del promisario. La acentuación de dicho acto o posición del promitente adquiere, es cierto, un significado especial como fuente de su responsabilidad (v. infra en el texto) pero no tiene nada que ver con la estructura de los acuerdos entre las partes. Estos, tanto en el contrato innominado romano como en el *bargain* del *common law*, podían tener diversa estructura, por ej.: te doy o hago y tú me prometes dar o hacer algo *(do* o *facio ut des o ut facias; quid pro quo de la action of debt);* prometo darte o hacer tal cosa si tú das o haces tal otra (situación del *assumpsit* distinta de la condición verdadera y propia: v. supra § 10, *a*, nota 1 y Williston, *Contracts*, § 112); prometo darte o hacer tal cosa si tú me prometes dar o hacer tal otra, y casos semejantes.

Todas estas posiciones o estructuras de acuerdos contractuales son inter-

Como ya hemos indicado, los Tribunales del *common law*, superando la rigidez de sus *forms of action*, llegaron a admitir una figura análoga a nuestro contrato real medieval, como acuerdo

cambiables y no siempre distinguibles en la práctica, lo mismo en el Derecho romano que en el *common law* (cfr. Williston, *Contracts*, §§ 8, 11, 13 y 99). Lo que interesa es que, cualquiera que fuera la estructura o la iniciativa de una de las partes, el acuerdo no adquiría valor jurídico sino cuando una de las prestaciones fuera realizada; lo que constituye precisamente el rasgo característico del contrato innominado romano, del contrato real medieval y del contrato del *common law* en la fase de la *executed consideration* (v. supra).

La acentuación, en el contrato innominado romano, de la *datio vel factum* anterior (y lo mismo en el *Grand Coutumier de Normandie*, v. nota 19, y en el *quid pro quo* de la *action of debt*) se debe al hecho de que el Derecho romano conserva en sus textos las huellas de la primera fase en la que para el contrato innominado se concedía solamente la *condictio causa data causa non secuta* para la restitución del *datum* y en la que, por lo tanto, la *datio* era el elemento relevante (v. § 2). También el *common law* hubo de pasar por esta fase (v. supra nota 6).

Naturalmente, existe siempre respecto al Derecho romano la diferencia de que éste admite tres contratos "*consensuales*" de cambio (no admitidos por el *common law* en la fase en que solamente se reconocía la *executed consideration*, pero admitidos después aunque no como contratos típicos o nominados, sino dentro del esquema genérico del *bargain* o intercambio de obligaciones). Y existe también la diferencia respecto al régimen justinianeo de la obligación (v. supra § 2, *d*). Pero, aparte de estas diferencias, en la estructura aparente y a menudo en los resultados prácticos, el sistema contractual que resulta de los textos justinianeos no es muy diferente del que existe en el *common law* durante la fase de la *executed consideration*, si se sustituye la *stipulatio* por el *act under seal* y el contrato innominado por la *executed consideration* (*a fortiori*, si se tiene en cuenta que en el Derecho justinianeo también la venta era un contrato real). En cuanto al depósito y a otros contratos reales de custodia, lo mismo que al mandato, son reconocidos también en el *common law*, en un aspecto particular (v. supra apartado *d* al final e infra § 27).

Si prescindimos, de momento, de la especial huella dejada por la *action of assumpsit*, la primera fase del sistema contractual del *common law* se desarrolla por el mismo camino o según el mismo ciclo del Derecho romano y de nuestro primer Derecho medieval. Es decir, de las acciones penales y delictuales (incluída la acción por dolo, *deceit* en el *common law*) a la acción para la restitución del *datum* o del *quid pro quo*, hasta llegar a una acción contractual, de carácter incierto en su primer momento (v. supra § 1, *b*).

Lo que distingue al Derecho romano del *common law* es el sistema de las acciones: fundado el primero sobre el tipo y por lo tanto más rígido, con la consecuencia del retraso en el reconocimiento del contrato no típico (v. supra § 2, nota 1); fundado el *common law* en la persistencia y en la evolución de una acción de origen delictual *(assumpsit)* aparentemente típica, pero en realidad muy elástica y apta para permitir pronto el reconocimiento de cualquier contrato, incluso del más atípico (v. infra §§ 30 y 33). La categoría del contrato innominado queda desconocida, por lo tanto, para el *common law*. También nuestro Derecho medieval, fundado en la idea del contrato real de cambio o del *quid pro quo*, presenta esta última característica: v. supra § 3, *a*, notas 3 y 4 (v. sobre esto y sobre la "causa" en el sentido romano, Anson, *Contracts*, pág. 14 y otros autores cits. infra § 33, nota 2 bis).

Sin embargo, ciertas situaciones intermedias entre lo contractual y lo no contractual encuentran tutela también en el Derecho romano mediante la

de cambio cumplido por una de las partes; idea de la *res* o contraprestación (*lato sensu*), a la que después se equiparó la idea de la dación de una contrapromesa.

Pero esa superación de las *forms of action,* la mentalidad formalista de los tribunales del *common law* y ciertas ideas y costumbres propias de aquel pueblo, contribuyeron a dejar una profunda impronta y determinaron caracteres peculiares de este contrato de cambio entre una *res* y una promesa, y más tarde entre dos promesas.

Sobre todo fué profunda la impronta dejada por aquella *form of action* que era el *assumpsit,*[21] lo cual confirma la famosa frase de Maitland: "Hemos enterrado las *forms of action,* pero todavía nos dominan desde sus tumbas" (*The forms of action at Common law,* Cambridge, 1948, *Lecture* I, p. 2).

Mientras en el *civil law* la concepción del contrato, por lo menos del contrato de cambio, arranca de la primitiva concepción del contrato de cambio por una *res data* (o cambio en el sentido corriente), el *common law* por vía de la *action of assumpsit,* estrechamente emparentada con la responsabilidad delictual, tendió pronto a acentuar el *detriment* sufrido por el promisario a instancia del promitente y a considerar este *detriment,* sacrificio o limitación de libertad, como objeto de cambio (quizá para respetar formalmente aquella común idea del *contractus* como cambio).[22]

Es más, según algunos autores el concepto de *consideration* se reduciría al del *detriment* para el promisario aún en el caso de que hubiera un *benefit* para el promitente;[23] mientras que un

actio in factum, acción de carácter intermedio entre la *actio aquilia* y la relación contractual, y que, desde este punto de vista y en casos semejantes, representa el equivalente del *assumpsit.* Cfr. el título del Digesto 19, 5, *De praescriptis verbis et in factum actionibus,* especialmente el fragmento 23, para cuyo comentario nos remitimos a lo que diremos en el vol. II a propósito del caso Bainbridge-Firmstone.

21 Es corriente entre los autores del *common law* acentuar el *assumpsit* y la concepción que le sirve de base, como rasgo característico del sistema contractual inglés frente al sistema del *civil law;* cfr. por todos, Anson, *Contracts,* Parte I, cap. I, § 2, págs. 14 y sgtes. y los autores que cita en nota a página 14.

22 Es cierto que también en el *civil law* se abre paso la idea de un contrato a título oneroso, en el que lo que define la onerosidad es el sacrificio sufrido por el promisario más que el beneficio obtenido por el promitente (v. supra § 10, nota 2 y § 13, *b*). Pero, aparte de que se trata en general del concepto de un sacrificio patrimonial (v. supra § 10) y no del de una genérica limitación de la libertad, dicho concepto se emplea para distinguir el contrato a título oneroso de la donación (§ 10) y no para considerar el caso como un contrato de "cambio" en sentido propio.

23 Cfr., entre otros, Pollock, *Contracts,* pág. 133. En contra: Fifoot, *History and Sources* (cit. supra en nota 1) pág. 396; Williston, *Contracts,*

puro *benefit* sin sacrificio para el promisario no sería suficiente (véase nota 23).

Esta concepción choca con nuestro punto de vista sobre la noción de cambio y casi nos desorienta: como en el caso en que te prometo mil si no fumas o si prometes no fumar, si observas una buena conducta, si haces un viaje de placer, etc. (v. en el vol. II los casos Hamer-Sidway, Devecmon y otros semejantes).

La promesa es, pues, el precio que se debe pagar por haber *causado,* requiriéndolo en la promesa misma, un sacrificio a la otra parte. La responsabilidad del promitente se funda, y aquí reaparece la originaria concepción delictual, en esta relación de causalidad *querida* entre la promesa y el sacrificio del promisario, quien precisamente al sacrificar o limitar su libertad ha obrado *upon the strenght of the promise,* bajo la presión de la promesa (véase el caso Hamer-Sidway en el vol. II). O, si se quiere, se funda en aquella concreta confianza (*reliance*) de quien, fiándose de una promesa, cumple lo que se le ha pedido al hacer dicha promesa, aunque sólo sea el simple hecho de hacer una contrapromesa que ya por sí misma, como hecho, significa hacer algo que no se está obligado a hacer, empeñar la propia palabra o personalidad (aunque sólo sea como *gentleman*) siendo así que se era libre de empeñarla o no, limitando con ello la propia libertad de acción y de negocios. El término sacrificio o *detriment* se desarrolla pues en el sentido de limitación de la libertad, de privación de algo *en el momento del contrato,* y no ya en el sentido de un daño que hubiera tenido lugar después de la promesa y a consecuencia de ésta, como en la originaria *action of assumpsit* (v. Cheshire and Fifoot, *Contracts,* págs. 53-54). Solamente en aquél primer sentido puede decirse que el *benefit* obtenido por el promisario implica también un *detriment* para él (v. nota 23).

La responsabilidad del promitente, según esta mentalidad, no se funda en el hecho de haber prometido, de haber querido obligarse, despertando en la otra parte aquella confianza *genérica* que deriva de la comunicación o de la aceptación de la promesa (véanse §§ 6 y 17). Concepción sobre cuya base, por el contrario, y según nuestra mentalidad, se ha desarrollado en el moderno *civil law* la idea del contrato como *stipulatio* no formal (v. § 6)

—

§ 102 y autores que cita y § 131. Puro *benefit,* según Williston, sería la *consideration* que no provenga del promisario (v. infra nota 26) y la que consista en el cumplimiento de un deber preexistente frente a un tercero (v. infra § 30, nota 5)

aunque revestida de ciertos *vestimenta* (v. §§ 10 y sigs., especialmente § 24).

La influencia de tal concepción del contrato no dejará de manifestarse de modo diverso en el *common law*. La idea de que la responsabilidad del promitente deriva no tanto de haber prometido como de haber *causado*, requiriéndolo, un sacrificio, una limitación de libertad, expresa una concepción muy severa de la responsabilidad. Ayudada en su evolución por ciertas actitudes formalistas medievales, por la exigencia de seguridad, por las concepciones medievales y después puritanas[24] de la responsabilidad y plasmada en los tribunales de derecho estricto (en contraposición a los de *equity*) a los que se reservaba la materia de contratos, esta concepción de la responsabilidad seguirá manteniéndose. Incluso se desarrollará en el sentido de entender que no debe tenerse en cuenta la importancia, valor o proporción del sacrificio del promisario, sino el hecho de que el promitente lo ha solicitado y determinado mediante la promesa: el valor o importancia del sacrificio es asunto suyo. "Has solicitado, has querido ese sacrificio: pues paga". Ése es el razonamiento (v. también infra § 30 sobre la *adequacy of consideration*). Por este camino será fácil también admitir cualquier contrato, incluso el más atípico; es más, en cierto modo todos los contratos se presentarán "sin tipo", como promesas en las que se solicita y se causa un sacrificio (v. también nota 20 y § 33). Y por este camino también, junto con otros factores, se desarrollará y se mantendrá uno de los rasgos característicos del *common law* (común, por lo demás, a nuestro Derecho medieval) a saber, la superación del problema de la *cause suffisante* y de la donación *cum onere*,[25] incluso cuando el gravamen se presente en ésta como un mero sacrificio no patrimonial, como una mera limitación de la libertad del donatario (véase supra § 10).

Con esta concepción del contrato se relaciona también la regla según la cual la *consideration* ha de provenir del promisario y no de un tercero.[26]

24 Cfr. sobre este punto, Pound, *The spirit of the common law* (1921), reimpresión, Francestown, 1947, especialmente capítulos I, II, IV y V.

25 Entiéndase que hablo de la donación obligatoria o de la donación real sin un acto formal de *transfert* o sin la entrega (cuando ésta sirva para perfeccionar la donación), pues en otro caso la donación, con o sin gravamen, vale en cuanto se perfecciona. V. infra § 38 sobre el *transfert*.

26 Cfr. también infra § 29, nota 2 y § 35, nota 13. Tal regla no se refiere a la nulidad del contrato a favor de tercero (también proclamada, en principio, en el *common law*, salvo excepciones muy limitadas en Inglaterra y muy extendidas en los EE. UU.: v. *Report del Law Revision committee*

Para entender bien la concepción del contrato en el *common law*, en relación con cuanto se ha dicho, conviene tener en cuenta el hecho de que la materia de *torts* y de *contracts* (la que nosotros llamaríamos la materia de obligaciones) fué un monopolio de los Tribunales de *common law* en contraposición a los de *equity* (que podían intervenir sólo excepcionalmente), es decir de aquellos tribunales que aplicaban el derecho estricto o formal, posiblemente de pura marca inglesa, y trataban de sustraerse a las influencias del Derecho canónico y del llamado Derecho romano, acogidas por los Tribunales de *equity*, e igualmente a las influencias del iusnaturalismo (v. también supra § 25, *b*).

Desde este punto de vista, el Derecho inglés de las obligaciones representa un desarrollo del Derecho laico medieval, con características nacionales.

§ 27.

La «reliance» no dependiente de un «bargain» o de una «request» del promitente.

a) *Las recientes corrientes en el common law.*

Como hemos indicado en el § 26, *d*, especialmente en la nota 16, la *consideration*, como *detriment* del promisario, tiene que haber sido efectivamente solicitada por el promitente, es decir tiene que haber sido el objeto de un *bargain*.

Consecuencia: no surge obligación contractual cuando el promisario, confiando (*relying*) en la promesa, realiza un acto u observa una conducta que le ocasiona *detriment* pero que no ha sido solicitada por el promitente. Y ello aun cuando dicha conducta pu-

inglés, cit. núm. 41 y *Restatement* americano sobre los *contracts*, §§ 133 y siguientes). En efecto, en el caso de dicha regla, tercero no es el promisario (precisamente porque el promisario no es tercero) sino el que suministra la *consideration*. Cfr. Cheshire and Fifoot, *Contracts*, págs. 58-59; el *Report* citado, núm. 37 y Williston, *Contracts*, § 114. En los EE. UU. aparece claramente la tendencia a abandonar dicha regla (v. Williston, loc. cit. y *Restatement* cit., § 75. Pero esta tendencia, como bien advierten Cheshire y Fifoot implica un cambio en la tradicional noción del *contract* propia del *common law*. El promisario ya no sería la parte de un *bargain*, es decir, el que se priva de alguna cosa por un *bargain* y que, al hacerlo así, lleva a cabo la *acceptance* (v. infra § 29, nota 2).

diera fundadamente preverse en el momento de hacer la promesa. Por ejemplo: prometo (sin la forma del *act under seal*) 10.000 a una Universidad, que sobre la base de esta promesa comienza a planear ampliaciones, creación de nuevos Institutos y tal vez lleva a término tales planes en todo o en parte (conducta racionalmente previsible, pero no establecida como condición o *consideration* de la promesa).

Podrá haber quizá un remedio, pero no de carácter contractual, cuando en la conducta del promitente se pueda apreciar un *tort*.

Sin embargo, la injusticia a que en ciertos casos pudiera dar lugar esta solución ha parecido muy grave a muchos jueces del *common law*. Por lo que ciertas corrientes modernas, especialmente americanas, tienden a ver una fuente de obligaciones en promesas semejantes que vayan acompañadas de una concreta *reliance*.

El § 90 del *Restatement* americano sobre los *contracts* resume así esta corriente jurisprudencial: "Cuando el promitente deba racionalmente presumir que su promesa inducirá al promisario a una acción o abstención de carácter definido y de considerable importancia (*of a definite and substantial character*) y en cuanto de hecho la promesa induzca a ello al promisario, dicha promesa es vinculante si sólo mediante la sanción jurídica (*enforcement*) de la promesa puede evitarse una injusticia".[1]

1 Para los ejemplos, cfr. las *Illustrations* del § 90 del *Restatement* americano; Williston, *Contracts*, § 139 y jurisprudencia que cita; Page, *Consideration genuine and synthetic* (cit. en la nota bibliográfica al § 26), págs. 499 y sgtes. El célebre juez americano Cardozo contribuyó a reforzar esta corriente.

He aquí algunos casos resueltos por la jurisprudencia:

a) Promesa de no accionar durante cierto tiempo contra el fundo hipotecado, cuando el propietario de dicho fundo, en *reliance* de la promesa, haga mejoras en él.

Promesa, por parte del deudor, de no oponer a su debido tiempo la prescripción, cuando el acreedor, aún sin pedírsele que se abstuviera de reclamar, haya dejado de hacerlo en tiempo oportuno.

Promesa, por parte del adquirente de un fundo vendido en ejecución forzosa, de no oponer la caducidad del derecho de rescate correspondiente al deudor ejecutado, cuando éste, en *reliance*, haya dejado transcurrir el plazo de caducidad.

Williston, loc. cit., observa que en todos estos casos no se trata de crear una acción, sino de conceder una excepción sobre la base de la promesa, o de negar una excepción (v. también infra nota 2).

b) *Charitable subscriptions*, es decir, suscripciones en favor de una obra de beneficencia, de una Universidad, etc. (v. supra en el texto).

c) Promesa de A a B de pagarle una renta anual, cuando B, en *reliance*, abandona un empleo provechoso, cosa que A debía esperar que B hubiera podido hacer. B recibe algunas anualidades, llegando a ser inhábil (*disqualified*) en ese tiempo para volver a conseguir un buen empleo.

d) Promesa a un novio de hacerle un *settlement con ocasión* de su matri-

Dado el fundamento de la acción, parece que el remedio debería consistir en la reparación de las pérdidas sufridas y de los gastos hechos por el promisario, es decir, del sacrificio sufrido *in reliance on the promise* (interés negativo), más que en el resarcimiento del pleno valor de la prestación prometida, teniendo en cuenta también las relaciones de esta acción con la de *assumpsit* (véase supra § 26, notas 5 y 16 bis). Pero en los más recientes *cases* se ha producido una evolución de la acción en este segundo sentido estrictamente contractual[1 bis].

En todo caso, la acción, más o menos limitada en su objeto, es contractual. Sin embargo su fundamento no está sólo en la promesa sino también en uno de aquellos *vestimenta* a los que al hablar del *civil law* hemos aludido supra en § 14, *e*, notas 24 y siguientes. De manera que si la situación representada por dicho *vestimentum* puede dar lugar a otra acción que remedie la injusticia, desaparece la acción contractual. No existe *consideration* porque el *detriment* no ha sido requerido; ni se da aquella confianza o *entrusting* que daba lugar a la primitiva *action of assumpsit* (v. supra § 26, *a* y este mismo § 27, *b*).

Sin embargo, frecuentemente no se trata de una acción sino de una excepción o defensa (v. notas 1 y 2). Interesante analogía con ciertos pactos pretorios del Derecho romano que, por razones de justicia, daban lugar a una *exceptio*.

Se ha hablado también de un *promissory estoppel*, pero impropiamente (v. infra nota 3).

monio, que después se celebra, aun cuando no haya sido requerido como *consideration* o, en todo caso, aunque tal matrimonio no pueda constituir una *consideration* por estar el promisario ya obligado a contraerlo a consecuencia del compromiso matrimonial (cfr. el caso De Cicco-Schweizer, 1917, 221, New York 431, juez Cardozo, y otros casos).

e) Concesión de un derecho personal *(licence)* a desviar un curso de agua u otras concesiones semejantes de uso de bienes inmuebles, cuando el concesionario haya "*seriously changed*" su posición fiando en la promesa (o sea, cuando haya hecho mejoras, invertido capitales, etc.).

f) *Gratuitous promise* de transferir un fundo, que resulta *specifically enforced in equity* cuando (y sólo en este caso) el promisario haya recibido la posesión del fundo y haya hecho mejoras en él (pero sobre este caso ver nota 3).

Viceversa, si A promete a B 5.000 dólares, sabiendo que con ellos B desea adquirir un determinado fundo, y B inducido por esta promesa se asegura, *sin contraprestación*, una opción sobre dicho fundo, la promesa no es vinculante, es decir, puede ser revocada.

1 bis Cfr. Corbin, *Cases on Contracts*, cit. en § 26, nota 16 bis. Por eso, no se trata de un caso equiparable a nuestra *culpa in contraendo*. Aun prescindiendo de la clase de daño resarcible, la promesa se considera aquí como válida fuente de obligación.

Esta corriente ha encontrado eco también en Inglaterra, donde se ha propuesto una reforma en cierto modo análoga en el *Report* del *Law Revision Committee,* 1937, n. 40 cit. supra § 26, nota 1; y donde recientemente ha sido adoptada para justificar las decisiones de ciertos casos en los que no existía *consideration* en sentido propio y también para aplicar netamente la "*doctrine*" a otros casos.[2]

2 Cfr. Denning (un juez de la *Court of Appeal* de Londres, muy inclinado a esta corriente innovadora), *The Changing Law*, London, 1953, págs. 58-59, donde dice, citando a autores anteriores: "Expresada en términos modernos la proposición significa que una promesa es vinculante (jurídicamente) si el promitente quiso que lo fuera y que el promisario actuara sobre la base de dicha promesa y si además, de hecho, el promisario ha actuado sobre dicha base *(Stated in modern form the proposition is that a promise is binding if it was intended to be binding, intented to be acted upon, and has in fact been acted on)*". Del mismo Lord Denning, v. *Recent developments in the doctrine of consideration*, en *The Modern law Review*, 1952, págs. 1 y sgtes.

Sobre esta tendencia de Lord Denning, v. también Pollock, *Contracts*, páginas 152-153 (adición de Winfield); Cheshire and Fifoot, *Contracts*, páginas 74 y sgtes. y *cases* y autores que cita.

En este último aspecto, Lord Denning justifica ciertas decisiones ya adoptadas y quiere fundar otras; así en los siguientes casos:

a) La apertura de un crédito, garantizado mediante entrega de documentos, por parte del banco en favor del vendedor (quien no proporciona al banco ninguna *consideratión*, proporcionada, si acaso, por el comprador). Con el depósito de los documentos en el banco el vendedor demuestra haber *acted on the promise* del banco. Caso discutido y discutible: v. infra § 35, *c*.

b) La promesa de aceptar una oferta *cualquiera* en la subasta *without reserve* (sin reserva de no aceptar una oferta cualquiera y por tanto, sin reserva de poder retirar la subasta después de una oferta semejante). Quien se presenta a la subasta y hace tal oferta no suministra ninguna *consideration* para dicha promesa, pero demuesta con ello haber *acted on it*. La validez de tal promesa está fuera de discusión. (Sobre la subasta *without reserve*, cfr. Anson, *Contracts*, págs. 51 y sgtes.; Pollock, *Contracts*, págs. 11-13 y 14; Williston, *Contracts*, §§ 29-31).

c) Promesa hecha por un comerciante de automóviles *(autodealer)* a un cliente de que un automóvil está en buen estado, cuando sobre la base de tal promesa el cliente lo adquiera a plazos a través de una *finance company* que no garantiza los defectos. El *autodealer*, aun cuando haga una promesa interesada (v. supra § 16) no recibe a cambio ninguna *consideration*, pero el cliente *has acted on the promise*.

d) Promesa de un *settlement* a un novio con ocasión de su matrimonio (v. nota 1, *d*).

e) La fianza en garantía de una deuda ya existente cuando el acreedor, aun sin haber sido requerido para ello, se abstiene de accionar durante cierto tiempo (v. también infra nota 3, *b*).

f) La modificación o la remisión de una obligación contractual, cuando la otra parte, aun sin sufrir un verdadero *detriment*, haya actuado confiando en ella.

En muchos de estos casos se ha hablado de una *implied request*, en realidad inexistente (Lord Denning, en *The Modern law Review*, 1952, cit. páginas 1-2).

Por este camino, añade Lord Denning, se llega a una solución en el pro-

Mas no puede decirse que tal corriente haya sido aceptada sin discusión en Inglaterra, ni tampoco en los EE. UU.; las críticas son duras y hay quien prefiere atenerse al concepto clásico de la *consideration,* como más sano y más seguro para establecer en qué caso una promesa deba ser *enforced.*[3] La jurisprudencia no

blema de la *option;* la opción, como "*lógica* consecuencia" de los casos mencionados debería ser irrevocable cuando aquel a quien ha sido concedida *has acted on the faith of it.* Caso, éste, por lo menos discutido: v. infra § 35, *c.*

Se observará que esta corriente reformadora inglesa es distinta de la americana; hasta qué punto ambas corrientes se aproximan lo veremos más adelante. En ciertos casos, si la concepción de la *consideration* es aquella concepción legalista o técnica de una simple conducta realizada a instancia del promitente, podría incluso decirse que tal *consideration* existe: por ej., en el caso *a,* en el hecho de depositar los documentos; en el caso *b,* en el hecho de presentarse a la subasta y hacer una oferta (para una concepción muy avanzada de la *consideration* en el caso de una promesa de suministro, v. el caso Great Northern Railway Co.-Witham, 1873, cit. infra en § 35, nota 9).

Sobre esta base, Lord Denning observa que el *acting on the faith of the promise* puede incluso no contituir un *detriment* en sentido propio (sobre esta evolución del concepto de *detriment,* v. supra § 26 al final).

3 Para la jurisprudencia, cfr. Williston, op. cit. § 139. Para una amplia crítica, v. Page, *Consideration genuine and synthetic* (cit. en la nota bibliográfica al § 26). En síntesis, la crítica de Page es la siguiente:

a) No se puede argumentar sobre la base del *estoppel,* que se refiere no o una promesa sino a un *statement of facts,* contra el cual no puede ir quien lo haya hecho. V. también Williston, *Contracts,* § 139; Cheshire and Fifoot, *Contracts,* pág. 75 y *cases* que cita, que acogen como más adecuada la terminología *quasi-estoppel.* Se trata del *equitable estoppel* nacido en los *Courts of equity.* Sobre el verdadero y propio *estoppel* v. Cheshire and Fifoot, op. cit. págs. 245-248 y 450-451 y el *Report* del *Law Rev. comm.* inglés, cit. número 40.

b) El requisito de que el promitente "*should reasonably expect the promisee to rely upon a gratuitous promise*", continúa Page, es demasiado vago, ya que una cierta *reliance* existe siempre. ¿Hasta qué punto la *reliance* debe ser "*definite and substantial*?". Cuanto más *definite and substantial* sea tanto más tenderá a convertirse en una verdadera y propia *consideration* exigida de modo más o menos expreso (muchos de los *cases* aducidos se refieren a una verdadera *consideration* en este sentido, especialmente en materia de *charitable subcriptions,* o de fianza dada por una dilación más o menos expresamente solicitada o cuya solicitud pudiera fácilmente presumirse). ¿Y el proporcionar esta *consideration* no es algo hecho "*in justifiable reliance upon the promise*?". Por otra parte, cuanto menos *definite and substantial* sea el acto del promisario, tanto más podrá hablarse de una *gratuitous promise.*

c) En realidad, las sentencias que han recurrido al llamado *promissory estoppel* lo han invocado muy a menudo como motivación accesoria o como *obiter dictum,* cuando hubiera bastado con el criterio de una *consideration* existente. Se trata de casos (como las *charity subscriptions*) en los que no representando la *consideration* un *benefit* económico para el promitente, se ha tenido en cuenta en el *obiter dictum* el *motivo* de dicho promitente, lo cual es contrario a toda la concepción contractual del *common law* (v. § 30).

d) Algunos casos, más que en el llamado *promissory estoppel* se fundan en el llamado *equitable estoppel* (v. *a*) para reparar una injusticia grave (v. el caso mencionado en nota 1, *c,* en el que además se llegaría al resultado de la desheredación del promisario, siendo así que el promitente quería mantener

ha llegado a consolidarse y se refiere en realidad a casos aislados o situaciones determinadas de *reliance,* más que a un principio general y abstracto.

Lo cierto es que si bien esta ampliación del concepto de la *reliance* puede representar una evolución del espíritu animador del *assumpsit* (v. § 26, *e*) constituiría, si se consolidara, una profunda alteración en la concepción tradicional del *contract* en el *common law.* Daría lugar, en realidad, a otro esquema de *contract,* profundamente distinto de los dos esquemas tradicionales, la forma y el *bargain.* Baste observar que, según aquel concepto, la promesa sería válida en el momento en que fuera *acted upon,* independientemente de la *acceptance,* que constituye en cierto modo la base de la obligatoriedad de la promesa en el *common law* (v. infra § 29). Una promesa semejante, aun cuando fuera interesada, debería clasificarse en rigor entre las *gratuitous promises* (v. infra § 28). En efecto, el *acting upon the promise* o el *detriment* del promisario, al no haber sido requerido por el promitente no podría constituir una *acceptance,* una *response to the offer* (v. § 29 nota 1). Tampoco serviría para hacer válida e irrevocable tal promesa una simple aceptación en el sentido del *civil law* (v. supra § 17); la promesa sólo sería irrevocable cuando el promisario hubiera *acted on it* (un *acting* que, por las razones

la igualdad entre los hijos que no quería que trabajaran). Pero se trata de casos completamente excepcionales de patente dureza del Derecho, en los que el promisario ha sido inducido a engaño al creer que la promesa tenía una *consideration* válida.

e) En cuanto a los casos mencionados supra en nota 1, *f,* se trata, más que de una promesa, de un *gift* casi realizado *(completed)* con la transmisión de la posesión, al que la *equity* concede la ejecución en forma específica con la transmisión de la propiedad, para resolver la pugna entre *equitable interest* y *legal interest* (v. infra § 38 sobre el *transfert;* cfr. también Williston, *Contracts,* § 139).

Cheshire and Fifoot, *Contracts,* págs. 77, 83 y 85, critican también la extensión de la nueva *doctrine* más allá de los casos en que sirva para fundar una excepción o defensa. Y en pág. 83, nota 4, a la vista de los casos allí citados observa, en cuanto a las *charitable subscriptions,* que la *equity* para satisfacer el requisito de la *consideration* ha deducido frecuentemente de la conducta y de las palabras de las partes la existencia de promesas recíprocas. Y añaden (págs. 84-85) que no son muchos los casos de *business-promise* en los que el requisito de la *consideration* no sea automáticamente satisfecho; mientras que en las *charity* el suscriptor medio cree que asume solamente un compromiso social. El criterio de la previsibilidad del *detriment in reliance,* adoptado para sancionar jurídicamente la promesa, contradice frecuentemente a la verdadera intención de las partes.

Para las críticas, cfr. también Hamson, *The reform of consideration* (cit. en nota 1, § 26).

indicadas, no constituye aceptación) y su simple aceptación antes de este momento no serviría de nada.

Pero, a pesar de estas críticas, la nueva concepción de la *reliance* representa un primer paso hacia la admisión, en forma abierta y clara, de un nuevo esquema elástico e "innominado", es decir, capaz del más diverso contenido, junto a los esquemas tradicionales de la forma y del cambio (tradicionales no solamente en el *common law*), cuando no pueda acudirse a una acción delictual o extracontractual o cuando sea dudosa la admisibilidad de tal acción. Se trata, lo que es igualmente interesante, de un intento de fundar dicho esquema en un *concreto* sentido de la justicia, en una *concreta* confianza del promisario consistente en un *substantial detriment* y no en ciertas concepciones vagas y genéricas, bastante abstractas y a menudo montadas al aire, como por ejemplo:

— nuestro concepto de promesa aceptada, cuyo valor jurídico (sanción) se fundaría en la voluntad o autonomía del promitente, con la inherente impronta iusnaturalista (v. supra § 6);

— nuestras concepciones de la tipicidad y de la función económico-social del contrato (v. § 14, *d*, § 19 y § 20, *a*);

— nuestra misma concepción de la *cause juste*, tan incierta y vaga, y frecuentemente sobreentendida o silenciada por nuestros jueces (v. § 14, *e*, § 14 bis y § 20, *b*)[3 bis];

— nuestra misma concepción de las promesas interesadas, también vaga y no siempre suficiente para satisfacer las exigencias de la justicia (v. supra § 16).

Si esta concepción de la *reliance* se introdujera con las oportunas adaptaciones[4] en el *civil law* podría constituir un remedio para reparar la injusticia y la violación de la palabra dada, en muchos casos en los que quien ha prometido dar o ha dado[5] bienes, imponiendo más o menos expresamente algún gravamen a la

3 bis En el § 90 del *Restatement* americano sobre los *contracts* y en las correlativas corrientes inglesas se incluyen también las promesas de recibir en depósito, de dar en comodato, de llevar a cabo un transporte gratuito y de otros servicios a título gratuito (v. supra § 14, *e*), cuando se den los supuestos previstos en el § 90 (v. infra notas 18 y 30).

4 Por ej., nosotros no podríamos distinguir entre *consideration (executed)* y *reliance*, en el sentido del § 90 *Restatement* americano; sino que la primera debería considerarse también, en el *civil law*, bajo el aspecto de la segunda.

5 En cuanto a los inmuebles, el "*dare*" o "*transfert*" no válido a los fines de la donación, consiste en transmitir la propiedad y quizá también la posesión sin la forma del documento público; y lo mismo para los muebles en el Derecho italiano, que no admite la validez de la donación manual en general (v. § 38 sobre el *transfert*).

otra parte, trata después de sustraerse al compromiso o de recuperar lo que ha dado, invocando el defecto de la forma del documento notarial.[6] Para reparar la injusticia, la jurisprudencia del *civil law,* especialmente la francesa, se ha visto obligada en casos semejantes a recurrir a ficciones o expedientes tales como la presunción de una intención exclusiva de cambio, la teoría de la causa principal y la causa secundaria (v. § 10, *c* y los casos del volumen II "Casuística" citados en nota 6), o la concepción de la donación como *puro* espíritu de liberalidad, expediente todavía más contrario que los otros a nuestra concepción legal de la donación (v. § 9, notas 4 y 10). En realidad, esta jurisprudencia se ha fundado en el motivo sustancial, generalmente silenciado o dejado entre bastidores, de que el promisario había cumplido ya la carga que se le había impuesto, sufriendo un grave sacrificio (véase § 10, *e,* § 17 y vol. II).

Puede ciertamente discutirse si criterios elásticos como los del grave o notable perjuicio (*substantial detriment*), de la injusticia que hay que reparar u otros semejantes, están conformes con nuestra mentalidad y con el espíritu de nuestros jueces. Pero, si *de hecho* éstos fundan sus decisiones en criterios semejantes, no se ve la razón de que no puedan hacerlo abiertamente y de manera que puedan sentar con ello una jurisprudencia coherente.

Pero antes de llegar a este punto y de poder sacar alguna enseñanza útil para el *civil law* de esta reciente corriente del *common law,* conviene esperar hasta ver si llega a establecerse y a consolidarse sobre ciertas directrices.

Es interesante también advertir que esta reciente corriente del *common law* se apoya, confirmando el valor de la tradición y de la continuidad de evolución del Derecho, en el espíritu animador de una antigua acción medieval, la acción llamada *assumpsit,* desarrollándolo y adaptándolo a un sentido más refinado de la justi-

6 V. en el vol. II "Casuística", los casos: Ciudad de Marsella y otros que le siguen; Carrari-Masiero y otros. Tampoco se trataría de casos de *culpa in contrahendo* por haber hecho creer a otro en la validez de la promesa o *transfert* no formal (obligación de resarcir el interés negativo a quien ha cumplido el gravamen y por el hecho de haberlo cumplido); v. supra nota 1 bis.

En otros casos (v. Cattaneo-Milesi y otros citados en el vol II, parte I, capítulo II, sec. III) la jurisprudencia del *civil law* ha admitido prácticamente el principio de la *reliance,* principio justificable bajo distintos aspectos: v. volumen II, loc. cit.

V. también la doctrina escocesa del *rei interventus,* en el § 36, nota 7, aún cuando no sea totalmente aplicable a otros sistemas de *civil law.*

cia.[7] Adoptando en gran escala el principio según el cual una promesa vale si "*intented to be acted upon and in fact acted on*" se viene a poner remedio a casi todos los graves inconvenientes del rígido esquema del *bargain* (v. infra § 35, *c*) y la responsabilidad nacida de una promesa resulta muy ampliada.[8]

b) "*Bailment*", "*agency*", "*trust*" y otras "*gratuitous undertakings*".

Como hemos indicado (§ 26, *d*, al final), el *common law* ha sancionado el *bailment*, el *agency* y la obligación del *trustee*, incluso cuando constituyan verdaderas y propias *gratuitous promises* sin ninguna *consideration* ni *bargain*. Esto se entenderá mejor teniendo en cuenta que, en cuanto al requisito de la forma o del *bargain*, el *common law* no distingue entre obligaciones de dar y de hacer a título gratuito (v. infra § 28, *b*).

El *bailment* es una situación que va más allá de nuestro depósito y que puede también estar determinada por relaciones no convencionales, aunque el caso más corriente sea el de una convención (depósito, comodato, transporte, arrendamiento de cosas o de obra con entrega de una cosa, prenda, mandato con entrega de una cosa, etc.: Williston, *Contracts*, § 1.033). La relación de *bailment*, como la de *agency* y la de *trust*, no es necesariamente convencional.

En el caso de un *bailee* promitente, que reciba en custodia la cosa sin una compensación (caso equivalente a nuestro depósito a título gratuito y a otros semejantes), la obligación del *bailee* de custodiar la cosa carece de *consideration*. Todo intento de encontrar una *consideration* para este supuesto se resuelve en una ficción. Así ocurre con la concepción, muy difundida, según la cual la *consideration* consiste en el hecho de que el *bailor* se prive de la posesión y del control sobre la cosa entregada y sufra por ello un *detriment*.[9] A lo que es fácil reargüir que tal privación de posesión se produce normalmente a instancia del mismo *bailor*, supone para él un *benefit* sin ningún *benefit* para el *bailee*, es decir,

7 Cfr. Williston, *Contracts*, § 139, y el *Report* del *Law Revision Committee* inglés, cit. supra en § 26, nota 1; Denning, *The Changing law*, cit. página 58 y autores que cita; Corbin, *Cases on contracts* (cit. en § 26, nota 16 bis), págs. 376-377.

8 Cfr. Williston, *Contracts*, § 139.

9 Cfr. Pollock, *Contracts*, pág. 140. Holmes, *The Common Law* (cit. en § 26, nota 1), págs. 196-197; Anson, *Contracts*, págs. 112-114.

sin que exista *bargain.*[10] Sobre la obligación del comodatario, véase nota 34.

Análogas observaciones pueden hacerse a propósito del *agency* y del *trust,* caso semejante a nuestro mandato a título gratuito, en el que se ha querido encontrar la *consideration* en el *detriment* que el mandante sufre por el sólo hecho de permitir que otro actúe como su *agent* o *trustee.*[11]

Probablemente, la única explicación es la de que la responsabilidad del *bailee* y del *agent* gratuitos se funda en una especial confianza o *reliance* en su promesa, que ha dado lugar a que se les confíen bienes, derechos o un negocio. A esta responsabilidad, entre contractual y extracontractual, se adaptaba bien la *action of assumpsit* en sus primeras fases, cuya especialidad, como muy bien observa Williston, consistía "en asumir el deber (*undertaking*) de hacer algo y en haber causado daño al actor al inducirle a confiar en este *undertaking.*[12]

10 V. precisamente Pollock, op. y loc. cits., que se decide por la ficción; Williston, *Contracts,* § 138; Cheshire and Fifoot, *Contracts,* págs. 65-66 (sobre la idea de una relación *sui generis* fuera de la teoría del contrato). Holmes, op. cit. págs. 181 y sgtes., explica históricamente tal anomalía por el hecho de que hasta época muy reciente la acción tenía carácter delictual (como en el Derecho romano primitivo y en Derecho medieval: v. supra § 1, *b*).

Williston, loc. cit. y §§ 1.013 y 1.038, entiende que en el *gratuitous bailment,* como en otros *gratuitous undertakings,* no existe una relación contractual, ya que la *medida* de la responsabilidad no depende de lo que se ha prometido o de cómo se ha prometido, sino de consideraciones extrañas (que recuerdan nuestra *causa justa* en promesas semejantes: v. supra § 14, *e*). (Sobre todo esto v. infra nota 17.)

11 V. los autores antes citados y Salmond, *Jurisprudence,* § 124.

Por supuesto, cuando efectivamente el *bailee* o el *agent* hayan exigido respectivamente la posesión o el poder de gestionar el negocio, por un propio interés cualquiera, podrá decirse que existe un *bargain* y aplicar las reglas más severas sobre responsabilidad (v. Williston, § 138). Lo que, por lo demás, sucede también en el *civil law* en el caso de depósito o de mandato concertados en interés del depositario o del mandatario (v. arts. 1.928 y 1.992 Código civil francés; 1.710 y 1.768 C. c. italiano y disposiciones semejantes de otros códigos).

12 Williston, *Contracts,* § 139; v. también Ames, *The history of assumpsit,* cit. en § 26, nota 1, pág. 264.

La responsabilidad se funda en esta confianza; tanto es así que, como observan Cheshire and Fifoot, *Contracts,* págs. 65-66, en el caso Coggs-Bernard (1703) el *Chief justice* Holt excluía la responsabilidad por una simple promesa (gratuita) de transportar o de recibir en custodia, sin el elemento real de la entrega *(trusting)* de la cosa. Actualmente tal simple promesa podría incluirse a lo sumo en el § 90 del *Restatement* americano: v. supra nota 3 bis e infra en el texto.

Podría observarse que por este camino el *common law* ha resuelto el problema del transporte gratuito como admisión a bordo de la persona o de la cosa (*misfeasance,* v. supra § 14, *d*). Es decir, lo ha resuelto mediante la idea

La responsabilidad de quien ha asumido estos *undertakings* gratuitos se aprecia con menor rigor; usando un concepto poco grato a los autores del *common law,* puede decirse que el "grado de diligencia" requerido es menor.[13]

Sin embargo, la concepción contractual del *bailment* y del *agency* gratuitos dista mucho de haber sido aceptada sin discusión, siendo muchos los que ven en ella una responsabilidad extracontractual (v. autores cits. en nota 10 y Anson, op. cit. pgs. 112-113; véase también nota 13 sobre la promesa de asumir una responsabilidad mayor).

En todo caso, se trata solamente de una responsabilidad por *misfeasance* y no por incumplimiento de la promesa de encargarse de la custodia o del negocio, es decir por *non feasance* (v. supra § 26, *a* y el apartado *c* de este §).

Esta concepción del depósito o, en general, del deber de custodia y del mandato gratuito, basada en la confianza, presenta cierta analogía con la concepción del *civil law* donde también resulta implícitamente que la responsabilidad no se funda tanto en la promesa como en el llamado "elemento real", o sea en el hecho de haber confiado a otro un bien o un negocio (v. supra § 14, *d*).

El *common law,* al no haber tenido a su disposición la abstracta concepción iusnaturalista del pacto nudo ni la (no menos abstracta) del contrato típico, ha destacado aquel fundamento más que el *civil law.*

En fin, además de la *reliance* consistente en el hecho de haber confiado una cosa o un negocio a otro, puede darse una *reliance* que consista en no hacer algo o en no cuidar de nuestras propias cosas, ya que el promitente ha asumido el deber de hacerlo (gratuitamente) por cuenta nuestra. En estas otras *gratuitous undertakings* puede incluirse también, en cierto aspecto, nuestro mandato gratuito, cuando no exista un verdadero y propio encargo de un negocio o no se lo considere bajo este aspecto. Quedan así incluídos los casos de promesa de prestar el simple servicio de

de una responsabilidad basada en el hecho objetivo de confiar a otro la persona o la cosa (v. Williston, § 138), si la acción no tuviera siempre un carácter incierto entre contractual y extracontractual (v. § 14, nota 11).

13 Williston, *Contracts,* § 138 y § 1.038. La regla parece ser la de que se responde solamente por *gross negligence* o por el grado de *skill* de que se hace profesión. La promesa de usar un mayor grado de diligencia o de asumir mayores obligaciones que las resultantes del § 378 *Restat.* americano sobre *agency* requería una *consideration:* Williston, *Contracts,* § 1.038; v. también infra, apartado *c,* 3.º. En cuanto al desagrado de los autores del *common law* frente a nuestra concepción de los grados de diligencia, cfr. Williston, § 1.038; Prosser, *Handbook of the law of torts,* St. Paul, 1941, § 38.

nuncius, de comunicar una denuncia o la suspensión de un encargo hecho a otros, de encargarse de pagar con dinero ya recibido una deuda o una prima de seguro, etc.; de proyectar o dirigir una obra, construir una casa, etc.; de llevar a cabo un transporte (sin el elemento real consistente en recibir la cosa o la persona a bordo), de recibir algo en depósito, etc.; es decir, muchos casos intermedios entre el mandato y el arrendamiento de servicios o de obra (gratuitos).[14]

En todos estos otros casos de *undertakings* gratuitas, la concepción de una responsabilidad contractual se rechaza todavía más rotundamente que en los casos de *agency* y de *bailment,* aunque a veces los Tribunales ingleses hayan intentado, en algún caso excepcional, fundar la responsabilidad en una *consideration* como *detriment* o *benefit,* o bien en una llamada *consideration of confidence* (v. nota 14). Se trata en todo caso de una responsabilidad

14 Cfr. Anson, op. cit. pág. 113; y las *Illustrations* al § 378 *Restatement* americano sobre *agency.* Se cita el caso de A que suele cada cinco años entregar un cheque a B, quien con él suele pagar a una compañía de seguros la prima debida por A, al mismo tiempo que acude a pagar la prima debida por él mismo, B. Se considera también el caso de un depositario a título gratuito que, después de perfeccionado el depósito, se compromete a asegurar la cosa a expensas del depositante (para nosotros un caso de mandato; v. Williston, *Contracts,* § 138 y jurisprudencia que cita).

El hecho de encargarse de llevar a una subasta o a una licitación privada un escrito conteniendo la oferta (v. *Illustrations* cits.) queda en realidad fuera de nuestro mandato en sentido propio.

Más delicado es el caso de quien se obliga a dar consejos gratuitos, como en el célebre caso inglés De la Bere-Pearson (1908), I, K. B. 280: asunción, por parte del editor de un diario, de la obligación de dar consejos en materia financiera a los lectores que los solicitaran; consejo de dirigirse a un agente de cambio que había sido declarado en quiebra (v. también § 676 C. c. alemán). Se ha intentado dar un fundamento contractual a la responsabilidad, invocando la *reliance* del lector y el *benefit* que el editor obtiene por el aumento en la venta del diario al publicar las cartas de los lectores y la respuesta *(cause juste)* o invocando la (ficticia) *consideration* consistente en el hecho de escribir la carta, como hecho solicitado por el editor, con el permiso de publicarla. Pero en realidad la responsabilidad tiene un fundamento extracontractual, en el *tort* o delito consistente en dar el consejo negligentemente (cfr. Cheshire and Fifoot, *Contracts,* págs. 66-67 y Pollock, *Contracts,* pág. 140).

En el caso Banbury-Bank of Montreal (1918) A. C. 626, en que se trataba de un consejo negligente acerca de una inversión de dinero, solamente en un *obiter dictum* se afirma que la *consideration* es la *confidence* depositada en quien se compromete a dar gratuitamente el consejo, análoga a la *confidence* para la custodia en el depósito gratuito. Williston, op. cit. § 138, nota 15, cita también otro caso inglés de *reliance* sobre un compromiso de asegurar una cosa. Pero por este caso y por los otros dos antes citados no parece que pueda afirmarse, como lo hace Williston, que los Tribunales ingleses reconocen una responsabilidad contractual en los *gratuitous undertakings* sobre la base de una *consideration of confidence.* Por lo menos, no parece que sea ésta la opinión de los autores ingleses.

por *misfeasance* o, a lo sumo, por abandono culposo de la obra ya iniciada y no por *non feasance* (v. nota comparativa en apéndice al presente §).

El *Restatement* americano sobre *Agency*, § 378, resume así estos casos: "Quien, mediante una *gratuitous promise* u otra conducta — de la cual deba esperarse que otro confíe en ella fundadamente para el cumplimiento de determinados servicios (*acts of services*) por parte del promitente como *agent* del otro — da lugar a que éste se abstenga de procurarse tales servicios por otros medios disponibles, queda sujeto a la obligación de usar diligencia al prestar tales servicios o, si se puede disponer de otros medios, a la obligación de notificar que él no los prestará".[15]

Una situación que nosotros los *civilians* llamaríamos justa causa sobrevenida, puede excusar el incumplimiento de estas obligaciones.[16] Bajo este aspecto y en general por lo que se refiere al grado de diligencia que ha de emplearse, se afirma que, lo mismo que en el *bailment* gratuito, la responsabilidad por las *gratuitous undertakings* se aprecia con menor rigor precisamente en consideración a su carácter gratuito.[17]

Desde este punto de vista, las soluciones no serán muy distintas de las adoptadas en el *civil law* para casos semejantes de promesas de servicios gratuitos (v. también infra, *c*). La responsabilidad por una denuncia intempestiva del encargo asumido o por haber

15 La notificación debe hacerse en tiempo oportuno: Cfr. *Comment* al § 378 *Rest.* sobre *agency* cit. Cfr. también art. 2.007 C. c. francés, art. 1.727 Código civil italiano y concordantes. Un desistimiento semejante, como en el mandato o en análogas *gratuitous undertakings*, no se admitiría en un verdadero y propio *contract* con *consideration*: v. Mason, cit., supra en § 14, nota 28.

16 Cfr. § 378 del *Restatement* americano sobre *agency*, en cuyo comentario se cita el ejemplo de quien no pueda acudir a una subasta para llevar la oferta escrita (v. nota 14) por encontrarse inesperadamente en la imposibilidad de hacerlo a causa de haberle sobrevenido asuntos de grave importancia. V. también infra, apartado *c*, nota 31, sobre el *civil law*.

17 Cfr. § 379 *Restatement* americano sobre *agency* en relación con § 378, *comment d*; Williston, *Contracts*, § 138 y los autores que cita. Según Williston, loc. cit. §§ 1.013 y 1.038, esta moderación de la responsabilidad en consideración al carácter gratuito de la promesa (además del hecho de que se responda solamente por *misfeasance* y por haber empeorado con la promesa y la denuncia la situación del promisario) excluye el carácter contractual de la responsabilidad. Y ello, porque tal carácter se daría solamente cuando la medida de la responsabilidad dependiera de la promesa y del *quantum* prometido, pero no de consideraciones externas de justicia o proporción en atención al carácter gratuito de la promesa: v. nota 10. De no ser así, habría una excepción al principio del *common law* según el cual la responsabilidad derivada de un *contract* no puede moderarse en virtud de tales consideraciones ni de presupuestos más o menos objetivos de justicia (nuestra *cause juste*): v. supra § 15 e infra § 32, *a* y § 33 *a*.

empeorado con tal asunción y con la denuncia la posición de la otra parte, ocupa un lugar intermedio entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. En todo caso, sobre ese hecho de haber empeorado la posición de la otra parte, más que sobre la promesa misma, se funda la responsabilidad; un fundamento que recuerda ciertos aspectos de nuestra *cause juste* (v. § 14, *e*).

También aquí, al no tener a su disposición el *common law* nuestro fundamento (aparente y vacuo) del valor del pacto nudo, ha dado mayor relieve y ha destacado más aquel otro fundamento o justificación, hasta el punto de concebir la responsabilidad por *misfeasance* y por haber empeorado con la promesa y la denuncia la posición del promisario como una responsabilidad extracontractual o nacida de un *tort*. Sobre la diversidad de consecuencias prácticas, no demasiado grande, entre esta concepción extracontractual y nuestra concepción contractual, v. infra, *c*.

Resultan así tres clases de *reliance* que no dependen de una *request* del promitente, es decir de un *bargain:*

1.° La *reliance* consistente en el hecho de haber confiado a otros una cosa, un bien o un negocio (*bailment, agency* gratuitos).

2.° La *reliance* basada en las *gratuitous undertakings* a que se refieren el § 378 del *Restatement* americano y análogas reglas inglesas (en las que puede también incluirse, en ciertos aspectos, la *agency* gratuita).

3.° La *reliance* basada en cualquier otro género de *gratuitous promises* (v. supra, *a*), de mayor alcance, pero para la que se establecen especiales requisitos.

Estas tres clases de *reliance* se unifican en la concepción de *reliance not bargained for,* en contraposición a la *reliance* que dependa de una exigencia del promitente, o sea, al llamado *bargain.*

La responsabilidad se considera algunas veces como contractual, pero *sui generis* e incluso discutida en cuanto a su naturaleza, en la primera clase de *reliance;* como extracontractual en la segunda, no obstante alguna oposición; como netamente contractual en la tercera clase.[18]

18 La diferencia entre el § 90 *Restatement* americano sobre los *contracts* (o *doctrines* análogas) y el § 378 *Restatement* americano sobre *agency* (o *doctrines* análogas) parece consistir en lo siguiente: según el § 90, es decir, para que exista plena responsabilidad contractual, se necesita como consecuencia de la *reliance* un acto o una abstención de carácter *definido*, es decir, un *quid* que si ha sido *exigido* puede constituir una *consideration;* mientras que según el § 378 basta con que el mandante, o el promisario en general, haya empeorado su situación perdiendo la posibilidad de utilizar otros medios disponibles o no estando ya en situación de proveer por otros medios a la gestión del negocio o a la realización de la obra. Además, para que pueda con-

Para resumir lo dicho en este §, *a* y *b:* la *reliance,* consistente en hacer o no hacer algo o en empeorar la propia situación por la confianza en la promesa, aun cuando este hacer o no hacer o este perjuicio no hayan sido exigidos como *bargain* (*reliance not bargained for*), es la concepción fundamental que ha llevado y está llevando al *common law,* si bien a través de graves discusiones, a admitir junto al esquema del *bargain* otros esquemas más o menos restringidos pero que constituyen también esquemas genéricos o, por decirlo así, atípicos, es decir capaces del más diverso contenido (v. infra § 31). Algunos de estos esquemas tienen carácter contractual; otros quedan en una zona intermedia o de transición entre el *tort* y el *contract.*

c) *Nota comparativa: sobre la responsabilidad en el mandato gratuito, en las promesas de servicios gratuitos y en las promesas gratuitas en general, en el civil law. El comodato en el common law.*

1. *La facultad de renuncia en el mandato gratuito, según el civil law.* — La naturaleza y el alcance de la responsabilidad del mandatario gratuito depende de la idea que se tenga sobre la facultad de renuncia o denuncia del mandato. Nuestros códigos no siempre resultan muy claros al regular este punto.

Por facultad de renuncia se entiende, indudablemente, la facultad del mandatario de desistir del mandato sin responder de los daños que pudieran derivar de una obligación de llevar a cabo el negocio (interés positivo) sino, a lo sumo, de los daños ocasionados por una renuncia o denuncia intempestiva (v. infra 3.º). Ciertamente, si el mandatario tuviera que responder también de aquella primera clase de daños no podría hablarse de "facultad" de renuncia, pues cualquier contratante puede dejar de cumplir su promesa resarciendo el daño que derive de tal incumplimiento.[19] Es más, para revestir un carácter especial, la facultad de renuncia debe referirse al mandato por tiempo determinado o para un determinado negocio, pues la facultad de desistir con el oportuno preavi-

cederse la acción contractual del § 90 se necesita que tal acción sea el único medio de evitar la injusticia, por ser insuficiente el remedio extracontractual. En este aspecto, si concurren los supuestos del § 90, incluso la *agency* gratuita u otras *gratuitous undertakings* pueden dar lugar a una acción contractual para el resarcimiento del interés positivo (v. también nota 29).

19 Es decir, la responsabilidad por daños debe ser tal que deje a salvo la facultad de denuncia. Cfr. Guhl, *Le droit fédéral des obligations,* Zurich, 1946, págs. 305, 306. En contra, al parecer, Minervini, *Mandato,* Torino, 1952, núm. 82, pág. 205 en relación con núm. 76 y autores y jurisprudencia que allí se citan sobre la opinión que hemos acogido. En todo caso, interesaría siempre distinguir entre las dos clases de "facultad", según la naturaleza del daño a resarcir.

Para los ejemplos, v. lo que diremos infra, 3.º.

so se da en todo contrato por tiempo indeterminado, aunque sea estrictamente sinalagmático.

Dicha facultad de renuncia representa una característica peculiar del mandato *gratuito*, según los arts. 2.007 del C. c. francés y concordantes, 671 C. c. alemán, 404 C. suizo de las oblig. Presenta dificultades de interpretación el art. 1.727 del nuevo Código italiano. Pero, probablemente, no se ha apartado del principio tradicional.[20]

20 Parece que el art. 1.727 C. c. italiano excluya la facultad de renuncia incluso en el mandato gratuito por tiempo determinado o para la gestión de un determinado negocio (sobre una equiparación entre mandato gratuito y oneroso, v. también el Informe del Ministro de Justicia sobre el nuevo Código, núm. 716). Pero de lo que se trata es de saber qué daños son los que debe resarcir el renunciante: si los daños derivados del incumplimiento de una obligación de cumplir el encargo (interés positivo) o solamente los daños ocasionados por una denuncia intempestiva (y sin justa causa): v. infra 3.º. Parece que el artículo deba interpretarse en este segundo sentido; tanto en homenaje a la tradición, como porque de no interpretarlo así, como ya se ha dicho, no tendría sentido la "facultad de renuncia" que el art. 1.722, núm. 3.º, concede al mandatario (como causa de extinción del contrato, que no quedaría extinguido si se diera la *perpetuatio obligationis*).

Sin embargo, queda por explicar por qué, según el art. 1.727, esta facultad de renuncia se da también en el mandato a título oneroso. Parece que se deba limitar a los casos de remuneración que no constituya la causa principal de la asunción del encargo y a los casos de mandato a que nos hemos referido en el texto, apartado 2.º, que podrían también definirse, según la tradición, como casos de mandato en sentido propio. En todo caso, hay que reconocer que el artículo tampoco resulta claro en relación con la extensión del concepto o *nomen* de "mandato" tal como resulta de los arts. 1.731 y sgtes.

Las conocidas dificultades y discusiones para definir el ámbito de un "mandato" en cuanto a la aplicación de ciertas reglas, dan lugar a confusiones e inseguridades acerca de la extensión y el alcance de la facultad de renuncia (como modo de extinción del contrato y no simplemente del poder de actuar por otros).

Sin embargo, parece que también en el Derecho italiano, cuando la retribución convenida convierte al mandato en un verdadero y propio contrato sinalagmático, el mandatario (fuera de los casos a que nos hemos referido en el texto) carece de la facultad de renuncia, en el sentido de que si bien la renuncia extingue el mandato como poder de actuar por otros, no extingue sin embargo el contrato; es decir, el mandatario queda obligado al pleno resarcimiento del daño en lugar de la prestación debida o interés positivo (entiéndase que esto se refiere al mandato por tiempo determinado o para un determinado negocio).

Interpretado de esta manera, nuestro art. 1.727 quedaría dentro de la tradicional concepción del *civil law*, acogida también por otros códigos o por sus intérpretes (v. infra en el texto, 2.º; y nota 21).

Las soluciones que hemos adoptado en el texto, especialmente en el apartado 3.º, no varían aunque el párrafo 2.º del art. 1.727 se interprete en el sentido de que la obligación de resarcir el daño se refiera a una más grave "inoportunidad" o "intempestividad" de la renuncia acompañada de una justa causa (tanto en el mandato por tiempo determinado como en el mandato por tiempo indeterminado); en este sentido, Minervini, op. cit. núm. 82. Ciertamente, se trataría siempre de saber de qué daño responde el mandatario gratuito por haber hecho, en virtud de una causa justa, una renuncia tan intempestiva que el mandante no pueda por ningún otro medio proveer a la gestión del negocio, ni siquiera mediante un mandatario a título oneroso.

Esta facultad de renuncia, según una tradición romanista seguida por algunos códigos, corresponde incluso en algunos casos de mandato retribuído, cuando la retribución represente una causa secundaria de la asunción del encargo, encontrándose la causa principal en relaciones de amistad, benevolencia, complacencia, u otros sentimientos personales; es decir, cuando se trate de una remuneración más que de un precio (así claramente Pothier, *Mandat*, n. 22). Lo que suele expresarse también con la idea de que el mandato es esencialmente gratuito; es decir, que el *nomen* de mandato y ciertas reglas se reservan para esta clase de encargos, gratuitos o "esencialmente" gratuitos.

Por tanto, la facultad de renuncia a que nos estamos refiriendo se funda en la gratuidad del mandato y no en el carácter concreto de la prestación (gestión de un negocio); tanto es así que, como veremos, tal facultad se da también en otros contratos que los textos romanos equiparaban al mandato a los efectos de la facultad de renuncia, fundándose precisamente en el elemento de la gratuidad (v. infra, 4.º).

2.º *La facultad de renuncia en ciertos mandatos especiales.* — Una facultad de renuncia (en sentido propio, o sea con responsabilidad limitada a los daños ocasionados por la renuncia si es intempestiva) se da también en el mandato retribuído o con causa principal de retribución cuando se refiera a la gestión o dirección de un negocio y se funde, según el uso, en especiales relaciones de confianza; relaciones que pueden derivar tanto del carácter de la prestación (en las llamadas profesiones liberales) como de la especial situación de las partes. Aquí la facultad de renuncia se justifica porque a la exigencia de una especial confianza corresponde la exigencia de una plena libertad y espontaneidad del mandatario para realizar o continuar el encargo. Tal facultad puede darse también en otros contratos sinalagmáticos que no tengan por objeto la gestión de un negocio, como sucede en las profesiones liberales que no consistan en esto (médico, ingeniero, arquitecto, perito contable, etc.; v. por ej., art. 627 C. c. alemán).

La facultad de renuncia tiene aquí un fundamento distinto del de la gratuidad.[21]

21 El Código civil alemán es el que más claramente pone de relieve tal diversidad de fundamento. Así resulta de los arts. 627, 671 y 675. Para hacer tal distinción el Código alemán ha mantenido el concepto tradicional del mandato como contrato gratuito. Menos claros resultan los otros códigos que admiten también un mandato retribuído, es decir, que admiten la facultad de renuncia incluso en este mandato (v. art. 1.986 C. c. francés; art. 394 Código suizo de las obligaciones; en cuanto al C. c. italiano, v. nota 20). Pero los autores refieren la facultad de renuncia al mandato en el que la retribución constituya remuneración más bien que precio, y al mandato en el sentido a que nos hemos referido en el texto, apartado 2.º. En los demás contratos sinalagmáticos, aun cuando tengan por objeto la gestión de un negocio, la facultad de renuncia queda excluída.

Sin embargo, la falta de una clara distinción (no siempre fácil) entre estos últimos casos y los que antes hemos mencionado, se refleja en las discusiones sobre la admisibilidad de la facultad de renuncia en el mandato a

Fuera de estos casos, podemos decir que en un verdadero y propio contrató sinalagmático, por un tiempo o para un objeto determinados por la prestación de ciertas obras o servicios, *que pueden consistir también en la gestión de un negocio,* quien deba tal prestación no tendrá la facultad de renuncia o desistimiento, en el sentido de que la denuncia, aunque se haga en tiempo oportuno, no le eximirá de la obligación de resarcir el daño equivalente a la prestación o servicio prometido (obligación sobre cuyo contenido v. infra, 3.º). Es decir, la denuncia no extinguirá el contrato como fuente de una obligación de realizar la prestación prometida o de poner al otro contratante, mediante el resarcimiento del daño o del *quod interest,* en la misma situación en que se encontraría si la prestación se hubiera cumplido (interés positivo).

3.º *Las obligaciones del mandatario gratuito en el civil law. Comparación con el common law.* — Sentado esto, pasamos a considerar la facultad de renuncia fundada en la gratuidad del mandato, según una concepción tradicional en el *civil law.*

El mandatario renunciante (sin justa causa) sólo queda obligado a resarcir el daño causado en los intereses del mandante por una denuncia intempestiva, es decir, en cuanto el mandante no pueda proveer adecuadamente a la gestión del negocio por sí mismo o acudiendo a otros medios, o se vea forzado a proveer a ella en condiciones peores.[22] Pero no queda obligado a resarcir el daño representado por el equivalente de la prestación como si ésta se hubiera realizado, es decir, el llamado interés positivo. Concretamente, el mandatario no tendrá que resarcir al mandante los gastos hechos por éste para procurarse otro mandatario a título oneroso (art. 2.931 C. c. italiano) o el valor de la prestación en cuanto el mandante deba suplirla con la propia actividad de gestión directa del negocio.[23] En otro caso, como hemos dicho, ya no se podría hablar

título oneroso: cfr. Baudry Lacantinerie, *Mandato,* núms. 827-829; Dalloz, *Rép. pratique,* voz *Mandat,* núm. 344 y autores citados en pro y en contra. Más claro, Guhl, op. cit. pág. 305.

22 Por ejemplo, quien se comprometa gratuitamente a hacer un envío de mercancías y después denuncie intempestivamente el mandato, deberá resarcir los daños derivados del deterioro de la mercancía por no haber sido enviada a tiempo, o por haberse resuelto el correspondiente contrato de venta a causa del retraso en la entrega (en el caso de que el mandante hubiera podido proveer por otros medios al envío), etc. Pero no deberá el coste o el mayor coste de un contrato de expedición concluído con otros a título oneroso. V. también nota 23.

23 Salvo, naturalmente, el caso en que al tiempo de la aceptación del mandato pudiera el mandante directamente o por otros medios gratuitos gestionar el negocio, y sólo después de la aceptación del mandato hubiera perdido tales posibilidades. Pero éste es también un daño ocasionado por la asunción del mandato y la renuncia posterior, más que el equivalente de una prestación prometida. Sin embargo, podría surgir la cuestión sobre el carácter de consecuencia inmediata y directa de aquella pérdida de posibilidades (artículos 1.223 y 1.225 C. c. italiano y disposiciones concordantes de los códigos del *civil law*) : sobre esto v. también nota 29.

En cambio, el caso que nos interesa es aquél en que el mandante, pu-

de facultad de renuncia. Igualmente, si en el momento de conferir el mandato no estaba el mandante en condiciones de proveer a la gestión del negocio directamente o mediante otras personas, es decir si el mandatario era el único medio disponible al efecto, el mandatario renunciante no deberá resarcir la ganancia no obtenida como consecuencia del incumplimiento del encargo, ni tampoco la pérdida correlativa, en su caso. En efecto, en este supuesto, al renunciar el mandatario no causa ningún daño en los intereses del mandante, sino que le deja en la misma situación en que se encontraba en el momento de la asunción del mandato.[24] La asunción de éste y la renuncia posterior no han empeorado la posición del mandante (v. también notas 22 y 23). Una obligación de resarcir la ganancia no obtenida (lucro cesante) sólo podría fundarse en un contrato en el que no existiera la facultad de renuncia; es decir, supondría la negación de esta facultad.

En fin, una renuncia hecha en tiempo oportuno, o sea de tal manera que de la asunción del mandato y de la renuncia posterior no se derive un empeoramiento de la posición del mandante, no expone al mandatario gratuito a ninguna responsabilidad.

En este sentido puede decirse que la responsabilidad del mandatario renunciante alcanza solamente al llamado interés negativo (en el que es

diendo personalmente proveer a la gestión del negocio sin que su condición empeorara por ello, o no habiendo tenido nunca a su disposición medios gratuitos (quizá por el carácter técnico de la actividad requerida para la gestión del negocio), tenga que dirigirse a consecuencia de la renuncia a otro mandatario a título oneroso. En este caso el mandatario renunciante, si su mandato era gratuito, no debe nada por la renuncia; mientras que si su obligación fuera llevar a término el negocio o proporcionar el equivalente de la prestación prometida, debería la retribución pagada al otro mandatario (v. también artículo 2.931 C. c. italiano). Quien asume una verdadera y propia obligación de realizar una obra o cumplir un servicio, no puede fiscalizar el uso que de su propio tiempo y de su propia actividad haga el acreedor; sino que debe realizar la obra o pagar el equivalente, aunque el acreedor esté en condiciones de procurársela directamente y sin ningún sacrificio.

24 Ésta era también, al parecer, la solución del Derecho romano. Cfr. D. XVII, I, 22, § 11 e Inst. III, 26, 11; según estos textos el mandatario no incurre en ninguna responsabilidad por la renuncia cuando ésta se haya hecho *re adhuc integra*, es decir, de manera que deje al mandante la *integra causa eandem rem commode explicandi vel per se vel per alium* (estos textos, sin embargo, deben ponerse de acuerdo con D. XVII, 1, 27, § 2, que parece imponer al mandatario la obligación de no abandonar el encargo, *si potest id explere*).

La misma solución en el *common law:* cfr. *Restatement* americano sobre *agency*, § 400, *comment, b* y § 401, *comment b*, donde se pone de relieve que en un verdadero y propio *contract* para la gestión del negocio (o sea, mandato como *bargain* o como contrato formal) el mandatario respondería de las ganancias no obtenidas (lucro cesante) incluso si él fuera el único medio disponible para la gestión del negocio.

Igualmente, el mandatario gratuito no respondería de la pérdida, cuando él fuera el único medio para evitarla (por ej., los daños debidos por el mandante vendedor al comprador, si el mandato había sido conferido para la ejecución de una venta ya concluída: v. nota 22).

dudoso que deban incluirse en todo caso los gastos hechos para el otorgamiento del mandato); pero no se trata de *culpa in contrahendo*, porque el contrato ya ha sido concluído y la responsabilidad deriva, según el *civil law*, de su conclusión o del desistimiento posterior.

Sentado esto, resulta evidente que de la asunción o aceptación del mandato gratuito no deriva para el mandatario la obligación de cumplir el encargo,[25] o sea, no deriva la obligación de resarcir el equivalente de una prestación prometida o interés positivo, en caso de incumplimiento. El mandatario tiene solamente:

a) el deber de no empeorar la posición del mandante con la asunción del mandato y la renuncia posterior. Tendrá, por tanto, el deber de iniciar y continuar el negocio hasta que el mandante pueda encargarse de él directamente o mediante otras personas. Por lo tanto, si el mandante puede hacer esto aun antes del tiempo en que el negocio deba iniciarse, el mandatario puede sin más remitírselo, sin necesidad ni siquiera de iniciarlo; por el contrario, si el mandante ha perdido ya toda posibilidad de encargarse del negocio o de acudir a otros, el mandatario deberá continuar el negocio hasta su cumplimiento.

b) el deber de usar una cierta diligencia en la gestión del negocio (por supuesto, en cuanto el mandatario no renuncie). Además, el mandatario está obligado a informar al mandante y a rendirle cuentas (siempre hasta el momento de la eventual renuncia). Obligaciones éstas que podrían derivar también de una relación extracontractual.

En el *civil law* moderno — y ya en el Derecho romano, superada una primera fase de remedios extracontractuales — estas dos obligaciones o las dos responsabilidades mencionadas tienen carácter contractual; es decir, se considera que nacen de un contrato. Lo cual tiene interés para la carga de la prueba y también para la limitación del resarcimiento al daño previsible en el momento del contrato, así como para todos aquellos caracteres propios de la responsabilidad contractual (capacidad, etcétera).

Pero hay que reconocer que se trata de una responsabilidad contrac-

25 En otros términos, se ha dicho que el mandatario tiene la obligación de cumplir el encargo solamente si no renuncia (Planiol, *Traité pratique*, citado vol. XI, núm. 1.467). Lo que sólo es relativamente exacto, porque tal obligación subsiste cuando la denuncia sea intempestiva y, en particular, cuando después de la asunción del mandato el mandante haya perdido la posibilidad de proveer a la gestión del negocio por otros medios. La ausencia de una obligación de cumplir el encargo (en el sentido que hemos precisado en el texto) suscita graves dudas y explicaciones curiosas por parte de quienes admiten el principio iusnaturalista del pacto nudo. Así, ya Pothier, *Mandat*, número 38, se veía obligado a decir que el mandatario tiene tal obligación según el Derecho natural, pero que según el Derecho positivo, en cuanto que la única sanción es el resarcimiento del daño y, por definición, la denuncia hecha en tiempo oportuno no ocasiona daño, puede impunemente faltar a su obligación.

Contra esta explicación, basta observar que el daño que puede resultar de la denuncia intempestiva no es el interés positivo: v. notas 22-24.

tual especial, distinta de la que corresponde a la promesa de una prestación, de un servicio o de un resultado. Usando la terminología del *common law,* se trata de una responsabilidad por *misfeasance* y no de una responsabilidad por *non-feasance.* Es, más bien, una responsabilidad por haber dado lugar, mediante la asunción de un encargo, a que una persona (el mandante) vea empeorada su propia posición por el hecho de haber confiado en dicha asunción. Desde este punto de vista, la promesa o asunción del encargo (junto con la renuncia intempestiva) determina una responsabilidad como *conducta* que ocasiona un daño, y no como promesa u obligación de realizar un negocio o de prestar un servicio.

Aun cuando no haya sido advertido claramente, también en el *civil law* se presenta para el mandato gratuito (y, como veremos, en general para las prestaciones gratuitas de servicios) una situación análoga a la que se presentaba en la primitiva acción de *assumpsit* del *common law* (v. supra § 26 nota 16 bis) y en la *assumpsit* moderna cuando se la aplica a los *gratuitous undertakings.*[26] Esto demuestra que también en el *civil law* existe una zona intermedia o de transición entre la pura responsabilidad contractual por incumplimiento de una promesa y la responsabilidad extracontractual, y que no hay que insistir demasiado en las rígidas clasificaciones de "contractual" y "extracontractual".

En el *common law,* tanto por la misma historia del *assumpsit* como porque la *misfeasance* y el abandono intempestivo del encargo pueden presentarse como *torts,* se tiende a ver en tales situaciones una responsabilidad extracontractual. Pero hay que reconocer que se trata también de algo híbrido; y que cuando, en lugar de utilizar la acción de *tort* (delictual), se utiliza el *assumpsit,* la acción "participa de los caracteres del *tort* y de los del *contract*"; de manera que los problemas de la carga de la prueba, de la medida del daño a resarcir (previsible o no), etc., tienen una solución bastante incierta y distinta según el problema de que se trate.[27]

En este aspecto, las diferencias entre la concepción contractual del *civil law* y la extracontractual del *common law* se hacen más tenues y, muchas veces, inapreciables.

Pero parece que siempre existirá una diferencia y será la siguiente: que en el *common law,* para agravar la responsabilidad del mandatario gratuito más allá de los límites antes indicados, concretamente, para hacerle responder incluso en caso de denuncia intempestiva pero fundada en justa causa (v. nota 31) o para hacerle responder del interés posi-

26 Los autores del *common law* no dejan de advertir las analogías entre el mandato gratuito del *civil law* y la *agency* gratuita o, en general, las *gratuitous undertakings* del *common law.* Cfr. Anson, *Contracts,* pág. 113; Williston, *Contracts,* § 138, nota 16, quien a propósito del § 378 del *Restatement* americano sobre *agency,* invoca el pasaje de las instituciones justinianeas, III, 26, 11 sobre el mandato *(unremunerated agency)* citado también en un *leading case* americano. Cfr. también Mason, citado supra en § 14, *e.*

27 Cfr. Prosser, *Handbook of the law of torts,* St. Paul, 1941, páginas 1.123-1.126, 201-205 y 290.

tivo, se requiere, y basta, una promesa formal o con *consideration* (aunque sea *nominal* o constituya una "causa secundaria"), es decir un verdadero y propio *contract* (v. también supra nota 13). Y cuando esto suceda ya no se podrá moderar la responsabilidad del mandatario en consideración a la causa *fundamentalmente gratuita* del mandato.

En cambio, en el *civil law* basta para ello con la intención de las partes, por lo menos según ciertos ordenamientos jurídicos. Pero en este punto conviene precisar algo más.

Según algunos de nuestros ordenamientos se admite la renuncia del mandatario a la facultad de denunciar el mandato.[28] Esta renuncia puede entenderse en el sentido (el más probable) de que el mandatario se compromete en todo caso a continuar el mandato hasta que el mandante esté en situación de proveer por otro medio a la gestión del negocio; es decir, se compromete a no hacer una denuncia intempestiva aun cuando exista una justa causa personal para hacerla y, por tanto, a llevar a término el negocio (si el mandante, que hubiera podido hacerlo antes, no puede ya proveer a su gestión). O bien, en el sentido de que el mandatario se compromete a cumplir el encargo, aun cuando el mandante pueda hacerlo por sí mismo, y por lo tanto promete el interés positivo (caso más raro). Todo depende de la interpretación de la voluntad de las partes.

La renuncia a dicha facultad o, mejor dicho, aquellas especiales obligaciones del mandatario, deberán resultar normalmente de una expresa manifestación de voluntad. Pero podrán resultar también de un conjunto de circunstancias que permitan suponer, y a la vez justifiquen, que el mandatario haya asumido aquellas especiales obligaciones.[29]

Nótese, en fin, que el incumplimiento de la obligación *normal*, es decir, de la de no empeorar con la asunción del mandato y la renuncia posterior la posición del mandante, puede quedar excusado por haber sobrevenido una justa causa (para el *common law* v. nota 16). Y si hay una

28 Cfr. art. 671 C. c. alemán y autores franceses citados en nota 21. En contra, art. 404 Código suizo de las obl.; Guhl, *Le droit féd. des oblig.*, cit. págs. 305-306. En el Derecho italiano parece que sea admisible la renuncia a dicha facultad, en los dos sentidos a que aludimos infra en el texto.

29 Por ejemplo: si la promesa del mandatario ha sido hecha por una *causa praeterita*, o sea, para recompensar servicios recibidos del mandante, o en casos semejantes. O, también, si en el momento de asumir el mandato sabía el mandatario que el mandante disponía de otros medios gratuitos y que había prescindido de ellos y perdido la posibilidad de utilizarlos a consecuencia de dicha asunción. En este caso, aquellas mayores responsabilidades del mandatario podrían también contenerse en la simple responsabilidad por haber empeorado la posición del mandante (v. nota 23). Pero las dificultades inherentes a la prueba del hecho de que aquellos otros medios o mandatarios gratuitos hubieran efectivamente funcionado (sin renuncias o incapacidades, etcétera) podrían hacer que pareciera más justa la solución de la obligación específica de llevar a cabo en todo caso el encargo.

En este aspecto, podría llegarse a una solución análoga si se aceptara la discutida *doctrine* del § 90 *Restatement* americano sobre *contracts* (v. supra, *a*). Cfr. en este sentido el § 378 *Restatement* sobre *agency, comment e.*

justa causa, como caso de mayor gravedad, podrá excusarse también el incumplimiento de aquellas mayores obligaciones de llevar a cabo en todo caso el encargo (a consecuencia de la llamada renuncia a la facultad de denuncia o desistimiento: v. en este sentido expresamente el art. 671, párrafo último, del C. c. alemán).[30]

Se trata de una aplicación del principio general de la causa justa[31] de liberación o de adecuación de la responsabilidad en los contratos a título gratuito (v. supra § 14 bis y § 20, *b*).

4. *Las obligaciones del que se compromete a prestar servicios gratuitos: civil law y common law.* — Todo lo dicho a propósito del mandato gratuito en el *civil law* tiene notable importancia porque vale también para las promesas de llevar a cabo un transporte, de recibir en depósito, de prestar un servicio o servicios de distinta clase,[32] incluídos los del *nuncius*, etc.

Se presupone, naturalmente, que exista intención de contraer un vínculo jurídico (v. supra § 1, nota en apéndice; y § 14, *e*).

Dada esta intención (que será rara, fuera de los casos típicos del mandato o del *nuncius*), hay que entender que normalmente la intención de las partes se dirigirá a asumir a lo sumo la responsabilidad que pueda derivar de haber empeorado la posición de la otra parte mediante la asunción del encargo y la renuncia posterior intempestiva (interés ne-

30 Por el contrario, en el *common law* la justa causa de excusa no opera en este segundo caso. Ciertamente, como hemos dicho, aquellas mayores obligaciones solamente pueden surgir de un verdadero y propio *contract*, con la forma o con la *consideration:* y entonces la responsabilidad es plena y sin excusas, aun cuando *sustancialmente* el mandato sea gratuito (por haberse concluído con *act under seal* o porque la *consideration* es *nominal* o representa una causa *secundaria* en el sentido a que hemos aludido supra, 1.º).

Si, por lo tanto, aquellas mayores obligaciones derivan de la *doctrine* (discutida) del § 90 *Restatement* americano sobre *contracts* (v. nota 29) no parece que la justa causa de excusa de nuestro mandato gratuito pueda operar por sí misma. Será necesario, como dice el § 90 citado, que pueda evitarse la injusticia con otro remedio no contractual, o sea, con el derivado del § 378 *Restatement* americano sobre *agency*. Puede suceder que en algunos casos se llegue prácticamente a resultados análogos a los producidos por nuestro principio de la causa justa de excusa, pero no necesariamente.

31 La *cause juste* sobrevenida, que en dichos casos modera o excluye la responsabilidad asumida, consiste no tanto en una culpa, incumplimiento o demérito del mandante (que podrían darse también en un contrato oneroso), cuanto en una situación personal del mandatario, por la que la continuación del encargo significara para él una carga demasiado grave aun en relación con la utilidad que de ello obtuviera la otra parte: situación personal que no valdría para excusar al obligado si se tratara de un contrato sinalagmático. Por ejemplo: cambio de residencia o de profesión, necesidad urgente de atender a los propios asuntos, perjuicio patrimonial o moral que derivara al mandatario de la continuación del mandato, enemistad grave sobrevenida, etcétera. Cfr. en este sentido autores citados en nota 21 y, para el Derecho romano D. XVII, I, 23-25. V. también nota 16.

32 En los servicios "liberales", a que nos referimos supra en el texto, apartado 2.º, la facultad de denuncia o desistimiento se admite aunque el contrato sea sinalagmático.

gativo: v. supra 3.º), y no la responsabilidad por el interés positivo, o sea la obligación de cumplir la prestación. Existirá además, por supuesto, la responsabilidad "*contractual*" por *misfeasance* cuando el servicio se preste pero negligentemente. Por ejemplo: la persona que se compromete a llevar a cabo en determinado día un transporte gratuito, si después no lo realiza será responsable cuando la otra parte *(que hubiera podido hacerlo)* no esté ya en condiciones de poder proveer por otro medio, y por el daño que derive de ello. Pero tal persona no deberá y no habrá entendido asumir también la obligación de pagar el precio de un transporte a título oneroso o, en general, de resarcir el llamado interés positivo (v. supra notas 22, 23, 24 sobre el mandato).

Además, lo mismo que en el mandato, esta responsabilidad limitada podrá moderarse e incluso quedar excluída cuando sobrevenga una causa justa que justifique una denuncia intempestiva o el incumplimiento del transporte o del servicio (aunque la otra parte, *que hubiera podido hacerlo antes,* no pueda ya proveer a ello por otros medios).

Se admitirá, como en el mandato e incluso más fácilmente que en él, una agravación contractual de la responsabilidad (expresa o resultante de las circunstancias: v. nota 29); es decir, se admitirá la renuncia a la facultad de denuncia o desistimiento[33] en los dos sentidos indicados a propósito del mandato, pero siempre con los especiales efectos mencionados para el caso de que eventualmente sobrevenga una causa justa para excusarse (v. supra nota 30; v. también § 14 bis y § 20, *b*).

Pero fuera de estos casos especiales y más bien raros de agravación de la responsabilidad, ésta se limitará a los daños que resulten de haber empeorado la situación de la otra parte con la asunción del encargo y la denuncia intempestiva (v. supra 3.º). A esto y a la *misfeasance* quedará limitada la responsabilidad.

Esta equiparación entre mandato gratuito y promesa de servicios gratuitos en general, se da ya en el Derecho romano: Inst. III, 26, 11-13. También Pothier equiparaba el transporte gratuito, y otras promesas semejantes, al mandato (*Traité du contrat de louage,* n. 395).

En cuanto al *common law,* la promesa de servicios gratuitos debe ser tratada como el mandato gratuito (v. supra nota 14).

5. *Las promesas gratuitas de comodato y de mutuo; el comodato en el common law.* — Si no nos equivocamos, también en este terreno, en vez de recurrir a vagas generalizaciones es necesario articular y particularizar las reglas sobre responsabilidad según los distintos tipos de contratos. Así, las promesas gratuitas de prestar el uso o el goce de una cosa (promesa de comodato y de mutuo) habrán de ser tratadas de distinto modo que las promesas gratuitas de servicios, mandato, transporte, etcétera.

33 Así, tal renuncia será admisible también según el Código suizo, que parece limitar la inadmisibilidad al caso del mandato en sentido propio, por las exigencias de confianza recíproca y espontaneidad que le son inherentes (v. nota 28).

En efecto, en aquellas primeras no cabe pensar en una responsabilidad por *misfeasance* o negligente ejecución del *facere* (salvo la responsabilidad por los daños ocasionados por defecto de la cosa).

De manera que, si la obligación contractual ha de tener sentido, se dirigirá a la obligación de procurar el goce o el uso. La responsabilidad por incumplimiento podría también quedar limitada, según la intención de las partes o en ciertas situaciones más o menos típicas, a los daños derivados del hecho de que, a consecuencia de la promesa y de una revocación intempestiva, la otra parte haya perdido la posibilidad de procurarse por otros medios el uso o el goce de una cosa análoga (el llamado interés negativo). En tal caso se admitiría una facultad de desistimiento o revocación en tiempo oportuno, lo mismo que en el mandato. Pero en la práctica, especialmente tratándose de cosa cierta y determinada y generalmente también en el caso del mutuo, será muy raro que exista tal posibilidad o que las partes la tengan o puedan tenerla en cuenta.

De modo, que si la obligación ha de tener un sentido práctico, en la mayoría de los casos y salvo prueba en contrario se extenderá al interés positivo o al subrogado o equivalente de aquella concreta prestación. Será pues admisible, en general, una condena a la entrega de la cosa cierta y determinada (v. el caso Fellman-Mathebs, vol. II), o a los daños que representen el equivalente de la prestación incumplida: gastos para procurarse en otro lugar el goce de la cosa, cuando ello sea posible, o para obtener un mutuo con interés; daños por lucro cesante o por pérdidas sufridas en negocios relacionados con aquella prestación, aun cuando de no haberse hecho la promesa de comodato o de mutuo el promisario no hubiera estado en situación de realizar tales negocios, etc. (por el contrario, para el mandato y para las promesas de servicios gratuitos, v. supra notas 22-24). Cierto que, tratándose de una responsabilidad contractual, quedará limitada a los daños previsibles en el momento del contrato.

Tal responsabilidad podrá sin embargo moderarse o incluso quedar excluída cuando sobrevenga una causa justa, teniendo en cuenta el carácter gratuito de la promesa (v. § 14 *e*, § 14 bis, § 20, *b*, y supra nota 31).

En el *common law* la responsabilidad por las promesas de comodato y de mutuo gratuito es mucho más vaga. Fuera del caso a que alude el § 90 *Restatement* americano sobre *contracts*, o del caso de la *reliance*, a que nos hemos referido supra apartado *a*, la única responsabilidad podría ser la derivada de haber empeorado, con la promesa y la revocación intempestiva, la posición de la otra parte que tuviera la posibilidad de proveer por otro medio. Pero este caso, muy raro en la práctica, debería ser considerado y resuelto en el aspecto estrictamente delictual.

Lo mismo puede decirse de la obligación del comodante en el comodato real (con entrega de la cosa) de no pedir su restitución antes de cierto tiempo o de que se haya podido llevar a cabo un determinado uso de la cosa (art. 1.888 C. c. francés y concordantes). En efecto, en general, la asunción de la custodia por parte del comodatario no puede con-

siderarse como una "*consideration bargained for*" para dicha obligación del comodante, salvo casos excepcionales en que suceda así.[34]

§ 28.

Consecuencias de la concepción del «informal contract» como «bargain».

a) *La "past consideration".*

El requisito de que la acción o abstención del promisario (*consideration*) deba ser efectivamente *bargained for,* es decir deba responder a una concreta confianza en la promesa y haberse realizado *a instancia* del promitente (v. § 26, *e*) o, en todo caso, la concepción más amplia de la *reliance* (v. § anterior) son razones que llevan a excluir la *past consideration,* es decir nuestra *causa praeterita* consistente en servicios prestados en el pasado o en una obligación natural o moral (v. supra § 11).

Quien presta tales servicios, tal vez con la esperanza de obtener una recompensa, no ha hecho una *reliance* sobre una promesa, por la sencilla razón de que ninguna promesa de recompensa le ha sido hecha.[1]

El *common law,* desde este punto de vista, se sitúa en la misma línea del Derecho romano y de nuestro Derecho medieval (véase supra § 2, notas 21 y 22; y § 3). Pero a las razones que en aquellos ordenamientos hicieron que se excluyera la *causa praeterita* (v. también supra § 1, *b*) y dieron lugar a que se considerara el caso como donación, con los correspondientes requisitos de forma, se añade en el *common law* la especial impronta dejada por la *action of assumpsit,* o sea, la concepción básica de la *reliance.*

Entre las razones que ya en épocas pasadas hicieron que se rechazara la *causa praeterita,* se acentúa hoy la de la incertidum-

34 Williston, *Contracts,* § 1.039, observa que tampoco la obligación del comodatario de custodiar la cosa constituye en general un *contract,* ya que no viene *bargained for* con la concesión del uso de la cosa, salvo que efectivamente suceda así o que el comodatario asuma otras obligaciones especiales (v. el caso Bainbridge-Firmstone en vol. II).

1 Por eso, el expediente de ver en la promesa de recompensa de los servicios una permuta, una venta, etc., expediente con el que se trató de hacer reconocer estas promesas en el *civil law* (v. § 4, nota 8 y § 5, nota 21), no pudo nunca prosperar en el *common law.* Se necesita, por lo menos, que los servicios hayan sido prestados *a instancia* del promitente y con un tácito acuerdo de recompensa (v. notas 8 y sgtes.).

bre en cuanto a la intención de contraer un vínculo jurídico y en cuanto a la posibilidad de determinar cuáles son, dentro de las diversas obligaciones morales, las que podrían constituir una razón suficiente para obligarse; así como la de la incertidumbre sobre el *quantum* debido.[2]

Con la exclusión de la *causa praeterita* o *past consideration* quedan cortadas de raíz todas las difíciles cuestiones que en el *civil law* se presentan en materia de *cause suffisante* y que dan lugar a tanta inseguridad en las relaciones jurídicas (v. § 11).[3]

Se admite excepcionalmente la *past consideration* en el caso de la promesa de pagar una deuda prescrita y, en América, también para la promesa de pagar la parte de deuda remitida en el convenido de la quiebra o en el juicio de quiebra (*discharge in bankruptcy:* v. en vol. II el caso Bonacina). Pero en algunos de estos casos se acude a una explicación distinta de la del reconocimiento de una *past consideration*.[4]

2 Williston, *Contrats*, § 148, observa: "*It is essential that the class of promises which are so enforceable shall be clearly defined. The test of moral consideration must vary with the opinion of every individual*". Añade que, puesto que toda promesa engendra una obligación moral de cumplirla, toda repetición de esta promesa sería jurídicamente vinculante. Es la crítica de nuestra teoría del *pactum geminatum* (v. supra § 4, notas 13 y 14 y § 11, *d*). V. también Hamson, cit. en nota 3.

Casos, entre otros, en los que se ha negado valor a la *moral consideration:*

— promesa hecha después de la cesación del concubinato, aun cuando hubiera existido seducción (la responsabilidad se fundará, si acaso, en el *tort*);

— promesa de alimentos a un pariente necesitado;

— promesa de cumplir un deseo del *de cuius* (no expresado formalmente en el testamento);

— de resarcimiento de un daño no debido jurídicamente.

— de aumentar el precio, aparte de la lesión;

— de recompensar servicios prestados, incluído el caso de mejoras hechas en el fundo ajeno y el de reintegrar un pago hecho por cuenta ajena (en estos casos, si hay acción no se funda en la promesa).

Cfr. sobre todo esto, Williston, op. y loc. cits. y jurisprudencia que cita.

Sobre muchos de estos casos en el *civil law*, v. supra § 11.

3 Los autores observan que si se admitiera la *past consideration* se introduciría el concepto de "causa" propio del *civil law*. Por todos, cfr. Hamson, *The reform of consideration*, cit. en § 26, nota 1.

Cfr. también el caso Thomas-Thomas en vol II.

Es interesante observar que por "causa" del *civil law* autores y sentencias entienden aquí el "*motive*", mientras que, como hemos demostrado en los §§ 11 y 22, nota explicativa núm. 2, se trata de la "causa" en el sentido de razón *objetivamente* suficiente para excluir la donación. V. también § 37.

4 Para la promesa (que en Inglaterra y en muchos estados de la Unión Americana debe hacerse por escrito) de pagar una deuda prescrita, la explicación consiste en que la prescripción extingue la acción pero no el derecho; o en que el deudor puede siempre renunciar a la prescripción, que no pertenece al derecho sustancial sino al procedimiento (cfr. Pollock, *Contracts*, pág. 144; Cheshire and Fifoot, *Contracts*, pág. 58; Williston, *Contracts*, § 138 y si-

Sin embargo, ciertas corrientes jurisprudenciales y legislativas de algunos Estados de la Unión Americana admiten o tienden a admitir en general la *past consideration*, especialmente en los casos de *strong moral obligation* o en otros que vienen a estar situados entre el enriquecimiento injusto y la obligación moral: véase por ejemplo, nota 2, al final.[5]

El *Report* del *Law Revision Committee* inglés de 1937 (v. § 26 nota 1) ha hecho propuestas de reforma en materia de *past consideration*.[6]

Pero la "*doctrine*" de la *moral obligation* como *consideration*, que arranca de una serie de sentencias de Lord Mansfield de finales del siglo XVIII, y que fué abandonada definitivamente hacia la mitad del siglo XIX, es todavía hoy objeto de duras críticas, precisamente por las inseguridades a que daría lugar y por ser contraria a la esencia del sistema contractual del *common law*, fundado en la idea de la *reliance*.[7]

Sin embargo, a los ojos de un jurista educado en el ambiente

guientes). En el Derecho inglés la cuestión ha sido resuelta en sentido afirmativo por la *Limitation Act* de 1939. Cfr. también § 86 *Restatement* americano sobre *Contracts*.

En cuanto al convenio entre los acreedores y el quebrado y al juicio de quiebra o *discharge in bankruptcy* (casos no admitidos en Inglaterra), cfr. § 87 del *Restatement* citado y Williston, *Contracts*, §§ 158 y 159 para los Estados Unidos, en donde algunas veces se requiere el documento escrito, y siempre una promesa *clara* para evitar incertidumbres (v. supra § 11, nota 22). Ver también en el vol. II, el caso Bonacina.

En cuanto a la confirmación o ratificación de una obligación contraída por un incapaz, cfr. § 89 *Restatement* americano sobre *Contracts;* en contra, el Derecho inglés; v. Cheshire and Fifoot, *Contracts*, pág. 58.

5 Cfr. Williston, *Contracts*, § 149; Page, *Consideration genuine and synthetic*, cit. supra en § 26, nota 1; Mancini, *La consideration...*, etc., cit. en *Rivista Trim. dir. e proc. civ.*, 1953, págs. 1.065-1.066.

6 No parece, sin embargo, que el *Report* se refiera a la *moral obligation* en general.

Tampoco resulta claro si se refiere a todos los casos de servicios prestados en el pasado (incluídos los de nuestra donación remuneratoria) o solamente a los casos en los que quien los prestó no tenía la intención de hacerlo gratuitamente y lo hizo tal vez sobre la base de una *request* (sin promesa de recompensa) por parte de quien después prometería la recompensa; casos que algunas veces vienen a estar situados casi en el límite de un *bargain* tácito. V. nota 1 y notas 8 y 9.

También parece que el *Report* se refiera a los casos en que existe una obligación (jurídica) anterior y la acción se funda en la promesa de cumplirla: v. infra en el texto.

7 Cfr. Hamson, Page, Williston, Pollock, Cheshire and Fifoot, etcétera, ops. y locs. cits. Page observa que Lord Mansfield era escocés y, como tal, un *civil lawyer* poco impuesto en el *common law*. En cambio es favorable a esta teoría Hays, *Consideration*, etc. (cit. supra en § 26, nota 1), págs. 856 y siguientes.

del *civil law,* la actitud del *common law* contraria a la *past consideration* parece afectar también a problemas que entre nosotros se presentan bajo otro aspecto. En efecto, la misma existencia de una obligación (jurídica) anterior es considerada como una inválida *past consideration,* por entenderse que la acción se fundaría siempre en esta obligación o relación anterior y no en la promesa de cumplirla. En este aspecto, la antigua *indebitatus assumpsit* (véase § 26, *b*) no se admite ya, habiendo desaparecido también las razones procesales que la inspiraron (Williston, *Contracts,* § 143 y los autores y *cases* que cita).

Así, si quien ha cometido un delito civil (*tort*), fundamento de una obligación jurídica de resarcir el daño, promete resarcirlo en determinada medida, la promesa no vale ni como reconocimiento (inatacable) del hecho o de la culpa, ni como fijación del *quantum* debido, salvo que se trate de una transacción, en cuyo caso en el *aliquid datum aliquid retentum* existe una *consideration* actual. Otro tanto puede decirse para el caso de promesa de cumplir una obligación nacida de un enriquecimiento injustificado (v. ejemplos en nota 2).

La acción basada en una letra de cambio o, en general, en un *negotiable instrument* emitido por una obligación (civil) anterior, aparece, a los ojos de los autores del *common law,* como una excepción difícilmente explicable (v. infra § 34).

Más delicado es el caso en que una persona cumpla servicios o prestaciones en favor de otra sin la intención de hacerlo gratuitamente y posteriormente se le haga una promesa de recompensa (para el *civil law,* v. § 11 nota 4 y el texto D. XIX, 5, 22, que allí se cita).

Se requiere que exista una petición de tales servicios y el acuerdo tácito de una recompensa *adecuada,* acuerdo que a veces puede deducirse de las circunstancias o, como suele decirse, una "*promise to be implied from the circunstances*"[8] como suele acontecer en el campo de los negocios o *business.* Pero, aun en este caso, observan algunos autores que el *bargain* (tácito), si existe, ya es perfecto desde este momento; existe ya una obligación (nacida de contrato); de manera que la promesa posterior que fija la recompensa "*adecuada*" nada podría añadir a la obligación anterior; podrá a lo sumo considerarse como prueba (*evidence*) del

8 El *Report* del *Law Reform Committee* inglés de 1937, al hacer las propuestas de reforma a que aludíamos en nota 6, observa que algunas veces tal *implied promise* constituye una ficción.

valor atribuído por las partes a dichos servicios o servir para dispensar al juez de la necesidad de evaluarlos.[9] Distinto es, naturalmente, el caso de una transacción o de un acuerdo con recíprocas renuncias sobre el *quantum* (v. supra).

En cualquiera de los casos mencionados, un jurista del *civil law* vería una promesa válida sobre la base de un reconocimiento, de un negocio de fijación o de una figura semejante. En cuanto a la promesa de pago y a los *negotiable instruments*, v. supra § 22, *e*, así como las notas explicativas números 3 y 4 a dicho § 22; e infra § 34.

b) *La "gratuitous promise".*

La concepción de la *gratuitous promise* no corresponde a nuestra concepción de la promesa a título gratuito, que es, en fin de cuentas, la promesa no interesada (v. supra § 5, *b* y § 16).

La *gratuitous promise* es la promesa que no forma parte de un *bargain*, es decir aquélla que se hace sin que el promisario tenga que dar ni hacer nada *a instancia* del promitente, aunque éste tenga un interés económico relevante y determinante para hacer la promesa. Se trata, por ejemplo, de los casos de promesa a título de propaganda,[10] de la *option*, de la promesa unilateral de venta o

9 Cfr. Pollock, *Contracts*, pág. 143; Cheshire and Fifoot, *Contracts*, páginas 55-58. Los dos casos más importantes son los siguientes:

— Lampleigh-Brathwait (1615, Hob. 105). — Brathwait, habiendo matado a un hombre, solicita de Lampleigh que haga lo posible por obtener la gracia del Rey. Lampleigh se encarga de ello y con tal fin hace varios viajes a Londres a sus expensas. Posteriormente Brathwait le promete 100 libras esterlinas por sus molestias. El juez observa que la promesa no es *nuda (naked)* porque existía la *request* (Cheshire and Fifoot observan que en la sentencia parece estar implícita la idea de un tácito acuerdo de recompensa).

— Casey's Patent, Stewart-Laseg, 1892, I, Ch. 104. — A y B, titulares de ciertos derechos de patente, escriben a C prometiéndole una cuota equivalente a un tercio, por haber contribuído a la elaboración del invento (se entiende que lo hizo sin un explícito acuerdo de recompensa). El *Lord justice* Bowen observa que no se trata de *past consideration*, porque en este caso "el hecho de un *past service* hace que surja la *implication* de que en el momento en que fué prestado se consideraba como un servicio que había de pagarse, y si era así, al sobrevenir una promesa de pagar, ésta debe ser tratada como un reconocimiento que sirve de prueba (como prueba del valor de los servicios) o como un positivo *bargain* que fija la cuantía de aquella *reasonable remuneration* confiando en la cual fué prestado el servicio".

Para la jurisprudencia americana, un poco incierta en los casos de simple solicitud de servicios, cfr. autores cits. en notas 2 y 4.

10 Salvo que en el hecho, más o menos explícitamente solicitado, de adquirir o de usar el producto pueda apreciarse una *consideration:* cfr. el caso Carlill-Carbolic Small Ball (1893), I, Q. B. 256: promesa de 100 libras ester-

de la oferta irrevocable (v. supra § 27 nota 2 e infra § 35, *c*). Promesas gratuitas son también aquellas a que hemos aludido en § 27, *a*. Naturalmente, la promesa hecha por una *past consideration,* que constituye algunas veces una *cause suffisante* para los juristas del *civil law,* es una *gratuitous promise.*[11] En cuanto a la "*cause*" más o menos *plausible* o *juste* de una promesa gratuita (v. supra § 14, *e*) la averiguación de una "*cause*" semejante implicaría todas aquellas incertidumbres que no merecen las simpatías del *common law.*

La *gratuitous promise,* en el sentido indicado, no es un *contract* (véase supra § 25, *b*, al final); es decir, no es reconocida por el *common law* como fuente de obligación contractual o, como diríamos nosotros, no se considera que tenga una "causa" reconocida por el Derecho. Tal *gratuitous promise* vale solamente en cuanto quede absorbida dentro del acto formal puro (v. supra § 26, *d*). O puede valer como *gratuitous undertaking* en ciertos casos especiales en los que se duda del carácter contractual de la acción, o en casos muy discutidos y limitados, en los que la misma acción contractual constituye un remedio extraordinario (v. § 27).

Dada la concepción de la *acceptance,* a la que más adelante aludiremos y que se confunde con el cumplimiento de la *consideration* solicitada para la *formación* del contrato (v. § 29), puede decirse, en cierto modo, que en la *gratuitous promise* no hay una *acceptance* en el sentido del *common law,* sino solamente aquella genérica aceptación, como manifestación de una confianza genérica que, por lo menos algunas veces, es suficiente en el *civil law* (véase supra § 17).

Y viceversa, basta con una *consideration* cualquiera (v. infra § 30) para atribuir el carácter de promesas no *gratuitous* (o sea de "*contract*") a muchas que el *civil law* consideraría como promesas a título gratuito, o por lo menos como promesas con "causa" predominante de liberalidad.

Esto implica que, en principio, en el *common law* todas las

linas a quien contraiga la *grippe* (en tiempo de epidemia) después de haber usado las píldoras anunciadas, según ciertas instrucciones.

Otra promesa interesada, según la concepción del *civil law* (§ 16), podría verse en el caso De La Bere-Pearson, cit. en § 27, nota 14, si no existiera una *consideration.*

11 El concepto de *gratuitous promise* ocupa poco más o menos el lugar del pacto nudo en el Derecho romano después del reconocimiento de los contratos innominados (aparte del mandato y de algunos pactos especiales reconocidos en aquél Derecho). Sobre el carácter meramente negativo del concepto de *gratuitous promise,* en cuanto que engloba en análogo tratamiento los casos más dispares, cfr. Hays, *Consideration,* etc. (cit. en § 26, nota 1), páginas 856 y sgtes.

promesas no formales jurídicamente sancionadas sean, como diríamos nosotros, a título oneroso. En otros términos: la responsabilidad del promitente es la rigurosa responsabilidad propia de un contratante a título oneroso o la igualmente rigurosa propia de un contrato formal, sin que se admitan, ni en el aspecto objetivo de exigencias de justicia ni en el aspecto subjetivo de presupuestos, aquellas atenuaciones o moderaciones que el *civil law* establece en materia de interpretación y de relevancia de los motivos para las promesas que, sustancialmente o al menos en parte, se hagan a título gratuito:[12] v. § 32. Sobre las discutidas excepciones, v. § 27.

También esto coloca al *common law* en la misma línea del Derecho medieval y del Derecho romano de los contratos de derecho estricto (v. §§ 2 y 3). Sobre este criterio riguroso de responsabilidad, v. supra § 26, *e*; infra § 32.

Es interesante observar que, al no reconocerse en la *gratuitous promise* la existencia de una "causa" de obligación contractual, aun cuando dicha "causa" pudiera ser *raisonnable et juste* (v. supra § 14, *e*), y al no constituir la misma donación una causa o tipo de contrato (v. infra, *c*), el *common law* no establece ninguna diferencia entre las obligaciones de dar y las demás obligaciones. Todas quedan absorbidas o en el concepto del *assumpsit* o en el de la *forma* y todas reciben el mismo tratamiento. La distinción entre las obligaciones de dar y las restantes obligaciones, que en el *civil law* da lugar a cuestiones delicadas y presenta algunas veces aspectos curiosos y absurdos y que tiene una explicación histórica o consuetudinaria (v. supra §§ 7 y 10-13), es desconocida en el *common law*. Y así, una vez más, su sistema resulta en el fondo más sencillo o simplificado.

c) *La donación.*

Por las razones que acabamos de indicar, la donación, como *causa donandi* o negocio reconocido como tipo (v. supra §§ 8 y 9),[13] es desconocida en el *common law*. La donación, como promesa o

12 V. supra § 14, *e*; §§ 15, 16 y 20, *b*; J. J. Gow, *Mistake and error*, en *The International and Comparative Law Quarterly*, 1952, págs. 472 y siguientes, observa la diferencia de tratamiento que en el *civil law* se da a los contratos onerosos y gratuitos en cuanto a la relevancia y a la disciplina del motivo erróneo.

13 Por lo demás, todos los contratos del *common law* son atípicos, es decir, valen solamente en cuanto puedan caber dentro de los esquemas genéricos de la forma, del *bargain*, o en el esquema a que hemos aludido en el § 27; v. infra § 33.

como donación obligatoria, sólo puede admitirse en cuanto resulte absorbida dentro del esquema del acto formal puro (o *act under seal*) o en el esquema de un *bargain* aunque sea mediante una *nominal consideration* (v. infra § 30).[14]

La donación traslativa o real puede también admitirse en cuanto resulte absorbida en el esquema genérico de un *transfert* (formal o mediante entrega) o de un *bargain* (v. infra § 38 sobre el *transfert*).

Resulta de ello también que, al no constituir la donación una típica *causa obligandi*, un "*contractus donationis*", todo el problema de la *donatio cum onere* queda superado, incluso en el aspecto de la irrelevancia de la *adequacy of consideration* (v. infra § 30). Una simplificación más de este sistema.

Naturalmente, el carácter oneroso o gratuito del acto puede influir en otros aspectos (eventuales prohibiciones de donar, tutela de los acreedores, etc. y en el aspecto de la *specific performance* que, en *equity*, no se concede cuando se trata de una *gratuity:* véase § 33); pero no como "causa" o tipo que por sí mismo determine la obligación y una obligación con propios caracteres.

Desde todos estos puntos de vista, el *common law* presenta sugestivas analogías con el Derecho romano clásico (si se admite que ya en el derecho clásico, al menos en época tardía, fueron reconocidos los contratos innominados: v. supra § 2).

§ 29.

Continuación: la «consideration» como «acceptance». El promitente como dominus de la promesa y de sus condiciones: la «executed consideration» («unilateral contract»). La promesa al público.

Como se recordará, en los contratos innominados romanos y en los contratos reales medievales del Derecho continental, la *res vel factum* era un elemento de formación del contrato, en el sentido de que mientras una de las prestaciones convenidas no hubiera sido realizada la promesa podía revocarse o, lo que es lo

14 En el *common law* la donación obligatoria fué pues admitida muy pronto, precisamente porque nuestra "*causa donandi*" queda completamente absorbida en la forma o en el *bargain* nominal, mientras que en el Derecho continental todavía en el siglo XVIII se reconocía solamente la donación real (con la *traditio*) junto con el requisito del documento público: v. supra § 5, *c*.

mismo, no surgía el vínculo (v. § 2, *b* y § 3). Si se tiene en cuenta que el requisito de la *consideration* reproduce en cierto modo aquella idea de nuestro contrato real medieval, puede comprenderse que también la *consideration* o, mejor dicho, su cumplimiento, constituye un elemento de formación del contrato (v. supra § 26, *a*, 1.º, y notas 19-20). Mientras se entendió que la *consideration* debía consistir en una contraprestación (*lato sensu*) y no simplemente en una contrapromesa, o sea mientras no fué reconocido el contrato bilateral puramente obligatorio (v. § 26, *c*), el contrato no se formaba o la promesa era revocable hasta el momento en que efectivamente se cumpliera la contraprestación. Esta es la que después se llamará *executed consideration.*

Esta concepción se mantiene en el *common law* hasta nuestros días (y quizá se mantuvo también durante cierto tiempo en el *civil law,* v. supra § 4, *b,* nota 10), pese a haberse admitido la *consideration* consistente en una contrapromesa o *executory consideration.* Mientras no se haga la contrapromesa solicitada por el proponente, el contrato no queda concluído; se concluye después, en el momento y en el lugar en que se haga tal contrapromesa según los términos establecidos por el proponente, incluyendo entre estos términos la comunicación o la simple expedición de la (aceptación que contiene la) contrapromesa. Así, la contrapromesa equivale a la *res* de los contratos medievales en su función de elemento de formación del contrato.

Fácilmente se comprende que una concepción semejante ha tenido que influir también en el problema del lugar y tiempo de formación del contrato. De tal manera que para llegar a afirmar la "*doctrine*" de la expedición los Tribunales del *common law* han tenido que superar las dificultades de la concepción de la *consideration,* que por ello aletea en todo el sistema contractual del *common law.* Y para superarlas han tenido que forzarlas, es decir han debido recurrir a distintos expedientes, como la presunción o ficción de que, al exigir la contrapromesa como *consideration,* el promitente ha autorizado más o menos una determinada forma de expedición como medio de comunicación de la *acceptance* y como *último* acto a realizar para el cumplimiento de la *consideration* solicitada.

Ahora bien, puesto que depende del promitente o proponente el establecer la *consideration* (*executed* o *executory* y sus modalidades) resulta de ello que la *consideration* puede concebirse como *acceptance:* la aceptación debe consistir en el exacto cumplimiento del *quid* (hecho o contrapromesa) solicitado por el promitente. De

manera que también esta concepción de la *consideration* como aceptación, muy extendida entre autores y jueces del *common law*,[1] parece ser un desarrollo de la concepción básica del contrato real medieval.

Sin embargo, la equiparación entre *consideration* y *acceptance* tiene un significado práctico y probablemente sólo surge después de admitirse la *executory consideration*, y con ello cuando el promitente tiene la posibilidad de elegir entre una *executed* y una *executory consideration*. En efecto, antes de que surgiera esta posibilidad, es decir cuando la *consideration* sólo podía consistir en un hecho, sería más fácil ver en la realización de tal hecho un elemento de formación del contrato que una "*acceptance*".

Surgida dicha posibilidad, la naturaleza unilateral o bilateral del contrato no depende de su carácter típico (como entre nosotros) sino de la voluntad del proponente, es decir de la *consideration* que solicite, según sea *executed* o *executory* (con la particularidad, además, de que en el contrato "*unilateral*" la promesa es revocable mientras no se haya realizado *el hecho*). De donde resulta, también en este aspecto, la importancia de la *request* o del *quod dictum est* (interpretado en sus términos literales), es decir, la importancia de lo que ha dicho el proponente o promitente.

Probablemente, a la indicada concepción de la *consideration* como *acceptance* se une la "*doctrine*", hoy muy discutida y criticada, según la cual la *consideration* ha de provenir del promisario[2] y no de una tercera persona. A la formación de esta *doctrine* puede haber contribuído también la idea de que la responsabilidad del promitente frente al promisario se basa en la *reliance* que éste ha hecho sobre la promesa al prestar la *consideration*, o sea la concepción de un *detriment causado* al promisario con la promesa (v. supra § 26, *a*, 1.º).

1 Por todos, cfr. Hamson, *The reform of consideration* (cit. en § 26, nota 1), pág. 234: "*Consideration, offer and acceptance* son una trinidad indivisible, aspectos de un mismo concepto, que es el del *bargain*. Ciertamente, la *consideration* puede explicarse como la simple *acceptance* vista del lado del oferente. La *acceptance* se define como la realización de aquel acto (que puede consistir en hacer una promesa o en cumplir una prestación) que ha sido *requested* por el oferente a cambio de su promesa; es la respuesta a la oferta. Un acto realizado a instancia del oferente respondiendo a su promesa es *consideration;* y *consideration* en esencia no es otra cosa que la respuesta a tal *request*. La noción de *offer* y *acceptance* propia del *common law* no se aplica a una *gratuitous promise*". Como hemos indicado, esta concepción es de dominio común entre autores y jueces del *common law*.

2 *Consideration must move from the promisee*. Cfr. sobre este principio, Williston, *Contracts*, § 114, y el ya citado *Report* del *Law Revision Committee* inglés de 1937. V. también supra § 26, nota 26 e infra § 35, *c*.

Pero sobre todo, en esta concepción de la *consideration* como *acceptance,* cuyo contenido fija el promitente como *master* de la promesa y de sus términos, reaparece el espíritu del *contract* del *common law* tal como resulta del *assumpsit* y de sus desarrollos posteriores (v. supra § 26, *e*). En efecto, la promesa, en los términos del *assumpsit,* es la asunción de una responsabilidad en determinadas condiciones, por haber confiado en ella el promisario como lo revela el hecho de que haya cumplido las condiciones establecidas por el promitente. Asumir una responsabilidad, especialmente la rigurosa responsabilidad de la *legal obligation* inglesa (v. § 32, *a*), se considera como un hecho grave y que ha de tomarse muy en serio. Por eso el promitente es *master,* es dueño de establecer las condiciones en las que está dispuesto a asumir tal responsabilidad; pero debe poner mucha atención al establecerlas (teniendo en cuenta el criterio literal de interpretación: véase § 32), es decir al establecer su *request,* porque quedará inexorablemente obligado una vez que el promisario las haya cumplido tal como han quedado establecidas.[3] Por la misma razón, el promisario debe prestar mucha atención a las condiciones establecidas por el promitente y cumplirlas exactamente; de no ser así no podrá pretender la tutela de su *reliance.* La idea que inspira este sistema parece ser la de dos recíprocas limitaciones de libertad que, como tales, exigen ponderación y atención.

El *contract* y la misma propuesta se conciben como una promesa condicionada a la aceptación mediante ejecución exacta de la *consideration.*[4]

Aceptar quiere decir *actuar* en la forma solicitada por el promitente (también la contrapromesa tiene este valor de cumplimiento de un hecho o conducta solicitados: v. § 26, *e*) ; no quiere decir simplemente asentir y apropiarse la promesa o, como decían Bentham y Austin, "una declaración del promisario en el sentido de que espera que el promitente cumplirá la promesa hecha" (v. supra § 17 e infra § 35 *a*).

Pero esa rígida concepción del promitente como *master* de su *promise* y la correlativa concepción del esfuerzo de atención exigido al promisario pueden dar lugar en ciertos casos a una injusticia.

3 Por ejemplo, en cuanto a las formas de la *acceptance,* Anson, *Contracts,* pág. 36, cita el caso de que se exija como respuesta al destinatario de la oferta que dispare un fusil o encienda una luz en la otra orilla de un lago. Si el oferente no puede oír el disparo o ver la luz a consecuencia de un temporal o por otra causa, *imputet sibi.*

4 Cfr. Williston, *Contracts,* §§ 24 A, 25 y 112.

Así, por ej., en el caso de que A prometa a B 100, si éste pinta (no si se obliga a pintar) un determinado cuadro o un fresco, o ejecuta una obra cualquiera, como la *expedición* de una mercancía, un viaje, etc. (*executed* y no *executory consideration*). A no quedará vinculado sino cuando B haya ejecutado la obra; es decir, A podrá impunemente revocar la promesa antes de este momento e incluso si la obra ya está adelantada. B habrá de prestar atención, porque no podrá contar con la promesa sino cuando haya ejecutado la obra; durante el cumplimiento correrá con los riesgos, aunque teniendo la ventaja de no estar obligado y por lo tanto de no responder de los daños si no realiza la obra o si la realiza mal, si no entrega o no expide la mercancía, etc. Por lo tanto, B debe hacer sus cálculos y si no le conviene, que no "acepte", es decir, que no ejecute la obra. Por otra parte, el mismo promitente ha elegido un camino (la *executed consideration*) que presenta ventajas e inconvenientes: la ventaja de no quedar obligado sino cuando la obra, entrega o expedición se hayan realizado (sin necesidad de tener que recurrir a la acción de resolución del contrato por incumplimiento); y el inconveniente de no asegurarse, mediante una obligación de la otra parte, la obra, la mercancía o su equivalente (daños).[5]

Pero muy a menudo, especialmente cuando el promisario haya iniciado ya la ejecución de la obra, esta concepción que es útil en ciertos aspectos se resolverá en una injusticia. De ahí que hayan surgido distintos expedientes para mitigar su dureza,[6] así como algunas propuestas de reforma.[7]

5 Sobre todo esto, cfr. mi comunicación al Congreso Nacional de Derecho Comparado, Roma, octubre 1952: "*Il cosidetto unilateral contract o contratto con executed consideration nella common law anglo-americana*" (en las Actas de dicho Congreso y en *Riv. Dir. comm.*, 1954), donde también demuestro que el concepto de *unilateral contract* (o *contract* con *executed consideration*) no corresponde a nuestro concepto de contrato unilateral ni a los de contrato a título gratuito o de contrato real (en el sentido moderno).

6 Así, el expediente de presumir, en caso de duda, que las partes hayan considerado el contrato como *bilateral*, o sea, con *executory consideration*. Otros expedientes: presumir una oferta accesoria de mantener en pie la oferta principal durante un tiempo razonable en *consideration* al principio de ejecución por la otra parte; o el expediente de ver una promesa condicionada, en la que el promitente se obliga a condición de que el promisario realice el hecho solicitado en un plazo razonable; tal promesa sería irrevocable después de la aceptación consistente en el hecho de iniciar la ejecución. Pero si el hecho no ha sido realizado dentro del plazo razonable, la promesa cae *automáticamente* por falta de "*acceptance*", sin necesidad de pedir la resolución del contrato.

Sobre todo esto cfr. mi comunicación citada en la nota anterior, y los

En este aspecto, la concepción de la *consideration* como *acceptance* o como elemento de formación del contrato, parece un arma anticuada, un legado del Derecho medieval y de ciertos criterios formalistas que presidían la determinación de la responsabilidad en el *assumpsit*. Pero tal concepción puede ser útil como advertencia a las partes para que pongan atención en la conclusión de los contratos. Puede ser útil cuando las partes, ante la alternativa entre *executed* o *executory consideration*, con las correspondientes ventajas e inconvenientes que se han indicado, quieran efectivamente elegir uno u otro instrumento contractual. Y tiene, en fin, una gran importancia si se quiere "espiritualizar" la donación (obligatoria) *cum onere* o *sub modo*, es decir si se la quiere liberar del requisito de forma. En efecto, puesto que casi siempre será indudable que en tal donación la carga o el modo se habrá impuesto como *executed consideration*, la protección de la forma contra donaciones poco ponderadas queda sustituída por la posibilidad de revocarlas antes del cumplimiento del gravamen. Esto puede contribuir a explicar por qué nuestro problema de la donación *cum onere* o de su *cause suffisante* no se ha planteado en el *common law* (v. supra § 10).[8]

Dicha concepción, pues, es un arma anticuada pero que en algunos casos todavía puede servir para algo.

El *common law*, dado su modo de formación (v. § 25, *b*), es un arsenal de armas antiguas y de buenas armas que se conservan unas junto a las otras. También las armas antiguas pueden en ciertas ocasiones empuñarse con provecho. El espíritu conservador ofrece esta posibilidad de elección, porque no todo lo antiguo es malo ni sólo por antiguo debe desecharse (v. también infra § 30, *a* 1.º).

Otra interesante aplicación de la *consideration* como *acceptance*, o como *reliance* consistente en hacer algo que haya sido

autores que en ella cito; en la que también señalo algunos de sus errores sobre el valor del "*commencement d'exécution*" en el *civil law*.

7 Así el *Report* del *Law Revision Committee* inglés de 1937, varias veces citado, propone que "la promesa hecha *in consideration* al cumplimiento de un hecho por parte del promisario, sea *vinculante* tan pronto como éste haya comenzado la ejecución de tal hecho, a menos que la promesa incluya expresa o tácitamente *(by implication)* la cláusula de que puede ser revocada antes de que el hecho se realice". Naturalmente, si después no se realiza el hecho (dentro del plazo razonable), añade el *Report*, el promisario no tiene ningún derecho (contractual) a la retribución.

8 Pero también otras razones han contribuído a "espiritualizar" la donación, como la concepción de la *adequacy of consideration* y el carácter atípico o abstracto del esquema del *bargain* (v. infra §§ 30 y 33).

solicitado por el promitente, es el tratamiento de la promesa al público.

La promesa al público de un premio, una recompensa, una gratificación a quien realice determinada obra, a quien encuentre tal perro perdido, a quien descubra al autor de un delito, etc., constituye un caso típico de *unilateral contract* o de promesa por una *executed consideration.*

Por de pronto, si el premio ha sido prometido por un hecho que se considera ya realizado, el caso queda comprendido en la *past consideration,* con las consecuencias correspondientes (v. supra § 28, *a*).

Pero si el hecho ha de realizarse todavía, para tener derecho al premio es preciso realizarlo teniendo conocimiento de la promesa; de no ser así, falta el elemento de la *acceptance* o, mejor dicho, de una conducta o sacrificio solicitado por el promitente y realizado por la otra parte *confiando* (*reliance*) en la promesa.[9]

Suele decirse también que quien realiza el hecho sin tener conocimiento de la promesa no ha hecho nada para obtenerla o merecerla.

Es ésta, entre otras muchas, una de las pruebas de la rigidez[10] que frecuentemente revela el *common law* a pesar de su empírico modo de formación (v. supra § 25, *b*, nota 3).

9 Cfr. Pollock, *Contracts,* págs. 15-16; Anson, *Contracts,* págs. 27 y 37; Cheshire and Fifoot, *Contracts,* págs. 38-40; Williston, *Contracts,* §§ 32, 33 y 34 A; *Restatement* americano §§ 28 y 53.

En el caso Carlill-Carbolic Small Ball, cit. supra § 28, nota 10, la excepción de que faltaba una aceptación notificada fué rechazada sobre la base de que no se necesitaba otra aceptación fuera de la ejecución de la *consideration* solicitada (haber tomado las píldoras).

10 La rigidez del *common law* llega al extremo de negar la retribución cuando quien la pretenda haya tenido conocimiento de la promesa después de haber realizado parte de la obra exigida (solución no siempre aceptada): cfr. Williston, *Contracts,* § 33 A y jurisprudencia que cita.

También en ciertos casos se ha entendido que si la obra se realiza *olvidándose* de que existía la promesa de recompensa, no se tiene derecho a ella; caso distinto, sin embargo, de aquél en que se actúe por motivos distintos de la finalidad de obtener la recompensa. V. el caso australiano R.-Clark (1927) y otros citados en Cheshire and Fifoot, op. y loc. cits.

§ 30.

El problema de la «adequacy of consideration»: «sufficient consideration» y «nominal consideration».

a) *El problema de la "adequacy of consideration".*

Ya hemos indicado (supra § 26, *e*, al final) que la concepción rigurosa de la responsabilidad del promitente, como responsabilidad por haber *causado*, solicitándolo, un sacrificio o una limitación de libertad a otro, concepción que es una herencia y un desarrollo dentro del espíritu puritano del *assumpsit* medieval, ha influído en cierto modo en el problema de la *adequacy of consideration*. Se trata de ver ahora si para determinar la responsabilidad del promitente o una cierta medida de ella, la *consideration* (como *detriment* para el promisario o como *benefit* para el promitente) debe estar en cierta relación de proporción, equivalencia o adecuación (*adequacy*) con el *quid* prometido. Éste es en el *civil law* el problema de la *cause suffisante* y, en cierto modo, también el de la *cause raisonnable* y *juste* (v. supra §§ 10-13, 14, *e* y 20, *b*).

El *common law* ha dado a este problema una respuesta rotundamente negativa.

Y ello por dos razones:

1.º La concepción, a que acabamos de aludir, de la responsabilidad del promitente; es decir, la idea de que ésta deriva no tanto de la naturaleza, valor o proporción del sacrificio solicitado del promisario, como del hecho de haber "solicitado" o convenido este sacrificio. "Has pedido, has querido ese *quid;* ¡pues paga! Es esta una concepción extrema de la autonomía privada en la valoración de los propios intereses; concepción que, si originariamente respondía al espíritu del Derecho medieval y a los correlativos criterios formalistas (v. supra § 3), con el transcurso del tiempo se desarrolla conscientemente como concepción de la responsabilidad y de la autonomía de los intereses privados según el espíritu de un determinado pueblo. Es, una vez más, el arma antigua que, limpiada y restaurada, es apta para nuevas funciones vitales (véase § anterior).

2.º Las exigencias de certeza y estabilidad en las relaciones

jurídicas, exigencias también desarrolladas con plena conciencia del problema por los Tribunales del *common law*. En efecto, la relevancia de la *adequacy* implicaría necesariamente uno de los dos criterios siguientes:

A) El criterio objetivo de nuestra *cause suffisante* (v. supra § 10), muy inseguro a pesar de ser objetivo; tanto más inseguro teniendo en cuenta que en el *common law* habría de aplicarse incluso a las obligaciones distintas de las de dar (v. § 28, *c*) y a contraprestaciones que no tuvieran carácter típicamente económico (v. infra § 33).

B) O bien, el criterio subjetivo de la intención del promitente, del por qué ("causa") de haber solicitado la *consideration,* del interés concreto que tuviera en ella, para saber si este valor subjetivo está en proporción (objetiva) con el *quantum* prometido. Criterio que daría lugar a inseguridades todavía más graves que las anteriores.

En este aspecto, el principio de la absoluta irrelevancia de la *adequacy* se conexiona con los criterios literales-formales de interpretación de la promesa. El *common law* ha heredado estos criterios de los sistemas formalistas medievales, acentuándolos en comparación con la evolución que han seguido en los sistemas continentales; los ha conservado sobre la base del principio de responsabilidad del declarante, así como por exigencias de seguridad y por la costumbre, propia de aquel ambiente, de atenerse al *quod dictum est* y de manifestar todo lo que se quiere que tenga valor determinante (§ 32).

Desde este punto de vista, ni siquiera los motivos o presupuestos, aun cuando sean obvios y presumibles (para nosotros), en virtud de los cuales se ha solicitado la *consideration,* pueden servir para determinar si hubo o no *adequacy.* Se mantiene, en este aspecto, una estrecha relación con la teoría del error sobre las cualidades del objeto de la *consideration* (v. por ej. en el vol. II el caso Haighs-Brooks y otros semejantes); v. infra § 32, nota 3.

Sin embargo, no siendo éste un camino en el que sea posible detenerse, la *consideration* llega a asumir un aspecto técnico o legalista: cualquier limitación de la libertad legal, es decir cualquier sacrificio por mínimo que sea, *the slightest trouble,* con tal de que no se trate de un *quid* ya debido, pues entonces no habría limitación de dicha libertad.[1] Es esta limitación lo que importa y

1 Así, el hecho de ir a estudiar a la Universidad (v. supra § 5, *b*, el ejemplo análogo de Pothier), o el de hacer un viaje de placer u otro semejante, aunque puedan significar en la mayor parte de los casos un beneficio para el

no un sacrificio efectivo del promisario o un beneficio efectivo para el promitente. Por otra parte, es evidente que, resuelto en tal forma el problema de la *adequacy*, quedan una vez más cortadas de raíz todas nuestras difíciles e inciertas cuestiones sobre la distinción entre la donación *cum onere* (formal) y el contrato de cambio: v. supra § 10.

La cuestión de la irrelevancia de la *adequacy of consideration*, lo mismo en cuanto al valor que en cuanto a la naturaleza del *quid* solicitado por el promitente, se ha discutido abiertamente y con frecuencia en los Tribunales del *common law*, que demuestran de esta manera haber tenido plena conciencia del problema y de su alcance al elaborar su concepción fundamental del contrato.[2]

promisario, se conciben como *detriments* o limitaciones de la libertad legal (v. los casos Hamer-Sidway y sgtes. en vol. II).

He aquí, a propósito, un pasaje muy claro de Williston, *Contracts*, § 102 A: "*Benefit y detriment* tienen un significado técnico. Ni el *benefit* para el promitente ni el *detriment* para el promisario han de ser efectivos. Hay un *detriment* para el promisario, en el sentido legal, si a instancia del promitente y bajo la presión *(upon the strength)* de la promesa ha realizado cualquier acto que le haya causado la más mínima molestia *(the slightest trouble or inconvenience)* y que no estaba obligado a realizar... Así el abstenerse de fumar, aunque de hecho y en el caso concreto constituya una ventaja para la salud física y para la economía del promisario sin representar ningún *benefit* para el promitente, es un *legal detriment* y, si ha sido solicitado como tal, es una *sufficient consideration* para una promesa. Así, el obtener firmas para una petición es una *sufficient consideration*, aunque la petición sea tan defectuosa que resulte inútil y las firmas no resulten por ello de ningún *benefit* para el promitente. Por tanto, el concepto de *detriment*, cuando se le utilice para probar *(to test)* la *suficiency of consideration*, significa *legal detriment* como algo distinto del *detriment* real *(detriment in fact)*. Tal concepto significa renunciar a algo que, inmediatamente antes de la promesa, el promisario podía legítimamente tener, hacer o abstenerse de hacer. Y, en conformidad con ello, el concepto de *benefit* debe significar recibir a cambio de la promesa algo, acción o abstención, que el promitente no tenía derecho a recibir antes de la promesa. El hecho de que el promitente haya deseado ese algo en su propio provecho y de que no tenga ningún derecho a exigirlo es suficiente para demostrar que aquéllo era *beneficial* para él".

Sobre el caso de no fumar, v. Hamer-Sidway en el vol. II. Sobre la *insufficiency of consideration* cuando el promisario esté ya obligado, v. nota 5.

2 Se cita incluso a Hobbes, para demostrar que se trata de una idea fundamental, no sólo del *common law*, sino también de la escuela inglesa de Filosofía del Derecho y de Política: cfr. Pollock, *Contracts*, pág. 139. Y para fundamentar aquel principio los autores se remiten a casos judiciales muy remotos, como el caso Sturlyn-Albany (v. vol. II "Casuística"); cfr. Pollock, op. y loc. cits.; Williston, *Contracts*, § 155.

Las discusiones surgidas en los Tribunales sobre la *adequacy of consideration* podrían parecer semejantes a las surgidas en el *civil law* a propósito de la donación *cum onere* y de la necesidad de la forma de la donación cuando el gravamen no parezca suficiente para justificar un contrato como relación de cambio (v. supra § 10). Pero en realidad, los Tribunales del *common law* se inspiran en motivos de índole bien distinta, como resulta de lo que decimos en el texto.

En efecto, dentro de este concepto de la *adequacy of consideration* se encuentran, más o menos ocultos, muchos problemas conexos entre sí; no sólo, como a primera vista parecería, el problema de la equivalencia de las prestaciones en las relaciones de cambio económico, tal como lo entendemos nosotros, sino también el problema del contrato atípico, el de la donación y el de la donación *cum onere*, y el de los criterios formales-literales de interpretación. De manera que puede decirse, en cierto modo, que la concepción de la irrelevancia absoluta de la *adequacy* constituye el centro del sistema contractual del *common law*.

b) *La "sufficient consideration".*

Dada esta actitud del *common law* frente al problema de la *adequacy of consideration*, cabría esperar que si bien la idea de una *sufficient consideration* (análoga a la de nuestra *cause suffisante:* v. § 10) pudo tenerse en cuenta originariamente en los Tribunales del *common law*, hubiera desaparecido totalmente con el transcurso del tiempo.

No puede negarse que en la base del requisito de la *consideration* se encuentra la idea del "*something for something*", del cambio de alguna cosa o de un sacrificio por otra cosa, como *justificación* de la sanción de la promesa.[3]

Pero la irrelevancia de la *adequacy*, llevada hasta el extremo, debería haber absorbido prácticamente aquella idea.

Sin embargo, todavía hoy quedan algunas huellas, no despreciables, de aquella concepción, aunque sean objeto de crítica unas veces y de nuevas justificaciones funcionales otras.

He aquí las reglas todavía en vigor sobre la *sufficient consideration*:[4]

3 Algún autor sostiene que el principio del *something for something* es todavía hoy un principio *fundamental del contract:* cfr. Page, *Consideration genuine and synthetic*, cit. en § 26, nota 1. Es la idea de una situación "que *justifica* que una promesa sea sancionada": Williston, *Contracts*, §§ 27 y 100.

4 El defecto de *sufficient consideration* no significa que la promesa sea nula, sino solamente que se necesita el *act under seal*, es decir, la forma que absorba el contenido del acto (salvo el eventual caso de ilicitud, en la segunda categoría de *insufficient consideration*).

Se habla también de "*valuable consideration*" o de *consideration* que "*must have some value in the eyes of the law*" (que debe tener algún valor a los ojos de la ley). Cfr. Stephen's, *Commentaries on the law of England*, II, London, 1950, págs. 19 y 23; *Restatement* americano sobre *contracts*, §§ 75 a 81 y los correspondientes *comments*. En Pollock, *Contracts*, págs. 144-153, etcétera, se encuentra también, además del término *sufficient*, el término

1.º La *consideration* válida no puede consistir en el cumplimiento o en la promesa de cumplimiento de una obligación anterior, contractual o no contractual.[5] Así, la promesa de un aumento de precio hecha para obtener la entrega de la mercancía o la ejecución de la obra, ya debidas en virtud de un contrato anterior, carece de una *sufficient consideration;* otro tanto puede decirse de la promesa por el cumplimiento de un deber legal (aparte del posible aspecto de ilicitud). No se produce aquí ninguna limitación en la *legal freedom.* Pero basta la más mínima modificación de la obligación anterior para que sea válida la *consideration;* precisamente porque entonces se da un *quid,* por mínimo que sea, y la *adequacy* no se tiene en cuenta.

2.º Una contrapromesa nula no constituye una válida *consideration,* aunque el promitente, por el hecho de solicitarla, haya mostrado tener interés en ella; porque lo que es jurídicamente nulo no puede tener ningún valor.[6] Podría incluirse también en

good consideration (sobre cuyo significado técnico v. Stephen's, *Comm.,* II, páginas 20-21). Anson, *Contracts,* págs. 89 y sgtes., utiliza también el término *real consideration;* pero lo aplica también a casos en los que no se trata propiamente de *sufficiency.*

De lo que decimos infra en el texto se deduce el modo en que los "*ojos de la ley*" contemplan aquél "*some value*".

5 Cfr. sobre esta regla, derivada del célebre *Pinnel's case,* mi artículo *La rinuncia, il contratto modificativo,* etc. en *Riv. Dir. Comm,* 1952, I, páginas 392 y sgtes. e infra § 32, *b* y § 35, *c,* sobre los intentos de reforma. V. también § 27, nota 2.

Otros ejemplos: la promesa de una cantidad a la mujer para que regrese al domicilio conyugal; al poseedor o detentador de la cosa para que la restituya; a un policía para que realice una actividad que corresponde al ámbito de sus funciones, es decir en el lugar y tiempo en que está "en funciones". Para el caso en que la obligación a cumplir exista frente a un tercero, cfr. Williston, *Contracts,* §§ 131 y 102.

6 El problema se relaciona con aquel otro, más bien teórico (v. supra § 26, nota 12), de la *consideration* consistente en una contrapromesa. Es decir, se trata de ver si la *consideration* consiste en el hecho o conducta de "contraprometer" (*promise as a fact,* tesis de Ames), o bien en una promesa jurídicamente vinculante; lo que podría dar lugar a un círculo vicioso. Cfr. sobre este propósito Williston, *Contracts,* §§ 103 a 103 b, y autores que cita en pro y en contra.

Los casos examinados por los Tribunales son los siguientes: promesa hecha por un incapaz, *nula* (y no simplemente anulable); contrapromesa nula por defecto de forma; la llamada *honorary promise* o simple compromiso social o de honor; la llamada *illusory promise* (que contiene una condición meramente potestativa); promesa nula por imposibilidad absoluta *(in rerum natura)* de su objeto. Cfr. Williston, *Contracts,* §§ 103 B, nota 6; 103 E, 104 y siguientes y *Cases* que cita; Pollock, *Contracts,* págs. 144-145; *Restatement* americano sobre *Contracts,* § 80, *Illustrations.* En cuanto a la promesa nula por ilicitud, juegan otros principios: cfr. *Restatement,* loc. cit.

Podría pensarse que en todos estos casos el promitente, por el hecho de exigir la contrapromesa, demuestra que le atribuye un valor (subjetivo); por

esta categoría el caso Poteliakhof-Teakle, 1938, 2, K.B. 416, en el que se declaró que la renuncia a la acción legal para reclamar una *debt of honour* no constituye una *sufficient consideration* para la promesa de pagarla, porque no existe tal acción y por lo tanto no se renuncia a nada.

3.° La entrega de dinero, o de otra cosa genérica, a cambio de la promesa de una mayor cantidad del mismo género, no constituye una *consideration* válida si no hay alguna variación en cuanto al tiempo o lugar del pago o a otra circunstancia semejante;[7] por ejemplo, un dólar contra la promesa de 100 dólares a pagar en el mismo tiempo y lugar.

Sin embargo, no es difícil darse cuenta de que estas tres reglas limitan la posibilidad de hacer una averiguación sobre la *sufficiency of consideration* a los casos en que el Juez pueda comprobar tal *sufficiency* por medio de criterios estrictamente *objetivos* o casi aritméticos,[8] de manera que queda siempre excluída la

ejemplo, el compromiso de honor podría tener más valor que un compromiso jurídico. Pero las decisiones judiciales se producen en sentido contrario (v. especialmente el caso Harrison-Cage (1698), 5, Mod. 411 y Pollock, op. cit. página 145, nota 61). Podría pensarse también en una cuestión de interpretación: o sea en averiguar si las partes quisieron cambiar la promesa *as a fact* (como un hecho) o bien en cuanto jurídicamente vinculante y, en este caso, hacer jugar el error o el presupuesto normal. Pero tales concepciones, que exigen una averiguación sobre los motivos, intereses o presupuestos, parecen extrañas a los Tribunales del *common law* aunque a veces influyan indirectamente.

En cuanto a la imposibilidad del objeto conviene poner de relieve que en el *common law* una promesa solamente es nula en los casos de imposibilidad *absoluta* o *in rerum natura* (no en el caso de cosa perecida antes del contrato y en otros semejantes), por considerarse la *promise* como garantía de un cierto resultado (§ 32). También la imposibilidad *in rerum natura* se considera en el *common law* en un sentido más limitado que entre nosotros (cfr. sobre este particular mi artículo *La teoria dell'oggeto del contratto*, en la revista *Jus*. 1953). Pero entonces, más que apreciar una *insufficient* o *unreal consideration* (Anson, *Contracts*, pág. 93), podría dudarse de la intención seria de concluir un contrato.

En cuanto a la *illusory promise*, su nulidad como *consideration* podría depender también de una cuestión de interpretación o de caso concreto, o tratarse igualmente de una *honorary promise*. Cfr. Anson, *Contracts*, págs. 94 y 53; en contra, Williston, *Contracts*, § 103, nota 8 y §§ 104 y sgtes.; cfr. también Mancini, op. cit. pág. 1.057.

Sobre el caso White-Bluett, v. infra en la Casuística, vol. II.

7 Cfr. Williston, *Contracts*, § 115; *Restatement* americano sobre *Contracts*, §§ 76-78. Sin embargo la regla no ha dejado de suscitar críticas, dado el carácter formal de la *consideration;* cfr. Mason y Fuller en *Columbia Law Review*, 1941 (artículos citados supra en la nota bibliográfica al § 26) páginas 835-836 y 820, en relación con el célebre caso Schnell-Nell (1861), 17, Ind. 29. Véase vol. II "Casuística".

8 Pollock, *Contracts*, págs. 150-151, observa que la regla del Pinnel's case (v. supra nota 5) aún siendo paradójica no representa una anomalía:

posibilidad de una averiguación sobre el valor subjetivo atribuído por el promitente al *quid* solicitado o convenido a cambio y por tanto a los "*motivos*" que le hayan inducido a solicitarlo. Es más, en cierto modo podría decirse que esas tres reglas, y especialmente la primera, refuerzan este último principio, precisamente porque negando la validez de la promesa en tales casos se elimina la posibilidad o la tentación de hacer averiguaciones para saber si hay motivos subjetivos o "causas" que expliquen y justifiquen en casos semejantes la asunción de la obligación.

De todos modos, esas tres reglas distan mucho de haber sido admitidas sin discusiones (la 2.ª y la 3.ª) o de haber pasado sin críticas (la 1.ª), críticas que incluso han llegado a cristalizar en proyectos de reforma y de abolición (v. propuestas del *Law Revision Committee* inglés cit. supra en § 26 nota 1) : v. infra § 35, *c*.

Lo cierto es que el principio de la *sufficiency of consideration* o de un *something for something,* debía necesariamente quedar reducido al limitado alcance de estas tres reglas, o sea al aludido criterio estrictamente objetivo o casi aritmético. A esto había de conducir necesariamente el principio de la absoluta irrelevancia de la *adequacy of consideration;* por este camino, aunque fuera indirectamente, se había de llegar a atribuir un carácter casi formal, en el sentido indicado, al esquema del *bargain* o cambio. Salvo aquellas tres reglas, de cuyo alcance hemos hecho mención, *cualquier* "cambio", en el sentido del *common law,* puede justificar la sanción de la promesa, sea cual fuere la entidad o la naturaleza o los intereses o "causas" efectivos por los que se haya solicitado el *quid.* Y ello precisamente porque el principio de la irrelevancia de la *adequacy of consideration* impide al Juez cualquier averiguación sobre el valor, sobre la proporción, sobre el carácter típico o no, fútil o no, de la *consideration* o del negocio de "cambio" y de los intereses efectivos que lo hayan determinado.

"su lógica numérica puede ser arcaica, pero es estrictamente lógica. El Tribunal no sabe judicialmente cuánto pueda valer un gorro de castor, pero debe saber que 10 libras esterlinas no valen lo mismo que 20". Esto lo dice Pollock a propósito del pacto de reducción de una deuda, pacto que es nulo si el deudor se obliga simplemente, como *consideration,* a pagar la menor cantidad, pero que es válido si el deudor añade un gorro de castor, o un grano de pimienta, o si se compromete a pagar un día antes. ¡Es — dice — una *consideration* "pickwiniana"! Si no fuera por ella, se necesitaría la forma del *act under seal.*

Basta confrontar esta concepción de la *sufficient consideration* con nuestra *cause suffisante* (v. supra §§ 10 y sgtes.), que para excluir la forma debe tener cierto valor sustancial, para darse cuenta de la enorme distancia que separa las dos concepciones (prescindiendo del carácter no formal de la remisión de deuda en el *civil law:* v. § 38).

Así es que puede decirse con cierto fundamento que el carácter genérico o abstracto, y por ello casi formal, del esquema del *bargain* (v. infra §§ 31 y 33) es el resultado *indirecto* de la evolución de ese principio según el cual la *adequacy of consideration* es un elemento estrictamente subjetivo sobre el que no puede indagar el Juez. Camino oblicuo o indirecto que no debe sorprendernos en un sistema, como el del *common law*, que se ha desarrollado empíricamente.

Sin embargo, una vez alcanzado este resultado, aunque sea por esos caminos, tenderá a afirmarse de manera consciente, casi como un principio, aunque discutido y discutible.

c) *La "nominal consideration".*

A reforzar el resultado que acabamos de mencionar y a la vez a complicarlo, debía contribuir otra institución, la de la *nominal consideration*, que equivale a nuestro *Launegild* y que continúa arraigada en el ambiente del *common law* aun después de que entre nosotros cayera en desuso el *Launegild*.[9] La *nominal consideration* es en realidad algo distinto de la *consideration* de valor e importancia mínimos (según la apreciación común u objetiva). En este segundo caso, el promitente quiere efectivamente que se cumpla el *quid* solicitado como *consideration*, por un interés que le mueve, aunque tal interés no sea de liberalidad o de pura liberalidad.

Por el contrario, en la *nominal consideration* el promitente solicita ese *quid* simbólico con el único fin de hacer válida, mediante el esquema del cambio, la promesa determinada por puro espíritu de liberalidad.[10]

Sin embargo, es difícil distinguir la *nominal consideration* de

9 Téngase en cuenta que la *nominal consideration* sirve para hacer válida una donación obligatoria, mientras que en nuestro Derecho medieval la donación, incluso con *Launegild*, tenía que ser real (v. supra §§ 3 y 5). Sobre las relaciones entre la *nominal consideration* y el *Launegild*, v. Pollock y Maitland, *History* (cit. en § 26, nota bibliográfica), II, pág. 213; Brissaud, op. cit., supra en § 3, pág. 457.

10 La *nominal consideration* es distinta de la simulación o de la donación disimulada bajo la apariencia de un contrato de cambio, que sería válida, por ejemplo, en el Derecho francés y en otros (v. infra § 38 al final). En efecto, en este segundo caso no se dá nada, aunque se simule haber dado algo; es, en cierto modo, el caso del *recital of consideration*, v. nota 12.

Es más, en el caso de *nominal consideration* no se tiende a ocultar la verdadera naturaleza del acto, que resulta inequívocamente del valor nominal de la *consideration*, o sea, del "*nummo uno*".

aquella otra de valor objetivo mínimo, teniendo en cuenta que se niega relevancia a los motivos y que se mantiene el criterio de interpretación formal-literal del *quod dictum est.* Incluso en el caso de *nominal consideration* se dice que la intención de donar cae dentro de los "*motives*" y que como tal es irrelevante.[11]

La dificultad práctica de esta distinción refuerza la tendencia hacia el carácter formal o casi formal de la *consideration* y del *bargain* y parece corroborar la opinión de que se trata de un esquema para expresar la voluntad de obligarse en sentido jurídico (véase § siguiente).

Pero (y es el acostumbrado *puzzle* del *common law*) para complicar una vez más esta concepción y para confirmar la exigencia de un *something for something,* aunque sea mínimo (prescindiendo de los motivos), nos encontramos con la regla según la cual la *nominal consideration* debe darse efectivamente, sin que baste con un mero *recital of consideration.*[12]

Lo que se ha dicho acerca de la validez de una *consideration* mínima, efectivamente querida como algo interesante para quien la exige, y acerca de la validez de la *nominal consideration,* no ha dejado de suscitar oposición y discusiones, especialmente en época reciente y por lo menos en los EE. UU.; discusiones que dan lugar a graves incertidumbres o a un verdadero rompecabezas. Por una parte, se llega a admitir una averiguación de los motivos para controlar el alcance de la *consideration* mínima.[13] Por otra, en

11 Cfr. el interesante ejemplo cit. en el *Restatement* americano sobre *Contracts,* § 84, *Ilustr. of clause a.* Un letrado aconseja a su cliente que se haga dar un dólar por su hijo para prometerle en donación un fundo. La obtención de este dólar constituye una *consideration* válida por sí misma, mientras que la finalidad de donar no es sino uno de los irrelevantes "*motives or causes*" que pueden inducir al promitente a hacer la promesa.

12 Williston, *Contracts,* § 115, *b; Restatement* americano sobre *Contracts,* § 82. Para la crítica en relación con el caso Schnell-Nell, cfr. Mason, *Consideration,* etc., cit. en nota bibliográfica al § 26, págs. 385 y sgtes. A esta crítica responde Williston diciendo que admitir el *recital of consideration* equivaldría a introducir en el *common law* un nuevo tipo de obligación formal. Nosotros quisiéramos añadir que, si es así, la *nominal consideration* da lugar a un esquema formal de cambio *solamente* porque está prohibido hacer averiguaciones sobre la *adequacy of consideration* o sobre los motivos por los que el promitente la ha exigido. Esto confirmaría que a tal valor formal se llegó solamente por caminos indirectos pero *prácticamente eficaces.*

13 Cfr. Corbin, *Cases on contracts,* cit. págs. 225-226 y Llewellyn citado por él, quien escribe: "No es una regla segura la afirmación de que la *adequacy of consideration* no es objeto de investigación por parte de los Tribunales, o que cualquier *bargained for detriment* constituye una *sufficient consideration.* Las decisiones judiciales indican que los más seguros son los *bargains* en que existe una *good-faith equivalence* (equivalencia de buena fe). Tales decisiones indican con la misma claridad que, si existen otras *persuasive*

algunos Estados de la Unión Americana existe la tendencia a tener en cuenta la *adequacy of consideration.* Cfr. los Códigos de los Estados de Alabama (año 1940), California (1941), Georgia (1933), Montana (1935), North Dakota (1934), Oklahoma (1941), South Dakota (1939), citados por Page, op. cit. p. 511, nota 103. Cfr. también los casos citados por Williston, *Contracts,* § 115, nota 18; *consideration* de 25 *cents.* a la que se estima insuficiente para la opción sobre un terreno por valor de 100.000 dólares; o de 5 dólares para renunciar a una opción por valor de 300, cantidad — la de 5 dólares — apreciada como una *consideration* "*grossly and shockingly inadequate*".

Estos intentos de conciliar el esquema formal o abstracto del cambio con la exigencia de una cierta *adequacy* han dado lugar a las más graves inseguridades, rompiendo la armonía del sistema. Cfr. sobre este particular Mason, op. cit., págs. 836-837, según quien se llega así a establecer requisitos formales mucho más severos que los del *civil law* para la validez de una *gratuitous promise* (que no es necesariamente una donación: v. supra § 28, *b*); de manera que la eficacia del esquema formal del *bargain* resulta completamente *impredictable.*

§ 31.

El esquema del «bargain» como forma o criterio objetivo para comprobar la voluntad de contraer un vínculo jurídico (En nota: las recientes tendencias reformadoras).

Como hemos indicado en el § anterior, el principio de la irrelevancia absoluta de la *adequacy,* la concepción técnico-legalista de la *consideration* (v. § anterior nota 1) y la *nominal consideration* parecen llevar, por caminos más o menos indirectos, a la idea del *bargain* como esquema abstracto o genérico, casi como una forma, para contraer un vínculo jurídico.

Los autores del *common law* se han dado perfecta cuenta de que la institución básica del *bargain* puede desembocar en esta concepción.

reasons (prescindiendo por completo del valor cambiado) que expliquen o justifiquen la promesa y su sanción, entonces no hay ningún requisito de *consideration* adecuada, y en tal caso el valor necesario para llenar el requisito legal de la *consideration* puede quedar reducido hasta no ser más que *un grano de pimienta*".

"El criterio del *common law* en materia de contratos es que una *gratuitous promise* no puede obtener sanción jurídica si no se observan ciertas formas. Aunque generalmente se entienda que la forma prevista por el *common law* sea una sola, puede en realidad considerarse doble: sellar un documento o hacer una *gratuitous promise* en forma de *bargain*, el *bargaining* por un grano de pimienta... Si siempre resultara evidente que una persona tiene la intención de contraer una obligación en el terreno jurídico (*to incur legal obligation*)... sería superfluo y hasta necio exigir una ulterior prueba (*test*) de tal intención. Pero como generalmente las personas no aclaran hasta tal punto su intención, y como el *common law* tiene en cuenta este hecho, de ahí que exija una prueba (*test*) semejante... Pues bien, el *bargain* o la forma del *bargain* es una prueba excelente. Hoy, hasta el más inculto profano del Derecho entiende que si hace un *bargain* se vincula de modo distinto que si promete gratuitamente hacer la misma cosa. Cuando la promesa es gratuita, el hecho de que el promitente se tome la molestia de hacer su promesa en forma de *bargain*, o en aquella forma especial que nosotros llamamos *deed* (el documento sellado), es un hecho que basta para revelar la intención de este promitente de asumir, mediante la promesa formulada de tal manera, una *special obligation*."[1]

1 Hamson, *The reform of consideration*, cit. págs. 241 y sgtes.

Pero el razonamiento es común a muchos autores: cfr. Fuller, Mason, ops. cits. supra en § 26, nota 1, respectivamente págs. 815, 820 y 832.

Fuller habla del *bargain* como "*natural formality*". La disimulación de la donación bajo la apariencia de un contrato de cambio, que exime de la forma auténtica según la jurisprudencia francesa, es considerada por Mason como una forma.

Cfr. también Cheshire and Fifoot, *Contracts*, págs. 67-68; Lorenzen, *Causa and consideration* (cit. supra en § 26, nota 1), págs. 640 y sgtes. y autores que citan.

Pound, *An introduction to the philosophy of law*, 1925, págs. 156-257 y 280-281, señala que quien hace una promesa sin solicitar un sacrificio del promisario puede haber prometido por ostentación o sin intención seria de obligarse jurídicamente: *talk is cheap* (hablar cuesta poco). Desde este punto de vista, según algunos, el término *consideration* alude también a la idea de una reflexión antes de obligarse (Pound, op. y loc. cits.; Salmond, *Jurisprudence*, § 124).

Holmes sostiene que originariamente la *consideration (executed)* funcionaba como prueba de la conclusión del contrato (v. supra § 26, nota 6). Pollock, *Contracts*, pág. 144, nota 57, observa que la *executed consideration* tiende en tal caso a confundirse con la *nominal consideration* y con las *arras (earnest)*: v. también supra § 3, *a*.

La tesis de que la *consideration*, en general, es solamente una prueba de la intención de contraer un vínculo jurídico fué exagerada hasta el máximo en el siglo XVIII por Lord Mansfield, en el famoso caso Pillans-Mierop (1765); Lord Mansfield entendía que el documento escrito podía sustituirla en tal

El punto en que este proceso debía naturalmente desembocar era el de encontrar, además del *deed,* un sustitutivo del esquema del *bargain* para revelar la voluntad de obligarse jurídicamente. Y se ha creído encontrar este sustitutivo en la forma escrita: reforma ésta que unas veces se ha traducido en una ley y otras ha quedado en simple propuesta.[2] Frecuentemente se critica tal reforma precisamente por entenderse que el escrito, aunque se haga figurar en él la palabra "prometo" u otra semejante, no sirve para probar aquella voluntad, por lo menos según la mentalidad y la costumbre de los países del *common law;* por entenderse que para comprobarla es más útil el esquema del cambio efectivo o aparente, en relación quizá también con la idea de que el hombre medio no considera empeñada su responsabilidad sin haber

función (v. nota siguiente). Pero esta *doctrine* (como otras del Lord *escocés*) fué rechazada por la *House of Lords* en el caso Rann-Hughes (1778) con la clara afirmación de que en el *common law* una simple promesa escrita es un *nudum pactum ex quo non oritur actio.*

Una nueva defensa de la tesis de Lord Mansfield, pero como propuesta de reforma, puede verse en Holdsworth, *History of English law,* cit. VIII, página 48.

Para la tesis (análoga a la de Lord Mansfield, aunque sin admitir la sustitución por el simple escrito) según la cual la *consideration* es una mera formalidad, cfr. Holmes, op. y loc. cit.; Markby, cit. en nota 5; Buckland y Mc. Nair, *Roman law and common law,* pág. 177.

2 Sobre la reforma llevaba a cabo en algunos estados de la Unión Americana, cfr. *Restatement* americano sobre *contracts,* § 11, *Comment.* La *Uniform Written Obligations Act,* propuesta por la *Commission on Uniform State Laws* en 1925, ha sido adoptada por algunos (pocos) Estados: tiende a establecer que no se necesita la *consideration* en una promesa escrita (aunque sin *seal*) con tal de que el escrito contenga una declaración expresa, en cualesquiera términos, de que el promitente quiere quedar jurídicamente obligado *(legally bound).* Sobre las propuestas de reforma, cfr. el tantas veces citado *Report del Law Revision Committee* inglés de 1937.

Pound, op. cit. pág. 282, llega a proponer que se sancione toda promesa hecha en tales circunstancias que un hombre razonable pueda considerarla como hecha con la intención de vincularse jurídicamente. Sería el triunfo del principio del pacto nudo concluído *serio et deliberato animo* (v. supra § 4, nota 20 y § 6). Una reforma semejante, que implicaría una investigación del juez sobre los presupuestos y los límites de la voluntad del promitente (que forman un todo con la voluntad: v. supra § 3, *b*) acabaría por conmover las bases del sistema del *common law* y por introducir en él nuestra *cause plausible* (v. supra § 14, *e*).

También la *doctrine* sobre la *reliance* de Lord Denning (v. supra § 27, nota 2), al requerir que se indague la intención de hacer una promesa vinculante, conduce al mismo resultado, aunque corregido por la indagación de la intención de la otra parte de hacer una promesa *to be acted upon.* Más objetivo resulta el criterio del § 90 *Restatement* americano sobre *contracts* (v. § 27, *a*) en el que la previsibilidad por parte del promitente del hecho de que el promisario sufrirá cierto sacrificio al confiar en la promesa, puede tener cierto valor objetivo para inducir la intención de contraer un vínculo jurídico, especialmente si el sacrificio tiene carácter muy definido (v. § 27, nota 3).

requerido un sacrificio ajeno o sin la forma, aunque sólo sea aparente, de un cambio.[3]

Pero, prescindiendo de estas reformas o proyectos de reforma, nos podemos preguntar:

1.º ¿Tiene hoy el esquema del *bargain* por única función la de servir de prueba o *test* de la intención de contraer una *legal obligation?*

2.º ¿Cumple siempre el *bargain* esta función?

A la primera pregunta parece que se deba responder negativamente. Tal respuesta se apoyaría:

— en el principio básico del *something for something,* o mejor dicho, del sacrificio solicitado o de esta concreta *reliance* como base de la responsabilidad del promitente (v. § 26, *e*); principio que sigue manteniéndose vivo y operante.

— en las reglas sobre la *sufficient consideration,* aunque sean muy limitadas, y especialmente en la primera de las reglas mencionadas supra § 30, *b*.

— en la insuficiencia del mero *recital of consideration* (v. supra § 30 nota 12).

También a la segunda pregunta, a pesar de las graves dudas que plantea, parece que deba darse una respuesta negativa. Ciertamente, el *bargain* cumple la función de servir como prueba o *test* de la intención de contraer un vínculo jurídico en el caso de la *nominal consideration,* ya que dado el valor irrisorio de ésta (un grano de pimienta o cosa semejante), tal intención resulta clara.[4]

3 Hamson y Mason ops. y locs. cits. La crítica es tanto más acertada teniendo en cuenta que el mismo *Report* del *Law Revision Committee* inglés admite que el escrito no constituye por sí mismo una prueba de la intención de contraer un vínculo jurídico, de manera que en la *gratuitous promise* el juez debería siempre indagar, dice el *Report,* si de hecho existe esta intención (con las inherentes averiguaciones sobre la "causa", como objetan los citados autores en su crítica). Piénsese en el caso extremo de una carta escrita a un amigo prometiéndole un préstamo o el uso gratuito de una cosa. A parecidas dificultades de interpretación puede dar lugar el requisito de la expresa intención de obligarse jurídicamente, establecido en la *Uniform Written oblig. Act* americana: v. nota 2; v. también la crítica de Hays, *Consideration, a legislative program* (cit. supra § 26), págs. 850 y sgtes.

4 Sin embargo, según el espíritu del *common law,* no se puede entrar en averiguaciones sobre si la exigencia de la *nominal consideration* o de la *consideration* en general se hizo con la intención exclusiva de dar valor jurídico a una donación o bien con la intención de un *bargain* efectivo. Semejante intención queda en el campo de los *motives* y el *common law* se mantiene majestuosamente indiferente frente a ellos (v. supra § anterior, nota 11). Piénsese en el caso curioso de una *nominal consideration* convenida para hacer válido entre las partes un *negotiable instrument,* que por sí mismo reve-

Pero en los demás casos, el *bargain* o la *consideration* no siempre resultan *conclusives of the intention to asume a legal obligation.* Piénsese en el compromiso recíproco para jugar una partida de *golf:* puede ser o no ser un *bargain* en el terreno de lo jurídico: dependerá de las circunstancias y requerirá por parte del juez una indagación interpretativa que irá más allá del mero criterio objetivo o formal de la existencia de una *consideration.*[5] Lo mismo en otros casos en los que puede dudarse de si la conducta solicitada del promisario es una mera condición suspensiva o una *consideration.*[6] Y para excluir la intención de contraer una *legal obligation,* los jueces han hecho esta averiguación incluso en casos de promesas de dinero o de cosas equivalentes hechas por una *consideration,* casos que no tienen por lo general aquel carácter de meras relaciones sociales o de cortesía.[7]

laría la voluntad de contraer un vínculo jurídico, pero que entre las partes no sería válido sin una *consideration,* aunque sólo fuera *nominal* (v. infra § 34, *d*). Cualquier reforma o intento de imponer formas o símbolos especiales para las promesas a título gratuito, *en cuanto tales* (en lugar de una *forma omnibus*) se resolvería en una averiguación sobre los fines o móviles del promitente, o sea, sobre la llamada *causa liberalitatis,* y terminaría introduciendo en el *common law* nuestro concepto de donación y de promesa a título gratuito.

5 No será obstáculo a la posibilidad de sancionar jurídicamente *(enforceability)* tales promesas en el *common law,* la dificultad de liquidar el daño (aunque sea *nominal:* v. supra § 21 e infra § 33), cuando resulte la intención de obligarse jurídicamente; intención que constituye una *quaestio facti* que no puede resolverse *a priori* con el criterio objetivo del *bargain:* cfr. Anson, *Contracts,* pág. 49.

6 Se trata de casos extremos, en los que, de suyo, la conducta solicitada podría constituir el objeto de una *consideration,* pero también de una *condition precedent* o de un mero presupuesto de hecho. La entidad mínima de dicha conducta podría, en cierto modo, excluir la idea de un *bargain* o de un *sacrificio* solicitado a cambio.

Así, en el caso: "si vas a la tienda de la esquina, puedes comprar un traje a mis expensas". O bien: "Te prometo 500 dólares *cuando* vayas (no "*si*" vas) a la Universidad". Cfr. sobre este particular Williston, *Contracts,* §§ 100 y 112 y *Restatement* americano sobre *contracts,* § 75, *Illustrations.* O, también, en el caso de que se diga: "te prometo un nuevo automóvil Rolls Royce, si vas a tomarlo del garage"; Cfr. Cheshire and Fifoot, *Contracts,* pág. 67, quienes sin embargo, señalan que en algunos casos la cuestión resulta muy delicada: v. el caso Wyatt-Kreglinger (1933) I, K. B. 793, citado por ellos.

7 V. supra § 1, nota 4 y los casos allí citados para los que nos remitimos al vol. II. Pensemos también en el caso, citado por Pothier, de un padre que promete a su hijo una cantidad para que haga un viaje de placer (v. supra § 5, *b*) : caso en el que el hacer el viaje puede representar para el *common law* una *consideration* (v. en el vol. II el caso Devecmon-Shaw) pero en el que faltaría, incluso según el *common law,* la intención de contraer un vínculo jurídico.

Varios autores han sostenido y demostrado que la presencia de una *consideration* no constituye por sí misma la prueba *(test)* de una intención se-

Lo más que se puede decir es que cuando la promesa y su *consideration* den vida a una relación de cambio típicamente económico, existe implícitamente la intención *to assume a legal obligation,* salvo expresa reserva en contrario (lo mismo que en el *civil law;* v. supra § 1 al final, especialmente nota 4). Y que, en el campo de las relaciones de cambio no típicamente económico, cuando a pesar de ello una de las promesas o una de las prestaciones tenga valor económico (especialmente como prestación de "dar"), la *consideration* constituye una presunción de dicha intención, salvo prueba en contrario, que también puede deducirse de presunciones (a diferencia del *act under seal,* que no admite esta prueba).

En otros términos, lo más que se puede decir es que el *common law,* al no haber admitido como promesas jurídicamente *enforceables* las promesas gratuitas (en el sentido técnico de promesas sin *consideration,* a que hemos aludido en § 28, *b*) ha suprimido de esta manera el terreno en que la cuestión de la intención jurídica surge más fácilmente y adquiere mayor relieve. En efecto, el otro terreno en el que tal cuestión puede surgir, el de las relaciones de cambio no típicamente económico, queda reducido a bien poca cosa, es decir a las relaciones normalmente sociales o de cortesía; y es muy restringido, incluso cuando una de las promesas o prestaciones tenga valor económico (v. § 14, *c*).

Para terminar sobre estos puntos: la figura de la *consideration* es ambigüa; parece excesiva simplificación el afirmar que tenga como única función la de constatar la voluntad de obligarse en sentido jurídico sin tener, al mismo tiempo, la de justificar la sanción de la promesa con un sacrificio del promisario, por más que pueda tratarse de un sacrificio mínimo, dada la clásica "hipocresía" de los sistemas formalistas.

mejante: cfr. Lorenzen, *Causa and consideration* (cit. supra en § 26, nota 1) páginas 640 y sgtes.; Markby, *The elements of Law,* cap. XV, citado por Lorenzen; Cheshire and Fifoot, *Contracts,* págs. 83-84 y 87; y el *Report* del *Law Revision Committee* inglés varias veces citado. En contra: Williston, *Contracts,* cit. en § 1, nota 4. Para la crítica de la tesis de Williston, v. Cheshire and Fifoot, op. cit. págs. 87-88, en donde se demuestra claramente que la intención de contraer un vínculo jurídico es necesaria también en el *common law* y que a lo sumo puede decirse que para averiguar tal intención (como protección del otro contratante) el *common law* se atiene a un criterio objetivo, es decir, al *objective standard of a reasonable man.* Para nosotros, tal *objective standard* lo ofrece en general el contrato típico, especialmente el de cambio (v. supra § 1 al final).

Sobre esta tesis de Williston, cfr. también Wright en su recensión al tratado de Williston, en *Law Quarterly Review,* 1939, págs. 200-203.

La más reciente evolución del *common law* nos muestra así dos tendencias, que sin embargo pueden remontarse a antecedentes y desarrollos mucho más lejanos o, si se quiere, a la obligación nacida de la forma y a la que surge de la *reliance:*

1.° Según una corriente, se tiende a fundar la obligación contractual en la voluntad de contraer un vínculo *jurídico,* y en la genérica confianza (normalmente manifestada mediante nuestra aceptación: § 17) que tal voluntad suscita; con tal de que dicha voluntad resulte de ciertos datos objetivos: desde el *act under seal* hasta el simple escrito, pasando por la *nominal consideration.* Esta corriente representaría la decadencia del puro acto formal *under seal,* ese proceso de decadencia de la forma que se ha producido un poco en todas partes (v. §§ 34 y 38 al final) y que en el Derecho continental habría dado lugar, según Savigny, a la transformación de la *stipulatio* en el pacto nudo (v. supra § 6).

2.° Según otra corriente se tiende a fundar la obligación contractual en la *reliance;* no en aquella especial *reliance* que consiste en realizar un sacrificio *a instancia del promitente,* sino en la que consiste en un hacer o en un abstenerse de hacer algo que constituía un presupuesto normal del negocio o que era fundadamente previsible que se hiciera o que no se hiciera (v. supra § 27, *a*). Probablemente, y al menos en Inglaterra, esta corriente se limita a ciertos casos bastante típicos, como la *option* y otros (véase § 27 nota 2).

Si a un escritor del *civil law* le está permitido expresar su opinión sobre este particular, yo diría que esta segunda corriente parece más conforme con el espíritu del *common law.* Pero ambas corrientes pueden también combinarse,[8] con tal de que la primera se atenga siempre a un criterio formal.[9]

NOTA. — *La reciente polémica sobre la "consideration" y las tendencias reformadoras. La teoría de la función económico-social del contrato.*

Como el lector habrá advertido leyendo este parágrafo y los anteriores, se asiste en los países del *common law* a un proceso de revisión de los fundamentos del contrato, con una discusión, a veces polémica, entre los que critican y los que defienden el principio de la *consideration* o del *bargain* y las correspondientes posturas del *common law.*[10] Pero, con

8 Cfr. en este sentido Fuller, *Consideration and Form* (cit. en § 26, nota 1), especialmente en la pág. 823 sobre la futura evolución de la *reliance.*

9 No solamente, pues, al criterio del hombre razonable; v. Pound, cit. supra en nota 2.

10 Sobre la conservación del principio del *bargain* y de la forma v. Hamson, para Inglaterra; y para América, Page; ambos cits. supra en § 26,

todo ello, no se llega a admitir el principio del pacto nudo o del valor de la simple promesa, hecha *serio et deliberato animo*. Aun prescindiendo de las dos corrientes mencionadas (la de un *quid* análogo a una *stipulatio* escrita y la de la *reliance*), a lo que se tiende es a colocar junto a la *consideration* casos bastante típicos, especialmente de *business-promises* que no constituyen un *bargain* (v. § 35, *c*) o incluso de *past consideration* (v. § 28), en los que los requisitos de la intención de contraer un vínculo jurídico y de la confianza concreta en la promesa parecen satisfechos por la misma frecuencia del negocio. *Business-promises* serían las promesas interesadas (v. § 16) extendidas y bastante típicas en la práctica de los negocios. Por este camino, que puede parecerse a algunos de los que siguió el Derecho romano, se tiende a avanzar mediante el *judge made law*, más que mediante la legislación.[11]

El procedimiento legislativo ha sido adoptado, aunque con cautela, solamente por algunos (pocos) Estados de la Unión Americana.

Los proyectos de reforma legislativa van pues muy despacio; más que de cautela se trata de desconfianza. Las propuestas del *Law Revision Committee* inglés de 1937 después de las críticas que recibieron, siguen durmiendo. En plan de reforma han conseguido mucho más algunos jueces ingleses (v. § 27 *a*).

Las tendencias reformadoras del *common law* siguen las directrices antes mencionadas y revelan así cuáles son los problemas esenciales en la historia del contrato. Se trata, como decía un colega de Cambridge, de reformas "técnicas"; queriendo aludir con ello a reformas ajenas a toda intromisión de ideologías políticas o iuspublicistas.

La teoría de la función económico-social parece extraña a la evolución y a las perspectivas recientes del *contract* de *common law*. Nos remitimos a lo dicho supra en § 19, *c*, al final y *e*, al final.

El llamado "dirigismo" o intervencionismo contractual ha actuado en los países del *common law*, incluso en Inglaterra bajo el Gobierno la-

nota 1; así como Ballantine y Whiteside, cits. por Mancini, *La consideration*, etcétera, págs. 1.068 y sgtes., cit. infra § 37.

Entre los críticos, v. Pound, supra cit.; la serie de artículos de la *Columbia Law Review*, 1941, vol. 41, cit. supra en § 26, nota 1; Lord Wright y Lord Denning, cits. en § 27; el *Report* del *Law Revision Committee* inglés varias veces citado; así como otros autores citados por Mancini, op. y loc. cits.

11 Cfr. los autores citados en la nota anterior y Mancini, op. y loc. cits. Claramente sobre una reforma relativa a determinados tipos de promesa: Hays (op. cit. supra en § 26, nota 1), págs. 856 y sgtes.

Sobre las tendencias recientes, especialmente en América, a liberar del requisito de la *consideration* a las *business-promises* que no constituyan un *bargain* (v. § 35, c) cfr. además de Hays, en op. y loc. cits., el proyecto norteamericano de un *Uniform commercial code* y sobre este proyecto, Mancini, *La consideration*, etc. (cit. infra § 37), pág. 1.041.

Una tendencia semejante, especialmente para la *option* y la oferta irrevocable como *business-promises*, puede verse en Llewellyn y otros autores citados supra en § 26, nota 1. Cfr. también mi artículo *La causa nel pensiero dei giuristi di common law*, cit. infra en § 37.

borista, con normas especiales sobre materias determinadas (como, por lo demás, entre nosotros), sin que se pueda extraer de ellas un nuevo principio general de orden público: la utilidad social del contrato.

El artículo de Fuller, *Consideration and Form, Columbia Law Review,* 1941, vol. 41, págs. 799 y sgtes. (cit. en § 26 nota 1) alude a la "*social utility*" y cita sobre este particular a Demogue (v. supra § 19 notas 1, 15 y 30), pero la considera solamente como *una* de las explicaciones del reconocimiento jurídico del contrato de cambio económico (página 817). Y, reconociendo que en el futuro, dadas las actuales tendencias, el contrato del Derecho privado perderá importancia como instrumento de cambio económico, admite siempre la forma y la *nominal consideration,* especialmente en los contratos de intereses no económicos (v. págs. 817-818 y 822-823); v. también nuestro § 19 al final.

El artículo de Hays, *Consideration: a legislative program,* en la misma *Columbia Law Review,* cit., págs. 849 y sgtes., es un ataque a fondo contra la forma del *seal* o del simple escrito (según las reformas o propuestas de reforma en este sentido) como medio para comprobar (formalmente) la voluntad de obligarse jurídicamente. Porque, sostiene Hays, la obligación no debería fundarse en esta simple voluntad; es decir, porque no toda promesa hecha *serio et deliberato animo* y observando el requisito de forma, o que suscite una *reliance* en el promisario, debería estar asistida por la fuerza de los Tribunales. Cuando un Tribunal interviene, debería hacerlo "*to advance some interest of the social organization*". Para justificar el empleo de la fuerza de los Tribunales ha de estar en juego algún interés socialmente útil. "La sanción de los contratos de cambio económico *(business exchange promises)* tiene un papel importante en el funcionamiento de nuestro sistema económico. Tales promesas se sancionan, no por la solemnidad o por la intención de obligarse jurídicamente, ni porque en ellas exista una *consideration,* sino sencillamente porque el funcionamiento efectivo de la organización social requiere tal sanción." Por eso, continúa Hays, sólo deberían sancionarse las promesas que fueran relevantes para la organización económica o moral de la sociedad: "*promises significant either to the economic or to the moral organization of Society*".

Dentro de esta línea, Hays justifica el requisito de la *consideration* desde el punto de vista del interés social en el cambio económico.

Para los demás contratos, en los que no se produzca cambio o *bargain* sustancial, propone el reconocimiento de algunos *tipos* nada más, que presenten interés social (la *option,* por ejemplo). Y en cuanto a las donaciones, no le parece necesario o útil sancionar la promesa (teniendo en cuenta que tal promesa es muy poco frecuente y que en la mayor parte de los casos la donación es real) salvo, también aquí, en algunos casos típicos en los que se da el interés de la *moral organization of society.*

Indudablemente estas propuestas que, por lo que se refiere a las donaciones, dejan atrás a nuestras teorías sobre la función económico-social (v. supra § 19), son cuestiones *de jure condendo.* En la realidad, las

reformas y las propuestas de reforma de las distintas *Law Revision Commissions* en América y en otros sitios y las tendencias de la jurisprudencia, como reconoce el mismo Hays (v. el caso Cochran-Tailor, 1937, C. A. New York), se producen en el sentido de afirmar el valor de la forma y, en todo caso, de suavizar los requisitos, como el de la *consideration,* necesarios para obtener la sanción de toda promesa que, o sea formal (con forma menos rígida), o haya dado lugar a cierta *reliance* o tenga una determinada *past consideration* (v. supra). Lo que se exige, en cuanto al interés social, es únicamente la licitud o que el contrato no cause daño a la sociedad, requisito muy distinto del de la utilidad social (v. también § 19, *c*).

§ 32.

La preocupación de comprobar la voluntad de obligarse jurídicamente y la exigencia de la libertad del querer.

a) *Responsabilidad rigurosa o estrictamente contractual; interpretación estricta.*

Meditando sobre cuanto se ha dicho en el parágrafo anterior, resulta evidente que en el *common law,* más que entre nosotros, existe cierta preocupación de comprobar la voluntad de contraer un vínculo jurídico. Ello obedece a dos órdenes de razones:

1.º La responsabilidad del promitente o *legal obligation* se concibe de modo muy riguroso o estrictamente contractual. El promitente queda obligado sobre la base de lo que ha prometido y por haber prometido (responsabilidad estrictamente contractual) y no sobre la base de criterios o situaciones extracontractuales de justicia u otras semejantes.[1] En definitiva, esta responsabilidad es siempre la responsabilidad uniforme y no graduada propia de una promesa formal o a título oneroso (*bargain*), aun cuando

1 Por ejemplo, el estado de necesidad, la superveniencia de hijos en las donaciones; la necesidad de la cosa prometida en un préstamo gratuito, y otras circunstancias (v. supra § 14, *e*). Así, el donante (en la donación mediante acto formal o *nominal consideration*) tiene las mismas obligaciones y responsabilidades que un vendedor (recuérdese que, según el Derecho medieval, en la donación hecha mediante *Launegild* se estaba obligado a la *defensio* y a la garantía por evicción: v. supra § 3; por el contrario, para el *civil law* moderno v. supra § 15). Esto no significa que en el *common law* donante y vendedor queden obligados a la garantía por evicción, especialmente por lo que se refiere a los derechos inmobiliarios.

sea sustancialmente una promesa a título gratuito, puesto que la *gratuitous promise* por sí misma no está reconocida (v. supra § 28, *b;* v. también § 3); o, si se la reconoce, es excepcionalmente y acentuando en tal caso la idea de que la responsabilidad no deriva del simple hecho de haber prometido; hasta el punto de que la responsabilidad por una promesa gratuita no tiene carácter contractual (v. supra § 27, *b*).

No sólo esto sino que, aún en el caso de la promesa formal o del *bargain,* se concibe la promesa como garantía de un resultado más que como promesa u obligación de cumplir una prestación, es decir de observar cierta actitud o conducta; concepción, ésta última, propia del *civil law.* De manera que, salvo que se hayan hecho expresas reservas o puesto limitaciones a la promesa, ésta vale como garantía del resultado aunque la prestación sea originariamente imposible o sobrevenga la imposibilidad por caso fortuito, empleando la terminología del *civil law.*[2]

2.° La interpretación es estricta, rigurosa. Esto se relaciona con lo que acabamos de decir, especialmente a propósito de la necesidad de reservas o limitaciones expresas de una promesa que vale como garantía de un resultado, incluso para las promesas que sustancialmente sean a título gratuito: v. también supra § 30, *a.*[3] No se toman en cuenta, pues, ni aun en el aspecto subje-

2 Sobre esta concepción, cfr. Holmes, *The common law,* cit. (1881), páginas 297 y 301; Pollock, *Contracts,* págs. 227 y sgtes.; Williston, *Contracts,* §§ 1.031 y 1.979; Stephen's, *Commentaries on the laws of England,* London, 1950, II, págs. 82 y sgtes.; y mi artículo *La teoria dell'oggetto del contratto,* etc., en la revista *Jus,* 1953, págs. 298 y sgtes.

Esta rígida concepción de la promesa como garantía se ha mitigado mucho en el *common law* moderno, especialmente por medio de las *implied conditions* (como en el caso de perecimiento de la cosa antes de la venta). Pero estos casos siempre se consideran como excepciones, y la idea de la garantía de un resultado, salvo expresas limitaciones, sigue siendo la concepción básica y se justifica por la necesidad de seguridad en las relaciones jurídicas (Stephen's, op. y loc. cits.). Cfr. sobre el particular, Lawson, *The rational strength of English law,* cit. págs. 53-54.

3 Esto no significa necesariamente que, cuando se trata de averiguar la intención *común* de los contratantes, la interpretación deba ser estricta (así en el caso de las *implied conditions,* del error común a ambas partes, de la *frustration of contract,* etc.: v. mi artículo citado, en la revista *Jus*). Se admite frecuentemente la averiguación de la voluntad común, mal expresada o expresada de manera tácita o implícita. Pero no se admite tal averiguación cuando se trate de interpretar la declaración del promitente en oposición con el significado que le ha atribuído o puede haberle atribuído el promisario en su *acceptance* (sobre la *acceptance,* v. § 29). V., por ej., el caso Haigh-Brooks, en vol. II. Lawson, op. cit. págs. 54-56, observa que probablemente en el *common law* la interpretación del contrato, y especialmente del contrato estricto, no es prácticamente más estricta que en el *civil law.* Pero cuando se trate de interpretar la declaración de cada una de las partes y sus presupuestos, el

tivo o de la intención del promitente, ciertos presupuestos normales (normales por lo menos a nuestro modo de ver) en las promesas a título gratuito: v. § 3, *b* y § 14, *e*. Ni se toman en cuenta tampoco todos aquellos presupuestos o limitaciones que, aunque no se expresen, forman un todo con la voluntad de obligarse cuando se admite una libre apreciación de esta voluntad: v. § 3, *b*.

Estos dos criterios del *common law*, relacionados entre sí, han hecho decir a un autor (Hamson, *The reform of consideration*, varias veces cit.) que la responsabilidad del promitente en el *contract*, en sentido propio, del *common law* es análoga a la que resulta de la *stipulatio* romana.

Era natural, pues, que, frente a un concepto tan riguroso de la responsabilidad contractual, el *common law*, es decir sus jueces, se preocupara de comprobar mediante criterios tan objetivos como fuera posible y consagrados por la costumbre, la intención de contraer una *legal obligation*. Tales los criterios de la forma (*act under seal*) y de la *consideration* aunque sea *nominal* (v. el pasaje de Hamson transcrito en el § anterior, *a*). Podía admitirse que, a pesar de la presencia de una *consideration*, pudiera faltar dicha intención; pero no que la intención pudiera resultar de otros términos (v. sin embargo, y especialmente sobre la *doctrine* de la *reliance*, la nota 2 del § anterior y § 27, *a*). Si la duda sobre la existencia de dicha intención no se presenta en ciertas *business-promises* (v. infra § 35, *c*) se presenta de modo especial en las promesas no formales a título (verdaderamente) gratuito de dar, hacer, prestar, etc., y en las promesas que tengan una *past consideration*.

b) *La exigencia de la libertad del querer.*

Sin embargo, el *common law*, pese a su rígida y severa concepción de la responsabilidad, tanto al declarar como al cumplir la promesa (una especie de garantía), se ha revelado como más exigente que los derechos formalistas primitivos, que el Derecho romano, y que el mismo *civil law* moderno, a la hora de comprobar y garantizar la libre formación de la voluntad. El *common law* es suspicaz y atentísimo cuando se trata de ver si la voluntad del pro-

mismo Lawson admite con Hamson que el contrato es *stricti iuris*, en relación también con la *doctrine* de la *consideration* y con el concepto de garantía a que hemos aludido en nota 2 (op. cit. págs. 53 y 57).

mitente está libre de influencias *externas*, pues solamente en tales condiciones puede imponerse, en un sistema de justicia, ese severo principio de responsabilidad. Éste ha sido principalmente el efecto de la intervención de la *equity* y uno de los felices resultados de un sistema que ha acoplado y coordinado una fuente de derecho estricto con una fuente de carácter equitativo fundada en los principios canónicos de la buena fe y de la consciencia (v. supra § 25 nota 10). Basta recordar a este respecto:

1.º Las reglas sobre la *undue influence*, según las cuales toda relación entre las partes que pueda ser ocasión de la influencia de una de ellas sobre la otra puede dar lugar a la anulación del acto (con la inversión de la carga de la prueba): relaciones entre padre e hijo, abogado y cliente, confesor y penitente, médico y paciente, entre prometido y prometida, etc.

Pero la *undue influence* o el *fraud*, con la inversión de la carga de la prueba, se extiende también a casos en los que, sin darse una situación de influencia personal, existan especiales circunstancias o condiciones de una de las partes de las que nazca la presunción de un abuso del poder que la otra parte tiene a consecuencia de tales circunstancias o condiciones.[4] Puede verse cierta analogía con la extensión del concepto de *cause raisonnable* o *plausible*, por obra de la jurisprudencia francesa, a los contratos típicos de cambio: v. supra § 23. Las reglas sobre la *undue influence* protegen mejor al contratante que nuestras reglas sobre la violencia (v. Lawson, op. cit. pág. 59).

2.º El principio según el cual constituye fraude el *aprovechar* la situación de necesidad o, en general, de debilidad o inferioridad del otro contratante, y según el cual también, desde este mismo punto de vista, la *gross inadequacy of consideration* puede revelarse como "*evidence of fraud or undue influence*".[5] Estas ideas sobre la "*exploitation*" se admiten también en el *civil law*, pero quizá no en tan amplios términos ni con el mismo alcance práctico, incluso por lo que afecta a la carga de la prueba, que tienen

4 Cfr. Anson, *Contracts*, págs. 144 y 195-202; Pollock, *Contracts*, páginas 485 y sgtes.; Cheshire and Fifoot, *Contracts*, págs. 252 y sgtes.; *Restatement* americano sobre *Contracts*, § 497 y sgtes.

Se trata de una intervención de la *equity* para mitigar el rigor de los Tribunales de *common law* (v. supra § 25, nota 10).

5 Cfr. Pollock, *Contracts*, pág. 142; Corbin, *Cases on contracts*, cit. páginas 222-223 y 226; Williston, *Contracts*, § 115. También aquí se ha hecho sentir la influencia de los Tribunales de *equity*. Sin embargo, la *equity* no ha intervenido todavía en la tutela del contratante más débil en los contratos de adhesión, por lo menos en el *common law* inglés; cfr. Lawson, op. cit. páginas 71-72.

en el *common law* (v. nota 4); v. sin embargo la jurisprudencia francesa citada en § 23.

3.º La *misrepresentation,* según la cual un error que sería quizá irrelevante para el *civil law,* resulta relevante cuando haya sido determinado por una simple afirmación o *statement,* que puede no ser dolosa, de la otra parte: *innocent misrepresentation.*[6]

Y viceversa, carece de relevancia el error que no haya sido determinado por la conducta del otro contratante, salvo en algunos casos excepcionales en los que da lugar a la nulidad del contrato.[7]

4.º La tendencia a justificar la regla de la invalidez de la *consideration* que consista en el cumplimiento de una obligación anterior, por una exigencia de *fairness* entre contratantes, ya que no parece *fair* hacerse prometer algo (p. ej., un suplemento de precio) para cumplir un contrato precedente o una obligación anterior (v. supra § 30 nota 5 e infra § 35, *c*).[8]

6 Cfr. Anson, *Contracts,* págs. 169 y sgtes.; Pollock, *Contracts,* páginas 426 y sgtes.; Cheshire and Fifoot, *Contracts,* págs. 216 y sgtes.; *Restatement* americano sobre *Contracts,* §§ 470 y sgtes. También aquí la extensión del remedio de la *misrepresentation,* incluso cuando el *statement* no constituya una cláusula del contrato, es obra de la *equity.*

Sobre la posibilidad de que la *innocent misrepresentation* haga anulables contratos que no lo serían por el error en el *civil law,* v. Lawson, op. cit. página 62.

7 Sobre este punto y sobre los posibles desarrollos del *common law* mediante la *equity,* cfr. Lawson, op. cit. págs. 64 y sgtes.

8 La regla ha parecido anticuada y se ha propuesto su reforma, limitándola a los casos en que pueda tener la justificación indicada, o sea a los casos en que el deudor o el sujeto de una obligación preexistente, aunque sea de naturaleza no patrimonial, se aproveche de las dificultades en que puede encontrarse el acreedor ante la necesidad de reclamar judicialmente, con los consiguientes gastos, retrasos e incertidumbres, y de esta manera obtenga la promesa de una compensación o de un aumento de precio por cumplir aquello a que ya estaba obligado. Sobre las propuestas de reforma en este sentido v. el *Report* del *Law Revision Committee* inglés, cit.; Hamson, *The reform of consideration,* cit. en § 26, nota 1; Corbin, *Cases on contracts,* cit. supra, página 284 en nota, sobre los distintos casos y posibilidades de abuso de la posición del acreedor por parte del deudor.

Cfr. también mi artículo, *La rinuncia, il contratto modificativo,* etc. en *Rivista dir. Comm.,* 1952, I, págs. 409-410.

El caso más corriente es el del contrato de empresa o de arrendamiento de obra en el que el contratista se niegue a continuar los trabajos sin un aumento de precio, a pretexto de errores en el proyecto, aumento de los precios, etcétera (v. sobre este particular, § 30, nota 5). En este caso y en otros semejantes el *civil law* no ofrece un remedio específico, aparte del remedio genérico para casos de violencia o semejantes. Nuestra ley se limita a exigir una promesa escrita (art. 1.659 C. c. italiano; 1.793 C. c. francés, etc.).

Desde este punto de vista el *common law,* si la regla a que aludimos en el texto se justificara y se limitara como hemos indicado a los casos en que se aprovechen esas situaciones, resultaría ser mucho más sensible que el *civil*

En cuanto a la cláusula penal y a la influencia de la *equity* en esta materia, v. infra § 33.

Pero una vez que, a través de todas estas cribas, aparezca la voluntad libre de influencias externas, una vez comprobada la capacidad de las partes para juzgar sobre sus intereses, después de haber opuesto al promitente los obstáculos de forma o de esquemas formales, y en un ambiente en el que es costumbre hacer declaraciones detalladas sobre los presupuestos o condiciones y atenerse, por tanto, al *quod dictum est,* se considera justo que el promitente pague sin limitaciones, reservas ni presupuestos y sin la posibilidad de alegar excepciones basadas en la adecuación, en la suficiencia, en la plausibilidad, en la futilidad, en la atipicidad de la "causa", etc.

Distinta es la actitud de la *equity,* cuando se trata de la voluntad de crear un *trust* o de asumir las obligaciones del *trustee* (véase infra § 38). Pero, en manos de los Tribunales de *common law,* el *contract* debía asumir ese carácter de severidad (v. supra § 25, nota 10).

law. Véase, sin embargo, Pothier, *Traité des obligations,* núms. 43 y 46, donde se cita el ejemplo del deudor expropiado que se hace prometer por el adjudicatario una compensación a cambio de entregarle los títulos de propiedad del fundo.

En este caso, y en general en la promesa de compensación por el cumplimiento de una anterior obligación jurídica (perfecta), Pothier distingue según que la compensación haya sido solicitada por el deudor o prometida espontáneamente; en este último caso habría una liberalidad o una promesa hecha en cumplimiento de un deber moral de aumentar el precio *(past consideration,* según el *common law).*

Pero Pothier ve en estos casos, para los que cita el ejemplo transcrito, una *causa ilícita,* además de *una causa que hiere a la Justicia,* o contra la buena fe, hasta tal punto que llega a conceder también una acción para la repetición de la compensación después de que haya sido pagada. Es dudoso que, fuera de estos casos extremos, pueda extenderse la concepción de Pothier en el *civil law* incluso a aquellos casos en los que la concepción del *common law* (reformada en el sentido indicado supra) se aplicaría.

Quizá pudiera servir, para una aplicación genérica de esta naturaleza, la extensión del concepto de *cause plausible* hecha por la jurisprudencia francesa, cuando no sirvan las reglas ordinarias sobre la *exploitation* (v. supra § 23).

§ 33.

El carácter atípico del «contract»: la «cause suffisante» y la «cause juste» en el sistema de las sanciones.

a) *Resumen sobre la tipicidad del contrato en el civil law y comparación con el common law: la cause suffisante y la cause juste según la equity.*

Si quisiéramos resumir todo lo que dijimos sobre este particular al estudiar el *civil law* (v. § 1, §§ 7 a 15 y § 24), podríamos decir que en nuestro sistema las promesas en las que *parece* ser suficiente la voluntad del promitente (con la aceptación de otro) son aquellas que forman parte de un contrato de cambio típicamente económico.

Puesto que la satisfacción de un interés mediante el contrato puede obtenerse de dos modos, a saber, prometiendo una compensación para obtener dicha satisfacción o haciéndosela prometer,[1] el contrato de cambio típicamente económico, según la concepción del *civil law,* es aquél en el que se promete una compensación para obtener a cambio de ella una prestación típicamente económica (sin la contraobligación de cumplirla), o aquél en el que se nos hace prometer una prestación de dicha índole, prometiendo o realizando a cambio otra prestación del mismo carácter. El primer punto de vista es el del promitente; el segundo, el del promisario.

En estos contratos la obligación *parece ser* estrictamente contractual, es decir parece derivar del solo hecho de haber prometido (con la aceptación del otro) y en la medida de lo que se ha prometido. No se requiere la forma (fuera de las formas especiales a que hemos aludido en § 18); ni parece ser necesaria una *causa justificadora* que determine la responsabilidad, su medida, ciertas reglas especiales de interpretación o cierta relevancia de los motivos o presupuestos. En realidad, no es que baste con el simple hecho de una promesa aceptada (mero consentimiento); lo que ocurre es que el carácter típicamente económico del contrato de cambio en el que se inserta la promesa, explica y justifica

1 En relación con este punto, v. mi artículo sobre el contrato de contenido no económico, citado también en § 19, nota 39.

las consecuencias mencionadas. Este carácter constituye una especie de *vestimentum,* como *causa civilis* (v. supra § 13, *d*).

Todos los demás contratos tienen un tratamiento especial, ya que se necesita unas veces la forma del documento notarial, y otras una razón que explique la promesa y justifique su sanción: una razón que, de alguna manera, influya en la medida de la responsabilidad, en las reglas de interpretación y en la relevancia de ciertos motivos o presupuestos (v. §§ 7 a 15 y § 20, *b*). Esta razón justificadora, en el aspecto de un equilibrio justo o proporción entre el interés del promitente y el del promisario, puede incluso llegar a excluir la sancionabilidad de la promesa (v. § 14, e, § 14 bis y § 20, *b*).

Para estos otros contratos, el *civil law* no ofrece un esquema contractual atípico u *omnibus,* como la forma pura o el *bargain* genérico o nominal, que sirva para hacer sancionable la promesa por el simple hecho de haber prometido y en la medida en que se haya prometido, como sucede en los contratos de cambio típicamente económicos.

Estos otros contratos, que tienen un tratamiento especial y a los que hemos llamado, en cierto sentido, atípicos o distintos del normal *contractus* como cambio (v. supra § 26, nota 18) son los siguientes:

1.º Las promesas gratuitas (gratuitas en el sentido del *civil law,* v. supra § 28, *b*) que se apartan, en cierto modo, del *contractus* típico, pero en las que el interés del promitente no es necesariamente el espíritu de liberalidad (v. § 9).

2.º Las promesas de dar un bien económico o una compensación para obtener a cambio la satisfacción de un interés no económico o, mejor dicho, para obtener una prestación que no representa un sacrificio económico, o un sacrificio económico proporcionado, para el promisario. En ellas suele presentarse el problema de la distinción entre la donación *cum onere* y el contrato de cambio típicamente económico (v. § 10 y el problema mencionado en § 20, *b*).

3.º Las promesas por una *causa praeterita* (v. § 11).

4.º Aquellas en que el promisario se hace prometer[2] la satisfacción de un interés no típicamente económico y en las que se presenta el problema de sancionarlas de alguna manera (v. § 14, *c* y § 21, *a,* nota 2). Estas promesas pueden ser a título oneroso

2 Como podrá observar el lector, en todos los casos indicados en los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º vuelve a ser relevante la distinción entre la posición del promitente (el *prometer*) y la del promisario (el *hacerse prometer*). Véase nota 1.

(es decir obtenidas mediante la contrapromesa de una compensación de carácter económico o aun sin tal carácter) o, por más que el caso sea rarísimo, a título gratuito.

Ahora bien, los tres primeros casos de atipicidad o de tratamiento especial no tienen particular importancia en el *contract* del *common law*, ya que en aquel sistema el *contract* (en sentido propio) las engloba a todas dándoles idéntico tratamiento, junto con nuestros contratos de cambio típicamente económicos, dentro de un esquema contractual que es el contrato formal o el *bargain* genérico o nominal y que, desde época reciente, puede ser también el esquema de la *reliance* a que hemos aludido en § 27, *a*. Cuando se utilicen estos esquemas, la responsabilidad será una y uniforme y para determinarla se atenderá solamente al hecho de que se ha prometido y a la medida en que se ha prometido (con cierta rigidez en la interpretación de la promesa: v. § 32). Tampoco puede decirse que la razón de prometer o de hacerse prometer, ni el interés del acreedor comparado con el sacrificio del deudor (v. § 20, *b*), tengan influencia en la determinación de la sanción, de su medida, de las reglas sobre interpretación o sobre relevancia de ciertos motivos o presupuestos. O existen dichos esquemas, comprendido el del *bargain*, y en tal caso no se tiene en cuenta el hecho de que la promesa sea sustancialmente a título gratuito o de que no exista proporción entre sacrificio del deudor o interés del acreedor (véase sin embargo nota 5 bis) ; o no existen tales esquemas, y entonces la promesa no obtiene sanción, aunque sea una promesa interesada. Los casos de *gratuitous undertakings*, en los que la responsabilidad se admite pero no sin moderarla, han de considerarse como excepcionales y se entiende que ni siquiera pertenecen al campo de las obligaciones contractuales (v. supra § 27, *b*).

En otros términos: a diferencia del *civil law*, el *common law* ofrece un esquema contractual (doble o triple si se incluye la *reliance* a que hemos aludido en § 27 apartado *a*) que puede considerarse como esquema o molde *omnibus* o atípico, en el sentido de que sirve para cualesquiera negocios que se quieran fundir en él y de que la responsabilidad deriva de lo que se ha prometido, sin que se atienda para nada al *contenido* del esquema, al carácter más o menos típico o corriente de dicho contenido, a su "causa" más o menos sustancialmente gratuita, a la proporción entre sacrificio del deudor e interés del acreedor, ni en general a ciertas situaciones objetivas que entre nosotros justifican la sanción o la limitan (v. sin embargo lo que inmediatamente diremos sobre la *specific performance in equity*, y nota 5 bis).

En este sentido, todos los contratos del *common law* son atípicos o innominados: son, sencillamente, *contracts.*[2 bis]

En cuanto al cuarto caso mencionado (hacerse prometer la satisfacción de un interés no económico) tampoco tiene una especial importancia dentro del *common law;* es un *contract* como todos los demás, pues el concepto genérico de violación del contrato como *wrong* y el sistema de las sanciones pueden aplicarse, como principio general, incluso a este caso (v. infra apartado *b*).

Solamente para la *equity,* en cuanto a las sanciones de la *specific performance* y de la *injunction,* pueden tener importancia la *cause suffisante* (como contraprestación) por la que se promete, y la proporción entre interés del promisario y sacrificio del promitente (cuestión del llamado interés fútil, caprichoso o atípico, o *cause juste*). Y ello porque la *equity,* en el ejercicio de su poder discrecional, no concede dichas sanciones cuando se trate de una promesa a título gratuito o *fundamentalmente* a título gratuito (lo que representa, en cierto modo, el equivalente de nuestra *cause suffisante:* v. supra §§ 7 a 10); ni tampoco cuando el interés del promisario en obtener la ejecución en forma específica o la *injunction* resulta fútil o caprichoso en relación con la gravedad del sacrificio que se impondría al promitente (lo que representa, en cierto modo, el equivalente de nuestra *cause juste:* v. supra § 20, *b*). Cfr. infra apartado *b* y especialmente nota 5 bis.

Pero no por eso queda la promesa privada de sanción, ya que siempre quedan en pie las sanciones establecidas por los Tribunales de *common law* o *at law* (de derecho estricto: v. supra § 25, nota 10); es decir, la sanción consistente en el resarcimiento de los daños aunque sean nominales: v. infra *b.*

Esta atipicidad del *contract* no es solamente un fenómeno técnico-jurídico, sino al mismo tiempo un fenómeno social o consuetudinario, en el sentido de que, efectivamente, los hombres de los países del *common law* utilizan el esquema del contrato (lo mismo como promesa de una compensación que como un hacerse prome-

2 bis La especial importancia del contrato nominado o típico en la evolución del *civil law* y, por el contrario, la "*generalisation of contract*" propia del *common law* desde sus orígenes y debida a la *consideration* y a las *forms of action* (v. supra § 26, nota 30 y § 30, *a*) suelen ser puestas de relieve por los juristas del *common law.* Cfr. Anson, cit. en § 26, nota 20; Jenks, cit. en § 24, nota 2; Buckland and McNair, *Roman Law and common law,* páginas 154-155; Phanor J. Eder, *A comparative view of Anglo-American and Latin American law,* New York, 1950, pág. 133; Lawson, *The rational Strength of English law,* cit. págs. 49 y sgtes. Pero me parece que había que aclarar un poco en qué consiste tal peculiaridad de la evolución del *common law.*

ter) y su correspondiente sanción jurídica, para la satisfacción de los intereses más variados y atípicos e incluso de los más curiosos, y entre ellos se sienten y se desarrollan estos intereses mucho más que entre nosotros. Los *cases* resueltos por los Tribunales nos ofrecen ejemplos frecuentes y abundantes de este fenómeno que me parece peculiar de aquel ambiente y que no creo que se presente en tales proporciones en los países del *civil law;* por lo menos, no he encontrado tantos casos en nuestros repertorios de jurisprudencia. Idénticas observaciones podría hacer quien repasara la Casuística del *common law* en materia de *torts.*[3] Quizá esto se deba también a una mayor susceptibilidad del individuo frente a la lesión de sus propios intereses y a un mayor desarrollo de la idea o sentimiento de que la satisfacción de tales intereses debe intentarse ante la justicia o ante el *common law* (véase supra § 25, *b,* nota 8).

Dicha atipicidad del *contract* no significa que el contenido, más o menos típico, del contrato no llege a tener importancia en ciertos aspectos, como en el de las reglas aplicables a determinados contratos, en el de ciertas *implied conditions* o en el de la integración de la voluntad de las partes (v. supra § 19 notas 9 y siguientes)[3 bis] Sino que significa que el contenido del contrato no tiene importancia en relación con el problema de la sancionabilidad (*enforceability*) de la promesa ni, en cierto modo, en cuanto a la medida de la sanción, como tampoco en cuanto al problema del requisito de forma en sentido propio (aparte de la exigencia del documento escrito impuesta en el *Statute of Frauds,* que no afecta al *formal contract* en sentido propio: v. supra § 25, *b,* al final, e infra § 34, *a, b*).

3 Por ejemplo, en un cortejo fúnebre la mujer del médico del pueblo para adelantar a la mujer del alcalde la toca en el hombro con una ligera presión: la segunda ejercita la *action of trespass to the person (battery)* y vence en el pleito.

En una conferencia uno de los oyentes se duerme; otro de ellos se permite despertarle; *action de trespass to the person (battery),* etc.

El *trespass to the person* o *battery* consiste en general en un simple contacto con otra persona, que no resulte permitido por los usos sociales y que sea "*offensive to an ordinary person not unduly sensitive as to his dignity*" (Prosser, *Handbook of the Law of Torts,* St. Paul, 1941, pág. 47). Pero este criterio o *test* del uso social y de la sensibilidad ordinaria ha de considerarse en relación con la peculiar mentalidad de los países del *common law.*

Cfr. también, Jhering, *La lucha por el Derecho.*

Sobre los citados casos de *battery,* curiosos para nosotros, cfr. Prosser, op. y loc. cits.; Winfield, *Law of torts,* en el cap. sobre la *battery;* Wilson, *Cases and Materials on the Law of Torts,* Chicago, 1939, págs. 33 y sgtes.

3 bis Cfr. sobre este punto, Lawson, *The rational strength of English law,* cit. págs. 50 y sgtes.

b) *El carácter atípico del contract y el sistema de las sanciones.*

Vamos a examinar ahora el tratamiento dado por el *common law* a nuestro contrato atípico, cuando la atipicidad consista en el carácter no típicamente económico del interés cuya satisfacción se prometa; caso en el que, como hemos visto, el problema consiste en encontrar el modo de sancionar la promesa (v. supra *a*, nota 4, y § 21). Se plantea también, según cierta corriente del *civil law*, el problema de ver si un interés semejante merece la protección jurídica (v. supra § 20, *a*).

Pues bien, también en este aspecto el sistema de las sanciones se desarrolla en el *common law*[4] paralelamente al mencionado carácter atípico, lo refleja y, en cierto modo, le sirve de apoyo.[5]

La sanción normal es la del resarcimiento de los daños. La ejecución en forma específica o *specific performance* es excepcional y se concede en *equity* solamente cuando, a juicio discrecional del Tribunal, el resarcimiento de los daños no resulte adecuado para satisfacer el interés del acreedor. Indudablemente, éste puede ser el caso de un contrato atípico en el sentido de promesa dirigida a satisfacer un interés no típicamente económico del acreedor (v. supra § 21 nota 2).[5 bis] Pero es igualmente evi-

4 Sobre el sistema de las sanciones del *contract*, cfr. Anson, *Contracts*, páginas 361 y sgtes. (pág. 369 sobre los *nominal damages*); Cheshire and Fifoot, *Contracts*, págs. 489 y sgtes.; Pollock (Winfield) *Contracts*, páginas 535 y sgtes.; Williston, *Contracts*, §§ 1.288 y sgtes.; *Restatement* americano sobre *Contracts*, §§ 326 y sgtes.; Hanbury, *Modern Equity*, London, 1949, capítulos 24 y 25.

5 V. por ejemplo en el vol. II, el caso Bolton-Madden que entre nosotros, salvo por una cláusula penal, hubiera quedado sin sanción (dejando aparte la cuestión de si, para nosotros, pueda tal caso constituir el objeto de un contrato).

5 bis Sin embargo, precisamente porque se trata de un remedio concedido en *equity* y según el poder discrecional del Tribunal, la *specifit performance*, lo mismo que la *injunction*, no se concederá cuando solamente sirva para satisfacer un interés caprichoso o fútil del promisario, habida cuenta de la grave carga *(burdensome futility)* que se impondría al promitente. Cfr. Cheshire and Fifoot, *Contracts*, pág. 503 y *Cases* que cita. Entre estos *Cases* están: el de quien, habiendo obtenido una limitación de la propiedad de otro, pide la ejecución en forma específica cuando esto diera lugar a un *burdensome futility* a consecuencia de cambios en la relación de vecindad producidos por el mismo actor; o el de quien trata contra *conciencia* de sacar provecho de un presupuesto erróneo del otro contratante (v. Cheshire and Fifoot, loc. cit. y páginas 191 y 207; así como lo que diremos infra § 34, nota 24).

La *specific performance*, por tanto, no se concede en principio para una *gratuitous promise*, aunque nominalmente no sea gratuita. En todos estos casos el promisario, actor, queda reducido exclusivamente a los remedios que le

dente que en estos contratos atípicos serán raras las situaciones en las que pueda pensarse en la posibilidad práctica de acudir a la ejecución en forma específica (por ejemplo, entrega de un documento familiar).

Sin embargo, recurriendo al remedio de la *injunction*, remedio que también se concede en *equity*, puede llegarse indirectamente a conseguir, mediante una presión sobre la voluntad del deudor, que éste entregue la cosa o cumpla el hecho prometidos. Propiamente, la *injunction* u orden del Tribunal de no hacer algo, se aplica en general a las obligaciones de no hacer. Pero puede servir también para una obligación de hacer, cuando la orden de no hacer algo que contradiga a esta obligación sea eficaz en la práctica para satisfacer indirectamente el interés del acreedor o para presionar sobre la voluntad del deudor para que cumpla; por ejemplo, orden de no cantar en otros teatros, al artista que ha prometido a un empresario cantar en el teatro de este último.[6]

Es indudable que, en este aspecto, la *injunction* puede servir también para sancionar contratos cuyo interés no sea típicamente económico, a los que hemos aludido en el § 21 nota 2 (cfr. en este sentido el § 380 *Restatement* americano sobre *contracts*).

Pero, insistimos, la sanción normal es la del resarcimiento de los daños, principio que obedece a que en materia de *contracts* solamente serán competentes los Tribunales de *common law* (véase supra § 25, nota 10); y que obedece también, probablemente, al hecho de que la primitiva *action of assumpsit* era una acción delictual (v. supra § 26).

Sin embargo, esta sanción normal presenta un carácter especial que la hace apta también para sancionar los contratos atípicos o que respondan a intereses no típicamente económicos. El daño a resarcir debe ser un daño patrimonial; el resarcimiento del llamado daño moral se admite en los *torts* pero en los *contracts* solamente se admite en algunos casos excepcionales.[7] Tampoco se

correspondan en derecho estricto *(at law)*, es decir, a la acción para el resarcimiento de los daños aunque sólo sean nominales. Se trata de una aplicación, en *equity*, de nuestro principio de la *cause juste* o del interés del acreedor proporcionado al sacrificio del deudor (v. supra § 20, *b*).

Solamente en algunos casos excepcionales, la *equity* concede la *specific performance* para una promesa a título gratuito: v. Williston, *Contracts*, § 217 y citas que incluye.

6 Sobre este aspecto de la *injunction*, cfr. Anson, *Contracts*, págs. 379 y siguientes; Pollock, *Contracts*, págs. 550 y sgtes.; Hanbury, op. cit., capítulo 25; *Restatement* americano sobre *Contracts*, § 380.

7 Uno de los casos excepcionales es la *promise of marriage*. En los Estados Unidos hay otros casos, siempre excepcionales, como el caso en el que

admiten los *punitive* o *exemplary damages,* salvo, al parecer, algunas excepciones. Teniendo en cuenta todo esto, el resarcimiento de los daños parecería una sanción inadecuada para los contratos de interés no típicamente económico.

No obstante, y éste es el carácter especial a que aludíamos, el *common law* admite en principio la sanción consistente en el resarcimiento de los *nominal damages;* una pequeña cantidad de valor simbólico, establecida por la costumbre judicial (o algunas veces, por una ley escrita en los EE. UU.: v. § 328 *Restatement* sobre *contracts.*). El principio consiste en que la violación de un contrato es por sí misma un acto ilícito (*a wrong*) que debe ser reprobado y sancionado independientemente del daño que pueda acarrear y aunque el demandante obtenga una ventaja a consecuencia del incumplimiento, como le sucedería, por ejemplo, al comprador en el caso de que hubiera bajado en el mercado el precio de la cosa que le fué vendida. Es evidente que esta sanción equivale prácticamente a una condena moral por el *wrong* de haber violado un contrato. Y es evidente también que una sanción semejante sirve para castigar el incumplimiento de la promesa de alguna cosa que represente un interés no económico del acreedor, o sea de un contrato atípico en el sentido a que hemos aludido en § 21 nota 2.[8]

el incumplimiento del contrato ocasiona un mal físico a la persona, o el caso en que el daño moral *(mental sufferings)* es ocasionado intencionalmente o por negligencia *(recklessly)* y fuera racionalmente previsible (malos tratamientos o expulsión de los pasajeros por parte de porteadores o de fondistas; contratos para el transporte o sepelio de cadáveres o para la transmisión de anuncios de muerte o enfermedad, erróneamente transmitidos, etc.: v. Williston, *Contracts,* § 1.340 A, para estos y otros casos). Se observa que en muchos casos la acción puede tener carácter delictual.

Para el Derecho inglés, y en cuanto al caso excepcional de la *promise of marriage,* cfr. Pollock, *Contracts,* pág. 451; Anson, *Contracts,* pág. 368; que consideran aquí los daños como *punitive, exemplary* o *vindictive* (en contra, el § 342 del *Restatement* americano sobre *Contracts,* que los considera siempre como *compensatory damages* de difícil estimación: v. Williston, *Contracts,* § 1.340).

8 Cfr. Anson, *Contracts,* pág. 369; Pollock, *Contracts,* págs. 535-536, 542 y 545; Williston, *Contracts,* § 1.339 A; *Restatement* americano sobre *Contracts,* § 328. Sobre la sancionabilidad de las promesas de un *quid* que no represente un interés típicamente económico para el acreedor (por ej., promesa de no fumar), Fuller, *Consideration and form* (cit. supra en § 26, nota 1), págs. 817-818, pero desde un punto de vista más bien teórico o general.

c) *La cláusula penal.*

En relación con el problema que acabamos de examinar se presenta el de la cláusula penal.

Como hemos visto en el § 21, la satisfacción de un interés no típicamente económico puede garantizarse en el *civil law* mediante una cláusula penal, sea como pena privada, sea como cláusula dotada de cierto carácter de satisfacción del llamado interés moral lesionado (v. § 21 núm. 4). En cierto modo, tiene también tal carácter la cláusula examinada en § 21, *a*, núm. 2.º, ya que un interés que exceda del interés patrimonial normalmente resarcible según las reglas legales, presenta cierto aspecto atípico o fuera de lo normal.

Ahora bien, frente al problema de la cláusula penal (en sentido amplio) el *common law* adopta una actitud especial, semejante, en cuanto al principio que la inspira, a la actitud de nuestro Derecho canónico, pero distinta en cuanto a los resultados (v. supra § 21, nota 9).

Hay que comenzar advirtiendo que la cláusula penal se presenta, en el contrato no formal, más bien como un *pactum adiectum* a la promesa que como una promesa que tenga su propia *consideration.* Y en el contrato formal se presenta en el aspecto peculiar del *bond,* es decir de la promesa de una cantidad hecha bajo condición de que no se verifique un determinado evento (la prestación).

En este terreno se ha hecho sentir la influencia de la *equity,* que interviene, como el Derecho canónico, siempre que se trata de un caso de conciencia; y se presenta un caso de conciencia cuando, mediante la cláusula, el promisario tiende a imponer una sanción excesiva al promitente, una sanción desproporcionada con su justo interés; de manera que la acción para obtener la ejecución de la cláusula aparece como *unconscionable* o *unconscientious.*[9] Pero, a diferencia del Derecho canónico, la *equity* ha adoptado la solución de considerar nula la cláusula cuando se dirija a imponer una verdadera y propia pena privada o *penalty,* aunque no sea excesiva (v. por el contrario, sobre el Derecho canónico, supra § 21, nota 9). Es nula, pues, toda cláusula establecida — como dicen los textos del *common law* — *in terrorem,* es decir *exclusivamente* para ejercer una *presión* sobre la voluntad del

9 Cfr. Pollock, *Contracts,* pág. 547; Williston, *Contracts,* § 774; Cheshire and Fifoot, *Contracts,* pág. 500.

deudor mediante la amenaza de una sanción *penal,* aun reconociéndose que, indirectamente, la misma sanción del resarcimiento de los daños cumple esta función.[10] Puesto que la cláusula es radicalmente nula, el juez tiene que averiguar cuál es el daño efectivamente sufrido por el acreedor (según las reglas legales de valoración); daño que incluso puede ser superior a la cantidad establecida en la *penalty.*

Y viceversa, si la cláusula, según la intención de las partes en el momento de establecerla, se dirigía a una *genuine preestimation of damages* (v. supra § 21, *a,* núm. 1) será válida y el juez tendrá que atribuir al acreedor la cantidad establecida, sin posibilidad de reducirla ni de aumentarla.

La distinción entre *penalty* y *preestimation of damages* se basa en la intención de las partes en el momento de la estipulación (v. supra § 21); criterio comprensible si se tiene en cuenta que la *equity* contempla este caso como caso de conciencia; y no en la relación entre la cantidad establecida y el daño que efectivamente resulte en el momento del incumplimiento.[11]

La *penalty,* pues, es nula por ser contraria a la conciencia y porque su injusticia constituye, a los ojos de la *equity,* una *just excuse* para no mantener la correspondiente promesa; excusa excepcional pues en principio no cabe sustraerse a una promesa, *contract* o cláusula, a pretexto de que sea *unfair.*[12] Parece que también haya influído el temor de un abuso de la posición del deudor en el momento de celebrarse el contrato (v. supra § 21, notas 32 y 33);[13] de manera que si se estipula una pena *después* del incumplimiento, tal estipulación será válida con tal de que reúna los requisitos de un *contract.* El § 339 del *Restatement* americano sobre *contracts* alude también, en los *Comments,* a la idea de que el castigo del deudor es una sanción injusta e innecesaria y que, por lo mismo, se trata de limitar el poder de las partes (autonomía de la voluntad) para establecer las sanciones o los modos de *enforcement* de un contrato (v. supra § 21, *b*).

Cualquiera que sea su fundamento, la actitud de la *equity* ha sido de absoluta desconfianza frente a la *penalty,* hasta tal punto que se ha adoptado la solución radical de la nulidad de la cláusula

10 Cfr. autores citados en nota anterior, y además Williston en § 776; Anson, *Contracts,* pág. 370.

11 Pollock, Cheshire and Fifoot, op. y loc. cits.; Williston, *Contracts,* §§ 777, 778 y 783.

12 Williston, *Contracts,* §§ 769 y 780.

13 Williston, *Contracts,* § 780.

en todo caso, aunque su cuantía no sea excesiva, es decir la solución que se cifra en negar eficacia a la voluntad de establecer una pena privada, para ver qué es en realidad lo que hay detrás de dicha cláusula en cuanto al daño efectivo.

No solamente es nula la *penalty*, sino que parece ser nula también la cláusula establecida con finalidad de satisfacción, que se dirija, según la intención de las partes, a reforzar la sanción normal debida según las reglas legales sobre el resarcimiento; es decir, que se dirija a hacer resarcible un daño o un interés que de no ser por ella no podrían resarcirse en virtud de aquellas reglas y, de esta manera, a hacer resarcible un interés atípico: v. supra § 21, *a*, núm. 2.º. En realidad, se distingue entre *contracts* cuyo objeto sea *of certain value* (es decir, en los que el daño pueda determinarse exactamente o casi exactamente, como en la obligación de entregar una cantidad fija de dinero) y *contracts of uncertain value*.[14] En los primeros, si se ha prometido algo que exceda del daño cierto, la cláusula se considera como una *penalty*, y por lo tanto es nula. En los segundos, *dada la dificultad de valoración*, la cláusula se considera como una *preestimation* salvo que de otras circunstancias (por ejemplo, del hecho de que la cuantía sea *unreasonable* o *extravagant*) resulte la intención de establecer una *penalty*. Pero se trata de reglas de interpretación o de presunciones (v. autores citados en las notas anteriores).

En cuanto a la posibilidad de sancionar mediante cláusulas de esta naturaleza una promesa que represente un interés atípico o "moral" del acreedor (v. supra § 21, *a*, núm. 4.º), será nula, indudablemente, una cláusula que según la intención de las partes constituya una *penalty*, es decir que no tenga como finalidad la mera satisfacción del interés moral lesionado.

Más dudoso resulta, en cambio, el caso en que la cláusula tenga esta última finalidad. Si el principio se basa en que no se puede establecer una sanción que exceda de la legal y en que lo único que se puede hacer es *preestimar* el alcance de esta sanción, también tal cláusula debería ser nula puesto que, como hemos visto en apartado *b*, no se admite el resarcimiento del llamado daño moral como sanción legal en los contratos. Pero la solución contraria parece que pueda apoyarse en las consideraciones siguientes:

14 Cfr. autores citados en notas 9 y 10; y Williston, además en § 783; Anson, *Contracts*, pág. 371; *Restatement* americano sobre *Contracts*, § 339, *Comments*.

1.° La inadmisibilidad del resarcimiento del llamado daño moral en los *contracts* se considera como una excepción respecto al opuesto principio en el campo de los *torts*;[15] de manera que una cláusula que se dirija a dicho resarcimiento no aparece en pugna con el sistema de las sanciones. Por otra parte, la insatisfacción de un interés no típicamente económico no representa necesariamente un *mental suffering*.

2.° Lo que hemos dicho a propósito de los contratos cuyo objeto sea *of uncertain value* puede aplicarse también a este caso. El único requisito será que la cuantía establecida en la cláusula con finalidad de satisfacción no sea completamente *unreasonable*.

3.° Cuando los autores aluden al § 343 C. c. alemán (que admite la satisfacción mediante la cláusula de cualquier interés lícito, aunque no constituya un interés patrimonial *o property interest* del acreedor) no parecen considerar que exista en este punto una diferencia respecto al *common law*.[16]

Como puede verse, en principio la solución del *common law* en materia de cláusulas penales (en sentido amplio) es distinta de la solución del *civil law* (v. supra § 21, *b*). Según éste, una cláusula con intención de establecer una pena no es nula, sino solamente reducible en caso de que sea excesiva; de modo que, no siendo nula, nunca podrá ser reducida a cero o al *nominal damage*, aun cuando no se produzca efectivamente ningún daño. Y en cuanto a la cláusula con finalidad de satisfacción, el *civil law* admite su reducción incluso cuando la cuantía de la cláusula no hubiera resultado excesiva en el momento de la estipulación, pero lo sea en el momento de producirse el daño. Por el contrario, el *common law*, buscando a través de presunciones la intención de establecer una *penalty* y queriendo castigar tal intención, establece la nulidad de la cláusula cuando su cuantía resulte excesiva en el momento de la estipulación, aunque no lo sea en el momento de producirse el daño; y reconoce pleno valor a la cláusula si en el momento de la estipulación no resulta excesiva, aunque lo sea en ese segundo momento.

En la práctica, sin embargo, las soluciones suelen ser semejantes, porque para saber si la intención de las partes es la de establecer una *penalty* o una *genuine preestimation*, el *common law* utiliza presunciones que han llegado a constituir reglas de interpretación. Entre estas presunciones opera sobre todo la de que

15 Cfr. Pollock, *Contracts*, pág. 545.
16 Cfr. Williston, *Contracts*, § 772.

la cuantía establecida en la cláusula no debe ser excesiva en el momento de la estipulación;[17] y en la mayor parte de los casos lo que es excesivo en este momento (como previsión razonable de las partes) resulta también excesivo en el momento de producirse el daño. Los errores de previsión de las partes son generalmente pequeños y no como para dar lugar al *exceso* o desproporción *unreasonable* en el momento de producirse el daño.

También contribuye a que las soluciones sean en la práctica semejantes a las del *civil law* la mencionada regla (interpretativa) en cuanto al daño no susceptible de valoración cierta, pues, como dicen los autores, en este caso es muy probable que las partes hayan querido hacer un *bona fide* o *honest attempt* de valorar preventivamente el daño.[18]

Por lo demás, las tendencias más recientes de la jurisprudencia americana, parecen más liberales en la admisión de estas cláusulas.[19]

Pero queda en pie el principio de que la *penalty* es nula o, si se quiere, de que las partes no pueden pactar libremente en materia de sanciones (v. supra § 21, *b*). Principio derivado de la *equity* y del caso de conciencia, que puede también parecer bastante sano, pero que no puede dejar de sorprender en un sistema como el del *contract* construído por los Tribunales de derecho estricto, si no se tiene en cuenta que se trata, en realidad, de un doble sistema de fuentes: el juez de derecho estricto y el de *equity*.

De todos modos, este principio puede llevar, y lleva algunas veces, a soluciones distintas de las del *civil law*.

La importancia que el *common law* atribuye a la materia de las cláusulas penales (en sentido amplio) se deduce también de su minuciosa disciplina y de la extensión con que tratan de ella los autores.

17 Tanto es así que Williston, *Contracts*, § 778, sostiene que prácticamente para establecer la intención de las partes el juez no dispone más que del criterio objetivo de la cuantía razonable de la cláusula penal considerada en el momento de la estipulación.

18 Cfr. Williston, *Contracts*, § 783. Otra presunción (o regla de interpretación) en el sentido de una *penalty*: cuando una misma cantidad se haya establecido, aunque sea "a título de resarcimiento de daños", para el incumplimiento de una serie de cláusulas contractuales, algunas de considerable importancia y otras de importancia secundaria; v. autores citados en notas anteriores.

Sobre otras de las mencionadas presunciones, cfr. especialmente Williston, *Contracts*, §§ 783 y 784.

En esta materia no hay que estar a la interpretación literal de los términos usados por las partes, es decir, no hay que atender exclusivamente a que hayan empleado los términos "*penalty*" o "*liquidated damages*".

19 Cfr. Williston, *Contracts*, § 788.

d) *De nuevo sobre la donación.*

De todo lo dicho acerca de la atipicidad del *contract* resulta que, con tal de que una donación se presente dentro del esquema del *bargain* o se incluya en el esquema de la *reliance* (v. supra § 27, *a*), la donación será válida, precisamente porque ni el tipo ni la causa principal o secundaria tienen ninguna importancia (véase también supra § 28, *c*). La donación con un gravamen, que no constituya una mera *nominal consideration,* es reconocida como *bargain,* es decir en cuanto comprendida dentro del esquema genérico o atípico del *contract,* cualquiera que sea el carácter o el valor del gravamen y cualquiera que sea la "causa" principal o secundaria para las partes (v. supra § 10).

El *common law* es mucho menos desconfiado que el *civil law* frente a las donaciones. En definitiva, tanto las donaciones simples como las *cum onere* se revisten de formalidades mucho menos molestas que las del *civil law:* basta con un *act under seal* (sin intervención ninguna del notario, desconocido, por lo demás, en los países del *common law:* v. § 34), basta un *bargain* aunque sea nominal, una *reliance,* o un *trust,* modo este último absolutamente libre de forma e igualmente libre en cuanto a la interpretación de la voluntad del donante (v. infra § 38).

La forma de la donación en el *civil law* es una forma ligada a la *causa* o tipo, es decir a las obligaciones de dar (o también al "*dar*" inmediato) sin contrapartida o con una contrapartida o por una *causa praeterita* que reunan determinados caracteres (v. §§ 7 a 11). Las formas o los esquemas que el *common law* pone a disposición de la donación (que en dicho sistema no constituye por sí misma una figura típica) son las mismas formas o esquemas que ofrece *para todos los contratos.*

§ 34.

Del contrato formal y de algunos problemas conexos

a) *El "act under seal" y sus formalidades. Breve nota comparativa con las "formas" del civil law moderno.*

El *common law* mantiene todavía el contrato formal en sentido propio, es decir aquel contrato en el que la obligación deriva de la forma o, mejor dicho (desde que la ceremonia dejó de tener aquel significado místico que se le atribuía originariamente),[1] de la promesa expresada según una determinada forma.

En este caso no se requiere la *consideration* ni una *sufficient consideration* (v. § 30); al igual que en la *stipulatio romana,* la forma es verdaderamente una forma *omnibus* que sirve para hacer válida cualquier promesa (lícita), independientemente de su contenido o, como diríamos nosotros, de su "causa" más o menos típica, gratuita, onerosa, suficiente o insuficiente. Esta "causa" no influye para nada en la determinación y en la medida de la responsabilidad, como tampoco en las reglas de interpretación (salvo cuando el promisario acuda a la protección de la *equity:* v. supra § 33, *a* y nota 5 bis; e infra nota 24 de este §). De manera que no solamente una *gratuitous promise,* que no sería válida sin la forma, sino cualquier otra promesa, con o sin *consideration,* que sería válida sin necesidad de observar una determinada forma (véase por ej. § 27) adquiere carácter de promesa formal si se hace observando la forma, y le son aplicables la responsabilidad y la disciplina propias de una promesa formal: es decir aquella responsabilidad rigurosa y uniforme que consiste en la *legal obligation* a que nos hemos referido en § 32.[2]

1 Sobre este estadio primitivo de la forma en el *common law,* cfr. Williston, *Contracts,* §§ 205 y 109 y la extensa bibliografía y *cases* que cita. Mientras el documento no fuera destruído o cancelado o eliminado por acto formal, la obligación subsistía, incluso entre las partes y no obstante el pago. La destrucción, aunque fuera accidental, del documento extinguía la obligación. Se estaba obligado *under seal* aunque el sello hubiera sido robado y aplicado, contra la voluntad de su dueño, a un documento, etc. Naturalmente, las defensas fundadas en dolo, error, violencia, *failure of consideration,* etc. no tenían ningún valor.

2 Hay también un plazo especial de prescripción (12 años) más largo que el que corresponde al *simple contract* (6 años). Cfr. *Limitation Act* inglesa de 1939.

Sin duda, en el *civil law* hace tiempo que ha desaparecido un tipo semejante de forma (v. infra).

Prescindiendo de los *contracts of record,* que no parecen verdaderos contratos,[3] la forma clásica es la del *deed* o *act under seal,* llamada también *covenant* o *specialty.* Es un documento firmado, sellado y entregado: "*signed, sealed and delivered*". En esto consiste la forma. La ceremonia de poner el sello y entregar el documento indica que la persona se identifica con su *deed* (con su acto) y compromete en ello la propia personalidad.[4]

En Francia, el sello era un privilegio de los nobles y cayó pronto en desuso; mientras que en Inglaterra, en virtud de un proceso histórico propio del espíritu inglés tendente a imitar al *gentleman* y a hacer de cada hombre un *gentleman,* el sello se extendió de la nobleza al pueblo y subsiste todavía hoy.[5]

El carácter formal no se lo da al documento la intervención de un notario, sino la misma persona que se identifica con él por medio de su sello. La institución del notariado, propia del *civil law,* es desconocida en los países del *common law.* En ellos el *public notary* es una persona que solamente está autorizada para autenticar la firma y que puede ser, como se ve en los EE. UU., incluso un *barman,* con tal de que sea persona merecedora de la fe pública. Un documento autenticado por un *public notary* no es un documento formal si además de ello no concurren las ceremonias propias del *act under seal.*[5 bis]

3 *Judgments* y *recognizances* (promesas hechas a la Corona en ciertos casos). Cfr. Anson, *Contracts,* págs. 60-61.

4 Parece que el *deed* derive del documento escrito formal o *charta* del derecho medieval. La ceremonia del *deed,* hoy atenuada en su formalismo y reducida casi a una ficción incluso en cuanto a la estructura del sello (v. Hays, op. cit. supra en § 26, nota 1), consiste en poner el dedo sobre el sello y en decir "*I deliver this act as my deed*". Con esta ceremonia "*the party identifies himself with the seal*". Cfr. Anson, *Contracts,* págs. 61-62; Pollock, *Contracts,* págs. 108-109; Williston, *Contracts,* § 205 y sgtes.; *Restatement* americano sobre *Contracts,* § 95 y sgtes.; Corbin, *Cases on Contracts,* cit. páginas 422-445 y notas.

También en Inglaterra parece que la *delivery* pueda algunas veces quedar reducida a la mera declaración de considerar "*operative*" el *deed* aunque se siga reteniendo su posesión. Cfr. Anson, *Contracts,* pág. 61; Williston, *Contracts,* § 211 sobre la distinta actitud del *common law* americano.

El *delivery in escrow* se produce cuando el *deed* es *delivered* bajo una condición cualquiera y en tal caso durante la pendencia de la condición tiene que ser *delivered* a un tercero. Cfr. sin embargo, Anson, *Contracts,* pág. 62 y Williston, *Contracts,* § 212.

5 Cfr. Brissaud, cit. supra en § 3, nota 1, y Chenon, cit. en § 4, nota 3; así como mi *Commento a Tocqueville,* Milano, 1948, págs. 287-288 y las citas de Tocqueville y de Hilaire de Belloc recogidas en él.

5 bis Sobre el *deed* y sobre sus relaciones con el documento notarial,

El *deed* es un acto unilateral: no requiere aceptación,[6] salvo cuando se impongan en él condiciones que deban ser aceptadas por el destinatario. Se está obligado en cuanto se han cumplido las ceremonias del *deed,* a menos que el destinatario *rechace* (*to disclaim*) el derecho que se le atribuye.

Es un acto formal que, al no estar limitado por fórmulas, puede tener el más diverso contenido: así, puede contener una obligación, un *transfert,* una renuncia, un acto de disposición o de modificación de derechos en general, un poder, etc. Es el acto propio para la *conveyance* en general "de derechos reales inmobiliarios".[7] El *civil law,* en el que ha desaparecido la institución medieval de la *charta* o de la *traditio chartae,* tampoco conserva una forma de esta naturaleza, capaz de servir para todos aquellos distintos tipos de negocio.

Recientemente algunos autores han sostenido que, por lo menos en la actualidad, la promesa hecha por *act under seal* no pertenece al campo de los *contracts* en sentido propio, para los que sería esencial la idea del *bargain* y de la *acceptance* como *consideration* o sacrificio solicitado o, en todo caso, la idea de la *reliance.* Lo confirmaría, según estos autores, el hecho de que un *deed* puede en ciertos casos crear una obligación incluso frente a quien ignore su existencia. Por tanto creen que no debe tratarse de esta figura en un "libro moderno sobre el Derecho de los contratos".[8]

El *deed* ha sufrido o está sufriendo un proceso de decadencia, si no en el campo de la *conveyance,* sí por lo menos en el de los *contracts.*[9]

Breve nota comparativa. — Como hemos indicado, en el *civil*

cfr. la sentencia Berry-Ruspoli cr. Berry Chigi, Corte App. Roma, 19 diciembre 1933, en vol. II.

6 Sin embargo, sobre algunas excepciones y discusiones cfr. Williston, *Contracts,* §§ 211 y 213.

7 Cfr. sobre esto mi artículo *Causa, consideration e forma,* etc. en *Rivista dir. comm.,* 1952, I, págs. 262 y sgtes.; y en págs. 391 y sgtes. las formas para librarse del *deed;* cfr. también infra § 38, *c.*

8 Cheshire and Fifoot, *Contracts,* págs. 19-20.

9 Cfr. Williston, *Contracts,* § 218 y Hays (op. cit. supra en § 26, nota 1), páginas 860 y sgtes. en cuanto a los EE. UU. Véanse también las propuestas de reforma del *Law Revision Committee* inglés para admitir el simple escrito, así como Anson, *Contracts,* pág. 61 en nota. V. también supra nota 4, en cuanto a la decadencia de la ceremonia del *seal* y de la *delivery,* reducida casi a una ficción.

Sin embargo, por lo menos en Inglaterra, el *deed* constituye el medio clásico de hacer una donación. El formalismo, aunque reducido a formas menos rígidas, dista mucho de estar en vías de desaparición: cfr. Fuller, op. cit. supra en § 26, nota 1 (págs. 822-823), y supra § 32.

law moderno ya no existe una *forma* cuyas funciones sean semejantes a las que cumple la del *deed.*

No tienen tal carácter las formas impuestas bajo pena de nulidad (v. supra § 18). En ellas, en efecto, la obligación o la atribución patrimonial no deriva de la forma misma: tales formas no sirven por sí mismas para hacer jurídicamente sancionable un contrato cualquiera. La causa o el tipo del contrato influye siempre. Por lo demás, estas formas se imponen precisamente en vista del contenido, causa (en sentido objetivo) o tipo del contrato. Y, por más que puedan representar una limitación al principio del nudo consentimiento, aun en este terreno su función es distinta de la función del contrato formal en sentido propio (v. supra § 18).

Tampoco la forma establecida para las promesas abstractas, y para los títulos de crédito en general, representa una forma análoga al *deed* o a la *stipulatio,* es decir un contrato formal en sentido propio. Tal forma sirve, en los títulos de crédito, para indicar la voluntad de hacer una promesa "abstracta", en el sentido en que se emplea este término, especialmente en cuanto a las relaciones con los terceros. Por lo demás, tal forma viene impuesta y cumple dicha función solamente en ciertas promesas que tengan un determinado objeto (prestaciones de entregar dinero o cosas semejantes); no sirve, pues, como forma *omnibus.* Y ya hemos tenido ocasión de advertir que una promesa abstracta no es lo mismo que un contrato formal en sentido propio (v. supra § 22, *e*; y la nota explicativa núm. 3 al § 22). El *common law* deja bien clara esta distinción: v. infra, *b.*

Ni siquiera las formas de algunos *transferts* abstractos en el *civil law* pueden equipararse al *deed:* porque se trata de formas *especiales* para ciertos *transfert* y no para cualquier contrato o para cualquier acto de disposición; y porque no se consiguen con ellas los efectos propios del acto formal (v. supra § 22, nota explicativa núm. 3).

Alguna analogía con el *deed* se podría apreciar, en cambio, en nuestro documento notarial, en cuanto forma parte del esquema formal-causal de la donación; es decir, en cuanto mediante este esquema formal-causal pueden ser válidos los contratos innominados que quedan dentro del esquema típico de la donación (v. supra §§ 7 y 8 y sigs.).[10] Solo que en nuestro esquema formal-causal de

10 Téngase en cuenta que en el documento público no es preciso mencionar la "causa de liberalidad"; puede también hacerse una promesa "abstracta", con tal de que concurran los requisitos formales de la donación (v. supra § 22, nota explicativa 3). Pero cuando el demandado pruebe la "causa de

la donación la obligación o la atribución patrimonial va siempre unida a la "*causa donandi*" (típica), que determina la medida de la responsabilidad, la relevancia de ciertos motivos o presupuestos, las reglas especiales de interpretación, con alguna diferencia también según que la donación sea simple o *cum onere* (v. supra § 15). Además, el esquema formal-causal de la donación se impone solamente para ciertas obligaciones a título gratuito o, mejor, con *cause insuffisante:* las obligaciones de dar (v. supra §§ 7 y ss.; y § 28, *b*).

En cuanto a ciertas reglas de interpretación y a los correlativos remedios en *equity,* que puedan sugerir en el aspecto interpretativo alguna aparente analogía entre el *deed* y nuestro documento notarial, v. infra nota 24.

b) *La exigencia de forma bajo pena de nulidad para determinados contratos y el "Statute of Frauds".*

Los autores del *common law* establecen expresa y claramente[11] la distinción entre los contratos para los que se impone una forma bajo pena de nulidad y el contrato formal en sentido propio (véase supra, *a*). Los primeros, no obstante la exigencia de la forma escrita, son llamados *simple contracts* o también *informal contracts* (especialmente en los EE. UU.).[12] Para ellos se necesita la *consideration* u otro requisito que la *sustituya* (v. § 27).

Los mismos *negotiable instruments* o títulos de crédito se consideran, desde este punto de vista, como *simple contracts* (véase infra, *d*).

liberalidad" ello dará lugar a la aplicación de las reglas especiales sobre la medida de la responsabilidad, sobre los motivos, etc.; v. infra en el texto.

11 Sin embargo, algunos parecen confundir con el contrato formal en sentido propio aquellos casos en los que la forma del *deed* se impone bajo pena de nulidad para *determinados* contratos, como los celebrados por una *corporation* (cfr. Anson, *Contracts,* pág. 63). En realidad, el hecho de que la forma del *deed* sirva para el contrato formal no excluye que pueda imponerse en ciertos casos como una simple forma bajo pena de nulidad en el sentido a que se alude en el texto. Es curioso, pues, el error de Williston, *Contracts,* § 4, que después de haber distinguido en el *common law* el contrato formal en sentido propio de las formas impuestas bajo pena de nulidad, cae en la confusión al tratar de las formas modernas del *civil law,* llegando a incluir en ellas hasta las formas *ad probationem.* En la misma confusión, por lo que se refiere a estas últimas, había caído Savigny, *Obligations,* cit. § 77 al final; así como Lorenzen, *Causa and consideration* (cit. en § 26, nota 1), páginas 642-643; cfr. mi artículo *La causa nel pensiero dei giuristi di common law, Riv. dir. comm.,* 1951, I, pág. 352, nota 21.

En general, se trata de la forma escrita o algunas veces de la forma del *deed* impuesta bajo pena de nulidad por la ley escrita (*statute*). Los supuestos son bastante frecuentes. Podemos citar, además de los títulos de crédito, los contratos de seguro marítimo, el reconocimiento o la promesa de pagar una deuda prescrita (véase § 28 nota 4); los contratos celebrados por una *corporation* que deben revestir la forma del *deed* con el *seal* de la *corporation*.[13]

La forma escrita impuesta por el *Statute of Frauds*, que no da lugar a un contrato formal,[14] deja perplejo al jurista del *civil law* sobre si se trata de una forma establecida bajo pena de nulidad o bien de una simple forma *ad probationem*.

No es éste el lugar adecuado para tratar de ello extensamente. Bastará indicar que el *Statute of Frauds* de 1677 (sustituído, para la venta de cosas muebles, por la *Sale of goods Act* inglesa de 1893) establece que en ciertos casos[15] ninguna *action* puede intentarse (*brought*) contra una persona si no hay un escrito, un *memorandum or note* del contrato, firmado por el demandado o por otra persona legalmente autorizada por él.

Las formalidades de este escrito son mucho más sencillas que las establecidas bajo pena de nulidad en el *civil law* y en el mismo *common law*. En efecto:

— El documento escrito sólo se requiere, aun en el contrato

12 Cfr. Anson, *Contracts*, págs. 60 y 65; Cheshire and Fifoot, *Contracts*, páginas 19-20; Williston, *Contracts*, §§ 4 a 12, 221 y 448; *Restatement* americano sobre *contracts*, § 11. No está claro Pollock, *Contracts*, págs. 115 y siguientes.

13 Sin embargo, por lo que se refiere a las *corporations*, el alcance de la regla queda muy limitado por numerosas excepciones: cfr. Anson, *Contracts*, pág. 63; Pollock, op. y loc. cits. Para otros casos de *simple contracts* sujetos a la forma escrita, cfr. Anson y Pollock en locs. cits.; *Restatement* americano sobre *Contracts*, §§ 11 y 178; así como el § 225; Williston, *Contracts*, § 450.

14 Sobre el *Statute of Frauds*, cfr. Anson, *Contracts*, págs. 66 y siguientes; Pollock, *Contracts*, págs. 124 y sgtes.; Cheshire and Fifoot, *Contracts*, págs. 146 y sgtes.; Williston, *Contracts*, §§ 448 y sgtes.; *Restatement* americano sobre *Contracts*, §§ 178-225. El *Statute of Frauds* ha sido reproducido, más o menos fielmente, en las legislaciones de los distintos Estados de la Unión Americana.

Todos, autores y textos, coinciden en distinguir la forma establecida en el *Statute* del contrato formal en sentido propio. El *memorandum* del *Statute of Frauds* debe incluso mencionar la *consideration*.

15 Entre los más importantes: los contratos de fianza o garantía por una obligación ajena; contratos *in consideration of marriage;* contratos que no puedan ser cumplidos durante el año de su celebración; contratos que se refieran a la venta de derechos inmobiliarios *(interests in land);* venta de bienes muebles cuyo valor exceda de 10 libras esterlinas o de otra cantidad. Cfr. autores y textos citados en la nota anterior.

bilateral, para exigir la prestación de quien sea demandado, es decir de aquél contra quien se pida la ejecución de la obligación.

— No es necesario que el documento escrito contenga una declaración dispositiva o de voluntad. Puede formalizarse antes o después de la conclusión del contrato, e incluso puede tratarse de una carta dirigida a un tercero en la que se haga mención del contrato en sus extremos fundamentales.

— La firma puede estar al principio, en medio o al final del documento.

— La ausencia de documento escrito tiene por único efecto la denegación de la acción judicial; pero el cumplimiento espontáneo del contrato es válido, y algunas veces con sólo el cumplimiento parcial o con la entrega de arras pueden producirse los mismos efectos del documento escrito.[16]

Los autores ingleses dicen que se trata de una forma exigida solamente para la prueba (*evidence*) y no para la existencia jurídica del contrato.[17] Pero, por otra parte, se trata de una prueba sin la que no puede intentarse (*brought*) la acción puesto que es la única prueba admitida; ni siquiera bastan la confesión y el juramento del demandado.[18]

Resulta pues que, mientras desde el punto de vista externo de las formalidades, la exigencia del documento escrito se acerca a nuestro "principio de prueba por escrito" (art. 1.347 C. c. francés; artículo 2.724 C. c. ital. etc.), en sus efectos prácticos el requisito del documento escrito excede de nuestra concepción de la forma *ad probationem*. Ya que en los países de *civil law* y según nuestras costumbres y nuestra mentalidad, cuando se exige la forma escrita

16 Sobre todo esto, v. autores citados en nota 14. Las formalidades varían en los distintos Estados norteamericanos: cfr. Williston, op. y loc. citados y *Restatement* americano citado.

17 V. autores citados en nota 14. En los EE. UU. la solución no siempre resulta clara. Salvo algunos Estados en los que se dispone que la inobservancia de la forma del *Statute of Frauds* da lugar a la nulidad del contrato, la interpretación corriente entiende que no se trata de nulidad, aunque no siempre se entienda que se trata de una mera prueba. Es decir, el contrato es válido en otros aspectos, pero no puede servir de base a una acción judicial (es decir, no es *enforceable*) si no resulta probado *(evidenced)* por el documento escrito: Williston, *Contracts*, §§ 451 y sgtes.; *Restatement*, §§ 11, 217 y siguientes.

18 La razón de ser del *Statute of Frauds* se explica por las especiales condiciones de la época en que fué promulgado y por las correlativas reglas en materia de prueba, que excluían, hasta la mitad del siglo XIX, el testimonio de la parte; por lo que ha habido varias propuestas de reforma del *Statute*, considerado como un anacronismo. Cfr. Anson, *Contracts*, pág. 66 en nota; Cheshire and Fifoot, *Contracts*, págs. 136 y sgtes.

ad probationem se entiende que queda excluída solamente la prueba por testigos y por presunciones, pero no la confesión o el juramento.

De ello se deriva la posibilidad de que surjan serias dificultades en las relaciones de Derecho internacional privado, cuando los jueces del *common law* entiendan que la forma *ad probationem* del *Statute of Frauds* u otra semejante se refiere al procedimiento y no al Derecho material, y cuando se haya celebrado un contrato verbal sujeto al *Statute* en un país de *civil law* en el que dicho contrato no esté sometido a una forma que, en sus efectos prácticos, sea equivalente a la del *Statute of Frauds*.[19]

c) *Remedios contra el formalismo del "act under seal": "failure of consideration", etc.*

Este tema se relaciona con el tratado supra en § 22, *b, e*. Es decir, se trata de saber qué sucederá cuando (usando un concepto nuestro) la "causa" por la que se haya hecho un *deed* no exista o no se realice; o sea, cuando la *consideration* no se haya prestado efectivamente o cuando no exista la obligación anterior. Respecto a esto último conviene tener presente que la "causa" (o *consideration* en sentido impropio) por la que se haya hecho el *deed,* puede consistir también en una obligación anterior que, por lo demás, quedaría absorbida en la misma promesa formal (v. § 28, *a*).

Como hemos visto, el *act under seal* puede también contener una promesa "*causal*", es decir puede establecer la *consideration* o las condiciones de que se hace depender la promesa (por ej., la existencia de una obligación anterior). Puesto que la forma consiste solamente en el escrito y en el sello, sin que se establezcan fórmulas rígidas para la promesa, todas aquellas condiciones pueden quedar contenidas en ella. Y el actor tendrá que probar entonces que la *consideration* ha sido cumplida, como en cualquier promesa causal: v. supra § 22 notas 23 y ss.

No obstante, originariamente estas condiciones (incluídas las de la *consideration* y de la existencia de una obligación anterior) debían resultar de la forma; de no ser así no tenían valor y el actor podía obtener el *enforcement* de la promesa sin haber cum-

19 Cfr. Anson, *Contracts*, págs. 76-77; Cheshire and Fifoot, *Contracts*, páginas 153-154 y los *cases* que citan.

plido la *consideration* o sin que, en general, tales condiciones hubieran sido cumplidas: v. supra nota 1. Era la concepción estricta de la promesa formal, con los inherentes métodos estrictos de interpretación: v. supra § 22, notas 23 y ss.

Pero la *equity* concedió pronto un *relief* mediante *injunction* de no hacer valer el documento en los casos en que se hubiera convenido una *consideration* (incluyendo, al parecer, la obligación anterior) no reproducida en el *deed* (aunque no se concediera tal *relief* en caso de que fuera una simple *condition* lo que se hubiera convenido, sin reproducirlo en el *deed*). Y en tal caso, contra la promesa formal el promitente podía invocar la no realización o "*failure*" de dicha *consideration.* Esta intervención de la *equity* seguía la misma línea de otras intervenciones en casos de ilicitud, fraude, error, pago sin *release* formal o cancelación del documento; y en cuanto al error, podía también hacerse valer la inexistencia de la supuesta obligación anterior (v. el análogo procedimiento del Derecho romano respecto a la *stipulatio:* supra § 22, notas 23 y siguientes).

Más tarde el remedio de la *failure of consideration* fué acogido también por los Tribunales de *common law.*[20]

En la práctica se trataba de ver si en contra del *act under seal,* o al margen de él, o modificándolo, se podía probar *by extrinsic evidence* que había sido convenida una determinada *real consideration,* cuando el documento no mencionara ninguna *consideration* o expresara una *nominal consideration* o la expresara en términos generales como "*for divers good considerations*". Y se admitió la prueba extrínseca o complementaria, incluída la prueba de una *additional consideration,* aun en el caso de que el documento expresara una *substantial consideration.*[21]

Según esta concepción, el documento formal es siempre válido por sí mismo; el demandado no puede limitarse a probar (como en el caso de los *negotiable instruments*) que no se ha convenido ninguna *consideration,* precisamente porque la forma sirve para atribuir validez incluso a una *gratuitous promise.*[22]

20 Cfr. Williston, *Contracts,* §§ 109 y 205 y las citas que incluye; Cheshire and Fifoot, *Contracts,* pág. 5, nota 2.

21 Cfr. Halsbury, *Laws of England,* 1933, vol. X, voz *Deeds and other instruments,* núm. 333; Williston, *Contracts,* § 217.

22 Cuando el demandado prueba que se ha convenido una determinada *consideration* (no mencionada en el documento) pero que todavía no se había cumplido en el momento de la formación del *deed,* se trata de saber si el actor tendrá que probar que la ha realizado o si incumbe al demandado la prueba negativa. Parece que, tratándose de un remedio con carácter de *relief* o *de-*

Es muy dudoso que pueda hablarse aquí de abstracción en el sentido de coexistencia de dos relaciones, una derivada del acto formal y la otra subyacente o relación fundamental, que pueda influir sobre la primera como medio de neutralizarla (v. § 22, *e*; y nota explicativa núm. 3).

Más bien parece que deba hablarse de un remedio de carácter equitativo (en el sentido que entre nosotros tiene esta palabra), que mantuvo tal carácter aun después de ser acogido por los Tribunales de *common law*; un remedio contra un acto formal, fuente por sí mismo de obligación. Es significativo el hecho de que solamente las injusticias más graves, como la *failure of consideration*, den lugar a este remedio, y no cualquier excepción basada en la llamada relación subyacente y que se pudiera hacer valer (aunque fuera en juicio separado) en esta relación, si no hubiera quedado absorbida dentro el acto formal. Lo que demuestra que, en realidad, tal relación subyacente no existe junto a la relación creada por el acto formal (como, por el contrario, ocurre en el acto abstracto) sino que queda precisamente absorbida en él o *merged*. No hay coexistencia de dos relaciones, sino una sola relación[23] si bien sometida a algún remedio equitativo.

Se trata, como en otros casos, de una situación propia del paso de un acto formal a un acto abstracto o a un acto concreto: un *quid medium* entre el acto formal puro y estas otras situaciones: véase supra § 22 notas 23 y ss.

Pero sería aventurado llegar a la conclusión de afirmar una completa equiparación con la *stipulatio* romana después de que surgieran los remedios de la *exceptio doli* y de la *condictio stipulationis*. Ante todo, porque la *equity* concede otros remedios, además de los mencionados, cuando se solicita a instancia del promisario la *specific performance* u otra protección en *equity*; en tal caso, para negar estos remedios la *equity* puede dar importancia a presupuestos y a errores que no tienen relevancia en el derecho estricto o *at law* (y que no tenían relevancia en el Derecho romano).[24] En segundo lugar, porque no carece de justificación la idea

fense contra el documento, la carga de la prueba deba corresponder al demandado. Pero v. lo que se dirá después sobre la *consideration* como objeto de una prueba integradora del contenido del documento formal.

23 V. también lo que se dirá infra a propósito de la prueba de las *previous negotiations* como prueba integradora del documento formal; de manera que los acuerdos que puedan probarse y se prueben parecen afectar a una relación que forma parte integrante del *deed* y no a una relación que exista *junto* a él.

24 Cfr. Halsbury, op. y loc. cits., núm. 331; Cheshire and Fifoot, *Contracts*, págs. 503, 191 y 207. En este sentido y dentro de estos límites se ad-

de que la admisión de la *extrinsic evidence* en el mismo caso de *failure of consideration,* representa sencillamente una regla general en materia de prueba incluso contra el documento *non sealed;* y que, por lo tanto, la llamada relación fundamental forma parte integrante, en este caso, de la relación nacida del *act under seal,* hasta tal punto que las *previous negotiations* se consideran como objeto de prueba, que puede agregarse al documento escrito e incluso modificarlo o contradecirlo.

Conviene pues tener mucho cuidado al definir o clasificar el *act under seal* según nuestros conceptos genéricos de acto formal y acto abstracto o según la situación propia de la *stipulatio* romana; hay que tener en cuenta los especiales remedios concedidos en *equity* y *at law,* así como la coexistencia y la intersección de estas dos fuentes del Derecho.

d) *El acto abstracto. La promesa abstracta y el "billet non causé" (v. § 22 notas explicativas 3 y 4).*

En relación con los problemas hasta aquí examinados se encuentra el problema del acto abstracto. Nos limitaremos a hacer alguna breve indicación.

La letra de cambio y los *negotiable instruments* o títulos de crédito en general, no son *formal contracts,* sino que pertenecen al grupo de los *simple contracts* (v. supra, *b*).[25] Como tales, en las

mite una *extrinsic evidence* de las *previous negotiations* en contra, como ampliación o como modificación del documento, aun cuando no se trate de la *failure of consideration.*

En general parece admitirse también una *extrinsic evidence* con finalidad interpretativa cuando los términos del *deed* dejen lugar a dudas: está permitido entonces recurrir a las *previous negotiations* y al comportamiento de las partes con posterioridad al *deed* (cfr. Halsbury, loc. cit.).

Siendo así, parece que el *deed* se aproxime, en estos aspectos, a nuestro documento notarial (aparte la cuestión de la falsedad) en el que, sin embargo, la admisión de la prueba oral acerca de la existencia de una *consideration* (condición, gravamen o contraprestación) que no resultara del documento, daría lugar a graves dudas. Pero queda siempre en pie la diferencia fundamental de que el *act under seal* funda una obligación como acto formal, obligación cuya "causa" onerosa o gratuita es indiferente (salvo para pedir la *specific performance*) en cuanto a la medida de la responsabilidad, a la relevancia de los motivos, a las reglas de interpretación, etc. En efecto, el *act under seal* crea la genérica y uniforme *legal obligation;* v. supra, *a.*

25 Cfr. Anson, *Contracts,* pág. 65; Cheshire and Fifoot, *Contracts,* página 423; Halsbury, *Laws of England,* cit. voz *Bills of exchange,* números 890 y 891 que recoge todas las reglas sobre las *considerations,* incluída la *nominal consideration;* v. los *cases* que cita. En los EE. UU. se habla de

relaciones entre las partes originarias están sujetos al requisito de la *consideration.*[26] Pero, excepcionalmente, ésta puede consistir en una obligación anterior;[27] en este caso se trata de una nueva promesa que crea una nueva obligación. Así pues, si con anterioridad ha sido concertado un *bargain* (por ejemplo, una venta), la emisión de una letra de cambio por una de las obligaciones que surjan de él tiene, como *consideration,* esta misma obligación y no la *consideration* de aquel *bargain.* De manera que el supuesto de una letra de cambio o de un *negotiable instrument* que tenga una *consideration* en sentido propio, es decir que forme parte de un *bargain* (véase § 26), parece limitarse al caso en que el título sea emitido en el acto mismo de concluir el *bargain,* caso difícilmente distinguible del anterior, o al caso en que se trate de una *executed consideration* todavía no cumplida (v. supra §§ 26 y 29).

En principio, el promisario debería probar:

1.º La *sufficient consideration,* en el sentido genérico a que hemos aludido, incluyendo la existencia de una obligación anterior. Una promesa cambiaria sin el *seal,* hecha a título de donación o de *gratuitous promise* en general, es nula entre las partes originarias.[28]

formal contracts incluso a propósito de los *negotiable instruments;* pero se advierte en seguida que no se trata de *formal contract* equivalente al *act under seal* en cuanto al requisito de la *consideration;* de manera que, según algunos, es inexacto hablar de *formal contracts.* Cfr. Williston, *Contracts,* §§ 221 y 108 y *Restatement,* § 7.

26 V. autores citados en la nota anterior. Salvo para algunos Estados de la Unión Americana que admiten, en general, la validez de una promesa escrita, aun sin *consideration.* Cfr. Williston, *Contracts,* §§ 218 y 219 A.

27 Cfr. la *Bills of exchange act* inglesa de 1882, sect. 27; y para los Estados Unidos la *Uniform negotiable instruments law* (adoptada con alguna modificación en los distintos Estados), sec. 25. La ley inglesa habla de un *antecedent debt or liability* (obligación en general). La ley americana habla solamente de un *antecedent or preexisting debt* (que técnicamente significaría una obligación que tuviera por objeto una cantidad cierta y líquida). Cfr. Cheshire and Fifoot, *Contracts,* págs. 57-58; Halsbury, op. y loc. cits. Williston, *Contracts,* §§ 108, 143 y 1.146. Williston observa que el art. 25 de la *Un. Neg. Instr. Law* parece referirse al concepto de *value* o *consideration* respecto al tercer adquirente del título *for value* o *holder in due course.* Sin embargo, debe aplicarse también a las relaciones entre las *immediate parties* cuando el título se haya entregado *in discharge of an antecedent debt* entre las partes, que quedaría así absorbido o *merged* en la nueva promesa (op. cit. §§ 108 y 221). Pero no puede aplicarse al caso en que la letra de cambio haya sido dada o suscrita en garantía de una deuda ajena (v. infra § 35, nota 14).

Así pues, si la obligación anterior es una obligación cambiaria sin *consideration* y, por tanto, nula entre las partes, la letra de cambio será nula también por la inexistencia de una obligación anterior (v. autores citados).

28 Sobre la posibilidad de conciliar la colocación del *seal* con la *negotiability* de un *instrument,* cfr. Williston, *Contracts,* § 221.

2.° El efectivo cumplimiento de la *consideration* en su caso, y, en general, todos los hechos que puedan servir de base a una acción contractual ordinaria.

Pero con carácter excepcional se establece para los *negotiable instruments* la presunción de que se ha convenido y realizado una *sufficient consideration*, o de que existe una obligación anterior válida (y, en su caso, líquida) y en general de que existen todos los elementos a que acabamos de aludir en el núm. 2.°.[29] Es decir, se produce una inversión de la carga de la prueba, análoga a la que se produce en nuestro *billet non causé* (v. § 22 nota explicativa número 4). Hay también un procedimiento sumario, análogo a nuestro procedimiento ejecutivo, pero que no es privativo de los títulos de crédito.[30]

Dada la insistencia en el requisito de la *consideration*, y siempre en las relaciones entre las *immediate parties*, parece que la acción se funde en la llamada relación fundamental. Por otra parte, parece que ciertas defensas no sean directamente admisibles contra el *negotiable instrument* o que, por lo menos, deban ser presentadas como demandas reconvencionales (*counter claim*) que el juez puede discrecionalmente dejar para un juicio aparte.[31] De ser así, desde este punto de vista y en relación con los medios de defensa (*pleading*), podría decirse también que existe un *instru-*

29 Cfr. la ley inglesa cit., art. 30; ley americana cit., art. 24. V. autores citados en nota 25. Se alude también a la inversión de la prueba (*burden of proof*) en cuanto a las otras circunstancias a que nos referimos en el texto, número 2.°: v. Halsbury, op. y loc. cits.; Williston, *Contracts*, § 221; Slater, infra cit. págs. 187 y sgtes.

30 Sobre este procedimiento sumario, aplicable también a otros casos en los que se pretenda el pago de una cantidad cierta y líquida, v. un resumen en Slater, *Bills of exchange, cheques and notes*, London, 1931, págs. 187 y siguientes. El tribunal puede también subordinar el *leave to defend* (autorización al demandado para que se defienda *en el mismo juicio*) al depósito parcial o total de la cantidad reclamada. Esto por lo que concierne a las *High Courts* centrales. Para las *local Courts* se prevé un procedimiento especial para los títulos de crédito en el que la defensa queda condicionada al depósito de la cantidad o a un *affidavit* del demandado que demuestre su *fumus boni juris*.

31 Sobre la importancia de esta regulación procesal de las acciones y defensas en relación con la llamada abstracción, cfr. supra § 22, nota explicativa núm. 3.

Cfr. sobre este punto: Williston, *Contracts*, § 1.158; Halsbury, op. y loc. cits. núms. 890-898; Slater, op. cit. págs. 34-35 y 187 y sgtes.; Chalmers, *A Digest of the Law of bills of exchange*, etc. Londres, 1919, págs. 115 y sgtes.

El tema de la acción cambiaria o de la abstracción, en relación con un tratamiento *especial* de las defensas del demandado entre las *immediate parties*, merecería un estudio detenido. Las dudas se refieren, concretamente, a la *undue influence*, a la *misrepresentation* (inocente) y a la *partial failure of consideration*, que no parecen dar lugar a defensas directas.

ment que crea una especial obligación o relación (la llamada abstracción) y que funciona como un *deed* en cuanto al proceso.[32]

Hasta aquí lo que se refiere a las relaciones entre las partes originarias. Respecto al tercero, *holder in due course,* el efecto de la llamada abstracción, como es sabido, es mayor.

En algunos de los Estados Unidos se ha admitido que incluso la simple promesa escrita, en general, no revestida de las formas del *negotiable instrument,* produce la inversión de la carga de la prueba en cuanto a la *consideration* (que, sin embargo, no puede consistir en una obligación anterior: v. supra § 28, *a*).[33] Algo semejante a nuestro *billet non causé.* Pero en el *common law,* dejando aparte esta posición excepcional en el derecho de aquellos Estados, una simple promesa escrita, *causée* o *non causée* (que no sea un *negotiable instrument*) no produce ningún efecto especial, ni siquiera en cuanto a la carga de la prueba: v. supra § 28, *a.*

La abstracción (usando siempre términos y conceptos nuestros), admitida respecto a los *negotiable instruments como promesas* en las relaciones entre las partes originarias, parece admitirse con carácter general respecto al *transfert,* cuando éste se realice mediante entrega o por otro modo formal distinto del *deed* (para este último pueden hacerse probablemente observaciones análogas a las hechas supra *c,* sobre la llamada relación fundamental o sobre el *contract* que da lugar al *deed* de *conveyance*). En otros términos, la propiedad o el derecho se transmiten y los defectos de la llamada relación fundamental dan lugar a una acción personal de repetición (v. infra, *e*).

Pero el *common law* admite también un *transfert* sin entrega y sin forma, mediante la simple declaración de querer enajenar hecha en un *bargain.* Y en tal caso no se puede hablar de abstracción (v. infra § 38).

32 Cfr. Williston, *Contracts,* § 221, que ve en el *neg. instrument* algo que debe ser tratado como el *deed* o *specialty* o que por sí mismo constituye una fuente de obligación, en relación con los modos de acción y defensa *(pleading)* (v. nota anterior); máxime teniendo en cuenta que en el *common law* el simple *billet non causé* o la promesa de pagar una obligación anterior no produce ningún efecto especial sino que impone siempre al actor la carga de probar la *consideration* y todas las demás circunstancias cuya prueba le corresponda normalmente (v. infra en el texto).

33 Williston, *Contracts,* § 218 y *Restatement* americano sobre *contracts,* § 11.

e) *Finalidad errónea o no realizada en la promesa y en la enajenación (v. supra § 22, b, c).*

En cierto modo, es éste un problema indirectamente relacionado con los que hasta aquí hemos examinado. Sin embargo, no corresponde al objeto de nuestro curso y no habría que ocuparse de él si no fuera por la confusión creada en el *civil law* entre defecto de los requisitos para el reconocimiento jurídico del contrato (entre ellos la *cause suffisante*) y no realización de la "causa" como fin (véase supra § 22, *b* y *c*). Hecha esta observación, bastará advertir que tal confusión no existe en el *common law*.

En efecto, los autores del *common law* distinguen dos supuestos:

— que no haya sido convenida ninguna *consideration*, o que ésta sea *insufficient*; situación en la que, por tanto, falta un requisito para el reconocimiento jurídico del contrato (se suele hablar entonces de *absence, lack* o *want of consideration*);

— que la *consideration*, convenida o solicitada, no haya sido efectivamente cumplida (se suele hablar en tal caso de *failure of consideration*).[34]

En este segundo caso:

1.° Si se trata de *executed consideration*, el contrato no formal solamente se perfecciona con el cumplimiento efectivo de la *consideration*.[35] Pero algunas veces puede existir un vínculo incluso antes de que aquélla se cumpla (v. supra § 29 nota 6). En todo caso, no puede decirse que falte un requisito del contrato (*lack of consideration*), si no es en el sentido de que falta la *acceptance* para perfeccionarlo. Así pues, si en el contrato formal no se menciona la *consideration*, la no ejecución de ésta dará lugar a un verdadero y propio *failure of consideration*,[36] en el sentido de no realización del presupuesto de un contrato que ya reune todos los requisitos para su perfección (v. supra, *c*).

2.° Si se trata de una *executory consideration*, es decir, de una contrapromesa, conviene tener presente que ésta no es necesaria-

34 Sobre la distinción y sobre esta terminología, que por lo demás es corriente, cfr. Williston, *Contracts*, §§ 109 y 219 A; Anson, *Contracts*, pág. 431; Cheshire and Fifoot, *Contracts*, pág. 527.

35 Luego, si la *consideration* consiste en el cumplimiento de un acto jurídico, por ej., un *transfert*, la promesa sólo se perfecciona con el cumplimiento de un acto válido, salvo que haya sido querido como mero hecho o como transmisión de la posesión.

36 Cfr. Williston, *Contracts*, § 109.

mente nula en caso de imposibilidad originaria de la prestación; la concepción del *common law* es más bien la de una *frustration of contract:* v. supra § 32, nota 2.[37] Si la contrapromesa no se cumple, aunque sea por caso fortuito o por otra razón semejante, se estima que no existe *want, absence* o *lack of consideration,* sino simple posibilidad de resolver un contrato (válido) por *failure (total) of consideration* (v. nota 34).

En cuanto al caso de la promesa de cumplir una obligación civil anterior inexistente (*solvendi causa:* v. supra § 22, *b*) tampoco se plantea el problema en los términos en que se plantea en el *civil law.* Por la sencilla razón de que en el *common law* esta promesa no tiene ningún valor (salvo en los títulos de crédito: véase supra, *d*). Se está obligado solamente sobre la base de la obligación anterior y a tenor de ésta, si existe y en cuanto exista (véase supra § 28, *a*).

Si se ha hecho una novación o una promesa de dar *in solutum* o *pro soluto,* la promesa valdrá solamente en cuanto exista la supuesta obligación anterior, salvo el caso de transacción.[38]

Hasta aquí nos hemos referido a la promesa no formal. Si la promesa, hecha (usando nuestra terminología) *adquirendi* o *solvendi causa,* es formal, entonces los efectos de la no realización de la *consideration* o de la inexistencia de la obligación anterior dependerán del alcance del carácter formal del *act under seal* (véase supra *c*).

En cuanto al acto de enajenación, hecho *adquirendi* o *solvendi causa,* si consiste en una mera declaración no formal de querer transmitir una cosa cierta y determinada, las soluciones serán las mismas que hemos indicado para la promesa no formal, puesto que ambos actos se equiparan.[39]

Si se tratara de la entrega de una cosa mueble, incluído el caso de entrega de una cantidad de dinero, o de un acto de *transfert* revestido de ciertas formas, entonces la inexistencia de la obligación anterior o la no realización de hecho de la *consideration* (*executed* o *executory*) pueden dar lugar a un derecho a la restitución

37 Si la contrapromesa, tal como ha sido solicitada, es esencialmente nula, o *nugatory* (v. supra § 30, *b*), no existe *failure of consideration,* sino *consideration unsufficient* o *unreal,* precisamente porque la contrapromesa ha sido hecha tal como fué requerida.

38 Sobre esta cuestión y, en general, sobre el *accord and satisfaction,* cfr. mi artículo *La rinuncia, il contratto modificativo,* etc. en *Riv. dir. comm.,* 1952, I, págs. 408 y sgtes.

39 Cfr. mi artículo *Causa, consideration e forma nell'atto d'alienazione inter vivos,* en *Riv. dir. comm.,* 1952, I, págs. 257 y sgtes.; v. también infra § 38.

mediante una acción personal, dentro de los límites y de los términos en que pueda surgir en estos casos uno de los llamados *quasi-contracts*.[40] Tampoco en estos casos los autores del *common law* confunden nunca el *lack of consideration*, como requisito para el reconocimiento jurídico de un contrato, con la *failure of consideration* ni, en general, con la realización del fin, más o menos relevante, del enajenante o del promitente.

No nos detenemos más en estos problemas porque no entran propiamente en la materia que es objeto de nuestro estudio.

§ 35.

Conclusiones

a) "*Contractus*" *y* "*consensus*".

El problema que nos habíamos planteado en la Introducción era el de ver si los ordenamientos de *civil law* y de *common law* nos ofrecen la experiencia de una pura obligación contractual, es decir de una responsabilidad fundada en el simple hecho de haber prometido, sin la concurrencia de justas causas o de requisitos semejantes que determinen dicha responsabilidad.

Hemos visto que, en principio, se necesita por lo menos una confianza genérica que resultará de una declaración de aceptación, entendida como manifestación de una expectativa o "*expectation*" (véase §§ 17 y 28, *b*).

Pero aun teniendo en cuenta esta situación de una promesa seguida de tal declaración, el problema en cuestión es muy delicado. Y no es fácil anticipar conclusiones sobre este particular.

Podemos sin embargo decir con cierto fundamento que, tanto en los ordenamientos del *civil law* como en los del *common law*, prescindiendo del contrato formal[1] solamente se encuentra una

40 La doctrina del *quasi-contract* es muy complicada, especialmente en relación con el caso de pago por error de hecho. Cfr. Cheshire and Fifoot, *Contracts*, págs. 15-16 y 517 y sgtes. Un caso de pago repetible por una obligación anterior inexistente puede darse cuando el pago o, en general, el cumplimiento de una obligación derive de un contrato nulo o de un contrato resuelto por incumplimiento de la otra parte (el equivalente de nuestra "*causa finita*": véase supra § 22, *b*). Cfr. Cheshire and Fifoot, op. cit. págs. 526-530.

1 En la forma podría incluirse también nuestra forma del documento notarial para la donación, cuando el donante se obligue expresamente a transmitir la propiedad o a responder por evicción y por los vicios de la cosa. Pero,

pura obligación contractual en el contrato de cambio en sentido amplio, es decir en aquel contrato en el que las partes se hacen recíprocas concesiones o consienten en recíprocos sacrificios (uno de los cuales puede no figurar *in obligatione,* pero constituir la base del acuerdo, en cuanto que tal sacrificio se ha cumplido o se ha de cumplir: v. supra § 2, *b*; § 3, *a*; § 10, *a*; § 26, *c* y § 29). Esta actitud de los distintos ordenamientos jurídicos se funda no sólo en razones de justicia conmutativa y de certeza y seguridad de las relaciones de cambio, sino también en la experiencia de que normalmente sólo en estos contratos es en los que las partes entienden que asumen una obligación puramente contractual en el sentido indicado.

Contractus ha sido y es muy a menudo sinónimo de cambio o, por lo menos, éste es el contrato por excelencia (v. supra §§ 3, 4 y 26 nota 18). Sólo repecto a las promesas contenidas en estos contratos puede decirse con seguridad que se debe pagar por haber prometido.

Junto a estas promesas, el *civil law* coloca otras promesas interesadas, concretamente las promesas unilaterales o las ofertas irrevocables (aunque no sean formales) de un contrato de cambio, probablemente por la especial confianza que tales promesas, usuales en la práctica, suelen despertar.

Fuera de estos casos, la gratuidad de la promesa da lugar a la aplicación de reglas especiales sobre la *cause juste,* sobre la proporción entre interés del acreedor y sacrificio del deudor, sobre la indagación de una especial confianza del primero, o sobre el perjuicio sufrido y la moderación de la responsabilidad de quien promete a título gratuito, para lo que se acude también a la interpretación favorable al deudor, etc. v. supra §§ 14, *e*; 14 bis; 15; 20, *b* y 27, *c*).

De manera que si se quiere considerar que el mismo contrato de cambio constituye un *vestimentum* de la promesa (y así parece ser), entonces solamente queda la forma como fuente de una pura obligación contractual: la forma en la fase de su evolución en la que, habiendo perdido su valor místico, se considera como indicio seguro de la voluntad de obligarse jurídicamente (y también con alguna limitación).

El *common law* todavía nos ofrece el ejemplo de esta forma.

aun en este caso, la causa gratuita juega para determinar y proporcionar la responsabilidad, así como en relación con las reglas de interpretación (v. supra § 15).

En cuanto al *civil law,* no solamente ha abandonado la promesa formal sino que ha restringido también, o ha tendido a restringir el ámbito del contrato de cambio, como fuente de pura obligación contractual, al cambio típicamente económico.[2]

Así es que puede decirse que el *common law* es más liberal que el *civil law* en la admisión de una pura obligación contractual, tanto porque no la circunscribe al cambio típicamente económico como porque admite la *nominal consideration*[3] y el contrato formal.

Consideración ésta que los autores descuidan con demasiada frecuencia cuando hablan de un más amplio o elástico reconocimiento de la obligación contractual (¿pura?) en el *civil law.*

En vista de ello, tal vez fuera útil volver a examinar el concepto de "consentimiento". Y no porque nos interese hacer averiguaciones psicológicas, sino porque probablemente dicho concepto ha sido la fuente de muchos errores sobre el fundamento (iusnaturalista) de la obligatoriedad del pacto nudo.

El *consensus,* como acuerdo, parece existir solamente en el *contractus* como "consentimiento para una recíproca concesión o sacrificio". Sólo cuando se trata de recíprocas concesiones o sacrificios puede decirse que cada una de las partes consiente o acuerda; y no tendría sentido hablar de acuerdo o consentimiento en quien no concede nada y se limita a aceptar (mera declaración de expectativa o *expectation*) la promesa gratuita hecha por otro o, en general, la atribución gratuita de un bien hecha por otro (véase supra § 17, nota 4).

No es aventurado pensar que todo el concepto psicológico del consentimiento, tomado como base del *pacta sunt servanda,* ha

2 V. supra § 10. Según la jurisprudencia francesa citada en § 10, *c,* en presencia de la (supuesta) intención de "donar" *avec charges* la responsabilidad por evicción queda excluída cuando la *charge* no tenga valor económico, mientras que la ley o la jurisprudencia dicen que en la donación *avec charges* el donante responde en caso de evicción sólo hasta el valor de la *charge* (§ 15, *b*). Por lo tanto, si el gravamen o *charge* tiene valor económico la existencia de una responsabilidad por evicción o por vicios de la cosa, plena o limitada a dicho valor, dependerá siempre de la intención de las partes (de donar o de cambiar). Puede decirse, pues, incluso respecto a las donaciones *avec charges,* que en presencia de una *causa donandi* objetiva o subjetiva (v. § 10, *b, c*) la responsabilidad no es puramente contractual sino que depende de la *causa donandi* y guarda proporción con ella.

3 La *nominal consideration* da lugar a una responsabilidad contractual pura (sin consideración a la *causa donandi* como causa justa o de proporción). En cambio, en el *civil law,* incluso cuando se admite la validez de una donación disimulada bajo la apariencia de un cambio, la responsabilidad es siempre la que corresponde a la *causa donandi.*

sido construído sobre el *contractus* por excelencia, es decir sobre el contrato de cambio en sentido amplio, en el que cada una de las partes consiente en una recíproca concesión o sacrificio o, dicho en otros términos, se obliga por haber obtenido una concesión de la otra parte.

Sin embargo hay una transición gradual y llena de matices intermedios que va desde tal consentimiento, como acuerdo de una recíproca concesión, hasta la mera declaración de expectativa o *expectation*. En esta zona de transición se encuentran los casos en que se sobreentiende, más o menos, que el donatario o el promisario a título gratuito hará algo sobre la base de la confianza suscitada por la promesa. En tales situaciones ya hay algo más que una mera declaración de expectativa, algo que ya implica un principio de acuerdo o de consentimiento, por más que ese algo no constituya todavía un sacrificio solicitado y "consentido" a cambio de la promesa. En esta zona intermedia se encuentra probablemente la "aceptación" de una opción o de la promesa unilateral de un contrato de cambio, respecto a la cual el que se sobreentienda una determinada conducta sobre la base de la confianza en la promesa parece haber llegado a ser normal y casi a ser considerado como típico por la ley (en nuestro sistema).

Hay casos, pues, en los que basta esta genérica idea sobreentendida de una confianza despertada en el promisario para que sea obligatoria (en el *civil law*) una promesa; como ocurre en la propuesta irrevocable de un contrato o en las promesas al público (en las que juegan también otras razones: v. supra § 12).

Por lo tanto, el concepto iusnaturalista y aparentemente psicológico del "consentimiento", como base de la obligación contractual y como producto de una generalización del consentimiento en el *contractus* por excelencia, ha de ser revisado. Ha de revisarse para separar los *pacta* que *sunt servanda* sobre la base del "consentimiento" de recíprocas concesiones o sacrificios, de aquellos otros *pacta* en los que el llamado acuerdo o consentimiento del promisario consiste en una mera declaración de expectativa, corroborada algunas veces por el hecho de que pueda sobreentenderse con más o menos fundamento que se seguirá una determinada conducta sobre la base de la confianza en la promesa, y en los que la obligación no se funda en la mera promesa aceptada, sino que se determina en consideración a otros elementos o a causas justas de carácter no estrictamente contractual.

b) *Resumen sobre el common law y algunas orientaciones para la valoración de los dos sistemas contractuales, el del civil law y el del common law.*

Las consideraciones que preceden nos han mostrado un sistema contractual construído lentamente por los Tribunales de *common law* o de derecho estricto, con amplias intervenciones y remedios de la *equity*. Afirmar, en principio, el derecho estricto en materia de contratos, con la intervención de remedios equitativos, es algo que parece conveniente para la educación del ciudadano como contratante. Desde este punto de vista, un ordenamiento desarrollado y organizado sobre la base de estas dos fuentes, el derecho estricto y la *equity* (recuérdese la equidad pretoria romana), merece la más atenta consideración.[4]

El sistema contractual así elaborado no es ciertamente el del pacto nudo y tanto los Tribunales como los autores del *common law* lo afirman expresa y rotundamente.

Pero tampoco el sistema del *civil law*, pese a las contrarias apariencias creadas por proclamaciones igualmente rotundas, es el del pacto nudo (v. supra § 24).

Así como en el *civil law* el sistema de los *vestimenta* de los pactos, es decir de los requisitos objetivos aparte del mero "consentimiento", parece inspirarse sobre todo en la protección del promitente (a ello tienden las causas *suffisante, raisonnable* y *juste*), en el *common law* el sistema parece inspirarse, incluso en sus recientes fases de desarrollo, en la protección de la confianza despertada en el promisario (v. §§ 26, 27).

En el *common law* la existencia de una especial confianza que pueda apreciarse por ciertas apariencias es, por así decirlo, la vestidura del *pactum nudum*. La protección del promitente, como exigencia de una voluntad ponderada, se consigue implícitamente o indirectamente, o bien recurriendo a la forma o a la *nominal*

4 Cfr. Lawson, *The rational strength of English law*, cit. págs. 56-57 y 63, quien sostiene que la aplicación del derecho estricto a los contratos, especialmente en materia de interpretación y de error, materia que él considera conexa al principio de la *consideration* (v. también supra § 30, *a*), es una expresión del peculiar sentido de libertad del pueblo inglés. Y le parece un criterio sano el de considerar que el error, en vez de concebirse como un mero vicio del consentimiento, constituya el objeto de una intervención de la *equity* como remedio contra quien quiera aprovecharse del error ajeno habiéndolo ocasionado con su propia conducta (*innocent misrepresentation:* v. supra § 32, *b*).

consideration; que en realidad se requieren también para promesas interesadas o no gratuitas y que en la época originaria no respondían probablemente a dicha inspiración.

Todavía hoy la confianza o *reliance* y la preocupación por comprobar la voluntad de obligarse jurídicamente parecen ser los únicos problemas que dan lugar a la formación y al desarrollo del derecho contractual en el *common law* (v. supra § 31). Las reformas y las propuestas de reforma tienen, por decirlo así, carácter técnico y no se inspiran ciertamente en la concepción de la función económico-social del contrato, concepción que, por lo demás, tiene una significación bastante teórica en el mismo *civil law* (véase nota al final del § 31).

Siempre que se ha presentado la ocasión hemos hecho una comparación entre el *common law* y el *civil law*. Dejamos para el mismo estudiante o para el lector la tarea de intentar una síntesis y una valoración y la de ver qué es lo que puede haber de sistemático y de coherente incluso en un ordenamiento no codificado.[5]

Al hacer esta síntesis y esta valoración, el lector no deberá olvidar que el sistema del *common law* representa, sin solución de continuidad, la evolución del Derecho medieval, con la impronta indeleble de las *forms of actions* y con ciertas peculiaridades nacionales debidas también a las costumbres y a las ideas político-sociales y religiosas que se desarrollaron en Inglaterra durante los siglos XVI y XVII.[6]

Convendrá también que el lector no se deje impresionar por el formalismo, por las ficciones o por las aparentes "hipocresías", tan frecuentes en la evolución del *common law*.

Si para los contratos atípicos y gratuitos el *common law* acude al esquema del *bargain,* aun en casos que según la intención de las partes son donaciones, el *civil law* no se queda atrás, puesto que para estos mismos contratos recurre al esquema de la donación que frecuentemente no corresponde a la verdadera intención de las partes. El lector atento podrá darse cuenta de las distintas razones históricas que han dado lugar a que en cada uno de estos sistemas se adopte una de las dos opuestas "hipocresías". Razones que no obedecen ciertamente al llamado "utilitarismo anglosajón".[7]

5 Para una orientación, cfr. la interesante valoración comparativa de Lawson, op. cit. págs. 41 y sgtes.

6 V. supra §§ 26 y 30, *a;* y mi artículo *Appunti sul contratto obbligatorio,* etcétera en *Riv. Trim. di dir. e proc. civile,* 1953, § 11.

7 V. infra, *c;* y mi artículo *Causa, consideration e forma,* etc. en *Rivista dir. comm.,* 1952; I, pág. 274.

Más todavía: antes de valorar el sistema contractual del *civil law* y el del *common law,* convendrá tomar contacto, tan íntimo como sea posible, con la jurisprudencia o el *judge made law* y ver actuar a los jueces en su ambiente y dentro de la organización judicial en que actúan. Nunca se insistirá bastante en recomendar un contacto directo. Un ordenamiento jurídico no es un sistema abstracto de reglas, sino que es también el hombre; las reglas o el sistema no son más que la hipóstasis de una sociedad, un *ethos,* una historia, considerados *sub specie juris.* Si no es posible ese contacto directo y hay que permanecer encerrados en una habitación o limitarse a visitar nuestros Tribunales, no nos cansaremos de recomendar al estudiante o al lector que lea y medite los casos recogidos en el vol. II.

En fin, antes de que el lector forme su juicio habrá de tener en cuenta también los inconvenientes que presenta el sistema del *bargain,* y la actitud del *common law* respecto a nuestras donaciones; ya que de tal actitud resulta que, mientras en el *civil law* una *business-promise* consigue con mayor facilidad ser sancionada o "*enforceable*", y una donación lo consigue con mayor dificultad, ocurre todo lo contrario en el *common law,* en el Derecho de los países donde los negocios están más desarrollados.

Aludiremos brevemente a estos inconvenientes que presenta el sistema del *common law* en el campo de los negocios o, como dicen ellos, de las *business promises.* Son estos inconvenientes los que han dado lugar a algunas reformas o propuestas de reforma o, por lo menos, a intentos de salvar dichos inconvenientes a través de la jurisprudencia (v. supra §§ 27 y 31).

c) *Continuación: los inconvenientes del common law en el campo de los negocios. La lógica de la experiencia.*

He aquí resumidas las promesas o, en general, los pactos cuyo reconocimiento jurídico encuentra obstáculos en el sistema contractual del *common law:*

1.° La promesa unilateral de venta, la opción y la oferta irrevocable.[8]

2.° El contrato de suministro (v. por ej. art. 1.559 C. c. ital.) cuando el proveedor asume la obligación de cumplir prestaciones

8 V. supra § 28, *b* y § 27, nota 2; § 32, nota 11; y mi artículo *La rinuncia, il contratto modificativo,* etc. en *Riv. dir. comm.,* 1952, I, págs. 412-413.

periódicas de cosas o servicios (gas, electricidad, etc.) sin que la otra parte preste una *consideration,* como pudiera ser por ej. la obligación de no proveerse de otra persona, etc.[9]

3.º Las promesas a título de propaganda, salvo algunos casos especiales en los que pueda apreciarse una *consideration* (v. supra § 28 nota 10).

4.º Las promesas de pagar un premio o una recompensa, que suelen hacerse por una *executed consideration* y por lo tanto son revocables hasta el momento en que ésta se haya cumplido por completo; y lo mismo las promesas al público (v. supra en el § 29 los expedientes o las ficciones intentados para considerar vinculantes, hasta cierto punto, estas promesas).

5.º La concesión de una moratoria al deudor, la remisión parcial de la deuda y la reducción de los intereses; pactos que frecuentemente se celebran sin que exista una *consideration* y en los que no puede considerarse como tal la promesa de pago por parte del deudor (v. supra § 30, *b*); pero que sin embargo responden a un interés serio y económico del acreedor. En rigor, el mismo convenio entre los acreedores y el deudor carecería de valor.[10]

6.º Las promesas, en general, que tengan como *consideration* el compromiso de cumplir una obligación anterior y que, prescindiendo del caso de la transacción, pueden haber sido determinadas por un interés apreciable del acreedor de dicha obligación anterior y tener también una "causa justa" (v. supra § 30, *b;* § 32, *b*).[10 bis]

9 El *common law* ha encontrado graves dificultades para sancionar la promesa del proveedor en el suministro. Cfr. en el volumen II el caso *Great Northern Railway Company* contra *Witham,* en el que para sancionar la promesa de suministro solicitada por el cliente (pero no las promesas posteriores) se recurre al expediente de ver en el pedido u orden de suministro una *consideration.* Cfr. también *Percival Et-London County Council* (1918) 87 *Law Journal* (K. B.).

Algunas veces se acude al expediente de una presunta o *implied* contrapromesa *(consideration)* de abastecerse acudiendo a ese proveedor, o al expediente de interpretar con gran flexibilidad el contrato en este sentido: cfr. *Lima Locomotive and Machine Co.* contra *National Steel Casting Co. (Circuit Court of Appeals* of U. S., 1907) y la serie de casos citados por Corbin, *Cases on Contracts,* 1947, cit. págs. 261 y sgtes.

10 Sobre las acrobacias hechas para intentar explicar el convenio *(composition with creditors),* también sancionado por los Tribunales sobre la base del principio de la *consideration,* cfr. Cheshire and Fifoot, *Contracts,* págs. 77 y sgtes.; Pollock, *Contracts,* págs. 151-152 y el comentario de Winfield; Williston, *Contracts,* § 126; *Report* del *Law Revision Committee* inglés, núm. 33.

10 bis Sobre algunas tentativas de la jurisprudencia americana para modificar la regla, especialmente en los contratos de empresa: v. Williston,

6.º bis. Los contratos modificativos de una relación jurídica anterior, en los que suele ser muy difícil establecer si quien al modificar la relación hace una concesión ha obtenido por ello de la otra parte una compensación cualquiera; e incluso es difícil establecer cuál de las dos partes es la que solicita la modificación o hace la concesión. De ahí que el campo del contrato modificativo se convierta en un laberinto tan intrincado que se prefiera recurrir al expediente de rescindir de común acuerdo el contrato y celebrar uno nuevo (v. mi artículo citado en nota 8).[11]

7.º Las promesas de pagar una obligación (civil) anterior, que ni siquiera producen el efecto del *billet non causé,* salvo en el caso de los *negotiable instruments* (v. supra § 28, *b* y § 34, *d*).

8.º La venta mediante apertura de crédito confirmado por un banco que se obliga frente al vendedor a pagarle el precio, con o sin presentación de documentos por parte del mismo vendedor.[12] Quien cumple la *consideration* con el banco es el comprador y no el vendedor que, por lo tanto, no tendría acción contra el banco en virtud de la regla *consideration must move from the promisee.* Esta regla se aplica también, en general, a los casos en que una persona A promete a otras dos, B y C (que también son partes del contrato) que pagará a C el precio de una prestación que B se obliga a cumplir en favor de A.[13]

9.º La fianza, cuando no se haya concertado en el momento de surgir el crédito (en cuyo caso la concesión del crédito se consideraría como un *detriment* sufrido por quien lo concede a instancia del fiador) o cuando el acreedor no conceda al mismo tiempo un aplazamiento u otra modificación favorable al deudor (también a instancia del fiador). Si a la fianza concertada sigue la concesión

Contracts, § 130; y supra nuestro § 32, nota 8; Mancini, *La consideration,* etcétera (cit. infra § 37), págs. 1.060-1.061.

Sobre las propuestas de reforma del *Law Rev. Committee* inglés, v. supra § 32, nota 8.

11 V. también las reformas hechas en los EE. UU. en materia de remisión de deuda y contrato modificativo, en Hays, *Consideration, a legislative program, Columbia Law Review,* 1941, vol. 41, pág. 857. Cfr. también sobre el *Pinnel's case,* Mancini, *La consideration,* etc. (cit. en § 37) págs. 1.059-1.060.

12 V. supra § 27, nota 2; *Report* del *Law Revision Committee* inglés, cit. núm. 22; Lawson, *The rational strength* cit. pág. 44, nota 6 (que duda de la no sancionabilidad de la promesa del banco frente al vendedor). En los Estados Unidos la situación parece ser distinta: cfr. Hays, op. cit. pág. 854.

13 Sobre la propuesta de reforma de la regla "*consideration must move from the promisee*" (que no debe confundirse con el problema de los contratos en favor de terceros) v. el *Report* del *Law Revision Committee* inglés, núm. 37; también supra en § 27, nota 2 las tendencias de Lord Denning.

Sobre el abandono de la regla por parte de la jurisprudencia americana, cfr. Williston, *Contracts,* § 114.

de un aplazamiento por parte del acreedor se acude al expediente de presumir que el fiador *solicitó* este aplazamiento.[14]

Basta repasar esta lista para darse cuenta de que se trata de promesas o de pactos muy importantes y frecuentes en el mundo de los negocios o, en general, de las promesas interesadas o, como también suele decirse, de las *business promises* (v. supra § 31, nota en apéndice). Ahora bien, el *common law,* recogiendo la herencia del Derecho contractual de la Edad Media fundado en un mundo que no era precisamente el mundo de los negocios, se ha encontrado y se encuentra en graves dificultades para sancionar estos pactos. Sus jueces han tratado algunas veces de salir del paso con expedientes, ficciones y acrobacias; otras veces han tenido que renunciar a la árdua empresa o han intentado rejuvenecer antiguas inspiraciones sobre la *reliance,* que también constituye algunas veces una ficción (v. supra § 27).[15] Y hasta en alguna ocasión, recientemente, se ha acudido a reformas o propuestas de reforma (v. nota en apéndice al § 31).

La *equity* ha intervenido las más de las veces para proteger al deudor, más que para proteger la confianza del promisario, base de la *business promise,* que es lo que hubiera tenido que hacerse para salir al paso de aquellas exigencias del mundo de los negocios.

Naturalmente, los hombres de negocios suelen respetar tales promesas como *gentlemen's agreements* y se muestran reacios a invocar las *technicalities of the law* para sustraerse a sus compromisos;[16] es una moral utilitaria que crea una costumbre junto a la *law.* Pero esto no quita para que la *law* sea defectuosa en su aspecto funcional.

Por supuesto, para dar validez a tales promesas o pactos se puede recurrir a la forma del *act under seal* o a la *consideration,* más o menos *nominal* o ficticia. Pero se comprende que los comerciantes o los hombres de negocios, que cuentan y deben contar con el valor de la palabra dada y que por exigencias de flexibilidad y

14 Page, *Consideration genuine and synthetic* (cit. en § 26, nota 1) páginas 506-507. Esto, especialmente con relación a la letra de cambio. Pero las mencionadas reglas sobre la *consideration* en la fianza valen también, a pesar de alguna duda, para el caso en que se haya emitido una letra de cambio en garantía de una deuda ajena, si no puede darse la *implication* a que se alude en el texto. Cfr. Williston, *Contracts,* § 1.146, nota 7 y sgtes. y § 108, nota 11 y sgtes.

15 V. también el *Report del Law Revision Committee* inglés.

16 Cfr. *Report* del *Law Revision Committee* inglés, núm. 22. Así me lo advertía también el eminente comparatista prof. Gutteridge en una atenta carta en respuesta al envío de algunos de mis trabajos sobre este tema.

rapidez de los negocios tanto como por su misma mentalidad están alejados de las formas y de las *technicalities,* y hasta muchas veces las ignoran, no suelen o no pueden recurrir a dichos expedientes formales o casi formales.

Las formas, las *technicalities,* el ir paso a paso, son cosas propias e incluso recomendables en las relaciones, como diríamos nosotros, de estricto Derecho civil, o de "*non business promises*"; herencia, quizá también preciosa, de una civilización fundada en la economía de la tierra y en relaciones personales que responden a intereses no económicos. Entre estas relaciones dominan las donaciones y los contratos innominados, en los que el espíritu de liberalidad se mezcla (o se pierde) dentro del conjunto de otros intereses no económicos (v. supra §§ 9 a 13).

Pues bien, el *common law* presenta todavía hoy una situación invertida: habida cuenta de la distinta mentalidad y de las distintas costumbres de quien hace una donación o celebra un contrato innominado de esta naturaleza y de quien hace un negocio, es más fácil en el *common law* obligarse jurídicamente en una donación o en uno de dichos contratos que en una de las *business promises* mencionadas y de tan extenso uso. El *deed* es un acto estrictamente personal que no requiere la intervención ni las garantías de la ceremonia notarial (v. supra § 34, *a*). La donación mediante *trust* es el acto menos formal que pueda imaginarse (cfr. mi artículo citado en § 38, *c*). La *nominal consideration* es una broma como formalidad protectora. Y todas nuestras donaciones *cum onere* son válidas sin necesidad de ninguna forma, por más que en muchos casos el insignificante interés, incluso no económico, representado por el gravamen no justifique tal libertad o facilidad para la conclusión del contrato.

Esos conservadores, que son los jueces y los hombres de los países del *common law,* los nobles convertidos en mercaderes y los "democráticos" comerciantes de Nueva York, no se han atrevido a derribar un sistema contractual, herencia de una economía y de un mundo superados y tan poco adecuado a las exigencias de sus grandiosos *business.* O, si lo han hecho, ha sido con suma prudencia y con gran respeto, tratando de no repudiar abiertamente la herencia de *Our Lady the Common Law.*[17]

Así las cosas, pensar que el sistema contractual del *common*

17 Las reformas hechas o propuestas son de exquisito carácter técnico (cfr. también el § 31 y la breve nota allí incluída sobre la concepción de la función económico-social del contrato en el *common law*). Así me lo hacían notar algunos eminentes colegas durante una visita mía a Cambridge.

law sea una manifestación de la orientación utilitaria de la mentalidad anglosajona, y que es utilitaria también su concepción del contrato como negocio o "*bargain*",[18] es un razonamiento que no carece de cierta lógica deductiva (por ejemplo: los anglosajones son utilitaristas, luego tal será también su Derecho). Pero, como todas las deducciones, ésta parece también un poco apresurada. Los anglosajones se mueven ciertamente por concepciones utilitarias en muchos campos, pero no en el del Derecho. Y, en todo caso, la noción del *bargain* como esquema contractual no tiene nada que ver con el utilitarismo. Basta acudir a su historia y a su evolución (véase supra § 26) para ver que se trata sencillamente de un principio del Derecho medieval, difundido en el continente, acogido en Inglaterra, adaptado allí a las *forms of actions* y reforzado por la idea de que se responde por haber *causado* un perjuicio con la promesa *al solicitar* un sacrificio del promisario (*una* de las ideas, por lo demás, que constituyen la base del desarrollo de los distintos sistemas contractuales y que no tiene nada que ver con los negocios ni con el utilitarismo; es más, como hemos visto en § 26, *a,* el *contract* inglés representa un esfuerzo, poco afortunado, de los Tribunales Centrales de Londres para adaptar las antiguas *forms of actions* a las exigencias del nuevo mundo de los negocios). Se trata simplemente de la herencia del Derecho medieval, con todos sus rasgos característicos, incluído el formalismo y la inspiración propia de una economía agraria: todo ello reforzado, si acaso, por las corrientes político-sociales y puritanas del siglo XVII y por el espíritu conservador o "señorial" de respeto por el "Derecho" como experiencia de la historia inglesa.

Por lo demás, análogas curiosidades o contrasentidos puede presentar nuestro sistema continental, que exige la forma notarial para "donar" una casita ó 100.000 liras, y no para prestar o para

18 Así Betti, *Teoria generale del neg. giur.* cit. 2.ª ed., pág. 170, nota 1. También parece que Betti (págs. 170-171) se preocupe del hecho de que el principio de la *consideration* es insuficiente para explicar el reconocimiento jurídico de los negocios a título gratuito y de los *mortis causa.* Pero indudablemente la *doctrine* de la *consideration* se refiere al contrato y no tiene nada que ver con la concepción del negocio jurídico en general; generalización que en muchos aspectos es de valor muy dudoso, pues las exigencias para el reconocimiento jurídico del contrato son distintas de las de los otros negocios jurídicos y especialmente del testamento (v. supra §§ 6 y 19, notas 8 bis y 14).

Entre otras cosas, Betti no tiene en cuenta: el alcance de la forma en el *common law;* la huella de la *action of assumpsit* y toda la historia del *contract* inglés; la facilidad para donar en el *common law* mediante *deed* o *trust;* la obra de la *equity* (v. por ej., supra § 32, *b,* 33 y 24) que es también obra de la mentalidad o, mejor, de la historia anglosajona.

prometer prestar 100 millones sin interés (v. supra § 8). En cambio, el arma antigua de la *gratuitous promise* del *common law*, que no distingue entre obligaciones de dar y de hacer, puede servir, limpia y restaurada, en el mundo nuevo del trabajo, en el que prestar trabajo vale más que nuestro "dar" o "donar" en sentido técnico (v. supra §§ 7 y 28, *b*). A otras curiosidades o amenidades no menos interesantes ha dado lugar la tendencia racionalista o teorizadora de los "*savants*" del *civil law* (v. supra § 24), tendencia que también constituye un hecho histórico insuprimible que ha de tenerse en cuenta al interpretar nuestros sistemas continentales.

Por eso quisiéramos cerrar estas notas recordando la frase con la que Holmes, jurista e historiador del Derecho (y presidente del Tribunal Supremo de los EE. UU.), iniciaba su célebre obra "*The Common Law*" (v. supra § 26, nota 1): "*The life of the law has not been logic: it has been experience*". Nosotros añadiríamos: "*it has been the logic of experience*", en el sentido de que el estudio, como la interpretación y a menudo la misma labor de formación del Derecho es una lógica de la experiencia.

APÉNDICES

APÉNDICE I

§ 36.

Sistemas modernos de «civil law» no codificado

a) *Preliminares. — El Derecho escocés.*

Las breves notas que siguen se refieren a una materia de sumo interés para el estudioso del Derecho, ya que contemplan ordenamientos jurídicos de *civil law* fundados en el llamado Derecho común, especialmente en cuanto a los principios generales en materia de contratos y de Derecho privado en general; y además porque, señaladamente por lo que se refiere al Derecho escocés, se trata de ordenamientos que han tenido y mantienen contactos con el *common law* no codificado. De ahí su gran interés; téngase en cuenta, por ejemplo, que un requisito de forma al que vamos a referirnos en seguida ha sido establecido en la mayor parte de los casos por el Derecho común no codificado (y representado por los *cases*).

No es posible ofrecer en nuestro trabajo más que unas breves notas que creemos, sin embargo, suficientes para mostrar el interés que tendría un estudio profundo sobre estos puntos y para invitar a algún lector a hacerlo.[1]

El Derecho escocés está constituído, además de por leyes escritas, por el Derecho común o *common law of Scotland,* especialmente importante en materia de contratos y de obligaciones en general. Este Derecho común deriva en buena medida del *civil law,* es decir pertenece a la familia de nuestros Derechos comunes; y ha recibido, aunque en menor medida, fuertes influencias del Derecho canónico.

El *civil law,* como Derecho romano común, no fué objeto de una verdadera y propia recepción en Escocia; sin embargo, este *civil law,* en la versión y según las adaptaciones de los comentaristas holandeses y franceses de los siglos XVI y XVII, constituye la base del Derecho de los contratos y de la propiedad, aparte de la materia de transmisión y constitución de derechos feudales *(feudal conveyancing).*

1 Cfr. los tratados clásicos de Gloag, repletos de citas de *cases* y de la autoridad de los juristas: Gloag (en colaboración con otros autores), *Introduction to the law of Scotland,* Edimburgo, 5.ª ed. 1952; y *The law of contract,* Edimburgo, 2.ª ed. 1929. También, Normand, *Consideration in the law of Scotland,* en *Law Quarterly Review,* 1939, págs. 358 y sgtes.; y Lawson, *The rational strength of English law,* cit. en § anterior.

Pero durante el siglo pasado, el Derecho inglés ha sido el más importante factor externo en la evolución del Derecho escocés.

Las autoridades reconocidas son los juristas *(legal writers)* que reunan ciertas cualidades, y la jurisprudencia. Respecto a esta última, aun sin reconocérsela como fuente formal, tiende a establecerse por lo menos en la práctica el principio de la autoridad del precedente judicial. Las decisiones de la *House of Lords* (por supuesto, del Reino Unido) recaídas en casos ingleses a los que no se apliquen las peculiaridades del Derecho inglés sino los principios generales del Derecho *(general jurisprudence)*, gozan de gran reputación.[2]

En el campo de los contratos la influencia del *common law* se ha hecho sentir, según algún autor, respecto a la *undue influence* y a la *misrepresentation*.[3]

Pero las influencias o los intercambios recíprocos tienen mayor alcance y se manifiestan:

— en la ausencia de una distinción entre obligaciones de dar y de hacer o prestar, en relación con el problema de los requisitos de forma (v. infra, *b*);

— en el mismo concepto de *gratuitous promise* (v. infra b).[3 bis]

— en materia de sanciones y de cláusula penal (v. infra *c*).

— y en las reglas sobre la imposibilidad originaria y sobrevenida de la prestación, inspiradas en el criterio de la intención de las partes y de las *implied conditions* o presupuestos, más que en nuestro criterio objetivo.[3 ter]

b) *El pacto nudo en el Derecho escocés. La forma. Las gratuitous promises.*

El Derecho escocés no ha adoptado la *doctrine* de la *consideration*. En él se afirma, lo mismo que en las últimas fases del desarrollo de nuestro Derecho (v. supra §§ 4, 5 y 6), que es vinculante toda promesa hecha *serio et deliberato animo*, con la intención de obligarse jurídicamente *(to bind himself by an enforceable obligation)*. La promesa ha de ser aceptada (aceptación en el sentido del *civil law:* v. § 17) salvo excepciones bastante numerosas (v. nota 4).

2 Sobre todo esto, cfr. Gloag, *Introduction*, cit. págs. 9-11.

3 Cfr. Lawson, op. cit. págs. 59-62; en materia de error cfr. Gow, *Mistake and error*, *The International and Comparative Law Quarterly*, octubre 1952, págs. 472 y sgtes. a propósito de un artículo de Lawson sobre las relaciones entre Derecho escocés y *common law*. Sobre la *misrepresentation* y la *undue influence*, v. Gloag, *Contract*, págs. 457 y sgtes., 485-487, 526 y siguientes.

3 bis Cfr. Lawson, *The rational strength...*, págs. 48-49, quien sostiene que la *doctrine of consideration* ha influído sobre el Derecho escocés para su distinción de la *gratuitous promise* en orden al requisito formal del documento escrito.

3 ter. Cfr. Gloag, *Contract*, cit., págs. 337 y sgtes. e *Introduction*, cit., páginas 100 y sgtes.

Los autores y los *cases* insisten en que el valor del pacto nudo viene a ser la regla general, respecto a la cual las prescripciones de forma representarían excepciones.[4]

Sin embargo, cabe preguntarse hasta qué punto llegan estas excepciones y si verdaderamente dejan a salvo el pretendido valor de aquella regla general.

1. En primer lugar, hay una serie de contratos muy importantes, llamados impropiamente *obligationes literis*, que deben celebrarse bajo pena de nulidad mediante un *probative writ* o *probative form* o, algunos de ellos aunque sólo sea mediante un escrito *non probative*.[5] El defecto de forma da lugar a un *contract of imperfect obligation* (v. nota 7). Estos contratos son los siguientes:

— contratos que tengan por objeto la disposición de derechos reales inmobiliarios *(heritage)*, incluídas las garantías reales y las promesas unilaterales de tales contratos.

— arrendamientos de inmuebles por período superior a un año (dudas sobre la venta de frutos pendientes).

— arrendamiento de servicios por período superior a un año.

— cesión de derechos incorporales (dudoso).

— contrato de seguro.

— contrato de fianza (también respecto a la letra de cambio), ya que se quiere que la finalidad de garantía resulte expresamente de una *probative form*.

— mandato, en ciertos casos.

— venta e hipoteca de buques.[6]

Sobre el mutuo, v. infra.

Como puede verse, en materia de arrendamientos de inmuebles, de arrendamiento de servicios, de fianza y de mutuo, el Derecho escocés

4 Cfr. Gloag, *Introduction*, cit. pág. 39 y *Contract*, cit. págs. 14 y 48 y sgtes. y los casos que cita. El valor, en líneas generales, del *nudum pactum* habría sido reconocido hacia el final del siglo XVII, como en el continente según algunos, siguiendo — se dice — al Derecho canónico y a la *common custom of nations* que habría abandonado el sistema de los pactos (para análogas afirmaciones v. supra §§ 4 y 5). Sobre una equiparación entre Derecho escocés y Derecho francés, como pertenecientes ambos a la familia del *civil law* y sobre la validez del pacto nudo de origen canónico, cfr. también Mackenzie, *Studies in Roman Law, with comparative views of the law of France, England and Scotland*, Edimburgo-Londres, 1911, págs. 211 y 233-34. También parece que haya mayor libertad para sancionar la promesa sin necesidad de aceptación o presumiéndola: cfr. Gloag, op. cit. págs. 1, 4, 25 y sgtes.

5 *Probative writ o probative form* no significa forma *ad probationem* (que sería, si acaso, la *evidentiary form*) sino un escrito revestido de ciertas cualidades que ofrezcan garantías formales (v. nota 7).

La *probative form*, mucho más complicada antes del año 1874, consiste: o en un documento autógrafo y firmado, o en un documento no autógrafo pero con la cláusula "*adopted as holograph*" y firmado; o en un documento firmado ante testigos (Gloag, *Introduction*, cit. págs. 108-109; *Contract*, cit. paginas 164-165). La forma se exige para las declaraciones de *ambas partes*.

6 Sobre todo esto, cfr. Gloag, *Contract*, cit. págs. 159 y sgtes.

es más formalista que el continental (v. sin embargo el Código alemán sobre la fianza).

Aun cuando no se trate de un contrato formal o de una *obligatio literis* en sentido propio, sino de una forma ligada al tipo o a la *naturaleza* del contrato,[6 bis] el resultado práctico viene a ser una limitación al principio del nudo consentimiento.

Sin embargo, frente a la inobservancia de la forma prescrita para estos contratos, el Derecho escocés ha adoptado una especial doctrina de la *reliance*,[7] aparte de la posibilidad de convalidación de un escrito formalmente imperfecto.[8]

2. En segundo lugar, todas las *gratuitous promises* deben hacerse por escrito, con miras, según se dice, a la prueba. La donación (obligatoria) queda comprendida entre ellas, pero con algunas dudas.[9]

Aunque el requisito del documento escrito no sea tan riguroso como el de la *probative form*, no puede, sin embargo, equipararse a nuestro simple "principio de prueba por escrito".[10]

6 bis Cfr. Gloag, *Contract*, cit. pág. 48. V. también supra nuestros §§ 18 y 34, *a*.

7 El contrato desprovisto de los requisitos formales exigidos se considera como un *contract of imperfect obligation*, por lo que cada una de las partes puede negarse a cumplirlo *(locus poenitentiae)*; pero si lo cumple, el cumplimiento es válido.

La *reliance* o *rei interventus*, que excluye el *locus poenitentiae*, consiste en el hecho de que una de las partes, confiando en el contrato realizado en forma imperfecta, haya modificado su posición o hecho gastos con conocimiento de la otra parte o en tales circunstancias que la modificación o el gasto representen el resultado normal o probable del contrato. Ejemplos de tales modificaciones o gastos: edificar en el terreno vendido, rechazar otras propuestas o posibilidades de contratos, hacer anticipos al deudor en caso de fianza, prestar el servicio en el contrato de arrendamiento de servicios. Si el contrato ni siquiera resulta de una forma escrita (imperfecta) sino que es verbal, el *rei interventus* sólo podrá ser eficaz cuando se apoye en una prueba escrita o en la confesión jurada.

Por efecto del *rei interventus* cada una de las partes puede pedir la ejecución en forma específica y, si es posible, la formalización de un documento válido por obra del Tribunal. Sobre esta interesante *doctrine* del *rei interventus*, cfr. Gloag, *Introduction*, cit. págs. 63-64 y *Contract*, cit. págs. 162 y 172-174, 179, 184. Para estos contratos, pues, el Derecho escocés ha adoptado la misma solución de justicia propuesta para nuestras donaciones supra en § 27, notas 4 y sgtes.

8 Sobre esta convalidación de un contrato resultante de un documento formalmente imperfecto, mediante reconocimiento por un *probative writ* o por el cumplimiento (pago de intereses, etc.), cfr. Gloag, *Contract*, pág. 171.

9 Cfr. Gloag, *Contract*, pág. 49, nota 5 y pág. 51. *Cases: promesa* (aceptada) a una *charitable society* de 1.000 libras esterlinas a pagar en diez anualidades. Más dudoso resulta otro caso, análogo al caso Alcalde de Caen (véase volumen II). La letra de cambio a título gratuito es considerada como "prueba escrita" de la obligación. V. otros *cases* en Gloag, op. y loc. cits.

10 A este requisito, como veremos, quedan sujetos también los contratos "innominados", el contrato de mutuo (real), los *trusts* y algunos otros (véase Gloag, *Contract*, págs. 191 y sgtes.).

Además, los medios de prueba están tan restringidos que para un jurista continental esta forma parece ser mucho más que una mera forma escrita *ad probationem*.

En efecto, a falta del documento escrito no se admite otra prueba que la del juramento de la parte que hizo la promesa. De manera que si esta parte ha fallecido antes del proceso o antes de hacer el juramento y no existe documento escrito, no se puede reclamar contra los herederos. Y en la práctica, éste es el caso más frecuente de litigios originados por promesas de esta clase.[11]

La doctrina de la *reliance* no se admite en todos los casos para los que se exige el llamado escrito *ad probationem*.[12]

El requisito según el cual la intención de contraer un vínculo jurídico debe resultar de manera clara (*in clear words:* Gloag, *Contract,* p. 48) viene también a reducir el número de casos en que es suficiente un escrito para satisfacer el requisito legal.[13]

Así es que los mismos autores del Derecho escocés acaban reconociendo que, en los resultados prácticos, el requisito de la llamada forma *ad probationem* no es muy diferente del de la *probative form*.[14]

En cuanto a los requisitos de forma, basta con que el documento esté firmado por el demandado (a diferencia de la *probative form*, v. nota 5).

Para el mutuo es suficiente también un recibo extendido por el prestatario, aunque no especifique que se ha recibido a título de mutuo.

Una carta dirigida a un tercero no basta, como tampoco una carta entre parientes. Hay dudas sobre el valor de la declaración escrita del representante.

La inserción formal en los libros del demandado puede satisfacer "probablemente" el requisito del documento escrito.

Sobre todo esto, cfr. Gloag, *Contract*, cit pág. 49, nota 5, págs. 50-51 y página 194.

11 Cfr. Gloag, *Introduction*, cit. pág. 40 y *Contract*, cit. pág. 51 y *cases* que cita.

12 Cfr. Gloag, *Contract*, cit. págs. 51 y 192. La doctrina de la *reliance* requiere que por lo menos exista un escrito "*ad probationem*" o el juramento: véase nota 7.

13 V. nota 10 sobre las cartas de carácter privado o familiar. Seguramente es cuestión de interpretación (Lawson, op. cit. pág. 47). Pero las reglas de interpretación se inclinan más a la forma escrita, base de la acción, que al mero documento probatorio o escrito *ad probationem*.

Ciertamente, se admite un reconocimiento escrito o la confesión jurada en juicio. En tal caso la fecha del negocio parece ser la del momento en que se celebró, aunque fuera verbalmente; pero el punto no se ha tratado y puede ser dudoso, especialmente respecto a las donaciones. Algunas veces parece que el reconocimiento escrito se admita por la voluntad dispositiva que se contiene en él.

Tampoco hay que olvidar que, en definitiva, depende del Juez el establecer si la declaración escrita puede servir como prueba de una voluntad seria y deliberada de contraer un vínculo jurídico. Lo que, aumentando las dudas sobre el valor del pacto nudo, viene a limitar todavía más su importancia práctica.

14 Gloag, *Contract*, cit. pág. 161. El mismo Lawson, op. cit. págs. 46-49, que parece considerar tal escrito como *evidentiary*, termina equiparándolo al requisito del documento escrito propuesto en el *Report* del *Law Revision Committee* inglés, que no parece ser una simple prueba (v. supra § 31). Por

Pero todavía hay más. El criterio seguido para saber qué negocios son los que han de someterse al requisito de dicho escrito o de la confesión jurada no es el del valor de la promesa o el del contenido específico del negocio; es el criterio general de la *gratuitous promise* (y del *unusual contract,* v. infra *c*). Y la *gratuitous promise* es la promesa que carece de un "*return*", de una "contrapartida" *(counterpart),* de un *quid pro quo* dado o prometido a cambio, aunque la *sufficiency* de este *quid pro quo* no se establezca según las reglas técnicas de la *consideration* del *common law* (v. infra § 30).[15] Se trata, en fin de cuentas, de la falta de aquel requisito que en el Derecho común recibía el nombre de "*causa data*" (incluyendo, a partir de cierto momento, la contrapromesa: supra § 4, nota 10 y § 26, *c*) y que, constituyendo un *vestimentum,* quitaba al pacto el carácter de *pactum nudum.* De ahí que, según la misma terminología del Derecho escocés, *pactum nudum* signifique *gratuitous promise* en este sentido.[16]

Siendo así, parece que el requisito del documento escrito se haya impuesto en la evolución del Derecho común escocés como un sustitutivo de aquella "*causa*", *quid pro quo o vestimentum.* Un eminente autor acierta, por tanto, al sostener que el documento escrito es un sustitutivo de la *consideration* en su función *evidentiary* de la intención seria y deliberada de contraer un vínculo jurídico (v. supra § 31). Y al llegar a la conclusión de que la *doctrine* inglesa de la *consideration* después de haber sido arrojada por la puerta ha vuelto a entrar por la ventana, queriendo con ello decir que dicha *doctrine* ha influído fuertemente en el Derecho escocés al trazar la línea divisoria de las promesas sujetas al requisito formal en cuestión.[17]

No parece aventurado afirmar que el requisito del documento escrito para los *pacta nuda,* como *gratuitous promises,* es un *quid medium* entre nuestra forma *ad probationem* y la forma impuesta como requisito de *enforceability* de la promesa; un requisito formal de certeza (sobre la intención de obligarse) que solamente se dispensa en presencia de una confesión jurada.

lo demás el concepto inglés del escrito como *evidence* es bastante distinto del nuestro: v. supra § 34, *b*, a propósito del *Statute of Frauds.*

15 Cfr. Gloag, *Contract,* cit. pág. 48, nota 1.

16 Cfr. Gloag, *Contract,* cit. pág. 49, nota 1. La conexión con la doctrina de los *pacta nuda* y *vestita* resulta también del hecho de no considerarse la promesa como "*pactum nudum*" cuando, aun sin que exista contraprestación, constituya un *pactum adiectum in continenti*: cfr. Gloag, *Contract,* cit. página 52; mientras que la garantía de solvencia posterior a la cesión de un crédito constituye un *pactum nudum:* op. cit. pág. 51 y *cases* citados.

17 Lawson, *The rational strength...*, cit. págs. 46-49, que alude también a la idea de la reflexión que suele hacer una persona antes de comprometerse por escrito. Como se recordará, una fuerte corriente iniciada dentro del *common law* inglés tendía y tiende a ver en la *consideration* un requisito para comprobar la voluntad de contraer un vínculo jurídico (v. supra § 31). ¡Ésta era precisamente la idea de un escocés: Lord Mansfield! (v. supra §§ 31 y 32).

En conformidad con lo dicho sobre el concepto de la *gratuitous promise,* como base del requisito, resulta que quedan sometidas a él no sólo las promesas de dar sin recibir ninguna contraprestación (donaciones), sino también:

— la promesa unilateral de venta, la oferta irrevocable, la opción concedida sin contraprestación;[18]

— las promesas hechas por una *past consideration;*[19]

— las remisiones de deuda, aunque sean parciales;[20]

— el *pactum de non petendo* y la renuncia a una acción;

— la garantía de la solvencia del deudor cedido prestada después de la cesión y, en general, toda *cautionary obligation* gratuita.[21]

Y viceversa, el matrimonio en consideración al cual se haya hecho una promesa, es una *consideration* válida, o *return* o *quid pro quo;* es decir, la promesa no se considera a título gratuito o como donación.[22] Tampoco es gratuita, al parecer, la obligación de custodia del depositario aunque no reciba una recompensa (v. supra § 27, *b*). También desde este punto de vista se aprecian las influencias de la *doctrine of consideration* inglesa, pues en el Derecho continental la promesa *in consideration of marriage* es tratada como donación y queda sujeta a los requisitos de forma.

Por último (y éste es un punto de gran importancia para el concepto de *gratuitous promise*), en orden a dicha forma no se distingue entre las obligaciones de dar y las de hacer o prestar en general.[23] Quedan así sometidas al requisito del documento escrito incluso las promesas de comodato, de mutuo, de recibir una cosa en depósito, de transporte, de prestaciones de servicios en general, sin *consideration, return* o *quid pro quo,* aun cuando se trate de promesas interesadas o con una *cause juste* o *plausible* (v. supra § 14, *e* y § 16). También en este aspecto el Derecho escocés se distingue del Derecho continental y se aproxima al *common law* (v. supra § 7 y § 28, *b*).

Si se tiene en cuenta aquella lista de las *gratuitous promises* y la equiparación entre promesas de dar y de hacer, prestar, etc., se advierte que el requisito del documento escrito para hacer *enforceable* una promesa sin juramento se extiende a un campo mucho más amplio que aquel para el que el *civil law* exige una forma, sea bajo pena de nulidad (do-

18 Así parece resultar de Gloag, *Introduction,* cit. págs. 39-40 *y Contracts,* cit. págs. 35-50, y *cases* que cita, en los que se trataba de promesas o de ofertas escritas y se discutía si el escrito tenía que ser *properly authenticated* (mediante *probative form*).

19 Que interesa solamente para las "donaciones" entre marido y mujer en cuanto a las relaciones con los acreedores, actos que por lo tanto se consideran como donaciones en cuanto al requisito del documento escrito: cfr. Gloag, *Contract,* cit. pág. 53.

20 Gloag, *Contract,* cit. pág. 50.

21 Sobre todo esto, cfr. Gloag, *Contract,* cit. págs. 51-52 y *cases* que cita.

22 Gloag, op. cit. pág. 54 y *cases* citados.

23 V. expresamente sobre este punto Gloag, op. cit. págs. 51-52.

cumento público), sea *ad probationem,* forma esta última que si acaso se exige en el *civil law* para todos los negocios de una determinada cuantía y no sólo para las promesas gratuitas.

Añádase que, aunque no se trate de *gratuitous promises,* el requisito del documento escrito se impone también para el mutuo (contrato real en cuanto a la obligación de restituir), los *trusts* y algunos otros negocios.[24]

c) *Continuación: los innominate contracts y los unusual contracts.*

La forma escrita exigida para las *gratuitous promises* se exige también, con los mismos caracteres y los mismos efectos, para los "*innominate contracts*". En ello, como veremos, el Derecho escocés acusa las influencias del *civil law.*

Aunque no sin discusiones, la doctrina y la jurisprudencia dominantes consideran que por "*innominate contracts,* debe entenderse no los que carezcan de nombre o no estén expresamente previstos por el Derecho, sino los "*unusual and anomalous*"; es decir, aquellos que se apartan de lo corriente. He aquí algunos ejemplos tomados de los *cases:*

1) promesa hecha por un *law agent* de prestar sus servicios sin retribución, salvo en caso de éxito.

2) promesa hecha por un propietario *(landlord)* al arrendatario *(tenant)* de reembolsarle cualquier pérdida sufrida durante la vigencia del arrendamiento, a condición de que el arrendatario continúe en los locales.

3) promesa hecha por A de dejar a B todos sus bienes si B se establece como médico en determinado pueblo.

4) promesa de hacer testamento en favor de una persona, si ésta convive con el promitente.

5) acuerdo entre dos personas, en relación con un *private act* que dejaba determinados bienes al superviviente, decidiendo dividir dichos bienes.

6) contrato por el que un querellante *(pursuer)* es nombrado editor de un diario en condiciones excepcionales.

7) promesa de pagar todos los gastos de un contrato propuesto de feudo, aun cuando no llegue a perfeccionarse.

8) acuerdo de pagar una cantidad global en lugar de los pagos semanales debidos en virtud de la ley sobre accidentes del trabajo.[25]

Y viceversa, no obstante la excepción de contrato *innominate* o *unusual,* se admitió la prueba en general, entre otros, en los siguientes casos:

24 Cfr. Gloag, op. cit. págs. 191 y sgtes.

25 En este caso el *Lord President* Dunedin opinó que la prueba queda limitada al escrito o al juramento en "todas las obligaciones de pagar dinero que no sean accesorias de alguno de los conocidos contratos consensuales". Pero esta regla fué expresamente desaprobada. Y parece que existan suficientes argumentos para estimar que la transacción de un litigio puede probarse por cualquier medio. Cfr. Gloag, op. cit. pág. 196, nota 10.

— promesa hecha por un fondista de ceder gratuitamente la cuadra para los caballos de una diligencia, en *consideration* al hecho de que la diligencia debía tomar su fonda como punto de partida y de llegada (v. en el vol. II el caso Fellman-Mathebs, en el que sin embargo no existía obligación por parte del propietario de la diligencia).

— contrato por el que una persona promete dirigir el negocio de su hermano por un estipendio fijo más una cuota de los beneficios.

— promesa de A a B de pagarle 100 libras esterlinas si transige en un pleito intentado contra C.

— acuerdo por el que una viuda renuncia a sus pretensiones hereditarias en *consideration* a un aumento de renta vitalicia.

— promesa de un querellante por injurias de renunciar a la acción si se revela el nombre de la persona que había informado al demandado, etcétera.[26]

Como puede verse, los contratos *innominate* o *unusual,* para los que se impone el requisito del documento escrito, son:

— unas veces (v. casos 3 y 4), los contratos que en el Derecho continental se consideran como donaciones *cum onere,* con una carga desprovista de valor patrimonial o que no representa un sacrificio tal como para justificar, desde un punto de vista objetivo o *usual,* una relación de cambio proporcionada al *quantum* prometido: teoría de la *cause suffisante.* Lo que cuenta es el punto de vista objetivo o *usual,* sin que se admita, como se admite según la jurisprudencia francesa, la averiguación de la causa principal o secundaria (v. supra § 10, *b, c*).

— otras veces (v. casos 2, 6, 7), se trata de contratos a título oneroso pero cuyo carácter no usual o extraordinario parece privarles de una *cause juste* o *plausible* en el sentido a que hemos aludido supra en § 23, aunque para la jurisprudencia francesa el documento escrito no elimina tal defecto, mientras que según el Derecho escocés es suficiente un escrito que revele en términos claros la intención de contraer un vínculo jurídico (dejando a salvo la eventual impugnación por *fraud* o lesión, que puede deducirse, lo mismo que en el *common law,* de la *gross inadequacy of consideration:* v. Gloag, op. cit., p. 52).

— por último, a veces se trata de contratos que el Derecho continental reconoce sin necesidad de ninguna limitación especial de prueba y que, por el contrario, el Derecho escocés considera, según su mentalidad, su costumbre y su tipificación, como *atípicos* o *unusual* o simplemente, como muy aleatorios (v. casos 1, 5, 8).

En el aspecto de las *causes suffisante, raisonnable, plausible* y *juste,* el Derecho escocés se aparta del *common law,* en el que basta un *bargain*

26 Para todos los casos mencionados, cfr. Gloag, op. cit. págs. 196-197 a excepción del caso núm 4 — promesa de testar si el promisario convive con el promitente — que se considera en pág. 51 como donación (sobre este contrato v. en el vol II los casos Carrari-Masiero y otros). En cuanto a los casos 3 y 4, se sobreentiende que en el Derecho Escocés son válidos los pactos sucesorios de esta índole.

cualquiera, y se acerca a nuestro Derecho continental, aunque las reacciones del Derecho escocés frente al defecto de dichas *causes* sean diferentes y se reduzcan a la exigencia de documento escrito que revele claramente la intención de contraer un vínculo jurídico.

Así pues, para las donaciones, incluso para las "*cum onere*", basta con este escrito y no se requiere el documento notarial (que no existe en el Derecho escocés) ni la *probative form*.

En este último aspecto, el Derecho escocés no deja de producir cierta sorpresa o curiosidad en el jurista continental, ya que para una donación (obligatoria) de muebles basta con el simple escrito, sin que ni siquiera se exija la *probative form*, mientras que en contratos de mucha menos importancia para el promitente se requiere esta última forma, como ocurre en los arrendamientos de inmuebles o de servicios por período superior a un año, en la fianza, etc.

Pero quizá convendría, antes de dejarse llevar por tal impresión de sorpresa o curiosidad, escuchar las razones que en apoyo de tal criterio ofrecen los juristas escoceses y quizá reflexionando un poco, se comprenderían tales razones. Lo cierto es que el Derecho escocés, (como, por otro camino, el *common law* con el *bargain* y el *trust:* v. supra § 33, *d* y § 35, *c*) muestra mucha menos desconfianza frente a las donaciones que el Derecho continental con su complicada formalidad del documento notarial. Probablemente se trata de un fenómeno que ha de explicarse en función de la distinta costumbre y de la distinta tradición de aquellos países.

Desde este punto de vista de la forma, resulta que el Derecho escocés:

— por una parte, es más liberal que el Derecho continental, ya que no exige la forma notarial y ni siquiera la *probative form* para las donaciones mobiliarias (obligatorias) y para ciertas donaciones "*cum onere*";

— por otra, es más estricto, ya que exige el documento escrito (o, en su lugar, el juramento del promitente) para muchas promesas o actos que en el Derecho continental no están sujetos a *especiales* requisitos de forma o de prueba (v. supra, *b*, al final).

Si se considera, además, que el requisito del documento escrito depende de la libre apreciación del Juez acerca del carácter *unusual* del contrato,[27] la limitación al valor del pacto nudo (cuestión que indudablemente se plantea en el *civil law* moderno para el contrato *unusual* o atípico) se presenta como todavía más grave y puede dar lugar a inseguridades en el campo de los contratos *unusual* o atípicos.

En resumen: si verdaderamente el requisito del documento escrito es sólo una forma *ad probationem*, como pretenden los juristas escoceses, entonces el Derecho contractual escocés será el Derecho del pacto

27 Contra tal poder discrecional del Juez, v. la frase de *Lord* Salvesen en el caso Hallet-Ryrie, 1907, cit. por Gloag, *Contracts*, pág. 196, nota 2. Pero no parece que, por lo menos en la práctica, se haya seguido este criterio.

nudo (dejando aparte los casos de *probative form* y lo que diremos en apartado *d*).

Pero si no se trata de una verdadera y propia forma *ad probationem* (como creemos), el Derecho escocés dista mucho de ser un sistema de pactos nudos; lo es todavía menos que el Derecho continental, porque a dicho requisito quedan sujetas todas las *gratuitous promises*, en el sentido del *common law*, y todos los contratos atípicos o *non usual* en un sentido mucho más amplio que el de nuestro Derecho del continente.

Como varias veces hemos tenido ocasión de ver, el principio del pacto nudo implicaría que no se deba tener en cuenta la causa gratuita (en sentido propio) para medir o moderar la responsabilidad según criterios objetivos, ocultos algunas veces bajo el aspecto subjetivo de las reglas de interpretación (v. supra §§ 14 bis, 15, 20, *b* y 27, *b*, *c*).

En este punto el Derecho escocés parece apartarse del continental, porque en él no se alude a una limitación de la responsabilidad del donante, ni, en general, del promitente a título gratuito, salvo en algún caso excepcional y dudoso de responsabilidad del depositario sin retribución[28] (v. sin embargo lo que diremos después en nota 33). Ello se debe a la idea de que el pacto, siempre que resulte claramente de un escrito la intención seria y deliberada de contraer un vínculo jurídico, se considera como una *stipulatio* (v. Savigny cit. supra en § 6). Dicho escrito ofrece la garantía de un pacto con una intención de esta naturaleza. En este aspecto el Derecho escocés se aproxima al *common law*, especialmente si se tienen en cuenta las reformas, hechas o propuestas dentro de este último sistema en el sentido de hacer *enforceable* cualquier promesa que resulte de un escrito de esta naturaleza (v. supra § 31).

La regla según la cual en los contratos a título gratuito se debe tener en cuenta también un error que no se apreciaría en los demás contratos,[29] parece inspirarse en el principio de que se debe tener en cuenta la voluntad del promitente y sus verdaderos presupuestos, es decir, en un criterio subjetivo más que en el criterio objetivo de la justicia conmutativa.

d) *El interés del acreedor. La promesa de prestaciones que no representen un interés patrimonial del promisario. El sistema de las sanciones; la cláusula penal.*

Otra grave limitación al principio del valor del nudo consentimiento parece desprenderse de la insistencia con que autores y jurisprudencia

28 Cfr. Gloag, *Introduction*, cit. págs. 222 y 332-333.
Incluso el porteador a título gratuito debe probar una causa de la pérdida de la cosa que excluya toda culpa por su parte (v. también página 222 citada).

29 Cfr. Gloag, *Introduction*, cit. pág. 40 y *Contract*, cit. pág. 52; también Gow, *Mistake and error*, cit. supra en nota 3.

afirman que para obtener la sanción de la promesa es necesario que el interés del acreedor tenga carácter patrimonial.[30]

La *specific performance* se concede con más facilidad que en el *common law* inglés y no se considera como un remedio excepcional. De todos modos, se concede sólo cuando existe un *legitimate interest*, como un interés patrimonial o como el de evitar una posible responsabilidad. En algún caso excepcional puede negarse, al arbitrio del juez, cuando el sacrificio que sufriría el promitente por la ejecución específica de la promesa no guarde proporción con el beneficio que obtendría el promisario, a quien le quedará entonces como único remedio el resarcimiento de los daños, si se han producido.[31]

Se aplica también con cierta firmeza y severidad la regla según la cual no se puede pedir la ejecución específica de la obligación, o de una servidumbre, cuando el interés del acreedor haya desaparecido.[32] Lo que, sin embargo, podría también explicarse en muchos casos acudiendo a la idea del presupuesto, más o menos normal o sobreentendido, al contraer el vínculo; mientras que invocar como ejemplo el caso de las servidumbres parece constituir un argumento erróneo (v. supra § 20, *a*).

En fin, la *specific performance* y en general la sanción de la promesa pueden ser rechazadas en casos extremos en los que el interés del acreedor sea fútil o de poca importancia, sobre la base del principio *de minimis non curat praetor* o por una presunción de ausencia de consentimiento serio, o por considerarse como un *acto de emulación*. En estos casos de ausencia de un interés relevante o de desproporción entre interés del acreedor y sacrificio del deudor juega también el concepto de "*oppressive procedure*"[33] (sobre todo esto, v. supra § 20).

Sin embargo, la sanción consistente en el resarcimiento de los daños se admite, como en el *common law* inglés, aun cuando no exista un daño (patrimonial) efectivo, mediante la forma de los *nominal damages* (v. supra § 33, *b*).[34] No se admite la reparación de los daños morales.

En materia de cláusula penal, el Derecho escocés presenta también sugestivas analogías con el *common law* inglés (cuyos *cases* se invocan) en cuanto a la no admisión de la *penalty* como pena privada. Se dice abiertamente que la materia de las sanciones no forma parte de la llamada *freedom of contract* y que la ley no permite que las partes establezcan penas privadas: v. § 21, *b*.[35]

Ante esto, surge la duda, lo mismo que en el *common law*, de si será válida una cláusula penal dirigida no a castigar, sino a obtener mediante un equivalente en dinero la satisfacción de un interés no patrimonial, o a garantizar, junto a la satisfacción de intereses patrimoniales, la de

30 Cfr. Gloag, *Introduction*, cit. pág. 41 y *Contract*, cit. págs. 8 y siguientes y *cases* que cita.
31 Cfr. sobre todo esto Gloag, *Contract*, cit. págs. 251-252, 255, 655, 660.
32 Cfr. Gloag, *Contract*, cit. págs. 248 y sgtes.
33 Cfr. Gloag, *Contract*, cit. pág. 249 y la nota 6.
34 Gloag, *Contract*, cit. pág. 684.
35 Gloag, *Contract*, cit. págs. 664 y 673-674.

otros no patrimoniales o no típicamente económicos (v. supra § 21, *a*, números 2 y 4 y § 35, *c*).

Aun cuando la cuestión no se ha planteado abiertamente, parece que podría admitirse una cláusula de esta naturaleza, con tal de que su cuantía fuera proporcionada al interés lesionado. También la sanción de los *nominal damages* parece que podría servir en ciertos casos.[36]

Si, como parece, son éstos los principios del Derecho contractual escocés, los resultados no son muy distintos de los del Derecho continental.

Solamente los contratos de cambio típicamente económicos son reconocidos sin ninguna limitación (salvo la de la *probative form* en muchos casos: v. supra *b*). Pero el contrato de cambio típicamente económico ya constituye de por sí un *vestimentum* (v. supra § 13, *d* y § 24).

Los demás contratos, o quedan sujetos al requisito del documento escrito (con la alternativa del juramento), o se sancionan sólo dentro de ciertos límites, teniendo en cuenta la relación de proporción entre sacrificio del deudor e interés del acreedor (*cause juste:* v. supra §§ 14 bis y 20, *b*). Además, para la fianza, para los arrendamientos de cosas o de servicios por plazo superior a un año, y para las obligaciones gratuitas de hacer o de prestar, el Derecho escocés impone requisitos de forma que, salvo excepciones, no existen en el Derecho continental.

e) *El transfer.*

En materia de transmisión de la propiedad y de constitución o transmisión de derechos en general, el Derecho escocés no admite el principio del pacto nudo; así lo afirman expresamente tanto los autores como la jurisprudencia.[37] Para los inmuebles se necesitan ciertas formas. Para los muebles se necesita la tradición, salvo en el caso de venta (v. infra § 38 sobre el Derecho inglés y el *common law* en general).

Así, la donación (real) mobiliaria puede actuarse mediante la tradición sin necesidad de ningún escrito; la donación inmobiliaria, o la que tenga por objeto otros derechos, se actúa mediante un *transfer* formal.

Para los muebles, pues, no basta una mera declaración de transmitir la propiedad a título gratuito reteniendo su posesión, *si no resulta de un documento escrito,*[38], ya que tal declaración recibiría el mismo tratamiento que una promesa de dar (v. supra, *b;* e infra § 38).

36 Los contratos que afecten a las llamadas relaciones sociales (v. supra § 14, *b*), como el acuerdo para jugar una partida de un deporte, no quedan por sí mismos privados de sanción. Todo depende de la intención de las partes de contraer un vínculo jurídico y de la posibilidad de aplicar una sanción patrimonial. Cfr. Gloag, *Contract,* cit. pág. 9 (especialmente nota 1) y 10-11, sobre la expulsión de un *club* y casos similares.

37 Sobre esto y sobre lo que después diremos, cfr. Gloag, *Introduction,* cit. pág. 450 (donde se proclama: *dominia rerum non nudis pactis transferuntur*) y 436, 470.

38 Cfr. el caso Murray-Macfarlane's Trs. cit en Gloag, *Contract,* página 49, nota 51; Gloag, *Introduction,* pág. 450 y *Contract,* págs. 50-51, dis-

En otros términos: la situación (prescindiendo de la estructura y la naturaleza del requisito formal en las donaciones) no es muy distinta de la del Derecho francés ni de la del mismo Derecho inglés. Es decir, si una declaración de transmitir bienes muebles forma parte de un contrato de cambio, no requiere para su perfección ni el documento escrito ni la entrega (v. infra § 38).

En cuanto a la naturaleza de tal contrato de cambio, yo diría que el Derecho escocés se aproxima más al nuestro que al *common law*, en el sentido de que debe tratarse de un cambio típicamente económico o que no sea tan *unusual* o fuera de proporción como para determinar la figura de la donación *cum onere* (v. infra § 38). En otro caso, lo mismo que para las promesas, se aplican a tales simples declaraciones de querer transmitir las reglas de que hemos hecho mención al tratar de la forma escrita.

De estas breves notas se deduce lo interesante que sería un estudio detenido del Derecho contractual escocés, puente entre el *civil law* y el *common law;* interesante también por el carácter de "*standard of excellence*" que tiene este Derecho, según frase de un maestro del Derecho comparado.[39]

f) *Breves indicaciones sobre el Roman Dutch law.*

Otro sistema contractual de *civil law* no codificado, aunque Holanda tenga códigos desde 1809, es el *Roman-Dutch law* (v. supra § 25, *b*): una continuación del Derecho común holandés, después de la recepción (adaptada) del Derecho romano, según la autoridad de Grozio, Vinnio y otros escritores holandeses de los siglos XVII-XVIII, con aplicaciones de la jurisprudencia de Sud-África y de Ceylán.[40] El sistema acusa también en la actualidad notables influencias del *common law* inglés, aunque conservando cierta individualidad, especialmente en Sud-África.[41]

tingue expresamente entre una donación *completed* con la entrega o con un *transfer* válido (para la que se admite también la prueba oral que demuestre el *animus donandi*) y la mera *obligation to give*, para la que se necesita el documento escrito. También en el Derecho escocés (v. Gloag, ops. y locs. cits.) surgen cuestiones acerca de la validez de una donación mediante endoso y entrega de un recibo de depósito o de un recibo a nombre del donatario (v. mi artículo *Causa, consideration e forma nell'atto di alienazione inter vivos*, cit. infra en § 38).

39 Lawson, *The rational strength...*, cit. págs. 42 y sgtes.

40 Dada la antigüedad de los textos de aquellos escritores y la dificultad de una consulta rápida, el *judge-made law* y el *statute law* están tomando cada vez más auge en África del Sur, siguiéndose en esto la misma línea del Derecho escocés. Cfr. Lee, *An Introduction to Roman-Dutch law*, 4.ª edición, Oxford, 1946, pág. 25.

En la Guayana inglesa, el *Roman-Dutch law* está ya en completa decadencia. También en Ceylan, donde el autor más citado es Voet, la resistencia al *common law* va debilitándose. Cfr. Lee, op. cit., págs. 2 a 25.

41 Las materias, dentro del Derecho contractual, en las que se ha no-

La proclamación del valor del pacto nudo (con la acostumbrada invocación del Derecho canónico) que encontramos en aquellos escritores holandeses, pero que se encuentra también en todos los tratadistas del Derecho continental de la época (v. supra §§ 4 y 5), se perpetúa y se refuerza en el moderno *Roman-Dutch Law*.[42] Hasta tal punto que un estudioso de la materia afirma que, bajo la influencia del Derecho canónico, el proceso de desarrollo del pacto nudo ha alcanzado en el *Roman-Dutch Law* su límite máximo.[43]

Ciertamente, en cuanto a la forma ni siquiera existe el requisito del documento escrito *ad probationem* del Derecho escocés, con sus extensas aplicaciones; aunque se impongan requisitos de escritura para ciertos contratos, especialmente para los que afecten a bienes inmuebles y para la fianza.

Pero cuando el valor del objeto exceda de 500 libras esterlinas, queda en pie el requisito del documento notarial para las donaciones mobiliarias y el de la "*insinuatio*" para las donaciones de inmuebles.[44]

La promesa por una *causa praeterita* (servicios prestados u obligación natural) sólo queda libre de estos requisitos de forma cuando el *quantum* prometido (o entregado, cuando se trate de muebles) no supere en más de 500 libras esterlinas al valor de dicha "causa", según la apreciación objetiva o corriente.[45]

Si no nos equivocamos, todo esto reproduce la distinción, tradicional en el *civil law*, entre las obligaciones de dar y las demás obligaciones, con la inherente doctrina de la *cause suffisante* (§§ 7, 8 y 10-13), y la misma distinción entre contrato de cambio y donación *cum onere* (§ 10), aunque en este aspecto parece que se tenga en cuenta la intención de las partes acerca de la causa principal y accesoria (v. supra § 10, *c*).

Adviértase que el requisito de la forma del documento notarial se extiende también a las donaciones mobiliarias perfeccionadas mediante la entrega, por entenderse que la función de dicha forma consiste en proteger al mismo donante (v. supra § 8).[46] Con ello, se sigue a los sistemas más restrictivos en materia de donaciones: v. infra § 38.

Pero, además de todas estas restricciones que afectan a las obligaciones de dar y al *transfert*, se aplica a todas las obligaciones el concepto,

tado especialmente la influencia del *common law* inglés, son: la *misrepresentation*, la *undue influence*, la *penalty* y los daños (aunque no se admitan, excepto alguna opinión en contrario, los *nominal damages*), la imposibilidad de la prestación en el aspecto subjetivo. Cfr. Lee, op. cit., págs. 231-234; 265 y sgtes. y 280.

42 V. supra § 4, nota 20, y mi artículo *La causa nel pensiero dei giuristi di common law*, en *Riv. dir. comm.*, 1951, I, págs. 345 y sgtes. También Lee, op. cit., págs. 225-226, 286 y 439-441 y las citas de autores y de *cases* que incluye.

43 Lee, op. cit., pág. 225

44 V. supra § 4, especialmente nota 22 y § 5, *c*, especialmente nota 14; Lee, op. cit., págs. 289-290.

45 V. supra § 4, nota 22; § 5, nota 22; § 11. También Lee, op. y loc. cits.

46 Lee, op. cit., pág. 290 y pág. 141 sobre el *transfert* en general.

tan discutido, de la *reasonable cause*, que los juristas modernos tienden a reducir al mero requisito de la intención seria y deliberada de contraer un vínculo jurídico, pero que suscita serias dudas sobre si es éste su limitado alcance.[47]

Por otra parte, la causa onerosa o gratuita influye como criterio objetivo para moderar la responsabilidad del promitente, habiéndose acogido en esta materia los principios tradicionales del *civil law*.[48]

Probablemente, en los distintos aspectos a que aludimos, el pacto nudo vale en el *Roman-Dutch Law* en la misma medida en que vale en los restantes países del *civil law*.

Pero para ver hasta qué punto juegan la *cause suffisante* en unión con la forma notarial (§§ 10-13) y la *cause raisonnable* y *juste*, se necesitaría un examen detenido de los *cases*. Al menos hasta ahora no ha sido posible hacerlo, pero sería interesante para saber realmente hasta qué punto vale el pacto nudo y hasta qué punto deriva de la promesa una pura obligación contractual: v. supra § 24 y § 35, *a*. Se trataría también de ver cuáles son, en esta otra zona fronteriza entre *civil law* y *common law* que es el *Dutch-Roman law*, las influencias recientes del *common law* inglés con su tendencia a admitir una promesa que sea fuente de una pura obligación contractual (v. supra § 31 y lo dicho en los apartados *b* y *c* de este mismo § 36, sobre el Derecho escocés).

47 Cfr. supra § 4, notas 19 y sgtes.; § 20, *b*, § 24; y mi artículo *La causa nel pensiero dei giuristi di common law*, cit. supra nota 42. Lee, op. cit., págs. 223 y 226, advierte que un negocio *of a usual business character* no ofrece dudas sobre la intención de contraer un vínculo jurídico (v. supra nota en apéndice al § 1); y que a veces se ha sostenido que la *reasonable cause* es equivalente al *quid pro quo*, aunque recientemente tal opinión haya sido rechazada.

El término *reasonable cause* parece expresar algunas veces nuestro concepto de *plausible* y quizá no se aleja mucho del concepto de *usual contract* a que nos hemos referido supra, *c*.

48 V. supra § 14, *e*, § 14 bis, § 15 y § 20, *b*. Así, el donante no queda obligado a la garantía por evicción y por los vicios de la cosa, y rigen los conocidos criterios objetivos de justicia conmutativa (*beneficiun competentiae*, revocación por superveniencia de hijos, etc.). Cfr. Lee, op. cit., págs. 290-291.

APÉNDICE II

§ 37.

Breve nota sobre las ideas de los juristas del «common law» acerca de nuestro contrato y viceversa.

Aconsejamos al lector que se interese por saber de qué forma ven nuestras cosas los juristas del *common law* y de qué forma vemos nosotros las cosas de ellos.

Y esto, no solamente porque el juicio de los demás nos ayuda a conocernos a nosotros mismos, sino también porque en ese juicio se reflejan la mentalidad, los conceptos de los juristas del *common law* y los problemas que les preocupan. En otros términos, porque ello puede servir también para conocer a quien nos observa.

Sobre el primer punto (cómo ven ellos las cosas nuestras) nos permitimos remitir al lector a nuestro artículo *La causa nel pensiero dei giuristi di common law,* en los estudios en honor de Arangio Ruiz y en *Riv. dir. comm.* 1951, I, págs. 344 y sgtes., respecto al cual, sin embargo, el lector deberá tener en cuenta algunas variaciones debidas a posteriores reflexiones, tales como las que resultan del presente trabajo.

Leyendo este artículo se podrá advertir que los autores del *common law*, salvo alguna excepción,[1] han visto nuestras cosas con cierta defor-

1 Cfr., por ej., Pollock, citado en mi trabajo *La causa nel pensiero dei giuristi di common law*, nota 10; también Holdsworth, citado en § 20, nota 14 y en su introducción a la edición inglesa de Brissaud, *A history of private French law*, London, 1912, p. XXXVI, sobre la diferencia entre los caminos seguidos en el *common law* y en el *civil law* para llegar al reconocimiento jurídico del contrato, a pesar de la opinión de Brissaud sobre la semejanza de los resultados prácticos.

En el caso Blanchard-Haber, 116 La. 1.014 (es un caso de Luisiana) citado por Williston, *Contracts*, § 115, nota 3, el Tribunal declaró: "en el *civil law*, como en el *common law*, no es necesario que la *consideration* para la asunción de una obligación sea una *equivalent consideration*. La cuestión de la *adequacy of consideration* es algo que se deja a la apreciación de las partes... Pero... el *civil law* exige que la *consideration* sea seria y *que no esté fuera de toda proporción* con la obligación asumida". Pero se trata de un caso de Luisiana, país de *civil law*, con un código que deja bien clara la importancia de la *cause suffisante*, llamada impropiamente en dicho código "*consideration*". V. supra § 10, nota 6.

mación a través de los cristales de su mentalidad y de sus propios problemas. Pero también se dejaron engañar por nuestras proclamaciones teóricas sobre el valor del pacto nudo, reforzadas con la autoridad de Savigny y de otros, y por la doctrina francesa sobre el concepto o *nomen* de "causa" como finalidad errónea y no realizada (v. supra §§ 6 y 22, *d*), y sobre la genérica y vaga concepción de la *cause suffisante* (v. § 9, especialmente nota 10). Por especiales razones, aquellos autores se fijaron también en la peculiar actitud del Derecho escocés y del *Roman-Dutch law* (v. supra § 36). Les llamó también la atención el hecho de que ciertos pactos o promesas, no reconocidos en el *common law,* eran fácilmente admitidos en el *civil law* (v. § 35, *c*).

Por estos distintos caminos los autores del *common law* han llegado a creer, en general, que en nuestro Derecho para crear la obligación basta con el pacto nudo, es decir, con la voluntad seria y deliberada de contraer un vínculo jurídico, voluntad cuya vaga "causa" sería solamente un medio para su comprobación (v. también supra § 4, nota 20); ténganse en cuenta sus preocupaciones por la comprobación de dicha voluntad (v. supra §§ 31 y 32).

Es muy importante que el lector tenga en cuenta también la opinión de los jueces del *common law,* para lo cual pueden verse las sentencias de Lord Mansfield citadas en nuestro artículo *La causa nel pensiero...* etcétera, así como los casos Thomas-Thomas, Ross, y otros semejantes recogidos en el vol II.

Además de los autores citados en dicho artículo, nos remitimos a la bibliografía que incluye Mancini en *Consideration,* etc., cit. infra, notas 2 y 4; así como a Gow, *Some observations on frustration, The International and comparative Law Quarterly,* 1954, págs. 291 y sgtes. Mencionaremos también otro pasaje de Williston, *Contracts,* § 14 (además del § 111, allí citado) en el que tratando de la forma escribe este autor: "El moderno *civil law* y los códigos modernos han abandonado enteramente el requisito de la forma como un fundamento general para la validez de los contratos, y la simple voluntad de las partes, declarada de cualquier modo, es suficiente para crear una obligación contractual, salvo algunas excepciones".[2]

"Es cierto que en el código francés (arts. 1.131-1.133), como en muchos otros códigos basados en él, se exige una *cause or motive* para el contrato; pero como el espíritu de liberalidad o "la satisfacción de un sentimiento de generosidad" constituye una *sufficient cause,* tal exigencia se traduce simplemente en la prohibición de las convenciones viciadas de ilicitud, error o fraude; y, tanto en el Código civil alemán como en algunos otros códigos, dicho requisito se ha suprimido por completo." Y Williston cita, a propósito del principio del valor del pacto nudo, a Windscheid, Enneccerus, Nipperdey, Ehrenzweig, Colin y Capitant; y a propósito de la *sufficient cause,* a Larombière y Capitant (v. también

2 Sobre estas excepciones acerca de la forma, v. supra §§ 18 y 34, *a*.

otras citas de autores del *common law* que se ocupan de la causa, en Williston, *Contracts*, § 4).

Este pasaje de Williston resume toda la actitud de los autores del *common law*. Pero basta recordar lo que hemos dicho supra en §§ 7-13, 14-15, 20, *b*, 22 y 24, para ver que también este ilustre autor, como otros, se ha dejado engañar por nuestras proclamaciones sobre el valor del nudo consentimiento y por algunas de nuestras confusiones sobre la causa (mero *nomen*) y sobre la *cause suffisante*.

Sin embargo, si se prescinde del artificio nominalista del concepto de "causa" y de las discusiones en torno a dicho concepto, en las que aquellos autores del *common law* se han dejado enredar, sus ideas sobre nuestras cosas pueden traernos alguna luz (v. por ej., § 14, *e*, nota 28 y § 27, *c*, a propósito del fundamento de la responsabilidad en las promesas de hacer o de prestar a título gratuito; y en general, la consideración del problema de la "causa" junto al de la forma).

Entre esos "autores del *common law*" no incluímos, naturalmente, a aquellos juristas del *civil law*, crecidos y formados en nuestro ambiente, que después se han trasladado a países de *common law*, principalmente a los Estados Unidos, en donde se dedican especialmente al Derecho comparado. Si su apreciación del sistema contractual del *civil law* es más o menos distinta de la que se hace en este libro, ello obedecerá a razones distintas, al menos en parte, de las que acabamos de indicar al referirnos a los autores del *common law*.

Tampoco incluímos a aquellos juristas del *common law* que, establecidos durante largo tiempo en países de *civil law*, han cultivado el Derecho comparado o se han dedicado a enseñar el *civil law*.

En este último aspecto es interesante el trabajo de Walton *The Egyptian law of obligations*, Londres, 1920, vol. I (en realidad, un tratado de Derecho francés de las obligaciones con las variantes aportadas por los Tribunales Mixtos Egipcios; v. también su otro trabajo, escrito en colaboración con Amos, *Introduction to French law*).

Walton se adhiere a la concepción francesa de la "causa" como motivo, que, según él, debe ser *sufficient* y *juridical* (op. cit., pág. 49).

Ejemplos de "defecto de causa" son (págs. 49-54): el perecimiento de la cosa antes de la venta, o incluso después, si el riesgo corresponde al vendedor; la promesa de remunerar a un mandatario ya pagado; la ausencia de riesgo para una de las partes en el seguro; la letra de cambio de favor; el contrato llamado *boule de neige* o aparentemente aleatorio; la promesa hecha por una obligación natural de valor inferior en mucho al *quantum* prometido; la promesa de pagar una deuda inexistente (*falsas causas;* ¡y cita a Pothier!).

Como se ve, también en Walton ha producido sus efectos el nominalismo del concepto de "*cause*", haciéndole mezclar y confundir problemas muy distintos (v. supra § 22, *a-d* y nota explicativa núm. 2; § 23).

Pero no faltan en este autor intuiciones y observaciones sugestivas.

La causa "*juridical*" (que como *but immédiat* o "*final cause*" ha de

distinguirse del mero *impulsive motive*) en los contratos bilaterales consiste *siempre* en la obligación correlativa; pero en las donaciones se confunde con el *motive* (op. cit. págs. 55-56).

Al plantearse la cuestión de averiguar de dónde deriva el famoso pasaje de Domat que contendría por primera vez (¿?) (v. supra § 5) la teoría de la causa, base del código de Napoleón, Walton después de un interesante estudio sobre el significado de la palabra "causa" en los textos romanos (v. supra § 22 nota expl. 1) llega a la conclusión de que en Francia regía ya en el siglo XVI el principio del nudo consentimiento (en contra, v. supra §§ 4 y 5) y de que Domat extrajo su concepción de la causa de los textos romanos sobre la *condictio sine causa;* concepción, dice Walton, reproducida por Pothier y que sería la misma del artículo 1.131 del cód. Nap. (v. supra § 22, *b*).

Concebido en tal forma el requisito de la causa, le era fácil a Walton, siguiendo críticas bien conocidas, observar que tal requisito no añade nada al contrato como consentimiento y, por tanto, que la regla general es el valor del nudo consentimiento, en contraposición a la exigencia romana de una *causa civilis*, o de un *quid* externo, objetivo o incluso visible, que reaparece después en la forma y en la *res* del Derecho medieval (op. cit., págs. 57-61).

Aunque Domat y Pothier, contra lo que cree Walton, no entendieran la "causa" sólo en el sentido de la *condictio sine causa* (v. supra § 5 y § 22, *b* y nota expl. 2), el resultado práctico fué, como ha visto el mismo Walton, que los redactores del art. 1.131 del Código francés adoptaron ese sentido restringido de la palabra "*causa*" y con ello, prácticamente, creyeron dar valor al principio del mero consentimiento. Walton no advierte que, en realidad, quedaron en vigor también ciertos requisitos objetivos (v. supra §§ 7 a 24), aunque alude a ellos, por ej., al tratar de las obligaciones naturales.

Por lo demás, si los autores del *common law* han visto con cierta deformación nuestras cosas, tampoco nosotros hemos sido más afortunados al contemplar su sistema, muchas veces con demasiada precipitación, a través de los cristales de nuestra mentalidad, de nuestros problemas y hasta con ciertos prejuicios o intentando esfuerzos (vanos) para encuadrar la *consideration* y el *contract* en los esquemas conceptuales de nuestra ciencia. Lo que podrá apreciarse leyendo los artículos o pasajes citados en § 26, nota 1 (v. también § 35 nota 18) y en cuanto a la jurisprudencia, la sentencia Berry Ruspoli-Berry Chigi, en el vol. II.

No cabe hacer, sin embargo, este reproche al trabajo de Mancini, *La consideration nel diritto nordamericano dei contratti,* en *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1953, págs. 1.039 y sgtes. Trabajo de extensa información y por ello más ajustado en sus apreciaciones al espíritu del *common law* moderno. El lector encontrará en este trabajo una extensa bibliografía que añadir a la que hemos citado supra en § 26 nota 1. Creo que si algo falta en este trabajo es el sentido de la evolución histórica de uno y otro sistema y un profundo conocimiento de la práctica

y de la vida real del *civil law*. En cierto modo, puede decirse que Mancini conoce mejor el *contract* del *common law* que nuestro sistema contractual.[3] Entre otras cosas, este autor se afilia a las concepciones dogmáticas corrientes sobre la "causa" (v. § 19), sin someterlas a ninguna crítica; y desde este punto de vista (erróneo, a nuestro modo de ver) y con un conocimiento poco profundo de la evolución del contrato en el *civil law*, Mancini emprende una comparación entre *civil law* y *common law*, comparación que, a nuestro juicio y por dicha razón, no puede menos que dejarnos perplejos.

3 Véase, por ejemplo, lo que dice Mancini, op. cit., pág. 1.044 (sobre el *pactum geminatum*), 1.046-1.047, 1.049 y 1.068 a propósito de la "causa" en el Derecho intermedio y de la *cause suffisante* en los contratos a título gratuito (donde este autor cae también en el nominalismo del concepto de "causa": véase supra § 22). En estas materias parece que Mancini no haya tenido presente ni la doctrina ni la historia del *civil law* que hemos citado y tratado de ilustrar supra en los §§ 2 a 5, 7 a 11, 14 a 17, 19 y 20.

En cuanto a sus críticas a nuestra concepción de la donación *cum onere* como vestidura (algunas veces) de un contrato que las partes no consideran como donación sino como cambio (Mancini, op. cit., pág. 1.054 y nota 50), este autor no tiene en cuenta ni la evolución histórica de este problema en el *civil law* (v. supra §§ 2 y 5) ni la práctica y las distintas corrientes modernas sobre la materia (v. supra § 10 y vol. II). Así le resulta fácil afirmar, reproduciendo simplemente el concepto dogmático del gravamen según nuestra ley, que éste deja íntegramente a salvo el carácter de liberalidad de la promesa y que no representa nunca un equivalente de cambio, ya que, según dicho concepto, el gravamen es un elemento accidental del negocio. Pero precisamente este dogma legal o concepto dogmático constituye el medio técnico que (por razones históricas y prácticas de cierta importancia, que Mancini demuestra ignorar) sirve para cubrir con el ropaje de la donación aquellos casos (que no son *todos*, como Mancini parece hacerme decir) en los que el gravamen representa en realidad, según la intención de las partes, el elemento de un contrato de cambio. Casos, que existen en la realidad de la vida y que han sido distinguidos por la jurisprudencia francesa, mientras que precisamente la jurisprudencia italiana, siguiendo la tradición hasta Pothier, los incluye en el esquema de la donación, ya que la contraprestación *(onere)* no tiene valor económico: v. § 10 y los casos del vol. II. Lo cual, por otra parte, encuentra también un paralelo en materia de *causa praeterita* (v. supra § 11).

El examen de la historia, de la jurisprudencia, de la práctica y de la vida real del Derecho hubiera revelado claramente todo esto a un estudioso agudo, atento y cuidadoso como, indudablemente, lo es Mancini.

APÉNDICE III

§ 38.

Breves indicaciones sobre el acto de disposición «inter vivos»: enajenación, renuncia, modificación de derecho.[1] De nuevo sobre la forma de las donaciones.

a) *El acto de enajenación "inter vivos" en el civil law.*

El problema que nos hemos planteado en los §§ anteriores, es decir el de si el pacto nudo o el mero consentimiento es suficiente para producir la obligación, vuelve a presentarse a propósito del acto de disposición "*inter vivos*" (para el testamento, como es sabido, rigen principios distintos, según los cuales en ningún caso es válido el acto si no aparece revestido de una determinada forma).

Indudablemente, el acto dispositivo puede presentar analogías con la promesa de dar (§§ 7 a 13) más que con respecto a las otras promesas (§ 14). Se trata de ver si los requisitos de la promesa de dar corresponden también y, hasta qué punto, al acto dispositivo.

En este aspecto conviene distinguir dentro del *civil law* entre el acto de enajenación en sentido amplio (incluyendo la constitución de derechos) y la renuncia o la modificación de un derecho.

Las razones que dan lugar a que se imponga una forma a las promesas de dar que no tengan una causa suficiente para excluir nuestra tradicional concepción de la donación, se presentan también para los actos de enajenación:[2] razones que, como hemos visto, responden a la exigencia

1 Resumo aquí mis dos artículos sobre estas materias, publicados en la *Riv. dir. comm.*, 1952, I, págs. 173 y sgtes. 257 y sgtes. y 392 y sgtes. Sin embargo, he añadido algunas modificaciones y aclaraciones debidas a ulteriores reflexiones.

2 Entiendo aquí por acto de enajenación el modo de transmitir o constituir derechos *inter vivos*, prescindiendo de obligaciones eventualmente conexas con este acto. La distinción, que resulta clara en el Derecho alemán (v. infra 2.°) está un poco oscurecida en los sistemas latinos por la llamada fusión entre el contrato que crea la obligación y el acto de enajenación (v. infra 1.°). Pero en el fondo, los arts. 1.138 C. c. francés, 1.376 C. c. italiano y

de proteger al "donante" y a su familia contra decisiones poco meditadas o que carezcan de una "causa" suficiente para justificar un vínculo (§ 8).

En efecto, frente a simples declaraciones no formales, como "te doy esta cosa", "ya es tuya" y otras semejantes, especialmente si no van acompañadas de la entrega, surgen las mismas dudas y las mismas preocupaciones que se presentan en el caso de una promesa. Sería muy fácil donar en forma semejante, y muchas veces al hacer tales declaraciones se obra con la misma irreflexión que al hacer una promesa. Al fin y al cabo, tales declaraciones podrían contener también una voluntad de prometer, más que de dar o de despojarse efectivamente de la cosa (v. infra sobre los arts. 242-243 Código suizo oblig.; para el *common law*, v. nota 32). De ahí que en los distintos sistemas del *civil law* se observe la tendencia a poner también obstáculos a los actos de enajenación realizados sin una causa suficiente.

Sin embargo, en esta materia el obstáculo o la garantía puede también consistir en imponer un acto de despojo efectivo (entrega u otro acto equivalente) y no sólo en imponer la forma de las donaciones. O bien, puede conseguirse simplemente mediante las formas especiales del *transfert* (en sentido amplio), cuando un determinado sistema jurídico establezca estas formas para el *transfert* en general, *cualquiera que sea su causa*, en cuanto que tales formas significan voluntad efectiva de despojarse de la cosa. También por este camino, en efecto, se llega a establecer una garantía o a poner un obstáculo (aunque menos eficaz que el de la forma de las donaciones); porque los hombres son más generosos cuando se trata de "prometer" que cuando se trata de "dar", y cuando saben que un acto significa despojo efectivo se muestran naturalmente reacios a realizarlo.[3]

Así es que, mientras para la promesa de dar que no tenga una causa suficiente para excluir la donación, los distintos sistemas del *civil law*

concordantes, en relación con los arts. 711 C. c. francés y 922 C. c. italiano, etc., consideran también el contrato como modo de adquirir la propiedad.

En cuanto a la donación (en relación con los artículos citados), contiene la obligación de procurar la cosa *en el mismo estado en que se encuentra en poder del donante*, la eventual garantía por evicción, convenida expresamente o hasta la concurrencia del gravamen, así como la obligación de entregar la cosa (si tal entrega no ha tenido ya lugar dentro del acto traslativo: v. infra 1.º). Por tanto, también en la donación conviene distinguir el contrato, como fuente de obligaciones, del acto de enajenación.

3 En este sentido y a estos efectos se requería la entrega de la cosa (aunque fuera inmueble) en el Derecho común: v. supra § 5, *c*.

Sobre esta función de la entrega, cfr. Pothier, *Traité des donations entre vifs*, núm. 65, función que se funda en el "*eloignement qu'on a naturellement pour le dépouillement*". Si no en la época de Pothier, hoy la función de la entrega cuando se trata de inmuebles se sustituye por la forma notarial como vestidura del acto de enajenación o de despojo efectivo (v. infra en el texto).

Sobre esta función cautelar de la entrega o del *transfert* efectivo de muebles, cfr. también Guhl, *Le droit fédéral des obligations*, Zurich, 1947, § 43, páginas 246-247.

coinciden en establecer la garantía o en poner el obstáculo de las formas especiales de la donación, en cambio, los modos adoptados para poner ese obstáculo ante el acto de enajenación son distintos. Incluímos a continuación un breve resumen:

1. *Sistemas latinos.* — Como es sabido, y como veremos ahora, en estos sistemas falta un acto de *transfert* abstracto o separado del contrato que obliga a dar o que, por lo menos, establece la "causa" gratuita u onerosa de la transmisión. Por eso no sería posible, aunque se quisiera, recurrir al obstáculo o garantía consistente en el acto separado de *transfert* como despojo efectivo (v. supra).

El contrato, que obliga a dar o que fija la causa de la transmisión, produce tal transmisión o está estrechamente ligado a ella (v. artículos de los códigos citados en nota 2).

Pero para producir la transmisión se necesita o una *cause suffisante* (según las distintas concepciones: §§ 9-13) o la forma de la donación, o la entrega de la cosa *mueble* u otro acto equivalente.[4] Para los inmuebles y derechos reales inmobiliarios, puesto que la ceremonia de la *dessaisine* ha perdido ya su valor de acto de despojo y de traspaso, quedan sólo como modos de *transfert* un contrato con *cause suffisante* o un contrato revestido del esquema formal-causal de la donación.[5]

4 Acto equivalente puede ser el *transfert* de títulos que "llevan incorporado" un derecho: entrega de títulos al portador, endoso con *entrega* de títulos a la orden, *transfert* de títulos nominativos con anotación en el libro del emitente (el hecho de formalizar el documento auténtico para la anotación o para la emisión de un nuevo título se considera como despojo efectivo: Planiol, op. y loc. cits. infra, pero en el aspecto de la *donation indirecte*). Para los títulos a la orden, un endoso sin entrega que puede ser suficiente en una venta, al menos entre las partes, no es suficiente en una donación (Planiol, *Traité pratique* cit. V. núm. 416 en nota, considera la situación en el aspecto, bastante discutible, de una *donation indirecte*).

Todo esto se aplica también para los llamados títulos de tradición (resguardos de mercancías).

Cfr. sobre estos problemas mi citado artículo en *Riv. dir. comm.*, 1952, I, página 181 y notas, y Planiol, op. cit., V, núm. 385 y la jurisprudencia que cita. Para la jurisprudencia italiana (en los límites del valor módico) véase nota 6.

En cuanto a la simple cesión de créditos, es dudoso que pueda considerarse como despojo efectivo. Quizá equivale a él si tiene lugar la entrega de los documentos probatorios del crédito y la notificación hecha al deudor por el mismo cedente. Cfr. sobre este punto mi artículo varias veces citado, página 181, notas 24-26 y autores que se citan en pro y en contra. Sobre la discutible concepción de la cesión de créditos a título gratuito como *donation indirecte*, cfr. Planiol, op. cit., V. núm. 416.

Una donación manual de derechos sobre bienes incorporales es imposible; sin embargo, la jurisprudencia francesa admite que la donación manual de un cuadro o de un manuscrito implica el derecho de reproducción o de publicación: cfr. Planiol, op. cit., V, núm. 386.

En cuanto a las donaciones manuales mediante mandato y depósito-mandato, a veces consideradas válidas por la jurisprudencia francesa mediante expedientes o ficciones, cfr. Planiol, op. cit., V, núms. 397-398.

5 Pothier, siguiendo las *Coutumes*, exigía además la *dessaisine* efectiva

En cuanto a la entrega de cosas muebles u otro acto equivalente queda limitada, como es sabido, a bienes de valor módico en los Derechos italiano, español, portugués y otros.[6] En cambio en otros sistemas, como el francés, el belga y el egipcio, no existe tal limitación.[7]

No creo que la entrega constituya por sí misma en tales casos un acto de *transfert* separado del acuerdo o contrato, ni que en los sistemas latinos la entrega constituya en general un acto de *transfert* abstracto que, en defecto de causa, dé lugar a una *condictio* y no a una reivindicación.[8] Si lo fuera, no se podría distinguir entre causa onerosa y gratuita: la entrega sería necesaria también para la venta; ni se podría distinguir entre donación de bienes de valor módico o de otros bienes que excedieran de esta medida (para estos últimos, en el Derecho italiano y en otros semejantes, en defecto de documento público hay reivindicación y no *condictio*).[9]

o por lo menos una cláusula especial, aparte de la forma notarial (cuestión discutida: v. supra § 5, *c*). Pero hoy la forma notarial es considerada como garantía suficiente de un despojo efectivo, tanto para los inmuebles como para los muebles (si tratándose de éstos no se ha hecho ya la entrega). V. nota 3.

6 V. art. 783 C. c. italiano. En los Derechos español y portugués se fija el límite de valor. Para el *Roman-Dutch law* v. supra § 36, nota 46.

De acuerdo con ello, la jurisprudencia italiana no admite que un *transfert* de títulos de crédito (endoso en blanco o nominal con entrega de letras de cambio, inscripción de certificados de la deuda pública) sea válido como donación sin la forma del documento público, salvo que se trate de donación de valor módico. V. sentencias de Casación y de varios tribunales de apelación en *Rep. Foro It.*, voz *donazione*, 1929, núms. 19 y 27; 1941, núms. 44, 45, 47 y 54; y 1937, núm. 67.

Sobre la validez, como donación manual y dentro de los límites de ésta, del depósito de dinero mediante una libreta de ahorros que el donante hace abrir a nombre del donatario: cfr. sentencia de casación de 27 julio 1937, *Rep. Foro It.*, 1937, núm. 68.

7 Cfr. Planiol, op. cit., V, núms. 378-379. V. también el art. 488 Código civil egipcio.

A la vista del texto del art. 931 C. c. francés no es fácil justificar la validez de las donaciones manuales. Su validez se funda en la tradición (v. supra § 5) y en la interpretación dada por Daguesseau al art. 1 de su Ordenanza de 1731, reproducido en el art. 931; interpretación según la cual la entrega de la cosa mueble no es un "*acte*" (?). En todo caso, la jurisprudencia y la doctrina francesas son unánimes: Planiol, op. y loc. cits.

8 V. supra nota explicativa núm. 3 al § 22. Nuestra *condictio indebiti*, como acción personal para la repetición de un pago sin causa (arts. 1.376 y siguientes C. c. francés, 2.033 y sgtes. C. c. italiano, etc.) se refiere probablemente al pago que tenga por objeto una cosa genérica confundida en el patrimonio del "*accipiens*" o a una cosa que ya no exista en el patrimonio de éste.

Sobre la concepción de la entrega como acto abstracto de *transfert*, a propósito de las donaciones manuales, v. Planiol, op. cit., V, núm. 379. Pero véase también infra nota 10.

9 Esto confirmaría la opinión dominante, según la cual en los sistemas latinos falta un acto de *transfert* abstracto y separado del contrato que obliga a realizarlo o fija su "causa" (v. supra nota explicativa núm. 3 al § 22).

La misma especificación de la cosa genérica, *sin entrega*, sólo produce el traspaso (art. 1.378 C. c. italiano) si su "causa" es una venta (o un contrato

Más bien me inclino a creer que la entrega constituye aquí, para los actos de enajenación desprovistos de *cause suffisante* o de la forma de la donación, otro *vestimentum* de garantía al lado de estos dos.[10] Dada esta función de la entrega (v. nota 3), se exige con bastante rigidez un despojo efectivo: no sería suficiente un mero constituto posesorio; se necesita la entrega manual o un acto equivalente.[11]

Existen, pues, tres *vestimenta* para el acto de enajenación: la *cause suffisante*, la forma o esquema formal-causal de la donación y la entrega cuando se trate de muebles (con la limitación a los bienes de valor módico en el Derecho italiano y en otros semejantes). Es decir, existen los mismos *vestimenta* que, como hemos visto, se necesitan para la promesa de dar y, además, la entrega.

Así es que todas las cuestiones que, como hemos visto, surgen a propósito de la *cause suffisante* en las promesas de dar (§§ 9-13) vuelven a presentarse en los actos de enajenación (v. nota 12). Es más, en la práctica tales cuestiones se presentan con más frecuencia a propósito del acto de enajenación (como "donación") que no a propósito de una obligación de dar, especialmente cuando el objeto sea una cosa inmueble o una cosa cierta y determinada. En efecto, en estos casos suele haber sido ya entregada la cosa cuando surge el litigio; de manera que no existiendo en la práctica ninguna obligación (salvo la de una garantía del donante por evicción, expresamente convenida o hasta la concurrencia del gravamen, que no suele discutirse) el litigio tiene por único objeto la validez del acto de enajenación en sí.

Como veremos en el vol II, Casuística, la jurisprudencia se refiere muy a menudo a casos de estas características,[12] aunque no faltan otros en los que se discute sobre la obligación de dar una cantidad de dinero (en el Derecho italiano la cuestión se presenta también cuando la canti-

semejante: *cause suffisante*) o una donación hecha en documento público. Es más, ni siquiera basta la entrega en el Derecho italiano si la cosa donada y especificada no es de valor módico.

10 Ésta es, en definitiva, la tesis de Planiol, op. cit., V, núm. 379: "la tradición juega el mismo papel que la forma". Ya Pothier, *Traité des donations*, cit. núm. 46, consideraba la *tradition* (incluso la de inmuebles) como una forma para la validez de la donación como acto de traspaso (v. también Pothier, op. cit., núm. 132).

11 Cfr. Planiol, op. cit. V, núms. 381 y 401 bis, quien, siguiendo a la jurisprudencia, admite la donación manual con reserva de usufructo (que podría ser el caso típico de constituto posesorio), con tal de que la cosa sea entregada y quede en manos del donatario. La entrega del resguardo de un depósito de títulos al portador no sería suficiente (Planiol, op. cit. núm. 381 y la jurisprudencia que cita); v. también supra nota 4.

12 Así en los casos: Ciudad de Marsella-Emperatriz Eugenia (*transfert* total de un terreno); Ranzato-Regini (cesión de derecho de autor); Bianciotto-Pignatelli (v. § 11, nota 26); y muchos otros recogidos en el vol. II, en los que se discute si existe una contraprestación o una *causa praeterita* suficientes para la validez del traspaso sin necesidad de la forma del documento público, es decir, sin necesidad de recurrir al esquema causal-formal de la donación. V. también nota 6.

dad haya sido pagada, si se ha rebasado el límite del valor módico).

En cambio en el Derecho alemán la cuestión de la *cause suffisante* se presenta sólo respecto a la promesa, y no respecto al acto de enajenación.

2. *Derecho alemán.* — En este sistema, como es sabido, el acto de enajenación es abstracto y queda separado del contrato que obliga a dar o que, por lo menos, fija la causa de la transmisión. El Derecho alemán ha establecido el requisito de la forma notarial sólo para la promesa a título de donación (para la que se presenta también en dicho Derecho el problema de la *cause suffisante,* v. § 10 al final, especialmente en cuanto a la *causa praeterita*; v. § 11, nota 11).

En cuanto al acto de enajenación, el Derecho alemán se conforma con la garantía que, contra decisiones poco meditadas, resulta de la diferencia entre el prometer y el dar concretado en un acto de *transfert,* o de la consideración psicológica de que es más fácil prometer que dar efectivamente.[13]

Para algunos derechos o bienes, como para los derechos reales inmobiliarios, el *transfert* se rodea de formas que pueden ofrecer dicha garantía (v. nota 13).

Pero para las cosas muebles la garantía o el obstáculo parece mucho menos eficaz, ya que el *transfert* puede también llevarse a cabo mediante el constituto posesorio; aunque se exija un constituto posesorio concreto o específico y no abstracto o genérico.[14]

Para los créditos y para los derechos sobre bienes inmateriales (de autor, de inventor, etc.) la garantía parece todavía menos eficaz ya que el acto de *transfert* queda libre de toda forma (v. nota 13); la garantía se reduciría a la comprobación de una voluntad de disponer o de despojarse de la cosa o del bien, y no de prometer sólo la cesión (cuestión de hecho, no siempre fácil de resolver cuando no existe ni siquiera un documento escrito).[15]

13 Así resulta del art. 518, último párrafo, C. c. alemán y de los comentarios a dicho artículo (Planck, Staudinger, Oertmann, Warneyer), según los cuales la donación real (incluso como ejecución de una promesa o contrato de donación nulo por defecto de forma) es válida cuando se haya realizado el acto de *transfert* según los modos *comunes, establecidos también para los transferts cuya "causa" no sea una donación.* Estos modos pueden ser: una cesión verbal de créditos o de derechos sobre bienes inmateriales (artículos 398 y 413 y sus comentarios); un constituto posesorio (art. 930 y comentarios); la *Auflassung* y la inscripción en el libro fundiario para la enajenación de inmuebles (arts. 873 y 925), o el acuerdo y la inscripción para la constitución de derechos reales inmobiliarios (art. 873).

14 Como el constituto posesorio ha de ser concreto (usufructo, depósito, prenda, arrendamiento, v. art. 868; u otras relaciones que justifiquen la posesión mediata: v. autores citados en la nota anterior) habrá quizá más rigor en la donación al controlar si verdaderamente ha habido un constituto posesorio concreto y no una mera retención de la posesión por cuenta del donante (el llamado constituto posesorio abstracto).

15 Sin embargo, en la práctica será bastante raro que se haga donación de uno de esos derechos sin un documento escrito, aunque sólo sea a los fines

La promesa de ceder un derecho de crédito, de autor, de inventor, etcétera, a título de donación o por una *cause insuffisante*, sería nula si no se hiciera en forma notarial; mientras que sería válida la cesión aunque se hubiera hecho verbalmente (prescindiendo de la cuestión de la prueba).

Más todavía: una letra de cambio a título de donación, por ser una promesa sería nula entre las partes si no revistiera la forma del documento público;[16] mientras que sería válida la donación de una cosa mueble hecha mediante constituto posesorio o la cesión verbal de un derecho de crédito, de autor, etc.

Estos curiosos resultados derivan probablemente de cierto doctrinarismo o de cierta "lógica" que impregnan el código alemán; por lo cual, habiéndose establecido el carácter separado y abstracto del acto de enajenación, se ha mantenido tal carácter entre las partes aun cuando dicho acto no ofrezca garantía o cautela formal, sin conceder ni siquiera una *condictio* en el caso de ausencia de forma notarial en un contrato que obligara a realizar dicho acto y fijara su causa, es decir, una *condictio* por falta de causa (a consecuencia del defecto de forma).[17] Por otra parte, si el acto de enajenación es abstracto, la "lógica" impondría la no exigencia de una forma especial para dicho acto cuando su "causa" fuera una donación (pero contra esta lógica, v. lo que ocurre en el Derecho suizo).

3. *Derecho suizo.* — En este sistema, pese a que se considera el *transfert* como un acto separado del contrato (v. arts. 656 y sgtes., 714 y siguientes C. c.; 164 y sgtes. C. oblig.), se exige para la validez de la donación manual la entrega efectiva de la cosa mueble, sin que baste con un simple constituto posesorio.[18]

En cuanto a las donaciones de inmuebles, la inscripción en el libro fundiario sólo puede hacerse sobre la base de un documento auténtico (como, por lo demás, para cualquier *transfert:* art. 657 C. c.; pero los artículos 242-243 del C. oblig. lo repiten a propósito de la llamada promesa de donación).

de la notificación al deudor o de la publicidad. Pero en teoría, existe la posibilidad de un mero *transfert* verbal.

16 V. nota explicativa núm. 3 al § 22; v. también los comentarios al artículo 518 C. c. alemán citados en nota 13.

17 V. comentarios al art. 518 citados en nota 13, en los que precisamente se atribuye al último párrafo de este artículo el significado de un *transfert* no sujeto a *condictio*, aunque el contrato de donación, como "causa", sea nulo por defecto de forma.

18 Cfr. Guhl, *Droit féd. des obligations*, cit. § 43, págs. 246-247, a propósito del constituto posesorio previsto en los arts. 717 y 924 C. c. suizo. Sólo excepcionalmente la jurisprudencia suiza ha admitido el constituto posesorio a título de donación; por ej., en el caso de títulos al portador depositados en un banco a nombre del donatario o con orden de inscribir el depósito a nombre del donatario, o haciendo inscribir en una libreta de ahorros de éste un crédito de dinero (v. la jurisprudencia que cita en pro y en contra). Casos que, por cierto, no parecen representar un verdadero constituto posesorio (véase nota 6 al final).

La cesión de créditos o de otros derechos, como acto de transmisión que también puede ser oneroso, requiere la forma escrita (art. 165 Código oblig.); de manera que para la cesión o título gratuito existe por lo menos la garantía o el obstáculo consistente en la exigencia de un acto de despojo revestido de cierta forma. Por lo demás, esta forma escrita es suficiente también para la llamada promesa de donar cosas muebles corporales (art. 243 C. oblig.)

El Código suizo de las Obligaciones, arts. 242-243, considera como promesa de donar a todos los actos que no vayan acompañados de inscripción en el libro fundiario (si se trata de inmuebles) o de entrega (si se trata de muebles), aunque en realidad la voluntad de las partes pueda haber sido la de disponer inmediatamente y no la de prometer (v. supra al principio de este § e infra nota 32 sobre el *common law*).

También en el Derecho suizo el problema de la *cause suffisante,* o del concepto de "donación" y sus límites, se presenta tanto para la promesa como para el acto de enajenación, ya que para inscribir una de las llamadas promesas de donación de inmuebles se necesita el documento notarial y para hacer una donación de muebles no basta con el constituto posesorio.

b) *La renuncia y el contrato modificativo en el civil law.*

Los distintos sistemas del *civil law* parecen estar de acuerdo en admitir que la renuncia a un derecho, con tal de que se trate de verdadera renuncia,[19] no está sujeta a las formas de la donación, aunque dicha renuncia se haga con intención de liberalidad.

La renuncia puede quedar sujeta a formas especiales, pero se trata de formas impuestas cualquiera que sea la "causa" o intención de las partes (v. por ej., art. 1.350 C. c. italiano; arts. 249 y 864 C. italiano de la navegación; art. 928 C. c. alemán, etc.).

El que la renuncia hecha con intención de liberalidad quede dispensada de las formas de la donación se justifica de diferente manera en los distintos sistemas jurídicos.

En el Derecho italiano, en el francés y, en general, en los sistemas latinos, se considera relevante sobre todo la voluntad de desprenderse de un bien y de la carga de su gestión,[20] así como la confianza que suscita

19 Conocidas son las cuestiones sobre este particular: ha de tratarse de una renuncia que aproveche automáticamente a una persona y no por ser hecha concretamente en su favor (ej., renuncia a la herencia en favor de un determinado coheredero). V. mi citado artículo en *Riv. dir. comm.,* 1952, I, página 392, nota 2.

20 Cierta corriente considera, sin embargo, como donación la renuncia hecha por convención con espíritu de liberalidad: pero en general tampoco en este caso se requiere la forma de la donación. Cfr. mi citado artículo en *Rivista dir. comm.,* 1952, I, págs. 392-393, notas 2 y 4 y autores allí citados. Cfr. para una referencia más amplia, Balbi, *Saggio sulla donazione,* Torino, 1942, págs. 20 y sgtes.

en los terceros o en el deudor semejante acto de "abandono" del derecho.[21]

En el Derecho alemán y en el suizo, como la forma de la donación se exige sólo para la promesa pero no para el acto dispositivo, la renuncia queda libre de dicha forma precisamente por ser acto dispositivo, aunque se haga con intención de liberalidad y sea "aceptada" como tal.[22]

Lo mismo ocurre en el caso especial de la remisión de deuda, que en algunos sistemas jurídicos o por algunos autores (al menos en el caso de donación) es considerada como una convención.[23]

Queda, naturalmente, el problema de comprobar la voluntad de renunciar cuando ésta no resulte de las formas especiales establecidas por la ley (ej., art. 928 C. c. alemán); problema que puede presentarse también frente a un simple documento escrito. La garantía de una severa indagación de tal voluntad se consigue con el conocido principio de que las renuncias no se presumen y a la vez, indirectamente, con los requisitos para la prueba.[24]

En cuanto al contrato modificativo, incluyendo el solutorio o extintivo,[25] ha sido abandonada la distinción romana entre *pacta adjecta in continenti* y *ex intervallo*. Incluso estos últimos son válidos sin necesidad de una forma especial[26] y ya Grocio veía en ellos un caso de *cause raisonnable* (v. § 4, *d*).

Aunque la modificación contenga concesiones (moratoria, modificación del lugar del pago, o de la cualidad de la cosa, aun sin que exista verdadera y propia novación objetiva, etc.) u obligaciones (aumento de precio, etc.), concesiones u obligaciones que no tengan una contrapartida

21 De ahí que se haya hablado también del carácter abstracto de la renuncia, carácter que resulta más claro en el Derecho suizo (v. art. 115 y comentarios) y en el alemán. Cfr. sobre este punto mi citado artículo, página 392, nota 3.

22 Cfr. arts. 397, 517 y 518 C. c. alemán y los comentarios citados en nota 13.

23 V. art. 397 C. c. alemán; art. 115 C. suizo oblig. y comentarios; cfr. también mi artículo citado, pág. 393, nota 4.

24 Cfr. sobre este punto mi artículo citado, págs. 394-395 y la nota 6, especialmente en cuanto a los casos de restitución del documento (al que no vaya incorporado el crédito), etc.

25 En general se ve en el contrato modificativo un acto de disposición de la relación anterior, más que la asunción de obligaciones (v. arts. 1.134 Código civil francés; 1.321 y 1.372 C. c. italiano; 305 C. c. alemán). Incluso cuando de la modificación nace una obligación, la asunción de ésta parece ir siempre precedida de un acto de disposición, o sea, de la renuncia al derecho de hacer valer la relación anterior tal como estaba. En cuanto al contrato extintivo o solutorio, consiste en un conjunto de recíprocas remisiones.

26 Salvo que para el contrato modificativo se exigiera una forma especial o se tratara de modificar derechos reales inmobiliarios o similares, si los actos de disposición de éstos requirieran una forma especial (v. por ej., artículo 1.350 C. c. italiano, a diferencia del Derecho francés, en el que incluso la venta de inmuebles puede hacerse verbalmente).

Naturalmente, en el primer caso, si se tratara de una pura y simple renuncia no se necesitaría la forma del contrato (unilateral) a cuyo derecho se renuncia; v. supra en el texto.

sino que respondan a otros intereses, tales concesiones u obligaciones son válidas sin necesidad de formas especiales (salvo las que mencionamos en nota 26).

Pero tiene que tratarse de una verdadera y propia modificación. Lo que sucederá, en general, cuando el contrato todavía no se haya cumplido o cuando la relación se encuentre en su fase de cumplimiento y una de las partes conceda algo o se obligue a algo, aunque sólo sea para obtener un cumplimiento más fácil y espontáneo de lo que le deba la otra parte (prescindiendo, indudablemente, del caso de transacción).[27]

En cambio, si no se trata de verdadera y propia modificación sino de una concesión o de una mayor obligación añadida por espíritu de liberalidad o por imperativo de un deber moral, entonces puede surgir el problema de la *cause suffisante* y de la forma de la donación. Naturalmente, este problema sólo surgirá en la obligación de dar,[28] pues para las demás obligaciones no se exige la forma de la donación (v. § 14).

Así, cuando habiéndose concluído una venta por un precio demasiado bajo, aun sin llegar a constituir un supuesto de lesión o habiendo transcurrido los plazos para la oportuna acción, el comprador se obligue a aumentar el precio obedeciendo a un deber moral (v. § 11, notas 30-32).

Mientras que el caso del aumento de precio por espíritu de liberalidad implica una donación lisa y llana, el caso del deber moral da lugar al problema de la *cause suffisante*. Sin embargo, prescindiendo de los sistemas o doctrinas que no reconocen en este caso una obligación natural o que nunca reconocen a la obligación natural como *cause suffisante* de una promesa (v. § 11), en la práctica será difícil establecer si el aumento prometido (o dado, v. nota 28) es excesivo respecto al valor objetivo de dicha obligación natural. Salvo en casos extremos de exceso grave, la cuestión se deja en gran medida a la apreciación subjetiva de las partes.

c) *El common law.*[29]

1.º *Actos de enajenación.* — En forma muy resumida y esquemática puede decirse que actualmente para transmitir o constituir un derecho

27 Es decir, y usando la terminología del *common law*, si ha habido un *bargain* entre las partes, aunque una de ellas sólo lo haya hecho para obtener de la otra de manera más fácil y espontánea el cumplimiento de lo que ésta ya le debía, es decir, para facilitar dicho cumplimiento (v. supra § 30, nota 5 y § 35, *c*).

28 O en un acto de enajenación en los sistemas latinos (v. supra, *a*, 1.º) cuando, por ejemplo, al margen de un contrato de venta y para cumplir el deber moral de una contraprestación mayor, el vendedor se obligue a entregar una mayor cantidad de terrenos u otro inmueble (sin la forma del documento público). O bien, en el Derecho italiano, en el que se establece la nulidad de las donaciones manuales que sobrepasen el valor módico, cuando por idéntico deber moral el comprador *pague* un precio mayor.

29 Resumo aquí, de manera todavía más sucinta, mis citados artículos en *Riv. dir. comm.*, 1952, I, págs. 257 y sgtes. y 396 y sgtes., a los que me remito para un estudio más detallado.

como *legal right* (en contraposición al *equitable right*, v. infra) se necesita:

— la *forma:* la típica es la del *deed*, sobre cuya función en esta materia puede verse § 34, nota 7; pero también las formas de la cesión por documento escrito y notificado, para los créditos en el Derecho inglés;[30] o bien las formas del *transfert* para los títulos que llevan "incorporado" el derecho.

— o la *entrega*, circunscrita a las cosas muebles corporales *(choses in possession, capable of delivery)* y a los títulos al portador.[31]

— o una *consideration*, es decir, un simple acuerdo acompañado de *consideration (bargain)*, para las cosas muebles corporales, para los créditos y para los derechos sobre bienes inmateriales. E incluso para los *interests in land* (aproximadamente, los derechos sobre un inmueble) bastará un acuerdo semejante para producir a favor del adquirente un *interest* protegido en *equity* entre las partes y frente a terceros que no sean adquirentes de buena fe y a título oneroso.

Forma, entrega (circunscrita a los casos mencionados) y acuerdo mediante *consideration* (para los *interests in land* con el alcance indicado) son los tres modos de enajenación *inter vivos* admitidos en el *common law* para los *legal rights*.

Un mero acuerdo sin *consideration* es tratado como mera promesa o *pactum nudum*.[32]

Este sistema de los modos de enajenación *inter vivos* es intermedio entre los llamados sistemas latinos y los sistemas del acto de *transfert* formal y separado del contrato (v. supra, *a*). Se parece a estos últimos en que se admite la entrega, el *transfert* de títulos y el acto formal que no se puede equiparar a nuestra donación por documento notarial, precisamente porque se trata de un acto formal (v. supra § 34, *a*). Se parece aparentemente a los sistemas latinos ya que, lo mismo que en éstos, se admite la transmisión (para los inmuebles, con el alcance limitado que hemos indicado) sobre la base de un acuerdo mediante *consideration*.

Pero la *consideration* es distinta de la *cause suffisante*, como lo es

30 Mientras en el Derecho americano se admite el *deed* para la cesión de créditos o *assignment* (concebida como atribución irrevocable de un poder de exigir), en el Derecho inglés, después de la *Judicature Act* de 1873, es necesaria y suficiente la cesión escrita y notificada, como acto formal que no requiere *consideration:* esta cesión es un verdadero *transfer* y no un *power of attorney* irrevocable. Ha sido admitida también en varios Estados de la Unión Americana. V. mi artículo citado en *Riv. dir. comm.*, 1952, I, pág. 268.

31 El *common law* americano admite mayor número de casos en los que la entrega de un documento puede valer como *transfer* sin necesidad de *consideration*. V. mi artículo citado, pág. 268, nota 36.

32 Cfr. autores y *cases* en mi artículo citado, pág. 261, nota 6 y página 268, nota 30; concretamente en cuanto al valor de meras declaraciones, como *"te doy este cuadro" (I will give you this picture); "estas cosas son para ti" (these are for you)* y similares; y lo mismo para una mera cesión de crédito no formal y sin *consideration*.

Puede verse una concepción análoga en el Derecho suizo, supra, *a*.

también en materia de contratos.[32 bis] Es decir, se aplican también para el acuerdo de enajenación mediante *consideration* las mismas reglas que para los *contracts* (v. §§ 26, 28, 30, 31). Podría servir también la concreta *reliance* a que hemos aludido en § 27, *a*.[33]

Sin embargo el cuadro no queda completo. Los modos de enajenación mencionados se refieren a los *legal rights* o *legal interests* protegidos por el *law* en sentido estricto (v. § 25, núm. 10).

Para la creación de un *trust* en favor de una determinada persona, que equivale a crear en favor de ella un *equitable right* o *equitable ownership*,[34] no se necesitan ni la forma, ni la entrega, ni la *consideration*. Basta con una declaración unilateral y meramente verbal, salvo el documento escrito *ad probationem* para las *interests in land*. Con lo que mediante la institución del *trust*, obra de la *equity*, el *common law* (en sentido amplio) ha llegado a reconocer la donación con mucha más amplitud que el *civil law*.[35]

Tampoco para la transmisión de un *equitable interest* se necesita *consideration*, ni entrega, ni *deed*, aunque se exija un escrito *ad probationem* (en los EE. UU.) o un escrito *ad substantiam* (en el Derecho inglés).[36]

2.º *Remisión de deuda y acuerdo modificativo.* — Como ya hemos tenido ocasión de indicar (v. §§ 30 y 35, *c*) el *common law* impone para

32 bis De manera que, por lo que se refiere al acuerdo de enajenación, dada la diferencia sustancial entre *consideration* y *cause suffisante*, la semejanza con los sistemas latinos es sólo aparente. En el *common law* los requisitos de la forma *(deed)* o de la *consideration* no se inspiran en la protección del promitente o enajenante y de su familia contra las donaciones, preocupaciones que no existen en el *common law*. Por otra parte, tales requisitos se extienden también a las simples obligaciones de hacer, que no implican donaciones.

33 Sobre la cesión de *créditos*, cfr. el § 158 del *Restatement* americano sobre *Contracts*, en donde se admite también, como base de una cesión, una deuda anterior prescrita (v. supra § 28, *a*).

En general el acto de enajenación ha sufrido la misma evolución histórica que el *contract;* cfr., a propósito de la venta de muebles, como *transfert*, mi citado artículo, pág. 263.

34 Esta propiedad *in equity* se puede crear mediante una *declaration of trust* por parte del titular del derecho, que declara ser *trustee* o tener ya la cosa en interés de otra persona *(beneficiary)*. O bien mediante un *transfer* (en las formas indicadas supra para los *legal rights*) a una persona *(trustee)* con la declaración de que la cosa se entrega en *trust* en beneficio de otra persona *(beneficiary)*. En ambos casos no se exige ni forma ni *consideration* para tal declaración.

La *equitable ownership* así creada en favor del *beneficiario* está protegida por la *equity* entre las partes y frente a terceros que no sean adquirentes de buena fe y a título oneroso. Cfr. mi artículo citado, págs. 269 y 272.

35 Sobre las razones de este especial tratamiento amplio de las donaciones mediante *trust*, cfr. mi artículo citado, págs. 270-271.

36 Para más detalles sobre este punto, v. mi artículo citado, pág. 371, notas 47-49.

estos actos los mismos requisitos que para el *contract* o acto de obligación.[37]

Se necesitará o el *deed* o bien la *consideration* en el sentido técnico a que hemos aludido en los §§ 28-30, que implica la idea de una *acceptance* (remisión convencional). Podrá servir también la concreta *reliance* a que aludíamos en § 27, *a*, cuando se la admita (v. sin embargo sobre el convenio, supra § 35, *c* y mi citado artículo en *Riv. dir. comm.*, 1952, I, página 402, nota 28).

El simple interés en obtener un fácil y espontáneo cumplimiento de lo ya debido, o de parte de ello, no es suficiente aunque haya habido un *bargaining*, es decir, aunque la promesa o la concesión se hayan hecho para facilitar o para obtener el cumplimiento espontáneo (v. supra §§ 30 y 35, *c*). A diferencia de lo que ocurre en el *civil law:* v. supra, *b*.[38]

Esto ha dado lugar a graves inconvenientes y a *technicalities* en la práctica de los negocios: v. supra § 35, *c*, así como mi artículo citado en *Riv. dir. comm.* 1952, I, págs: 401-403.

Para la remisión de deuda se consideran como modos formales, además del *deed*, la restitución, la cancelación o la destrucción del documento que incorpore el crédito (equivalentes a la entrega de las cosas muebles).[39]

Sin la forma, la *consideration*, o estos modos de anular ciertos documentos, la remisión y el acuerdo modificativo se consideran nudas promesas *(bare promises)* o *pacta nuda*.[40]

Sobre la renuncia o la modificación de relaciones no obligacionales, cfr. una breve indicación en mi citado artículo en *Riv. dir. comm.*, 1952, I, pág. 396.

Podríamos, pues, llegar a la conclusión de que en el *common law*, y prescindiendo de los *trusts* y del *transfer* de *equitable interests*, se es-

37 Esta evolución paralela del *contract* y de la remisión o modificación de un contrato se advierte también en las recientes reformas o propuestas de reforma para sustituir el *deed* por el documento escrito (sin necesidad de *consideration*): v. supra § 31. La *Uniform Written Obligation Act*, adoptada en algunos Estados de la Unión Americana, considera suficiente para la remisión un documento escrito, con tal de que contenga una expresa declaración de que el acreedor "*intends to be legally bound*" (Williston, *Contracts*, § 1.822); precisamente lo mismo que en el *contract:* v. supra § 31, notas 2 y 3.

38 Si el *common law* quiere ser consecuente con su sistema no podrá nunca llegar a reconocer una remisión de deuda no formal, como la del *civil law*, es decir, sin *consideration*, ni pago parcial (como objeto de un *bargain*), ni *reliance* (§ 27, *a*). Las reformas o propuestas de reforma llegan a lo sumo a sustituir el *deed* por el documento escrito, a admitir el pago parcial y la *reliance*.

39 Así, cuando el crédito resulta de un *deed*. El principio se ha extendido también a los títulos de crédito y a otros documentos formales; en algunos Estados de la Unión Americana, incluso a la restitución del documento prueba del crédito o de una copia, tal vez con la anotación de "recibido" o "pagado" (acercándose así a las reglas de los arts. 1.282-1.283 C. c. francés). Cfr. mi artículo citado, pág. 400, nota 18.

40 Sobre esta concepción de la remisión como *promise*, v. mi artículo citado, págs. 396-399; también supra nota 32.

tablecen los mismos requisitos para el acto dispositivo en general (enajenación, renuncia, modificación) que para el *contract*: forma, *consideration, reliance* (§ 27, *a*), además de la entrega de cosas muebles o de ciertos documentos, o la restitución, cancelación y destrucción de éstos, como símbolos de la remisión.

En cuanto al Derecho escocés, v. las breves indicaciones hechas supra § 36, *e*.

d) *La forma de las donaciones en el civil law. Decadencia del documento notarial.*

La función que cumple la forma del documento notarial en las donaciones es la indicada supra en § 8, y no la de comprobar la intención de vincularse jurídicamente (de no ser así, en los derechos italiano y alemán debería bastar, por ejemplo, con la forma de la letra de cambio). En dicha función de protección al promitente o enajenante, alternando con la *cause suffisante* como justificación del acto, la forma notarial ha sido sustituída por la entrega y por el *transfert* inmediato (v. supra, *a*). Pero hay que reconocer que estos sustitutivos no cumplen aquella función tan eficazmente como el documento notarial.

La ceremonia del documento notarial, la intervención del notario, que es o era a menudo el consejero de la familia y que puede recordar al donante sus deberes y hacerle ver las consecuencias del acto, todo ello constituye o constituía un freno a las decisiones poco meditadas y poco justificadas, y puede o podía verdaderamente presentarse como una función en alternativa con la de la *cause suffisante*.

Parece que esta forma vaya perdiendo su valor y su atractivo poco a poco en la costumbre y que esté sufriendo un proceso de decadencia.

Este proceso se pone de relieve todavía más cuando, como ocurre en el Derecho suizo, incluso para la promesa a título de donación que tenga por objeto bienes muebles se admite la simple escritura privada (art. 242 Código suizo oblig.).[41]

En el Derecho francés, que exige la forma notarial para los actos de enajenación, el proceso de decadencia se manifiesta en otros aspectos. En efecto, se consideran válidas, lo mismo como promesas que como actos de enajenación, las donaciones disimuladas, las hechas mediante un *billet non causé* o mediante letra de cambio, las promesas de suscribirse a una obra de beneficencia o de interés público.[42] Se consideran válidos además,

41 Sin embargo, esta forma de la escritura privada para las promesas de donación no puede confundirse con la escritura privada exigida para ciertos tipos de actos distintos de tales promesas (v. supra § 18). En efecto, como dicha forma se exige en alternativa con la *cause suffisante*, representa más bien un esquema genérico causal-formal (aunque la forma consista en la promesa escrita) para la validez de *todas* las promesas *en general* que carezcan de *cause suffisante;* v. supra § 18 y § 8, nota 3.

42 Cfr. sobre estos puntos, Planiol, *Traité pratique* cit., V, núms. 413-418 y 423 y sgtes. y las citas que incluye. V. también art. 488 C. c. egipcio.

sin necesidad de dicha forma, muchos actos que son verdaderas y propias donaciones *avec charges* o a los que se niega el carácter de donación sólo porque falta en ellos el puro espíritu de liberalidad (sobre estos últimos puntos, v. supra §§ 9-11 y vol. II, Casuística). Las razones de estas excepciones o desviaciones del principio de la forma notarial son bastante difíciles de encontrar:[43] se trata, en realidad, de una tendencia de la jurisprudencia francesa contraria a la exigencia de dicha forma, sobre todo en aquellos casos en los que el faltar a la palabra dada parece menos justificado. La simulación, el *billet non causé*, la escritura privada, son menguados sustitutivos de la función del documento notarial, indicada supra en § 8; es más, la jurisprudencia francesa en esos casos ni siquiera se preocupa del práctico aniquilamiento de tal función.[44]

Como baluarte de la forma notarial en las donaciones queda el Derecho italiano, en el que no sólo no se admiten esas desviaciones de la jurisprudencia francesa, sino que se exige la forma notarial incluso para las donaciones de muebles que se lleven a cabo mediante entrega u otro acto de despojo equivalente, cuando superen el límite del valor módico (véase supra, *a*).

El Derecho alemán mantiene la exigencia de la forma notarial o judicial para las promesas, pero no para las donaciones efectuadas mediante un acto de *transfert* (v. supra, *a*).[45]

Sin embargo, a pesar de ese proceso de decadencia de la forma notarial, el principio de la *cause suffisante* queda siempre en pie. En efecto,

43 Para la simulación la justificación podría consistir en que no implica por sí misma una causa de nulidad; en que los arts. 911 y 1.099 C. c. franceses, anulando en ciertos casos las donaciones disimuladas, permiten entender que son válidas en los demás casos; en que se admiten las donaciones indirectas; en que se debe proteger a los terceros (Planiol, op. cit., núm. 425 en nota). Razones todas que nos dejan perplejos. Pero la regla, que se afirmó en la jurisprudencia ya antes del Código de Napoleón, sigue en pie.

Otro tanto puede decirse de las donaciones hechas mediante *billet non causé*, como promesa de pago o reconocimiento de deuda, cuya validez se justificaría con el concepto de donación indirecta mediante un acto neutro (Planiol, op. cit., núm. 413); justificación muy discutible frente a la regla de la presunción de "causa" en el *billet non causé* (v. supra nota explicativa núm. 4 al § 22, y especialmente nota 37). Quizá se pudiera más bien hablar de donación disimulada bajo el reconocimiento de una deuda jurídica anterior con una "causa" (¡onerosa!).

En cuanto a las promesas de suscripción a una obra de beneficencia o de interés público, se invocan: o el concepto de un contrato *sui generis*, admitido por la costumbre, o una *cause suffisante* consistente en el interés personal de los suscriptores o en la ausencia del puro espíritu de liberalidad; o el concepto de la donación indirecta. Este último todavía más dudoso (v. Planiol, op. cit., número 418).

44 La misma admisibilidad de las donaciones de muebles mediante entrega y sin límite de valor se justificaba, en la tradición anterior al Código de Napoleón, en razón de una economía en la que los muebles se consideraban como cosas viles; pero tal justificación ya no sirve.

45 Sobre la simulación en los derechos italiano y alemán, v. art. 1.414 Código civil italiano y arts. 117 y 518 C. c. alemán.

a la simulación, el *billet non causé,* la escritura privada y similares se acude en cuanto falta una *cause suffisante*:[46] en este sentido, representan también otras tantas formas en alternativa con la *cause suffisante.* Si ésta existe, no hay necesidad de que el acto se revista de esas formas o *vestimenta.*

En el *common law* el proceso de decadencia del *deed* (v. supra § 34, *a*) obedece a razones distintas. En dicho sistema no existe la preocupación de proteger al promitente y a su familia contra las donaciones; la *consideration* no corresponde a la *cause suffisante;* y el *deed,* en defecto de *consideration,* se requiere también para las obligaciones de hacer y para ciertas promesas interesadas que no reúnen los elementos de nuestro concepto de donación (v. supra §§ 7, 16, 26, 28 y 30).

NOTA DEL TRADUCTOR. — *Ya hemos tenido ocasión de indicar (v. nuestras notas a los §§ 1 y 22) que nuestro Código se separa sensiblemente de los sistemas "latinos" en orden a la eficacia de los contratos para producir la transmisión de la propiedad. En las notas al § 1 advertíamos que en nuestro Derecho el contrato queda siempre circunscrito a la esfera de los derechos de crédito sin que, por sí sólo, pueda producir efectos traslativos; por lo tanto, no se da esa fusión propia de los sistemas latinos entre el contrato que engendra la obligación y el acto de enajenación. El Código civil español se ha separado de sus modelos francés e italiano al no admitir que por el solo consentimiento pueda operarse la transmisión de la propiedad; a diferencia de lo que ocurre en aquellos sistemas, en el Derecho español existe un acto de transmisión separado del contrato que engendra la obligación de dar o que, por lo menos, establece la causa onerosa o gratuita de la transmisión. La base legislativa de nuestro sistema la constituyen principalmente los siguientes artículos del C. c.:*

Artículo 609, párrafo segundo: al enumerar los modos (derivativos) de adquirir la propiedad se refiere a los contratos en los términos siguientes: "...y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición."

Compárese este precepto con los artículos de los Códigos francés e italiano que enumeran los modos de adquirir. En el art. 711 del francés se dice: "...y por efecto de las obligaciones". En el art. 922 del italiano: "...por efecto de los contratos".

Artículo 1.095 (uno de los que se refieren a las obligaciones de dar): después de reconocer al acreedor el derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla, añade: "Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella *hasta que le haya sido entregada".*

Sobre este punto, la comparación con los Códigos francés e italiano

46 Cfr. Planiol (op. cit., núm. 425, nota 5 y la jurisprudencia que cita) quien afirma que no se necesita el *billet non causé* cuando exista una *cause suffisante* consistente en servicios prestados anteriormente o en una obligación natural (v. supra § 11).

todavía es más significativa. En el art. 1.138 del Código francés se declara que la obligación de entregar la cosa convierte al acreedor en propietario... aunque todavía no haya tenido lugar la tradición. El art. 1.376 del italiano, bajo la rúbrica "Contrato con efectos reales" establece que en los contratos que tengan por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o transmisión de un derecho real, etc., la propiedad o el derecho se transmiten y adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado.

Los dos arts. citados — 609 y 1.095 — son los preceptos clave para determinar el criterio que preside en nuestra legislación la materia de los actos de enajenación. Todavía podría señalarse algún otro precepto que, sin tener el alcance general de los examinados, constituye una aplicación consecuente de lo dispuesto en aquéllos. Así, por ejemplo, al regular las obligaciones del vendedor y, concretamente la de entregar la cosa vendida, el Código prevé la posibilidad de que una misma cosa se hubiera vendido a diferentes compradores y, para tal supuesto, establece en el art. 1.473 las siguientes reglas: si la cosa fuere mueble, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe; si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que primero la haya inscrito en el Registro.

Obsérvese que, si bien los Códigos francés e italiano establecen esta misma regla para los casos de venta de una misma cosa mueble a varias personas (arts. 1.141 y 1.155, respectivamente), la regla tiene distinta justificación en aquellos Derechos y en el nuestro. En los Derechos francés e italiano, la disposición que otorga preferencia al comprador que haya recibido la posesión constituye una excepción al principio según el cual la propiedad se transmite y adquiere por el solo consentimiento; excepción que se justifica por el fundamental principio de que la posesión de buena fe equivale al título. En cambio, el art. 1.473 del C. c. español no establece aquella regla con carácter de excepción sino como una consecuencia de nuestro sistema de transmisión de la propiedad, que no se conforma con el acuerdo de las partes sino que exige la entrega efectiva para que pueda producirse la adquisición del derecho real.

Así pues, según resulta de los arts. 609 y 1.095 del C. c. español, nuestro sistema de transmisión de la propiedad aparece configurado de acuerdo con la llamada teoría del título y el modo de adquirir. El traspaso de la propiedad no puede producirse directamente por el contrato — como en el sistema acogido por los Códigos francés e italiano — sino "por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición"; esos contratos a que se alude en el art. 609 serán los que suelen llamarse "contratos traslativos del dominio", bien entendido que con tal expresión no se quiere aludir a contratos que por sí mismos operen la transmisión, sino a contratos que tienen por finalidad el traspaso de la propiedad pero que para cumplir esa finalidad requieren la cooperación de otro acto, es decir, de la tradición. El contrato solamente suministra el título; *la tradición, que representa el* modo, *completa el ciclo de la transmisión.*

Sin que pueda decirse que nuestro sistema coincide con el que rige en el Derecho alemán, lo cierto es que dista menos de este último que del establecido en los Códigos francés e italiano. Ciertamente, no parece que en nuestro Derecho pueda configurarse el acto de enajenación como negocio abstracto, pero es indudable que dicho acto queda separado del contrato que origina la obligación de dar y que, por lo tanto, constituye la causa de la tradición. Podrá hablarse también aquí — con el mismo alcance que en materia de contratos — de una abstracción que, sin producir todos sus efectos característicos, responde a la distinción entre el acto causal o relación subyacente y el acto abstracto cuya causa no se menciona y ha de buscarse en el convenio causal que le sirve de antecedente (v. notas al § 22). La tradición — acto de entrega, que representa el cumplimiento de la obligación de dar — queda ligada al título o acuerdo que constituye su causa, pero puede ser considerada como acto abstracto en el sentido de acto en el que no se hace mención de la causa. Ese significado tiene la conocida frase según la cual "la tradición es incolora"; en sí misma no revela la causa y en nada se distingue la tradición que se haga en cumplimiento de un contrato de compraventa de la que responda a una permuta o a una donación. (Téngase en cuenta, además, que en otros contratos la entrega de la cosa llega a convertirse en un requisito para la formación del contrato. Son los contratos reales, en los que la tradición tiene un significado completamente distinto).

Por lo demás, el Código no exige en todo caso la tradición real, sino que en muchos casos se conforma con una tradición ficticia, simbólica, instrumental, etc. (v. arts. 1.462, 1.463, 1.464). Esta atenuación del rigor de la exigencia de entrega no puede, sin embargo, ser interpretada como una derogación al sistema de la distinción entre el título y el modo. Siempre queda en pie la regla en virtud de la cual el simple acuerdo no produce la transmisión; siempre se exige la tradición, por mas que pueda quedar reducida a una fórmula ficticia o simbólica. Y aún en el caso de que la cosa (mueble) vendida no pueda trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta, caso en el que, según el artículo 1.463, la entrega se efectuará "por el solo acuerdo de los contratantes" la doctrina suele hablar de "tradición por ministerio de la Ley". El mismo art. 1.463 admite la tradición brevi manu *(cuando la cosa ya estuviese en poder del adquirente "por algún otro motivo"), en la que también se entiende efectuada la entrega "por el solo acuerdo de los contratantes".*

Forzosamente hemos de limitarnos aquí a estas breves indicaciones, sin otro alcance que el de poner de relieve la radical diferencia que existe en este punto entre nuestro sistema y el de los Derechos francés e italiano. Para un estudio más completo del sistema del Código civil en orden a la transmisión del dominio y demás derechos reales, antecedentes históricos, etc., nos remitimos al trabajo de Calvo Soriano, Tradición y donación, *en Anales de la Academia Matritense del Notariado, III, 1946, págs. 399-472.*

En el texto (v. la nota 6) se hace alguna alusión al Derecho español que, sin ser totalmente inexacta, requiere alguna aclaración. En nuestro Código no hay ningún precepto que limite la validez de la donación manual al supuesto de que los bienes (muebles) donados sean de valor módico. El art. 783 del Código italiano admite la validez de una donación de valor módico que tenga por objeto bienes muebles, aunque no se haya formalizado en documento público, con tal de que vaya acompañada de tradición. Es una excepción a la regla general que, en aquel Derecho, impone en todo caso y bajo pena de nulidad la forma del documento público para la donación (art. 782, C. c. ital.).

En cambio, el art. 632 del C. c. español admite en todo caso y sin ningún límite de valor la donación verbal de cosa mueble, con tal de que vaya unida a la entrega simultánea de la cosa donada (v. nuestras notas al § 8). Por lo tanto, no hay ninguna referencia al valor módico, ni ninguna limitación a la donación manual *(es decir, con entrega simultánea) de bienes muebles.*

En cuanto a la fijación de un límite de valor (v. también nota 6) se quiere probablemente aludir al párrafo final del art. 1.280, según el cual "también deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas". Pero, si es así, ya hemos tenido ocasión de señalar en nuestras notas al § 18 cuál es el alcance de este precepto; el art. 1.280 no puede interpretarse más que en relación con lo dispuesto en el art. 1.279. Es decir, no impone un requisito de forma bajo pena de nulidad, sino que enumera una serie de actos en los cuales las partes pueden compelerse recíprocamente a llenar aquella forma (documento público o privado) desde que hubieren intervenido el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. Por lo tanto, aun en el caso de que un contrato en el que la cuantía de las prestaciones de una o de ambas partes exceda de 1.500 pesetas no haya sido formalizado en documento privado, el contrato será válido y las partes tendrán la facultad (pero no la obligación) de compelerse recíprocamente a llenar ese requisito de forma.

Naturalmente, se imponen límites a la cuantía de las donaciones (v. arts. 634, 635, 636). Pero no es de estos límites de lo que aquí se trata, porque no se imponen en relación con el requisito de forma; es decir, no se establecen tales límites para la validez de la donación manual sino de toda donación. No es que por encima de esos límites la donación deba revestir una determinada forma, sino que será nula o habrá de reducirse, cualquiera que sea la forma en que se haya celebrado. Tampoco tiene nada que ver con el problema que nos ocupa la alusión del art. 1.334 a los "regalos módicos" que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia, pues con ello sólo se trata de establecer una excepción a la regla general de nulidad de las donaciones entre cónyuges, establecida en ese mismo artículo.

Por lo que se refiere a la renuncia, hay que tener en cuenta que nues-

tro Código civil, al regular la condonación o remisión de la deuda — que puede hacerse expresa o tácitamente — ha establecido que "la condonación expresa deberá ajustarse a las formas de la donación" (art. 1.187). Por lo tanto, será necesaria la aceptación *del deudor, del mismo modo que se exige la del donatario en los arts. 618 y 629.*

Admitida la posibilidad de una condonación tácita, se establecen algunas presunciones de condonación (v. arts. 1.188, 1.189 y 1.191) e incluso se admite que, aparte de estas presunciones legales los Tribunales puedan apreciar en otros hechos igual efecto (Castán, ob. cit. III. página 292).

Al someter la condonación expresa a los requisitos de forma de la donación, el Código parece partir del supuesto de que el perdón de la deuda se hace con ánimo de liberalidad. No obstante, a juicio de Pérez y Alguer (ob. cit. II-1, págs. 366-367), cabe la posibilidad de un contrato de remisión, cuya causa no sea la donación, así como la de un contrato de reconocimiento negativo o de una renuncia unilateral del crédito. En tales casos, excluído el animus donandi *no hay razón para que la remisión deba quedar sometida a las reglas de forma establecidas para la donación.*

Esto por lo que se refiere a la remisión o condonación de deuda. A otros supuestos de renuncia a un derecho se alude en el art. 1.280, en el que se impone la forma del documento público; pero ya sabemos el alcance de la exigencia de forma establecida en dicho artículo (v. nuestras notas al § 18, y supra en estas mismas notas) y, por otra parte, ya no se trata de imponer precisamente la forma de la donación.

En cuanto al contrato modificativo, tampoco se impone una forma especial. En el art. 1.280, núm. 1º se alude a contratos que tengan por objeto la modificación de derechos reales sobre bienes inmuebles y se establece que "deberán constar en documento público"; pero nuevamente hemos de remitirnos a lo dicho sobre el alcance de este precepto.

Cuando, en 1954, se publicaron los dos volúmenes de Gino Gorla dedicados a "El Contrato", la doctrina italiana del derecho civil, impregnada de conceptualismo pandectista, casi no se dio cuenta. Por lo demás, era difícil que pudiera aceptar una visión realista y funcional del derecho que ponía en duda sus certezas y ofrecía una lectura no dogmática de una institución — el contrato — que vive y se desarrolla en el quehacer social y económico cotidiano. Que, además, un académico se aventurara en el análisis de la prosaica jurisprudencia era, si no una herejía, al menos una rareza.Muy distinta fue la atención — aunque obstaculizada por la barrera lingüística — con la que la obra fue acogida en el extranjero, tanto por la profundidad del pensamiento como por el método casuístico propuesto y aplicado a la comparación jurídica. Setenta años después, "El Contrato" de Gorla conserva aún la frescura de un pensamiento no convencional y constituye un punto de referencia esencial para el jurista que desee estudiar la institución tanto en su dimensión doméstica como en la comparada. Y encontrará en el segundo volumen una abundancia de casos que todavía hoy constituyen ejemplos válidos de las *ratio decidendi* no expresas sobre las que se apoya la jurisprudencia actual.

GINO GORLA (Crema 1906 – Roma 1992),), licenciado en Milán en 1928 bajo la guía de Emilio Betti, se convirtió, con apenas 28 años, en profesor de derecho civil en la Universidad de Cagliari, gracias a una monografía sobre "Del riesgo y peligro en las obligaciones". Gorla se aparta de la dogmática entonces imperante con "La interpretación del derecho" de 1941, a la que seguirán muchas otras obras. Tras haber enseñado en numerosas universidades italianas y vivido una larga y enriquecedora experiencia en la cosmopolita Alejandría de Egipto, Gorla será llamado a la Universidad La Sapienza, sucediendo a su gran amigo y jurista Tullio Ascarelli en la cátedra de derecho comparado, que ocupará hasta su jubilación. Gorla no se limitó a investigar cuestiones jurídicas contemporáneas (ilustrativo su "Comentario a Tocqueville"), sino que, con minuciosidad, reconstruyó vicisitudes jurisprudenciales históricas (entre todas, sus estudios sobre la Rota Romana).

MAURIZIO LUPOI (Roma 1942), emérito de derecho comparado en la Universidad de Génova, fue uno de los primeros discípulos romanos de Gino Gorla y con él contribuyó a la constitución de la Asociación Italiana de Derecho Comparado.

JOSÉ FERRANDIS VILELLA (1926 – 2012), catedrático de Derecho civil de la Universidad Complutense, desarrolló una intensa actividad científica entre 1954 y 2001. Entre sus principales obras destacan: "La comunidad hereditaria", de 1954; "Derecho de obligaciones: las particulares relaciones obligatorias", de 1985, y "El nuevo régimen de los arrendamientos urbanos", de 1995.

Roma Tre