GINO GORLA

EL CONTRATO

PROBLEMAS FUNDAMENTALES TRATADOS SEGÚN EL MÉTODO COMPARATIVO Y CASUÍSTICO

XXX · II

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 · II

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: 979-12-5977-510-8
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

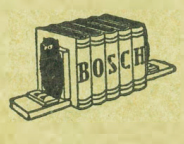
Traducción y notas de comparación
y adaptación al Derecho español, por

JOSÉ FERRANDIS VILELLA

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

II

CASUÍSTICA Y PROBLEMAS



BOSCH, Casa Editorial - Urgel, 51 bis - BARCELONA

ÍNDICE

Advertencias al tomo II 5

Primera Parte
Jurisprudencia italiana y francesa

Capítulo I
Sobre el concepto de donación en general como contrato formal en relación con otros contratos
(Jurisprudencia italiana)

Sección I
Sobre la distinción entre las obligaciones de dar (y los actos de enajenación) y las demás obligaciones.
(V. vol. I § 7)

Antoniucci cr. Scarazzato 17
Ferrario cr. Ferrario 20

Sección II
La causa de la donación y el espíritu de liberalidad

Fiammingo cr. "Opera Nazionale Combattenti" 22
Wild cr. Wild 25
Debens cr. Dellarole 30
Ranzato cr. Scarneo 34
Magenis cr. Magenis 38
Armenise cr. Moroni 42

Apéndice I: *Jurisprudencia española*
Sentencia de 29 de noviembre de 1950 44
Sentencia de 4 de julio de 1947 47
Sentencia de 8 de julio de 1943 50

Capítulo II
La causa suficiente en el problema de las relaciones entre Donación y contrato de cambio y especialmente en el contrato innominado
(Vol. I §§ 10, I2, 13 e 24)

Sección I
El problema en general y en las relaciones entre particulares
(Jurisprudencia italiana)

Bernardi cr. Bernardi 53
De Lorenzi cr. De Lorenzi 59
De Sangro (esposa de Marchetti) cr. Marchetti 61
Cocchi cr. Marioni 66
Salini cr. Silva y "Collegio Alberoniano" 67
Levi cr. Hacienda 69
Rossi e "Lanificio Rossi" cr. Hacienda 71
Zambaldo cr. Lavagnoli 78
Fontana cr. Congregación de Caridad de Roburent 81
Mazzucchelli y otros cr. Saluzzo 82
De Sanctis cr. Ayuntamiento de Roma 86
Barabino cr. Lupi 91
Maggi cr. Scattolini 92
Fantino cr. Pepino 94
Hospital Mayor de Milán cr. Garovaglio 96
Ricciardelli cr. Biondo 99
Guagliardo cr. Granà 105
Garabello cr. Fusani 107
Carrari cr. Masiero 110
Pastorino cr. Pastorino 117
Humar cr. Zbogar 120

Sección II
El problema en las promesas o en las enajenaciones
en favor de una entidad moral, especialmente de carácter público.
(Vol. I § I0 e y § 12 a)
(Jurisprudencia italiana)

Ayuntamiento de Agliè (Congregación de Caridad) cr. Tapparo 124
Casasola (Arzobispo de Udine) cr. Administración del fondo para el culto 126

Cordepatre cr. Ayuntamiento de Monteleone 129
Cadeo cr. Iglesia Parroquial de Chiari 131
Cavezzali cr. Ayuntamiento de Crespiatica y Tormo 136
Hacienda cr. Gentile 138
Asilo Infantil Belluomo cr. Bianchi 141
Tessitori cr. Gagliardi 145
Nota-resumen sobre los casos de esta sección 147

Sección III
La protección de la confianza del promisario («reliance», en el «common law») en relación con los problemas exarninados en las dos secciones anteriores
(Vol. I, § 9, nota 11; § 17 al final; § 27, notas 4 y sigts.)
(Jurisprudencia italiana)

Nota introductiva 148
Arrigoni-Ferrari cr. Mera Pelitti 154
Cattaneo cr. Milesi 159

Sección IV
Jurisprudencia francesa sobre los problemas objeto de las secciones anteriores

Advertencia 171
Reverchon cr. Ayuntamiento de Morez 171
De Mailly cr. Chalon 173
Bardet cr. Iglesia de Saint-Martin 175
David cr. Ayuntamiento de Vaison 184
Lapeyre cr. Ayuntamiento d'Urrugne 187
Levy cr. Garnier (intervención Vda. de Balzac) 190
Spitalieri de Cessoles cr. Henn y Hargreaves 193
Abate Bresson y otros cr. Esposos Boudard 198
Ciudad de Marsella cr. Emperatriz Eugenia 203
Bailly cr. Ciudad de Nancy 212
Nota-resumen sobre los casos de esta sección 222

Apéndice II: *Jurisprudencia española*
Sentencia de 24 de marzo de 1956 223
Sentencia de 3 de noviembre de 1931 227
Sentencia de 16 de diciembre de 1930 234
Sentencia de 1 de febrero de 1956 238

Capítulo III
La promesa y la enajenación hechas por una «causa praeterita» (obligación natural, servicios prestados, etc.)

(Vol. I, § 11)

Sección I
Jurisprudencia italiana

Bianciotto cr. Pignatelli 247
Caccia cr. Caccia Nicolini 249
Magnani cr. Presti 252
Pierfelici cr. Pierfelici 254
Rolando cr. Rolando 261
Cantelli cr. Cantelli 263
Nicolini cr. Nicolini 265
Bosco cr. Fogliatti 267
Baratta Prada cr. Faccioli 269
Graziani cr. Lo Gatto 278
Rovatti cr. Sighinolfi 284
Gonzaga cr. Danani 289
Bolelli cr. Frascaroli 293
Vergara cr. Etruschi 294
Bosio cr. Cappelletti 295
Stella cr. Gangemi 296
Gelardi cr. Tamburello (en nota: Vento cr. Vento) 301

Sección II
Jurisprudencia francesa

Richer et Goumarin cr. heredero de Richer 303
Limousin cr. Parry 306
Faure cr. Rougier 309
Servain cr. Girardeau 311
Nota final sobre la jurisprudencia francesa en materia de "causa praeterita" 312
Un caso interesante para ser resuelto por el lector 313
Nota para la comparación con el "common law" 314

Apéndice III: *Jurisprudencia española*
Sentencia de 17 de marzo de 1932 314
Acuerdo de 27 de noviembre de 1951 320
Sentencia de 6 de junio de 1908 322
Sentencia de 7 de diciembre de 1948 325

Capítulo IV
Las obligaciones a título gratuito distintas de las de dar: la «cause raisonnable et juste»
(Vol. I, §§ 14, 14 bis, 15, 16, 20 *b* y 27 *c*)

Advertencia para este capítulo y para los siguientes 331
Nota sobre los problemas objeto del presente capítulo 331
Fellman cr. Mathebs 335
Bareille cr. Gallard et Métivier 338
Société Cultuelle de Sécours Israélite de Saint-Fons y Société Amicale Agoudah Ahim cr. Barouk-Bittoum 341
Gasse cr. Saby 346
Sordet cr. Bouquet y otro 347
Thomas cr. Remond y otros 348
Perrin (viuda) cr. Damrosay y Cía. de Seguros «La Prevoyance» 348
Sociedad "El automóvil de segunda mano" cr. Pelissol y Morel 349
Sociedad comercial de las potasas de Alsacia cr. Aganoff 349
Sociedad "The Gresham" y otros cr. Viuda Ménage y otra 350
Notari cr. Navoni 352

Apéndice IV: *Jurisprudencia española*
Sentencia de 19 de junio de 1941 362
Sentencia de 21 de marzo de 1950 367

Capítulo V
Sobre la intención de contraer un vínculo jurídico
(Vol. I, § 1, especialmente nota final; § 8; § 11, nota 22; § 14 y § 2, *a*, *b*; § 3, especialmente *b*; § 4, notas 20 y siguientes; §§ 5 b, 6, 24, 31, *b*, *c*)

Advertencia 370
Alcalde de Caen cr. Evrard 370
Coureau cr. Blandin 374

De Loys cr. Dufay 377
Urbanowsky cr. Valdmann 379
R… cr. D… 387
Mulas cr. Tedde Serra 389
Perino cr. Rabezzana 391
X… cr. Y 394
Medici del Vascello cr. Rossi 396
Nota final al capítulo V 398

Apéndice V: *Jurisprudencia española*
Sentencia de 6 de junio de 1916 399
Sentencia de 1 de diciembre de 1955 405

Capítulo VI
Sobre el problema considerado en Volumen I, § 23

Peybernés cr. Moulis 409
Blin cr. Henry 412
Christiano cr. viuda Raffat 415
Dutiron cr. Paternelle 419
Rubatto cr. Natta 426
Feraud cr. Campiglia y otros 429

Apéndice VI: *Jurisprudencia española*
Sentencia de 23 de junio de 1953 434

Capítulo VII
Sobre la teoría de la función económico social del contrato

FIAT cr. Carrain 442
Nota sobre la teoría de la función económico-social 449

CapítuloVIII
Un caso no clasificado
Cecchini cr. Giacomello 451

Segunda parte
Jurisprudencia o *cases* del *common law*

Capítulo I
Continuidad histórica: precedentes Antiguos (pero siempre vivos)

Webb's case
Consideration como *detriment:* relaciones con el problema del error sobre una cualidad (¿esencial?) de la misma 457

Sturlyn v. Albany
Consideration: adequacy. - Promesa de pagar una deuda ajena, condicionada a la exhibición de una prueba documental 458

Knight v. Rushworth
Consideration como *detriment.* - Promesa de pagar una deuda propia, condicionada a una prueba (juramento) extrajudial. Problemas en parte analogos a los de los casos anteriores 460

Grisley v. Lother
Consideration como *benefit:* influencia de la request sobre los problemas de la *adequacy* o del valor de la *consideration* 462

Freeman (y esposa) v. Freeman
Promesa de bienes por razón de un futuro matrimonio. - *Consideration* como *detriment* o como simple conducta observada a instancia del promitente 463

Jeremy v. Goochman
Past consideration 464

Sidenham v. Worlington
Past consideration. Servicios prestados en el pasado a instancia de quien posteriormente promete algo por ellos. Garantía prestada después de la venta. Gestión de negocios. (En nota, Eastwood v. Kenyon) 465

Capítulo II

El esquema abstracto del *BARGAIN* o relación de recíproca causalidad (*INDUCEMEN, REQUEST*) entre promesa y contrapromesa o comportamiento de la otra parte.- Irrelevancia de los *MOTIVES* y de la adequacy en tal relación. - Consecuencias y aplicaciones de esta concepción fundamental del *CONTRACT*

Bainbridge v. Firmstone
El comodato como *bargain.* "Las *forms of action* nos dominan todavia desde su tumba"(Maitland) 470

Haigh y otro v. Brooks
Consideration consistente en una cosa(documento) sin ningún valor. - *Adequacy:* importancia de la *request.* Relaciones entre la doctrina de la *consideration* y la del error 472

Hamer v. Sidway
Detriment: simple limitación de la *legal freedom. - Executed consideration.* - Donación *cum onere* en el *civil law* 479

Dunton v. Dunton
Consideration: simple limitación de la *legal freedom.* - Promesa de alimentos: distinción entre *executed* y *executory consideration.* - Donación *cum onere* en el *civil law* 481

White (executor of John Bluett) v. William Bluett
Exageración hasta el absurdo del principio aplicado en los dos casos anteriores. - Donación *cum onere* en el *civil law* 489

Orr v. Orr
Aplicación de principios y conceptos analogos a los de los tres casos anteriores, para resolver casos que en el *civil law* no serian donaciones *cum onere*, sino "negocios" distintos 495

Devecmon v. Shaw and Devries executors
Consideration: inducción *(request)* a hacer un gasto beneficioso para el promisario que, de no ser por elio, no se habria hecho. Donación *cum onere* y *reliance* en el *civil law* 500

Embola v. Tuppela
Contrato aleatorio: *adequacy of consideration* 502

Schnell v. Nell
Nominal consideration y *unsufficient consideration. Recital of consideration.* - *Past consideration.* - Problemas para el *civil law.* - Donación disimulada, etc. 504

McDevitt v. Stokes
Consideration consistente en el cumplimiento de un deber (para con un tercero). - Problemas para el *civil law* 508

De Cicco v. Schweizer
Marriage settlement en *consideration* al matrimonio. - Donación por causa de matrimonio en el *civil law* 510

Allegheny College v. National Chautauqua County Bank of Jamestown
Charitable subscription. - En el *civil law:* donación *cum onere* a una entidad de beneficencia 519

Bolton v. Madden
Intercambio de dos prestaciones de hacer, desprovistas de valor económico. - Problemas para el *civil law* 530

Capítulo III
Sobre la intención de contraer un vinculo jurídico

Introducción 534

Balfour v. Balfour
¿Intención de contraer un vinculo juridico o intención de hacer un *bargain*? - *Implied promise* y *express promise*. - Naturaleza del negocio, importancia de las circunstancias, carga de la prueba de dicha intención 538

Kirksey v. Kirksey
El problema de la intención de contraer un vinculo jurídico en relación con el problema del *bargain.* - ¿Simple consejo del promitente? ¿Intención de hacer una mera *gratuity* o donación con un mero presupuesto o condición? ¿*Reliance?* - Problemas para el *civil law* 546

Richards' executor v. Richards
Problemas idénticos a los del caso anterior, pero desde el punto de vista del mero consejo y del carácter social o de cortesía de la relación. Problemas para el *civil law* 547

Wyatt v. Kreglinger and Fernau
Sobre la intención de contraer un vínculo jurídico, en relación con el concepto de *gratuitous promise.* - *Contract in restraint of trade.* - Problemas para el *civil law* 551

Capítulo IV
La *business promise* y la concepción del *contract* en el *common law*. - Relaciones con el problema de las promesas al público. - La formación del *contract*: *offer* y *acceptance*

Advertencia 570

Great Norther Railway Co. v. Witham
Contrato de suministro (según el *civil law)* 570

Martin y otros v. Meles y otros
Promesa de aportaciones a un "comité" encargado de la defensa de los intereses de un grupo de industriales. - Problemas para el *civil law* 574

De La Bere v. Pearson Ltd.
Promesa al público de dar consejos en materia financiera en una sección de un periódico. - Problemas para el *civil law* 583

Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.
Promesa al público a título de propaganda 586

Williams v. Carwardine
Promesa al público; peculiaridades del *common law.* - Relationes entre la *consideration* y los modos de formacion del contrato. - *Consideration y motive* 589

Nota sobre los modernos sistemas de propaganda 591

Capítulo V
Los *gratuitous undertakings* *(vol. I* § *27* sub b *et* c*)*

Coggs v. Bernard
Gratuitous undertaking (promesa gratuita de transport e de cosas) 592

Siegel v. Spear
Promesa de encargarse de concertar un seguro de cosas ajenas. - Mandato gratuito y problemas fundamentales para el *civil law* 594

Nota final a los capítulos anteriores: la *reliance* 603

Tercera parte
Jurisprudencia de Derecho comparado

Capítulo único

Thomas v. Thomas
Causa y *consideration.* - Donación *cum onere* y *bargain. - Adequacy of consideration.* - La causa nella *civil law* 605

Caso Bonacina
Obligación natural (del quebrado liberado según el Derecho inglés) como causa de una promesa de pago segun el Derecho italiano. - Comparación entre el Derecho inglés y el italiano. - Problemas de Derecho internacional privado 611

De Ross, Hutchinson v. Royal Institution for the Advancement of Learning.
Donación *cum onere* y por un deber moral; caso tratado desde dos puntos de vista: *civil law* y *common law* 628

Berry Ruspoli cr. Berry Chigi.
Causa y *consideration.* - Documento notarial y *act under seal*. - Donación por causa de matrimonio y matrimonio corno *consideration*. - Donación *cum onere* y contrato de cambio. 632

Índice alfabético de los casos 647
Índice Cronológico 653
Índice de materias 655

EL CONTRATO

II

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

II

CASUISTICA Y PROBLEMAS

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.

ADVERTENCIAS AL TOMO II

Advertencias generales

1. La finalidad de este tomo II, a la que en cuanto método tiende toda la presente obra, ya ha sido indicada en la Introducción al tomo I. Pero no estará de más hacer algunas aclaraciones.

¿Queremos salir del dogmatismo o del principio autoritario, hábito mental a que han contribuído las codificaciones y otros hechos importantes de nuestra historia? ¿Queremos, liberándonos de ello, tener más jueces y en general más juristas inspirados en el sentido de la evolución y del "devenir" del Derecho, como algo que se hace y se renueva en nuestra conciencia sobre la base de las perennes exigencias del Derecho mismo, la seguridad y la justicia, que requieren ciertamente respeto a la autoridad o al precedente y sentido de la continuidad, pero también libertad e independencia de juicio y por tanto capacidad creadora y de síntesis?

Pues bien, debemos comenzar desde la escuela a preparar a los jóvenes, a educarles y a habituarles a esa independencia de juicio y a esa facultad de síntesis que nacen de la ordenada discusión consigo mismo y con los demás, en vez de presentarles un sistema o una síntesis acabada, apoyada en nuestra autoridad o en la de otros. Tal educación es a la vez, y sobre todo, educación civil y política; porque si en alguna época ha habido necesidad de independencia de juicio, de facultad de síntesis, de capacidad para la ordenada discusión, es precisamente en la nuestra (v. sobre este particular mi Commento a Tocqueville, *Milano, 1948, p. 261 y ss.). En este aspecto, si se quisiera, las Facultades de Derecho podrían volver a cumplir, al menos en parte, aquella gran función educativa que tuvieron, aunque de modo distinto, en el pasado.*

En relación con tal finalidad, este tomo II representa solamente un primer paso. En efecto, las notas a los distintos casos abundan en aclaraciones y en remisiones al tomo I o a otros casos; de manera que, en cierto modo, todavía ofrecen al estudiante síntesis medio hechas o, por lo menos, le ayudan en la formación de sus propios juicios o síntesis de tal forma que muchas veces su

mente podría confiarse y limitarse a dejarse llevar. En vez de ser yo quien hablara en esas notas hubiera querido dejar hablar a los jueces y a los autores, para permitir al estudiante que eligiera entre los distintos ecos que resonaran en su mente después de la lectura del tomo I.

Pero, tratándose de métodos y de hábitos nuevos, era conveniente avanzar por etapas.

Por lo demás, se trata de un primer ensayo: la experiencia habrá de añadir modificaciones y perfeccionamientos, especialmente la de quien utilizando para la enseñanza este tomo II o componiendo por sí mismo un repertorio semejante, quiera dar a conocer los resultados de su propia experiencia y los defectos y errores de este primer ensayo.

Teniendo en cuenta esta necesidad de experiencia, he seguido varios procedimientos al redactar las notas para los casos y al plantear los correspondientes problemas; y ello no sólo para evitar la monotonía, sino precisamente porque, tratándose de un método nuevo (al menos para nosotros) y de un primer ensayo, convenía confiar a la experiencia la elección del mejor procedimiento para redactar notas y cuestionarios.

Tampoco se trata solamente de un método didáctico, pues creo que para el estudioso y para el práctico será quizá más interesante el plantearle problemas que no el ofrecerle la opinión personal del autor, por lo demás ya expuesta o resumida a menudo en el tomo I.

2. Si el libro ha de servir para un curso de enseñanza, el presupuesto esencial *de su función es que el estudiante se prepare para la lección y para la discusión sobre las notas y sobre el cuestionario de los casos que oportunamente se indiquen por el profesor, leyendo también los pasajes del volumen I a los que dichas notas se remiten.*

3. Algún lector podrá pensar que muchas veces las notas a los distintos casos repiten llamadas y observaciones ya hechas en las notas a casos anteriores o análogos. Pero esto ha sido hecho intencionadamente, con el fin de permitir, en cuanto sea posible, la lectura de cada caso independientemente de los demás, de modo que el lector o el profesor pueda elegir con más libertad los casos que considere de mayor interés.

En este último aspecto, y precisamente para permitir esta elección (así como para que la reseña o historia de la jurisprudencia resultara bastante completa) he preferido dedicar un poco más de

espacio a la jurisprudencia italiana y a la francesa (en cuanto a los criterios para la selección de los casos del common law, *v. infra).*

Advertencias especiales para la jurisprudencia italiana y francesa

4. He limitado la Casuística del civil law *a la jurisprudencia italiana y a la francesa. Y no por otra razón que la de una limitación de espacio. Ya en esa jurisprudencia podemos encontrar un ejemplo de las líneas generales, de los conceptos, de las técnicas y de la forma en que se plantean los problemas objeto de este libro no sólo en los sistemas latinos, sino también, en general, en el* civil law. *Así que no será difícil, partiendo de las notas y cuestionarios o ejercicios de este tomo II, hacer algo semejante sobre sentencias alemanas, suizas y de otros ordenamientos que pertenecen a la familia del* civil law, *teniendo en cuenta también las que pudiéramos llamar variaciones sobre el mismo tema.*

Pero era necesario limitarse; porque ofrecer alguna sentencia aislada de esos otros ordenamientos hubiera servido de bien poca cosa, siendo una de las finalidades de este tomo II la de dar al lector y al estudiante el sentido de la evolución de una determinada jurisprudencia, de sus caracteres, del orden o del desorden que reinan en ella, de la unidad o de la multiplicidad de los motivos que la guían y de la posibilidad de reducir la variedad a unidad. Cumplir esta finalidad con la jurisprudencia de todas las estirpes que componen la familia del civil law *hubiera sido ir demasiado lejos.*

Otros podrán hacerlo, si quieren, y ciertamente será una labor muy interesante.

Advertencias especiales para la jurisprudencia o «cases» del «common law»

5. La lectura y el entendimiento de los cases *del* common law *requieren un conocimiento, aunque sólo sea general o en sus rasgos esenciales, del Derecho procesal de este sistema, porque en él, más que en otros y del mismo modo que en el Derecho romano, la evolución del Derecho sustancial va estrechamente unida a la del Derecho procesal; hasta tal punto que todavía hoy se advierte*

la huella de una concepción originaria según la que no existe derecho (right) *donde no exista un remedio procesal* (remedy). *Por lo demás, así ocurre en general en todos los sistemas de formación judicial del Derecho (v. también tomo I § 25).*

Para dicho conocimiento lo más interesante sería, aparte de la lectura de obras sobre la materia, el poder ver funcionar los Tribunales del common law. *Para quien vaya a Londres, Nueva York, Rochester, Chicago, etc., el pasar días enteros en los Tribunales, grandes o pequeños, le dará ocasión a profundas reflexiones. Le resultará bastante sorprendente el espectáculo del juez que, después de la discusión de la causa (según el principio de concentración), absorto y perdida la mirada en el vacío, casi como un oráculo del Derecho, emite verbalmente su* "opinion". *Pero no siendo posible este contacto directo y no pudiéndose tampoco exponer aquí las líneas generales del proceso en el* common law, *hay que limitarse a aconsejar la lectura de algún manual, aunque sea elemental, y por lo que estrictamente nos interesa, a remitirnos a la lectura de la obrita de Sereni,* Aspetti del processo civile negli Stati Uniti, *Milano, 1954, con abundantes citas, que puede servir para el conocimiento de los rasgos esenciales del proceso del* common law *en general y que parece suficiente para la comprensión de los* cases *recogidos en este libro. Es interesantísimo también* The english trial and comparative law, *Heffer, Cambridge, una serie de conferencias pronunciadas por Hamson y Plucknett en 1952.*

Sin embargo, hay que poner de relieve algún rasgo esencial de ese proceso, lo cual será útil también para entender el modo de report *de los* cases.

a) *En el proceso inglés rigen en alto grado, y quizá hasta el máximo, los principios de oralidad y de concentración. Tras una preparación que tiene lugar casi privadamente entre los defensores de las partes, el proceso se concentra en el* trial, *algo comparable a nuestro juicio criminal, en el que tienen lugar el examen de los testigos, la práctica de las pruebas en general, todas orales (incluso la prueba pericial), y la discusión. El* trial *es una institución característica en la historia del* common law. *En sus líneas generales y en su inspiración el proceso civil no difiere del penal.*

b) *El proceso del* common law, *en el que en otras épocas e incluso en las causas civiles estaba siempre presente el* jury *(cuya intervención, por lo menos en Inglaterra, ha quedado reducida hoy a bien pocos casos) es, en la fase llamada* trial, *un proceso*

que se desarrolla como si el jurado estuviera presente. "Lo que domina la escena en un Tribunal inglés es el ausente e invisible jurado" (Hamson, op. cit., p. 16). Así se explican las peculiares reglas en materia de pruebas, como si éstas debieran ser presentadas oralmente ante un jurado, iletrado en la época originaria, y desconocedor de los hechos de la causa.

c) *Esta característica y el alto grado de concentración y de oralidad dan al* trial *o al* day in Court *un tono dramático, pero no en el sentido retórico o histriónico, pues por el contrario la discusión es ordenada, tranquila y a menudo desprovista de forma (v. Hamson, op. cit., págs. 28-29).*

d) *La discusión oral de la causa entre los abogados* (counsel) *no tiene nada de retórico, de oración o de arenga. Especialmente cuando la causa ha superado la fase del* trial *y se discuten las cuestiones de Derecho, parece una pacífica discusión, un diálogo entre abogados y jueces con el fin de "encontrar" el derecho* (to find the law). *Este carácter dialéctico, con frecuentes intervenciones e indicación de "impresiones" o de "opiniones" por parte del juez o de los jueces, se da en la realidad más de lo que pudiera parecer a la vista de los* reports *(v. sin embargo, infra, los* reports *de los casos Wyatt v. Kreglinger y Bonacina).*

e) *Cuando el Tribunal es colegiado, cada juez expresa su propia opinión; es decir, la sentencia es personal, con la consiguiente responsabilidad. Así es que los jueces pueden estar en desacuerdo sobre la "parte dispositiva", usando términos y conceptos nuestros, y entonces decidirá la opinión de la mayoría. Y si ésta no se forma, no habrá decisión (caso más bien teórico). Pero puede suceder que los jueces estén de acuerdo sobre la "parte dispositiva" y en desacuerdo en cuanto a la motivación de la sentencia. Lo que hace que no siempre sea fácil la determinación de la* "ratio decidendi" *y con ello la del valor del* case *como precedente (v. por ejemplo, infra, el caso White v. Bluett). La "opinión" o sentencia se emite oralmente después de la discusión; o, como ocurre en los EE. UU., puede ser reservada y dictada por escrito posteriormente* ("opinion" *en sentido técnico). Sobre la distinción entre* opinion *y* judgement *y sobre la no necesidad de la* opinion *como motivación, v. Sereni, op. cit., pág. 97 y sigs.*

f) *Antes del* trial *o discusión, el proceso civil se caracteriza por la ausencia de dirección del juez* (adversary system *contrapuesto al* inquisitory system) ; *es un proceso de carácter privado, en el que las partes tienen plena disposición sobre el material de hecho y sobre las pruebas (lo que explica, por ejemplo, los casos*

Knight v. Rushworth, y Brooks v. Ball y otros recogidos en nota). Este proceso se funda en el sistema de los pleadings.

El sistema de los pleadings, *cuya primitiva rigidez o severidad, propia de un proceso de tipo formulario, ha ido poco a poco atenuándose en las épocas recientes, consiste en un cambio de declaraciones escritas que en otras épocas podía llegar hasta el infinito. Los* pleadings *deben contener la alegación de los hechos (y sólo de los hechos) necesarios para apoyar las demandas y excepciones y las conclusiones (antiguamente, en el sistema formulario, tales hechos estaban taxativamente determinados en relación a cada* writ *o* form of action; *se perdía definitivamente la causa si se elegía una determinada* form *y los hechos alegados no correspondían a ella: v. tomo I, § 26) A este sistema, que sirve para determinar las cuestiones controvertidas de hecho y de Derecho* (issues of fact *e* issues of law), *se añadían en aquellas épocas graves preclusiones (v. sobre todo, Sereni, op. cit., págs. 33 y sigs.). Pero todavía en los* cases *modernos se advierte la huella de este sistema, que puede ayudar a comprender algunos de los casos recogidos en este tomo, especialmente en el capítulo I (de la segunda parte).*

No es improbable que hayan contribuído a dar cierto carácter abstracto al contract *o a su interpretación (v. tomo I, §§ 26, a; 32, a; tomo II, parte II, cap. II) el procedimiento formulario y el sistema de los* pleadings *o el consiguiente estilo forense, con su formalismo, su estricta limitación a los hechos necesarios y suficientes para apoyar la* form of action, *la imposibilidad para los jueces de ir más allá de los hechos alegados, etc. (v. por ej. el caso Haighs v. Brooks).*

En cuanto a la terminología que encontraremos en los cases *recogidos en este tomo,* "declaration" *es el primer* pleading, *el presentado por el actor después del* summon *(invitación a comparecer o citación en sentido estricto); es el* statement *de los hechos que constituyen la* cause of action *del demandante. La terminología moderna es la de* "statement of claim" *en Inglaterra y* "complaint" *en los EE. UU.*

El pleading *del demandado se llama* "answer" *(contestación) o* "defence" *en Inglaterra. Antiguamente se llamaba* Plea *a la* defence *consistente en una contradicción* (traverse) *de alguno de los hechos alegados por el demandante, o en una admisión de tales hechos pero con alegación de otros que eliminaran su eficacia jurídica* (confession and avoidance). *Mientras que la admisión de los hechos, con la objeción de que no daban lugar a acción* (that they disclose no cause of action) *se llamaba* demurrer (objec-

Nos limitamos a hacer estas indicaciones casi exclusivamente terminológicas, considerándolas como un mínimo para permitir la lectura de los cases *a quien no conozca el procedimiento del* common law.

Para conocer el significado de otros términos (cause of action, *etc.) el lector podrá consultar el índice analítico-alfabético al final del presente volumen.*

6. Sobre la organización judicial, pueden verse las obras de Sereni y de David varias veces citadas, así como las citas que dichas obras contienen; y también el trabajo de Levy-Ulmann citado infra.

Baste advertir ahora, dentro de ese mínimo que interesa para la lectura de los cases *recogidos, que en Inglaterra la reforma llevada a cabo por la* Judicature Act *de 1873 sustituyó la pluralidad de los antiguos Tribunales centrales, muchas veces en pugna unos con otros a lo largo de su interesante historia* (King's *o* Queen's Bench, Common Pleas, Exchequer Chamber *y* Chancery, *cada uno de ellos con una competencia especial), por un único Tribunal,* Supreme Court of Judicature, *siempre central o con sede en Londres, salvo el* circuit *(v. t. II, § 25). La* Supreme Court *se compone de la* High Court *y de la* Court of Appeal, *que juzga en apelación. La* High Court, *que entiende ordinariamente en primera instancia, se subdivide en* King's *o* Queen's Bench Division, Chancery Division (*para* la equity) *y* Probate, Divorce and Admiralty División *(v. nota al caso Bonacina).*

La House of Lords, *como órgano supremo de justicia, por un curioso accidente de carácter político ha permanecido dentro del Parlamento, en lugar de pasar a formar parte de la* Supreme Court *(¡de acuerdo con la teoría de la división de poderes de Montesquieu!).*

En los EE. UU., junto a los Tribunales Federales existen los Tribunales de cada uno de los Estados. En general, aunque con algunas particularidades, el sistema estatal consiste en un Tribunal central, generalmente llamado Supreme *o* Supreme Judicial Court, *que suele tener "filiales" en las divisiones administrativas locales (las* counties) *aunque conservando el carácter de tribunal central único o unitario, siguiendo en ello la originaria influencia inglesa.*

Esta Supreme Court *o Tribunal Central conoce ordinariamente en primera instancia en las causas de cierta importancia y en apelación en las mismas causas, como* Apellate Division. *Los recursos contra sus decisiones, cuando juzga en apelación, se interponen*

ante un Tribunal de última instancia que suele llamarse Court of Appeals, *pero que recibe también otros nombres. No hay que dejarse engañar, pues, por estas denominaciones de* Supreme Court *y de* Court of Appeals, *que a nuestros oídos podrían sonar respectivamente como Tribunal Supremo (de casación) y Tribunal de Apelación.*

Prescindimos, porque no nos interesa para la lectura de los cases *recogidos en este libro, de la organización de los pequeños tribunales locales, tanto en Inglaterra como en los EE. UU.*

7. Para el lector que no esté informado de ello conviene dar también una breve noticia sobre el sistema de los Reports, *según el cual se recogieron y se recogen los* cases *y que sustituyeron a los* Year Books *durante el reinado de Enrique VIII, 1535 (sobre los* Year Books, *v. Plucknett,* A concise history, *cit., 1948, pág. 253 y siguientes).*

En otras épocas todos los Reports *eran privados; era un abogado u otro hombre de leyes quien, asistiendo a la discusión oral del* case, *tomaba notas y las publicaba para uso del Foro; notas generalmente sumarias, no siempre claras y, en todo caso, de valor desigual según los distintos* reporters. *La mayor parte de estos* Reports *fueron reproducidos en los* English Reports *con un índice que permite encontrar el* case *en el* report *original.*

A partir de 1865 comenzaron a publicarse en Inglaterra los "Law Reports" *de carácter semioficial. Al lado de éstos fueron apareciendo otros* Reports *ordenados, obra de empresas privadas organizadas al efecto, como la* All England Law Reports, The Times Law Reports, *etc.*

Sobre la interesante historia de los Reports, *véanse además de Plucknett, op. y loc. cit., Levy-Ullmann,* Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques: Le Systéme juridique d'Angleterre; *tomo I (el único aparecido)* Le système traditionnel, *París, 1928; también David, citado infra.*

Sobre la forma abreviada de las citaciones, nos remitimos a David, Introduction à l'étude du droit privé d'Angleterre, *cit. en nuestro tomo I § 26, nota 1; y a Anson,* Contracts, *citado en el mismo lugar.*

Al hacer las citas he procurado no usar la forma abreviada, excepto para los mencionados Law Reports *de carácter semioficial. Por tanto, cuando se cita un* case *inglés sólo con la indicación del Tribunal o de su* Division, *se entiende que el caso está recogido en los* Law Reports *en el tomo y página indicados. Por ejemplo:*

De la Bere v. Pearson (1908) 1, K. B. 280, significa tomo I, página 280 de los Law Reports, King's Bench Division.

Las abreviaturas de los Law Reports *posteriores a 1891 son: Q. B.* (Queen's Bench Division); *C. H.* (Chancery Division); *P.* (Probate, Divorce and Admiralty Division); *A. C.* (House of Lords and Privy Council Appeal Cases).

Para las abreviaturas de casos anteriores a dicha fecha, véase autores citados; pero, en general, he procurado no usar las abreviaturas al referirme a estos casos.

En los EE. UU. los cases *se coleccionan en* Reports *federales o de cada uno de los Estados. El modo de cita abreviada para los* Reports *estatales es el siguiente: precede un número que indica el tomo, siguen las iniciales del Estado y después la página del tomo (por ejemplo: 246, N. Y. 369, significa tomo 246, página 369 de los* Law Reports *del Estado de Nueva York; 69 Md., 199, significa tomo 69, pág. 199 de los* Law Reports *del Estado de Maryland, etc.).*

8. En cuanto a la traducción de los cases, *he tratado de dar una versión más bien libre, algunas veces parafraseada, especialmente para ciertos términos técnicos cuando el concepto exacto que les correspondía no era esencial para el entendimiento del* case. *Por otra parte, cuando el término técnico era interesante, tanto por esa razón como para iniciar al lector en la terminología, he procurado incluir siempre el término inglés; y he hecho lo mismo incluso con términos usuales, aunque no fueran técnicos. En los pasajes más interesantes y casi lapidarios he añadido, junto a la traducción, el texto original.*

Alguna vez, al presentarse la oportunidad de una aclaración inmediata de conceptos o pasajes, incluso traducidos, he incluído tal aclaración entre paréntesis dentro del texto del case, *en vez de hacerla en nota aparte. El lector deberá tener en cuenta que todos los fragmentos entre paréntesis constituyen aclaraciones de esta naturaleza y no pertenecen al texto original.*

9. La clasificación de los cases *presenta no pocas dificultades, tanto porque no se sabe si hacerla según los criterios de un jurista del* common law *o según los nuestros, como porque muchos* cases *contienen problemas diversos. Por eso, aparte de algunos casos que me han resultado más fáciles de clasificar, he reunido en los capítulos I y II, bajo un título bastante genérico, distintos casos. Pero para llamar la atención del lector sobre los problemas tratados en cada uno de los casos y sobre sus relaciones con los del*

civil law, *he antepuesto a cada caso la indicación de dichos problemas.*

Como se verá, para clasificar los casos me he atenido al criterio de un jurista del civil law.

Confrontando estas clasificaciones con las adoptadas por los juristas del common law *en sus* "case books", *el lector podrá advertir la diferencia entre los criterios que les inspiran a ellos y los que nos inspiran a nosotros. Y también ésta podrá ser una experiencia interesante.*

10. En la elección de los cases *he seguido el criterio del interés que un determinado caso puede presentar para un jurista del* civil law, *y por lo tanto me he inspirado en el criterio del interés comparativo.*

11. Insisto en que estas advertencias sobre el common law *tienen un contenido verdaderamente sumario y reducido, lo mismo que las que hice en el tomo I § 25; son el mínimo que he considerado necesario para una rápida consulta durante la lectura de los* cases, *consulta que deberá completarse acudiendo a las obras especiales sobre la materia. Por otra parte, el lector aprenderá mucho por experiencia directa al ir examinando dichos* cases.

Advertencias del traductor

Si este segundo volumen, dedicado al estudio de la jurisprudencia, ha sido concebido en el plan de la obra como un desarrollo de los problemas tratados en el primero, lo mismo podría decirse de los Apéndices de Jurisprudencia Española *que incluyo, respecto a mis notas de adaptación añadidas al volumen primero. En estos Apéndices se recoge una selección de sentencias (casi todas de nuestro Tribunal Supremo) que serán útiles para completar las indicaciones hechas en aquellas notas de adaptación sobre las peculiaridades que cabe apreciar en nuestro sistema. Creo que, con ello, el lector queda en condiciones para enfrentarse con el estudio comparativo que se hace en el libro entre los dos grandes sistemas representados por el* civil law *y el* common law, *pues esta comparación es la que principalmente interesa, más que la que pueda hacerse entre nuestro Derecho y los que integran su misma "familia".*

Al estudiar las sentencias españolas he querido prestar especial atención a los antecedentes de hecho que concurrían en cada

caso, procurando detallarlos con cierta minuciosidad. De esta manera se comprende mejor el verdadero alcance de la solución dada a cada caso y se huye del peligro de inexactitud que entraña muchas veces la cita de frases sueltas o de extractos de sentencias, acumulados con la pretensión de justificar el propio punto de vista. Para mantener cierta simetría con el método seguido por el autor, he añadido a cada una de las sentencias una "Nota y cuestionario" en los que se comenta la sentencia y se incluyen las oportunas remisiones a mis notas de adaptación del vol. I, a otras sentencias españolas estudiadas en los Apéndices y a algunos de los casos recogidos en este mismo vol. II.

Apenas hace falta advertir cuál es el significado de las abreviaturas cr. *y* v. *intercaladas entre los nombres de las partes para designar los casos italianos, franceses y del* common law. *En los primeros significa* "contra"; *en los del* common law *tiene el mismo significado y corresponde a la palabra latina* versus. *Ejemplos: Carrari cr. Masiero, significa Carrari* contra *Masiero; Bolton v. Maddden, significa Bolton* versus *Madden.*

Como ya queda dicho en mis Advertencias al vol. I, las sentencias españolas se citan por sus fechas, según es usual entre nosotros, y no por los nombres de las partes. Para facilitar su consulta se incluye, a continuación del índice alfabético de casos, un índice cronológico de la jurisprudencia española estudiada en los Apéndices o citada en las notas de adaptación, con indicación de las páginas de los volúmenes I y II en que cada sentencia aparece mencionada o comentada.

En muchos de sus "cuestionarios" (cuando corresponden a sentencias francesas o del common law*), el autor suele preguntar cuál hubiera sido la solución dada a aquel caso en el Derecho italiano. Por mi parte, podría haber formulado la misma pregunta respecto al Derecho español, pero he preferido no hacerlo, fiel al criterio de mantener siempre bien deslindado todo lo que, a lo largo de la obra, responda a mi intervención. Creo que esto es más respetuoso para con el autor y para con el lector. Pero el lector de habla española puede dar por hecha esa pregunta y plantearse cuál sería la solución dada a tales casos en el Derecho de su propio país.*

De acuerdo con la CASA EDITORIAL BOSCH, *he traducido también todas las sentencias francesas, que en la edición original se transcriben en francés.*

Primera Parte

JURISPRUDENCIA ITALIANA Y FRANCESA

CAPÍTULO I

SOBRE EL CONCEPTO DE DONACIÓN EN GENERAL COMO CONTRATO FORMAL EN RELACIÓN CON OTROS CONTRATOS

(Jurisprudencia italiana)

SECCIÓN I

Sobre la distinción entre las obligaciones de dar (y los actos de enajenación) y las demás obligaciones

(V. vol. I, § 7)

ANTONIUCCI cr. SCARAZZATO

Cassaz. ital., 16 enero 1934. — *Giur. ital.*, 1934, I, 584. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

Entre las partes se había concluído un contrato para la concesión del goce de un inmueble; simultáneamente el concedente había renunciado a la percepción de un canon de arrendamiento. De la sentencia no resulta la duración de la concesión ni el valor del inmueble o la cuantía de los cánones de arrendamiento.

La cuestión litigiosa se centraba en la exigencia o no del documento público para tal contrato, es decir en su calificación como donación.

El Tribunal de Casación entendió que si la renuncia a los cánones de arrendamiento se hubiera hecho después de la conclusión del contrato, sería válida sin necesidad de las formas de la dona-

ción (v. tomo I, § 38). Pero en el caso concreto se había hecho la renuncia en el momento de celebrar el contrato; lo que revelaba, según la sentencia recurrida, "que las partes habían querido que el goce del inmueble se cediera sin compensación, configuración jurídica ésta que no podía amoldarse al contrato de arrendamiento, del cual es elemento principal el precio". Es evidente, pues, continúa el Supremo Colegio, que "no se puede ver en semejante convención un contrato de arrendamiento, sino un simple acto de liberalidad en favor del arrendatario..." *(omissis)*.

"Exactamente estimó el Tribunal de instancia que en este caso no podía hablarse de donación indirecta, es decir, de una liberalidad injertada de manera accesoria en un acto a título oneroso, desde el momento en que, habiendo renunciado el arrendador a cualquier compensación, faltaba todo elemento de onerosidad y no quedaba más que un acto de liberalidad... y por tanto una verdadera y propia donación oculta bajo las fingidas apariencias de un arrendamiento... Por tanto no se podía prescindir de la forma solemne del documento público."

Nota y cuestionario. — Véase vol. I, § 7, notas 4, 6 y 8 a 14.

Sobre la distinción entre comodato y donación, además de la jurisprudencia y la doctrina citadas en el vol. I, § 7, véanse: Fragali, *Comodato*, en el *Commentario del Cod. civ.* ed. Zanichelli, *Il Foro Ital.* Bologna-Roma, 1953, art. 1.803, sigts., núms. 6, 7, 17 y arts. 1.809-1811, número 1 (para el comodato modal, ibíd. art. 1.903, núm. 5, y autores y jurisprudencia citados).

Según Fragali y otros, la distinción entre comodato y donación se fundaría:

a) En la "causa", que no sería como en la donación "el espíritu de beneficiar, sino el espíritu de condescendencia; no la voluntad de procurar una ventaja patrimonial, sino la de consentir una ventaja de comodidad; no el afecto, la benevolencia, el reconocimiento, el mérito ajeno, sino las buenas costumbres, las conveniencias sociales, la amistad, la deferencia, el deseo de favorecer a alguien, el de cumplir un deber de la vida de relación".

b) En la entidad del beneficio, que no ha de ser tal como para producir un incremento en el patrimonio del comodatario y una correlativa disminución en la esfera patrimonial del comodante; criterio variable, "porque depende de la concreta realidad de las relaciones entre las partes, de la idea que el comodante haya podido tener de sus deberes sociales, de la situación patrimonial del comodante y de la condición de los contratantes".

Fragali deduce de ello, siguiendo a Carresi, a quien cita, que el comodato de inmuebles por duración superior a nueve años es en realidad

una donación, aunque *indirecta,* y que como tal está sujeta al requisito de la forma del documento público: en contra, Cassaz. 14 marzo 1944, *Giur. Completa Cass. Civ.* 1944, 517, que en tal figura ve siempre un comodato, exento de toda forma, incluso del simple documento escrito (v. también Cassaz. 29 marzo 1951, *Mass. Foro ital.,* 1952, núm. 688, sobre el comodato de varios años de duración).

1) ¿Qué piensa el lector de esta tesis de Fragali? ¿Son suficientes los criterios mencionados para resolver en la práctica el problema de la distinción entre comodato y donación, especialmente en cuanto a la forma? ¿No pueden existir también en la donación las causas o fines que según dicha tesis corresponden al comodato? En el mismo mutuo sin interés y por largo tiempo ¿no puede haber un beneficio patrimonial y una disminución correlativa?

Por lo que concretamente afecta al caso Antoniucci, cabe plantear las siguientes cuestiones:

2) ¿Contradice esta sentencia a otras, citadas en el vol. I, § 7, nota 8, que admiten el comodato de inmuebles sin necesidad de la forma del documento público propia de las donaciones?

3) En el caso que examinamos no se dice si el inmueble fué o no entregado. ¿Qué importancia podría tener esto? V. vol. I, §§ 7 y 38, *a.*

4) Si el contrato Antoniucci-Scarazzato hubiera revestido la forma del documento público ¿se podría negar al concedente la facultad de exigir la restitución del inmueble, aún antes de transcurrir el plazo de la concesión, en caso de necesidad urgente e imprevista, facultad que se admite cuando se trata de comodato? V. art. 1.809 C. c. ital, y vol. I, § 15 *a*; v. también la nota al caso Kirsey v. Kirsey, cuestión 2.ª.

5) ¿Un comodato con renuncia, expresa o tácita, a dicha facultad sigue siendo comodato o se convierte en una donación (del goce)?

6) ¿Podría fundarse la distinción entre comodato y donación en el hecho de que los contratantes mencionen un canon de arrendamiento o su posibilidad y al mismo tiempo el concedente renuncie a dicho canon?

7) Si la renuncia al canon se hubiera hecho por un acto coetáneo pero separado del contrato de "arrendamiento" (lo que no resulta de la sentencia), existiría simulación. ¿Qué importancia tendría esto para la distinción entre comodato de inmuebles y donación del goce?

Examínese la cuestión en el Derecho italiano, prescindiendo de la jurisprudencia francesa sobre las donaciones disimuladas (v. § 38, *d*).

8) ¿Cómo se distingue el contrato en cuestión de una concesión de usufructo a título gratuito y qué importancia tiene la distinción en orden al problema de las formas de la donación?

9) ¿En el *common law* se requeriría para esta convención la forma del *deed* o *act under seal?* v. § 27 *c,* 5 y § 28 *c.*

FERRARIO cr. FERRARIO.

App. Milano, 22 mayo 1930. — *Mon. Trib.* 1930, 703. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

"Después de la muerte de Elvira Ponti, copropietaria de un negocio de prendería en unión de su marido (Ferrario), fué atribuída a su hija y heredera una cuota valorada en 25.000 liras, cuyo goce cedió la hija a su padre, quien ya estaba en posesión de dicha cuota." Se entiende que la cesión del goce se hizo a título gratuito.

La sentencia estima que no se trata de mutuo, no sólo porque falta el elemento de la entrega, incluso como *traditio brevi manu* o como constituto posesorio, sino también porque falta la adquisición de la propiedad de las cosas, con la obligación de restituir el *tantundem*. "No cabe considerar, dice la sentencia, una cuota hereditaria como cosa fungible. Más bien ha de entenderse, como afirma el demandado, que la hija haya querido ceder a su padre en usufructo su cuota hereditaria con la obligación de restituirla, según la hija, a simple instancia de ella, o según afirma y propone probar el padre, sólo después de la muerte de éste. Y como el usufructo comprendía cosas fungibles o consumibles por el uso, las partes, en conformidad con los arts. 483-484 C. c. (de 1865), estimaron de común acuerdo el valor global de la cuota en 25.000 liras. Por eso, de acuerdo con estas premisas, la actora reclama ahora el pago de 25.000 liras. Pero ante todo, la actora opone a la admisibilidad de la prueba oral propuesta por el demandado, lo dispuesto en el art. 1.314, núm. 2, C. c. (de 1865).

Según la sentencia, el art. 1.314, núm. 2, C. c. no sólo se refiere a la transmisión del ejercicio del derecho de usufructo, sino también a la constitución de usufructo e incluso al usufructo de cosas muebles. "Lo que, por lo demás, continúa la sentencia, en el caso concreto tiene más importancia teórica que práctica, puesto que tanto en el caso de que se tratara de constitución de usufructo como en el de que las partes hubieran querido simplemente aplazar hasta la muerte del padre la entrega de la cuota de la herencia materna, lo cierto es que padre e hija habrían celebrado una donación, para la que siempre se exige *ad substantiam* el documento público (art. 1.056 C. c.), que falta en este caso. Al ceder el goce de la cuota hereditaria a su padre hasta el momento de su muerte, la hija habría realizado un acto de espontánea liberalidad com-

pletamente gratuito y con pacto de reversión en caso de premoriencia del donatario, de conformidad con el art. 1.071 C. c. El demandado opone que no puede hablarse de donación, porque ésta presupone una transmisión de propiedad, mientras que en este caso con el usufructo se transmitió solamente el simple uso y disfrute. Esta proposición adolece de un doble error. Contrariamente a lo que observa el apelado, el usufructuario de cosas consumibles adquiere la propiedad de las mismas y, por tanto, solamente tiene la obligación de restituir su valor, si, como en el caso concreto, las cosas han sido estimadas. Y es igualmente inexacto decir que sólo hay donación cuando se transmite la cosa en propiedad. La donación puede tener por objeto cualquier bien patrimonial y, por lo tanto, también una fracción del derecho de propiedad como es el usufructo, o el simple disfrute temporal de la cosa cedida en beneficio de otros, según la sentencia de Pomponio: *Potest enim et citra corporis dationem valere donatio, veluti si donationis causa cum debitore meo paciscar ne ante certum tempus ab eo petam,* fr. 9 *de don.* D. 39, 5. Y en el caso concreto se convino, por lo menos, que no se pediría *intra tempus* la restitución de un bien que, dada la modesta posición social de las partes, ha de considerarse valioso."

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 7, notas 8 a 14. V. también Fragali, *Mutuo,* en el *Commentario del Cod. civ.,* art. 1.813, núm. 23.

1) Si se hubiera convenido que la hija pudiera pedir la restitución de la cuota hereditaria en cualquier momento (tesis de la hija), ¿se trataría también de donación del usufructo, o más bien de precario o de comodato? (v. también el Cuestionario al caso Antoniucci cr. Scarazzato).

2) Puesto que la hija pedía el pago de 25.000 liras, ¿se trataba de usufructo (o comodato) de una cuota del negocio, considerado como *universitas,* o de *cada una de las cosas muebles fungibles que lo componían*?

3) ¿Es exacta la tesis según la cual constituye donación, con exigencia de la forma *ad hoc,* la simple concesión gratuita del goce con el pacto de no pedir la restitución durante cierto tiempo?

4) ¿Qué importancia tiene el valor de la cosa en relación con la posición económica o social de las partes?

5) Puesto que parece tratarse de concesión del goce (¿usufructo?) de una cuota abstracta en una *universitas* (el negocio o la herencia), ¿puede verse en este caso una donación manual? (aparte de la cuestión a que acabamos de aludir en el núm. 4) V. vol. I, § 7, nota 8.

Compárese el caso Ferrario cr. Ferrario con el caso Carozzi cr. Carozzi, citado en el vol. I, § 7, nota 8.

SECCIÓN II

La causa de la donación y el espíritu de liberalidad

(V. vol. I, § 9)

Fiammingo cr. "Opera Nazionale Combattenti"

Cassaz. ital., 8 marzo 1950. — *Giurisprudenza Completa della Corte di Cassaz., Sez. civili,* vol. XXX (1951), primer cuatrimestre, p. 304. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

Por documento otorgado ante el notario De Vita en 29 de noviembre de 1937, el señor Fiammingo "donaba" a la "Opera Nazionale Combattenti" un fundo llamado Pratone. En dicha época se había ya iniciado el expediente de expropiación, en favor de la "Opera Nazionale Combattenti", del fundo Pratone y de otros dos fundos propiedad de Fiammingo. Éste había hecho la mencionada "donación" del fundo Pratone con el fin de detener y evitar la expropiación de los otros dos fundos.

Después de la caída del régimen fascista, Fiammingo impugnó la donación hecha en 1937, alegando que dicho acto había sido el resultado de la violencia ejercida sobre él por el Jefe del Gobierno, en el sentido de que éste le habría colocado en la alternativa de "donar" el fundo Pratone o sufrir la expropiación de este fundo y de los otros dos mencionados.

Esta tesis fué rechazada por el Tribunal de instancia. Fiammingo recurrió en casación por falta de apreciación de un hecho decisivo (art. 360, núm. 5 del Nuevo Cód, proc. civ., antes de las modificaciones posteriores). El Supremo Colegio respondió que el hecho decisivo había sido examinado, ya que se puso de manifiesto que el expediente de expropiación se había iniciado antes de otorgarse el documento ante el notario De Vita, y que no fué iniciado deliberadamente para presionar sobre la voluntad de Fiammingo; mientras que éste trató por todos los medios de detener tal expediente, ofreciendo gratuitamente el fundo Pratone con tal fin.

Además, Fiammingo volvió a proponer ante el Tribunal de Casación el dilema que ya había propuesto ante el Tribunal de instancia: si el documento otorgado ante el notario De Vita tuvo por objeto una donación, ésta sería nula por ausencia de espíritu

de liberalidad en el donante; si, por el contrario, había que considerarlo como un contrato conmutativo *do ut non facias* (o sea, para que no se expropiaran los otros dos fundos) no sería válido por ser ilícito y por carecer de causa para Fiammingo.

El Tribunal de Casación, confirmando la sentencia impugnada y rechazando también este argumento, observa: "La causa de un negocio jurídico — en cuanto corresponde a su función económico-social — es la única que tiene relevancia jurídica. Por el contrario, carecen de relevancia los móviles subjetivos que hayan inducido a las partes a manifestar su voluntad en un determinado sentido. Por tanto, en la donación la causa se identifica con la voluntad de llevar a cabo un acto de liberalidad — *animus donandi* — aun cuando esta voluntad esté determinada por motivos utilitarios o por cálculos puramente personales del donante dirigidos a conjurar un perjuicio mayor que el que le ocasionaría la pérdida de la cosa donada, siempre que tal perjuicio no derive de causa injusta..." como en el caso — continúa la sentencia — de violencia moral ejercida por el donatario y consistente en la amenaza de hacer valer un derecho.

En relación con este último punto, el Tribunal observa que hubo solamente una sugerencia por parte del Jefe del Gobierno, quien invitó a Fiammingo a otorgar la donación en el plazo de tres meses, transcurridos los cuales se hubiera reanudado el procedimiento de expropiación; sugerencia que se hizo cuando Fiammingo había ya decidido donar el fundo Pratone para evitar la expropiación de los otros dos.

Por eso, concluye el Tribunal de Casación, no procede examinar la tesis del contrato *do ut non facias*, pues la cuestión queda absorbida en la de la validez de la donación.

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 9, especialmente notas, 4 a 7; § 16 *b* y § 35 *a*.

Sobre la concepción de la función económico-social, en el sentido en que la sentencia utiliza este concepto, cfr. § 19, notas 9 a 11.

La sentencia no examina la cuestión desde el punto de vista de la exigencia del documento público prescrito para las donaciones, exigencia satisfecha en el caso concreto. Pero hay que tener en cuenta que los argumentos aducidos por el Tribunal de Casación servirían igualmente para establecer la nulidad del contrato si no se hubiera observado la forma de la donación (incluso como acto de enajenación: v. § 38).

Se trataría siempre de ver si existía una *cause suffisante* para excluir el esquema causal-formal de la donación.

La solución adoptada por el Tribunal Supremo (o sea, la tesis de

que el cálculo utilitario del disponente, dirigido tal vez a evitar un perjuicio mayor, no excluye la idea de la donación) concuerda con la jurisprudencia y la doctrina dominantes en Italia.

Pero ha de tratarse, como dice la misma sentencia, de un cálculo utilitario "puramente personal" del disponente: en términos técnicos, de un "motivo" (v. vol. I, § 9).

Esto resulta bastante claro cuando el cálculo utilitario consiste en una esperanza o en una previsión, aunque sea muy fundada, de una conducta ajena ventajosa para el disponente. Y, dando un paso más, también resulta claro cuando mediante la enajenación o la promesa se crea una situación en la que la otra parte no tiene interés o posibilidad práctica de observar una conducta distinta de la prevista como efecto de la enajenación o promesa (v. el caso Wild cr. Wild, a continuación), aunque esta conducta prevista no haya sido solicitada por el enajenante o promitente o convenida entre las partes como elemento de un contrato de cambio (v. vol. I, § 35 *a*).

Pero la cuestión no resultará tan clara cuando se haya hecho tal solicitud o llegado a tal convenio.

A este propósito hay que tener en cuenta que, según resulta de los hechos en el caso Fiammingo, la interrupción del expediente de expropiación en curso había sido acordada como efecto de la enajenación del fundo Pratone sin contraprestación de un precio. Así resulta de la misma carta del Jefe del Gobierno. Pero tal acuerdo no resulta del documento otorgado ante el notario De Vita.

Se plantean entonces los siguientes problemas:

1) Para que exista la figura del contrato de cambio (innominado) *do ut non facias* u otro semejante, ¿basta con que el promitente o enajenante solicite la observancia de una determinada conducta por la otra parte y que ésta acepte, es decir, que haya acuerdo sobre este punto? En otros términos: ¿basta con que el "cálculo utilitario" resulte del convenio sobre una contraprestación? (Entiéndase que, de momento, la cuestión ha de examinarse prescindiendo de la licitud del negocio en el caso concreto Fiammingo-"Opera Nazionale Combattenti".)

2) ¿Cómo se distinguirá en este caso entre un contrato innominado de cambio y una donación *cum onere*? (v. vol. I, § 10).

3) Frente a un acto calificado por las partes como donación y revestido de la forma *ad hoc*, ¿puede resultar el gravamen, o en general la contraprestación, de un documento separado, que incluso podría ser una escritura privada? (v. infra los casos Maggi cr. Scattolini y Fantino cr. Pepino).

4) Si la contraprestación da lugar a un verdadero y propio contrato de cambio, ¿puede disimularse bajo la apariencia de una donación un contrato de cambio?; ¿en qué condiciones?; ¿y si el objeto es un inmueble?

5) En el Derecho francés, en el que se admite a veces que el cálculo utilitario, aun en defecto del mencionado convenio, excluye la donación

(v. vol. I, § 9) y en el que para la venta de inmuebles no se requiere documento escrito, ¿cómo se resolvería esta cuestión? (la del núm. 4).

6) En caso de que la contraprestación solicitada y convenida no pueda constituir el objeto de una obligación (como probablemente ocurría en el caso Fiammingo), ¿puede sin embargo dicha contraprestación constituir válidamente el objeto de una "condición" o "causa" de una donación *cum onere* o de un cambio? (en el sentido aludido en volumen I, § 10 *a*).

7) Si se responde negativamente a esta última pregunta y suponiendo que la prestación haya sido convenida como cambio *sub specie* de "condición", ¿puede considerarse tal contraprestación como objeto de una previsión fundada o de un "cálculo utilitario" puramente personal del donante, es decir, como mero "motivo" de una donación que, por tanto, sigue siendo válida? ¿O es exacta la tesis del dilema propuesto por Fiammingo, tal como resulta de la sentencia?

Compárese y discútase el caso Fiammingo en relación con la jurisprudencia y la doctrina francesas mencionadas en el vol. I, § 9, notas 4 y 8 a 10, así como en relación con los casos Ciudad de Marsella contra Emperatriz Eugenia; Lapeyre cr. Ayuntamiento de Urrugne; Reverchon cr. Ayuntamiento de Morez; De Mailly cr. Chalon.

Piénsese también qué solución se daría al caso Fiammingo si se presentara en el *common law;* se entiende, en cuanto al problema de la existencia de un *bargain* o de la exigencia de forma (v. vol. I, §§ 26-31).

WILD cr. WILD

Trib. Torino, 28 julio 1948. — *Mon. Trib.*, 1949, 76. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

Los hermanos Ludovico y Odofranco Wild, hijos del Sr. Carlo Enrico Wild, habían promovido un juicio de incapacitación contra su padre.

Pendiente este juicio y mediante documento otorgado ante el notario Fazzini en 17 octubre de 1944, el padre "hacía donación" a sus dos mencionados hijos de las 3/4 partes de sus bienes, entre los que figuraba una cuota hereditaria deferida a dicho padre.

En este documento declaraba que quería "hacer la donación para eliminar todos los motivos que puedan haber inducido a sus hijos Ludovico y Odofranco a iniciar y a proseguir el procedimiento de incapacitación a la sazón pendiente ante el Tribunal de Torino", puntualizando además que con la donación quería alejar de ellos del modo más eficaz todo temor "de una posible futura ruina material y moral, a través de la dispersión de su propio patrimo-

nio". Se añadía, por último, que la donación sería eficaz "a partir del momento en que la demanda de incapacitación presentada por los donatarios fuera retirada por ellos con renuncia a todas las actuaciones del juicio, y se reduciría a la mitad en la hipótesis de que uno sólo de los donatarios hiciera la renuncia".

Posteriormente, y pendiente todavía el juicio de incapacitación, el documento de 17 de octubre de 1944 fué expresamente anulado y sustituído por otro otorgado ante el notario Fazzini en 12 de octubre de 1945. En éste no se hacía ya ni la más mínima alusión al juicio de incapacitación y a la obligación de los donatarios de renunciar a él; la cuota donada se reducía de los 3/4 a los 6/9; y se establecía que el donante se reservaba la facultad de determinar los bienes que habían de constituir la cuota donada.

El 18 de octubre de 1945, el hijo Odofranco Wild renunciaba al juicio de incapacitación, habiendo otorgado poderes previamente (el 6 de agosto de 1945) al abogado Vitelli tanto para aceptar la donación como para renunciar a las actuaciones del juicio de incapacitación, subordinando sin embargo esta renuncia al previo acuerdo con la Condesa de Ternengo, madre de Odofranco y esposa divorciada del padre Carlo Enrico Wild, y con el abogado Ferreri.

En otra declaración hecha el 14 de octubre de 1947 ante el notario Jean Fossati de Niza (Francia), Enrico Wild, después de referirse al documento otorgado ante el notario Fazzini y de hacer constar que el 4 de agosto de 1947 había contraído nuevo matrimonio con la señora Magdalena Brard y que, por consiguiente, había legitimado a la niña Micaela Anny, nacida el 29 de abril de 1943 de sus relaciones con dicha señora, *revocaba* la donación hecha en 12 de octubre de 1945 en atención a las mayores cargas y obligaciones que se le ocasionaba el nuevo matrimonio (de acuerdo con el art. 250, n.º 3, Cód. suizo oblig.).

En el juicio promovido ante el Tribunal de Torino, los hermanos Ludovico y Odofranco Wild pidieron la declaración de validez y la ejecución de la donación otorgada ante el notario Fazzini en 12 de octubre de 1945 y que se desestimara la revocación de la donación, alegada en dicho juicio por el padre.

Surgieron en el juicio varias cuestiones relacionadas con otros elementos de hecho que no interesan aquí; pero interesa una cuestión propuesta por el señor Carlo Enrico Wild, a saber, que el documento otorgado en 12 de octubre de 1945 no contenía una donación sino, a pesar de la apariencia, una transacción o un contrato sinalagmático o, por lo menos, un acto dirigido a obtener determinadas ventajas (la renuncia al juicio de incapacitación y

a otro juicio promovido por los hijos contra su padre). Finalidad, esta última, que excluiría la figura jurídica de la donación.

Según el señor Carlo Enrico Wild, en todo caso "faltaría el elemento subjetivo de la liberalidad, característico y esencial de la donación," puesto que el instrumento otorgado ante el notario Fazzini no habría constituído más que un acto de cumplimiento de un acuerdo conjunto, en virtud del cual los señores Ludovico y Odofranco Wild se comprometían a retirar la demanda de incapacitación presentada contra su padre y a desistir de su oposición al reconocimiento de la pequeña Micaela, y por su parte, el padre se obligaba a donarles las dos terceras partes de su patrimonio, con la reserva de la facultad de determinar los bienes".

Tal tesis del señor Carlo Enrico Wild se sostenía para la calificación del acto, a los efectos de la aplicación de las reglas del Derecho Internacional Privado (v. art. 24 disp. prel. C. civ. italiano) (1) y fundamentalmente para que se declarara la nulidad de dicho acto, por no poderse celebrar contratos sobre un derecho irrenunciable, como el inherente al juicio de incapacitación promovido.

Contra esta tesis, el Tribunal de Torino invoca el texto del documento de 12 de octubre de 1945, en el que se lee: "El señor Enrico Wild *dona* a sus hijos Ludovico y Odofranco Wild en señal de afecto y para mejor asegurar el porvenir de ellos y de sus hijos las seis novenas partes de su patrimonio, incluyendo en ellas los bienes que le corresponden y le han sido asignados en la división actualmente en curso de la herencia de sus difuntos padres, reservándose en tal cuota de patrimonio el usufructo del 80 por 100. El donante se reserva además el derecho de formar a su vez en su patrimonio las seis novenas partes de que se hace donación en el presente documento".

Partiendo de esta premisa, la sentencia argumenta en la forma siguiente:

"Concurre pues el elemento objetivo de la donación y concurre igualmente el subjetivo, ya que el motivo expreso del acto configura un típico fin de liberalidad como es el de asegurar el porvenir de los donatarios y de los hijos de éstos.

Tampoco puede admitirse que dicho motivo sea sólo aparente y que falte el requisito fundamental de la donación, la espontaneidad, por haberla hecho Wild como consecuencia de una obligación anteriormente asumida, representando tal donación la contrapres-

(1) *Nota del Traductor.* — El artículo que se cita dice textualmente: "Las donaciones se rigen por la ley nacional del donante".

tación a cargo de Wild por la renuncia de sus hijos a los dos juicios promovidos por ellos contra su padre, especialmente al de incapacitación.

La tesis según la cual las partes habían estipulado en realidad una transacción, de la que la donación sería un elemento esencial, carece por tanto de una seria base en el terreno de los hechos: la sucesión cronológica de los acontecimientos podría dar lugar a tal suposición, pues relacionando entre sí los distintos hechos cabe suponer que no hubieran sido independientes unos de otros y que en la mente de las partes cada uno de ellos hubiera sido realizado en función y a causa del otro; pero esto no puede pasar de ser una mera suposición, porque seguramente falta una prueba precisa, segura e incontrovertible y no hay que olvidar que la prueba de una transacción debe hacerse por escrito, aunque sea mediante varios documentos separados.

Ahora bien, en el *primer* documento de donación, otorgado en octubre de 1944, se hacía explícita referencia al juicio de incapacitación, pues el donante Enrico Wild declaraba que quería hacer la donación "para eliminar todos los motivos que pudieran haber inducido a sus hijos Ludovico y Odofranco a iniciar y a proseguir el procedimiento de incapacitación, etc." (aquí la sentencia transcribe el texto del documento).

A la vista de tales declaraciones, podía suponerse que bajo la apariencia de una donación se ocultara un negocio sinalagmático, en el que la transmisión de aquella determinada cuota del patrimonio representara la contraprestación de la parte en cuyo favor se produciría la renuncia al juicio de incapacitación.

Sin embargo, el documento de 1944 fué expresamente sustituído y anulado por el de 1945, en el que ya no se hace ni la más mínima alusión al juicio de incapacitación y a la obligación de los donatarios de renunciar a él; si las partes, a pesar de que podían lograr el cumplimiento de la donación (bastaba con la aceptación por parte de Odofranco, con la correlativa renuncia al juicio de incapacitación; y con tal fin había otorgado poderes el 6 de agosto de 1945 al abogado Vitelli) quisieron en vez de ello la estipulación de un nuevo contrato, que incluso en la parte sustancial difiere bastante del anterior (la cuota donada se reduce de los 3/4 a los 6/9, se introduce el derecho de elección y se incluyen en la cuota los derechos sobre la herencia materna) y en este nuevo documento ya no se aludió a los acuerdos y cláusulas del primero, parece arbitrario sostener que tales acuerdos deban igualmente regir el segundo contrato, tanto más cuanto que en éste el motivo

expresado es únicamente el afecto a los hijos; concretamente, no se puede entender que la renuncia hecha por Odofranco al juicio de incapacitación en 18-10-1945 condicionara la validez de la donación hecha el día 12 del mismo mes y año, ya que falta una explícita relación entre los dos actos, hasta el punto de que al otorgar poder al abogado Vitelli, Odofranco le había autorizado tanto para aceptar la donación como para renunciar a las actuaciones del juicio de incapacitación, si bien subordinando esta renuncia al previo acuerdo con la condesa de Ternengo, esposa divorciada de Enrico Wild, y con el abogado Ferreri.

Pero aún admitiendo que en cierto aspecto existiera una relación entre la donación y la renuncia al juicio de incapacitación, no se puede sin más entender que la una haya sido la causa de la otra. Es oportuno hacer una clara distinción entre la causa y los motivos de un negocio jurídico; causa de la donación es el espíritu de liberalidad, que, por lo tanto, es esencial para que exista el acto, pero el espíritu de liberalidad no se identifica necesariamente con el espíritu de beneficencia, ya que la donación no deja de serlo si se hace con miras a la eventualidad de futuras ventajas de orden material o moral (donación con fin publicitario o por ambición). Por tanto, puede admitirse también que Wild haya obrado movido por el deseo de librarse de las molestias del juicio de incapacitación y haya querido atribuir a los hijos, que denunciaban el derroche del patrimonio, una cuota considerable del mismo, eliminando con ello todos sus temores sobre el particular; pero es indudable que éste sería un motivo puramente interno, inadecuado para cambiar la naturaleza del acto realizado, especialmente cuando el único motivo expreso que consta es el deseo de asegurar el porvenir de los hijos, o sea una típica *causa donandi.* Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que, una vez efectuada la donación, los hijos estaban directamente interesados en poner término al juicio de incapacitación, pues para que la donación pudiera producir sus efectos propios había que presuponer la plena capacidad de Wild, y la prosecución del juicio, con la eventual estimación de la demanda de incapacitación, hubiera podido repercutir sobre un acto realizado durante la pendencia del juicio determinando su ineficacia." *(Omissis.)*

"Entiende pues el Tribunal que con el documento otorgado ante el notario Fazzini el 12 de octubre de 1945, y que es el único que interesa, se ha querido efectivamente estipular una donación y que ésta fuera jurídicamente independiente de la renuncia al juicio de incapacitación, acerca del cual — lo que es muy significativo — el

documento guarda completo silencio. Eliminada así la hipótesis de la transacción y, en general, la de un contrato bilateral, desaparece la posibilidad de aplicar la ley italiana y ha de estarse a la ley suiza, como ley nacional del donante, para valorar el acto y determinar sus efectos."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 9, especialmente notas 4 a 7; § 16 *b* y § 35 *a*.

Lo mismo que en el caso Fiammingo, la cuestión litigiosa no afectaba a la exigencia del documento público, pero los principios acogidos serían aplicables también para resolver esta cuestión en caso de que el documento no hubiera revestido dicha forma.

El Tribunal no ha admitido que la renuncia a los juicios en curso representara una contraprestación *convenida* en un contrato bilateral y sinalagmático. Tal renuncia representaría en todo caso una previsión fundada, y muy fundada, pues como observa el Tribunal los hijos donatarios ya no tenían interés en continuar el juicio de incapacitación, sino que tenían interés en lo contrario.

Pueden repetirse aquí, en concreto o *en hipótesis* (es decir, en la hipótesis de que se hubiera *convenido* una contraprestación) las cuestiones propuestas para el caso Fiammingo-"Opera Nazionale Combattenti".

En cuanto al *common law*, véanse además de los pasajes citados en el caso Fiammingo, el caso White v. Bluett y la Introducción al cap. III de la segunda parte, 1 *a*. Para plantear el problema en el *common law* (en orden al *bargain* o a la exigencia de forma) ha de suponerse, indudablemente, que también en el segundo documento otorgado ante el notario Fazzini hubiera una relación expresa entre donación y renuncia a los juicios pendientes.

Debens cr. Dellarole

App. Torino, 25 julio 1941. — *Giur. Tor.*, 1941, 485.
(Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"La sentencia apelada no puede ser confirmada, porque ha argumentado sobre una supuesta causa de la obligación que ninguna de las partes, y ni siquiera el señor Debens, ha admitido o alegado. El señor Debens ha afirmado simplemente que extendió de su puño y letra un documento en el que se obligaba a abonar en 16 años y por mensualidades de 200 liras a la señora Dellarole la cantidad de 38.400 liras "con el fin de librarse de su antigua amante", pero no ha añadido que lo hiciera "a título de resarcimiento de daños". La señora Dellarole ha continuado insistiendo en que la obligación de Debens había sido asumida para saldar la deuda que había

contraído frente a ella a consecuencia de suministros y subvenciones; es más, la señora Dellarole ha protestado contra las falsas afirmaciones de Debens, que intentaba desplazar la causa de la obligación hacia un terreno lúbrico, al que ella no podía seguirle. Ahora bien, es evidente que "el fin de librarse de una antigua amante" no puede constituir la causa de una obligación, sino que constituye a lo sumo el motivo personal del contratante que asume dicha obligación.

Es conocida la distinción claramente establecida por el Tribunal Supremo entre motivo próximo y motivo remoto de los contratos, en atención a que no todos los motivos determinantes de la voluntad de los contratantes tienen la misma eficacia: distinción que permite con suma facilidad separar la causa del motivo. En efecto, sobre la base de tal distinción, por causa del contrato se logra fácilmente comprender el motivo próximo que ha determinado la voluntad de los contratantes; motivo próximo que en los contratos bilaterales viene dado por las recíprocas contraprestaciones y en los contratos unilaterales por la liberalidad. Es decir, en los contratos bilaterales la voluntad de los contratantes se determina en consideración a las recíprocas contraprestaciones; en los contratos unilaterales dicha voluntad se determina en consideración a la liberalidad con que una de las partes ha querido beneficiar a la otra. Este impulso determinante, que es esencial para la validez de los contratos, constituye el motivo próximo o inmediato, o sea la verdadera y propia causa de dichos contratos. Pueden también contribuir a determinar la voluntad de los contratantes otros motivos, porque dichos contratantes pueden proponerse finalidades particulares al celebrar los contratos; pero estos motivos personales constituyen motivos remotos que, normalmente, al no afectar a la validez de los contratos, no tienen relevancia jurídica.

Ahora bien, el afirmar e incluso el querer probar que se ha asumido la obligación de pagar prestaciones mensuales "para librarse de la antigua amante" significa invocar el motivo y no la causa de tal obligación. En sustancia, lo único que Debens ha precisado es que al contraer la obligación le ha movido el fin de librarse de su antigua amante. Pero no ha precisado, además, que aunque haya contraído la obligación para librarse de su antigua amante, lo haya hecho para resarcir los daños causados a la señora Dellarole (o para gratificarla en una determinada cantidad). Es evidente que sólo en esta ulterior y última aclaración se hubiera podido centrar la causa de la obligación: contraprestación entre daños y reparación en la primera hipótesis, y liberalidad en la segunda hipótesis.

De la motivación de la sentencia apelada se deduce que el Tribunal de instancia también ha advertido la irrelevancia (en orden a la discusión sobre la causa de la obligación) del fin que Debens se había propuesto al contraer dicha obligación, o sea el de librarse de su antigua amante. Y entonces, queriendo razonar en hipótesis, el Tribunal ha atribuído sin más a la obligación la causa de un contrato bilateral: daños y reparación. Pero resulta, y es justo hacerlo constar, que Debens no ha admitido nunca, sino que ha negado siempre implícita pero claramente, que hubiera causado daños a la señora Dellarole. Por lo tanto, para reconocer la validez en todo caso de la obligación, el Tribunal ha contemplado en dicha obligación una causa puramente gratuita e hipotética. Ahora bien, es evidente que no es lícito razonar sobre la base de una supuesta hipótesis cuando tal hipótesis, al menos a la vista de los autos, carece de base en la realidad. Por otra parte, se podían acoger varias hipótesis y entre ellas la de una liberalidad: hipótesis ésta que sin duda habría cambiado sensiblemente los términos de la discusión. Y hay que tener en cuenta que la misma Dellarole no había querido admitir, como tampoco quiere admitir ahora, ninguna otra causa de la obligación más que la expresamente mencionada en el documento: suministros y subvenciones."

La sentencia examina a continuación la cuestión de la distribución de la carga de la prueba frente a una *cautio discreta* o *billet causé* (v. vol. I, § 22, nota explicativa n.º 4) y termina diciendo:

"En el caso de autos, la causa del contrato estipulado entre la señora Dellarole y el señor Debens es la que se expresa en el mismo contrato, y ya mencionada. Puesto que el señor Debens niega que tal causa exista, puede y debe probar la inexistencia de dicha causa. Si tal prueba da la razón a Debens, es decir, si logra probar que el 3 de marzo de 1935 no estaba en deuda con la señora Dellarole por suministros y subvenciones, entonces será dicha señora Dellarole quien deba probar la existencia de otra causa verdadera de la obligación. Y solamente entonces, es decir, cuando la señora Dellarole haya probado la verdadera causa de la obligación se podrá discutir en relación con tal causa sobre la validez de la obligación; validez que podrá ser excluída, que podrá ser admitida o que podrá ser parcialmente excluída y parcialmente admitida." *(Omissis.)*

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 9, 10 y 11, notas 30, 32; § 16 *b* y § 35 *a*.

La sentencia admite la validez (sin necesidad del esquema formal-

causal de la donación) de la promesa de pagar una cantidad a una mujer con la que se han tenido relaciones amorosas, a título de resarcimiento de daños y, probablemente, también en concepto de obligación natural: *causa praeterita* (v. vol. I, § 11, especialmente notas 30-32).

No admite, por el contrario, que pueda constituir "causa" de una promesa (entiéndase *causa suficiente* para excluir el esquema formal-causal de la donación, v. vol. I, §§ 9 y 10) "el fin de librarse de una antigua amante". Esta finalidad podría a lo sumo constituir el "motivo"; hay que entender, a la vista de la sentencia, que se refiere al motivo de un acto de liberalidad, pues la misma sentencia considera que la causa en los contratos bilaterales es la contraprestación, y en los contratos unilaterales el espíritu de liberalidad.

En este aspecto, el "fin de librarse de una antigua amante" se proyecta hacia el futuro y no podría considerarse como contraprestación (ni tampoco, en el caso concreto, se le consideraba como una *causa praeterita,* es decir, como obligación, aunque sólo fuera natural, de resarcir un daño).

En este sentido, la tesis del Tribunal se parece a la mantenida en los casos Fiammingo y Wild.

Pero parece que se deben distinguir dos casos:

a) El caso en que "la liberación de la antigua amante" constituya un mero "cálculo utilitario puramente personal del promitente" (v. el caso Fiammingo); es decir, una mera previsión, aunque sea fundada, de los efectos de la promesa o del acto, o sea de que a consecuencia de la promesa y de su cumplimiento, la señora Dellarole interrumpiría la relación amorosa.

b) El caso de un verdadero acuerdo entre las partes, en el sentido de que a cambio de la promesa la señora Dellarole interrumpiera la relación amorosa. Sin que ello significara que la señora Dellarole debiera abstenerse de una conducta dirigida a importunar a Debens o a influir sobre su voluntad (violencia o contrato ilícito); sino que se abstendría de observar, en sus aspectos lícitos y afectivos, la conducta de quien desea continuar una relación amorosa. En otros términos, habría que concebir un contrato del tenor siguiente: "si me abandonas te daré tal cantidad" (v. también el caso Levi cr. Hacienda). En todo caso, prescindiendo de la cuestión de la licitud, se plantean aquí los problemas siguientes:

1) ¿La finalidad, concertada entre las partes, "de librarse de una antigua amante" constituye solamente el mero motivo de una promesa o enajenación (como acto de liberalidad) o se trata de una contraprestación (en sentido amplio)?

2) Si se trata de una contraprestación, ¿cómo se distingue una donación *cum onere* de un contrato a título oneroso, válido sin necesidad de la forma del documento público?

3) ¿Cómo se resolvería aquí una cuestión análoga a la que hemos planteado en los números 6 y 7 del cuestionario al caso Fiammingo?

Examínense también los problemas siguientes:

4) ¿Es exacto, como dice la sentencia, que en los contratos unilaterales la causa consista siempre en el espíritu de liberalidad o que, dicho de otro modo, se necesite siempre una contraprestación o una obligación anterior para que pueda excluirse la causa de liberalidad o de beneficencia? v. vol. I, § 14 *d* y § 16.

5) ¿Cómo se resolvería en el *common law* el caso de una mera previsión (fundada) de la conducta ajena como efecto de la promesa? (en el caso Debens, dicha conducta prevista sería la interrupción de la relación amorosa).

Una cuestión semejante podría surgir también en los casos Fiammingo y Wild. V. vol. I, § 27 *a*.

6) ¿Cómo se resolvería en el *common law* el caso en que la interrupción de la relación amorosa (en el sentido aludido) fuera establecida como *consideration, executed* o *executory?* V. vol. I, §§ 29 y 30 *a*; y la nota al caso Dunton v. Dunton.

Ranzato cr. Scarneo (Nella Regini)

App. Milano, 29 diciembre 1933. — *Mon. Trib.*, 1934, 135. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"Hechos. — Por escrito de 20 de julio de 1932 la señorita Ilka Scarneo, conocida en el mundo del arte como Nella Regini, demandó ante el Tribunal de Milán al profesor Virgilio Ranzato, compositor musical, que se había obligado a entregar a la demandante la séptima parte de sus derechos de autor, o sea el 5 por 100 del 35 por 100 que le correspondía (1), en todas las representaciones dadas por cualquier compañía de las operetas compuestas por él, y que había incumplido la obligación asumida.

Pedía, por tanto, que se declarase a Ranzato obligado a pagar la séptima parte de los derechos de autor que le hubieran correspondido por la representación de sus operetas *Cin-Ci-Là, Città Rosa, Zizì y Crì-Crì*, por cualquier compañía artística, a liquidar previo peritaje contable, y fijando mientras tanto una liquidación provisional de 50.000 liras.

El Tribunal, en sentencia de 29 de abril de 1933, rechazadas las excepciones de improcedencia de la acción, de nulidad de contrato y de extinción de la obligación, estimó las peticiones de la

(1) *Nota del Traductor.* — Tal como se expresa la sentencia, parece que incurre en un error aritmético, por lo demás, fácilmente salvable. Lo que quiere decir es que el compositor se había obligado a ceder a la artista la séptima parte de sus derechos de autor, es decir, el 5 por 100, teniendo en cuenta que lo que a él le correspondía era el 35 por 100.

parte actora disponiendo al efecto la liquidación por peritaje contable, y negando la liquidación provisional.

Ranzato recurrió en apelación por escrito de 13 de junio de 1933.

DERECHO *(omissis)*. — La cuestión litigiosa se centra en la naturaleza jurídica de la relación nacida de los tres documentos privados en los que Ranzato cedía a la Regini el 5 por 100 sobre los derechos de autor de las operetas compuestas por él. La interpretación literal y lógica de dichos documentos ponía de manifiesto su carácter de liberalidad. La cesión se hizo a título de obsequio y sin compensación. Sin aludir para nada a una contraprestación generadora de obligaciones bilaterales. No sólo la gratuidad, es decir, la atribución sin compensación, sino la misma espontaneidad de la donación *(nullo jure cogente)* revela el *animus donandi*. La pretendida contraprestación, que habría de servir para dar carácter conmutativo al contrato, no se desprende del documento ni resulta de la prueba.

Que la Regini se hubiera obligado, a cambio de una contraprestación, a poner en escena las operetas de Ranzato y a difundirlas en el público con su arte y con la popularidad de su nombre, es una afirmación gratuita. Las cartas prueban la admiración de Ranzato hacia la Regini por la interpretación dada a sus obras. La donación tiene fin remunerador. Su causa legítima es el reconocimiento y el premio a los méritos de la donataria. No cabe argumentar de otra forma, dada la interpretación del documento escrito. Una interpretación distinta iría contra lo escrito y sería puramente arbitraria. Las dos cartas de los señores Schinelli y Cuscinà, presentadas por la defensa de la Regini, no apoyan la tesis de la parte actora sino que, por el contrario, la desmienten. Sólo en esas cartas, y no en las de Ranzato, se contenía una propuesta de contrato conmutativo, según la cual al ofrecimiento de un tanto por ciento sobre los derechos de autor debía corresponder, como contraprestación, la puesta en escena y la representación de la obra compuesta por el oferente.

En las cartas de Ranzato, por el contrario, la oferta se hizo sin requerir nada a cambio, procurando un beneficio a la Regini sin beneficio correlativo para el oferente.

No hace falta indagar los motivos íntimos y remotos que determinaron el ofrecimiento. La ley considera también como donación la que se hace por reconocimiento o en atención a los méritos del donatario o como remuneración especial. Calificado el acto como donación, se desprende la consecuencia de su invalidez jurídica por defecto de forma exigida *ad solemnitatem*.

El Tribunal estimó que el negocio jurídico en cuestión constituía una donación indirecta y, como tal, dispensada de la solemnidad del documento público, y apoyaba esta tesis invocando una sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1932, número 3.740, en causa Govi cr. Pesci.

Pero el caso resuelto en la citada sentencia no guarda ninguna analogía con el actual. La donación puede llevarse a cabo por los medios más variados. Transmitiendo la propiedad, creando un crédito, remitiendo una deuda: donaciones reales, obligatorias, liberatorias. En todos estos casos, haciéndose la atribución patrimonial por espíritu de liberalidad y sin contraprestación, queda sujeta a la solemnidad del documento público.

Para satisfacer las dos opuestas exigencias, la de refrenar los fáciles impulsos que pueden inducir a pérdidas excesivas o a compromisos onerosos y a tardíos arrepentimientos, y la de no obstaculizar el espíritu de liberalidad, la doctrina ha introducido la categoría de las llamadas donaciones indirectas, para las que no se requiere bajo pena de nulidad el documento público, comprendiendo bajo tal denominación los negocios traslativos o abdicativos de un derecho, en los que la liberalidad no constituye la causa primera, única e inmediata.

En dicha categoría, por las razones anteriormente expuestas, no puede incluirse la donación de Ranzato. De no ser así, el precepto del art. 1.056 C. c. vendría a quedar frustrado.

La nulidad de la donación implica el derecho de repetir lo que en virtud de ella se haya recibido. A esto se dirige la demanda reconvencional. No cabe oponer el cumplimiento voluntario, ya que los vicios de un acto nulo de manera absoluta por defecto de formalidades no pueden sanarse por ningún acto confirmativo (artículo 1.310)" *(Omissis)*.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 8, 9, 11 y 27, notas 4 y sigts.; y § 35 *a*.

Más que de una cesión como *transfert* (v. vol. I, § 38, *a*) se trataba de una promesa de entregar a la Regini una parte de las cantidades percibidas por Ranzato en concepto de derechos de autor.

La sentencia, interpretando los hechos, examina el caso desde el punto de vista de la donación remuneratoria por los servicios prestados a Ranzato por la Regini, representando y popularizando sus operetas. Aunque se hubiera tratado de una obligación natural, la asunción de ésta a causa de una promesa dependería de la intención de las partes (v. vol. I, § 11); intención que la sentencia excluye en su argumentación.

Cabe preguntarse, sin embargo, si el acto de "cesión" se hizo *después* de retirarse de la escena la Regini (parece que no) o *antes;* en el último caso creemos que no podría hablarse de donación remuneratoria, ya que podía considerarse que Ranzato hacía la promesa para estimular a la Regini a divulgar sus operetas o a mantener el interés del público por las mismas; y, por tanto, con la esperanza de obtener futuras ventajas por parte de Ranzato.

Por tanto, parece más exacto plantear la cuestión en otro terreno: se trataría de saber si esa finalidad de estimular a la Regini, etc., y la esperanza de obtener futuras ventajas (sin que hubiera sido convenida como contraprestación una verdadera y propia obligación de la Regini) podía constituir una causa que excluyera la figura de la donación. El caso presenta, pues, cierta analogía con los casos Fiammingo, Wild y Debens-Dellarole.

Confróntese por tanto este caso con aquellos otros y propónganse, *mutatis mutandis,* las cuestiones planteadas en los correspondientes cuestionarios, en la medida en que resulten aplicables.

Concretamente, pueden plantearse las siguientes cuestiones:

1) Aunque el cálculo utilitario, que en hipótesis se atribuye a Ranzato, no constituya una verdadera y propia contraprestación o contraobligación, ¿puede servir para excluir la figura de la donación?

2) Si, como consecuencia de la promesa de Ranzato, podía preverse cierta conducta del promisario (Regini) favorable al promitente, ¿se podría excluir la figura de la donación?

3) ¿Se podría aplicar en este caso una doctrina análoga a la de la *reliance* del *common law?* Es decir, ¿basta con que sea previsible una conducta del promisario ventajosa para el promitente, o se necesita que tal conducta implique también un sacrificio para el promisario?; ¿qué clase de sacrificio? En el caso concreto, ¿hubiera debido hacer la Regini sacrificios de la naturaleza de los previstos en el § 90 del *Restat.* americano sobre Contratos? V. vol. I, § 27 *a.*

4) En caso de que se responda afirmativamente a la pregunta anterior, ¿sería justo y conforme con la equidad aplicar a este caso *(de jure condendo)* una doctrina análoga a la del *common law*?

Téngase presente, especialmente en cuanto a estas dos últimas cuestiones, que en el caso Ranzato-Regini se había prometido una parte de los derechos de autor no sólo por las representaciones dadas por la Regini, sino también por las que dieran otras compañías de opereta.

Confróntese el caso Ranzato-Regini con los casos Cattaneo-Milesi y otros sobre la *reliance* citados infra en cap. II, Sec. III.

5) ¿Está de acuerdo el lector con la tesis contenida en la parte final de la sentencia sobre la posibilidad de repetir las cantidades que Ranzato había ya entregado a la Regini? V. vol. I, §§ 11 y 38 *a.*

6) Pero el caso Ranzato-Regini podría presentar todavía otro aspecto. El Tribunal de Milán acentúa el hecho de que faltaba en las cartas de Ranzato la *petición* de una contraprestación, que por el con-

trario habría sido ofrecida o mencionada en las cartas de la Regini.

Siendo así:

— ¿No puede pensarse que aunque la promesa de Ranzato hablara, como parece ser, de homenaje, admiración, méritos, etc., contuviera una implícita petición (implícita tal vez por delicadeza) de esa contraprestación, y que la Regini, cogiendo al vuelo la insinuación, diera su conformidad? Sobre el valor de la *request* en el *common law,* que puede ser también implícita, v. vol. I, § 26, nota 16 y § 28, notas 8 y 9.

— En todo caso, ¿no podría sostenerse que, frente a una propuesta de donación (tal vez ambigua), las cartas de la Regini contenían una contrapropuesta de contrato conmutativo, aceptada después por Ranzato con su comportamiento posterior?

Por desgracia no poseemos el texto de esas cartas ni conocemos el orden en que fueron cambiadas. (Pero el lector que quisiera ahondar en esta cuestión y en todo el caso podría examinar el rollo de la causa, si le es posible encontrarlo, o el texto íntegro de las sentencias de primera y de segunda instancia. Valdría la pena hacerlo y hacer sobre ello un breve estudio, dado el gran interés que ofrece la cuestión, fundamental en el campo del contrato.)

Magenis cr. Magenis

App. Brescia, 18 julio 1949. — *Foro it.*, 1950, I, 609. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

El padre de las hermanas Magenis, por documento otorgado ante el notario Calleri en 11 de enero de 1945, les había hecho donación de ciertos bienes. Por escritura privada de la misma fecha, las donatarias, hermanas Magenis, se obligaban a renunciar a la donación o, mejor dicho, a devolver los bienes donados "cuando nos lo pidan nuestros padres, en caso de que tuvieran necesidad de disponer de ellos".

Llegándose a esta situación y habiendo pedido los padres de las hermanas Magenis la restitución de los bienes donados, opusieron ellas la excepción de que la referida escritura privada contenía una promesa de donación y, como tal, era nula por defecto de la forma del documento público. (Oponían además la excepción de que la devolución se habría verificado por la sola voluntad del donante y, en este sentido, iría contra el principio de la irrevocabilidad de un acto perfecto; excepción que no nos interesa.) Sobre tal excepción, el Tribunal de Apelación de Brescia argumenta en la forma siguiente:

"*El Tribunal,* etc. — Los términos de la actual contienda pueden ser resumidos en la forma siguiente: ¿puede considerarse la

escritura privada firmada el 11 de enero de 1945 por Elisa y Giuditta Magenis como condición relativa al acto de donación celebrado en la misma fecha entre las mencionadas y su padre Giovanni Magenis? En caso de que se responda negativamente, ¿puede reconocerse a dicha escritura valor de acto jurídicamente válido y eficaz? En caso afirmativo ¿qué naturaleza ha de atribuirse a dicho acto? El Tribunal de instancia fijó su atención en el primer punto, excluyendo acertadamente que la referida escritura pudiera ser considerada como parte integrante del acto de donación desde el momento en que para poder ser considerada como condición de la misma hubiera debido contenerse en el mismo documento de donación, para la que, como es sabido, se exige *ad substantiam* el documento público. Habiéndose establecido dicha condición en una simple escritura privada no podría constituir un elemento integrante del documento público. Desde este punto de vista, la decisión del Tribunal de instancia resulta conforme a Derecho.

Pero el Tribunal, pasando al segundo punto y definiendo la naturaleza jurídica del acto contenido en la repetida escritura privada, ha entendido sin más que tal acto constituye una promesa de donación, y que como tal es nula por defecto de forma, o sea por defecto de un elemento sustancial del negocio. El Tribunal de Apelación no cree que tal solución sea exacta. Ante todo, la promesa de donación es jurídicamente inadmisible. No puede admitirse, en efecto, que *iussu iudicis* pueda ordenarse el cumplimiento forzoso de un acto de espontánea liberalidad. En segundo lugar, falta en el caso concreto el espíritu de liberalidad que constituye el móvil en actos de esta naturaleza. Para hablar de promesa de donación debería siempre resultar incontestable el *animus donandi,* que por el contrario en este caso ha de excluirse de manera absoluta, porque el mismo contexto de la obligación asumida revela que las hermanas Magenis se decidieron a contraer tal obligación no por espíritu de liberalidad, sino para evitar que a consecuencia de la desposesión de sus bienes en favor de ellas pudiera el donante quedar expuesto, si se cumplía una determinada eventualidad, al peligro de caer en absoluta indigencia. No hubo, pues, finalidad de conferir ventajas patrimoniales, sino voluntad de evitar al donante la posibilidad de quedar en situación de no poder proveer a sus propias necesidades a consecuencia de un evento previsto como posible. Por tanto, si se debe excluir en la obligación contraída por las hermanas Magenis todo espíritu de liberalidad, viene a faltar el elemento indispensable del contrato de donación.

Pero no hay que entender, sin embargo, que, excluída la posibilidad de ver en la obligación mencionada una promesa de donación, no pueda reconocerse en dicha obligación ningún otro acto de naturaleza jurídica distinta. El documento es del tenor siguiente: "En relación con el contrato de donación estipulado hoy ante el notario Calleri, de Crema, las abajo firmantes Elisa y Giuditta Magenis nos obligamos a devolver al donante nuestro padre y también a nuestra madre los bienes recibidos en donación y detallados en el mismo documento, tan pronto como nos lo pidan nuestros padres, en caso de que tuvieran necesidad de disponer de ellos".

Al Tribunal de Apelación le parece indudable que con dicha expresión las hermanas Magenis quisieron renunciar a la donación estipulada, sometiendo sin embargo tal renuncia al cumplimiento de una determinada condición. Renuncia condicionada, pues, que no es necesario que resulte de documento público, ya que no implica, según ha quedado indicado, una nueva donación. En sustancia, las renunciantes se obligaban a abandonar los beneficios patrimoniales derivados de la donación estipulada si sus padres llegaran a encontrarse en una especial situación de necesidad económica. No parece, pues, que pueda negarse la validez jurídica de la obligación contraída por las hermanas Magenis, puesto que el derecho de renunciar a la donación es indiscutible y ningún impedimento puede oponerse a su ejercicio por el hecho de que la donación tenga carácter irrevocable." *(Omissis.)*

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 9, 10 y 38 *b*.

La sentencia no examina el caso desde el punto de vista del cumplimiento de la eventual obligación de alimentos de las hijas para con sus padres o del donatario con el donante (art. 437 C. c.).

La tesis de que la promesa de donación no es válida se refiere evidentemente al caso de una promesa hecha por escritura privada, siendo válida la donación obligatoria (o la llamada promesa de donación) hecha en documento público.

La validez del pacto contenido en la escritura privada no puede apoyarse (como, al parecer, se apoya en la sentencia) en la validez en general de la renuncia a un derecho (v. vol. I, § 38 *b*), puesto que la donación hecha por el padre a las hijas era una donación real y no meramente obligatoria (si hubiera sido obligatoria, la renuncia podría considerarse como remisión de deuda o como *pactum de non petendo;* véase volumen I, § 38 *b*). La renuncia a una donación real ya perfeccionada es una devolución o promesa de devolución; como tal, si no concurre una causa suficiente (v. vol. I, §§ 10 y 11) ha de considerarse como donación y debe revestir la forma *ad hoc*.

Admitido esto, para declarar válida la escritura privada en cuestión sólo cabe considerarla en uno de estos distintos aspectos:

a) O como promesa de cumplir una *eventual* obligación, civil o natural, de pagar alimentos al donatario (art. 437 C. c.) o a los padres necesitados (ya que la promesa había sido hecha también en favor de la madre, que no había donado).

Desde este punto de vista, nos deja un poco perplejos la sentencia cuando afirma que "las hermanas Magenis se decidieron a contraer tal obligación (de renunciar a la donación) no por espíritu de liberalidad, sino para evitar que a consecuencia de la desposesión de sus bienes en favor de ellas pudiera el donante quedar expuesto, si se cumplía una determinada eventualidad, al peligro de caer en absoluta indigencia". Probablemente, esta observación de la sentencia no hace más que confirmar la "causa" consistente en la mencionada obligación, civil o natural, de pagar alimentos, con la particularidad de que *la situación de necesidad se derivaría de la donación paterna* y de que el modo de satisfacer tal obligación consistiría en la restitución de los bienes donados. Tales particularidades, junto al hecho de que se trata de una promesa en consideración a un *eventual* estado de necesidad, distingue este caso del de una promesa por una *causa praeterita* u obligación anterior, civil o natural.

En el Derecho suizo y en el alemán, la promesa en cuestión podría considerarse como una regulación o confirmación contractual del derecho de revocación correspondiente al donante (v. arts. 528 y 530 C. c. alemán; art. 249, núm. 2, Cód. suizo oblig. y art. 250, núm. 2, para las promesas de donación).

Obsérvese que, sea en este aspecto, sea en el de una regulación contractual de la obligación de alimentos (frente al donatario o frente a los padres), la promesa de restitución de los bienes donados implica una responsabilidad distinta de la que resulta de la obligación *ex lege,* tanto porque implica prácticamente una prohibición de enajenar las cosas donadas, como porque en caso de enajenación debe responderse del valor; y ello en todo caso, aun en el de que sea el mismo promitente quien llegue a encontrarse en estado de necesidad (v. art. 438 C. c.).

b) O como *pactum adiectum in continenti* a una donación, aunque contenido en una escritura privada separada. Tesis rechazada por la sentencia.

Cabe preguntarse si es exacta tal tesis (o sea, la de que las condiciones de una donación deben resultar del mismo documento público que la contiene) cuando el pacto o la condición se dirija no a aumentar el sacrificio del donante sino a reducirlo o a establecer obligaciones o gravámenes a cargo del donatario. Sobre el caso de un gravamen que resulte de una escritura privada separada, v. infra los casos Maggi contra Scattolini y Fantino cr. Pepino; v. también, sobre la cuestión en general, el caso Fiammingo, núm. 3 del cuestionario.

c) O como contrato estipulado *simultáneamente* al contrato de dona-

ción otorgado ante el notario Calleri, aunque distinto de éste, y que tendría como "causa" la finalidad de obtener dicha donación, que de no ser así no hubiera sido hecha. Sobre el caso de una promesa hecha para obtener una donación futura, v. vol. I, § 9, nota 4. Adviértase que en el caso Magenis no se promete dar algo distinto de lo donado sino restituir en una determinada eventualidad la misma cosa donada.

Cuestionario:

1) ¿Era necesaria la forma del documento público para la renuncia de las hermanas Magenis a la donación paterna?

2) En caso de que no lo fuera, ¿cuál de los tres aspectos que acabamos de indicar prefiere el lector?

3) ¿Cómo debería resolverse el caso en el Derecho francés? Véase volumen I, § 9.

4) ¿Y en el *common law?* Parece que el caso solamente puede presentarse, en cuanto a la validez de la promesa no formal de devolución, cuando la promesa tenga como *consideration* la donación paterna. Pero en el caso Magenis la promesa se habría hecho también en favor de la madre, que no proporcionaba esa *consideration* (v. vol. I, § 26, nota 26).

También sería interesante examinar la cuestión inversa: es decir, la de si la donación paterna tenía una *consideration* válida consistente en la promesa de restitución para el caso de necesidad, y por tanto si tal donación podía hacerse sin la forma del *deed* (al menos como *promise*, si no como *transfert*, tratándose de inmuebles: v. § 38 *c*).

Armenise cr. Moroni

App. Milano, 18 febrero 1938. — *Mon. Trib.*, 1938, 603.
(Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"Derecho. — El apelante atribuye a la sentencia apelada contradicción de motivos, porque después de haber dicho que el ingeniero Armenise ofreció a Moroni el caballo de bronce "con carácter de liberalidad para el caso de que llegara a concluirse la venta de la casa" con el señor Pedracchi, ha añadido que con tal oferta Armenise "asumía una obligación, con justa y lícita causa, de recompensar al demandante". El apelante observa que en ningún caso podría ser constreñido a la entrega del caballo de bronce, porque si se trataba de una liberalidad faltaría el documento público exigido *ad substantiam* para la donación (art. 1.056), y si se trataba de una obligación faltaría la causa lícita y justa, pues habría que admitir que Moroni aceptaba de él un mandato siendo así que ya era mandatario de la parte contraria. No es del caso considerar la argumentación del apelado, quien para paralizar el

defecto de documento público sostiene que se trataba de una donación manual. Para admitir la tesis de la donación manual sería indispensable que la cosa donada se hubiera entregado al donatario, y aquí se litiga precisamente para obtener la entrega.

En el caso concreto no se advierte una donación, ni siquiera de carácter remuneratorio (art. 1.051 C. c.), porque falta esa espontánea intención de beneficiar que es característica peculiar de tal acto jurídico.

Los hechos, según resulta de la prueba, se desarrollarían en la siguiente forma: por encargo de Petracchi, Moroni fué a visitar la casa de Armenise con el fin de dar una opinión sobre la conveniencia de la compra. Habiendo visto el caballo de bronce, Moroni expresó su admiración y Armenise le dijo que se lo daría si Petracchi compraba la casa. El otro respondió: "aceptado".

Es evidente que la oferta o, mejor dicho, la promesa de dar el caballo no fué hecha por Armenise con el fin de beneficiar a Moroni, sino con el fin de interesarle en la venta de la casa. El hecho de que Moroni hubiera ido a visitar la casa por cuenta del presunto comprador Petracchi, no quiere decir en modo alguno que él mismo no pudiera estar interesado en el buen resultado del negocio para el vendedor Armenise. Impropiamente se habla de mandato y de las reglas relativas a tal contrato.

Petracchi no había encargado a Moroni que concluyera la compraventa en su nombre y por su cuenta, lo cual hubiera significado un mandato, sino que expresara una opinión sobre la conveniencia de la compra. Si algún contrato se había concluído entre Petracchi y Moroni sería un contrato de arrendamiento de servicios, que no da lugar a ninguna incompatibilidad y que no impide aceptar una compensación incluso de la persona que no los ha requerido inicialmente, pero que sin embargo obtiene o espera obtener un beneficio de tales servicios.

En la promesa hecha por Armenise existe precisamente la intención de compensar también por su parte el servicio de Moroni, por el beneficio que él obtendría al vender la casa. Esta intención, que constituye la causa de la obligación contraída, impide que pueda hablarse de donación.

La venta de la casa no era la condición establecida para beneficiar a Moroni, sino el motivo determinante de la entrega de la estatua, asegurándose Armenise de este modo de que Moroni haría todo lo posible para que tuviera lugar la venta.

La donación, aunque sea remuneratoria, es un contrato unilateral por el que una parte da algo a la otra sin pretender una com-

pensación; si acaso, la donación remuneratoria podría considerarse como compensación de un beneficio ya obtenido.

Aquí se está en presencia de un contrato bilateral, precisamente de arrendamiento de servicios, y no existen, por lo que se ha dicho, los motivos de nulidad por causa ilícita atribuídos por el apelante a la promesa aceptada de compensar el servicio en caso de resultado provechoso" *(Omissis)*.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 9, 10, 11 y 38.

Este caso representa un puente para pasar a los casos y problemas contenidos en los dos capítulos siguientes.

1) ¿Cuál es el criterio adoptado en la sentencia para distinguir la donación remuneratoria de un contrato que no tenga causa de liberalidad? ¿Puede hablarse de donación remuneratoria cuando los servicios no han sido prestados todavía? V. el caso Carrari cr. Masiero.

2) ¿Sobre la base de qué criterios se puede distinguir en el caso Armenise un arrendamiento de servicios de una donación *cum onere?*

3) ¿Estaba obligado Moroni frente a Armenise a interesarse en la venta? Si no existía tal obligación, ¿puede hablarse de contrato bilateral en sentido técnico, o conviene hablar de contrato con prestaciones recíprocas según el concepto del art. 1.453 C. c. ital. de 1942? Sobre la importancia de este problema, v. vol. I, § 10, nota 1 y nota 12. Para el *common law*, v. § 29.

APÉNDICE I. Jurisprudencia española

Advertencia. — *La sentencia de 29-XI-1950, que estudiamos en primer lugar, no se refiere a un supuesto de donación. Pero, por resumirse en ella toda la doctrina jurisprudencial relativa al valor del requisito de forma en el Derecho español, hemos creído conveniente que esta sentencia encabezara la selección de jurisprudencia española que estudiaremos en nuestros Apéndices.*

SENTENCIA de 29 de noviembre de 1950

Tribunal Supremo (casación por infracción de ley). *Colección Legislativa, Jurisprudencia civil,* t. XVII, páginas 360-371. Forma de los contratos. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"*Considerando que en el motivo primero del recurso se alega violación del último párrafo del art. 1.280, que determina que deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los con-*

tratos en que la cuantía de las prestaciones exceda de 1.500 pesetas, interpretando el recurrente tal precepto en el sentido de que la constancia por escrito de los contratos referidos es un elemento esencial sin el que los contratos no tienen eficacia, con lo cual se plantea una cuestión jurídica que ha tenido repercusión en la doctrina y que tiene importancia evidente para la resolución del presente caso.

Considerando que a tal interpretación se opone en primer término el art. 1.278 del mismo Código, que de manera terminante y sin admitir excepción alguna *consagra una vez más el principio espiritualista que viene del Ordenamiento de Alcalá, diciendo que los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez, es decir, las que consigna el artículo 1.261, no pudiendo admitirse que el párrafo invocado sea una excepción a la que haya que atenerse con preferencia a la regla general, porque las palabras del texto "cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado" comprenden indudablemente los contratos verbales, y es más racional interpretar tal párrafo en un sentido que no contradiga a lo establecido en dicho art. 1.278, tanto más* si se tienen en cuenta las declaraciones no menos terminantes *del 1.254, que establece que 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, y del 1.258, que afirma que los contratos se perfeccionan* por el mero consentimiento *y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.*

Considerando que el art. 1.279 del propio Código civil se refiere al consentimiento y demás elementos necesarios para la validez de los contratos como preexistentes al otorgamiento de escritura u otra forma especial, lo que demuestra que la forma escrita no es lo que da validez al contrato, pues precisamente por ser ya válido con anterioridad se otorga acción a los contratantes para compelerse recíprocamente a llenar la forma, acción que no están obligados a ejercitar, sino que, según el texto, podrán hacerlo, es decir, que dicho artículo otorga una facultad, pero no impone una obligación, *todo lo cual corrobora la tesis de que el párrafo alegado del art. 1.280 no contiene una condición esencial para la validez de los contratos.*

Considerando que la doctrina sentada concuerda con declaraciones anteriores de la jurisprudencia de esta Sala en múltiples

sentencias, de las que basta citar las de 4 de julio de 1899, 19 de octubre de 1901, 4 febrero de 1911 y 21 de diciembre de 1925." (Omissis.)

Nota y cuestionario. — V. vol. I, notas a los §§ 18 y 38.

Se trataba de un contrato de mutuo. El demandado — condenado en primera instancia y en apelación — fundó su recurso, entre otros motivos, en el de que la sentencia recurrida contenía una violación del último párrafo del art. 1.280, por haber admitido prueba distinta a la escrita en un supuesto contrato cuya cuantía era superior a 1.500 pesetas.

Con todo, no nos interesan los antecedentes de hecho, y si incluímos esta sentencia en nuestra selección ello obedece a que es, entre otras muchas, una de las que de manera más completa y en términos rotundos viene a resumir toda la doctrina y jurisprudencia en materia de forma y a fijar el verdadero alcance del requisito formal establecido en los arts. 1.279 y 1.280 del C. c. (Cfr. nuestras notas al § 18, en el vol. I).

Si algún reparo cabe oponer a esta sentencia es sólo el de que incurre en un exceso de generalización al referirse al art. 1.278 del C. c. en el que ve la consagración del principio espiritualista proclamado en el Ordenamiento de Alcalá, afirmando que en dicho artículo se consagra este principio "de manera terminante y sin admitir excepción alguna". Exceso de generalización en el que incurre también la sentencia al aludir a las "declaraciones no menos terminantes" de los artículos 1.254 y 1.258. Es cierto que el art. 1.278 no establece ninguna excepción al principio de libertad de forma que proclama, pero el mismo Código establece excepciones en otros artículos (tales como el 633, el 1.875, etc., citados en el vol. I, notas al § 18, al final). En cuanto a los artículos 1.254 y 1.258, por más que se refieran en general a "los contratos", hay que entenderlos sólo referidos a los contratos consensuales, *y aunque tampoco en ellos se hayan establecido excepciones, basta una simple lectura de los artículos que definen cada uno de los* contratos reales *para comprender que los arts. 1.254 y 1.258 solamente valen como regla general para la que el mismo Código no deja de señalar ciertas excepciones (v. vol. I, notas al § 6).*

En este sentido, se expresa con mayor precisión la sentencia de 9 de abril de 1956 (Aranzadi, t. XXIII, núm. 1.554), en la que, después de unas consideraciones sobre el sistema espiritualista imperante en nuestra legislación — parecidas a las que se hacen en la sentencia que comentamos — se reconoce que este sistema de libertad de forma admite excepciones, si bien "han de ser consignadas por la ley en forma categórica, como se hace para las donaciones en los arts. 632 y 633".

SENTENCIA de 4 de julio de 1947

Tribunal Supremo (casación por infracción de ley). *Colección Legislativa, Jurisprudencia civil,* t. II, vol. III, págs. 525-543. PROMESA DE PAGAR UNA PENSIÓN VITALICIA. CUESTIÓN RELATIVA A SU CALIFICACIÓN COMO DONACIÓN, A LOS EFECTOS DE LA REVOCACIÓN POR SUPERVENIENCIA DE HIJOS. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis.*)

El demandado había escrito a sus padres una carta, fechada en Madrid a 17 de noviembre de 1940, en la que, después de comunicarles que iba a contraer matrimonio y que, en consecuencia, habrían de interrumpir la convivencia hasta entonces mantenida entre ellos, les ofrecía una pensión vitalicia en los términos siguientes: "y me comprometo a pasarles mensualmente la cantidad mínima de 200 pesetas en concepto de pensión alimenticia, y a garantizarles el pago de esta suma a satisfacción de ustedes, para que nunca y en ningún caso pueda faltarles".

Durante varios meses, el hijo cumplió puntualmente la obligación asumida, pero después suspendió las entregas. Fracasadas las gestiones amistosas que se realizaron para que siguiera cumpliendo aquellos deberes, sus padres reclamaron judicialmente el pago de la pensión alimenticia.

En su contestación, el demandado alegó que su promesa había sido viciada por intimidación, pues al escribir aquella carta su voluntad estaba coaccionada en forma grave por las amenazas dolosas de su hermana y de su padre, de que no otorgarían las escrituras de dos casas de las que el demandado era dueño y que constituían su único capital. Añadía que, con posterioridad a la fecha de aquella carta, sus padres habían adquirido (con ayuda de él) varias fincas, por lo cual no necesitaban la pensión prometida. Y que, por haber tenido una hija de su matrimonio, procedía revocar la donación, de conformidad con el art. 644 del C. c. Pidió que se le absolviera de la demanda y formuló reconvención suplicando que se declarasen nulas todas las obligaciones emanadas de la carta de 17 noviembre 1940.

El juez de primera instancia dictó sentencia declarando haber lugar a la demanda, condenando al demandado a pagar la pensión vitalicia de 200 pesetas mensuales, desde la fecha en que había interrumpido sus entregas, y desestimando la reconvención. Apelada esta sentencia por el demandado, la Audiencia Territorial de Cáceres la confirmó sustancialmente.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal; en el primer motivo del recurso insistía en la tesis de la intimidación; en el segundo denunciaba la infracción del art. 644 del C. c., por no haberse estimado la procedencia de la revocación de la donación por superveniencia de hijos, denegada en la sentencia recurrida por entenderse en ella que la obligación del demandado no había nacido de un contrato de donación sino de un reconocimiento de pensión alimenticia en cumplimiento de un deber legal.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto. Después de rechazar la intimidación alegada en el motivo primero, la sentencia entra en la calificación del contrato — en relación con la revocación pretendida en el segundo motivo — y dice:

"*Considerando que es inadmisible la afirmación que hace el recurrente, como fundamento del motivo segundo del recurso, de que constituye una donación la obligación por él contraída en la debatida carta de 17 de noviembre de 1940, no sólo* porque él mismo en dicho documento, la calificó de pensión alimenticia, revelando, sin duda alguna, la intención que le guiaba al suscribirlo, *sino porque tal obligación carece de los elementos que configuran aquella institución jurídica, principalmente si se considera lo que había de ser entregado, cantidad indeterminada en su totalidad por lo aleatorio de la duración del pago, la forma periódica de hacerlo y la promesa de afianzamiento de la obligación que en la carta se hace, elementos contractuales que, desvirtuando aquella afirmación, llevan a rechazar la tesis sostenida de haberse infringido por inaplicación el art. 644 del Código civil, ya que, habiendo tenido el supuesto donante una hija, habría de revocarse la donación hecha, pues aun dándose esta circunstancia, como la donación no existe, no se ha cometido por la Sala sentenciadora la infracción mencionada, ni tampoco la del art. 145 del Código civil, a que el recurrente alude de pasada, toda vez que la obligación de abonar las 200 pesetas mensuales como pensión alimenticia nace, en este caso, de la voluntad manifestada en el contrato y no de la ley, para el cumplimiento de la cual habría de haberse llenado otros requisitos y tenido en cuenta otras circunstancias que no han entrado en juego en la voluntaria determinación cuya exigencia ha dado origen al presente pleito, procediendo, como resultado de todo lo expuesto, la desestimación del segundo motivo y con él del presente recurso.*"

Nota y cuestionario. — V. vol. I, notas a los §§ 9 y 13. Sobre la revocación de donaciones, v. también las notas al § 15.

Hay que prescindir de la tesis de la intimidación, alegada por el recurrente, puesto que no se estimó suficientemente probada. La cuestión se plantea, por lo tanto, en torno a la calificación del acto como donación, calificación de la que dependía la admisibilidad de la revocación por superveniencia de hijos, establecida en el art. 644.

Contra la afirmación del recurrente, de que se trataba de una "donación periódica en forma de pensión", la sentencia del T. S. declara que tal afirmación es inadmisible. Pero no dejan de producir cierta perplejidad los argumentos utilizados en la sentencia para rechazar la calificación de donación. Obsérvese que no se alude para nada:

a) *ni al elemento objetivo de la* falta de contraprestación,

b) *ni al elemento subjetivo del* espíritu de liberalidad.

Y sin embargo, parece que en torno a estos elementos hubiera tenido que desarrollarse la argumentación dirigida a demostrar que no se trataba de una donación. Es decir, hubiera tenido que comenzarse por indagar la posible existencia de una contraprestación que convirtiera a la supuesta donación en un contrato oneroso. Comprobada la ausencia de contraprestación, no por ello habría de aceptarse sin más la calificación del acto como donación, ya que sería posible que también estuviera ausente el ánimo de liberalidad; por lo tanto, habría de indagarse también este extremo. Y todavía podría acudirse a otros elementos, pero siempre previo el examen de éstos que parecen los fundamentales e imprescindibles para la cuestión, especialmente el de la "liberalidad", a la vista del art. 618 del C. c. que define la donación, y del art. 1.274 que define la causa de los contratos de pura beneficencia.

En lugar de indagar la presencia o ausencia de estos elementos, la sentencia se lanza a una serie de argumentos — un tanto confusos y que no parecen muy decisivos — de los que deduce terminantemente que no se trataba de una donación. A la vista de estos argumentos, cabe proponer las siguientes cuestiones:

1) ¿Se había de producir, como consecuencia de aquel contrato, un empobrecimiento en una de las partes y un correlativo enriquecimiento en la otra?

2) ¿Existía en el hijo, al hacer aquella promesa, una intención de liberalidad hacia sus padres?

3) ¿Era decisivo el hecho de que, al prometer el pago de aquella cantidad, el mismo promitente la hubiera calificado *como "pensión alimenticia"?*

4) La sentencia dice que, al calificarla así, el promitente había revelado, sin duda alguna, la intención que le guiaba al suscribir el documento. *¿Qué intención era ésa, tan "claramente" revelada?*

5) ¿Qué valor tiene el argumento de la indeterminación de la cantidad por lo aleatorio de la duración del pago, la forma periódica de hacerlo, etc.?

6) ¿Es incompatible con la donación (obligacional) la "promesa de afianzamiento" de la obligación asumida?

En su parte final, la sentencia dice que la obligación de abonar aquellas cantidades no nacía de la ley sino del contrato; es decir, que no se trataba de una obligación legal de alimentos. Pero esto ya lo había dicho el recurrente en el motivo segundo del recurso: cuando aludió "de pasada" a la infracción del art. 145 no era porque la Audiencia no lo hubiera aplicado, sino porque — a su juicio — lo había aplicado indebidamente, ya que la sentencia recurrida fundamentaba la denegación de su pretensión en la consideración de que la obligación asumida por él no nacía de un contrato de donación sino de un reconocimiento de pensión alimenticia en cumplimiento de un deber legal. Resulta, pues, que sobre este punto la sentencia no rechaza un argumento del recurrente sino que viene a darle la razón.

Sin embargo, el mismo recurrente no debía tener una idea muy clara sobre esta cuestión, como lo revela el que, en su contestación a la demanda, dijera que sus padres habían adquirido otros bienes y que, por lo tanto, ya no necesitaban aquella pensión. Argumento que hubiera sido decisivo si lo que se hubiera reclamado fuera el cumplimiento de una obligación legal de alimentos (que presupone posibilidad del obligado y necesidad del alimentista), pero que carecía de relevancia teniendo en cuenta que se trataba de una obligación contractual, asumida espontáneamente (prescindiendo de la tesis de la intimidación) y que estaría obligado a cumplir fuera cual fuese la situación económica de los acreedores.

SENTENCIA de 8 de julio de 1943

Tribunal Supremo (casación por infracción de ley). *Aranzadi, Rep. de Jurisprudencia,* t. X, núm. 855. Donación verbal. — Cuestión acerca de su calificación como donación "inter vivos" o "mortis causa". — Nulidad por defecto de forma. (Sentencia resumida.)

Resumen de los antecedentes, según resultan de la misma sentencia: Poco antes de morir don José V. C., hallándose enfermo en cama, encargó a su hija (la demandada en el pleito) que, aun cuando no lo encontraría ordenado en su testamento, una vez ocurrida su muerte y al repartirse los bienes de su herencia, diese en su nombre a doña Carmen M., que estaba presente, la cantidad de 50.000 pesetas, como prueba del cariño que le profesaba y del agradecimiento que le debía por los muchos cuidados y servicios que le había prestado. La hija prometió cumplir este deseo del padre y doña Carmen aceptó agradecida la promesa.

Fallecido don José V. C., la demandada — que había hecho constar ante diversas personas la obligación que había asumido de entregar a su amiga Carmen aquella cantidad — incumplió su promesa. Doña Carmen la demandó en juicio, y tanto el Juzgado como la Audiencia de Barcelona dictaron sentencia absolutoria. Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo lo desestimó por entender — de acuerdo con el criterio sustentado en la sentencia recurrida — que se trataba de una donación "mortis causa", nula por no revestir la forma de las disposiciones testamentarias.

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, notas a los §§ 8 y 11.

La sentencia no es muy interesante, pero el caso que dió lugar a ella sí que lo es. Porque puede surgir la duda de si se trataba de una donación prometida por el padre o por la hija, y entonces los requisitos de forma dependerían de la previa determinación del verdadero donante.

La misma demandante vaciló sobre este punto, pues en el recurso tan pronto hablaba de una donación "inter vivos" hecha en su favor por el difunto padre de la demandada, como de una obligación de origen contractual contraída voluntariamente por ésta, "por respeto a la voluntad de su padre". Creemos que, en cualquier caso, se hubiera declarado la nulidad de la pretendida obligación; pero las razones para apoyar tal nulidad serían distintas según los casos, por lo cual podrían plantearse las siguientes cuestiones:

1) ¿Se trataba de una donación prometida por el padre de la demandada? Parece que, en tal caso, habría de acogerse la tesis de la sentencia (donación "mortis causa", nula por inobservancia de la forma establecida para las disposiciones testamentarias, art. 620).

2) En relación con esta tesis, ¿qué valor podía tener la circunstancia de que, al expresar aquel deseo, el padre hubiera dicho a la hija que entregara en su nombre *aquella cantidad a la demandada?*

3) ¿O más bien había sido la hija quien prometiera entregar aquella cantidad? En tal caso, se trataría de una donación obligacional, nula por no revestir la forma prevista en el art. 632 (constancia por escrito de la donación y de la aceptación).

4) Supóngase que, al expresar el padre de la demandada aquel deseo, la hija se hubiera apresurado a redactar un escrito asumiendo aquella obligación, firmándolo y haciéndoselo firmar a la actora para que constara también por escrito la aceptación de ésta. En tal supuesto, ¿sería exigible el cumplimiento de la promesa? ¿O hubiera podido invocar la hija que tal donación era nula por referirse a bienes futuros, contra la prohibición del art. 635? Téngase en cuenta que la promesa habría sido hecha por la hija en vida de su padre, y que se refería a bienes que integraban el patrimonio de éste, del que todavía no era titular la demandada.

Si se acogiera esta última tesis (nulidad de la donación por referirse a bienes futuros) resultaría que la donataria sólo hubiera podido obtener la sanción de aquella promesa si la hija la hubiera hecho después *de la muerte de su padre. Es decir, si en lugar de manifestar ante diversas personas — como al parecer lo hizo — que se consideraba obligada a entregar 50.000 pesetas a la demandante, hubiera hecho por escrito esta donación, aceptándola la donataria también por escrito.*

5) Pero todavía podría plantearse la cuestión en otros términos. Podría pensarse que, al hacer aquella promesa, la hija cumplía un deber moral de acatamiento de la voluntad de su padre y que, de esta manera, la obligación natural representada por aquel deber se había convertido en obligación civil. La consecuencia sería doble; puesto que en tal caso no se trataría de una donación, quedarían excluídas: a) *la exigencia de la forma establecida en el art. 632;* b) *la prohibición de donar bienes futuros.*

¿Sería viable esta argumentación? Sobre este punto v. nuestra nota al Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central de 27 de noviembre de 1951, en el Apéndice al cap. III de esta primera parte.

CAPÍTULO II

LA CAUSA SUFICIENTE EN EL PROBLEMA DE LAS RELACIONES ENTRE DONACIÓN Y CONTRATO DE CAMBIO Y ESPECIALMENTE EN EL CONTRATO INNOMINADO

(Vol. I, §§ 10, 12, 13 y 24)

SECCIÓN I

El problema en general y en las relaciones entre particulares

(Jurisprudencia italiana)

BERNARDI cr. BERNARDI

Cass. Torino, 2 junio 1868. — *Mon. Trib.*, 1868, I, 613. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"Por documento público otorgado el 18 de agosto de 1849, Giuseppe Bernardi emancipaba a sus hijos Giovanni y Luigi, y en documento de la misma fecha, después de declarar que estaba decidido a renunciar a su patrimonio en favor de los mismos con el fin de terminar tranquilamente los últimos años de su vida, llevaba a cabo dicha renuncia.

Resulta de este documento: que el padre formaba dos lotes de sus bienes con los correspondientes accesorios, y asignaba uno de ellos a Giovanni y el otro a Luigi, declarando que se los transmitía plenamente; que el padre imponía las cargas y las condiciones de la cesión, reservándose entre otras cosas el derecho de testar hasta la concurrencia de 450 escudos; que los hijos aceptaban la cesión paterna, para sí mismos, para sus herederos y para sus sucesores, y se obligaban al cumplimiento de dichas condiciones y de las cargas correlativas; que finalmente el padre "para el caso de que los hijos o sus sucesores faltaran al exacto cumplimiento de las obligaciones asumidas, se reservaba hasta su muerte el domi-

nio y la propiedad de las cosas cedidas, entendiendo que recobraría su posesión cuantas veces fuera necesario por faltarse a la observancia de las convenciones establecidas".

Giuseppe Bernardi otorgó su última voluntad (en 25 de noviembre de 1850) en forma de testamento cerrado, en el que, entre otras, se leen las siguientes disposiciones: — "Nombro e instituyo herederos en la legítima, y nada más, a mis tres hijas (Teresa, Maria y Arcangela) pero sin que tengan que imputar en la legítima todo lo que respectivamente recibieron en la época de su matrimonio... — Instituyo herederos universales a mis dos hijos varones Giovanni y Luigi... en todos mis bienes y derechos, sin excluir ni exceptuar nada, y por partes iguales..., bien entendido que observarán y cumplirán perfecta y exactamente todas las obligaciones asumidas frente a mí y frente a las personas declaradas como acreedores míos en el instrumento de 11 de agosto (léase 18) de 1849..., que otorgué con el fin de desligarme de tantos compromisos como había contraído y a los que mis fuerzas no estaban en condiciones de acudir. — No obstante, si mis dichos hijos faltaran a tales compromisos..., de manera que dieran lugar a molestias, trastornos y daño, en tal caso quiero y mando que sean solamente herederos legitimarios, y nombro en su lugar herederas universales y propietarias a mis hijas antes nombradas. — Éste es mi único testamento y mi última voluntad con respecto a lo poco que tendré en el momento de mi muerte..."

Este testamento fué abierto y publicado el 9 de diciembre de 1851.

Teresa y Arcangela Bernardi demandaron en juicio ante el Tribunal de Ferrara a sus hermanos Giovanni y Luigi, y con ellos a su hermana Maria, y pidieron la liquidación de su legítima sobre la totalidad del caudal paterno, y, por tanto, también sobre los fundos y sobre los capitales que el padre había cedido a los hijos en el instrumento de 18 de agosto de 1849, pidiendo con tal fin la formación del inventario de la herencia.

Los hermanos Bernardi sostuvieron que el contrato de 1849 contenía una convención a título oneroso." *(Omissis.)*

El Tribunal de Ferrara entendió que el documento de 18 de agosto de 1849 contenía una donación y, en virtud de ello, estimó la demanda de las hermanas Bernardi.

Apelaron los hermanos Bernardi y el Tribunal de Apelación de Bologna entendió, por el contrario, que el documento contenía un contrato a título oneroso, y rechazó la demanda de las hermanas Bernardi.

Estas últimas recurrieron en casación, proponiendo entre otros el siguiente motivo:

"Declaran en segundo lugar que ha sido infringida y alterada la ley del contrato, y reiterada con ello la infracción de las leyes antes citadas; infringidas las leyes 27, 34 y 36 del Código *de donationibus;* infringido el principio establecido en el libro III, título 29 del Código de Justiniano y especialmente en la ley 29 de dicho título.

Puede admitirse que el padre tuviera intención de transmitir a los hijos la propiedad de los bienes cedidos a ellos en el documento de 1849; la hipótesis no salva la sentencia. El contrato contiene una verdadera donación y no puede calificarse como contrato a título oneroso; no se niega, en abstracto, que las obligaciones impuestas por el padre a sus hijos sean cargas; pero teniendo amplísima compensación en el valor y en las rentas de los bienes cedidos, no privan al contrato de su verdadero carácter y no hacen, por tanto, que se excluya la donación. Así lo admitió en sustancia la sentencia recurrida, al decir que en todo caso se trataría de una donación remuneratoria, porque mediante la cesión el padre se desprendía de las preocupaciones de los negocios; porque los hijos se sometían a las correlativas molestias; porque el padre se procuraba una vida tranquila. Pero éstas son palabras que conducen al absurdo, y debe tenerse por cierto que el documento de 1849 es nulo por no haberse observado en él las formas prescritas para las donaciones; que, en todo caso, debía tenerse en cuenta el verdadero valor de los bienes donados para calcular la legítima debida a las hijas; que, por tanto, el Tribunal de Apelación de Bologna, al fallar en sentido opuesto, ha incurrido en dichas infracciones de ley.

Los hermanos Bernardi respondieron:

(Omissis). — 2. El Tribunal de Apelación emitió un juicio de hecho, lo mismo en cuanto al contrato de 1849 que en cuanto al testamento de 1850; admitidos los hechos tal como fueron establecidos y constatados en virtud de dicho juicio, son irrecusables las consecuencias jurídicas que de ellos se dedujeron; por tanto, el recurso debe ser rechazado.

3. En todo caso la confrontación del contrato y el testamento con las consideraciones desarrolladas en la sentencia recurrida, prueba con toda evidencia que al interpretar uno y otro el Tribunal de Bologna, lejos de infringir la ley, ha juzgado rectamente.

El Tribunal de Casación

(Omissis). — Sobre el segundo motivo: — Considerando que el Tribunal (de apelación) después de haber establecido y declarado que el contrato de 1849 transmitía a los hijos el pleno dominio de los bienes del padre cedidos a ellos, estimó que los contratantes calificaban el acto como cesión a título oneroso; que los cesionarios, en compensación a la cesión, se obligaban a sí mismos, a sus herederos y a sus bienes al cumplimiento de los pactos concertados; que habida cuenta de las obligaciones y de las cargas establecidas en dichos pactos, existía la prueba de una correspondencia suficiente; que aún admitiendo que capitalizadas dichas obligaciones y cargas no igualaran el valor de los bienes cedidos, ello no alteraba la sustancia y el carácter del contrato, porque habiéndose obligado por pacto los cesionarios a hacer frente a deudas no contempladas y que pudieran descubrirse después, se someterían a un azar; que al decidirse el padre a hacer la renuncia para terminar tranquilamente los últimos años de su vida, librándose de tantos compromisos a los que sus fuerzas no podían atender, no podía dejar de asegurarse una compensación; que, de todos modos, aun cuando en tal renuncia y enajenación se apreciara cierta largueza que pudiera calificarse de donación, constituiría una adecuada compensación por la tranquilidad obtenida por el renunciante y por las cargas asumidas por los cesionarios, y debería considerarse como donación remuneratoria; que, por ello, constituyendo el contrato de 1849 un acto traslativo de propiedad y una enajenación hecha mediante compensación, los bienes comprendidos en la cesión quedan absolutamente excluídos del caudal hereditario, sin que de los mismos se pueda detraer la legítima; que esta consecuencia está también confirmada por el testamento del padre, en el que se lee que el derecho de legítima, que se deja a salvo para las hijas, se limita a lo poco que tendría al tiempo de su muerte, teniendo en cuenta la cesión y la renuncia hecha en favor de los hijos...

Considerando que estas razones no justifican la parte dispositiva de la sentencia recurrida. — El nombre dado al contrato nada significa cuando se trata de concretar su calificación jurídica. La obligación asumida por los cesionarios, para sí mismos y para sus herederos y sucesores, en cuanto al cumplimiento de las condiciones y de los pactos concertados, desde el momento en que puede estipularse también en las donaciones, no las excluye. Cuando

aquello con lo que el cesionario corresponde al cedente es muy inferior al valor de los bienes cedidos, no existe verdadera compensación, y menos todavía si se trata de una pensión vitalicia. Para que exista correspondencia es necesario que en la realidad de los hechos el cesionario retribuya más o menos el equivalente de lo que recibe. El elemento aleatorio, basado en el pacto de satisfacer deudas no declaradas, desconocidas, no justificadas, hipotéticas, no cambia la naturaleza del acto y no basta para excluir la donación. Quien enajena sus bienes para vivir tranquilamente, para liberarse de los fastidios de la administración, para sustraerse a las molestias de compromisos no justificados, realiza siempre un acto de liberalidad en favor del adquirente que recibe los bienes a título de propiedad y que no sólo puede subvenir a las cargas asumidas con la renta de dichos bienes, sino que obtiene en esa misma renta un beneficio actual y de aumento progresivo por la desaparición de las cargas temporales. La donación, aun suponiendo que sea remuneratoria, es siempre donación y siempre confiere a los legitimarios el derecho de exigir que se traiga a colación, aun cuando según el Derecho romano, bajo cuya vigencia fué estipulado el acto y falleció el donante, no fuera posible impugnar la donación por vicio de forma, y se considerara confirmada por la muerte del donante, y aun cuando en su último testamento haya declarado el padre que era su voluntad limitar la legítima de las hijas a lo poco que todavía se encontrara en su herencia, excluídos los bienes enajenados mediante el documento de 1849. — La legítima viene determinada por la ley; el padre no puede ni excluirla ni disminuir los beneficios por medio de actos encubiertos bajo formas onerosas, pero que en realidad contienen verdaderas donaciones. — Luego es evidente que la sentencia recurrida, al declarar oneroso el contrato de 1849, excluyendo del mismo todo elemento de donación, y todo ello en unión de las mencionadas circunstancias, ha desnaturalizado el contrato; y es también evidente que la sentencia ha infringido las leyes invocadas en este motivo por las partes recurrentes, ya que, admitiendo la hipótesis de una donación remuneratoria, ha negado a las hijas el ejercicio del derecho a conseguir la colación de dicha donación. Considerando que no es cierto lo que sostiene la parte recurrida al decir que el Tribunal de Apelación de Bologna ha emitido un juicio de hecho y de apreciación, que es inatacable en casación, bastando esto para que el recurso deba ser rechazado. La sentencia que define y califica un contrato no decide una cuestión de hecho sino que decide una cuestión de Derecho. La sentencia que declara oneroso un contrato sin com-

probar de modo positivo la realidad de las cargas y sin negar que las utilidades sean mucho mayores que dichas cargas, infringe la ley, que en defecto de dichos extremos considera tal contrato como donación." *(Omissis.)*

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 10 y 38.

La cuestión no fué resuelta sobre la base de la exigencia de forma en las donaciones; pero los criterios adoptados en la sentencia servirían también para resolver tal cuestión, como se insinúa en la sentencia misma y como sostenían las hermanas Bernardi. La sentencia alude claramente al concepto de la *causa suficiente* o "*suficiente* retribución".

Cuestionario:

1) ¿Es exacto el concepto de donación remuneratoria a que alude la sentencia?

2) Para distinguir la donación del contrato de cambio, la sentencia adopta un criterio estrictamente objetivo (desproporción entre las prestaciones) con referencia únicamente a las ventajas patrimoniales. ¿Hasta qué punto es exacto que tal cuestión no sea de hecho sino de derecho?

¿Hasta qué punto es exacto que el elemento aleatorio contenido en el documento no excluya la aplicación de tal criterio o principio?

3) Siempre en relación con este criterio adoptado en la sentencia, ¿hasta qué punto se puede prescindir de la finalidad, expresada por Bernardi padre en el documento de 18-8-1849 y en el testamento, de haber llevado a cabo la cesión con el fin de desligarse de tantos compromisos a los que sus fuerzas ya no podían acudir, y para terminar tranquilamente los últimos años de su vida, y sustraerse a molestias, fastidios, etcétera? Todo ello puesto en relación con la insistencia con que el padre hacía depender la cesión "del exacto cumplimiento de las obligaciones asumidas por los hijos"; así como en relación con el hecho de que la tranquilidad, el librarse de molestias, etc., no era un simple "motivo" del acto sino que representaba una obligación de los hijos (obligación de comportarse "de manera que no se derivaran molestias, trastornos y daños" para el padre).

Es evidente que, frente al criterio de la "causa principal y secundaria" (v. vol. I, § 10 *c*), la sentencia acentúa el criterio estrictamente objetivo, aun cuando la intención de las partes fuera la de celebrar un contrato de cambio o a título oneroso.

4) ¿Cómo se resolvería la cuestión en el Derecho francés? (sólo en lo que afecta al requisito de forma en las donaciones). V. vol. I, § 9, nota 10 y § 10 *b, c.*

5) ¿Y en el *common law*? V. vol. I, §§ 26 *d,* 30 *a,* y 38 *c*; v. también los casos Hamer v. Sidway, Dunton v. Dunton y otros semejantes en la segunda parte, cap. II.

De Lorenzi cr. De Lorenzi

Cass. Torino, 17 julio 1873. — *Mon. Trib.*, 1873, I, 1.174. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"Los términos del documento otorgado el 3 de septiembre de 1850 eran clarísimos. En dicho documento Agostino De Lorenzi (acomodado negociante de Sestri Ponente) cede a sus hijos Marco, Antonio y Carlo la participación que le corresponde en un negocio de fabricación de jabón y venta de aceites, en sociedad con su hermano Carlo. Además asigna a los cesionarios como capital del negocio la cantidad de 7.200 liras. Por su parte los hijos, reconociendo que la cesión hecha era proporcionada a la fortuna del padre, se obligan a no pretender nada más de su padre mientras viva; prometen prestarle su asistencia en todas sus necesidades. Después, para las relaciones entre ellos acuerdan: que Marco deberá encargarse de la gestión del negocio; que los otros dos hermanos, por tener profesión diferente, deberán ingresar en la caja del negocio las ganancias de su profesión. Que los beneficios deberán dividirse por terceras e iguales partes; que ninguno de ellos podrá ceder a extraños su propia cuota.

Es fácil advertir, pues, que ante hechos tan claros y precisos el documento de 1850 no podía ser materia de apreciación o de interpretación, y que toda la cuestión se reducía a determinar cuál era la naturaleza jurídica de tal contrato, o sea si debía ser calificado como cesión o como donación." *(Omissis.)*

De la comparación entre los elementos constitutivos del contrato a título oneroso y los del contrato a título gratuito, la jurisprudencia ha deducido un criterio directivo cierto y seguro para determinar (cada vez que se presente un acto con la apariencia de donación) si debe considerarse como verdadera donación o si es más bien un contrato oneroso. Si la cosa donada excede notablemente de las cargas impuestas en el contrato, constituyendo la liberalidad la parte predominante del acto, éste debe ser considerado como a título gratuito. Cuando el gravamen no sea el equivalente de la cosa recibida deja en pie el elemento del enriquecimiento. Por el contrario, si las cargas y la liberalidad se encuentran en una proporción inversa, el acto deberá situarse entre los contratos onerosos.

Considerando que, descendiendo del Derecho a los hechos, fácilmente se advierte que el documento en cuestión, considerado en su esencia, reúne todos los elementos de una donación. Un padre

que se despoja en favor de sus hijos de aquello que constituye la base principal de su patrimonio y además de un capital; por consiguiente, disminución del patrimonio del padre. Los hijos que, aceptando la cesión hecha en su favor por el padre, adquieren nuevos valores; por consiguiente, aumento del patrimonio de los hijos. Por último, intención abiertamente declarada por el padre de disminuir su propio patrimonio con el fin de enriquecer a los hijos, de donde resulta el tercer elemento: el "*animus donandi*".

Es cierto que en el documento de 1850 se imponían cargas a Marco, Antonio y Carlo de Lorenzi; pero pónganse estas cargas en relación con las liberalidades que ellos recibían de su padre y se verá fácilmente la enorme desproporción que existe entre la cosa donada y las cargas impuestas.

Los hijos prometían que no pretenderían nada más de su padre; pero era muy natural que, desde el momento en que éste se había despojado de casi todo su patrimonio en favor de los hijos, no pudieran ellos pedirle nada más.

Los hijos se obligaban a prestar su asistencia al padre, pero la obligación del hijo de asistir a su pádre está escrita en la ley natural y en la ley positiva. Por otra parte, es indudable que en el caso debatido el desplazamiento de fortuna producido por el documento de 1850, en virtud del cual la mayor parte del patrimonio del pretendido cedente pasó a manos de los cesionarios, hubo de tener por efecto necesariamente el dejar a Agostino de Lorenzi en situación de no poder prestar a los hijos la ayuda que un padre debe a los suyos, sino de quedar en situación de tener que ser asistido por los mismos.

Por lo que concierne a la obligación impuesta a los tres cesionarios de asociarse entre sí, de no ceder su cuota a terceros, y en particular la asumida por Antonio y Carlo de aportar a la caja las ganancias de su profesión y de dejar la gestión a Marco, no se comprende que el Tribunal de Génova pudiera ver en estos pactos un equivalente de la cosa cedida, pues tales pactos son ajenos a las relaciones entre el padre y los hijos y no disminuyen en nada absolutamente los valores adquiridos en virtud de la cesión; pues, en sustancia, dejando intacta la naturaleza del contrato, dichos pactos se dirigían únicamente a regular el ejercicio del negocio y a determinar el empleo de los beneficios.

Por lo tanto, resulta evidente el error de derecho en que incurre el Tribunal de Génova cuando, teniendo que resolver sobre el instrumento de 3 de septiembre de 1850, sobre la aplicación de las normas que determinan la naturaleza y regulan los efectos de

los contratos onerosos y de los contratos gratuitos, es decir, teniendo que determinar la naturaleza jurídica de la convención celebrada entre el padre y los hijos De Lorenzi, quiso apreciar una cesión y por lo tanto un contrato oneroso, siendo así que dicha convención presentaba claramente el carácter de un contrato gratuito, de una donación *(Omissis)*.

Nota y cuestionario. — V. las citas del vol. I hechas en la nota al caso Bernardi; para el *common law* v. también el caso White v. Bluett.

Confróntese este caso con el anterior (Bernardi) y señálense las eventuales diferencias, teniendo en cuenta las distintas cuestiones allí planteadas.

De Sangro (esposa de Marchetti) cr. Marchetti

App. Firenze, 30 abril 1875. — *Annali*, 1875, II, 121. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"El Tribunal. — Considerando que la cuestión litigiosa consiste en determinar si la Princesa De Sangro, antes viuda de Caramanico, esposa del señor Francesco Alessandro Marchetti está civilmente obligada a pagar a su marido la cantidad de 60.000 liras, de la que resultaría deudora por haber emitido en favor de él un pagaré a la orden por valor recibido, con fecha de 18 de enero de 1871, vencido el 15 de febrero siguiente, causa que no era cierta según confesión de dicho señor Marchetti, quien declara habérsele ofrecido tal cantidad como compensación por haber abandonado el arte dramático, que honrosamente cultivaba en la época en que conoció a la señora De Sangro.

Considerando, que estimada la veracidad de la causa atribuída por el señor Marchetti a la promesa de 60.000 liras hecha en su favor por la princesa De Sangro, no resulta en consecuencia que el contrato deba considerarse a título oneroso, sino gratuito.

Es sabido en Derecho que es contrato a título oneroso aquel en el que cada uno de los contratantes pretende procurarse un beneficio mediante un equivalente; es a título gratuito o de beneficencia aquel contrato en el que uno de los contratantes pretende procurar un beneficio al otro sin equivalente (art. 1.101 C. c.). Ahora bien, el beneficio que quiso obtener la señora De Sangro no pudo ser otro que el de hacer posible o más fácil su matrimonio con el señor Marchetti, o sea el de remover uno de los obstáculos que se oponían a la realización de esta deseada unión. Pero no

siendo apreciable en dinero tal utilidad, dista mucho de constituir una compensación de la promesa sobre la que se litiga (Pothier, *Des obligations,* núms. 140, 157, 158; *Ann. della Giurispr. ital.,* tomo I, página 109). En efecto, en caso de contravención por parte del señor Marchetti a la obligación que se le había impuesto de abandonar la carrera dramática, la señora De Sangro no hubiera tenido derecho a exigir los daños al contraventor; único derecho, por otra parte, que según la regla "*nemo potest praecise cogi ad factum*" corresponde al acreedor cuando la obligación consiste en no hacer una cosa, que una vez hecha es imposible destruir (arts. 1.221 y 1.222 C. c.; Pothier, loc. cit.). Y si la ventaja moral que la señora De Sangro quiso conseguir al prometer al señor Marchetti la cantidad de 60.000 liras no tuvo la virtud de atribuir al contrato el carácter de oneroso y bilateral, por fuerza hay que concluir que con esta promesa no se hizo más que otorgar una pura y simple donación.

En los textos romanos se encuentra un caso que presenta alguna afinidad con éste. Un cónyuge entrega al otro una cantidad para que construya una villa, o siembre un campo; se preguntaba si esto era una donación, y el jurisconsulto Neracio respondió afirmativamente: "*Datum ad villam extruendam vel agrum semendum, quod alioquin facturus non erat is qui accepit, in speciem donationis cadere; ergo inter virum et uxorem hae erunt interdictae*" (ley 11, § 2, Dig. *de donat. inter vir. et uxor*).

En este caso el otro cónyuge hubiera obtenido un beneficio, si bien indirecto, de la construcción de la villa o de la siembra del campo; pero puesto que no era una compensación verdadera y propia de aquello que entregaba, no se dudó en considerar el contrato como una donación, prohibida entre cónyuges.

Considerando que reconocida la naturaleza de donación de la obligación contraída por la señora De Sangro en el pagaré a la orden de 18 de enero de 1871, con razón ha invocado su nulidad por no haber sido hecha y aceptada la donación en documento público (arts. 1.056, 1.057 y 1.061 C. c.).

Considerando que no sería oportuno invocar, con objeto de sostener la validez del acto impugnado por la señora De Sangro, la jurisprudencia francesa que considera válidas las donaciones disimuladas bajo la forma de contratos onerosos. Las leyes de todos los pueblos civilizados, contemplando con austera desconfianza los actos de donación, los han sometido a distintas formas y solemnidades preordenadas a garantizar una perfecta libertad de maduro y deliberado consentimiento en quien se despoja de sus bienes por

mero impulso de liberalidad y beneficencia. Basta recordar las leyes romanas sobre las donaciones clandestinas y ocultas y sobre la forma sacramental de la "insinuatio" ante el magistrado, exigida como un segundo consentimiento indispensable para la eficacia e irrevocabilidad de las donaciones de cierta importancia, como eran las que excedían de 500 sueldos (L. 25, 34, 36. Cod. *De donat.*).

Nuestro legislador, aprovechando la experiencia de tantos siglos, ha exigido la solemnidad sustancial del documento público para las donaciones, porque en la presencia del fedatario público y de los testigos ha visto una garantía suficiente de la madurez y libertad del consentimiento del donante, y un saludable freno de pudor contra todas aquellas liberalidades inmorales que por otros medios no podrían impedirse. Y no contento con ello, ha querido que también la aceptación se hiciera en documento público, como queriendo hacer más difícil la perfección y más fácil la anulación de estos contratos (Dalloz, tomo 16, n.º 1.385; Toullier, *Titolo delle donazioni,* núms. 187, 188).

Ahora bien, si se acoge la teoría francesa que admite la validez de las donaciones disimuladas bajo la apariencia de contratos onerosos con tal de que se haya observado la forma exigida para éstos, es fácil advertir que la ley que ha conminado con la nulidad de todas las donaciones, incluso de las que imponen cargas a los donatarios (art. 1.051 C. c.), si no se hacen en documento público, se convertiría siempre en letra muerta para todo aquel que quisiera sustraerse al imperio de sus disposiciones. Por lo demás, esta teoría que ha triunfado en Francia después de largas y vivas discusiones, se funda en argumentos que no resisten a una seria crítica. Se invoca el Derecho romano, y concretamente la ley 38 Dig. "*De contrahenda empt.*", que dispone: "*Si quis, donationis causa, minoris vendat, venditio valet*". Pero se olvida que en el mismo fragmento Ulpiano distingue la venta hecha por precio inferior al justo de la hecha sin ningún precio y concluye afirmando que el contrato vale como venta en el primer caso pero no vale en el segundo: "*totiens enim dicimus in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est; quotiens vero viliori pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est venditionem valere*". Y lo mismo había dicho el jurisconsulto en la ley 36, *eodem*: "*Cum in venditione quis pretium rei ponit, donationis causa non exacturus, non videtur vendere*". Lo mismo repiten los emperadores Diocleciano y Maximiliano en la ley 3, Cód. *eodem*: "*Si donationis causa simulatus contractus est, emptio in sui deficit substantia*".

A esto se objeta que el contrato, inexistente e ineficaz como venta, valía sin embargo como donación.

Pero no se tiene en cuenta que antiguamente entre los romanos las donaciones no estaban sujetas a solemnidades de forma y se perfeccionaban tan pronto como el donante había manifestado su voluntad, *scriptis aut sine scriptis,* ni tampoco se considera que después los emperadores sometieron las donaciones de cierta cuantía a la "insinuatio" ante el magistrado. Los escritores y los Tribunales se apoyan en el antiguo Derecho francés, que establecía formas solemnes para las donaciones expresas pero no para las tácitas; pero no era legal ni lógicamente posible incluir entre las donaciones tácitas las hechas bajo la apariencia de contratos onerosos.

Se dice que la simulación no es una causa de nulidad si no encubre un fraude. Pero este principio solamente se aplica cuando el contrato reúne las condiciones necesarias para su validez, y cuando no se acude a la simulación como medio para eludir las disposiciones de la ley. Ahora bien, estas dos condiciones faltan precisamente en la simulación que tiene por objeto ocultar una donación bajo la engañosa apariencia de un contrato oneroso. Y ciertamente no se puede evitar este dilema: o se considera el acto como oneroso, y entonces es nulo por falta de las condiciones esenciales para su validez; o se le considera como lucrativo y gratuito, y entonces es nulo por defecto de forma sustancial. Por último, para sostener tal teoría se invocan varios artículos del Código civil (847, 849, 911, 918, 1.099) que no tienen nada que ver con la cuestión; basta fijarse en el art. 911, que concuerda con el 773 del Código italiano en el que se declaran nulas las disposiciones en favor de un incapaz tanto si se simulan bajo la forma de un contrato oneroso como si se hacen por persona interpuesta. Es evidente que de este modo la ley quiere asegurar la consecución de su propósito, que era el de impedir la violación fraudulenta de sus disposiciones prohibitivas; pero argumentar a base de este precepto para concluir que el legislador quiso declarar válidas las donaciones hechas bajo la forma de contrato oneroso en favor de persona capaz para recibir, es atribuirle una voluntad abiertamente contradictoria con la intención, manifestada de modo que excluye toda sombra de duda, de no reconocer validez a las donaciones que no se hagan en documento público. Es por estas consideraciones por lo que, incluso en Francia, autorizados escritores lamentan que se haya introducido en la jurisprudencia una doctrina que destruye la ley (Demolombe, *Traité des donat. et testam.,* tomo III, n.º 96 y sigts.).

Considerando que el interrogatorio propuesto por el señor Marchetti no podía ejercer ninguna influencia en la causa porque, aun admitiendo como ciertos los hechos que quería probar por este medio, no por ello mejoraría en lo más mínimo su posición; en efecto, en la promesa de 60.000 liras tendríamos siempre una donación, al no existir en el contrato una contraprestación económicamente estimable en beneficio de la promitente;

Considerando que era igualmente inútil el peritaje caligráfico solicitado por el señor Marchetti, porque la carta que obra en autos no revela ni puede revelar otra cosa sino la voluntad de la señora De Sangro de donar 60.000 liras a su futuro marido con el fin de que abandonara la carrera dramática.

Por estos motivos: se rechaza junto con las peticiones incidentales la apelación, etc."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 8, 10, 13 *b*. Sobre el *billet causé* y *non causé* en relación con la forma de las donaciones, v. vol. I, § 22, notas explicativas 3 y 4. Sobre la jurisprudencia francesa en materia de donaciones disimuladas v. § 38 *d*.

La sentencia es una de las más notables, casi un *leading case,* para ilustrar las directivas seguidas por la jurisprudencia italiana en esta materia (v. § 10, nota 6). Es notable la cita de Pothier que se hace en la sentencia. La *cause suffisante* (contraprestación de cierto valor) es considerada en la sentencia como "condición esencial para la validez de un contrato a título oneroso".

Cuestionario:

1) ¿Qué piensa el lector del criterio, adoptado en la sentencia, según el cual para distinguir un contrato a título oneroso se debe atender al beneficio o utilidad (apreciable en dinero) que se deriva para el promitente de la conducta o prestación impuesta a la otra parte? ¿Qué decir del sacrificio impuesto al promisario Marchetti? ¿Tenía carácter patrimonial este sacrificio? V. vol. I, § 10, nota 2 y § 13 *b*. Confróntese este caso con los casos Carrari-Masiero y Cattaneo-Milesi.

2) ¿Ha confundido el Tribunal este problema con el de la posibilidad de sancionar (mediante el resarcimiento de los daños patrimoniales) una obligación que no represente un interés patrimonial para el acreedor? V. vol. I, § 20 *a* y § 21, nota 2.

3) ¿Qué piensa el lector de las remisiones de la sentencia al Derecho romano? V. vol. I, § 2.

4) ¿Y de la afirmación de que "las leyes de todos los pueblos civilizados han contemplado con austera desconfianza los actos de donación y los han sometido a distintas formas", etc.? V. vol. I, § 2 *d*, §§ 7, 28 *b*, 31, 33 *d* y 38, nota 35.

5) ¿Estaba obligado Marchetti a abandonar la carrera dramática o

ello constituía solamente una "condición", análoga *mutatis mutandis* a la *executed consideration*? En este segundo caso, ¿se podría excluir sólo por esto la figura del contrato oneroso, aunque se produjera un notable sacrificio patrimonial para Marchetti? V. vol. I, § 10, nota 1 y nota 12.

6) Siempre en este segundo caso, ¿cómo se resolvería la cuestión en el *common law?* V. vol. I, §§ 29 y 30 *a*.

7) ¿Qué piensa el lector acerca de la posibilidad o de la conveniencia (justicia) de aplicar en el *civil law* al caso Marchetti un principio análogo al de la *reliance* del *common law?* V. vol. I, § 17, *in fine* y § 27, notas 4 y sigts. (también en cuanto a la casuística francesa allí citada) y el caso Cattaneo-Milesi y otros citados infra en la Sección III de este capítulo.

Téngase presente, a propósito de esto, el resumen de la sentencia en cuestión, tal como aparece redactado en los *Annali*: "la promesa de una *importante* cantidad hecha por la esposa al esposo para *inducirle* a abandonar la profesión que ejerce, con objeto de remover uno de los obstáculos que se oponen a su matrimonio, da lugar a un contrato a título gratuito porque la utilidad... etc."

Cocchi cr. Marioni

App. Génova, 30 junio 1875. — *La legge,* 1875, 790. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

Simplificaremos los hechos, que son bastante complicados. Por instrumento otorgado el 3 de abril de 1861 ante el notario Righini, Maria Caterina Bozzi y Caterina Marioni, al adquirir ciertos inmuebles llamados Pangona de los señores Betta por 6.841 liras declaraban al final de dicho documento "haber adquirido los citados bienes por cuenta e interés de ellas mismas, pero con la declaración de que cuando el señor Lorenzo Cocchi (nacido el 10 de noviembre de 1842) llegue a la mayoría de edad y siempre que se haga cargo de la obligación de satisfacer los sufragios y las misas anuales perpetuas ordenadas por los señores Giuseppe y Luigi Cocchi, pasarán a poder del mismo sin precio ni compensación alguna los inmuebles Pangona".

Fallecidas la señora Bozzi (en 1870) y la señora Marioni (el 13-2-1874) les sucedieron los señores Angelo, Giovanni y Andrea Marioni.

El 30 de septiembre de 1874, Lorenzo Cocchi aceptaba lo dispuesto en su favor en el instrumento de 3-4-1861 con la correlativa condición que se le había impuesto en cuanto a las misas y sufragios.

Los herederos Marioni, por demanda de 5-12-1874 pretendieron tener derecho a los inmuebles Pangona y sostuvieron al efecto, entre otras razones, que la referida disposición del documento de 3-4-1861 contenía una donación que era nula por defecto de forma (faltaban los cuatro testigos prescritos por la ley) y de aceptación adecuada antes de la muerte de las disponentes. Cocchi sostuvo la tesis del contrato a título oneroso.

El Tribunal de Pontremoli acogió la tesis de los Marioni y el Tribunal de Apelación de Génova, confirmando la sentencia, dijo:

"Considerando que los términos de la declaración en cuestión (la declaración contenida en el documento otorgado ante el notario Righini) conducen más bien a la idea de una donación, si bien imperfecta, ya que las declarantes demuestran querer ceder a Cocchi los inmuebles (Pangona) en litigio, sin precio o compensación y porque, conforme se ha declarado en el pleito, al no constituir el gravamen anejo a la cesión una compensación seria y suficiente, no podía cambiar la naturaleza del acto de liberalidad que las declarantes querían realizar, convirtiéndolo en un acto a título oneroso, y tanto el Derecho común como el mismo Código parmense, art. 1.906, admiten las donaciones "*cum onere*".

Nota y cuestionario. — V. vol. I § 10 *b*, y § 38.

1) No está claro si las misas y sufragios corrían a cargo de las disponentes, señoras Bozzi y Marioni. ¿Qué importancia podría tener esto en la cuestión?

2) ¿Qué importancia tiene la intención de las disponentes Bozzi y Marioni? La sentencia adopta también el criterio objetivo de una "compensación suficiente": ¿cómo se concilia este criterio con el criterio subjetivo de la intención?

3) ¿Cómo se resolvería el caso en el *common law*?

Salini cr. Silva y Collegio Alberoniano

Cass. Torino, 16 febrero 1881. — *Mon. Trib.* 1881, 550.
(Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"Considerando que, no para cualquier liberalidad, sino solamente para las donaciones verdaderas y propias, eran esenciales las formas solemnes establecidas en los artículos 1.890 1.891 y 1.892 del C. c. parmense;

Que para determinar si concurrían los elementos constitutivos de una donación verdadera y propia, según la definición de la donación contenida en el art. 1.886 del mencionado Código, y prin-

cipalmente el elemento consistente en el carácter espontáneo de la liberalidad, era indispensable atender a las circunstancias y a la presumible voluntad de las partes;

Que la especialidad del caso actualmente en litigio consistía en que el pretendido acto de donación formaba parte integrante de una convención no formal por la que Angelo Silva transfería a su hijo Paolo, y éste aceptaba y asumía, tanto los derechos como las obligaciones que se derivaban del arrendamiento de un fundo; de modo que podía suceder que la cesión gratuita, comprendida en este acto, de los capitales productivos e improductivos destinados a la explotación del fundo no llegara a significar en definitiva una verdadera ventaja para el cesionario;

Que, por otra parte, el beneficio eventualmente resultante de esta cesión de capitales, según declaración expresa hecha en la convención, venía determinado por la intención del cedente de procurar con ello a su hijo los medios necesarios para poder ejercer la industria agrícola a que se había dedicado; y en tal aspecto podía revestir el carácter de un acto de prudente gobierno de la familia y no el de una verdadera donación;

Que al apreciar en su conjunto tales circunstancias de hecho y al deducir de ellas que, según la intención de las partes, no se trataba en el caso controvertido de una donación verdadera y propia, el Tribunal de Apelación de Parma ha usado legítimamente de las atribuciones que le correspondían, sin que pueda decirse que ha infringido las disposiciones legales que para las donaciones verdaderas y propias prescribían formas solemnes que había que observar bajo pena de absoluta nulidad.

Por estos motivos, se rechaza el recurso contra la sentencia del Tribunal de Apelación de Parma de 2 de agosto de 1870."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 8, 9, 10 y 11.

Conforme a los artículos 1.890, 1.891 y 1.892 del Código parmense, la forma de las donaciones, prescrita bajo pena de nulidad, consiste en la intervención del notario y de cuatro testigos, así como la del Juez quien, explorado el ánimo del donante y reconocida como justa la causa de la donación, dará su aprobación.

El Tribunal de Casación estimó que puesto que el hijo asumía también las obligaciones derivadas del arrendamiento en curso, podía suceder que valorado en su conjunto el contenido de dicha convención no llegara a significar un verdadero beneficio para el hijo cesionario (apreciación de hecho que es improcedente en casación). Éste sería el elemento objetivo (v. vol. I, § 10 *b*).

Pero el Tribunal se funda también en un criterio de carácter sub-

jetivo (la intención de procurar al hijo, etc.), que, al parecer, sería suficiente por sí mismo, según la sentencia, para excluir la figura de la donación, ya que atribuiría al contrato el carácter de "*acto de prudente gobierno de la familia*".

Cuestionario:

1) ¿Es suficiente ese criterio subjetivo para excluir la figura de la donación? V. vol. I, § 11, nota 24; v. también arts. 741 y 742 del nuevo Código civil italiano; arts. 1.007 y 1.009 del C. c. ital. de 1865 y artículos 851 y 852 del C. c. francés. V. también los casos del capítulo III.

2) ¿Qué ocurriría si la cesión de los capitales productivos e improductivos se hubiera llevado a cabo mediante la entrega de las cosas? V. vol. I, § 11 *c* y § 38 *a*.

3) ¿La asunción de las obligaciones de un arrendamiento en curso, cuando se ceden también los derechos correlativos, puede constituir una compensación suficiente de la cesión de los capitales productivos e improductivos?

4) En caso afirmativo, ¿puede servir dicho criterio subjetivo para eliminar la intención de donar en casos como éste en los que existe una asunción de obligaciones de carácter patrimonial? ¿O hay que atenerse al criterio estrictamente objetivo? V. vol. I, § 10 *b*, 1.°.

Examínense también las cuestiones 1, 2 y 3 desde el punto de vista del Derecho francés.

5) ¿Cómo se resolvería la cuestión en el *common law*? V. vol. I, § 30 *a* y § 38 *c*.

Levi cr. Hacienda.

App. Venezia, 3 diciembre 1886. — *La Legge*, 1887, I, p. 38. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"Causa impulsiva (de la donación) es únicamente la *bonitatis et humanitatis*, queriendo el donante procurar espontáneamente un beneficio a la otra parte, sin obtener un equivalente (artículo 1.101 C. c.).

Tal carácter especial de la donación o liberalidad faltaba en el acto a que el recibo de 7 de mayo de 1885 se refiere... Cuando el señor Angelo Levi, que no tenía relaciones con Angelina Agostini, consintió en aquel acto a fin de desligar a su hermano Cesare de la cadena amorosa que le unía a la misma, no podía haberle dado varios miles de liras ni cedido un rico mobiliario por ánimo de liberalidad, pues no puede admitirse la contradicción de que quisiera beneficiar a quien había comprometido y comprometía la paz y los intereses sociales y económicos de su familia, a la vez que

los de su hermano, por haber sido la causa de graves dispendios y de desvío social y moral para Cesare y porque tenía el máximo interés en continuar esta íntima relación.

Los términos empleados en el recibo, "de *regalar* las 7.680 liras y el mobiliario" y de que "la cantidad le era concedida con mucha liberalidad" significan según el contexto del documento la *compensación* por la restitución que ella le hacía de las cartas de Cesare Levi cartas que debían contener promesas comprometedoras puesto que la Agostini había exigido tal precio para la restitución y Levi lo había pagado. Levi debía temer otra acción por alimentos al concebido (arts. 192-193 del C. c. de 1865) y por los gastos de puerperio (art. 1.151 del mismo Código) ya que al pago de dicho precio acompañó la declaración de la Agostini de que su embarazo, a pesar de las íntimas relaciones y de los favores concedidos a Cesare Levi, era sin embargo el resultado de un *congresus plurium concubentium*. En fin, el convenio se hizo expresamente para romper el vínculo con el hermano; pero si es nula la obligación que tenga la causa ilícita de comenzar o de continuar la relación inmoral de concubinato, en el caso debatido existía una causa lícita al hacerla cesar, causa lícita para la mujer extraviada pues, si bien la condición de ésta habría quedado degradada y perjudicada después de la ruptura de la relación, se le proporcionaba el medio para reparar su daño y rehabilitarse (art. 1.151) (Laurent, *Principes,* XVI, núms. 153-155; Demolombe, *Contrats* n.° 375). No era necesario, sin embargo, suponer, como lo hace el apelante, la obligación natural de entregar 7.680 liras y el mobiliario, puesto que podía tratarse de una transacción sobre temidas pretensiones jurídicas, y teniendo en cuenta, por otra parte, que el Código civil solamente alude a la obligación natural para negar la acción de restitución de lo pagado en cumplimiento de la misma (artículo 1.237).

Llegaron pues las partes a una convención bilateral, ya que hubo un *do ut des et facias,* una recíproca prestación, y fué hecha para prevenir no pequeñas molestias sino pretensiones de la Agostini basadas en una relación amorosa, en un estado de gravidez y en cartas que contenían promesas obligatorias; de suerte que en el recibo se le hacía renunciar expresamente a toda pretensión jurídica. Si no existía una expresa transacción, en conformidad con el art. 1.764, sin embargo el escrito de 7 de mayo de 1885 revelaba la *res dubia* y el *aliquid datum et aliquid retentum,* existiendo lo cual *sufficit metus litis instantis* para que exista una transacción. Teniendo en cuenta todo esto, no cabe pensar en la

liberalidad, sea por reconocimiento o remuneración, sea unida a alguna carga, como supone la Hacienda para sostener que es justa la tasación hecha conforme al documento. En aquella ocasión, según el art. 6 de la Ley de 13-9-1874, n.º 2.076, la tasa del registro tenía que aplicarse según la intrínseca naturaleza y los efectos del acto, ya que no correspondía al título o a la forma aparente."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 10 y 11.

La cuestión se planteó en el terreno fiscal. Pero los criterios adoptados en la sentencia para resolverla hubieran servido también para resolver la cuestión de la forma de las donaciones, exigida en el Derecho italiano incluso para las donaciones manuales que excedan del valor módico: v. vol. I, § 38 *a*.

Plantee y resuelva el mismo lector las cuestiones que considere oportunas por lo que se refiere a la forma del acto, suponiendo que, en vez de hacer un pago, el señor Levi hubiera hecho una promesa.

¿Cómo debería redactarse el documento, en interés de la Agostini, para evitar las excepciones de forma, teniendo en cuenta que en casos como éste no sería fácil obtener un documento notarial en forma de donación?

Téngase presente la nota 2 al § 10 del vol. I.

Véase la cuestión en el Derecho francés (vol. I, §§ 9 y 11). Confróntese este caso con los casos: Debens cr. Dellarole; Ricciardelli cr. Biondo; Guagliardo cr. Grana; Bosco cr. Fogliatti (concretamente en cuanto al problema de la transacción y a la "causa" de la promesa de pagar una deuda ajena). Indíquense las diferencias respecto a estos casos y a la solución dada a cada uno de ellos en las respectivas sentencias.

Rossi y "Lanificio Rossi" cr. Hacienda

App. Milano, 27 abril 1891. — *Mon. Trib.*, 1891, 858.
(Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"Hechos. — En 1873 se constituyó en esta ciudad, con el capital de 30 millones de liras reducido después a 24 millones y dividido en acciones de 1.000 liras cada una, una Sociedad anónima denominada "Lanificio Rossi" que tenía por objeto la fabricación y la venta de lanas y operaciones afines.

Dicha Sociedad llegó a ser propietaria de varias fábricas situadas en diversas localidades, entre ellas una en Schio llamada "La Central", la más importante de todas y que anteriormente había pertenecido al senador Alessandro Rossi, quien fué el principal promotor de la constitución de dicha Sociedad, le dió su nombre y fué nombrado Presidente del Consejo de Administración y Di-

rector técnico de la misma; y en esta segunda cualidad y de acuerdo con los estatutos sociales tenía depositadas como garantía en la caja de la Sociedad dos mil acciones (art. 48), así como un depósito de otras cien acciones por el primero de dichos cargos (art. 14).

En el año 1879, no siendo muy próspera la situación de la Sociedad, lo que no se ha discutido, y habiéndose sentido a fin de mejorarla la necesidad de introducir modificaciones en la organización administrativa de la misma, que se basaba en el sistema de dos secciones, una industrial y otra comercial, independientes una de otra y con distinta orientación por la misma naturaleza de las cosas, fueron convocados los accionistas a una reunión extraordinaria, para deliberar sobre los siguientes puntos:

1.° Facultar al Consejo de Administración para adoptar un sistema a base de varias Gerencias técnico-administrativas;

2.° Propuesta de cesión de una fábrica al precio del último inventario;

3.° Consiguientes modificaciones de varios artículos de los estatutos sociales.

En relación con el segundo de estos puntos pareció conveniente al Consejo de Administración de la Sociedad que se enajenara la fábrica "La Central", ya que, a juicio del Consejo, para que esta fábrica pudiera adaptarse a la nueva organización hubiera debido cambiar el género de fabricación, abandonando la de las telas finas, transformación que exigía gastos considerables y el transcurso de un dilatado período de transición, con el riesgo de comprometer los intereses sociales.

El senador Rossi había declarado que en todo caso él mismo se haría cargo de la adquisición de dicha fábrica, pero habiéndose manifestado entre los accionistas, ya desde antes de la reunión de la asamblea, una abierta opinión contraria a la enajenación en cuestión, se retiró la propuesta y la asamblea fué invitada a deliberar solamente sobre el primer punto y sobre el tercero, limitándose este último a una modificación del art. 20 de los Estatutos, en el sentido de que se autorizara al Consejo "para adoptar, de acuerdo con el Director, un sistema a base de varias administraciones técnico-comerciales y para constituir las fábricas en coparticipación de ganancias y de pérdidas, con las garantías que se consideraran oportunas y necesarias".

En dicha asamblea, celebrada el 9 de octubre de 1879 con el concurso de 204 accionistas poseedores de 14.658 acciones, de las que 2.684 figuraban como depositadas por el senador Alessandro Rossi, este último, que la presidía, expuso en un detallado discurso

la situación de la sociedad; y entre otras cosas observó que las condiciones económicas de la fábrica "La Central", inferiores a las de las otras, unidas a las cargas que pesaban sobre dicha fábrica, impedían a la misma la posibilidad de dedicarse al artículo popular de gran venta, por lo que la idea de la pluralidad de gerencias venía a quedar imposibilitada en su parte mejor; que él se había propuesto resolver la dificultad mediante la disminución de algunas de las cargas que afectaban a "La Central" y principalmente mediante el abandono de los intereses sobre el capital fijo de dos millones; que tal abandono facilitaría a "La Central" el modo de poner sus balances lo antes posible al mismo nivel que los de las otras fábricas y contribuiría a impedir que durante algunos años dicha fábrica siguiera siendo el parásito de los balances de las otras gerencias; que liberado de la carga de adquirir "La Central", y a fin de alcanzar la meta propuesta por el camino que los accionistas le imponían, "él mismo se hacía cargo de dichos intereses, aliviando durante dos años consecutivos el balance de la fábrica central con los cupones de su depósito cautelar equivalente, sobre poco más o menos, a dicho capital fijo".

Y añadía las siguientes expresiones textuales: "Hay momentos en los que las Sociedades Anónimas, ligadas a unos estatutos y a la ley, imponen sacrificios personales; así lo creo y así quiero actuar en una Sociedad que lleva mi nombre. Tal propuesta, que quiero unir íntegra y solidariamente a la que ha quedado en el orden del día, no es más que la ayuda necesaria a las nuevas gerencias aplicadas a todo el "Lanificio Rossi", con unidad de concepto y de intención; no es sino una consecuencia natural de la supresión de la segunda propuesta que no ha sido del agrado de los accionistas".

Se levantaron algunos de éstos (Podreider y Finzi) para declarar que en tal estado de cosas el generoso ofrecimiento del presidente no se podía aceptar, pues la confianza que se tenía en la administración de la Sociedad dispensaba a cualquiera de hacer regalos a ésta; en cambio, otros (como el abogado Campi) advirtieron que el senador Rossi no era un accionista como los demás; que tenía responsabilidades excepcionales; que había ligado su nombre a la Sociedad y había comprometido en ella un caudal enorme, y que estas consideraciones eran de tal valor que, justificando la propuesta, eliminaban toda sospecha de falta de decoro al aceptarla. El senador Rossi hizo suyas estas razones, observando que lo que él quería conseguir era que "La Central", establecimiento fundado por su padre en 1817 y al que había dedicado 40 años de su vida,

no se convirtiera en un parásito de los otros establecimientos, nacidos todos después que él y todos de menor importancia; y tras esto y después de otras discusiones, el Presidente sometió a votación la proyectada modificación del art. 20 de los estatutos sociales en los términos ya mencionados, advirtiendo que se entendería que quien la aprobara, aprobaba también al mismo tiempo la adición propuesta por él.

La propuesta fué aceptada por 2.125 votos sobre un total de 2.282, correspondientes a 181 accionistas votantes.

El acta de esta asamblea fué depositada en los protocolos del notario de esta ciudad, Dr. Stefano Allocchio, el día 29 de octubre de 1879; y el instrumento correspondiente fué registrado el día 14 de noviembre siguiente. Pero al mismo tiempo el recaudador se reservaba la facultad de exigir los siguientes derechos, tan pronto como hubiera recaído la aprobación gubernativa que se requería según la ley para que tuviera eficacia la acordada modificación del artículo 20 de los estatutos del "Lanificio Rossi": por la modificación del estatuto social, 10 liras; por la donación hecha por el senador Rossi a la Sociedad de los intereses de dos años al 6 por 100 sobre dos millones, o sea 240.000 liras, 10 por 100, 24.000 liras; doble del 10 por 100, 4.802 liras; en total 28.802 liras *(Omissis)*.

El senador Alessandro Rossi, después de haber pagado la tasa de registro impuesta al acto como donación, en nombre propio y como representante de la Sociedad pidió la restitución ante el Tribunal de Milano. Y al efecto, entre otras razones, sostuvo:

1.º Que si se trataba de una donación, ésta era nula por defecto de la forma *ad hoc,* no pudiendo decirse que el acta de la asamblea, aunque hubiera sido redactada ante notario, constituyera dicha forma.

2.º Que el acto no era en realidad una donación.

El Tribunal de Milano acogió esta segunda tesis y el Tribunal de Apelación, confirmando esta decisión, motivó la sentencia en la forma siguiente:

"No es difícil persuadirse de que no se puede hablar de donación o liberalidad a propósito del acto en cuestión, a poco que se tengan en cuenta y se apliquen al supuesto de hecho actual algunos de los más indiscutibles principios que se refieren en general a los contratos a título oneroso y a título gratuito o de beneficencia y concretamente a la donación que, ciertamente, participa de la naturaleza de los contratos, aunque haya sido disciplinada por nuestro Código en un título aparte.

Si se examina cualquier contrato y cualquier donación se en-

contrará siempre un motivo determinado del acto (el *cur contraxit*) y una causa, o sea el motivo jurídico por el que se ha asumido la obligación (el *cur se obligavit*).

El motivo determinante no influye en la calificación de la índole intrínseca del acto, pero sí que influye la causa a la que las modernas legislaciones han atribuído una especial importancia.

La causa en los contratos conmutativos consiste en el servicio que recíprocamente se prestan los contratantes, en el equivalente que compensa el sacrificio de cada uno de ellos; en los contratos de beneficencia y en la donación en particular, se encuentra, como dice la doctrina, en el espíritu de liberalidad, que no queda excluído por el hecho de que el donante crea cumplir un deber moral de reconocimiento, pues éste sería el motivo determinante del acto que realiza, pero no la causa del mismo, que es siempre y solamente el *animus donandi.*

De acuerdo con tales máximas ya se proclamaba antiguamente en el Derecho romano que *proprie donatio appellatur* aquella en la que el agente *propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat,* y el jurisconsulto añadía: *sed haec stipulationes quae ob causam fiunt non habent donationem* (L. 1 y 19, § 5 Dig. *De donationibus*).

Durante la vigencia del Derecho común, los doctores se inspiraron en dichas máximas distinguiendo la donación propia de la impropia y enseñando que es condición esencial de la primera *ut donans mera liberalitate invocatur* (Richeri, *Univ. jurispr.*, volumen IV, núms. 3 y 346); y que cuando la aparente donación sea impropia o causal, es decir, no hecha por mera liberalidad sino por una causa determinada, en tal hipótesis se desvirtúa su naturaleza y se convierte en un contrato distinto, nominado o innominado (De Luca, *Dottor volgare,* vol. II, cap. IV, n.º 1).

En aquellas máximas se inspiró también evidentemente nuestra ley, la cual declara en el art. 1.101 que es a título oneroso el contrato en el que cada uno de los contratantes pretende procurarse un beneficio mediante un equivalente, y a título gratuito o de beneficencia aquel en el que uno de los contratantes pretende procurar un beneficio al otro sin equivalente; y definiendo en otro lugar (art. 1.050) la donación, que es el modelo de los contratos de beneficencia, lo califica de acto de espontánea liberalidad, lo cual equivale a decir lo mismo que la doctrina entiende conforme a las enseñanzas del Derecho romano, o sea que en sentido amplio es donación toda concesión gratuita de derechos patrimoniales que alguno hace a otro espontáneamente, con la única finalidad de de-

mostrarle benevolencia y sin que ningún deber jurídico le obligue a ello (Arndts, *Trattato delle Pandette* § 80).

Examinando el supuesto de hecho actual a la luz de los principios expuestos y teniendo en cuenta todos sus aspectos, tal como resultan de la exposición de los hechos, hay que concluir que al renunciar a los intereses de que se ha hablado en favor de la fábrica "La Central", el senador Rossi, tanto si ha llevado a cabo una remisión anticipada de deuda futura, como si ha dado vida a un acto de distinta naturaleza, cosa que no es necesario indagar, no lo hizo ciertamente movido por un espíritu de liberalidad, sino que, como dice el art. 1.101 del C. c., trataba de procurarse un beneficio entregando a cambio el oportuno equivalente.

El equivalente consistía en la renuncia a los intereses antes mencionados; el beneficio en volver a poner en orden y salvar la situación peligrosa del "Lanificio", asegurando así el enorme capital comprometido por él en aquel negocio y el rendimiento útil del mismo, poniendo a cubierto su propia responsabilidad como administrador y como director técnico, que en caso de una catástrofe que él no hubiera intentado evitar siendo así que debía preverla, hubiera podido llegar a ser gravísima, y salvando en fin la responsabilidad moral que por su posición le incumbía frente a los accionistas y frente a los otros interesados en la buena marcha de la Sociedad, lo que por sí solo habría bastado para constituir una compensación de su sacrificio.

Por parte de la Sociedad el beneficio consistía en la mejora que podía conseguir de su nueva organización, y que efectivamente consiguió, como se ha demostrado con los documentos presentados por el senador Rossi; el equivalente consistía en prestarse a la transformación técnico-administrativa ideada por este último y que sin el sacrificio del senador Rossi no hubiera podido efectuarse.

¿Qué más se quiere para admitir que éste, al hacer la concesión sobre la que se discute, estaba muy lejos de obrar por mero espíritu de liberalidad, con el único propósito de querer demostrar benevolencia para con la Sociedad y para con los accionistas que lo mismo que él estaban interesados en ella?

Como bien dijo a este propósito otro de los accionistas (el abogado Campi) en la asamblea del 19 de octubre de 1879, "el senador Rossi no era un accionista como los demás; tenía responsabilidades excepcionales, había ligado su nombre a la Sociedad y había comprometido en ella un caudal enorme", queriendo decir con ello que era inadmisible el argumento de quienes habían observado que

se trataba de un regalo, ya que no se podía hablar de tal regalo. Es frecuentísimo en el comercio el caso de acreedores que para ayudar a su deudor, cuando la posición de éste es comprometida, renuncian a una parte de sus créditos para evitar una catástrofe y salvar el resto de dichos créditos.

¿Y quién se atreverá sostener que cuando los acreedores hacen tal cosa llevan a cabo un acto de liberalidad?

En condiciones análogas se encontraba el senador Rossi frente a la Sociedad, y análogamente ha actuado; por tanto, no se le puede oponer lo que no hubiera podido oponerse a los acreedores que para tutelar su propio interés hubieran aceptado la propuesta de una reducción de sus créditos.

Después de esto no había necesidad de que el Tribunal pasara a examinar por separado y extensamente las argumentaciones aducidas por la Hacienda en apoyo de su apelación, argumentaciones que pierden todo su valor frente a las consideraciones expuestas.

Solamente parece oportuno advertir:

Que carece de fundamento la suposición de la Hacienda de que el senador Rossi quisiera llevar a cabo en el acto controvertido una transacción, o la satisfacción de una obligación natural, ya que nada justificaba tal suposición.

Que con idéntica falta de fundamento se ha razonado en torno a la hipótesis de que el senador Rossi haya podido hacer una de las donaciones *sub modo* que se contemplan en la última parte del artículo 1.051 C. c., lo que también queda excluído por cuanto se ha dicho" *(Omissis)*.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 2, 9, 10, 11, 26, 28 *b*, 30 *a*, 38.

También aquí se trataba de resolver una cuestión fiscal. Pero los principios acogidos en la sentencia son de Derecho común y servirían también para resolver la cuestión del requisito de forma de las donaciones.

No resulta claro de la sentencia si el senador Rossi "abandonó" los intereses sobre el mutuo, o si se comprometió a cubrirlos con los cupones de las acciones que tenía depositadas.

Plantee y resuelva el mismo lector las cuestiones que le parezcan oportunas por lo que se refiere a la figura de la donación y al correspondiente requisito de forma, respecto a los Derechos italiano, romano, francés y al *common law*.

Véanse también los casos Fiammingo cr. Opera Nazionale Combattenti y Ross, Hutchinson v. Royal Institûtion for the Advancement of Learning. Confróntense y distínganse estos casos y las motivaciones de las correspondientes sentencias.

Concretamente: ¿qué piensa el lector de la doble relación causal (entre los dos beneficios o equivalentes) que la sentencia contempla separadamente en cuanto al senador Rossi y a la Sociedad?

Zambaldo cr. Lavagnoli

Cass. Firenze, 4 junio 1908. — *Foro it.*, 1908, I, 1.129.
(Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"El Tribunal, etc. — El Tribunal de instancia, en vista del resultado de las pruebas testificales presentadas en el juicio, llegó a la convicción de que en el caso de autos se trataba de una donación que tenía la finalidad de "facilitar o determinar el consentimiento de la madre (de la señorita Zambaldo) para el matrimonio"; ahora bien, puesto que esta clase de donación es muy distinta de la donación remuneratoria, que según el art. 1.051 C. c. constituye una liberalidad hecha por reconocimiento, en consideración a los méritos del donatario o como especial remuneración, de ello se desprende que, estimada la donación en los términos en que lo hizo la sentencia recurrida, quedaba implícitamente excluído, porque hubiera significado una contradicción, que se pudieran apreciar en ella los caracteres de la donación remuneratoria. Por lo cual era completamente superfluo que la sentencia descendiera a demostrar que en el caso de autos no se requería que el hecho a cuya consecución se dirigía la donación, precediera o subsiguiera a la liberalidad que el donante realizaba, ya que si tal extremo era necesario para dar vida a la donación remuneratoria no lo era en modo alguno para la donación prevista en el art. 1.050 C. c., que según el Tribunal de instancia era aquella de la cual se trataba en el caso concreto.

Considerando que en el tercer motivo se denuncia la violación de los arts. 1.050 y 1.051 C. c. por haber admitido el Tribunal de instancia que en el caso concreto existía una donación siendo así que, según la recurrente, Lavagnoli no tenía *animus donandi* sino solamente la intención de lograr con el desembolso de las diez mil liras la finalidad de conseguir que se realizara el matrimonio anhelado.

Pero este motivo se estrella contra las deducciones y las apreciaciones de hecho contenidas en la sentencia recurrida, en la que se advierte que el Tribunal estimó que en el caso concreto concurría el *animus donandi* y que este elemento no quedaba excluído por el solo hecho de que el móvil que había determinado la libe-

ralidad del donante hubiera sido el de facilitar el matrimonio de su hermano.

De toda la sentencia recurrida se desprende claramente esta idea, pero especialmente de las consideraciones que se leen inmediatamente después del examen de las pruebas testificales. En efecto, la sentencia argumenta así: "El Tribunal observa que de estos datos de hecho resulta evidente que al emitir la letra de cambio no se celebró un contrato oneroso innominado *do ut des, do ut facias,* sino una verdadera y propia donación, a la que se dió forma de letra de cambio con la única finalidad de evitar el crecido impuesto del 15 por 100 que había que pagar sobre las 10.000 liras que se querían dar a la esposa. La liberalidad no dejó de serlo ni de ser espontánea, aunque sirviera para facilitar o determinar el consentimiento de la madre para el matrimonio. Y el despojo fué actual e irrevocable, porque a la donataria se le entregó el título, que ella podía descontar libremente".

Y después, en la parte final de la sentencia, el Tribunal de Casación se expresa en la forma siguiente: "En el caso concreto la intención común de las partes era la de celebrar un acto de donación y se usó la forma de la letra de cambio en lugar de la forma prescrita *ad substantiam,* que era la del documento público.

Por consiguiente, después de las apreciaciones del Tribunal de instancia no puede discutirse en casación si en este caso se daba o no el elemento del *animus donandi.* Pues, por lo demás, aunque al mencionado fin o móvil de la donación se le elevara a la categoría de una verdadera y propia condición, no por ello dejaría de existir la donación ni desaparecería el *animus donandi,* ya que ni en la doctrina ni en la jurisprudencia se discute la validez de la donación hecha bajo condición, con tal de que las condiciones no sean imposibles o contrarias a la ley o a las buenas costumbres, y de que, de cualquier otro modo, no vayan contra las disposiciones prohibitivas de los arts. 1.066 y 1.067 del Código civil." *(Omissis.)*

La sentencia pasa después a examinar la validez de una donación hecha mediante letra de cambio y la declara nula por defecto de la forma establecida para las donaciones.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 10.

Como resulta de la sentencia, se trataba de una letra de cambio librada por el hermano del esposo en favor de la esposa, para inducir a la madre de ésta a que autorizara el matrimonio; acto que la sentencia declara nulo por inobservancia de la forma de la donación (sobre

este punto, en cuanto al Derecho italiano, v. vol. I, § 22, nota explicativa núm. 3; en cuanto al Derecho francés, v. vol. I, § 38 *d*).

En este caso no puede plantearse la cuestión de la licitud, porque la madre de la esposa no recibía nada a cambio de su consentimiento: por el contrario, v. el caso Casciabanca cr. Triggiemi, citado en el volumen I, § 21, nota 21 y el caso de *common law* Grisley v. Lother en este vol. II. En el caso De Filicaia Dotti cr. Guarducci, cass. Firenze, 9 diciembre 1892, *Giur. it.*, 1893, I, 1, 41, se discutía si una promesa de 300.000 liras (reducidas después a 200.000) hecha para conseguir que la madre de la esposa diera su consentimiento para el matrimonio, se había hecho en favor de la esposa o de la madre de ésta. En el segundo caso, dice el Tribunal de Casación, la promesa sería nula por ser ilícita. En cuanto al primer caso, la sentencia considera que existe una obligación natural del promitente frente a la esposa, obligación natural cuya fuente no resulta claramente de la sentencia.

Cuestionario:

1) En la sentencia se alude al concepto de donación remuneratoria, considerando como tal a la que sigue a un servicio prestado (v. los casos Armenise cr. Moroni y Garabello cr. Fusani y los correspondientes cuestionarios). Pero si el matrimonio se hubiera celebrado antes de librarse la letra, ¿hubiera podido hablarse de donación remuneratoria respecto al consentimiento materno?

2) ¿La existencia o inexistencia del *animus donandi* tiene que deducirse, como parece admitir la sentencia, del elemento subjetivo (es decir, de una averiguación de la intención de las partes) de tal forma que si esta averiguación da como resultado la ausencia del *animus donandi* deba excluirse la figura jurídica de la donación? ¿O bien ha de deducirse de un elemento objetivo como la insuficiencia de la prestación (del consentimiento materno) o de la finalidad de obtenerla? Entiéndase que se alude a la insuficiencia de esa prestación para constituir un contrato a título oneroso o innominado *do* (o prometo) *ut facias*. Resuélvase también esta cuestión para el Derecho francés (aparte de la cuestión de la letra de cambio); v. vol. I, § 9, notas 4 y 10 y § 10 *b*, 2.°.

3) En el *common law* la prestación del consentimiento por parte de la madre, aun siendo suficiente como *consideration*, no sería una *consideration válida*, por no provenir de la promisaria (la hija); v. vol. I, § 26, nota 26; v. también § 34 *a*, en cuanto a la forma necesaria para este caso.

Tal principio no rige en el *civil law;* en este sistema con tal de que la contraprestación sea "suficiente" puede también provenir de un tercero; es decir, no es donación la promesa de alguna cosa a cambio de la cual se obtenga una prestación (suficiente) de un tercero. Pero, ¿cómo se distingue este caso de aquel en el que la prestación del tercero sea una mera condición de una donación?

Fontana cr. Congregación de Caridad de Roburent

App. Torino, 20 julio 1906. — *Giur. Tor.*, 1906, 1.500. (Sentencia resumida.)

El Rvdo. P. Fontana, Párroco de Roburent, había recibido *brevi manu* 40.000 liras de G. M. Murizzano, de quien era heredera la Congregación de Caridad, con el encargo fiduciario de proveer a la Institución y al mantenimiento de un Asilo infantil dirigido por religiosas y de mantener un Vice-curato perpetuo en la parroquia. El P. Fontana había instituído el Asilo y tomado a su cargo el Vice-curato; pero después había dejado de atender a tales necesidades.

La Congregación de Caridad exigió la restitución de la cantidad, no sólo por el incumplimiento de las cargas, sino también por entender que se trataba de una donación manual, nula por defecto de forma, dada la importancia de la cantidad (en aquella época) y en relación también con el patrimonio del donante, que ascendía en total a 50.000 liras.

Para defenderse, en relación con este último punto, el P. Fontana sostuvo la tesis del contrato innominado *do ut facias*, ya que él debía destinar todos los frutos al Asilo y al Vice-curato.

El Tribunal de Apelación de Torino rechazó esta tesis, por entender que el párroco *obtenía una utilidad no desdeñable* de la institución del Vice-curato, quedando exonerado de los gastos de su mantenimiento y obteniendo así gratuitamente un coadjutor que le auxiliaba en su ministerio.

Por lo demás, añade el Tribunal, estas cargas se dirigen a ejercitar la beneficencia, "lo cual no puede confundirse con la contraprestación requerida en los contratos a título oneroso... tanto más si se tiene en cuenta que, por su ministerio, el P. Fontana estaba llamado a realizar obras piadosas y de beneficencia".

El Tribunal acoge, pues, la tesis de la nulidad de la donación manual.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 10 y 38 *a*.

Plantee y resuelva el mismo lector las cuestiones que le parezcan oportunas, relacionando y estableciendo las diferencias entre éste y los casos Tessitori-Gagliardi; Cadeo-Administración de la Iglesia Parroquial de Chiari; Casasola-Fondo Culto; Hacienda-Gentile, recogidos todos ellos en la sección II de este capítulo.

Mazzucchelli y otros cr. Saluzzo

Cass. Torino, 24 abril 1911. — *Mon. Trib.*, 1911, 504.
(Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"Derecho *(omissis)*. — Por estar los tres motivos íntimamente relacionados entre sí pueden ser examinados conjuntamente por este Tribunal, para llegar a rechazarlos como infundados.

En efecto, habiendo declarado formalmente el Tribunal de Milán en la sentencia recurrida "que limitándose su examen a la admisibilidad del interrogatorio propuesto, habría sido prematura cualquier concreta y precisa determinación de la relación jurídica nacida del compromiso que, según se sostenía, había asumido el sacerdote Trombini", no hizo otra cosa que admitir el interrogatorio deferido por el Rvdo. Lorenzo Saluzzo a los herederos Trombini para probar que su causante, el canónigo Antonio Trombini, se había obligado a pagarle la cantidad de 100.000 liras como contribución a los gastos de construcción de la Iglesia de San Agustín en Milán y a encargarse de la adquisición de 200.000 ladrillos para dicha Iglesia, y que de tal obligación y del pago a cuenta de la misma de cerca de 30.000 liras, Trombini había tomado nota de su puño y letra en los papeles privados dejados por él.

Ahora bien, por más que el Tribunal de Milán haya desarrollado varias hipótesis sobre la calificación jurídica que mejor conviene a la obligación controvertida, sin embargo, con sus razonamientos hipotéticos no ha podido infringir las disposiciones del C. c. referidas a tales hipótesis, porque no quiso hacer ni hizo aplicación práctica de las mismas.

Por tanto, no tienen razón de ser las pretendidas infracciones de los arts. 1.253, 1.099, 1.101, 1.104, 1.697 y 1.737 C. c.; y queda por examinar si existen las infracciones de los arts. 1.080, 1.081, 1.053, 1.055 y 1.086 del mismo Código en relación con los artículos 1.312 y 1.386 y con los arts. 206 y 216 del Cód. proced. civ., y si la sentencia recurrida peca por defecto de motivación; y la respuesta no puede ser sino negativa.

En efecto, como la admisión de una prueba por interrogatorio no encuentra *a priori* ningún obstáculo en la ley, la única averiguación que tenía que hacer el Tribunal de instancia era la de si contra la admisión de las pruebas propuestas por el Rvdo. Saluzzo se podía alegar la conocida regla de Derecho procesal "*frustra probatur quod probatum non relevat;* por estar dirigidas dichas

pruebas a demostrar que entre ambos sacerdotes, Trombini y Saluzzo, se había convenido no un contrato bilateral, aunque fuera a título gratuito por parte del primero, sino un verdadero y propio acto de donación, para el cual, con arreglo al art. 1.056 del C. c., se requería *ad substantiam et solemnitatem* la formalidad del documento público.

Porque basta tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 1.279, 1.128, 1.794 C. c., así como todo lo que universalmente se ha enseñado y fallado en materia de donaciones manuales, para tener la seguridad de que tal formalidad no se exige para todas las disposiciones a título meramente gratuito con las que se quiera directa o indirectamente beneficiar a otro.

Así pues, como se dijo, la única cuestión era la de si daba la verdad de los hechos cuya prueba se proponía, resultaba de ello la estipulación verbal de un acto de donación por parte del canónigo Trombini en favor del donatario Rvdo. Saluzzo; y ello fué excluído por el Tribunal de Milán con congruente y exhaustiva argumentación, sin que su soberana apreciación sobre el contenido y la importancia de los capítulos de prueba propuestos por el actor haya sido viciada por ningún error de Derecho.

En efecto, habiendo estimado dicho Tribunal, sobre la base de lo que resultaba de los autos, que lo que se quería probar era que el canónigo Trombini se había obligado a entregar las 100.000 liras y el precio de 200.000 ladrillos como contribución a la construcción de la Iglesia de San Agustín, y a pagarle estas cantidades al Rvdo. Saluzzo después de realizada la obra, reintegrándole parcialmente la cantidad que éste había tenido que invertir en dicha construcción, de suerte que el Rvdo. Saluzzo habría tomado con una mano menos de lo que ya con la otra había gastado, el Tribunal no podía negar la admisión de dicha prueba, porque no existe donación cuando falta el donatario, no pudiendo considerarse como tal a quien ningún beneficio puede obtener de las cosas donadas.

Porque según la ley I, *De donat.*, "*Dat aliquis ea mente ut statim velit accipientis fieri et propter nullam aliam causam facit quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur*". Por tanto, aunque el art. 1.081 considere también como donación a la liberalidad hecha en concepto de remuneración y a la que se haga imponiéndose alguna carga al donatario, lo cierto es que faltando el requisito esencial del ánimo de llevar a cabo una liberalidad por parte de quien da y de conseguir un enriquecimiento por parte de quien recibe, desaparecen los caracteres de la donación, tanto en el caso de adecuada remunera-

ción de servicios recibidos (porque no puede considerarse liberalidad la satisfacción de lo que se debe) como en el caso de que las cargas impuestas igualen el valor de las cosas donadas de manera que no quede nada en beneficio del pretendido donatario.

Y en tales casos desaparece también la razón por la que todavía hoy se impone para los actos de donación la formalidad del instrumento público...; *ratio legis* que es la de impedir que el donatario, cegado por su propio interés, consiga obtener liberalidades no espontáneas para enriquecerse en detrimento de otro.

Así pues, el Tribunal de Milán no ha infringido las disposiciones de los arts. 1.050 y sigs. del C. c., y mucho menos las de los arts. 1.312 y 1.356 del mismo Código ni las de los arts. 206 y 216 del Cód. proc. civ. al admitir los interrogatorios propuestos, reservando (puesto que *in facto ius est positum* y muchas veces *modica circumstantiarum varietas totum ius innovat*) para cuando la fase de instrucción estuviera concluída cualquier otra averiguación en torno a la verdadera naturaleza de la relación jurídica surgida entre el canónigo Trombini y el sacerdote Saluzzo; de suerte que, no considerándose fundado ninguno de los tres motivos en los que se apoya el recurso, debe éste rechazarse..., etc."

Nota y cuestionario.—V. vol. I, §§ 10 y 11.

Sobre este caso llamamos especialmente la atención del lector. Por desgracia algunos elementos de hecho no resultan claros de la sentencia.

Conviene tener en cuenta que el beneficio de la obra a la que se refería el acuerdo Trombini-Saluzzo iba a parar a un tercero, o sea, a la entidad a quien habría de pertenecer la Iglesia construída (respecto a esta entidad existía sin duda una liberalidad, pero no es esto lo que se discute). De manera que Trombini no obtenía ningún beneficio patrimonial, aunque esto no es decisivo: v. vol. I, § 10, nota 2 y § 13 *b*. No es donación el acuerdo por el que una persona (Trombini) se obliga frente a otra (Saluzzo) a reembolsarle *en parte* los gastos de una obra que debe redundar en beneficio *de un tercero* frente al cual esa segunda persona (Saluzzo) no ha contraído ninguna obligación jurídica de llevar a cabo dicha obra. Distinto, indudablemente, sería o podría ser el caso si la obra hubiera debido quedar en beneficio de Saluzzo o si hubiera existido aquella obligación (pero sobre el primer supuesto, v. el caso Bardet cr. Iglesia de Saint-Martin y el caso Cattaneo-Milesi). *A fortiori* no existiría donación, por parte de Trombini, si Saluzzo se hubiera obligado *frente a él* a llevar a cabo la obra.

Cuestionario:

1) Suponiendo que en el momento de celebrarse el acuerdo Trombini-Saluzzo este último hubiera estado ya obligado con el contratista o con los proveedores para la construcción de la Iglesia, ¿podría tam-

bién excluirse en la promesa hecha por Trombini a Saluzzo el carácter de donación? ¿Qué importancia tendría, en hipótesis, el hecho de que los proveedores hubieran ya cumplido su obligación en el momento de hacer la promesa Trombini? ¿O qué importancia tendría el hecho de que Saluzzo tuviera o no tuviera medios para liberarse del contrato, todavía no cumplido por parte de los proveedores, como por ejemplo el librarse pagando los daños o de otro modo semejante?

Si en estas hipótesis hubiera, al menos parcialmente, una liberalidad por parte de Trombini, ¿qué valor tendría, como contrapartida, una eventual obligación de Saluzzo frente a Trombini de realizar la obra con medios que en parte fueran propios?

2) Siempre en esa hipótesis y en relación con la primera cuestión que hemos planteado, ¿qué importancia tendría el hecho de que la obra no hubiera de redundar en beneficio de Saluzzo sino de la entidad a la que había de pertenecer la iglesia? ¿El interés de Trombini en hacer una donación a tal entidad podría excluir la donación en las relaciones entre Trombini y Saluzzo?

3) Suponiendo que Saluzzo no hubiera estado ya comprometido con los proveedores, ¿cambiaría la situación jurídica si Trombini se hubiera obligado a pagar no cuando la obra estuviera concluída sino inmediatamente? ¿Qué ocurriría si, a raíz de tal promesa, Saluzzo se hubiera comprometido con los proveedores?

4) Excluyendo siempre la hipótesis de que existieran compromisos anteriores de Saluzzo con los proveedores, ¿cómo debería calificarse esta especie de asociación entre Trombini y Saluzzo para construir la Iglesia en beneficio de un tercero, bien mediante anticipo total de los gastos por parte de Saluzzo, o bien en la forma a que hemos aludido en la cuestión 3.ª? V. el caso David cr. Ayuntamiento de Vaison y la nota de Planiol a este caso; v. también el caso Asilo Belluomo cr. Bianchi.

5) ¿Cuál sería la naturaleza del contrato si Saluzzo no hubiera debido contribuir, ni siquiera en parte, a los gastos de construcción de la Iglesia, sino que hubiera pactado el anticipo o el reembolso a cargo exclusivamente de Trombini?

6) Para resolver la cuestión que se presentaba concretamente, la sentencia parece aludir a la idea de un contrato bilateral entre Trombini y Saluzzo y al sacrificio sufrido en parte por este último; pero sobre todo se funda en la consideración de que la cantidad prometida por Trombini había sido enteramente absorbida por los gastos de construcción de la Iglesia en beneficio de un tercero (la entidad a quien había de pertenecer) y sin ningún beneficio para Saluzzo. Lo que excluiría la figura de la donación *cum onere*. ¿Es esto exacto en relación con las cuestiones 1.ª y 2.ª? En todo caso, ¿podría servir para combatir dicha consideración de la sentencia un interés de Saluzzo en la realización de la obra, en la que quizás estaba ya moralmente comprometido? ¿Qué ocurriría si frente a los terceros y, por tanto, frente a la entidad, debiera figurar Saluzzo como único benefactor?

7) ¿En qué sentido ha podido decir la sentencia que la promesa de Trombini formaba parte de un "contrato bilateral, *aunque fuera a título gratuito* en cuanto a él"?

8) ¿Qué piensa el lector de las citas de Derecho romano hechas en la sentencia?

9) ¿Cómo se resolvería este caso según el Derecho francés? V. volumen I, § 9, notas 4 y 10, § 10 *c* y el caso David. cr. Ayuntamiento de Vaison y otros casos.

10) ¿Cómo se resolvería en el *common law*? V. vol. I, § 29 y para la cuestión 1.ª el § 30, nota 5.

De Sanctis cr. Ayuntamiento de Roma

App. Roma, 22 marzo 1910. — *Foro it.*, 1910, I, 112. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"El Tribunal, etc. — Considerando que la sentencia apelada estuvo en lo cierto cuando, habida cuenta de la especial naturaleza de la cosa objeto del contrato y de la intención de los contratantes, estimó que en el negocio jurídico celebrado entre De Sanctis y el Ayuntamiento de Roma no se apreciaban los caracteres y la figura jurídica de la donación. Esta figura, como institución del Derecho privado, se actúa mediante la transmisión de una entidad patrimonial de una persona a otra, que queda así investida de los mismos derechos que sobre ella correspondían al transmitente y que se concretan en la facultad de gozar, usar y disponer de las cosas transmitidas. En otros términos, lo que sale del patrimonio del donante va a aumentar el patrimonio del donatario y este aumento y aquella disminución son términos correlativos sin los que no es posible concebir una donación.

Ahora bien, esta correlación no se da en el negocio en cuestión. La colección artística de De Sanctis salió del patrimonio de éste pero no fué a aumentar, desde el punto de vista económico, el patrimonio del Ayuntamiento, porque éste no la recibió como un activo patrimonial del que pudiera libremente disponer y sobre el que pudiera ejercer aquellos atributos que caracterizan a la propiedad del Derecho privado, sino que la recibió en su carácter de poder público, para cuidar de ella y para destinarla a un uso de interés público.

No es que De Sanctis no pudiera transmitir libremente la propiedad de su galería artística, incluso por donación. Éste hubiera sido el verdadero contenido, la verdadera figura del acto, si hubiera tenido lugar entre contratantes particulares. Pero frente al

Ayuntamiento, administración pública, las cosas ocurren de manera distinta y sería absurdo suponer la posibilidad de un destino distinto del uso público. Así lo reconoce también la defensa del apelante, añadiendo que ni siquiera hubiera sido necesario el establecimiento de una condición por parte de De Sanctis para que la colección entrara a formar parte del patrimonio artístico municipal. Pero en esta proposición va implícita la condena de la tesis del apelante, puesto que no puede admitirse que en la cesión de una colección artística hecha por un particular al Ayuntamiento de su ciudad para fundar una galería artística deba presumirse o deba considerarse implícito el destino al uso público, sin admitir al mismo tiempo que tal fundación excede, por su finalidad, de la esfera de las relaciones de puro Derecho privado, para entrar en la del Derecho público.

Pero no es necesario recurrir a presunciones cuando, como en este caso, el destino de la cosa al uso público se encuentra claramente expresado e impuesto en la convención. En efecto, basta repasar la correspondencia cruzada entre las partes para comprender que, en virtud del *in idem placitum consensus* de los contratantes, la dación de la galería no determinó una verdadera y propia transmisión de propiedad, sino la transformación de un activo patrimonial en un ente de uso público, *extra commercium*, respecto al cual ni se concedieron al Ayuntamiento ni éste se los atribuyó los poderes del propietario, sino solamente las atribuciones de conservador y custodio en interés de la colectividad representada por él.

Es cierto que el Ayuntamiento, como *persona iuris*, como entidad jurídica, no goza directamente, sino sólo a través de los *singuli cives*, tanto de sus bienes patrimoniales como de los bienes comunales; pero no es menos cierto que para la calificación del título en cuya virtud adquiere el Ayuntamiento no es indiferente la cualidad o, mejor dicho, el destino de los bienes adquiridos, y que su destinación al uso público, impuesta por el cedente como condición del acto, no se compagina con la idea de la donación que, como acertadamente se dijo en la sentencia apelada, se sustancia en una atribución patrimonial que enriquece, que aumenta el patrimonio del donatario correlativamente a la disminución del patrimonio del donante. Por el contrario, con el paso de la cosa de la libre propiedad del concedente al patrimonio comunal, y con la consiguiente transformación del dominio privado en el uso público, más que atribuirlo al Ayuntamiento, o sea a los ciudadanos considerados *uti universi*, lo que se hace es sustraer a la apropia-

ción de todos ellos aquello que debe quedar adscrito al uso público.

Por tanto, si el negocio jurídico en cuestión no es una verdadera y propia donación, no le eran aplicables las formalidades establecidas en los arts. 1.056, 1.060 y 1.070 del C. c. y, por consiguiente, no existen los motivos de nulidad que el actor y apelante De Sanctis ha alegado para invalidarlo y para obtener la restitución de la colección artística cedida.

Y junto con la cuestión principal deben rechazarse todas las conclusiones secundarias, derivadas tanto del incumplimiento del *modus* añadido a la donación como del hecho de haberse verificado la condición resolutoria sobreentendida en dicha donación, así como la petición dirigida a obtener el señalamiento de un plazo para el otorgamiento del instrumento público de donación; conclusiones que se basan todas en el presupuesto de que se haya querido celebrar una donación y que al faltar tal presupuesto necesariamente vienen a desaparecer.

Rechazado el concepto de la donación, falta ver ahora cuál sea la calificación del contrato celebrado entre De Sanctis y el Ayuntamiento, ya que en el contrato ha de buscarse la fuente y la justificación del carácter público atribuído a la colección artística de que se trata, sin que baste, como acertadamente observó el Tribunal, la sola voluntad unilateral del particular unida a la *positio* en público de la cosa, para operar la transmisión al patrimonio municipal. Los textos del Derecho romano citados por la defensa del Ayuntamiento para demostrar la suficiencia del destino dado a la cosa por el particular, independientemente de todo vínculo contractual, para atribuir a la cosa el carácter público, responden a concepciones jurídicas propias de otros tiempos, que ya no son compatibles con las normas del Derecho público vigente.

Por otra parte, no tiene interés hablar de *positio* en público, siendo así que ésta, como hecho material, no llegó a verificarse en el caso en cuestión, ya que la galería nunca fué abierta al público; de manera que, también por esta consideración, resultarían inaplicables los textos del Derecho romano invocados por el Ayuntamiento, que se refieren a casos en los que la dedicación de las cosas al uso público era un hecho consumado.

Considerando que el Tribunal, mediante una ingeniosa construcción, aplicó al negocio jurídico en cuestión la noción de la *datio ob causam* del Derecho romano, para llegar a la consecuencia de que a De Sanctis, que se obligó a dar la galería a condición de que el Ayuntamiento prestara el local y la custodia necesaria para que pudiera servir a su finalidad, le correspondería en caso de in-

cumplimiento de la contraprestación el remedio de la *causa data causa non secuta* para la repetición de su colección artística. Este *nomen iuris* de la *datio ob causam* no ha sido admitido por el apelante, quien observa que dicha institución fué creada *aequitatis causa* para atemperar el rigor del Derecho, que dejaba privadas de sanción legal a algunas relaciones jurídicas no contempladas ni disciplinadas por el Derecho civil. Es una institución que tuvo su razón de ser en otros tiempos y que no podría resucitarse, habiendo cesado la finalidad práctica que la determinó.

Sería, en otros términos, un anacronismo.

Con todo, la misma defensa no desconoce que la *datio ob causam* podría, en cierto modo, incluirse hoy en la categoría de los contratos a título oneroso y concretamente en la de los contratos bilaterales sinalagmáticos.

Así que, en última instancia, la divergencia afectaría más bien al tecnicismo jurídico de las palabras que a la naturaleza de las instituciones y, de todos modos, cualquiera de las dos teorías que se adoptara, las consecuencias prácticas en relación con el supuesto de hecho serían siempre las mismas. Ciertamente, no se trata más que de sustituir la *condictio causa data causa non secuta* del Derecho romano por la condición resolutoria tácita del art. 1.165 del C. c., idea a la que termina por adherirse la misma sentencia apelada, observando acertadamente que ésta es una derivación de aquélla.

A esto la defensa del apelante objeta que ni la teoría de la *datio ob causam,* suponiendo que todavía estuviera en vigor, ni la disposición del art. 1.165 se adaptan a la categoría de los contratos a título gratuito, entre los que hay que incluir al contrato en cuestión. Pero el Tribunal observa que si tal objeción se invoca como argumento para sostener que en el caso de autos se da la figura jurídica de la donación, esta tesis encuentra su refutación en las razones antes expuestas, sobre las que no es necesario insistir.

Y excluído que se trate de una donación, no sólo no tiene interés el apelante en recurrir contra la sentencia del Tribunal por haber estimado ésta que el incumplimiento de la contraprestación debida por el Ayuntamiento caía bajo la norma del art. 1.165, sino que le interesa que quede firme dicha sentencia, ya que si no fuera así la acción de De Sanctis carecería de todo fundamento, no sólo de hecho sino también de Derecho.

Por otra parte, no puede desconocerse que existe una correlación entre la prestación a que se obligó De Sanctis, de destinar

su galería al uso público comunal, y la contraprestación del Ayuntamiento que asumió la carga de proporcionar los locales y de proveer a la custodia, entretenimiento y exposición de dicha galería; correlación en la que se advierte el carácter bilateral del contrato, que entra en la categoría de los contratos innominados *do ut facias*, y la consiguiente aplicabilidad al mismo de las normas contenidas en el art. 1.165 del C. c.

Llegados a este punto, sólo queda por averiguar si el Ayuntamiento ha incurrido en el incumplimiento que se le imputa. El incumplimiento se hace consistir en el hecho de haber destinado el Ayuntamiento a sede de la Comisión para las fiestas de 1911 los locales del palacete "Regis alla Farnesina", y dejado de proveer a la ordenación y a la exposición al público de la colección artística. Pero, como puso de relieve el Tribunal, interpretando rectamente el tenor de los acuerdos contenidos en la correspondencia de las partes, la administración municipal no se comprometió a no destinar los locales a ningún otro uso precario que fuera compatible con la permanencia y la integridad de la colección." *(Omissis.)*

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 10, § 12 *a* y § 38 *a*.

1) ¿Qué piensa el lector de la tesis de la sentencia, según la cual esta clase de actos salen de la esfera del Derecho privado?

2) ¿Y de la tesis según la cual para que exista donación a una entidad pública se requiere que la enajenación dé lugar a una transmisión de "propiedad", a un aumento de los bienes patrimoniales de dicha entidad y no de sus bienes comunales? ¿No hace una donación quien cede gratuitamente un bien a la colectividad, al uso público, a los ciudadanos representados por el Ayuntamiento? V. también los casos recogidos en la sección II de este capítulo.

3) ¿Cómo se concilian estas dos tesis con la concepción de un contrato innominado, bilateral o sinalagmático, *do ut facias*, adoptada también en la sentencia? Un contrato en el que la contraprestación debida por el Ayuntamiento consistiría en "proporcionar los locales y proveer a la custodia, entretenimiento y exposición de la galería".

4) Prescindiendo de esas dos tesis, ¿podría constituir tal prestación una compensación o causa suficiente para excluir la figura jurídica de la donación?

5) ¿En qué relación se encuentra esta tesis con la acogida por la jurisprudencia francesa? V. vol. I, § 10 *e*, y algunos de los casos franceses recogidos en la sección IV.

Barabino cr. Lupi

Trib. Genova, 27 mayo 1935. — *Temi Gen.*, 1937, 373.
(Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

Se trataba de una acción reivindicatoria ejercitada por Barabino contra Lupi, y fundada, entre otras cosas y en hipótesis, en la inobservancia de la forma del documento público en una donación manual que sobrepasaba la medida del valor módico (V. vol. I, § 38).

Sobre esta acción el Tribunal argumenta en la siguiente forma:

"El demandado, en su calidad de representante legal de los orfanatos de la Divina Providencia de P. Aste, admite haber recibido del actor bonos del Tesoro por el capital nominal de 20.000 liras, pero alega que los títulos le habían sido entregados con la obligación de la celebración a perpetuidad de cien misas anuales después de la muerte del actor, mientras que los intereses de dichos títulos debían ser entregados a éste hasta su muerte. El acuerdo, que él afirma haber concertado con el actor, quien resueltamente lo niega, contrasta evidentemente con las cartas presentadas en el pleito que llevan fecha de 1925 y 1926; de ellas resulta que el actor insistió en pedir la inmediata restitución de los bonos del Tesoro por el capital nominal de 60.000 liras entregados al demandado en dos ocasiones a título de préstamo y que fueron restituídos solamente en la cantidad de 40.000 liras.

Si hasta el 1.º de enero de 1934 el actor ha recibido los intereses, lo que no se ha discutido, no por ello hay que entender que no haya pretendido la restitución de los títulos; es más, de su negativa a recibir los intereses del primer semestre de 1934 se deduce su resolución de recuperar la posesión de los títulos, recurriendo con tal fin a la autoridad judicial. Pero la tesis del demandado, que afirma la existencia de un contrato concluído en los términos expuestos por él, resulta absurda y jurídicamente inadmisible. Se trataría, según dicha tesis, de un contrato bilateral perfecto y lícito, en el que la contraprestación a la entrega de los títulos por parte del actor consistiría en una obligación asumida por el demandado de celebrar las misas después de la muerte del actor. Prescindiendo de la consideración de si el pretendido acuerdo de celebrar misas después de la muerte del actor puede constituir una contraprestación que convierta en oneroso el contrato, lo cierto es que, en todo caso, el acuerdo alegado por el demandado revelaría

claramente en el actor la voluntad de donar, y por tanto se darían los caracteres de una donación modal, que el demandado habría aceptado y que, en sustancia, consistiría en imponer por parte del donante una carga al favorecido, quien con la aceptación se habría obligado a cumplirla (art. 1.051 del C. c.). Pero en tal caso la donación, lo mismo que la aceptación, sólo sería válida si se hubieran cumplido las formalidades necesarias para la validez del acto."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 10.

1) ¿Está justificada la duda de la sentencia sobre el punto de que la celebración de misas pueda constituir la contraprestación en un contrato bilateral o de cambio? V. los casos Cadeo-Iglesia Parroquial de Chiari; Hacienda cr. Gentile; Cocchi cr. Marioni, y los correspondientes cuestionarios.

2) ¿Hubiera debido tenerse en cuenta si los honorarios o estipendios para la celebración de las misas perpetuas absorbían o no la renta de los títulos, siendo así que antes de la muerte de Barabino la otra parte no podía percibir nada de dicha renta? V. los casos citados en la cuestión 1.ª.

3) En caso de que las rentas quedaran absorbidas por dichos estipendios, ¿podría resolverse la cuestión de la distinción entre donación modal y contrato de cambio sobre la base de la intención de las partes?

4) ¿Cómo se resolvería este caso en el Derecho francés? V. sec. IV.

Maggi cr. Scattolini

Cass., 1 marzo 1937. — *Giur. it.*, 1937, I, 1, 542. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"El Tribunal de instancia ha estimado que el documento de 10 de abril de 1922 (escritura pública) contenía una simulación relativa: es decir que, simulando la venta de un fundo, tenía sin embargo por objeto la donación de dicho fundo, hecha por Pacifico Maggi (donante y vendedor aparente) a Bonfiglio Maggi (donatario y comprador aparente). Ha estimado también que la escritura privada de 10 de abril de 1922 constituye una declaración de voluntad accesoria de la contenida en el instrumento público, un *modus*, gravamen o carga aneja a la donación del fundo. Sobre todos estos puntos, a la vista de los autos, no existe contienda, y en esta parte la sentencia del Tribunal de Ancona no ha sido impugnada.

La donación del inmueble no puede considerarse nula por el

solo hecho de que haya revestido la apariencia de un contrato de compraventa; en el supuesto de hecho la donación tuvo lugar mediante documento público, y por lo tanto sería superfluo examinar si el art. 1.056 del C. c. es o no aplicable a las donaciones disimuladas bajo la apariencia de un contrato oneroso. Y es raro que tal nulidad sea afirmada precisamente por el donatario, Bonfiglio Maggi, quien en caso de que se declarara la nulidad debería restituir el inmueble, salvo los eventuales derechos sucesorios que le correspondieran.

Tampoco puede considerarse nula la promesa contenida en la escritura privada de 10 de abril de 1922. Exactamente ha observado el Tribunal de Ancona que la carga que acompaña a una donación es extraña a la esencia del acto de donación; es una declaración de voluntad accesoria que no altera el carácter jurídico del negocio y que, por lo tanto, puede resultar de una escritura privada. El documento público se exige para los actos de donación en consideración a la naturaleza de tales contratos; pero el *modus* o carga impuesto al donatario no viene a aumentar o a completar y extender la donación; por el contrario, constituye un gravamen, un límite de la donación, que reduce y limita el beneficio que obtiene el donatario, aunque sin alterar su carácter jurídico de negocio a título gratuito; y por lo tanto no puede aplicársele lo dispuesto en el art. 1.056 del C. c. En la escritura privada de 10 de abril de 1922, firmada por Bonfiglio Maggi, se lee, a propósito del inmueble, lo siguiente: "La verdad es que me ha hecho donación de él con el pacto de que, en compensación, yo me obligue, como en el presente documento hago, a procurar todo lo que sea necesario para la vida de mi tío y de su consorte, Serafina Scattolini". Esta obligación asumida por Bonfiglio Maggi no representa ciertamente una donación hecha en favor de él por su tío Pacifico; es más bien una disminución del beneficio económico resultante de la donación, y por ello podía ser asumida mediante escritura privada. El recurrente, que sostiene la nulidad de la donación pero que no ha restituído el fundo ni los frutos o su valor, no puede ahora sustraerse al cumplimiento de la obligación libremente asumida en compensación a la donación recibida.

El recurrente sostiene también que dicha escritura privada contiene una donación entre cónyuges, prohibida por el art. 1.054 del C. c. La sentencia recurrida, con incensurable apreciación de los hechos, ha excluído el carácter de donación, considerando que "si el anciano Pacifico Maggi, al desprenderse de todo su patrimonio, se preocupó del mantenimiento de su mujer, indudablemente

lo hizo no por un acto de espontánea liberalidad con ella, sino en cumplimiento de una obligación civil que impone al marido el deber de proveer al mantenimiento de su mujer". El donante, al enajenar sus propios bienes, debía pensar en asegurarse su propio mantenimiento y el de su mujer (art. 132 C. c.) y debía también respetar los derechos de Serafina Scattolini (arts. 754 y 814 C. c.). Ni siquiera el cumplimiento de las obligaciones meramente naturales se considera como acto a título gratuito y mucho menos el de las obligaciones dotadas de acción *(Omissis)*.

Por estos motivos, se rechaza ... etc."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 10 y § 38 *d*.

El donatario, al parecer, pretendía que no debía pagar los alimentos convenidos; y a tal efecto, además de la tesis — absurda — de la nulidad de la donación, sostenía la de la nulidad del gravamen, por no resultar éste del mismo documento público del que, aunque mediante una simulación, resultaba la donación.

1) Confróntese este caso con el caso Magenis cr. Magenis y con nota *b* de éste, y también con el caso Pepino cr. Fantino.

2) Sobre la cuestión relativa a la disposición hecha en cumplimiento de una obligación natural, v. infra cap. III.

Fantino cr. Pepino

App. Torino, 27 junio 1939. — *Giur. Tor.*, 1939, 1.328.
(Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"En esta fase del juicio, Fantino ha presentado copia de la escritura privada de la misma fecha que el instrumento de 9 de enero de 1936, en la que Fantino se obligó a pagar las deudas del cedente — en la cantidad indicada de 4.500 liras, aproximadamente — y a suministrar a Marco Pepino y al hijo de éste, Michele, durante su vida, el alimento, la habitación y el vestido, así como a asistirles en caso de enfermedad. Además el cedente se reservó durante su vida el usufructo de los bienes cedidos.

Los apelantes sostienen que, no obstante la citada contradeclaración, debe estimarse que el acto llevado a cabo por el *de cuius* es una donación. El Tribunal considera fundada tal afirmación, si bien la asunción de las citadas obligaciones por parte de Fantino permite apreciar en el acto impugnado los elementos de una donación modal. En efecto, parece decisiva la circunstancia de que en esa contradeclaración se advirtió que la cesión hecha por B. Antonio Pepino, conocido por Marco, a Fantino "se hizo a título pu-

ramente gratuito", y más adelante se repite "como *compensación* por la adquisición gratuita, etc.".

Es decir, se trata de calificaciones que presuponen, como base del acto mismo, la celebración de un acto a título gratuito, es decir de una donación, cuya naturaleza jurídica no queda desvirtuada por la posterior asunción de cargas por parte del donatario Fantino ni por la reserva del usufructo en favor del cedente (artículos 1.051-1.074 C. c.). La expresión usada es por sí misma demasiado significativa y característica y responde a una noción demasiado corriente aún entre personas dotadas de escasa cultura, para que no se le deba atribuir una importancia dominante. Sólo si el contenido objetivo del negocio jurídico fuera claramente de tal entidad sinalagmática que resultara inconciliable con la idea de la donación, podría ser superado el argumento extraído del texto de la disposición. El Tribunal considera, sin embargo, que el examen objetivo de dicha disposición no atenúa sino que refuerza tal convencimiento. En efecto, puesto que el cedente se reservó durante su vida el goce de los bienes cedidos, la carga, asumida por Fantino, de pagarle los alimentos venía a quedar neutralizada. Además de que no puede olvidarse que tal carga representaba una obligación de escasísima entidad patrimonial, si se tiene en cuenta la avanzada edad del cedente en el momento del contrato, ya que era entonces septuagenario. Tampoco puede tomarse en cuenta la objeción de que Fantino se hizo cargo también del mantenimiento de Michele Pepino, deficiente mental. Parece que semejante carga no llega a tener una entidad económica tal como para constituir un elemento decisivo en la calificación del acto. Tanto más si se considera que dicha carga ya le correspondía al donatario por ley y que, por otra parte, no consta que el beneficiario de los alimentos se encontrara en tales condiciones como para no poder suplir aún con sus escasas posibilidades físicas y mentales, y por lo tanto aunque fuera con una actividad atenuada, el contenido de una simple prestación de alimentos."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 10.

La cuestión surgió a propósito de la pretensión de los herederos legitimarios (del "donante") de someter el acto a reducción, deduciendo las cargas, por considerarlo como donación. Pepino sostuvo que no se trataba de donación *cum onere* sino de contrato a título oneroso, totalmente exento de dicha reducción.

Aunque los criterios adoptados en la sentencia no se refieren a la cuestión de la forma del acto, parece que hubieran podido aplicarse también a esta cuestión en caso de que hubiera surgido.

Sobre la posibilidad de que en una escritura privada de la misma fecha que el documento público pueda imponerse una carga, v. los casos Maggi cr. Scattolini y Magenis cr. Magenis.

Cuestionario:

1) ¿En qué relación se encuentra esta sentencia con la corriente tradicional mencionada en el vol. I, § 10 *b*, 1.°?

2) Si la intención de las partes hubiera sido celebrar un contrato de cambio, ¿qué importancia hubiera podido tener la consideración de la avanzada edad del cedente? V. los casos Blinn cr. Henry y otros franceses citados en la nota al caso Blinn, en el capítulo VI.

Hospital Mayor de Milán cr. Garovaglio

Cass., 9 julio 1941. — *Foro it.*, 1941, 737. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente. La sentencia del Tribunal de Apelación de Milán es de 22 de diciembre de 1940.)

El Barón Garovaglio había confiado en depósito al abogado Valdata (depósito retribuído) bienes o valores por más de un millón de liras con el encargo de entregarlos al Hospital recurrente. A dicho Hospital se le imponía como carga la conservación decorosa a perpetuidad de un mausoleo de familia en el Cementerio Monumental de Milán, así como la construcción de un pabellón u otro edificio para el Hospital con la dedicación de una sala al nombre del padre del Barón Garovaglio.

Habiéndose suscitado entre los herederos del Barón y el Hospital la cuestión del defecto de la forma del documento público y, por lo tanto, la cuestión de la nulidad del negocio, el Hospital sostuvo entre otras cosas:

a) que se trataba de un contrato en favor de tercero, accesorio a un contrato principal (depósito) concertado por el Barón en interés propio con el abogado Valdata;

b) que se trataba de un contrato a título oneroso.

Sobre estos dos puntos el Tribunal de Casación, confirmando la sentencia de apelación, ha argumentado en la forma siguiente:

"En efecto, constituye *ius receptum* que el contrato en favor de tercero en tanto puede tener eficacia en cuanto, como expresamente establece el art. 1.128 C. c., la estipulación en favor del tercero sea un elemento accesorio de la que el estipulante concluye para sí mismo. Así resulta claramente de la letra de la ley que, al establecer que cualquiera puede estipular en favor de un ter-

cero cuando tal estipulación sea condición de otra estipulación que haga para sí mismo, ha usado la palabra condición en el sentido amplio de cláusula o pacto accesorio, es decir, de estipulación en la que la prestación en favor del tercero represente un objeto secundario del contrato.

En conformidad con tales principios, el Tribunal de instancia ha estimado que el elemento jurídico-económico esencial del complejo negocio en cuestión estaba constituído por la liberalidad en favor del Hospital, mientras que el depósito confiado al abogado Valdata representaba, en realidad, el medio utilizado para llevar a cabo dicha liberalidad, por lo que tal liberalidad no constituía una modalidad del depósito, sino éste una modalidad de aquélla.

Nada más lógico podía haber dicho el Tribunal de instancia, pues no hay fuerza dialéctica que pueda convencer a una persona sensata de que quien deposita una cantidad considerable (en este caso más de un millón de liras) en poder de un profesional para que éste la destine a una entidad de beneficencia, haya querido llevar a cabo como acto principal el depósito y como acto accesorio la transmisión de tal patrimonio a dicha entidad.

Tampoco puede afirmarse, para apoyar la tesis del recurrente, que el objeto del acto llevado a cabo por Garovaglio no era la liberalidad en favor del Hospital, sino la conservación decorosa a perpetuidad de un mausoleo familiar en el Cementerio Monumental y la construcción de un pabellón o de otro edificio en el Hospital con la dedicación de una sala al nombre de su padre.

El atrevimiento de tal versión no puede destruir la interpretación dada acertadamente al acto en cuestión por el Tribunal de instancia, interpretación que, basada en la lógica natural de los actos humanos, no necesita de una amplia motivación específica para resultar convincente. Normalmente, no se regala más de un millón de liras con el único fin de lograr la conservación de un mausoleo familiar, y en cuanto a la construcción de un pabellón en el Hospital, era éste un beneficio del que habría de gozar el Hospital mismo y no otras personas *(Omissis)*.

Se objeta además por parte del recurrente que, aunque el acto de Garovaglio contuviera una liberalidad en favor del Hospital, se trataría de un *negotium mixtum cum donatione*, porque tal liberalidad iría acompañada de una carga tan grave como para representar la finalidad principal del acto.

A esto ha respondido acertadamente la sentencia impugnada que, para excluir el carácter oneroso del acto es suficiente la consideración de que la construcción del pabellón no se haría por cuen-

ta e interés de Garovaglio, sino en beneficio exclusivo del Hospital, como medio para la realización de sus fines, y quedaría de exclusiva propiedad del mismo Hospital.

Como ya ha advertido varias veces este Supremo Tribunal, el comprobar en cada caso si la atribución patrimonial hecha por el disponente tiene como causa el espíritu de liberalidad y la intención de beneficiar *(animus donandi)* y si la medida de la carga impuesta en relación con el valor de las cosas donadas constituye simplemente un *modus* o si, por el contrario, confiere al negocio el carácter oneroso, supone una compleja valoración de los elementos concretos de la causa y se resuelve en una apreciación del Tribunal que, si ha sido motivada en forma lógica y congruente, es inatacable en Casación.

Y hasta tal punto era evidente que la construcción del pabellón en el Hospital recurrente representaba para éste un beneficio patrimonial, en relación con el cual la obligación de dedicarlo al nombre del padre del disponente y de cuidar el mausoleo de familia no constituía más que una carga casi puramente moral y de mínima entidad patrimonial, que habría sido verdaderamente superflua una motivación más específica y minuciosa." *(Omissis.)*

Sobre la función del documento público en la donación, dice la sentencia: "La ley ha querido someter la donación a la formalidad del documento público, tanto para garantizar lo más posible la espontaneidad del acto, como para impedir una eventual impulsiva y no ponderada prodigalidad por parte del donante".

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 10 y § 12 *a*.

1) Las consideraciones del Tribunal sobre la finalidad consistente en la conservación de un mausoleo familiar y en la construcción del pabellón, se refieren a la tesis del contrato en favor de tercero insertado en un contrato principal. ¿Qué valor tienen tales consideraciones en relación con esta tesis?

2) Frente a la tesis del contrato a título oneroso, la sentencia parece adoptar en definitiva criterios puramente objetivos, distintos del criterio de la intención o *animus donandi*. ¿En qué circunstancias se deben adoptar estos criterios objetivos, según el Tribunal? ¿Es exacto que se trate siempre de una cuestión de hecho confiada a la apreciación del juez?

3) ¿Cuáles son los criterios objetivos adoptados en la sentencia? Confróntese este caso con los que se refieren a donaciones en favor de una persona moral: V. infra sección II, y también los casos Ciudad de Marsella-Emperatriz Eugenia y otros de la sección IV.

4) También en relación con la cuestión 2.ª, ¿se ha querido adoptar en la sentencia el principio según el cual no implica contrato one-

roso o de cambio una carga que represente un beneficio puramente moral para el promitente (o disponente) y un sacrificio no patrimonial o de mínima entidad patrimonial para el promisario o beneficiario?

5) ¿En qué relación se encuentran las consideraciones de la sentencia sobre la función del documento público en las donaciones con el problema del criterio (objetivo o subjetivo) que ha de adoptarse para distinguir una donación *cum onere* de un contrato de cambio o a título oneroso, especialmente si es de carácter innominado? V. también el caso De Sangro-Marchetti.

6 ¿Cómo se resolvería este caso en el *common law*? V. el caso Allegheny College.

Suponiendo que el abogado Valdata fuera un *agent* o mandatario del Barón Garovaglio y no un *trustee,* ¿qué hubiera debido hacer el Hospital para "aceptar" el contrato que se le proponía por mediación de Valdata? ¿Habría existido una *consideration* suficiente? V. vol. I, § 26 *c, d*; § 29 y § 30 *a*. En cuanto al *trust,* ver § 38 *c*.

7) Según parece, el Hospital todavía no había cumplido las cargas cuando surgió el litigio. Si, por el contrario, ya las hubiera cumplido, ¿qué pensaría el lector sobre la posibilidad y la conveniencia (justicia) de aplicar a este caso un principio análogo, *mutatis mutandis,* al de la *reliance* del *common law?* V. vol. I, § 27, notas 4 y sigts., y los casos Ayuntamiento de Aglié cr. Tapparo, Cattaneo cr. Milesi, Asilo Infantil Belluomo cr. Bianchi, Carrari cr. Masiero, Ciudad de Marsella, y otros recogidos en la sección III de este mismo capítulo.

Ricciardelli cr. Biondo

Cass., 28 enero 1943. — *Giur. it.*, 1943-44, I, I, 196 (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"El punto decisivo del recurso consiste en precisar si el instrumento público otorgado el 3 de febrero de 1932, en el que D'Asaro se obligaba a pagar la cantidad de 25.000 liras a la señora Chieli, a título de daños ocasionados a ésta por la querella presentada por Teresa Biondo, de la que después había desistido ésta, contenía una válida liquidación consensual de los daños y la promesa de pagarlos por parte de D'Asaro (tesis de la sentencia impugnada); o si ocultaba, bajo la apariencia de un contrato a título oneroso, una donación en perjuicio de los herederos de D'Asaro (tesis de los recurrentes). Lo que equivale a determinar la *causa obligandi* del acto celebrado el 3 de febrero de 1932.

(*Omissis*: Aquí el Tribunal se detiene a hacer unas consideraciones para aclarar que la conformidad en el desistimiento de la querella no implica renuncia al resarcimiento de los daños ocasio-

nados por una querella injusta al "haber expuesto a la persona querellada a una ofensa grave en su reputación y en su honor"; y cita a este propósito el art. 1.151 del C. c. de 1865.)

"Aplicando estos principios al caso debatido, es indudable que la situación jurídica en la que la señora Chieli había llegado a encontrarse podía constituir una fuente de obligaciones en su favor y frente a Teresa Biondo. En efecto, D'Asaro y la señora Chieli habían sido acusados del delito de concubinato por Teresa Biondo, esposa de D'Asaro; y el desistimiento de la querella había sido aceptado por la señora Chieli sin expresa renuncia al resarcimiento de los daños. Así pues, extinguido el delito subsistía en favor de la señeora Chieli, contra la querellante desistida, la acción para pedir la reparación, aunque tal acción todavía fuera incierta en el *an debeatur* y en el *quantum*. Semejante pretensión bien pudo configurarse en nuestro ordenamiento jurídico como *causa obligandi*, concebida como la finalidad económica y social reconocida y garantizada por el Derecho; la función a la que el negocio, objetivamente considerado, se dirige.

Quien atendió a la liquidación y al pago de dicho crédito no fué Teresa Biondo, sujeto pasivo de la obligación, sino su marido D'Asaro, obligándose por el contrato de febrero de 1932 a pagar 25.000 liras y realizando el pago posteriormente mediante el contrato celebrado en julio de 1932. Al inmiscuirse D'Asaro en la relación Chieli-Biondo no actuaba en sustitución de la voluntad de su mujer, ni creaba una obligación en nombre de ella.

Aunque la causa del resarcimiento arranque de la conducta de Teresa Biondo, como autora de una presunta querella injusta generadora de daños, D'Asaro había asumido una obligación en nombre propio y, como tal, la había satisfecho. Admitido esto, era indudable que la *obligatio* de D'Asaro frente a la señora Chieli era una obligación *cum causa*, consistente en la renuncia de ésta a los beneficios que hubiera podido obtener mediante el ejercicio de la acción de reparación, a cambio de la cantidad que se le entregaba. Por más que después resultara irrelevante la averiguación del móvil que habría determinado el comportamiento de D'Asaro y que incluso podría consistir en un acto de liberalidad para con el sujeto que de hecho venía a beneficiarse de dicho acto, no había que excluir la posibilidad de que hubiera actuado movido por un apreciable interés moral y económico.

La actividad negocial desarrollada por D'Asaro podía justificarse por su interés en evitar un clamoroso proceso que, en cualquier caso, hubiera sido perjudicial para su nombre y para la re-

putación de su familia; sentimientos que bien podían brotar en una persona que había dado lugar a una dolorosa situación familiar. En el aspecto económico tendía a evitar los mayores daños que hubieran podido afectar al patrimonio de la familia. Tampoco esta construcción es extraña a nuestro Derecho positivo, según el cual, toda coincidencia de voluntades sobre un objetivo de interés jurídico se considera como contrato y merece la tutela del ordenamiento, cualquiera que sea el nombre o la naturaleza en que esta tutela pueda concretarse.

La convención D'Asaro-Chieli, que se presenta como un negocio bilateral dirigido a la composición voluntaria de intereses en conflicto, puede incluirse en la categoría de los contratos innominados, nacidos de la complejidad cada vez mayor de las relaciones económicas, que ha dado lugar a nuevas formas de satisfacerlas que no pueden comprenderse en ninguno de los tipos regulados por la ley. El Tribunal de instancia ha apreciado la existencia de la *causa obligandi* en el *quid* que podía corresponder a la señora Chieli como consecuencia de la querella presuntamente injusta; pero ha errado al individualizar al *obligatus* frente al sujeto activo de la relación crediticia, trasladando la figura de D'Asaro al negocio de asunción de deuda. No ha tenido en cuenta que, no pudiendo surgir un *vinculum* para Teresa Biondo del acuerdo de voluntades entre D'Asaro y la señora Chieli, faltaba la deuda ajena y por tanto el presupuesto de la asunción simple, en virtud de la cual, al introducirse el nuevo deudor en el negocio bilateral se convierte en el obligado principal y su cumplimiento se realiza como cumplimiento de una obligación ajena. Con todo, este error de Derecho no vicia la sentencia; ya que, resultando firmes las situaciones de hecho apreciadas en la sentencia, el Supremo Tribunal puede darles un distinto *nomen iuris*, corrigiendo la motivación sobre tal punto. Por tanto, no habiendo nacido sin causa el contrato de 3 de febrero de 1932 y habiendo motivado el Tribunal suficientemente sobre este particular, la primera proposición del primer motivo ha de ser rechazada.

En la segunda proposición se ataca la validez del contrato celebrado el 14 de julio de 1932, alegando que el Tribunal, en vez de calificarlo de donación indirecta, hubiera debido considerarlo como acto de donación y exigir, por tanto, la presencia de testigos (artículos 1.056-1.057 C. c.). Lo cual impone la necesidad de examinar la naturaleza de la convención.

El Tribunal de Palermo, refiriéndose a la doctrina de este Supremo Tribunal, ha señalado la diferencia entre tres tipos de dona-

ción: directa, indirecta y simulada; según esta distinción, en la donación directa una de las partes quiere solamente la liberalidad en favor de la otra, que se enriquece, y en tal sentido manifiesta su voluntad según las formas preestablecidas. La donación indirecta (que puede darse incluso fuera de los casos en que la liberalidad se lleve a cabo a través de un negocio típico distinto, regulado por la ley) consiste en una liberalidad no querida exclusivamente como tal, sino que, en cuanto a su efecto práctico de enriquecimiento del donatario, se verifica mediante un negocio que, aún siendo distinto de la donación directa, produce sin embargo el mismo resultado en sus consecuencias.

El contrato celebrado queda sometido a la forma que le es propia. La donación indirecta se distingue, pues, de la donación simulada: en la primera, el negocio aparente es el efectivamente querido y concluído; no existe divergencia entre voluntad y declaración y el contrato produce realmente el efecto declarado; por el contrario, en la donación simulada el contrato aparente no corresponde a la verdadera voluntad de las partes, que dan apariencia de negocio oneroso a su voluntad de estipular un contrato gratuito (sentencia n.º 2.729, de 27 julio 1937, Mitropán cr. Calitene; sentencia n.º 3.426, de 22 diciembre 1939, Pojano cr. Galiero; sentencia n.º 128, de 15 enero 1940, Palombi cr. Possenti; sentencia n.º 1.705, de 9 junio 1941, Hospital Mayor de Milán, cr. Garovaglio).

Pero después de haber formulado estas exactas afirmaciones teóricas, la sentencia no ha ajustado a ellas las circunstancias de hecho del caso litigioso, que exactamente interpretadas hubieran podido y debido conducir al Tribunal a adaptar al caso concreto una cuarta figura: un negocio mixto constituído por una relación onerosa patente, la *datio in solutum*, y por una donación directa simulada, representada por el eventual mayor valor del inmueble que constituía la *res* de la *datio*. Esta hipótesis estaba autorizada por la tesis secundaria de los apelantes; según la cual, siendo el valor del inmueble (tasado extrajudicialmente en 350.000 liras) muy superior al crédito de 25.000 liras ostentado por la señora Chieli, el exceso vendría a constituir una donación indirecta. Encontraba además amplia base en el material aportado al proceso, en parte obliterado y en parte mal valorado. Era necesario pues, ante todo, comprobar si la cuantía económica del contrato celebrado en julio de 1932 quedaba contenida en la *causa obligandi* del contrato celebrado en febrero del mismo año. La prueba pericial se presentaba como instrumento lógico para esta comprobación;

porque sus resultados habrían proporcionado una orientación segura para establecer si el contrato de julio de 1932 significaba, como debía ser, dada la sucesión lógica y cronológica de los hechos, la *solutio* de la *obligatio* nacida del contrato anterior, o bien constituía un expediente preestablecido para entregar a la señora Chieli el inmueble objeto de la *datio*. Del fondo de este doloroso episodio, aun cuando no se pusiera de manifiesto en toda su intensidad a través de los resultados de la prueba, podría resultar que D'Asaro hubiera querido tomar como pretexto el carácter oneroso de la relación nacida del contrato celebrado en febrero para injertar en ella una generosa liberalidad en favor de aquella que había sido señalada como su concubina, dando al instrumento de julio de 1932 su exacto alcance jurídico. Especialmente, un examen cuidadoso de la voluntad de D'Asaro hubiera podido precisar si su intención dominante no había sido la de enajenar, sino la de tomar ocasión en la relación onerosa para donar a la señora Chieli el plusvalor, sin observar las formas prescritas, con la evidente finalidad de defraudar los derechos de su familia legítima. La omisión de esta doble pesquisa, decisiva para la solución del litigio, vicia la sentencia sobre tal punto, que por lo tanto debe ser anulado y nuevamente considerado. Si el juez comprobara el elemento objetivo del plusvalor del inmueble y el espíritu de liberalidad que caracteriza la donación directa, vería si se podía descubrir en el contrato de julio de 1932 una donación simulada y en caso afirmativo debería declararla. En caso afirmativo, un único acto contendría dos distintos negocios: la *datio in solutum* y la donación; se daría un concurso de dos causas distintas, onerosa una y gratuita la otra, sin posibilidad de que el negocio gratuito se compenetrara con el negocio oneroso. Éste quedaría en pie puesto que reviste la forma que le es propia; la donación sería nula por haber sido estipulada sin la presencia de los testigos. De ello resultaría la eventual transmisión de la propiedad del inmueble a la señora Chieli, hasta el valor de 25.000 liras; en cuanto al exceso, el inmueble volvería a entrar en la masa hereditaria. *(Omissis.)*

Por estos motivos... etc."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 9, 10 y 13 *b*.

Como se desprende de la sentencia, se habían otorgado dos instrumentos notariales: uno el 3 de febrero de 1932, que contenía la promesa de 25.000 liras y el otro el 14 de julio del mismo año (sin la presencia de los testigos exigidos para la donación) que contenía un *transfert* de inmuebles (V. vol. I, § 38 *a*) realizado aparentemente en cumplimiento de

la obligación anterior. La sentencia examina, desde distintos puntos de vista, la validez de los dos actos.

En cuanto al primer instrumento, la sentencia ve en él un contrato innominado: promesa de una cantidad *a cambio* de la renuncia a una acción o pretensión de resarcimiento de daños frente a otra persona (la esposa del promitente). El Tribunal ve en esta relación innominada de cambio la causa de la obligación contraída por D'Asaro.

Pero después el Tribunal pasa a examinar el interés de D'Asaro en dicha obligación o el beneficio que obtenía al contraerla.

Adviértase cierta tendencia de la jurisprudencia a buscar en la promesa de pagar una deuda ajena, no sólo la existencia de esta deuda como "causa" de la promesa, sino también otra "causa", al menos como elemento *subsidiario* de justificación del vínculo, cuando tal promesa, en sus distintas formas de asunción de deuda, fianza, etc., se haga por una deuda ajena ya existente. Por el contrario, cuando la deuda ajena nace en el momento de hacerse la promesa de pagarla, o se prevé que ha de nacer en el futuro, no se requiere otra "causa" que la existencia o el nacimiento de esa deuda (V. el caso Bardet; pero véase también un criterio contrario en los casos Feraud y Navoni). Esto se relaciona con lo que dijimos en el vol. I, § 14, nota 33.

Véanse, a propósito de esto, los casos Levi cr. Hacienda, Bosco contra Fogliatti, Pressenda cr. Cagnassi, Richer et Goumarin cr. Richer. Y ello, a pesar de que en los casos Levi, Ricciardelli y Bosco, así como en el caso Guagliardo cr. Granà, se considere suficiente como "causa" de la promesa la deuda ajena preexistente.

Dicha "causa subsidiaria" se busca especialmente cuando resulta de las circunstancias del caso que quien promete pagar esa deuda no quiere o no puede hacerse reintegrar por el deudor. Otra cuestión sería, pues, la de ver si el pago de la deuda ajena (o la promesa de pagarla hecha al deudor: v. el caso Richer) constituye una donación en beneficio del deudor. En relación con esto cabe preguntarse si una obligación natural del promitente frente al acreedor (v. los casos Bosco y Richer) o un interés del promitente en la promesa de pagar la deuda ajena (v. los casos Levi contra Hacienda, Ricciardelli y Pressenda) puede hacer que, por lo que se refiere al deudor, deba quedar excluído el carácter de donación de aquel acto.

Cuestionario:

1) ¿Es exacto lo que dice el Tribunal para excluir la asunción de deuda ajena o el *constitutum debiti alieni*?

2) ¿Qué relación tiene el concepto de "causa" o función económico-social, respecto al documento otorgado el 3 de febrero de 1932, con el problema de la donación (en orden a las relaciones entre D'Asaro y la señora Chieli)?

Sobre la teoría de la función económico-social, v. § 19 *b*.

3) ¿Había o podía haber una liberalidad por parte de D'Asaro para

con su esposa? (Téngase en cuenta especialmente el interés personal de D'Asaro al celebrar el contrato de 3 de febrero de 1932). V. también la parte final de la sentencia en el caso Bosco cr. Fogliatti.

4) ¿Era relevante el interés que, según la sentencia, tenía D'Asaro en el contrato de febrero de 1932, para establecer la "causa" conmutativa (y no de donación) o bastaba el sacrificio patrimonial hecho por la señora Chieli al renunciar a dicha acción? V. vol. I, § 10, nota 2 y § 13 *b*.

5) Confróntese este caso con los casos Debens cr. Dellarole; Levi contra Hacienda; Bosco cr. Fogliatti y Pressenda cr. Cagnassi (citado en la nota a Bosco cr. Fogliatti) y señálense las analogías y las diferencias.

6) ¿Es exacta la configuración como contrato innominado? ¿No se podría hablar de una transacción hecha por D'Asaro en interés propio?

7) ¿Cómo se resolvería la cuestión en el *common law*, especialmente en cuanto al problema a que hemos aludido en la cuestión 4? V. vol. I, §§ 26 y 30 *a*.

8) ¿Y en el Derecho francés? V. § 9 especialmente notas 4 y 10.

9) En cuanto al contrato de 14 de julio de 1932, ¿se necesitaría también la prueba del *animus donandi* para establecer la necesidad de que se observaran las formas de la donación (presencia de testigos) en cuanto a la parte que excedía de la obligación de 3 de febrero o bastaba con el criterio objetivo de la excesiva desproporción? V. vol. I, § 38 *a* y § 10 *d*.

En caso de que se probara que D'Asaro no tenía *animus donandi* al llevar a cabo el contrato de 14 de julio de 1932, ¿se podría atacar este contrato en algún otro aspecto?

10) ¿Qué debe hacerse para determinar cuál es la parte del inmueble válidamente transmitida y cuál aquella cuya transmisión es nula según el Tribunal?

Guagliardo cr. Granà

Cass., 30 diciembre 1936. — *Giur. it.*, 1937, I, I, 169. (Sentencia en parte resumida, y en parte transcrita textualmente.)

Una de las partes se había obligado frente a la otra a pagar una deuda ajena (obligación calificada en la sentencia como "asunción de deuda ajena"), pero había prometido una cantidad mayor que la que era objeto de aquella deuda, en consideración al hecho de haber obtenido una larga demora para el pago de dicha deuda.

El Tribunal de instancia estimó, en cuanto a la mayor cantidad prometida, "que (son palabras del Tribunal de Casación) aunque la obligación fuera mayor que la del deudor originario, estaba asistida de una causa verdadera y real, constituída sobre todo por el hecho de la larga demora obtenida para el pago de la deuda".

El Tribunal Supremo casó esta sentencia, por estimar que también a la asunción de deuda ajena se le debe aplicar el art. 1.900 del C. c. de 1865 (art. 1.941 del nuevo C. c.) sobre la *durior causa* en la fianza.

También la asunción de deuda ajena, dice el Tribunal de Casación, se desarrolla dentro del ámbito de la accesoriedad, lo mismo que la fianza. La figura de la asunción de deuda es distinta de la fianza, añade el Tribunal, porque "supone la adición de un nuevo deudor, obligado *nomine proprio*, distintamente y principalmente, al pago prometido por otro.

"De lo cual (es decir, de tal accesoriedad) se deduce que si el que asume la deuda puede obligarse en condiciones distintas y más onerosas que las del deudor principal, o asumir una obligación cualitativamente distinta, no puede sin embargo contraer una deuda cuantitativamente superior, como ya decían los textos romanos." Y aquí el Tribunal, cita la ley D. XI, I, 13 § 5.

"Por tanto, aunque se quiera utilizar la asunción de deuda ajena en función de negocio innominado o atípico, no puede considerarse jurídicamente fundada la decisión que sobre esta base negó la aplicabilidad del art. 1.900 C. c. En cambio, en su resultado concreto la decisión no merece censura si se examina la controversia desde el punto de vista de la voluntad contractual creadora de un negocio jurídico completamente independiente de la primitiva obligación." Y aquí el Supremo Tribunal reproduce el pasaje de la sentencia del Tribunal de instancia en el que se apreció la "*causa verdadera y real*" de la promesa de pagar una mayor cantidad, causa consistente sobre todo en el hecho de haber obtenido una larga demora para el pago de la deuda.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 10, 13 *b* y 14 *f*.

En este caso se plantea el problema de la *cause suffisante* en las obligaciones de dar, porque precisamente ésa es la naturaleza que tiene la promesa de pagar una cantidad mayor que la debida por el deudor primitivo; es decir, no se trata de la obligación de garantizar o de pagar en lugar de otro (la llamada asunción de deuda ajena, novación, etcétera) que tiene como "causa" la obligación anterior (V. sobre esto volumen I, § 14 *f*).

Cuestionario:

1) ¿Qué importancia tienen en este caso las calificaciones o clasificaciones hechas a base de los tipos de la fianza, de la asunción de deuda, etcétera, frente al hecho de que la promesa de pagar una mayor cantidad hubiera sido hecha en consideración a la demora concedida al deudor originario?

2) Excluída la intención de donar, ¿es suficiente la concesión de una demora a un tercero (el deudor originario) como causa de la promesa de entregar una cierta cantidad a cambio? ¿En qué proporción ha de estar la importancia o el valor de la demora con la cuantía de dicha cantidad? ¿Ha de tenerse en cuenta solamente la importancia del sacrificio sufrido por el acreedor al conceder la demora o también el beneficio que con ello obtiene el deudor e incluso el beneficio o el interés (aunque sólo sea moral) del mismo promitente? V. también el caso Ricciardelli cr. Biondo.

3) En caso de desproporción excesiva entre la cantidad prometida y estos elementos a que acabamos de aludir, ¿es necesaria la forma de la donación y basta con ella? Si no se necesita esta forma, ¿qué remedios tiene el promitente? V. también vol. I, § 23, e infra cap. VI.

4) ¿Qué significa, según la sentencia, la expresión "causa verdadera y real"?

5) ¿Cómo se resolverían estas cuestiones — 1, 2, 3 — en el *common law*? V. vol. I, §§ 26, 30 *a*; 27, notas 2 y 3; 32 *b*; 35, 9.° y el caso Haighs v. Brooks.

Garabello cr. Fusani

App. Torino, 12 mayo 1896. — *Giur. Tor.*, 1896, 501. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

Los herederos Fusani reivindicaban una renta de 500 liras (de un capital de 10.000 liras) concedida a la señora Garabello por su causante Stanislao Fusani, alegando que se trataba de una donación nula por defecto de forma y de un acto viciado por causa torpe.

La sentencia procede al examen de la prueba testifical, a fin de saber en virtud de qué título o causa fué instituída la renta.

Uno de los testigos dijo: "para incitar a la señora Garabello a que conviviera con él, Fusani le había prometido 10.000 liras, que después no quiso pagar"; y añade que "se convino la constitución de una renta sobre un capital de 10.000 liras en favor de la señora Garabello, con reserva del usufructo en favor de Fusani".

Otro testigo declaró que había sido invitado por Fusani a actuar de intermediario ante la señora Garabello "para obtener la restitución de una renta de la deuda pública, que él afirmaba haberle entregado a condición de que ella continuara conviviendo con él".

De ello se deduce que hubo acuerdo; que la señora Garabello entró en casa de Fusani para convivir con él; y que Fusani cum-

plió la promesa con el fin de conseguir la continuación de la convivencia.

"Lo cual pone de relieve, dice el Tribunal de Torino, que la renta en cuestión habría sido no el objeto de un acto de liberalidad, sino la retribución convencional de una prestación de servicios. Era el conocido contrato innominado *do ut facias*, al cual son completamente extraños los caracteres sustanciales del acto gratuito."

El Tribunal añade que carece de importancia el hecho de que Fusani dijera a un testigo que la renta "se la había regalado", ya que la calificación jurídica dada al acto por las partes no es decisiva.

"Que no se trataba de una liberalidad, añade el Tribunal, lo confirman las declaraciones de los testigos en la contraprueba. El testigo Pagliano declaró que Fusani "invitó a la señora Garabello a convivir con él en calidad de señora de compañía, prometiéndole una renta de 500 liras; y la señora Garabello, tras largas y vivas insistencias, accedió a instalarse en casa de Fusani." En este sentido declararon también otros dos testigos.

Otro testigo dijo: "Supe que Fusani había hecho proposiciones a la señora Garabello para que se instalara en su casa, prometiéndole que la trataría como a una hija y le donaría 10.000 liras".

También otro testigo declara que Fusani propuso a la señora Garabello que entrara en casa de él como señora de compañía, haciéndole las mencionadas promesas.

Todos los testigos aluden a la resistencia de la señora Garabello a aceptar la propuesta, que al fin aceptó.

Sobre este punto, el Tribunal de Torino argumenta en la forma siguiente:

"Todas estas declaraciones confirman que entre Fusani y la señora Garabello se trató de la propuesta y se convino en el precio; se estaba, por tanto, dentro del terreno de una convención y no de una donación. La renta era la retribución convenida a cambio de la prestación de un servicio por parte de la señora Garabello a Fusani como señora de compañía; y Fusani, al conceder la renta a la señora Garabello, no le hacía una donación sino que le pagaba la retribución prometida. *Donari videtur quod nullo iure cogente conceditur* (l. 82 D. *de reg. juris*). En este caso el *juris cogens* era la obligación de remunerar a la señora Garabello, asumida por Fusani."

"...Excluída, pues, en el hecho de la concesión de la renta la cualidad de acto de liberalidad, no tiene razón de ser la excepción

basada en la inobservancia de la forma establecida por la ley para las donaciones."

"No se podría argumentar sobre la base del art. 1.051 del C. c. (de 1865), que reconoce también los caracteres de la donación en las liberalidades hechas en concepto de remuneración y en aquellas en las que se imponga alguna carga al donatario..., para decir que la promesa se hizo como remuneración del servicio que la señora Garabello habría prestado o con la condición de que lo prestara. La donación remuneratoria y la donación *sub modo* no dejan de tener carácter de liberalidad, con tal de que la espontánea liberalidad sea su móvil y su parte principal. Pero cuando el móvil no fué el *animus donandi,* cuando el acto fué precedido de discusiones y acuerdos sobre la prestación del servicio y sobre la retribución de éste, ya no se trata de un acto de liberalidad, sino de un verdadero contrato conmutativo; de no ser así, habría que afirmar que todo contrato de arrendamiento de servicios se resuelve por parte del comitente en una donación remuneratoria o modal."

El Tribunal pasa después a examinar la excepción de causa torpe y la rechaza, observando que de las declaraciones de los testigos no resulta que hubiera ninguna seducción por parte de Fusani; es más, que hubo resistencia por parte de la señora Garabello; y que ésta fué invitada en calidad de "señora de compañía".

Aunque la señora Garabello fuera joven y Fusani viejo, casado y separado de su mujer, no es lícito — continúa el Tribunal — inducir de ello que al celebrar el contrato en cuestión tuvieran ambos la intención y la causa de dar vida a una relación amorosa. Aunque tal hubiera sido la intención de Fusani, no consta que la señora Garabello la haya compartido; y aunque después hubiera llegado a convertirse en su amante, tal hecho, concluye el Tribunal, carece de relevancia, pues lo que interesa es la intención común de las partes en el momento de la promesa.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 10 y 38 *a.*

Este caso y los tres que siguen no guardan un orden cronológico con los casos anteriores; porque estos cuatro casos parecen presentar tales analogías que permiten considerarlos en grupo.

Examínese el caso Garabello desde el punto de vista de la validez de la promesa, no revestida de las formas de las donaciones y, para el Derecho italiano, desde el punto de vista de la donación manual (véase § 38, *a,* especialmente notas 4 y 6). Desde este segundo punto de vista, si la promesa no era válida como donación, la obligación asumida por Fusani no habría podido ser una causa suficiente para excluir la dona-

ción y la correspondiente forma en el *transfert* de los títulos de la renta (V. vol. I, § 11, notas 25 y siguientes).

Cuestionario:

1) Sobre la donación hecha en remuneración de un servicio todavía no prestado, cfr. el caso Armenise y el cuestionario correspondiente.

2) Confróntese también este caso con los casos Carrari cr. Masiero; Humar cr. Zbogar y Pastorino cr. Pastorino, y señálense las diferencias entre ellos, tanto por lo que se refiere a los casos en sí como con relación a la motivación de las respectivas sentencias.

3) ¿Es exacto, desde el punto de vista de nuestro Derecho actual, que "los caracteres sustanciales del acto a título gratuito son completamente extraños al contrato innominado romano *do ut facias?* Véase volumen I, § 2.

4) La parte más interesante de la sentencia es aquella en la que, como criterio para la distinción entre donación *cum onere* o modal y contrato conmutativo, se acude a la "discusión y al acuerdo sobre la prestación del servicio y sobre su retribución" y a la resistencia de la señora Garabello a aceptar la propuesta. Lo cual se hace también con el fin de establecer el "móvil" del acto y la "parte principal" del mismo: véase vol. I, § 10 *b*, 2.° y las notas 2 y 4.

¿Qué piensa el lector acerca de ese criterio de distinción? Confróntese también ese concepto de "discusión y acuerdo sobre la prestación y contraprestación" con el concepto de *bargain* en el *common law*: véase volumen I, §§ 26 y 30 *a, c,* así como los casos citados en la Introducción al cap. III de la segunda parte.

Carrari cr. Masiero

Cass. Firenze, 17 abril 1914. — *Foro it.*, 1914, I, 1.446. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis.*) En nota: caso Ferri cr. Sbei.

"El Tribunal, etc. — Los primeros argumentos contenidos en el único motivo del recurso merecen ser estimados, pues el Tribunal no ha partido de principios jurídicos plausibles al excluir los elementos de un contrato a título oneroso, bilateral, en los hechos probados por la recurrente María Carrari y al estimar que en tal acto solamente pueden apreciarse los requisitos de una donación, o remuneratoria o *sub modo.*

En efecto, la recurrente había propuesto probar mediante testigos, en vista de la existencia evidente de un principio de prueba por escrito, que el padre de Margherita Masiero había concertado con su padre un acuerdo mediante el cual el primero había pedido

al segundo que le concediera a su hija Maria (la recurrente, Maria Carrari) para que conviviera y alegrara con su compañía a su hija Margherita Masiero, huérfana de madre, y a cambio de ello se había comprometido (lo que equivalía a haber asumido la correspondiente obligación) a educar e instruir a dicha Maria Carrari en la misma forma que a su propia hija, y a entregarle en el momento de su matrimonio una cantidad a título de gratificación.

Ahora bien, es indudable que si se llegaba a comprobar este hecho resultaría que, habiendo aceptado Carrari las proposiciones de su cuñado, habría asumido por su parte la obligación de colocar en aquella casa a su hija para la finalidad convenida, es decir, para prestar un servicio a su cuñado y a su sobrina; pero al mismo tiempo habría adquirido el derecho al cumplimiento de las condiciones establecidas en la convención concluída, es decir, a que su hija, menor de edad y de la misma edad que su prima, fuera educada e instruída en la misma forma que ésta, y a que le fuera entregada después aquella cantidad que habría de determinarse en la época de su matrimonio.

Por tanto, por una parte habría prestación de un servicio (convivencia y compañía) y por otra una contraprestación correlativa (educación, mantenimiento y entrega de una cantidad en el momento de la extinción del contrato).

Parece indudable que, comprobada la realidad de tales pactos, concurrirían en este caso los elementos de un contrato nominado o innominado a título oneroso, ya que los dos contratantes se habrían obligado recíproca y respectivamente a dar para recibir *(do ut des)*; uno de ellos, a dar a su hija para compañía y para recibir la compensación prometida de unas prestaciones en dinero y en especie; el otro, a cumplir estas prestaciones y a entregar el dinero en compensación a las prestaciones que a su vez debía cumplir Maria Carrari en favor de Masiero y de su hija.

Éstas son las deducciones jurídicas que brotan naturalmente del sentido y del contenido de las pruebas propuestas por la actora, hoy recurrente, y siendo completamente contrarias a las que se hicieron en la sentencia recurrida, sería injusto objetar que tales deducciones son consecuencia de la apreciación y de la interpretación de los hechos, que corresponden exclusivamente a la competencia de los Tribunales de instancia.

En efecto, el Tribunal de Apelación no apreció ni interpretó distintamente las pruebas, ni desconoció las condiciones en las que Masiero y Carrari habían consentido el uno en que la niña Maria se instalara en su casa y el otro en separarse de ella; sino que se

limitó a negar que la compañía, la convivencia, la distracción que Masiero se propuso conseguir con ello para su propia hija y el beneficio que él mismo se habría procurado por amor a ésta, pudieran constituir un servicio apreciable y susceptible de retribución. Tampoco consideró la promesa de Masiero relativa a la manutención, instrucción y educación de su sobrina, y a la cantidad que habría de entregarle con ocasión de su matrimonio, como una obligación correlativa al abandono por ésta de su propia familia y a la limitación que imponía a su propia libertad y actividad, que Maria Carrari, al crecer en edad, hubiera podido emplear en otra forma y quizá con más provecho.

De lo que se desprende que la cuestión no era solamente de hecho sino también de Derecho, puesto que, partiendo de los datos de hecho suministrados, se trataba de determinar el *nomen iuris* del negocio y de las relaciones jurídicas nacidas entre las partes, promitentes y estipulantes respectivamente. Por lo que los criterios que debieron guiar al juez en la solución de la cuestión no pueden quedar sustraídos al examen y a la censura del Tribunal Supremo, regulador de la recta aplicación de las normas legales y jurídicas.

Sentado esto, y pasando a examinar los criterios que movieron al Tribunal de Apelación a negar que en este caso existieran los elementos de un contrato bilateral y concretamente de un arrendamiento de servicios, como pretendía Maria Carrari, se observa, en cuanto al elemento de la prestación del servicio, que dicho Tribunal lo excluyó por entender que la menor Maria Carrari no estaba en situación de poder prestar ningún servicio, ni manual ni intelectual.

Ella, dice la sentencia recurrida, de la misma edad que su prima, no pudo prestar ningún servicio, porque recibió el mismo trato que su prima y obtuvo también un beneficio dada la mayor holgura económica de su tío en relación con la posición de su padre.

Sin embargo, parece evidente que, al razonar así, el Tribunal de Apelación no apreció exactamente la distinta clase y naturaleza de los servicios y de las utilidades que pueden convenirse y contemplarse en cada una de las varias figuras de arrendamientos de servicios comprendidas en la amplia y general locución de los artículos 1.570 y 1.627 del C. c.

Si el padre consintió en alejar de su propia casa a su hija, privándose él y ella de los cuidados, de las ternuras y de las satisfacciones familiares y paternas, y lo hizo para procurar una utilidad a su cuñado, que se lo había pedido, y si éste obtuvo efectiva-

mente un servicio, no en el sentido de una obra servil, manual o profesional, sino de una prestación consistente en hacer menos triste y monótona la vida de su hija, huérfana de madre, es evidente que no podía decirse que faltara el elemento de la prestación de un servicio, aunque fuera de una clase no frecuente y nada corriente de tales contratos.

Tampoco es cierto que tal clase de servicio sea inestimable y no apreciable económicamente, pues no hay ningún obstáculo que se oponga a la posibilidad de determinar su valor, tanto en consideración al sacrificio que el padre y la hija hacían en favor de aquellos parientes, como en consideración al beneficio que para éstos suponía el no tener que recurrir a personas extrañas y mercenarias, así como, en fin, en consideración a la situación económica de los contratantes.

El acuerdo sobre la merced, o mejor dicho, sobre la retribución o remuneración, resultaría de los hechos probados, sin que la promesa de una cantidad con referencia al matrimonio pudiera calificarse como una vaga promesa rescindible en cualquier momento a voluntad del promitente (como se dice en la sentencia) por ser cosa que dependiera de su generosidad.

Tampoco es exacto que falte totalmente la determinación del tiempo. Según la prueba, la duración de la prestación no sería indefinida porque el convenio se habría limitado al tiempo durante el cual la convivencia y la compañía de las dos primas hubiera respondido a la finalidad a que se dirigían, y es evidente que no debía prolongarse después del matrimonio de una o de la otra y que no se impedía a ninguna de las dos ponerle término cuando llegara el caso, salvo el cumplimiento de las obligaciones que se derivaran de la más o menos larga duración de dichas prestaciones.

Por otra parte, ha de considerarse que la sentencia recurrida incurre ciertamente en los errores e infracciones de ley que se le reprochan, al haber declarado aplicables al caso las normas y los principios que regulan las donaciones.

Verdaderamente, en modo alguno podía atribuirse el *animus donandi* a Masiero, que prometía una cantidad y otras prestaciones no como espontánea liberalidad sino como compensación por otras prestaciones que exigía en beneficio propio y de su hija. Ni puede presumirse, por otra parte, que Carrari accediera a la petición de su cuñado a consecuencia de una simple promesa de donación por parte de éste que fuera revocable, *ad nutum,* sino que, por el contrario, los hechos probados demostrarían que había querido, además de acceder a los deseos de Masiero, procurar a su hija una

decorosa colocación y tener la seguridad de que le habría sido entregada una apreciable cantidad en el momento de su matrimonio.

Por lo tanto, no sólo faltaría el *animus donandi* en la relación jurídica creada entre Masiero y Carrari y, a la muerte de éstos, entre sus hijas ya mayores de edad, sino que faltaría también la intención de aceptar una donación, una liberalidad, por parte de los pretendidos donatarios.

Por lo que resulta que la *liberalitas nullo iure cogente in accipientem facta,* la espontánea liberalidad, falta absolutamente en el supuesto de hecho configurado conforme a dichas pruebas.

Tampoco pueden apreciarse los elementos de una donación remuneratoria, a la que se refiere el art. 1.051 del C. c., pues la remuneración no se daría por servicios ya prestados o en consideración a méritos especiales de María Carrari, sino que se habría convenido y se daría por los servicios que ésta debería prestar y se determinaría, como antes se ha advertido, en el trato igual al de la hija del promitente, en la asignación de idénticas cantidades para sus gastos y en la entrega de una adecuada cantidad en la época de su matrimonio.

Y ni siquiera podría hablarse de donación modal, ya que la convivencia y la compañía que María Carrari debía prestar a su prima Masiero no se imponían a la primera de ellas como una carga o gravamen por recibir la cantidad o por destinarla parcial o totalmente a un uso determinado, sino que debían constituir la prestación en compensación de la cual se le prometía o se le debía entregar aquella cantidad, concretándola en orden al valor y a la duración del servicio prestado por ella *(Omissis).*

Por estos motivos, se casa la sentencia, etc..."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 10, especialmente notas 2 y 4; § 13 *b* y *c*.

Caso muy interesante por las razones indicadas en el vol. I, lugares citados.

Véanse las notas de Barassi, en *Foro italiano,* 1914, I, 1.446 y sigts.; las de Ascoli en *Riv. dir. civ.,* 1914, pág. 681; y las de Sraffa en *Riv. dir. comm.,* 1914, II, pág. 781. Barassi observa acertadamente, en contra de Ascoli, que lo que debe ser apreciable en dinero es el sacrificio del promisario y no el interés del promitente en este sacrificio.

Confróntense también los casos Garabello cr. Fusani; Humar cr. Zbogar; Pastorino cr. Pastorino; y Ferri cr. Sbei (en esta misma nota).

De los hechos parece resultar que, después de haber permanecido hasta la época convenida en casa de Masiero, María Carrari exigió la cantidad prometida, todavía no determinada, a su prima Masiero. Ésta

opuso como excepción que se trataba de una donación nula por defecto de la forma del documento público.

Cuestionario:

1) ¿Se puede decidir la cuestión sobre la base de la intención de las partes? ¿Qué piensa el lector de la verdadera intención de las partes en este caso?

2) ¿Era verdaderamente la prestación de María Carrari un servicio apreciable en dinero?

3) ¿Qué valor tiene, en este aspecto, la observación de Barassi de que la apreciación de dicha prestación había sido hecha por las partes? ¿No hay en ello una petición de principio respecto a la posibilidad de una intención de donar *cum onere*?

4) ¿Se excluye el *animus donandi* por el solo hecho de que se exija una contraprestación?

5) ¿Es exacta la definición que da la sentencia, en su parte final, de la carga en las donaciones? V. también el caso Ferri cr. Sbei. Sobre la donación remuneratoria v. el caso Armenise cr. Moroni.

6) ¿Qué importancia tendría el conocer la cuantía de la cantidad prometida, si se hubiera determinado? ¿Qué importancia tiene, para distinguir una donación *cum onere* de un contrato de cambio, el hecho de que tal cuantía no se haya determinado sino que todavía deba determinarse? ¿Y en qué forma ha de determinarse?

7) ¿Hubo en este caso esa "contratación, discusión o acuerdo" de que se habla en el caso Garabello cr. Fusani?

8) ¿Qué importancia tiene el argumento, desarrollado también en la sentencia, del sacrificio moral y patrimonial (posibilidad de obtener otra colocación) que habría sufrido María Carrari?

¿Y qué importancia tiene en este caso el argumento de que para procurarse los servicios de una señora de compañía hubiera sido necesario pagarlos?

9) ¿Qué decir de la afirmación de que Carrari padre hacía un sacrificio moral? ¿Podía el padre pedir por ello una compensación en favor de su hija? ¿Era parte contratante el padre o la hija en cuanto representada por él?

10) ¿Qué valor tiene el argumento de la escasa probabilidad de que Carrari padre hubiera confiado en una promesa de donación, revocable *ad nutum*?

11) ¿Se trataba verdaderamente de una cuestión de Derecho, discutible en casación?

12) Adviértase que la prestación de María Carrari no podía constituir el objeto de una obligación, de manera que el contrato podía valer solamente como promesa de una cantidad que habría de entregarse después de cumplida la prestación (V. vol. I, § 10, nota 2 y nota 12). Barassi y Sraffa excluyen por esta razón la figura típica del arrendamiento de servicios, entendiendo que se trata de un contrato innomi-

nado a título oneroso; mientras que Ascoli se inclina a considerarlo como donación *cum onere*.

Teniendo en cuenta esto, ¿cómo se habría resuelto el caso si el litigio hubiera surgido *antes* de que María Carrari *cumpliera* la prestación, por ejemplo, si después de celebrado el contrato se hubiera negado Masiero a recibirla en su casa, alegando que se trataba de una donación nula por defecto de forma? ¿Hubiera acogido también el Tribunal la tesis del contrato conmutativo? ¿O hay que presumir que el motivo fundamental de esta decisión fué ante todo la confianza de María Carrari, que sobre la base de la promesa permaneció durante muchos años en casa de Masiero? V. vol. I, § 27, notas 4 y sigts., y la sección III de este capítulo.

13) ¿Cómo se resolvería el caso según el Derecho francés?

14) ¿Y según el *common law?* V. vol. I, § 39 y § 30 *a*.

Para darse cuenta de lo delicado del problema téngase presente, además de los casos Garabello cr. Fusani, Humar cr. Zgobar, Pastorino contra Pastorino, el caso Ferri cr. Sbei, Cass. Roma, 26 marzo 1907, *Foro it.*, 1907, I, 487. En este caso, aunque no se trataba de una cuestión de forma sino de la aplicabilidad del art. 1.080 del C. c. de 1865, el Tribunal estimó que la obligación de convivencia y de cultivar los fundos donados no constituía una donación *cum onere* sino un contrato conmutativo. Y ello porque "la frase del art. 1.080, cargas impuestas al donatario, ha de entenderse en el estricto significado de cargas y prestaciones de tal naturaleza que supongan disminución del valor de la donación, así que no puede comprender la obligación impuesta a Tassoni, *que tenía un valor simplemente ético y no económico* y representaba más bien un *beneficio* para el donatario al procurarle alojamiento gratuito y al favorecer la mejora de los fundos". Y después de haberlo estimado así, añade el Tribunal que "las cargas a que alude el artículo 1.080 representan siempre una prestación accesoria de mínima importancia en relación con el acto de liberalidad al que se agregan, mientras que en este caso la obligación impuesta al donatario constituía el móvil y la finalidad *principal* de la donación y *casi* venía a significar una *contraprestación*".

Por el contrario, el Tribunal de Casación entendió que en el caso Ferri cr. Sbei se trataba de una donación *cum onere*, argumentando en la forma siguiente:

"Por *carga* se entiende cualquier gravamen o *molestia*, sin tener en cuenta si supone o no un sacrificio, bastando, según la finalidad del precepto, con que dependa de la voluntad del donatario; no sin advertir después que en este caso no puede negarse carácter de carga a una imposición que tendía a disminuir la libertad personal del donatario, obligándole a habitar en un lugar en vez de hacerlo en otro y a dedicarse a ciertos trabajos y no a otros que hubieran podido ser más de su agrado.

"Considerando que de todo lo que antecede se deduce que este caso

quedaba dentro de la hipótesis del art. 1.080 y no en la del artículo anterior y que el Tribunal, por querer buscar lo difícil y lo peregrino, se ha extraviado del verdadero camino, que era llano, corto y cómodo... etcétera."

En este caso, pues, el Tribunal se inspiró en tres criterios:

1) Un criterio objetivo (imposibilidad de estimar la contraprestación ni siquiera como sacrificio) opuesto al criterio tradicional seguido por Pothier y por la jurisprudencia italiana (v. también la nota del Dalloz al caso Bardet y vol. I, § 2, nota 22).

2) Otro criterio, también objetivo, según el cual solamente podría considerarse como carga un gravamen que disminuyera, y no en mucho, el valor de la cosa donada (V. vol. I, § 2, nota 19; § 10 *f*, teoría 2.ª).

3) Un tercer criterio *subjetivo*: la causa *principal* (V. vol. I, § 10, *c*).

¿Qué piensa el lector de esta motivación de la sentencia en el caso Ferri cr. Sbei? ¿Y de la motivación de la Casación de Roma para la tesis contraria?

Confróntese el caso Ferri cr. Sbei con los casos Carrari cr. Masiero, Garabello cr. Fusani, Pastorino cr. Pastorino y Humar cr. Zbogar.

En cuanto al Derecho francés, v. el caso Cour de Bastia, 10 junio de 1840, cit. en Dalloz, *Codes Annotés, Nouveau Code Civil,* cit., art 900, número 228 y los otros casos citados en los núms. 230-232, en los que, aunque indirectamente, se considera como donación la promesa o la enajenación hecha a condición de que la otra parte conviva con el promitente o enajenante.

Compárense las vacilaciones del *civil law* (acerca de la distinción entre contrato conmutativo, especialmente innominado, y donación, en casos como Garabello, Carrari, Ferri, Humar, etc.) con la solución simplificadora del *common law* (V. vol. I, §§ 26 y 30 *a*, y los casos Hamer v. Sidway, Devecmon v. Shaw y otros semejantes).

Pastorino cr. Pastorino

Cass., 27 julio 1931. — *Mon. Trib.*, 1932, 47. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

Hechos. — En septiembre de 1913, Carminantonio Pastorino, que no tenía hijos, había pedido a su hermano, el profesor Sandro Pastorino, que le permitiera tener como hija propia a su sobrina Ermenegilda, hija de Sandro, y obtenido el consentimiento de éste la había llevado consigo a América.

Pero posteriormente, en 1921, Carminantonio había dejado a su sobrina con su mujer en América, volviendo a Salerno con otra mujer, de la que había tenido ilegalmente tres hijos. Entonces Sandro pidió a su hermano que le restituyera a su hija; y no habiendo cumplido éste la promesa que había hecho de ir a buscarla a

América, se había visto obligado a contraer una deuda de 6.000 liras, cantidad que envió a su cuñada (la esposa de Carminantonio) para ponerla en situación de acompañar a su hija en el viaje de regreso, como efectivamente hizo aquélla.

"De manera que, continúa el Tribunal, aunque Carminantonio se había obligado a dar completa educación a su sobrina, ésta tuvo que interrumpir sus estudios de piano, ya iniciados, por haber sido abandonada en América, junto con su tía, desprovista de medios."

Sobre la base de estas premisas de hecho, el profesor Sandro Pastorino, por demanda de 27-8-1927, exigió a su hermano el reintegro de las 6.000 liras, además de los intereses, así como el resarcimiento de los daños ocasionados por el incumplimiento de la referida obligación.

"El Tribunal, en una primera sentencia de 20-12-1927, dictada en rebeldía del demandado, admitió la prueba de los hechos alegados por el actor, así como el hecho de que el actor, especialmente dada su cualidad de profesor, hubiera podido dar completa educación a su propia hija mientras que ésta, a consecuencia de la conducta del demandado, había perdido toda instrucción, tanto literaria como musical."

Practicadas las pruebas, el Tribunal en sentencia definitiva condenó a Carminantonio Pastorino a pagar a su hermano Sandro, como representante legal de la hija menor, la cantidad de 20.000 liras en concepto de reintegro de las 6.000 liras y de resarcimiento de daños.

El Tribunal de Apelación de Nápoles confirmó la sentencia.

Carminantonio Pastorino recurrió en casación contra la configuración de una responsabilidad extracontractual basada en el artículo 1.151 del C. c. (configuración dada al caso por el Tribunal de Nápoles) quejándose de la consiguiente valoración errónea de la obligación de resarcir los daños.

El Tribunal Supremo afirma que tal censura es exacta, ya que el Tribunal de Nápoles no tuvo en cuenta el vínculo contractual y llevó la conducta del demandado a un terreno, el de la culpa aquiliana, en el que no encajaba. Y a continuación añade el Tribunal:

"En efecto, Carminantonio Pastorino, al pedir a su hermano Sandro que le entregara a la niña Ermenegilda para llevarla consigo a América, prometiendo tratarla como hija propia, y su hermano Sandro al concedérsela (circunstancias que no se han discutido) habían dado vida, mediante el *in idem placitum consensus*, a una especial relación contractual cuyo contenido consistía en la

obligación asumida por Carminantonio frente a Sandro, sin contraprestación, de cuidar en lugar de él del mantenimiento, de la educación y de la instrucción de la niña, o sea de sustituirlo en el conjunto de deberes que primero la naturaleza y después la ley (art. 128 C. c.) imponen a los padres en favor de la prole."

"Semejante contrato, que da lugar a una forma impropia de adopción y que suele constituir la preparación de la adopción verdadera y propia, si no encuentra en el Derecho patrio (a diferencia de lo que ocurre en algunas legislaciones extranjeras) una configuración precisa, no por ello carece de los requisitos necesarios, según los principios generales, para ser considerado como vinculante, lo mismo que cualquier otro contrato, y como fuente de un daño resarcible en caso de incumplimiento. Puede tener cabida en la categoría de los contratos a título gratuito previstos en el art. 1.101 del C. c., aunque no tenga un *nomen iuris* propio."

De todo ello, el Tribunal Supremo extrae la consecuencia de que la conducta de Carminantonio debería valorarse según las normas de la culpa contractual y no como hecho ilícito. Y añade: no habiendo hecho tal valoración el Tribunal de instancia y no pudiendo el Tribunal de Casación sustituirle para fijar los *límites* dentro de los cuales debe quedar contenido el resarcimiento y determinar concretamente la cuantía del daño, se casa la sentencia..., etc.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 7, 9, 10, 13 *b*; 14 *e* y 14 bis; 24 y 27 *a*.

Es éste uno de los casos más interesantes de nuestra selección.

Cuestionario:

1) ¿Está de acuerdo el lector con el argumento de la sentencia según el cual el contrato era válido por tener cabida "en la categoría de los contratos a título gratuito previstos en el art. 1.101 (C. c. de 1865), aunque no tuviera un *nomen juris* propio"? ¿Basta con esto para obtener la sanción jurídica de los contratos atípicos o innominados a título gratuito?

2) ¿La obligación de Carminantonio Pastorino era una obligación de *dar* o una obligación de *hacer* (mantener, educar, instruir a su sobrina) aunque implicara desembolsos de dinero? En otros términos, si la promesa se hizo a título gratuito, ¿constituía una donación, incluso a los efectos formales? Confróntese, a este propósito, el objeto de la obligación en los casos Carrari y Humar, en el último de los cuales se habla también de una forma impropia de adopción.

3) A diferencia de los casos Garabello, Carrari y Humar, la sentencia no examina el caso Pastorino desde el punto de vista de la donación.

Si de donación se hubiera tratado, ¿no había algún elemento o causa suficiente o justa para justificar la sanción del contrato? ¿Qué decir, a este propósito, del abandono que el padre hizo de su hija y de sus afectos, y del que ésta hizo de la casa paterna? Prescíndase de la consideración de que tal abandono no podía constituir el objeto de una obligación del padre o de la hija, ya que, en todo caso, dicho abandono podía constituir una contraprestación realizada o la "condición" de una promesa. V. la nota al caso Carrari cr. Masiero, cuestiones 8, 9 y 12.

4) ¿Qué valor podía tener, en relación con esta última cuestión, el hecho de que "a consecuencia de la conducta (o de la promesa) del demandado Carminantonio, hubiera perdido la hija toda instrucción, tanto literaria como musical"? ¿Qué valor tendría el hecho de que, por haber confiado en la promesa, tanto el padre como la hija hubieran sufrido un perjuicio? V. también la sección III de este mismo capítulo.

5) Confróntese este caso con los casos Carrari cr. Masiero y Humar contra Zbogar, y véanse las diferencias y las analogías, también por lo que se refiere a la motivación de las respectivas sentencias.

6) Si la obligación de Carminantonio hubiera sido de *hacer* y a título gratuito, ¿qué importancia tendrían las circunstancias señaladas en las cuestiones 3 y 4, como *cause juste* para determinar la sanción de la promesa? ¿Hubieran podido servir para "fijar los límites dentro de los cuales debía quedar contenido el resarcimiento" en materia de responsabilidad contractual? (V. la parte final de la sentencia). V. vol. I, § 14 *e*; § 14 bis; § 20 *b*; y el capítulo IV de este vol. II, primera parte.

7) ¿Cómo podría resolverse el caso en el *common law?* V. vol. I, §§ 26, 30 y 27 *a*; así como los casos citados en la nota sobre la *reliance*, al final de la segunda parte.

8) Puesto que Carminantonio tenía interés en sostener que se había celebrado un contrato, con la correspondiente intención de obligarse en el terreno jurídico (V. vol. I, § 1, especialmente la nota en apéndice), ¿qué piensa el lector acerca de la configuración de una responsabilidad extracontractual por haber dado lugar mediante la promesa a que el padre y la hija observaran una conducta perjudicial para ellos? Es decir, ¿qué piensa el lector, aunque sólo sea en el aspecto de la conveniencia o de la justicia, de la posibilidad de recurrir a una figura análoga al *assumpsit* del *common law*, en la fase en que el *assumpsit* daba lugar más bien a una responsabilidad extracontractual? V. vol. I, § 26 y § 27 *a;* véase también la sentencia dictada en el caso Humar cr. Zbogar, con su idea del fraude.

Humar cr. Zbogar

Trib. Gorizia, 15 julio 1937. — *Foro Venezie*, 1937, 806.
(Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"Hechos. — Por escrito de 22 de diciembre de 1936, Giovanni Humar demandaba a Francesco Zbogar ante esta autoridad judi-

cial, para obtener su condena al pago de 15.000 liras y a las costas, alegando que había entrado en 1919 en casa de Zbogar y que había permanecido en ella hasta 1935, trabajando como miembro de la familia sin recibir ninguna retribución, en la esperanza de que Zbogar — como le había prometido — lo adoptara y le hiciera donación de todo su patrimonio; y que, sin embargo, al iniciarse el año 1936 había sido expulsado de la casa sin ningún motivo justificado y sin recibir compensación por el trabajo prestado durante tan largo tiempo.

Celebrado el acto de conciliación, el actor insistió en su pretensión, sosteniendo la admisibilidad de la misma tanto en el aspecto del incumplimiento contractual como en cuanto al resarcimiento del daño extracontractual y del enriquecimiento injusto; y proponiendo subsidiariamente la práctica de una prueba por interrogatorio, testigos y peritos.

El demandado se opuso a la pretensión actora, negando que hubiera contraído la obligación de adoptar al demandante o de donarle su propio patrimonio y alegando, en todo caso, la nulidad del contrato por ilicitud de la causa. Alegaba asimismo la inadmisibilidad del resarcimiento de daños, ya que faltaba totalmente un hecho ilícito de Zbogar que pudiera servir para legitimar en tal aspecto la pretensión de la parte contraria, y oponiendo como excepción la prescripción de la acción correspondiente, en virtud del artículo 1.486 del C. c. austríaco; subsidiariamente proponía en apoyo de su defensa judicial una prueba testifical.

Derecho. — Observa ante todo el Tribunal que nuestra ley no ha previsto la hipótesis de una promesa de adopción, como negocio jurídico capaz de dar vida a un *vinculum iuris* cuya violación implique una responsabilidad contractual en orden a los daños que se deriven para el otro contratante de la falta de cumplimiento de la obligación asumida.

... *(Omissis)*. — Ninguna disposición análoga al art. 54 del Código civil (¿austríaco?) contiene la ley sobre la adopción, que, por el contrario ... excluye expresamente que el consentimiento de las partes pueda someterse a condición o a término, estableciendo que tal consentimiento es revocable (art. 217 C. c.)... *(Omissis)*.

En cuanto a la promesa de donación del patrimonio, observa el Tribunal que, excluída la admisibilidad de una *donatio mortis causa,* contraria a los principios de nuestro Derecho positivo que para la transmisión de bienes por causa de muerte sólo admite el testamento, acto esencialmente revocable (arts. 759, 889 y siguientes del C. c.), la pretensión de la parte actora ni siquiera podría

considerarse fundada en una promesa de donación *inter vivos* que, como obligación de donar, contrasta abiertamente con el requisito de la espontaneidad, indispensable para integrar la causa misma de la donación, o sea el *animus donandi.*

Ciertamente, es verdad que siempre que en ella se manifieste la intención de llevar a cabo una liberalidad, la obligación de donar — en la que la ejecución del acto no tenga lugar al mismo tiempo que la promesa — puede considerarse como verdadera y propia donación cuando en la obligación asumida, incompatible por sí misma con el elemento de la espontaneidad, pueda sin embargo apreciarse la existencia de una voluntad, de alguna manera limitada, de despojarse actual e irrevocablemente de determinados bienes en favor de otra persona, de forma que el acto posterior mediante el cual se cumple la donación no sea otra cosa que el pago de una deuda. Pero en tal hipótesis debería observarse en todo caso, al hacerse la promesa, la forma establecida para la donación; y por lo tanto, tratándose no de donaciones manuales sino, como se pretende, de la transmisión en propiedad de un patrimonio entero, debería procederse a la redacción del documento público notarial (art. 1.056 del C. c....).

Reconocida la falta de fundamento de la demanda en cuanto a la culpa contractual, la pretensión del demandante podría sin embargo encontrar alguna justificación en una eventual culpa aquiliana consistente en un hecho ilícito del demandado, del cual hubiera derivado para el actor el perjuicio que alega. Hecho que podría consistir principalmente en el fraude, o sea en la deliberada voluntad de engañar a Giovanni Humar y a sus padres prometiendo a cambio del trabajo prestado una recompensa que nunca se tuvo intención de pagar, con la única finalidad de aprovecharse gratuitamente, en todo o en parte, de la actividad del demandante.

Otro fundamento de la acción podría finalmente encontrarse en el enriquecimiento injusto eventualmente conseguido por Zbogar con el trabajo de la otra parte, por aplicación del principio "*nemo locupletari potest aliena jactura et iniuria*", en el que se basa la *actio de in rem verso;* pero para legitimar esta acción es necesario que el enriquecimiento sea efectivo y que todavía exista en el momento de hacerse la repetición *(non est versum, si non durat versum).*

Para excluir prejudicialmente las acciones de daño extracontractual y de enriquecimiento injusto no podría servir, desde luego, la excepción de prescripción invocada por el demandado en virtud del art. 1.486 del C. c. austríaco; en efecto, prescindiendo de

que la actividad desarrollada por Humar durante su permanencia en casa del demandado pueda o no incluirse en la hipótesis prevista por dicha disposición legal, ha de tenerse en cuenta que puesto que el actor pretende probar que hasta 1935 la parte contraria le había tenido consigo, sin revocar las anteriores promesas, por lo que dicho demandante no había tenido conocimiento hasta ese momento de las nuevas o de las verdaderas intenciones de Zbogar, no podría considerarse iniciada la prescripción en época anterior, por no poderse imputar en tal época al joven — ya que todavía no tenía noticia de la existencia de su pretendido derecho — una inercia procesal apta para legitimar la prescripción extintiva: *actio nondum nata non praescribitur.*

Por tanto, la prescripción debe considerarse iniciada en el momento de la negación por parte del promitente a mantener sus promesas y puesto que tal hecho se habría verificado, según el actor, en momento posterior a la entrada en vigor del nuevo Código (1.º de julio de 1929), deben aplicarse en este caso las normas del mismo — conforme al artículo 31 del R. D. de 4 de noviembre de 1928 — y en tal caso, estando ambas acciones (por la culpa aquiliana y por el enriquecimiento injusto) sometidas a prescripción de treinta años, se demostraría que la excepción carecía de fundamento" *(Omissis).*

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 1 *b*, 10, 11, 26 (especialmente nota 4) y 27 *a*; v. también los pasajes del vol. I citados en las notas a los tres casos anteriores.

Cuestionario:

1) ¿Qué diferencia hay, en cuanto a la situación de hecho, entre este caso y los casos Garabello, Carrari y Pastorino?

2) ¿En qué consistía la prestación de Humar? ¿Había sido convenida tal prestación como contrapartida (*lato sensu*, comprendiendo la figura de la carga o modo) de la "promesa de donación"? V. la nota al caso Pastorino.

3) ¿Está de acuerdo el lector con la posibilidad de atribuir a Zbogar una responsabilidad aquiliana por fraude, como se dice en la sentencia? ¿Cuál sería el alcance en la práctica de esta acción judicial respecto al *quantum* que con ella podría obtener Humar? V. también vol. I, § 1 *b*; § 2, nota 1; § 3 *a* y § 26 *a*. ¿No se trata más bien de una especie de *reliance*, adaptada al *civil law?* V. la cuestión 8 y la sección III de este capítulo.

4) Plantéense estas mismas cuestiones respecto a la acción de enriquecimiento injusto. V. los mismos pasajes del vol. I citados en la cuestión anterior.

4 bis) ¿Se hubieran podido intentar estas dos acciones en el caso Carrari cr. Masiero?

5) ¿Habría, en todo caso, una acción para que Humar consiguiera al menos el valor de su trabajo o el del sacrificio que hizo permaneciendo y trabajando en casa de Zbogar y abandonando su propia casa?

6) ¿Se inclinaría el lector a dar a este caso una solución análoga a la que dió el Tribunal de Casación de Firenze el caso Carrari cr. Masiero o a la que se dió al caso Pastorino?

7) ¿Cuál sería la solución en el Derecho francés? V. vol. I, § 9.

8) ¿Qué solución se podría dar al caso Humar en el *common law*? ¿Existiría en este caso un *bargain* y una *consideration* o, por el contrario, una *reliance not bargained for*, fuente de una posible acción sobre la base de lo que dijimos en el vol. I, § 37 *a*? V. también §§ 26 y 30 *a*; el caso Kirsey v. Kirsey y, en la segunda parte, los casos sobre la *reliance*.

9) ¿Qué solución prefiere el lector, la del *civil law* o la del *common law*?

SECCIÓN II

El problema en las promesas o en las enajenaciones en favor de una entidad moral, especialmente de carácter público

(V. vol. I, § 10 *e* y § 12 *a*)

(Jurisprudencia italiana)

Ayuntamiento de Agliè (Congregación de Caridad) cr. Tapparo

App. Torino, 27 abril 1866. — *Giur. Tor.*, 1866, 254. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"*El Tribunal de Apelación de Torino.* — Teniendo en cuenta la motivación de la sentencia apelada y considerando principalmente que no puede sustraerse al carácter de donación entre vivos el acto celebrado el 29-6-1842 ante el notario Bioletto, acto mediante el cual Vittorio Pezza, *nullo jure cogente* se despojaba actual e irrevocablemente, a mero título de beneficencia, de una cantidad anual a perpetuidad en favor del Asilo de la Infancia y escuela de niñas que iba a instituirse en Agliè;

— Que las exenciones tributarias concedidas por el Soberano en vista de la benéfica disposición de ánimo demostrada por el donante al querer favorecer con sus propios bienes a su pueblo natal,

no podrían constituir para Vittorio Pezza una obligación jurídica de realizarla (*tal disposición* de ánimo), ni una verdadera y propia compensación de la liberalidad que después realizó, ya que no existía un compromiso formal a este respecto;

— Que todavía menos puede alterar el carácter de aquella donación el destino que se dió a la renta constituída, o la obligación que asumía la Congregación de Caridad de transmitirla al Asilo y a la Escuela que habrían de instituirse, porque Pezza no había de obtener personalmente ningún beneficio estimable ni ningún precio, y la congregación no comprometía para nada su patrimonio por el hecho de convertirse en tutora y protectora del futuro Instituto, que habría de ser el verdadero y único donatario;

— Considerando, por otra parte, que el Asilo y la Escuela fueron efectivamente erigidos, independientemente de la donación prometida por Pezza, de modo que el acto de 1842 tampoco podría considerarse como fundación de una obra pía de beneficencia, para cuya eficacia legal hubiera que acudir a las normas establecidas para tales fundaciones, en vez de aplicar las disposiciones que regulan las donaciones entre vivos;

— Considerando, sentado lo anterior, que el acto en cuestión era jurídicamente imperfecto por una doble razón: a saber, por falta de la homologación exigida y por falta de aceptación regular del donatario durante la vida del donante;

— Considerando, por último, que la nulidad de dicha donación fué también reconocida por la misma Administración del Asilo en el instrumento de 19-12-1849, en el que, por tal consideración, renunciaba a la hipoteca inscrita en garantía del acto de 1842, mientras que, por su parte, Vittorio Pezza llevaba a cabo una nueva donación, aunque de menor entidad, que habría de servir en todo caso para exonerar a él y a sus herederos de cualquier responsabilidad que de alguna forma pudiera derivarse del hecho anterior por los gastos y molestias ocasionados a la Congregación y al Asilo, a consecuencia de la primera promesa.

Por estos motivos, etc., se confirma la sentencia del Trib. civil de Ivrea de 25-7-1865."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 9, notas 4 y 10; § 10 *e* y notas 2, 5 y 6; § 12 *a*; v. también las sentencias francesas recogidas en la sección IV y referentes a donaciones hechas a una entidad pública.

Como resulta de la sentencia, los señores Tapparo, herederos de Vittorio Pezza, habían alegado la nulidad formal del acto celebrado en 29-6-1842, en cuanto donación (por defecto de la homologación exigida para las donaciones por el Código Albertino y por defecto de una acep-

tación "regular" o formal, también exigida). Se trataba de una donación obligatoria: promesa de cantidades en forma de una renta perpetua. El Ayuntamiento de Agliè respondió que el acto no contenía una donación, tanto porque como compensación habían sido convenidas ciertas exenciones fiscales, como porque la Congregación de Caridad asumía la obligación de erigir la Escuela, y porque (al parecer) Pezza venía a obtener un beneficio a través de dicho acto.

Cuestionario:

1) Si hubiera existido un compromiso formal en cuanto a las exenciones fiscales concedidas por el Soberano, ¿hubiera podido excluirse la figura de la donación? En relación con este punto, ¿alude la sentencia a un compromiso por parte de Pezza o por parte del Soberano?

¿Y en el *common law*? (V. vol. I, § 26, especialmente nota 26 y § 30).

Véase también sobre todo esto el cuestionario al caso Fiammingo, números 1, 2, 3 y 7.

2) Para la distinción entre donación y contrato de cambio la sentencia adopta el criterio de una contraprestación que constituya un beneficio *personal* estimable (o patrimonial) para el promitente, así como un sacrificio patrimonial para el promisario (la Congregación de Caridad). Véanse los cuestionarios de los casos Casasola, Cordepatre y Cavezzali.

2 bis) Si hubiera existido un parcial beneficio o un parcial sacrificio patrimoniales ¿bastaría con ello para excluir la figura de la donación?

¿Cómo se resuelve esta cuestión en el Derecho francés (v. los casos David y Bailly) y en el *common law?* (v. vol. I, § 10; § 12 *a*, §§ 26 y 30).

3) ¿Ha aplicado la sentencia un principio análogo al de la *reliance* del *common law?* V. vol. I, § 27, notas y sigts. V. también el caso Cattaneo cr. Milesi y otros casos citados en la sección III de este capítulo.

¿Ha querido aplicar la sentencia un principio análogo al que resulta del art. 1.338 del C. c. ital. de 1942? (1).

Casasola (Arzobispo de Udine) cr. Administración del fondo para el culto

Cass. Torino, 20 abril 1875. — *Mon. Trib.*, 1875, I, 780. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"Considerando que por instrumento notarial de 20 de diciembre de 1847, debidamente autorizado, las hermanas Maria Agostina y Teresa Caimo Dragoni, ambas religiosas, cedieron al monas-

(1) *Nota del Traductor.* — El artículo 1.338 del C. C. italiano dice textualmente: "La parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no la haya puesto en conocimiento de la otra parte está obligada a resarcir el daño sufrido por ésta por haber confiado, sin culpa suya, en la validez del contrato".

terio de Santa Chiara en Udine, al que pertenecían, a título de donación entre vivos, irrevocablemente y a perpetuidad, un capital de 12.000 liras austríacas, para que con el interés anual de 600 liras se celebraran en la Iglesia de dicho Monasterio 300 misas en sufragio de la comunidad; estableciendo que si por supresión del convento o por otra causa no se pudieran celebrar las misas en dicho monasterio, se pusiera el capital correspondiente bajo la administración del Arzobispo de Udine, a fin de que proveyera de otro modo a la celebración de dichas misas en sufragio de la antigua comunidad del citado monasterio.

Considerando que, habiendo sido suprimido el monasterio y apropiados sus bienes por el Estado, entre ellos el capital en cuestión, el Arzobispo de Udine demandó ante el Tribunal Civil a la Hacienda y a la Administración del Fondo para el Culto, a fin de que se declarara nula la apropiación de dicho capital y se entregara éste con los intereses correspondientes al demandante. Tal demanda, plenamente estimada por dicho Tribunal, fué en cambio rechazada por el Tribunal de Apelación de Venecia, en sentencia que fué recurrida.

Considerando que en el primer motivo el recurrente censura a la sentencia recurrida por la violación de las reglas de Derecho relativas a la donación y al mandato, de las que regulan los contratos innominados, y en particular de los §§ 938 y 1.002 y sigts. del Código civil austríaco, bajo cuya vigencia fué celebrado el contrato de 20 de diciembre de 1847, ya que dicha sentencia definió mal este contrato calificándolo de verdadera y propia donación *inter vivos;* siendo así que, atendiendo al verdadero contenido e intrínseca naturaleza jurídica de la convención y no al sentido erróneo o inexacto de las palabras utilizadas en la misma, la transmisión de dicho título patrimonial no se hacía gratuitamente sino como compensación por la carga impuesta y aceptada, consistente en la celebración de las 300 misas anuales a perpetuidad, de forma que el supuesto donatario nada venía a disfrutar ni del capital ni de los intereses correspondientes, de donde resulta que se trataba de un contrato innominado, y por lo tanto oneroso.

Considerando que tal censura carece de apoyo lo mismo en cuanto a los hechos que en cuanto al Derecho... Se advierte que, según el Derecho común, la donación propia, distinta de la impropia que es la que podría asumir los caracteres de un contrato innominado, es aquella por la que una persona da a otra una cosa con la voluntad de que la cosa dada pase inmediatamente a ser de quien la recibe y no vuelva ya a poder de quien la dió, haciéndolo

no por otra causa que la de llevar a cabo un acto de liberalidad; definición que coincide con la del Código civil austríaco, invocada en el recurso, que cualifica la donación como contrato por el que se transmite a otros gratuitamente una cosa, contrato declarado normalmente irrevocable por dicha ley.

Ahora bien, en este caso las hermanas Caimo Dragoni declararon que transmitían al monasterio la propiedad del capital que les correspondía, irrevocablemente y a perpetuidad; con lo que quedó descartada la posibilidad de reversión de dicho capital; y lo hicieron a título de donación entre vivos, que es tanto como decir gratuitamente, o sea por mera liberalidad. Por tanto, no puede dudarse que la transmisión gratuita, inmediata y absoluta de la propiedad, que se produjo, constituía una verdadera donación propia, tal como fué definida en la sentencia recurrida.

Considerando que, sin embargo, el recurrente querría vislumbrar una correlación en el acuerdo sobre el empleo y destino que había de darse a las rentas del capital donado, mediante la celebración de las misas, de suerte que se quitara a la donación en cuestión el carácter esencial de la gratuidad, desde el momento en que se había impuesto al donatario y había sido aceptado por éste un encargo gravoso sin ningún provecho para él.

Pero con ello el recurrente olvida que, según el contrato, la celebración de las misas tendía exclusivamente a procurar un beneficio moral y espiritual al monasterio donatario; beneficio tanto más importante teniendo en cuenta que a tal finalidad respondía principalmente su institución. Sentado esto, se desprende que por el hecho de haberse determinado convencionalmente el modo de emplear las rentas del capital donado en beneficio exclusivo del donatario, no deja de existir la donación, aunque quede vinculada en cuanto al modo de utilizar los bienes, porque tal vínculo no podría nunca llegar a tener el carácter de contraprestación, pues nada habrían percibido del mismo las donantes; ni tampoco tendría carácter de mandato, pues cualquiera que fuese el encargo confiado, se habría desempeñado no en nombre ajeno, sino por cuenta, en nombre y en interés del pretendido encargado". *(Omissis).*

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 10, especialmente apartado *e;* § 38 y § 9, notas 4 y 10.

La cuestión surgió a propósito de la ley de 7 de julio de 1866, arts. 25, 26 y 28, sobre la apropiación en favor del Fondo para el Culto de los bienes de las comunidades suprimidas. Pero los criterios adoptados en la sentencia para distinguir el contrato innominado de cambio de la do-

nación *cum onere* serían también aplicables a la cuestión de la forma del acto, si tal cuestión se hubiera presentado.

La sentencia alude a dos criterios: el de la conformidad del gravamen con los fines de la entidad (y por lo tanto el beneficio efectivo que dicho gravamen suponía para la misma comunidad); y el de la ausencia de un beneficio patrimonial para las disponentes.

CUESTIONARIO:

1) ¿Cómo se resolvería la cuestión relativa a la forma del acto en el Derecho francés?

2) ¿Y en el *common law?* V. vol. I, §§ 26 y 30, *a,* y el caso Hamer v. Sidway sobre el *real benefit* o el *real detriment* para una u otra de las partes; v. también el caso Allegheny College.

Para otras cuestiones v. los casos Cadeo cr. Iglesia de Chiari, y Hacienda cr. Gentile.

CORDEPATRE cr. AYUNTAMIENTO DE MONTELEONE

Cass. Napoli, 20 mayo 1880. — *Foro it.,* 1880, I, 675.
(Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis.*)

"EL TRIBUNAL, etc. — Considerando que el recurrente Cordepatre, para impedir la supresión por falta de medios del Liceo Filangieri de Monteleone, supresión ya acordada por el Gobierno, promovió entre sus conciudadanos una suscripción voluntaria, dando ejemplo al suscribirse él mismo por 1.000 liras al año y obligándose mediante escritura privada a entregarlas al Municipio durante diez años, indicando que debían servir para uso exclusivo y mantenimiento del mencionado Liceo, en la confianza de que en tal período se habría reorganizado sobre bases más firmes.

Considerando que al ser demandado en juicio por haber desistido al cabo de tres años de la entrega de la cantidad prometida, sostuvo la nulidad de la obligación asumida porque, conteniendo en sí misma una donación, requería las especiales formas exigidas por la ley. El Tribunal de Apelación excluyó la idea de la donación, calificó aquella obligación como contrato innominado, de acuerdo con la fórmula de los jurisconsultos romanos — *do ut facias* — y regido, por tanto, por las reglas generales de la contratación, y estimó que era válido.

Considerando que el Tribunal calificó el acto acertadamente; no se trataba de una obligación a título gratuito, pues en las donaciones, al despojarse el donante actual e irrevocablemente en favor del donatario, aumenta el patrimonio de éste *(dat ea mente ut statim velit accipientis fieri);* donde no hay aumento del patrimonio del donatario no puede concebirse ni liberalidad ni donación;

y, por el contrario, cuando se asume alguna obligación con miras a obtener un equivalente o una utilidad, tal obligación es siempre a título oneroso; por la obligación en cuestión el patrimonio del Ayuntamiento continuaba en el mismo estado en que se encontraba anteriormente, teniendo que destinar el Ayuntamiento cada año los mil ducados exclusivamente al mantenimiento del Liceo; Cordepatre, lo mismo que los otros suscriptores, se obligaba precisamente en vista de la utilidad pública que había de resultar de la conservación de aquella institución de enseñanza, pudiendo todos beneficiarse de ella de varias maneras, tanto *uti cives* como *uti universitas;* el Ayuntamiento, además de aceptar el encargo de destinar aquella cantidad al uso determinado (una especie de mandato), asumía también obligaciones frente al Gobierno y a los ciudadanos. Existía pues la utilidad, existía el equivalente de que habla el art. 1.101 del C. c., y se trataba, por tanto, no de una donación sino de una obligación a título oneroso: *Sed et hae stipulationes, quae ob causam fiunt, non habent donationem.* L. 19, pr. 5, lib. XXXIX, tít. V, *de donat.* Dig.

Considerando que, aun admitiendo que en este caso se hubiera tratado de una obligación a título gratuito, hay que tener en cuenta que no todos los contratos que obedecen a la beneficencia o a la liberalidad pueden calificarse de donaciones; el préstamo gratuito, el comodato, la fianza, el mandato, el depósito, son contratos que responden a la intención de beneficiar — *originem ex officio atque amicitia trahunt* — e incluso algunos de ellos son esencialmente gratuitos, pero a pesar de ello son cosa distinta de las donaciones y no se les imponen las formas exigidas para éstas.

No hay que olvidar, en fin, que una de las nuevas maneras de obligarse, entre las muchas que se han generalizado en la sociedad moderna, es la de las ofertas o suscripciones voluntarias, mediante las cuales se llevan a cabo grandes obras de beneficencia, de utilidad, de decoro público; querer darles la calificación de donaciones entre vivos y pretender someterlas a las formas solemnes de esos contratos, equivaldría a secar la fuente de donde brotan tantos benéficos efectos. Por estos motivos, se rechaza..., etc."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 10 *e*; § 9, notas 4 y 10; § 12 *a*. El caso es muy interesante por el grave problema que afronta.

Cuestionario:

1) ¿Qué importancia puede tener el hecho de que, habiendo sido acordada por el Gobierno la supresión del Liceo, el Ayuntamiento no estuviera obligado a mantener la escuela?

2) ¿Qué importancia puede tener el hecho de que el Ayuntamiento, al aceptar la suscripción o el "encargo", asumiera también obligaciones frente al Gobierno y frente a los ciudadanos?

3) ¿Es exacto hablar de "una especie de mandato"?

4) ¿Qué piensa el lector acerca de la posibilidad y la conveniencia de aplicar en este caso un principio análogo al de la *reliance* del *common law*? V. vol. I, § 27, notas 4 y sigts.; v. también los casos Cattaneo contra Milesi, y otros citados en la sección III de este capítulo.

5) ¿Puede considerarse el beneficio que deriva en favor de los suscriptores a una obra de utilidad pública, *uti cives* y *uti universitas*, como el equivalente o contraprestación de un contrato de cambio? ¿Qué valor tendría una distinción basada en la circunstancia de que la cantidad suscrita fuera o no proporcional al beneficio y a la fortuna de cada uno de los suscriptores? Si no fuera proporcional, ¿podría hablarse de liberalidad en favor de los otros ciudadanos (representados por el Ayuntamiento) que se beneficiarían de la obra sin contribuir a la suscripción o sin contribuir proporcionalmente?

Véase el caso Ayuntamiento de Agliè y el caso Cavezzali; v. también los casos franceses Reverchon, Bailly cr. Ciudad de Nancy y otros citados en la sección IV de este capítulo.

Sobre el beneficio o utilidad moral, cfr. el caso Ayuntamiento de Agliè y otros de esta misma sección.

6) ¿Qué piensa el lector de las citas de Derecho romano que se incluyen en la sentencia? V. vol. I, § 2 *b*.

7) ¿Y de la equiparación entre el contrato en cuestión y otros contratos a título gratuito, como el comodato, mandato, fianza, etc.? Véase volumen I, § 7; § 14 *a*, *d*, *e*, *f*; y § 16 *b*.

8) ¿Qué valor tiene la observación final que se hace en la sentencia? Póngase dicha observación en relación con la cuestión 1 y con la distinción basada en la circunstancia de que la suscripción se haya hecho con imposición de una carga (que no corresponda a las finalidades o deberes de la entidad) o sin tal imposición, y por lo tanto incluso en favor de una entidad todavía por constituir.

9) ¿Puede reconocerse valor a una obligación recíproca asumida por los suscriptores? V. los casos Mazzucchelli y Asilo Infantil Belluomo.

10) ¿Cómo se resolvería la cuestión que planteamos en el número 8 en el *common law*, sobre la base de la distinción mencionada? V. vol. I, § 26, § 27 *a* y § 30 *a;* y la nota al caso Allegheny College.

Cadeo cr. Iglesia Parroquial de Chiari

Cass. Torino, 10 marzo 1882. — *Mon. Trib.*, 1882, 463.
(Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

Los recurrentes... "pretenden que el Tribunal de instancia ha desnaturalizado el acto celebrado el 19 de mayo de 1869 ante el notario Caravaggi.

Pero, en realidad, son más bien los recurrentes quienes incurren en este vicio, cuando por medio de las más sutiles argumentaciones se esfuerzan por encontrar en aquel instrumento los elementos de la donación, sin conseguir apreciar en él aquella claridad intuitiva de su concepto que, si existiera y hubiera sido desconocida, podría dar lugar por sí sola a la eficaz justificación de este motivo del recurso.

Ello se verá con más claridad inmediatamente.

Los recurrentes denuncian después el error en la aplicación del art. 1.101, y la infracción de los arts. 1.050, 1.051, 1.057, 1.060 y 1.061 del C. c., así como el error en la aplicación del art. 6.º de la Orden Ministerial de 15 de septiembre de 1807 del primer Reino de Italia; pero en realidad la sentencia se justifica por sí misma.

El art. 1.050, siguiendo las enseñanzas de la sabiduría romana, Leyes 1 y 29 *in pr.* fr. *De donat,* define la donación como un acto de espontánea liberalidad por el que el donante se despoja actualmente de la cosa donada en favor del donatario, que la acepta.

Evidentemente, este acto procede de pura y simple liberalidad de ánimo.

Aun cuando se trate de donaciones *ob causam,* como lo son las especificadas en el art. 1.051, han de estar informadas siempre por la liberalidad; de manera que es jurídicamente imposible la existencia de una donación si no se da esta característica esencial de la liberalidad: *propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat.*

Sin embargo, la averiguación de la intención de la persona de quien emana el acto es cuestión reservada al Tribunal de instancia.

Solamente corresponde al Tribunal de Casación examinar en qué categoría de actos, si en la de los actos a título gratuito o de beneficencia, o en la de los actos a título oneroso, debe incluirse un determinado contrato y, por tanto, cuál es su naturaleza y su valor jurídico, para extraer de ello las consecuencias oportunas.

Ahora bien, la sentencia recurrida pone de relieve:

Que con el instrumento otorgado ante el notario Caravaggi, Margherita Cadeo no quiso favorecer o beneficiar al Consejo de Fábrica de la Iglesia, sino que, por el contrario, quiso imponerle una obligación perpetua de celebrar todos los años cien misas y un oficio fúnebre, obligación en compensación de la cual ya había desembolsado antes de celebrar aquel contrato la cantidad de 3.800 liras.

Pero aunque fuera cierto en hipótesis (añadía la sentencia) que Margherita Cadeo no tuviera la obligación natural ni civil de aten-

der a tales oficios de culto y de sufragio y que hubiera dispuesto de dicha cantidad para el fin mencionado haciéndolo espontáneamente y sólo para satisfacer sus sentimientos religiosos, no sería menos cierto que al desembolsar dicha cantidad había querido procurarse un beneficio que pudiera ser reclamado mediante una acción judicial, es decir, que frente a aquella compensación en dinero la Iglesia cumpliera a perpetuidad lo ordenado por ella.

Después de afirmado esto, se desvanece en aquella estipulación el carácter de donación.

Tanto más se pone de manifiesto que desaparece dicho carácter al poner de relieve la misma sentencia que, por su parte, al aceptar el Consejo de Fábrica de la Iglesia aquella cantidad en plena propiedad para hacer frente a la obligación de celebrar las misas y el oficio fúnebre cada año y a perpetuidad, no obtenía para sí mismo ninguna utilidad, e incluso quedaba obligado dicho Consejo a destinar el remanente de la renta, en caso de que lo hubiera después del cumplimiento de dicha obligación, a otras atenciones del culto y de la iglesia.

Siendo así, ¿dónde se encontraría el provecho o beneficio que debe obtener el donatario?

Y éstos son los elementos que los mismos recurrentes señalan como necesarios para la existencia de la donación.

Para refutar tales consideraciones no puede tener ningún valor la circunstancia de que se haya querido añadir al acto la autorización real, exigida solamente para la validez de las donaciones; por parte del Consejo de Fábrica de la Iglesia ésta no fué más que una precaución superflua para prevenirse frente a toda eventualidad de ataque, por lo que es indudable que tal formalidad no puede haber prejuzgado en modo alguno la naturaleza del acto. Tampoco tiene fundamento el otro razonamiento de los recurrentes, según el cual los Consejos de Fábrica de las Iglesias, como instituciones para la ordenación del culto, cuando reciben cantidades u otras cosas para fines de culto, aunque sea bajo la apariencia de un contrato oneroso, aceptan verdaderas liberalidades o donaciones, ya que la determinación del objeto especial de culto no es más que una modalidad, pues aunque tal determinación no se hiciera la cosa dada sería siempre empleada por lo menos en atenciones del culto en general.

Porque no es exacto que los Consejos de Fábrica sean instituciones para la ordenación del culto, como si les fuera connatural el asumir y tomar a su cargo obligaciones de celebración de misas, de oficios fúnebres y otras similares.

Esto equivaldría a desconocer su origen histórico y su evolución posterior a través de muchos siglos.

Es sabido que en los primeros siglos correspondía a los obispos, asistidos de un ecónomo o archidiácono, la administración y el cuidado de los bienes que la Iglesia iba acumulando poco a poco, merced a ofrendas y donaciones de los fieles; y de esta forma se atendía al mantenimiento del obispo y del clero que le rodeaba, al socorro de los pobres, así como a los gastos para los edificios sagrados y a cualquier otra atención del servicio del culto.

Sin embargo, ante ciertas dificultades en la distribución de las rentas, desde tiempos del Pontífice Simplicio, siglo V, fueron divididos los bienes en varias partes, y una de ellas fué asignada *ecclesiasticis fabricis,* enriqueciéndose después progresivamente con las dádivas de los fieles.

De aquí derivó la denominación francesa de *fabriques,* y entre nosotros la de "*fabbricerie*" (Consejos de Fábrica) dada a estas obras parroquiales regidas en las provincias lombardas, donde precisamente tiene su sede la iglesia contrarrecurrente, y en otras del Reino, por los decretos y ordenanzas del primer Reino de Italia, que tienen como base el art. 76 de la Ley de 18 de germinal del año X.

Dichas entidades morales, desprovistas de todo carácter eclesiástico por no haber intervenido en su creación ninguna erección en título eclesiástico, tienen por ello naturaleza puramente laica y civil y no son instituciones para la ordenación del culto, como pretender calificarlas los recurrentes, sino al servicio del culto, es decir, destinadas simplemente al uso y servicio del culto, ya que les corresponde la conservación y el ornato de los templos únicamente en lo que afecta al material, la prestación de los vasos sagrados y de cualquier otro utensilio o cosa que sea necesaria para el ejercicio del culto, siempre en el sentido material; es decir, la administración del aspecto temporal de la Iglesia.

Por tanto, cuando el Consejo de Fábrica asumiera obligaciones de celebración de misas, de oficios fúnebres u otras similares, frente a una adecuada prestación en dinero o en otra forma, estas cargas quedarían evidentemente al margen de la naturaleza y de la índole de la propia institución, y estando destinadas al culto y a su incremento el Consejo de Fábrica no obtendría de ellas ningún beneficio en lo que se refiere a su institución completamente material: por lo cual bien podría considerarse el acto como celebrado a título oneroso y, concretamente, como acto que contendría los elementos del contrato *do ut facias,* como correctamente cali-

ficó el Tribunal de instancia al acto en cuestión, concluído ciertamente en beneficio del culto pero no en beneficio del Consejo de Fábrica.

No hay necesidad de ocuparse de las otras objeciones desarrolladas en este motivo, ya que quedan suficientemente rebatidas por las consideraciones de la sentencia recurrida.

Por todo lo cual queda, pues, demostrado que también este motivo carece de fundamento.

Por estos motivos, se rechaza el recurso para la anulación de la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de Brescia el 11 de marzo de 1875."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 10, especialmente apartado *e*; § 12 *a*.

¿Había surgido la cuestión a propósito de la observancia de los requisitos formales? V. los artículos del Código citados en la sentencia.

1) ¿Qué piensa el lector acerca de las citas de Derecho romano que se incluyen en la sentencia? V. vol. I, §§ 2 y 9.

2) ¿Se ha aplicado verdaderamente en este caso un criterio subjetivo? (intención de Margherita Cadeo).

3) ¿Era sólo un beneficio moral o también un beneficio patrimonial el que, según el Tribunal, quiso procurarse Margherita Cadeo? ¿Qué valor tiene, en este aspecto, la observación de la sentencia en el sentido de que tal beneficio podía conseguirse mediante una acción judicial? En todo caso, ¿qué es lo que cuenta, el beneficio patrimonial del promitente o disponente o el sacrificio patrimonial de la otra parte? V. vol. I, § 10, nota 2; § 13 *b* y § 21, nota 2.

Téngase en cuenta que por decir una misa se suele pagar al sacerdote que la celebra. V. el caso Hacienda cr. Gentile.

4) ¿Qué valor tiene la minuciosa argumentación de la sentencia para demostrar que la función del culto no entra en los fines de los Consejos de Fábrica de las iglesias, es decir, que la obligación o carga impuesta no redundaba en beneficio del Consejo de Fábrica de la Iglesia de Chiari? V. vol. I, § 10 *b*, *e*, y nota 14.

Véase también el caso Cordepatre y otros de esta misma sección.

5) Si la disposición se hubiera hecho en favor de una entidad que tuviera funciones de culto, ¿qué importancia tendría el hecho de que las misas y oficios fúnebres hubieran sido ordenados no en beneficio de los feligreses o según las necesidades de éstos, sino para satisfacer los sentimientos religiosos de Margherita Cadeo? V. los casos Hacienda contra Gentile y De Mailly.

6) ¿Es necesario comprobar si la obligación perpetua de las misas y oficios fúnebres absorbe o no la totalidad de la renta del capital cedido? Dígase si la sentencia resuelve este problema y cómo lo resuelve. V. también el caso David.

7) ¿Cuáles son los puntos de contacto y de divergencia entre el contrato que dió lugar a esta sentencia y el de renta vitalicia? V. arts. 1.861 y siguientes del nuevo C. c. ital. y los artículos concordantes de otros Códigos.

¿Presenta el carácter de contrato innominado *do ut facias* el contrato en el que se establece que la renta debe ser destinada por el cesionario del capital y bajo su responsabilidad a obtener prestaciones (misas y oficios) que sólo interesan al cedente?

¿Podría hablarse en este caso de un mandato o de una figura análoga al *trust* del *common law*?

8) ¿Cómo se resolvería la cuestión en el *common law*? V. vol. I, § 30 y § 38 *c*.

9) ¿Y en el Derecho francés? V. los casos Reverchon y De Mailly; véase también § 38 *a*.

10) Hasta aquí se ha discutido sobre la validez de la cesión del capital. Pero el problema más grave es el que se refiere al destino de las rentas. ¿Podían Margherita Cadeo o sus herederos modificar tal destino y hacerse pagar por el Consejo de Fábrica la renta anual, dispensándole del encargo relativo al modo de empleo de dichas rentas en misas y oficios fúnebres? ¿O, por el contrario, tenía derecho el Consejo de Fábrica a mantener tal prestación? ¿Por qué? ¿Puede hablarse *también* de un interés del Consejo de Fábrica o de un encargo hecho *también* en interés del mismo?

Una solución en el primer sentido (posibilidad de modificar el destino de las rentas) podría servir indirectamente para conseguir aquella protección del promitente y de su familia a que hemos aludido en volumen I, § 8 y § 10 *b*, notas 6 bis y 7 bis.

Vea el lector el modo de resolver esta delicada cuestión. Y confronte este caso con los casos Casasola, Cocchi cr. Marioni y Hacienda contra Gentile.

Cavezzali cr. Ayuntamiento de Crespiatica y Tormo

App. Milano, 20 junio 1882. — *Mon. Trib.*, 1882, 829. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

En documento otorgado el 15 de septiembre de 1833, la señora Teresa Marsili (de quien Cavezzali era marido y heredero) asumía la obligación de encargarse del mantenimiento de la Escuela de Tormo.

Fallecida Teresa Marsili, Cavezzali se negó a continuar cumpliendo dicha obligación, invocando el art. 955 del C. c. austríaco, según el cual una promesa de pagar anualidades a título de donación no pasa a cargo de los herederos, a menos que se haya convenido lo contrario.

Contra esta pretensión el Ayuntamiento sostuvo que no se trataba de donación, sino de un contrato innominado *do ut facias*, tanto porque el Ayuntamiento no recibía aquella cantidad para conseguir un aumento efectivo de su patrimonio sino para destinarla a una determinada finalidad (la escuela), como porque Teresa Marsili se reservaba una especie de patronato para el nombramiento del maestro, lo que constituía una especie de contraprestación, *suficiente* para imprimir al acto el carácter de un contrato bilateral.

El Tribunal de Milán argumenta en la forma siguiente:

"Basta leer dicho escrito para convencerse de que mientras que la señora Marsili procuraba un beneficio real y bastante considerable, ningún equivalente ni en cosas ni en hechos se convenía por parte del Ayuntamiento en favor de dicha señora... Poco importa que, aún sin haberse llegado a celebrar el acto en cuestión, los gastos de la Escuela hubieran corrido en buena parte a cargo de Teresa Marsili, por ser ella la persona mayormente gravada por el Ayuntamiento (con esto alude el Tribunal a la carga de los impuestos que hubieran tenido que ser aumentados para mantener la escuela)... Esto no excluye que la misma (Teresa Marsili) actuara sin sujeción a ningún vínculo de derecho cuando... tomó exclusivamente a su cargo todo lo necesario para el mantenimiento de la escuela pública, y en medida superior a la que hasta entonces se había destinado para tal fin en el presupuesto municipal."

No importa, añade el Tribunal, que las cantidades no hubieran sido dejadas libremente al Ayuntamiento ni para procurarle un aumento efectivo de su patrimonio, sino que debieran ser destinadas a un determinado fin; no importa, porque el acto de liberalidad no deja de serlo por el hecho de que se imponga un especial destino a la cosa donada; y también porque el Ayuntamiento obtenía un beneficio moral de aquel acto (consistente en tener una escuela mejor) y a la vez un beneficio material, ya que quedaba liberado de la carga del mantenimiento de la escuela que le correspondía según las leyes vigentes en 1833.

En cuanto a la excepción opuesta por el Ayuntamiento acerca de la compensación consistente en la reserva del nombramiento del maestro, el Tribunal la rechaza, motivando en la forma siguiente:

"Tal derecho de nombramiento (si es que existía de hecho, lo cual se discutía)... constituía ciertamente una de las modalidades con las que fué asumida la obligación a que se refiere el escrito de 15 de septiembre de 1833; pero ni por su naturaleza ni por su

entidad puede ser considerado como una compensación o contraprestación por parte del Ayuntamiento, quien al aceptar con tal modalidad la oferta de Teresa Marsili no puede decirse que le confiriera a ella por su parte ningún beneficio real, ni tampoco contraía frente a otras personas, o sea frente a la totalidad de la población, una nueva o mayor obligación."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 10, especialmente apartado *e;* § 12 *a.*

La cuestión no surgió a propósito del requisito formal de la donación; pero los criterios adoptados en la sentencia interesan también desde este punto de vista.

Cuestionario:

1) Confróntese este caso con el caso Cordepatre cr. Ayuntamiento de Monteleone, especialmente en cuanto a la cuestión 5.ª del cuestionario a dicho caso.

2) Confróntese también con los casos Cadeo cr. Iglesia de Chiari, Hacienda cr. Gentile y otros de esta sección, en relación con el criterio de la carga establecida en beneficio o de conformidad con las finalidades o deberes de la entidad donataria.

3) ¿Cuál es el criterio adoptado en la sentencia para distinguir, en general, un contrato innominado de cambio de una donación *cum onere* o *sub modo*?

4) En cuanto a la reserva de patronato para el nombramiento del maestro, ¿ha adoptado el Tribunal el criterio del beneficio y del sacrificio patrimoniales? ¿Cuál sería la solución de este caso en el *common law* en cuanto a esta cuestión de la reserva de patronato? V. vol. I, §§ 26 y 30 *a*; v. también la nota al caso Allegheny College.

Hacienda cr. Gentile

Cass. Roma, 28 junio 1883. — *Giur. it.*, 1883, I, 3, 11.
(Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis.*)

"Considerando que, habiéndose calificado también como donación en el art. 1.051 del C. c. la liberalidad que se haga imponiendo alguna carga al donatario, la jurisprudencia admite unánimemente que cuando la carga apreciable en dinero que se imponga al donatario sea igual al valor de la cosa donada se está en presencia de un contrato a título oneroso, que no tiene de donación más que su impropia denominación, lo cual no puede cambiar su naturaleza jurídica; y, por el contrario, cuando el valor de la cosa donada supere al valor de las cargas impuestas al donatario, se está en presencia de un contrato mixto, a título oneroso en la

parte correspondiente a las obligaciones del donatario y a título gratuito en el exceso del valor de la cosa donada; y tal es también el criterio de la ley sobre la tasa de registro de 13 de septiembre de 1874, art. 30, según la cual, cuando por los pactos que contiene o por los efectos que produce, el contrato resulte en parte gratuito y en parte oneroso, queda sometido a la tasa como acto que contiene dos distintos contratos, uno a título gratuito y el otro a título oneroso.

Que para determinar si un contrato es a título oneroso o gratuito no se deben tener en cuenta los beneficios que de él puedan derivar en favor de personas extrañas, sino el interés económico del donatario; de manera que cuando la cantidad que se le entrega deba ser invertida en prestaciones o en obras dispendiosas de cuyo cumplimiento asuma la obligación y pueda ser constreñido a dicho cumplimiento mediante el ejercicio de una acción en justicia por parte del donante o de los terceros que deban obtener el beneficio, se estará en presencia de un contrato oneroso hasta la concurrencia de toda la cantidad que deba ser invertida en las obras o prestaciones establecidas, y de un contrato gratuito sólo por el remanente que pueda quedar después del cumplimiento de dichas cargas.

Que aplicada esta doctrina al instrumento otorgado el 4 de mayo de 1879, en el que el marqués Ignazio Gentile, para el provecho y para el bien espiritual de los feligreses de Albissola, entregaba al Consejo de Fábrica de aquella iglesia 18.000 liras para que sus rentas fueran aplicadas a la celebración de una misa diaria en las horas y en las condiciones establecidas por él mismo, y en compensación por dicho desembolso el Consejo de Fábrica asumía la obligación de hacer celebrar esa misa, con observancia de las condiciones establecidas, no puede dudarse que en toda la parte de la renta de las 18.000 liras necesaria para el cumplimiento de la carga consistente en la misa diaria el contrato era a título oneroso, como equivalente a toda o a parte de la cantidad desembolsada por el marqués Gentile, y solamente era gratuito por el remanente que quedara después de cumplida dicha obligación.

Que carecen de valor los argumentos contrarios: el de que el equivalente a prestar por el donatario debe ser de orden económico; el de que, no pudiendo ser objeto de un contrato la celebración de las misas, no podía constituir una compensación de la cantidad desembolsada por el marqués Gentile; el de que la carga de celebrar tales misas redundaba en provecho de la Iglesia, para la que dicha carga representaba un medio para la consecución de sus propios fines. No tiene valor el primer argumento, porque preci-

samente son de orden económico los gastos que la Iglesia tenía que hacer necesariamente para que se celebrara la misa diaria ordenada por el marqués Gentile. Y no son de mayor peso la segunda ni la tercera objeción, porque si bien la celebración de la misa, acto de culto puramente espiritual, no constituye un sacrificio apreciable, no excluye e incluso hace necesario un emolumento para el celebrante, y este emolumento, que debe prestarse por el Consejo de Fábrica de la Iglesia, según el mismo Derecho Canónico "*excludit terminos donationis purae, vel causativae ob aliquam oneris mixturam, cum potius agatur de contractu onere correxpectivo ad rigorosos limites justitiae commutativae pro susceptione dicti oneris perpetui*".

Que el desembolso de las 18.000 liras hubiera constituído una verdadera donación en favor de la Iglesia si hubieran sido entregadas al Consejo de Fábrica genéricamente para su aplicación a las necesidades de la Iglesia; pero habiéndose establecido el empleo de su rédito en una determinada obra dispendiosa, según condiciones especiales, por más que la iglesia obtuviera de ello algún beneficio por el incremento del culto, las misas ordenadas constituían económicamente una verdadera carga del contrato para el Consejo de Fábrica; contrato al que en la parte correspondiente a dicha carga sólo se podía aplicar la tasa establecida para los contratos bilaterales" *(Omissis)*.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 10, especialmente apartado *é*; § 12 *a*.

La cuestión no se refería a la forma del acto sino a la tasa del registro. Por eso la sentencia, frente a la figura del contrato mixto, no aplica los criterios de la preponderancia y de la intención (V. vol. I, § 10 *b*, 1.º), sino criterios de equivalencia puramente objetivos; criterios que, lo mismo que el concepto fiscal de los dos contratos, no se aplican indudablemente en el Derecho civil.

Sin embargo, la sentencia es interesante también desde el punto de vista del requisito de forma por lo que en ella se dice para el caso de que la carga sea igual al valor de la cosa donada. Sobre este punto la sentencia se remite genéricamente al Derecho civil, es decir, al art. 1.051 del C. c. de 1865, y adopta el criterio tradicional de Pothier (v. vol. I, § 5 *d* y § 10 *b*).

Según la sentencia, para excluir la donación es necesario que la contraprestación sea apreciable en dinero, pero no como beneficio para el promitente (o disponente) o para terceros, sino como "interés" (o mejor dicho, como sacrificio) de la parte que se obliga a tal contraprestación.

La sentencia no alude a la idea según la cual para excluir la donación se requiere que la carga impuesta no figure entre los fines de la

entidad y no redunde, por tanto, en su beneficio (por el contrario, v. el caso Cadeo cr. Iglesia de Chiari). Pero, aun cuando la sentencia, especialmente en su parte final, sea un poco ambigua sobre este punto, esa idea resulta quizás implícitamente del concepto de "*sacrificio* (del donatario) apreciable en dinero".

Cuestionario:

Vuélvanse a proponer aquí las cuestiones propuestas para el caso Cadeo, cuestiones que en el caso Gentile se aclaran en cierto modo.

Confróntese esta sentencia con la recaída en el caso Cadeo y señálense las diferencias de motivación.

El problema más grave corresponde a la cuestión 10.ª de las propuestas para el caso Cadeo cr. Iglesia de Chiari (la cuestión relativa a la posibilidad de modificar el destino de las rentas). Adviértase que, a diferencia de lo que ocurría en aquel caso, en el caso Gentile las misas habían sido ordenadas no en beneficio del disponente (el marqués Gentile) sino en provecho de la población.

Lo cual sugiere cierta analogía con el contrato en favor de terceros a título gratuito; con la diferencia de que en el caso Gentile los terceros no estaban organizados en una entidad que pudiera hacer la declaración de querer beneficiarse con la disposición (v. art. 1.411 C. c.).

Resuélvase, pues, aquella delicada cuestión y confróntese el caso Gentile con los casos Cadeo, Casasola y Cordepatre, así como con el caso de un verdadero y propio contrato en favor de terceros. En este último caso, y por las razones que señalamos en vol. I, § 8, cabe preguntarse: ¿será necesario el documento público para que se produzcan los efectos en favor del tercero beneficiado a título gratuito?

Asilo Infantil Belluomo cr. Bianchi

App. Torino, 11 abril 1891 (reenvío ordenado por la sentencia de 25 junio 1890 del Trib. de Casación de Torino que había casado la sentencia de 31 mayo 1889 del Tribunal de Apelación de Casale Monferrato; v. *Giur. it.*, 1890, 619). — *Giur. Tor.*, 1891, 462. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

Por escritura privada de fecha 12 de marzo de 1883, el Comendador Belluomo había ofrecido, para sede y dotación de un Asilo Infantil que iba a fundarse, una casa de su propiedad, con huerto, en San Cristoforo (Novi Ligure), declarándose dispuesto a llevar a cabo los actos legales necesarios para perfeccionar la "donación" tan pronto como el Asilo quedara constituído como persona moral. Se había "asociado" también con otros conciudadanos o benefactores, con el fin de proporcionar al Asilo otros medios económicos.

Sobre esta base fué dictado el decreto que reconocía la perso-

nalidad moral del Asilo. Belluomo, que dirigía los trabajos de adaptación de la casa para que pudiera servir de Asilo, fué sorprendido por la muerte antes de que hubiera podido perfeccionar la proyectada "donación". Sus herederos, los señores Bianchi, impugnaron el documento de 12 de marzo de 1883, sosteniendo que se trataba de una donación nula por defecto de la forma requerida; y consiguieron que fuera sellada la casa en la que ya se había instalado el Asilo para ultimar los trabajos de adaptación.

El Asilo Infantil se defendió sosteniendo: 1.º Que las suscripciones para obras pías no tienen necesidad de revestir la forma del documento público prescrita para las donaciones;

2.º Que se trataba, en todo caso, de un contrato oneroso innominado, ya que el Asilo debía destinar todos los bienes recibidos de Belluomo al uso determinado por éste;

3.º Que, de cualquier modo, el contrato era vinculante para Belluomo, por tratarse de una asociación entre los distintos suscriptores o benefactores.

Subsidiariamente, el Asilo pidió el resarcimiento de los daños que había sufrido y sufría por haber sido privado de la casa en la que ya se había "instalado" y de la que había sido expulsado cuando se estaban ultimando los trabajos de adaptción y pocos días antes de la inauguración de la obra. Y, a tal efecto, ofreció probar que el Asilo había sido reconocido como persona moral principalmente en consideración a los donativos y al ofrecimiento de la casa hecho por Belluomo y que, viniendo a faltarle la casa, el Asilo ya no podía funcionar.

El Tribunal de Apelación de Casale Monferrato acogió la primera tesis del Asilo, interpretando en tal sentido la Ley de 3 de agosto de 1862 sobre las obras pías; y afirmó, además, que el Real Decreto de constitución en entidad moral, dictado sobre la base de la escritura privada otorgada por Belluomo, podía equivaler al documento notarial e incluso tenía más valor que éste.

El Tribunal de Casación de Torino, casando la sentencia, dijo que la citada ley sobre las obras pías regula las suscripciones privadas en lo que concierne al modo de reunión o constitución de los fondos o medios económicos necesarios para el funcionamiento de la entidad, pero no en lo que concierne a la forma de los actos de cesión o de obligación. Negó, además, que el Real Decreto pudiera suplir al documento notarial.

El Tribunal de Apelación de Torino, en trámite de reenvío, observa en relación con la primera tesis del Asilo que, según la ley sobre las obras pías de 3 de agosto de 1862:

"Debe hacerse por Real Decreto la fundación de nuevas instituciones de caridad y de beneficencia que tengan una administración especial, previo dictamen del Consejo de Estado, cuando se constituyan por medio de suscripciones o de asociaciones voluntarias. Estas disposiciones se refieren al modo de constitución en las formas indicadas, es decir, cuando resulten de suscripciones o asociaciones voluntarias, pero no excluyen la posibilidad de otros medios de constitución y no hacen que puedan degenerar en simples suscripciones otros actos para los que la ley exige como requisito esencial el documento público."

Añade el Tribunal de Apelación de Torino, de acuerdo con la Casación, que la ley sobre las obras pías no ha pretendido modificar a la ley común en lo que concierne a las formas necesarias para estos actos; e invoca también a este respecto los arts. 932 y 1.060 del C. c. (de 1865).

En cuanto a la tesis del contrato oneroso innominado, el Tribunal de Apelación de Torino observa que en dicha tesis "se confunde el fin benéfico que Belluomo se había propuesto en beneficio de la población de San Cristoforo con la contraprestación propia de los contratos onerosos, inexistente en este caso por parte de la entidad moral que, considerada en abstracto, no tenía que aportar nada para el ejercicio de la beneficencia, que había de hacerse con los bienes donados sin ningún equivalente en beneficio del donante...".

El Tribunal rechaza también la tercera tesis del Asilo (la de que se trataba de una sociedad, en virtud del art. 1.709 del C. c., por lo que se refiere a las obligaciones de los socios, o de una asociación voluntaria para la fundación del Asilo, en la que cada uno aportaba alguna cosa: a saber, Belluomo aportaría la casa y otros asociados aportarían otros bienes o cantidades). Observa a este respecto el Tribunal que es inexacta la denominación de "sociedad" dada a la comisión promotora del Asilo, por faltar el elemento o finalidad de obtener un beneficio o lucro común.

Por último el Tribunal rechaza la reclamación de daños, observando que si la donación es nula por defecto de forma los herederos del donante tienen derecho a recobrar la casa y son, por tanto, inadmisibles las pruebas propuestas antes mencionadas.

También los herederos de Belluomo habían pedido el resarcimiento de los daños ya que, según decían, el Asilo había ocupado abusivamente los locales, haciendo ejecutar provisionalmente la sentencia apelada conforme a la cláusula de ejecución provisional; y contra la voluntad de los herederos había introducido muebles

en la casa, pocos días antes de que dichos herederos consiguieran que ésta fuera sellada.

El Tribunal de Apelación de Torino tampoco accedió a esta petición, motivando en la forma siguiente:

"Del acta de colocación de los sellos resulta que en aquel momento el Asilo estaba en posesión de la casa para realizar los trabajos, que se estaban ultimando, de adaptación de la misma para Asilo, que debía comenzar a funcionar antes del 25 del mismo mes (diciembre de 1883); y si, ciertamente, la colocación de los sellos no fué ilegal, fué vejatoria por parte de los herederos para el Asilo, que quedó imposibilitado para cumplir la voluntad de su principal benefactor."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 10, especialmente apartado *e;* § 12 *a.*

1) ¿Qué fué exactamente lo que entendió el Tribunal de Apelación de Torino en cuanto a la forma de las "simples" suscripciones para obras pías?

Confróntese esta decisión y la del Tribunal de Casación de Torino en el mismo caso con la parte final de la sentencia recaída en el caso Cordepatre cr. Ayuntamiento de Monteleone, y con el caso Bailly cr. Ciudad de Nancy.

2) ¿Cuál es el criterio adoptado por el Tribunal de Apelación de Torino para distinguir el contrato innominado oneroso de la donación *cum onere* o *sub modo*? ¿Y si el Asilo, estando ya constituído, hubiera tenido que aportar algo "suyo", es decir, hubiera tenido que contribuir en parte a la realización o al mantenimiento de la obra? V. sobre este punto los distintos casos recogidos en esta misma sección.

3) Si Belluomo hubiera puesto como condición que el Asilo llevara su nombre, ¿bastaría con esto para excluir la donación? V. el caso Hospital de Milán cr. Garovaglio y el cuestionario correspondiente.

4) ¿Es suficiente la motivación de la sentencia en lo que concierne a la tesis de la sociedad o de la asociación? V. el caso Mazzucchelli y el cuestionario correspondiente; v. también el cuestionario al caso Cordepatre, núm. 9, y las notas a los casos Allegheny College y Martin v. Meles (al final).

5) ¿Cómo se resolvería este caso en el *common law*? V. vol. I, §§ 26 y 30 y § 27 *a*, especialmente nota 1 *f* y nota 3 *e*; v. también los casos que hemos citado en la cuestión 4.ª

6) En cuanto a la petición de resarcimiento de daños presentada por el Asilo, ¿qué piensa el lector de la decisión del Tribunal de Torino, por lo menos respecto a las exigencias de justicia y en relación con las observaciones que hicimos a propósito de la aplicación de un principio análogo al de la *reliance* del *common law*? V. vol. I, § 27, notas 4 y siguientes; v. también el caso Cattaneo cr. Milesi y otros citados en la sección III de este capítulo.

Lo único que se decidió a hacer el Tribunal de Torino en el caso Asilo Belluomo fué rechazar (sobre la base de consideraciones y circunstancias análogas a las de la *reliance*, e incluso más graves) la petición contraria de daños por parte de los herederos.

Tessitori cr. Gagliardi

App. Milano (en trámite de reenvío), 2 junio 1900. — *Mon. Trib.* 1900, 872. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

Giacomo Calderini (de quien eran herederos los señores Gagliardi), o su ejecutor testamentario en cumplimiento de un "legado verbal", había entregado al Rvdo. Tessitori, como representante del Consejo de Fábrica de la Iglesia Parroquial de Borgosesia, la cantidad de 18.000 liras (y quizá más) para que fuera empleada en la elevación de la bóveda de dicha Iglesia Parroquial.

Los herederos Gagliardi pidieron la restitución de tal cantidad, sosteniendo que se trataba de una donación nula por defecto de la forma pública y nula también como donación manual, dada la excesiva cuantía de dicha cantidad en relación con la fortuna del causante Calderini.

En contra, el párroco Rvdo. Tessitori sostuvo (además de la tesis del mandato) que se trataba de un contrato innominado *do ut facias*.

El Tribunal de Milán rechazó esta tesis motivando en la forma siguiente:

"El Tribunal no cree que haya surgido entre las partes una relación jurídica originada por un verdadero y propio contrato conmutativo *do ut facias*. En efecto, incluso tal clase de contratos innominados, a los que alude el art. 1.103 del C. c. cuando establece que todos los contratos, tengan o no tengan una denominación propia, quedan sometidos a las reglas generales de la contratación, deben resultar del acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o extinguir entre ellas un vínculo jurídico (artículo 1.098); y cuando se trata de contratos bilaterales, los contratantes deben obligarse recíprocamente los unos con los otros (artículo 1.099).

Ahora bien, considerada la primera de las mencionadas hipótesis, o sea, la de que Giacomo Calderini algunos días antes de su muerte había entregado directamente aquella cantidad al reverendo Tessitori con el fin mencionado, a saber, para que la empleara después de su muerte en la elevación de la bóveda de la iglesia,

es evidente que, aún admitiendo como cierta esta hipótesis, el reverendo Tessitori no habría asumido por su parte ninguna obligación, pues tratándose de una liberalidad espontánea por parte de Giacomo Calderini, la carga que se añadía a dicha liberalidad no podía considerarse como una contraprestación sino como un accesorio o limitación de la liberalidad y, por lo tanto, no podía constituir una obligación por parte del Rvdo. Tessitori que atribuyera carácter conmutativo al acto" *(Omissis)*.

"Se trata, pues, de una donación modal, tal como se prevé en el art. 1.051 del C. c., porque tal cantidad se entregaba con la finalidad concreta de destinarla a la elevación de la bóveda de la iglesia. Y, una vez admitido que la donación se hacía con esta finalidad, no puede prosperar la excepción alegada por el apelante de que faltaba toda posibilidad de lucro y de beneficio para el donatario.

Las obras a las que Calderini había destinado las cantidades entregadas eran necesarias e indispensables desde el punto de vista de la higiene, del arte y de la solidez, como el mismo apelante declaró en el pleito apoyándose en una carta del arquitecto Parrocchetti...; si con aquellas cantidades se quería atender a dichas obras, la iglesia, que de no ser por ello hubiera tenido que proveer más tarde o más temprano por otros medios, vendría a obtener un beneficio y a enriquecerse indirectamente por efecto de aquella donación.

Por lo demás, el citado art. 1.051 del C. c. considera como donación a cualquier liberalidad sea cual fuere su causa y también a aquella liberalidad que se haga imponiéndose una carga al donatario; no distingue a este respecto, por lo que el acto sigue siendo donación aún en el caso de que la carga absorba todo lo que constituye el objeto de la donación. ¿Y cómo pueden excluirse los caracteres de la donación en el acto en cuestión, si la carga establecida había de redundar indirectamente, como se dijo, en beneficio del donatario?"

La sentencia acoge, pues, la tesis de la nulidad de la donación manual por defecto de documento público.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 10, especialmente apartado *e*; § 12 *a*; § 38 *a*.

Confróntese este caso con los casos Cordepatre, Cadeo, Hacienda contra Gentile y otros de esta misma sección, y con los casos franceses Reverchon, De Mailly y otros de la sección IV. Indíquense las diferencias en cuanto a los casos y a las respectivas sentencias.

1) ¿Qué piensa el lector acerca de la tesis según la cual para que

exista un contrato conmutativo se requiere una contraobligación? ¿No existía en este caso la contraobligación de reparar la bóveda de la iglesia? V. vol. I, § 10 *a*, *f*, y nota 12.

2) ¿Qué valor tiene la consideración de que las obras de reparación de la iglesia eran necesarias e indispensables? Si no lo hubieran sido, ¿podría quedar excluída la figura de la donación?

3) ¿Existiría en el *common law* (en cuanto a la promesa de una cantidad) una *consideration* válida o, por lo menos, una *reliance* en el sentido a que aludíamos en el vol. I, § 27 *a*?

4) ¿Cómo se resolvería la cuestión en el Derecho francés?

Nota-resumen sobre los casos de esta sección.

1) En general, a excepción de algún caso (como Cordepatre y De Sanctis) la jurisprudencia italiana ha resuelto el grave problema de la promesa o enajenación en favor de una entidad moral aplicando los criterios siguientes:

a) Si la carga impuesta corresponde a las funciones o fines de la entidad (o, lo que es lo mismo, si no se impone una carga específica), se excluye la figura del contrato conmutativo y se encuadra el caso dentro del esquema formal-causal de la donación. Con ello se atiende fundamentalmente al hecho de que la carga redunde en beneficio del donatario (la entidad); sin atender para nada al interés moral e incluso patrimonial que pueda tener el promitente en el cumplimiento de la carga, ni a la conducta, limitación de libertad o sacrificio impuestos a la entidad promisaria; ello obedece a la consideración de que tal sacrificio no es patrimonial o susceptible de valoración económica. Esta directriz concuerda con la otra, más general, que toma en cuenta la circunstancia de que la carga redunde en beneficio del donatario; y con la tradición acogida por Pothier (v. vol. I, § 5, nota 20; v. también Planiol en nota al caso David).

b) Si la carga no corresponde a los fines de la entidad, faltando entonces ese criterio se resuelve el problema con los criterios corrientes mencionados en el vol. I, § 10 *b*. V. también el caso Garovaglio cr. Hospital de Milán, en la sección anterior.

Por el contrario, la jurisprudencia francesa atiende al interés, aunque no sea patrimonial, del promitente: v. vol. I, § 9, notas 4 y 10 y § 38, nota 43; v. los casos Reverchon, De Mailly y otros de la sección IV de este capítulo, así como la jurisprudencia citada por Trasbot en el *Traité pratique* de Planiol, núm. 315 (v. vol. I, § 12 *a*).

2) Sin embargo, el problema de la donación en favor de una entidad puede examinarse también desde otro punto de vista (v. sección III de este capítulo). Este punto de vista se basa en la consideración de que la carga impuesta a la entidad donataria consista en la realización de una obra que esté destinada a quedar en propiedad de la misma entidad y que, aunque corresponda genéricamente a las finalidades de la entidad, no entre en sus planes o programas o no tenga cabida en su presupuesto.

En tal caso puede presentarse el problema de un gasto que no se hubiera hecho de no hacerse la promesa o la enajenación y que quedaría al descubierto (en el balance de la entidad) después de realizada la obra si la promesa o la enajenación no fuera mantenida. Especialmente cuando la promesa tuviera por objeto una cantidad de dinero (v. los casos Ayuntamiento de Agliè, Casasola, Cordepatre, Cavezzali, Asilo Belluomo, Tessitori; y ténganse en cuenta los supuestos de hecho, distintos en cada caso, en relación con este criterio del plan o programa de la entidad).

En estos casos, y en otros semejantes, se puede hacer justicia adoptando la solución de la jurisprudencia francesa a que antes nos referíamos (v. sin embargo, el caso Bardet), o bien recurriendo a los remedios que veremos en la sección III de este capítulo. Si la obra no está destinada a quedar en propiedad de la entidad, entonces pueden aplicarse los criterios señalados supra, 1.° *b*, teniendo presente que, aun en estos casos, cuando surja la figura de la donación (nula por defecto de forma) ciertas exigencias de justicia o de protección de la confianza del promisario que ya ha realizado la obra, podrían aconsejar la adopción de algún otro remedio, como veremos en la sección III de este mismo capítulo.

SECCIÓN III

La protección de la confianza del promisario (reliance, en el common law) en relación con los problemas examinados en las dos secciones anteriores

(V. vol. I, § 9, nota 11; § 17, al final; § 27, notas 4 y sigts.)

(Jurisprudencia italiana)

Nota introductiva. — Como ya vimos en el vol. I, § 27 *a*, en el *common law* se presenta el problema de la *reliance* cuando, aun sin haber sido requerida como *consideration*, sea racionalmente previsible por parte del promitente una determinada actividad o conducta del promisario, y éste observe efectivamente esa conducta por haber confiado en la promesa no formal. En el *civil law*, y en relación con la figura de la donación *cum onere* (nula por defecto de forma), el problema se presenta cuando dicha actividad, obra o conducta, haya sido requerida por el promitente y se haya cumplido por parte del promisario sobre la base de su confianza en tal promesa (v. vol. I, § 27, notas 4 y sigts.).

El problema que se plantea es el de *hacer justicia* (v. vol. I, § 19 *a*) a quien confiando en una promesa (nula por defecto de forma, pero que de no ser por ese defecto sería vinculante por haberse hecho seriamente y con la intención común de contraer un vínculo jurídico) ha sufrido un sacrificio, es decir, ha observado una conducta que representa un cierto sacrificio; conducta o sacrificio previsibles por el promitente (en el *com-*

mon law) o impuestos por éste como condición, modo o carga de la promesa (en el *civil law*).

Basta leer los casos que vamos a señalar y los que estudiaremos en esta misma sección, para darse cuenta de que tal exigencia de justicia existe y es grave.

Entre los casos ya examinados en este volumen, el problema se presentaba expresa o implícitamente en los siguientes:

— De Sangro cr. Marchetti: v. cuestión 7.

— Hospital de Milán cr. Garovaglio: v. cuestión 7.

— Carrari cr. Masiero: v. cuestión 12 (v. también el caso Garabello contra Fusani).

— Humar cr. Zbogar: v. cuestión 3.

— Pastorino cr. Pastorino: v. cuestiones 4 y 5.

— Ayuntamiento de Agliè cr. Tapparo: v. cuestión 3.

— Cordepatre cr. Ayuntamiento de Monteleone: v. cuestión 4.

— Asilo Infantil Belluomo cr. Bianchi: v. cuestión 6.

Pero, en cierto modo, este mismo problema se presentaba también en los otros casos citados en la nota-resumen al final de la sección anterior, apartado 2.º.

En los casos Debens cr. Dellarole, Fiammingo cr. Opera Naz. Combattenti, Wild cr. Wild, Ranzato cr. Scarneo, el problema podía presentarse en el aspecto de una conducta previsible más que en el de una conducta exigida por el promitente (v. cuestión 5 en la nota al caso Debens y cuestiones 3 y 4 en la nota al caso Ranzato).

En cuanto a la jurisprudencia francesa, véanse los casos siguientes:

— Reverchon cr. Ayuntamiento de Morez: cuestión 6.

— Bardet cr. Iglesia de Saint-Martin: cuestión 2.

— David cr. Ayuntamiento de Vaison: en nota.

— Spitalieri de Cessoles cr. Henn y Hargreaves: cuestión 4.

— Ciudad de Marsella cr. Emperatriz Eugenia: cuestión 7.

También en algunos de los casos mencionados en los capítulos IV y V (Societé Cultuelle cr. Barouk; Alcalde de Caen) podía presentarse este problema, aunque en otros aspectos.

Entre los casos recogidos en el capítulo III, el problema se presentaba o se podía presentar en los casos Bianciotto cr. Pignatelli (v. cuestiones 1 y 2); Caccia cr. Caccia (v. cuestión 1) y Richer Goumarin contra Richer.

Ahora bien, esa exigencia de hacer justicia en casos semejantes puede satisfacerse, más o menos, de alguno de los modos siguientes:

1) Se puede condenar a quien no mantiene la promesa o se hace restituir lo entregado (donación real nula) al resarcimiento de los daños, o sea al interés negativo; daños sufridos por la otra parte a consecuencia de haber cumplido la carga confiando en la promesa o en la entrega.

La condena al interés positivo equivaldría al mantenimiento de la promesa, es decir, a una acción contractual; carácter que no tendría, por el contrario, la acción para el resarcimiento de esos otros daños.

2) O bien, se puede condenar al promitente a que mantenga la promesa o la enajenación y a resarcir el interés positivo.

3) Una variedad del primer remedio puede darse en aquellos casos en los que la carga impuesta al promisario consista en hacer un gasto cuyo resultado haya de redundar en beneficio suyo (adquirir una cosa, construir una escuela que queda en propiedad del promisario, etc.), pero un gasto que no entraba en los planes o en las posibilidades de dicho promisario. En estos casos se podría condenar al promitente a mantener la promesa, pero atribuyéndole el resultado de aquel gasto, cuando ello fuera posible: una especie de reposición en la situación anterior. V. la nota al caso Cattaneo cr. Milesi.

El primer remedio no siempre es de fácil aplicación, ya que el daño o interés negativo suele ser muy difícil de determinar: así, en los casos en que el daño resulte de haber hecho un gasto que no entrara en los planes o en las posibilidades del promisario y en aquellos casos en los que la carga que se le impone o el sacrificio sufrido por él tengan más bien carácter moral. Esto último sucede, por ejemplo, en aquellos casos en los que la carga consiste en el cambio de nombre, en el abandono de un proyecto de matrimonio (v. el caso Arrigoni cr. Mera-Pelitti), en la convivencia o compañía cuando ésta no tenga valor patrimonial para el promitente o para el promisario (v. los cuatro últimos casos de la sección I de este capítulo).

La elección entre aquellos tres remedios debería confiarse al juez; éste habría de ver cuál de ellos, en relación con las circunstancias del caso concreto, era el más adecuado para hacer justicia. Imponer invariablemente una de aquellas tres soluciones podría no ser conveniente para los fines de la justicia. Por lo demás, hemos visto y tendremos ocasión de volver a verlo con más detenimiento, que en materia de contratos a título gratuito o de carácter dudoso, especialmente si son innominados, la determinación y la medida de la sanción dependen de la *cause juste,* es decir, de las circunstancias que la representan (v. vol. I, § 14 *e*; § 14 bis; § 20; § 27, notas 4 y sigts.; v. también infra cap. IV).

La exigencia de la protección del promitente y de su familia, que da lugar a que se requiera el documento público en las donaciones, incluso en las donaciones *cum onere* cuando la carga no constituye un beneficio o un sacrificio patrimonial equivalente (v. vol. I, § 8 y § 10 *b*), debería ceder en tales casos ante las mencionadas exigencias de justicia y ante la necesidad de proteger también la confianza de quien ha cumplido la carga. Por lo demás, hay que tener en cuenta:

Que por una parte, esos remedios, especialmente el primero y el tercero, más que a mantener la donación como contrato tienden a resarcir el daño sufrido a consecuencia de esa confianza; e incluso el segundo remedio, a pesar de presentarse en el aspecto de una acción contractual, representa en realidad un sustitutivo de los otros para el caso de que éstos no resulten aplicables o no sean suficientes para hacer justicia.

Que, por otra parte, aun en un caso claro de contrato a título oneroso, en el que la contraprestación represente un sacrificio patrimonial para el promisario pero no un beneficio patrimonial para el promitente (v. vol. I, § 13 *b*), el contrato no se considera como donación y no queda sometido a las formas correspondientes, aunque pueda ocasionar un perjuicio patrimonial al promitente o a su familia. En definitiva, el concepto del contrato a título oneroso se funda en la carga o sacrificio (patrimonial, según nuestra jurisprudencia) impuesto al promisario, más que en el beneficio (patrimonial) para el promitente. La diferencia entre los casos a que aludíamos en el vol. I, § 13 *b* y estos otros casos, consiste en que en los primeros basta con una obligación del promisario de sufrir el sacrificio (patrimonial), mientras que en los segundos se necesita que la carga haya sido efectivamente cumplida confiando en la promesa. Por último, en algunos casos se protege también a los legitimarios y a los acreedores (v. nota al caso Cattaneo cr. Milesi).

Queda el problema de ver si la adopción de esos tres remedios es admisible en nuestro Derecho positivo.

El problema es grave, pero la empresa de resolverlo adecuadamente no es desesperada.

En rigor, en cuanto al primer remedio, no parece aplicable el artículo 1.337 C. c. ital. que prevé la responsabilidad por la ruptura de las negociaciones preliminares o por interrumpir sin justa causa el proceso normal de formación de un contrato; porque en estos casos las partes ya han formado o ya han creído formar el contrato, aunque éste sea nulo (por defecto de las formas de la donación). Tampoco parece aplicable el art. 1.338 C. c. ital., porque no siempre sabe o debería saber el promitente que el contrato que celebra es nulo por defecto de forma; ni podría hablarse, en general, de un deber del promitente de dar noticia de ello a la otra parte; y, en todo caso, tratándose de un hecho visible y de una norma jurídica relativa a la forma, ambas partes deberían saberlo. De todos modos, se trataría sólo del remedio consistente en el interés negativo, no siempre aplicable o no siempre suficiente, como hemos visto.

Pero no sería imposible hacer una aplicación extensiva de aquellos artículos o de los principios que los inspiran e inspiran análogas soluciones en los códigos, en la doctrina y en la jurisprudencia de otros países de *civil law,* para resolver estos casos; que son precisamente los casos en que reviste más gravedad la injusticia de dejar sin reparación el perjuicio sufrido por quien ha hecho un sacrificio cumpliendo la carga por haber confiado en la promesa o en la enajenación.

En el hecho de cumplir este sacrificio, en la *causa data* o *res praestita,* se podría ver algo más que la simple "aceptación" de una donación (v. vol. I, § 1 *c*; § 17 y § 35 *a*).

En el *cumplimiento* de este sacrificio podría verse también una *cause juste* o *suffisante* para la obligatoriedad de las promesas independientemente del esquema formal-causal de la donación. Sería ésta una exten-

sión, probablemente lícita, de los principios de la *cause suffisante et juste que, en el fondo, inspiran todo nuestro sistema contractual.* Como la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual tiene zonas intermedias o de "derecho mixto" (v. también volumen I, § 27 *c*), estas consideraciones vendrían a corroborar la solución que puede obtenerse mediante la extensión de los principios que inspiran los arts. 1.337 y 1.338 C. c. ital. Especialmente en aquellos casos en los que, no siendo aplicable o suficiente el remedio consistente en el resarcimiento del interés negativo, la reparación en forma específica (es decir, el mantenimiento de la promesa) se presenta como el medio más adecuado para reparar el perjuicio causado con la promesa y, por lo tanto, para hacer justicia.

Por lo demás, la jurisprudencia italiana y la francesa, cuando la aplicación literal de las fórmulas de los códigos llevaba a una injusticia grave no han vacilado en modificar el texto de la ley para profundizar en su espíritu (así se hizo a propósito del art. 38 de nuestro antiguo Código de Comercio; v. art. 1.224 del nuevo C. c.); o en volver a la tradición que precedió a las codificaciones (como ha hecho la jurisprudencia francesa a propósito de las donaciones manuales y de las disimuladas: v. vol. 1, § 38 *a, d*).

Ahora bien, en cierto modo los remedios antes mencionados estarían también de acuerdo con nuestra tradición, la tradición de la *causa data* o de la *res praestita,* para los casos en que la carga se hubiera cumplido efectivamente: v. vol. I, § 1 *c*; § 2 *b*; § 3; § 4 *d* y § 36, nota 7.

Naturalmente, esa tradición tendría que ser adaptada al problema concreto de la donación no formal y a los principios, especialmente en materia de *cause juste,* que inspiran el moderno sistema contractual.

No hay que pensar por ello que, adoptando esa solución, vinieran a convalidarse todos los contratos formales sobre la base del cumplimiento de una de las prestaciones (p. ej., una venta de inmuebles, en el Derecho italiano: v. vol. I, § 18). La consecuencia sería excesiva, porque las razones que inspiran el requisito de la forma en la donación, especialmente si se considera ésta como esquema genérico para ciertos contratos atípicos, son distintas de las que inspiran el requisito de forma en otros contratos: v. vol. I, §§ 8, 13 y 18.

Si nuestra jurisprudencia quisiera hacerlo no le faltarían los medios para arbitrar una solución análoga a la del § 90 del *Restatement* americano sobre los contratos, naturalmente *mutatis mutandis* y adaptando tal solución al caso de una obligación de dar o de una enajenación (considerada en principio como donación) con una carga efectivamente cumplida después sobre la base de la confianza en la promesa o en la enajenación (que de no ser así sería nula por defecto de forma): v. volumen I, § 27 *a,* notas 4 y sigts.

En algunos casos nuestra jurisprudencia ha tenido conciencia del problema y lo ha resuelto con medios técnicos o con soluciones más o menos adecuadas o directas. Así:

En el caso Ayuntamiento de Agliè, en el que la sentencia toma en consideración una donación posterior, si bien de menor entidad, "que serviría en todo caso para exonerarle a él (donante) y a sus herederos de la *responsabilidad* que de alguna manera le hubiera impuesto el hecho anterior por los *gastos* y *molestias* causados a la Congregación y al Asilo como consecuencia de la *primera promesa*".

En el caso Asilo Infantil Belluomo, en el que para sancionar la conducta vejatoria de quien retira la promesa o la enajenación (nula por defecto de forma) la sentencia rechaza la reclamación de daños presentada por los herederos del promitente como consecuencia de la conducta del promisario: remedio, en realidad, poco adecuado.

En el caso Humar, en el que se admite la posibilidad (supeditada al resultado de las pruebas) de una acción extracontractual por daños, como consecuencia del "fraude" que comete quien hace una promesa y después la retira; fraude que, en realidad, representa más bien una presunción o una ficción (v. vol. I, § 1 *b*; § 3 *a*; § 26 *a*).

En los casos Garabello, Carrari y Pastorino, la sentencia ha superado el problema calificando de oneroso a un contrato que, en ciertos aspectos, podía considerarse también como una donación: v. especialmente la cuestión 12 en la nota al caso Carrari (solución análoga a la de la jurisprudencia francesa).

En cambio, en el caso De Sangro cr. Marchetti la sentencia se plantea abiertamente el problema y lo resuelve negativamente, a pesar de la gravedad de las circunstancias. La sentencia invoca un texto romano, sobre el cual véase nota al caso Cattaneo cr. Milesi.

La jurisprudencia francesa ha superado el problema, calificando como contratos conmutativos a algunos en los que, sea por los principios tradicionales (v. vol. I, § 10 *b*), sea por la intención de las partes, era mucho más probable que se tratara de donaciones; v. los casos Reverchon, Ciudad de Marsella y otros, en la sección IV de este capítulo. Para ello la jurisprudencia francesa ha encontrado también apoyo en la concepción de la *cause suffisante* propia de cierta doctrina y de la jurisprudencia francesas (v. vol. I, § 9, especialmente notas 4 y 10). Pero, como resultará de la lectura de aquellos casos y de nuestro comentario, las sentencias tampoco dejan de recurrir al argumento de que la carga había sido efectivamente cumplida o de que con la promesa se había impuesto un gasto *especial* al promisario (v. también vol. I, § 17 y § 27, notas 4 y siguientes, así como la parte final de la sentencia recaída en el caso Bresson y la cuestión 4.ª en la nota al caso Spitalieri de Cessoles).

En esta sección recogeremos dos casos en los que las sentencias se han planteado abiertamente el problema que nos ocupa y lo han resuelto en el sentido de mantener la promesa pra proteger a quien ha cumplido la carga confiando en dicha promesa. Los caminos seguidos por esas sentencias para llegar a la solución pueden parecer oblicuos, indirectos o discutibles; pero, fundamentalmente, el resultado es el que hemos mencionado.

Después de reflexionar sobre estos dos casos y sobre todos los citados en esta nota introductiva, el lector podrá ver por sí mismo si los tres remedios antes señalados son convenientes o eficaces para conseguir la finalidad de hacer justicia y si son admisibles en nuestro Derecho positivo.

Arrigoni-Ferrari cr. Mera-Pelitti

Cass. Torino, 29 mayo 1878. — *Mon. Trib.*, 1878, p. 712.
(Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"Sobre el tercer motivo: — Considerando que la cuestión sometida a la decisión del Tribunal de Varese consistía en ver si en la carta de fecha 15 de marzo de 1867, en la que el difunto caballero Baroffio comunicaba a su prima Giuseppina Mera que si se celebraba el proyectado matrimonio de la hija de ésta, Annetta Pelitti, él, de acuerdo con lo que había manifestado al arcipreste Martinelli, entregaría a la esposa una dote de 1.000 liras, pero con la condición de que cuando la madre dejara de convivir con los esposos éstos deberían entregarle una prestación vitalicia de 100 liras..., si en tal carta se contenía una donación sometida a las reglas establecidas en los arts. 1.050 y sigts. del C. c., o bien otro contrato creador de una obligación civil para Baroffio y para su heredero;

Que el contenido de dicho escrito presentaba a primera vista los caracteres de una doble promesa de donación, onerosa para la hija y completamente gratuita para la madre, pero desprovista de eficacia jurídica habida cuenta del defecto de la forma pública exigida bajo pena de nulidad por el art. 1.056 del C. c. Pero el Tribunal de Varese negó que se tratara de una donación, aduciendo como justificación de esta opinión: que Baroffio se había referido a las manifestaciones hechas al arcipreste Martinelli, quien después en un escrito suyo había declarado que Baroffio, como heredero de su tía Antonia Noseda, había recibido de ésta el encargo fiduciario de emplear una cantidad en beneficio de Giuseppina Mera; que la promesa de dar la dote había sido sometida a la condición de una prestación vitalicia en favor de la madre para el caso de que ésta dejara de convivir con los esposos; que Baroffio debía sentir el deseo, la necesidad moral de socorrer a su prima necesitada y a la hija de ésta; que ésta había contraído un matrimonio bien visto y estimulado por él, con lo que, dijo el Tribunal, la buena voluntad de Baroffio se convirtió en una verdadera obligación jurídica engendrada por el cumplimiento de sus deseos; que

la aceptación, o mejor la reclamación de las 1.000 liras prometidas hecha frente al heredero Giuseppe Baroffio, habría hecho surgir un contrato de conformidad con los arts. 1.098 y 1.099 del C. c., fuera cual fuese su denominación;

Considerando que entre estos distintos criterios resulta imposible discernir cuál haya sido el verdadero motivo que inspiró la decisión del Tribunal; que es imposible saber, especialmente dada la forma nada clara ni concreta en que han sido enunciados en la sentencia, si, en la mente de los juzgadores, alguno de dichos criterios fuera de tal naturaleza como para excluir, por sí solo y con independencia de los otros, el carácter de donación del acto examinado; máxime teniendo en cuenta que algunos de estos argumentos serían contradictorios entre sí, como el de que Baroffio no había hecho otra cosa que cumplir la voluntad, expresada fiduciariamente, de su causante Antonia Noseda y el de que el acto en cuestión había sido determinado por el deseo o por la necesidad moral de socorrer a la prima necesitada; y también el de que estaba vinculado por la obligación jurídica nacida del hecho de haber cumplido Annetta Pelitti los deseos de Baroffio, al celebrar el matrimonio aconsejado por éste;

Que admitido esto y no pudiendo negarse que en las mencionadas proposiciones de la sentencia recurrida se contienen varios errores jurídicos que revelan en los jueces que la dictaron una idea inexacta acerca de los caracteres intrínsecos de la donación, no puede dicha sentencia quedar libre de censura por parte del Tribunal Supremo;

Que, en efecto, constituye un error el decir en términos generales que un acto no es donación por haberse impuesto al donatario la carga de pagar una pensión vitalicia. El art. 1.051 del C. c. advierte expresamente que es también donación la liberalidad que se hace imponiendo alguna carga al donatario.

El Tribunal hubiera debido considerar, pues, si la prestación vitalicia impuesta a cargo de la hija y en favor de la madre era de tal importancia, teniendo en cuenta especialmente la edad de ésta, como para absorber enteramente la cantidad prometida a la hija, ya que mientras quedara una pequeña parte a disposición de ésta existiría el elemento de la liberalidad. El Tribunal no hizo esto y menos todavía tuvo en cuenta que la carga impuesta a la hija en modo alguno podía convertir el acto en oneroso respecto a la madre, en cuyo beneficio se había hecho también la promesa, y por quien había sido reclamado su cumplimiento tanto en interés propio como en interés de la hija.

Es error decir que el acto de liberalidad queda excluído por el deseo o por la necesidad moral de asistir a la prima necesitada y a su hija. El socorrer la necesidad, aún entre parientes y especialmente cuando el donante no está obligado a los alimentos, precisamente por no constituir más que una obligación moral, que los juristas distinguen también de la obligación natural, nunca ha sido considerado como una obligación civil, *nam* — dice Paulo — *et si honeste, ex liberalitate tamen fit* (L. 12, § 3. Dig. *de administrat. et peric. tut.* 26, 7).

No tiene mayor valor la afirmación de que el mismo Baroffio había deseado y estimulado el matrimonio de Annetta Pelitti con Giuseppe Palladini; y el Tribunal se hubiera convencido fácilmente de ello a poco que hubiera tenido en cuenta lo dispuesto en el art. 1.087 del C. c., que al declarar que son irrevocables las donaciones hechas en contemplación a un determinado matrimonio, viene de este modo a reconocer a semejantes actos, aunque sean realizados por el padre o la madre, verdadero carácter de donación.

Por último, es completamente absurdo decir que con la aceptación hecha por la madre, cuando aún no se había celebrado el matrimonio de su hija con Palladini, surgiera un verdadero contrato bilateral, en conformidad con los arts. 1.098 y 1.099 del Código civil.

Bilateral, según la definición que da el mismo art. 1.099, es aquel contrato en cuya virtud los contratantes se obligan recíprocamente unos frente a otros. Pero no puede imaginarse ningún contrato que vincule la libertad personal de una de las partes hasta el punto de obligarla a contraer matrimonio o a preferir un esposo a otro. Objeto de los contratos, dice el art. 1.116, sólo pueden ser las cosas que están en el comercio, y la libertad del hombre está por encima de todo comercio.

Quedaría el argumento basado en el encargo fiduciario. Es cuestión muy debatida en la doctrina y en el foro (v. Laurent, *Principes du droit civil français*, t. 12, p. 436) la de saber si una donación que tenga por causa el cumplimiento de una obligación natural, como indudablemente sería la obligación nacida de un encargo fiduciario no expresado en forma adecuada para producir una obligación civil del heredero y un derecho que pueda hacer valer en juicio el tercero, puede calificarse de verdadera donación sometida a las formalidades exigidas por la ley civil para las donaciones. La dificultad se agrava todavía más a la vista del art. 1.051 del C. c. ital. (que no tiene una regla correlativa en el Código francés), que expresamente incluye entre las donaciones

a las liberalidades hechas por reconocimiento o en consideración a los méritos del donatario, o como especial remuneración, donaciones que, más o menos, tienen todas como fundamento una obligación natural. Pero tal cuestión no fué tratada para nada por el Tribunal, que se contentó con decir que Baroffio, según resultaba de los autos, tenía la obligación de cumplir disposiciones fiduciarias que le había encomendado Antonia Noseda, entre ellas la de emplear una cantidad en favor de Giuseppina Mera, sin decir ni siquiera si se trataba de obligación natural o civil y sin examinar qué influencia podía ejercer tal disposición fiduciaria respecto a Annetta Pelitti, en cuyo favor había prometido Baroffio la dote de 1.000 liras.

Por tanto, tampoco este argumento, aun prescindiendo de todo lo dicho anteriormente, valdría para defender a la sentencia de la censura que merece por los otros errores que implican una manifiesta infracción de los arts. 1.050 y 1.051 invocados en el recurso." *(Omissis.)*

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 9, 10, 11 y 27, notas 4 y sigts.

La sentencia del Tribunal de Varese había intentado sustraerse a la rigidez impuesta por nuestro esquema causal-formal de la donación en un caso en el que la violación de la palabra dada y sus consecuencias se revelaban como muy injustas y graves. Adviértase que la promesa había sido hecha no sólo para inducir a celebrar un determinado matrimonio sino, según parece, para que se abandonara a un novio con quien ya iba a celebrarse el matrimonio, para aceptar a otro.

Para librarse de dicha rigidez el Tribunal de Varese no vaciló en acoger un criterio análogo, en cierto modo, al que inspira la *consideration* del *common law* o el principio general de la *reliance*: v. nota introductiva a esta sección.

Pero el mismo Tribunal, no sintiéndose seguro de la admisibilidad de tal criterio en nuestro Derecho, añade otros criterios, como advierte la Casación, de manera bastante confusa e incoherente. Lo mismo se hizo en el caso Cattaneo cr. Milesi; v. también los casos Ayuntamiento de Agliè y Humar.

Esto demuestra la dificultad en que se encuentran nuestros Tribunales frente a las más graves violaciones de la palabra dada en los llamados contratos innominados absorbidos dentro del esquema causal-formal de la donación. La jurisprudencia francesa, ante preceptos de su Código semejantes a los nuestros, ha tratado de superarlos de manera más sencilla; v. nota introductiva.

Contra aquel intento del Tribunal, la Casación invoca el art. 1.087 del C. c. de 1865. Pero falta ver si el art. 1.087 se refiere a casos en los que, más que la "contemplación" de un matrimonio, exista por parte del promitente la inducción a contraer un determinado matrimonio y a de-

sistir de otro; y si, en todo caso, el hecho de que el art. 1.087 considere tal supuesto como donación puede servir para resolver el problema propuesto en la nota introductiva a esta sección (v. en el cap. III el caso Nicolini cr. Nicolini, cuestión 4.ª).

Además de este problema, el caso Arrigoni presenta otros aspectos, y si lo hemos clasificado en esta sección es solamente por conveniencia. Examinaremos a continuación esos otros aspectos.

Sobre la obligación natural nacida del encargo fiduciario, como causa suficiente de una promesa no revestida de las formas de la donación, v. vol. I, § 11, notas 19 y 20, y el caso Danani cr. Gonzaga en el cap. III. En el presente caso el Tribunal de Casación pone de relieve acertadamente que el encargo fiduciario no se refería a Annetta Pelitti.

Ciertamente, la Casación no resuelve este punto ni, en general, el de la obligación natural como causa suficiente; pero parece resolverlo implícitamente en sentido negativo.

En cuanto a la obligación natural de socorrer a un pariente necesitado, como causa suficiente en el sentido que acabamos de indicar, v. volumen I, § 11 *b*, 2.° especialmente nota 10; y los casos Baratta-Prada contra Faccioli, y otros citados en el cap. III.

Por lo que se refiere a la contraprestación vitalicia de 100 liras en favor de la madre de Annetta Pelitti, se pueden plantear las siguientes cuestiones:

1) ¿Es exacto, como dice la Casación, que con tal de que quedara a disposición de Annetta Pelitti una pequeña parte del capital de 1.000 liras que se le había prometido, se daría siempre el elemento de la liberalidad y, por lo tanto, la exigencia de la forma propia de la donación? ¿Y el elemento aleatorio? V. la nota a los casos Peybernès y Blin.

2) ¿Se puede exigir la forma de la donación, al menos en cuanto a la renta de 100 liras, para que el contrato produzca efectos en favor de la madre?

3) ¿La promesa de entregar 1.000 liras se hizo a la madre de Annetta Pelitti o también a esta última?

¿Aceptó Annetta Pelitti la promesa de las 1.000 liras? ¿Cómo la aceptó?

4) ¿Puede admitirse la afirmación del Supremo Tribunal de que nunca puede existir contrato bilateral o, mejor dicho, a título oneroso, libre de forma, cuando la contraprestación o conducta (matrimonio) impuesta a la otra parte no pueda constituir por sí misma el objeto de una obligación? V. vol. I, § 10 *a*, *f*, y nota 12; v. también el caso De Sangro cr. Marchetti, cuestión 5 y el caso Carrari cr. Masiero, cuestión 12.

Cattaneo cr. Milesi

App. Torino, 30 enero 1912 (inédita). — (Sentencia transcrita textualmente, salvo algunos *omissis*.)

"*Hechos.* — Por escritos de 29 de abril y 24 de mayo de 1910, Ettore Librè demandó ante el Tribunal de Torino a Gina Milesi y exponiendo que tras largas negociaciones entre ellos se había convenido en enero de 1910 que Gina Milesi le entregaría 18.000 liras como precio de la mitad del valor del negocio explotado por Librè con el nombre de "Café Carignano" en vía Andrea Doria, número 8 de esta ciudad, y que mediante el pago de dicha cantidad pasaría el negocio a pertenecer en comunidad a Librè y a Gina Milesi, quienes lo explotarían en sociedad, y alegando que después Gina Milesi se había negado a formalizar el correspondiente contrato, con grave daño para Librè, pedía que se le declarara dispuesto a cumplir por su parte el contrato dentro de un plazo breve, y que, en caso de que Gina Milesi se negara, fuera condenada a pagar los daños fijados en la cantidad de 20.000 liras, más los intereses y las costas.

A su vez, Gina Milesi, por escritos de 19 de julio y 6 de agosto de 1910, demandaba ante el mismo Tribunal al Comendador Emilio Cattaneo y al abogado Luigi Ravasenga y, previa la admisión de la verdad de lo expuesto por Libré y añadiendo que ella se había visto en la imposibilidad de cumplir su obligación con este último tanto por culpa de Cattaneo, quien después de haberla inducido y de hacer que se decidiera a concluir el contrato con Librè prometiendo entregarle la cantidad de 18.000 liras necesaria para ello, no había mantenido su promesa, como por culpa del abogado Ravasenga, quien después de haber recibido en depósito tal cantidad de manos de Cattaneo y por cuenta de Gina Milesi, se había negado a entregársela a ésta, alegando una contraorden de Cattaneo y restituyéndosela a este último, pedía que se declarara a Cattaneo y a Ravasenga solidariamente obligados:

1.º A sustituirla plenamente en las demandas presentadas contra ella por Librè y, por tanto, a asumir la causa a su riesgo y peligro.

2.º A entregarle inmediatamente a ella la cantidad de 18.000 liras, con los intereses devengados desde el 30 de enero de 1910, con abono de las costas y de los daños.

Celebrada la vista de ambas causas en la misma audiencia el día 10 de noviembre de 1910, tanto Librè como Gina Milesi soli-

citaron en sus conclusiones que se admitieran las peticiones formuladas en las respectivas demandas, proponiendo el primero, si fuera necesaria, una prueba testifical de la que no hubo necesidad por haber admitido Gina Milesi lo manifestado por él, y presentando ella numerosas cartas y algún telegrama de Cattaneo, además de ofrecer la prueba testifical de que Cattaneo había enviado y el abogado Ravasenga había recibido y retenía las 18.000 liras por cuenta de Gina Milesi, y que, sin embargo, este último solamente le había ofrecido algunos centenares de liras."

Cattaneo solicitó probar por testigos, entre otras cosas, una relación de concubinato entre él y Gina Milesi, y pidió la desestimación de las demandas de ésta. Observando, a este respecto, que la promesa que en sus cartas había hecho a Gina Milesi de entregarle 18.000 liras para el fin especificado en dichas cartas no era válida, tanto porque constituía una donación y hubiera debido por ello ser hecha en documento notarial bajo pena de nulidad radical, como porque, en todo caso, se fundaba en una causa ilícita, es decir, en las relaciones hasta aquel momento existentes entre él, septuagenario, y la joven Milesi.

"Negaba, además, Cattaneo que hubiera depositado las 18.000 liras en poder del abogado Ravasenga en nombre y por cuenta de Gina Milesi, observando que, en todo caso, ella no tendría derecho a tal cantidad por ser completamente ajena al contrato de depósito celebrado entre él y el abogado Ravasenga.

Por último, el abogado Ravasenga, invocando esta última consideración de Cattaneo y presentando dos telegramas de éste, de fechas 3 y 4 de febrero de 1910 respectivamente (debidamente registrados), pedía también la desestimación de la demanda de Gina Milesi.

El Tribunal, en sentencia de 26-31 de diciembre de 1910...

1.° Declaró a Gina Milesi obligada a formalizar con Ettore Librè la constitución de una sociedad entre ellos para la explotación del "Café Carignano" mediante la aportación por parte de ella de *dieciocho mil liras* que habían de servir para liquidar la parte de los actuales socios de Librè.

2.° Señaló a Gina Milesi un plazo de *dos meses* a partir de la sentencia, para la ejecución de dicho contrato, declarándola obligada en caso de incumplimiento al resarcimiento de los daños, previa liquidación de los mismos en el juicio oportuno.

3.° En cuanto a las relaciones entre Gina Milesi y los codemandados Emilio Cattaneo y el abogado Luigi Ravasenga, declaró a éstos dos obligados solidariamente a entregar en el momento de

celebrarse el mencionado contrato entre Gina Milesi y Librè la cantidad de *dieciocho mil liras*, declarándoles obligados en caso de incumplimiento al resarcimiento de los daños frente a Gina Milesi, previa liquidación de los mismos en el juicio oportuno. *(Omissis.)*

Tal sentencia fué apelada por Cattaneo y por el abogado Ravasenga.

Derecho

En cuanto a la relación entre Librè y Gina Milesi no hay cuestión, pues Librè pide la confirmación de la sentencia del Tribunal y Gina Milesi no se opone a tal confirmación que, por tanto, debe sin más ser pronunciada por el Tribunal. En cambio, en cuanto a las relaciones entre Cattaneo y Gina Milesi hay que considerar sumariamente lo que resulta de la copiosa correspondencia epistolar y telegráfica dirigida por Cattaneo a Gina Milesi; correspondencia presentada por ella y no impugnada por él; así como lo que resulta de los dos telegramas dirigidos por Cattaneo al abogado Ravasenga y presentados por éste en original. Cattaneo, residente en Livorno Toscana, a pesar de ser septuagenario, casado y con hijos, se había enamorado locamente de Gina Milesi, muchacha de costumbres licenciosas y madre de una niña; y la hizo su amante, instalándola en Torino, donde le alquiló un departamento en vía Berthollet, 24, proveyéndola de todo lo que necesitaba para vivir cómodamente. Después de algunos meses, habiendo sido descubierto el enredo por la esposa de Cattaneo, éste se lo advirtió a Gina Milesi, escribiéndole que para conseguir la tranquilidad en su familia se veía obligado a romper sus relaciones con ella. Gina Milesi le respondió que, privada de su apoyo, tendría que volver a su antigua vida de desorden. Respondió Cattaneo que él preferiría verla muerta antes de que volviera a su antigua vida, tanto más teniendo en cuenta que ella tenía carácter suficiente para poder redimirse con un trabajo honrado, del que pudieran vivir ella y la niña; que el procurarle ese trabajo honrado era para él una deuda de honor y de conciencia, a la que no podría faltar por la paz de su espíritu y a la que no faltaría; que dicho trabajo podría consistir en la adquisición por parte de ella y en la explotación en sociedad con Librè del "Café Carignano ", sito en Torino, vía Andrea Doria, 8.

Le aconsejaba, pues, encarecidamente la adquisición de tal negocio, prometiéndole expresamente el dinero necesario, en la cantidad de 18.000 liras.

Gina Milesi se mostraba reacia, a pesar de la insistencia de Cattaneo que la apremiaba constantemente y que le escribió con fecha 17 de enero para comunicarle que dos días antes había enviado las 18.000 liras al abogado Ravasenga, de Torino, aconsejándole repetidamente que se sirviera de dicho abogado con toda confianza para establecer las modalidades del contrato y para su conclusión.

Pero después de una indicación categórica hecha por Cattaneo en telegrama de 21 de enero (*"concluye inmediatamente asunto Librè, abogado tiene ya lo necesario"*), Gina Milesi se comprometió con Librè, sin que pudiera mantener su compromiso pues el abogado Ravasenga, depositario de las 18.000 liras, en vista de una contraorden telegráfica de Cattaneo, se negó a entregárselas salvo en la mínima parte de 500 liras.

Teniendo en cuenta lo que antecede, no se comprende que el Tribunal haya podido entender que la promesa hecha por Cattaneo a Gina Milesi de darle 18.000 liras para que celebrara con Librè el contrato que él mismo le había sugerido, fuera una simple obligación natural, ya que, por el contrario, es de toda evidencia que, habiendo aceptado Gina Milesi tal promesa y habiendo cumplido además por su parte la condición de la que la promesa dependía, había surgido en favor de Gina Milesi y contra Cattaneo una verdadera y propia obligación civil, sancionada por el art. 1.218 del C. c., según el cual quien ha contraído una obligación está obligado a cumplirla exactamente; obligación, pues, cuyo cumplimiento tenía derecho Gina Milesi a reclamar en juicio.

Y además de ser antijurídico, sería verdaderamente contrario a la equidad que Cattaneo, después de haber inducido a Gina Milesi a concluir el contrato con Librè, comprometiéndose a darle el dinero necesario para ello, pudiera faltar a su compromiso sin incurrir en ninguna responsabilidad, de manera que Gina Milesi debiera soportar por sí sola las consecuencias de su incumplimiento frente a Librè, ocasionado exclusivamente por el incumplimiento de Cattaneo frente a ella.

En segundo lugar, tampoco se comprende la objeción de Cattaneo de que su obligación carecía de causa al faltar una contraprestación por parte de Gina Milesi, y que, por lo tanto, se trataría de una verdadera donación que sería nula por no resultar de documento notarial. Puesto que Gina Milesi no había concertado con Librè la adquisición y la explotación en común del "Café Carignano" sino precisamente porque Cattaneo la había hecho de-

cidirse a ello mediante la promesa de procurarle las 18.000 liras necesarias, parece evidente que la causa de la obligación de Cattaneo frente a Gina Milesi existe realmente y reside en la obligación impuesta por Cattaneo a Gina Milesi frente a Libré y efectivamente asumida por ella.

Se trata, pues, de dos obligaciones correlativas; correlación que excluye todo carácter de donación en la obligación de Cattaneo que, por el contrario, presenta los caracteres de una obligación *do ut facias*.

Es, pues, la de Cattaneo una obligación civil válida, por lo que Gina Milesi tiene derecho a obtener su cumplimiento.

Con todo, igual derecho tendría siempre Gina Milesi aunque sólo se tratara de una obligación natural.

Que se trata, por lo menos, de una obligación natural es cosa que no puede ponerse en duda, a pesar de la oposición de Cattaneo, teniendo en cuenta que él mismo en sus cartas a Gina Milesi declaró repetidamente que el darle los medios necesarios para que se procuraran ella y la niña un trabajo honrado era para él una deuda de honor y de conciencia a la que no podría faltar por la paz de su espíritu y a la que no faltaría, y teniendo en cuenta que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Torino (*Giurisp.*, 1905, n. 2) en el Derecho moderno la obligación natural compendia y resume todo vínculo de honor, de conciencia, de delicadeza, con tal de que no sea contrario a la ley, como ocurre en este caso, ya que el mismo Cattaneo ha renunciado en la apelación a la excepción de ilicitud de la causa que había invocado ante el Tribunal de primera instancia.

Aunque se tratara, pues, de una obligación natural, Gina Milesi tendría derecho a que se cumpliera por dos consideraciones.

La primera es que Cattaneo ha reconocido tal obligación, asumiendo formalmente el compromiso de cumplirla, ya que el Supremo Tribunal ha declarado que las obligaciones naturales no fundadas en una causa ilícita no sólo son legalmente válidas en el caso a que se refiere el párrafo 1.º del art. 1.237 C. c., sino también cuando hayan sido reconocidas por el deudor, que haya asumido la obligación de satisfacerlas (*Giurisp.*, 1908, 1.315), como precisamente ocurre en este caso. La segunda es que, de todos modos, se desemboca precisamente en el supuesto previsto en el párrafo primero del artículo citado, según el cual no se puede repetir lo que se ha pagado voluntariamente en cumplimiento de una obligación natural.

En efecto, resulta de la correspondencia epistolar y telegráfica

exhibida, y no ha sido discutido en sustancia, que el 15 de febrero de 1910 Cattaneo envió al abogado Ravasenga por conducto de la Caja de Crédito de Niza un cheque de 18.000 liras contra el Banco de Italia, sucursal de Torino, cantidad destinada a Gina Milesi para la estipulación del contrato con Librè, comunicándoselo enseguida a ella e invitándola por carta y por telegrama a concluir inmediatamente dicho contrato. Ahora bien, mediante la entrega de tal cantidad al abogado Ravasenga, inmediatamente y por dos veces notificada por Cattaneo a Gina Milesi con orden de celebrar el contrato con Librè, Cattaneo había evidentemente pagado su obligación natural frente a ella y, por lo tanto, ya no podía repetir del abogado Ravasenga la cantidad que le había expedido, precisamente en virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo antes citado.

Habiendo repetido tal cantidad, es justo y equitativo que se le declare obligado a restituirla a Gina Milesi, tal y como ordenó el Tribunal de instancia.

Es completamente irrelevante el hecho, varias veces invocado por Cattaneo, de que el cheque no fuera a la orden de Gina Milesi sino a la orden de él mismo, pues es evidente que tal hecho, debido a su precaución para no dar publicidad a sus relaciones con Gina Milesi, no quita nada a la realidad del hecho de que las 18.000 liras no iban destinadas a nadie más que a ella.

Igualmente vana es la objeción de Cattaneo cuando dice que tenía derecho a pedir al abogado Ravasenga la restitución de la cantidad que le había expedido, por ser Gina Milesi completamente ajena al contrato de depósito celebrado entre él y el abogado Ravasenga, pues a esto hay que responder que si él podía tener tal derecho respecto a Ravasenga, que no estaba obligado con Gina Milesi como se explicará más adelante, no lo tenía en cambio respecto a Gina Milesi, después de que le había notificado el depósito hecho y después de haberlo aceptado ella cumpliendo la condición de que dependía la entrega de la cantidad depositada, es decir, la conclusión del contrato con Librè.

La apelación de Cattaneo es, por tanto, infundada y debe ser rechazada sin admitir la prueba testifical que propone, que ya no tiene razón de ser después de haber renunciado él mismo en la apelación a la excepción de ilicitud de la causa que había invocado en la primera instancia; ilicitud, por lo demás, inexistente, pues no cabe pensar que se hubiera obligado frente a Gina Milesi para pagar sus intimidades con ella, ya que aquellos deslices los había pagado, y generosamente, antes de obligarse; sino que lo que ha-

bían querido las partes era que en lo sucesivo cesara la relación amorosa en obsequio al compromiso contraído por Cattaneo con su propia familia.

En cuanto a las relaciones entre el abogado Ravasenga y Gina Milesi, el Tribunal ha declarado al primero solidariamente obligado con Cattaneo en favor de la segunda, por considerar que Gina Milesi, si no al mismo tiempo, habría intervenido posteriormente en el contrato de depósito celebrado entre Cattaneo y el abogado Ravasenga mediante la aceptación del depósito hecha por ella ante dicho abogado, y ello naturalmente antes de la contraorden dada a este último por Cattaneo en el telegrama de fecha 3 de febrero de 1910 pidiéndole que le restituyera la cantidad depositada.

Pero el Tribunal de Apelación observa que el Tribunal de instancia ha debido reconocer que no hubo aceptación expresa. Tampoco hubo, a juicio del Tribunal de Apelación, aceptación tácita; porque, contrariamente a lo que se entendió en la sentencia apelada, no consta que antes de la mencionada contraorden Gina Milesi hubiera llevado a cabo ningún acto que demostrara su voluntad de aceptar el depósito, vinculando de tal modo al abogado Ravasenga para que después le hiciera entrega de la cantidad depositada; por lo que el abogado Ravasenga pudo conforme a Derecho restituir al depositario el depósito recibido" *(Omissis)*.

Resumiremos el resto de la sentencia del Tribunal de Apelación. Se rechaza la prueba de testigos propuesta por Gina Milesi para demostrar su pretendida aceptación y se absuelve de todos los cargos al abogado Ravasenga. Se rechaza la apelación incidental de Gina Milesi, que volvía a proponer las peticiones hechas en la primera instancia, observando que Cattaneo sólo estaba obligado a procurarle las 18.000 liras para el contrato con Librè y, solamente en defecto del cumplimiento de esta obligación, a hacerse cargo de la reclamación de daños hecha por Librè por el incumplimiento o falta de conclusión de dicho contrato; y, además, que Cattaneo no estaba obligado a entregar las 18.000 liras incondicionalmente sino sólo a condición de que ella las empleara en el efectivo cumplimiento del contrato con Librè y en el momento de tal cumplimiento, sin que, por lo tanto, se debieran a Gina Milesi los intereses de tal cantidad, intereses no reclamados, por lo demás, por Librè. Por ello, el Tribunal de Apelación confirmó la sentencia apelada, salvo en lo relativo a las costas, compensadas por el Tribunal de instancia, mientras que el Tribunal de Apelación estima que Cattaneo debe reembolsar a Gina Milesi las costas

debidas por ella a Librè, y que Gina Milesi debe ser condenada en costas en favor del abogado Ravasenga.

Cass. Torino, 29 marzo 1913. — *Giur. Tor.*, 1913, 1.512.
(Sentencia transcrita textualmente.)

"El Tribunal de Casación de Torino:

Considerando que Cattaneo pone fundamentalmente estos tres reparos a la sentencia recurrida:

1.º Aún admitiendo que no se tratara de una donación, no otorgada en documento público, se trataría de una obligación sin causa;

2.º Sería una obligación natural que, por quedar fuera de los límites fijados en el párrafo primero del art. 1.237 del C. c., no produciría efectos jurídicos ni aún en el caso de haber sido reconocida;

3.º Con la expedición de las 18.000 liras al abogado Ravasenga y con la notificación de esta expedición a Gina Milesi, Cattaneo no ha cumplido la obligación antes mencionada, cualquiera que sea su naturaleza.

Pero estos tres motivos son completamente infundados.

Respecto al primero, hay que advertir que la sentencia recurrida, con apreciación de los hechos que es inatacable en casación y tras el examen de la copiosa y no discutida correspondencia epistolar y telegráfica dirigida por Cattaneo a Gina Milesi, ha declarado que el acto entre vivos realizado por aquél no es una donación sino una obligación y una verdadera obligación civil. Por tanto, aunque la tesis del recurrente, quien sostiene que se trata de una donación modal, no hubiera sido invocada por primera vez ante el Tribunal de Casación, sería suficiente para rechazarla el juicio del Tribunal de Apelación.

Tampoco puede decir el recurrente que, si bien es inatacable la apreciación de dicho Tribunal, fué erróneo el principio jurídico que la inspiró, porque, por el contrario, tal principio concuerda con la opinión de la doctrina más autorizada, para la cual no constituye donación el reconocimiento expreso de una deuda nacida de un sentimiento de honor o de delicadeza o, como generalmente suele decirse, de una deuda de conciencia.

El Tribunal de Apelación, con apreciación incensurable, entiende que en dicha obligación existe realmente la causa y reside en la obligación impuesta por el mismo Cattaneo a Gina Milesi frente a Librè y efectivamente asumida por aquélla. Se trata, pues, continúa diciendo el Tribunal, de dos obligaciones correlativas y concluye afirmando que la de Cattaneo era una obligación *do ut facias*.

Ciertamente, según el art. 1.121 del C. c. la causa de las obligaciones se presume salvo prueba en contrario y la sentencia apelada hubiera podido limitarse a hacer constar la falta de cualquier prueba que pudiera destruir dicha presunción; pero sin embargo (y no se dice esto para criticarla) ha querido buscar la causa y ha reconocido su existencia, y hubiera podido añadir, conforme a las enseñanzas de la doctrina (y también de la jurisprudencia de este Supremo Tribunal), que la causa de una obligación civil puede también consistir en una obligación natural que sea, por así decirlo, el núcleo originador de aquélla.

Esto conduce al examen del segundo motivo, respecto al cual hay que advertir que, si según el art. 1.237, párrafo primero, el pago elimina el derecho de repetición, por la confirmación implícita de la obligación natural que tal pago supone, no podrá producir efectos inferiores la confirmación expresa que resulte de una explícita promesa de pagar.

Habiendo reconocido la existencia de tal promesa por parte de Cattaneo, el Tribunal de Apelación ha deducido con exactitud que, en virtud de dicha promesa, la obligación se había convertido en civil. De nada sirven las sutilezas a que se entrega el recurrente con sus distinciones entre obligaciones naturales y simples deberes morales, contra las exactas argumentaciones de aquel Tribunal, que concluye diciendo: "además de ser antijurídico sería verdaderamente contrario a la equidad que Cattaneo, después de haber inducido a Gina Milesi a concluir el contrato con Librè, comprometiéndose a darle el dinero necesario para ello, pudiera faltar a su compromiso".

Con igual falta de fundamento, el tercer motivo del recurso trata de impugnar la sentencia recurrida por haber afirmado ésta que, mediante el envío de las 18.000 liras al abogado Ravasenga, envío notificado a Gina Milesi, Cattaneo había cumplido ya la obligación poniendo a disposición de ella el dinero prometido para la conclusión del contrato a que repetidamente la había estimulado e inducido.

Los argumentos del recurrente son demasiado artificiosos y sofísticos; aunque se hubiera tratado de una simple obligación natural, Cattaneo habría perdido por el hecho de satisfacerla todo derecho a repetir aquella cantidad que ya había puesto a disposición de Gina Milesi.

Por estos motivos se rechaza el recurso contra la sentencia de 30 de enero de 1912 del Tribunal de Apelación de Torino."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 9, 10, 11, 13 *b*, 17, 27, notas 4 y siguientes.

Es éste, quizá, el caso más interesante de nuestra selección. Su comentario, en líneas generales, se encuentra en la nota introductiva a esta sección III.

1) Se trata de un caso en el que una persona, mediante una promesa de reembolso, *induce* a otra a hacer un gasto (que puede consistir también en la asunción de una obligación frente a terceros); gasto que esta persona no hubiera hecho a no ser por aquella promesa: por ejemplo, un viaje (como en el caso Devecmon v. Shaw), la adquisición de una cosa (como la campana en el caso Bardet), un contrato de sociedad con un tercero, como en el presente caso, etc.

Análogo es el caso en el que mediante una *datio* se anticipa la entrega de una cantidad o una cosa, que se repiten después alegando que la *datio* no ha sido revestida de las formas exigidas para la donación de inmuebles, o incluso de muebles en el Derecho italiano (v. vol. I, § 38 *a*).

Si la promesa no se mantiene (o si la cosa entregada se repite) el promisario se queda, ciertamente, con el beneficio representado por la compensación de aquel gasto (el viaje, la campana, la sociedad o copropiedad del "Café Carignano", etc.); pero sufre un perjuicio en su esfera patrimonial o *economía personal*, que queda alterada en cuanto a la proporción entre necesidades y gastos o sacrificios.

El perjuicio puede llegar a ser gravísimo si el promisario se ha visto obligado a contraer deudas, a responder por daños frente a terceros, o a privarse de otros bienes que fueran esenciales para él, por haber hecho aquel gasto o por haber asumido deudas o responsabilidades frente a terceros.

De ahí que la situación sea distinta de la que se produce cuando se da o se promete una cantidad o una cosa con la condición de destinarlas a un determinado fin, sin que el beneficiario deba hacer ningún gasto o, aunque tenga que hacerlo, si tal gasto tiene cabida en su presupuesto o en su economía personal (en el *common law* esta última situación podría servir para excluir el elemento del *inducement*: v. las notas 1, 2 y 10 al caso Allegheny College).

Por otra parte, si se mantiene la promesa (o si la cosa entregada no se reclama), el promisario obtiene gratuitamente aquel beneficio (el viaje, la campana, la copropiedad del "Café Carignano", etc.). A esta idea se atiene Planiol en su nota al caso David cr. Ayuntamiento de Vaison. Y la idea es ciertamente digna de tenerse en cuenta cuando el problema que se plantee sea el de la prohibición de donar, el de la protección de los acreedores contra los actos fraudulentos (acción pauliana), el de la protección de los legitimarios, etc. Pero se trata de saber si tal idea tiene el mismo valor cuando el único problema sea el del respeto a la palabra dada entre las partes contratantes, a pesar del defecto de la forma establecida para la donación (sobre la distinción entre estos dos problemas, v. vol. I, § 10 *f*).

Partiendo de la distinción entre estos problemas, debe tenerse en cuenta el texto romano de Neracio, D. 39, 5 *de donat.*, 11, § 2, citado en el caso De Sangro cr. Marchetti. En efecto, en aquel texto se plantea el problema de ver si existe donación entre cónyuges (prohibida) en la entrega de una cantidad para hacer un gasto (construcción de una villa, siembra de un campo) que el donatario no habría hecho de no habérsele entregado dicha cantidad: precisamente el caso que nos ocupa. Pero, prescindiendo de este problema, el texto no se podía plantear y no se plantea el otro problema relativo a la validez y a la irrepetibilidad de la *datio* (válida sobre la base de la *traditio*) o de una promesa de dar una cantidad, hechas *después de haberse llevado a cabo la construcción o la siembra*, promesa susceptible de ser sancionada como contrato innominado (v. vol. I, § 2 *b*).

2) Sin embargo, en el caso Cattaneo cr. Milesi hay algo más; no solamente existe la perturbación que Gina Milesi habría sufrido en su economía personal por haber confiado en la promesa de Cattaneo sin que le fueran entregadas las 18.000 liras prometidas; sino que existe también en el fondo una obligación natural nacida del concubinato extinguido (v. vol. I, § 11); y esta obligación natural podría imponerse a la consideración de que, reembolsado el gasto, Gina Milesi había de obtener un beneficio gratuito consistente en la copropiedad del "Café Carignano".

La existencia de aquella obligación natural habrá influído probablemente en la decisión del Tribunal de Apelación de Torino.

Sin embargo, la sentencia mantiene bien separados los dos argumentos: el de la obligación natural y el de la confianza suscitada en Gina Milesi y que le había inducido a asumir una obligación frente a Librè, obligación que de no ser por la promesa no habría asumido. En este hecho el Tribunal de Apelación de Torino ve la causa suficiente de la promesa de Cattaneo y así lo dice expresamente.

Con este argumento el Tribunal de Apelación da valor de causa suficiente a una situación que viene a ser equivalente a la *reliance* de una *executed consideration* (v. vol. I, § 26 *c, e*; § 27 *a*; § 29, etc.; y el caso Devecmon v. Shaw).

3) Queda todavía la cuestión de si la promesa de Cattaneo era revocable antes de que Gina Milesi hubiera cumplido el hecho (el contrato con Librè) a que Cattaneo quería inducirla al hacer la promesa (v. volumen I, § 29), cumplimiento calificado como "aceptación". Y, en caso de que se responda afirmativamente, si tal revocabilidad se justifica en el *civil law* del mismo modo que en el *common law*: v. vol. I, § 29 y § 27, notas 4 y sigts.

4) Por el contrario, el Tribunal de Casación de Torino parece haber argumentado solamente sobre la idea de la obligación natural como causa suficiente de la promesa de Cattaneo. Sin embargo, si, como parece, la Casación considera como obligación natural no sólo a la que deriva del concubinato extinguido sino también a la que resulta del hecho de haber

inducido a Gina Milesi a asumir una obligación frente a Librè o a hacer un gasto que de no ser por la promesa no hubiera hecho, el argumento no parece exacto. En efecto, la obligación natural funciona como causa suficiente de una promesa solamente en cuanto *causa praeterita*, mientras que aquí la causa era futura (conclusión del contrato con Librè); en otros términos, la promesa no se hizo después de haberse concluído el contrato con Librè y porque se hubiera inducido a Gina Milesi a concluir tal contrato, sino *antes* de su conclusión y para inducirla a ella. En esta situación sólo puede hablarse de una obligación natural en el sentido de que la promesa de Cattaneo *creaba también* una obligación natural que concurría con la obligación civil nacida de aquella promesa. En otros términos, se quiere decir que es *inicuo* permitir que no mantenga su promesa quien, mediante ella, ha inducido a otra persona a hacer un gasto o a contraer un vínculo que de no ser por la promesa no habría hecho o contraído. Probablemente es en este sentido en el que la Casación habla de una obligación natural como "núcleo originador" de la obligación civil.

5) En cuanto a la invocación que hace el Tribunal de Casación del artículo 1.121 del C. c. de 1865 (art. 1.988 del nuevo C. c.) cabe preguntarse si tal argumento es exacto teniendo en cuenta que la promesa de Cattaneo era causal, es decir, que mencionaba su causa (la conclusión del contrato con Librè); y si, por sí misma, la *cautio, discreta o indiscreta*, puede subsanar el defecto de forma de una donación: v. vol. I, § 22, nota explicativa número 4.

6) En cuanto al concepto de la obligación natural, acogido en las dos sentencias, v. vol. I, § 11. El argumento de la equiparación entre pago y promesa de pago de una obligación natural se encuentra también en otras sentencias: v. el caso Pierfelici y otros citados en la nota al mismo.

7) Se pregunta, ¿la existencia de una obligación natural como causa suficiente de la promesa de Cattaneo, podía justificar que se condenara a éste a pagar una cantidad a Gina Milesi, aunque el contrato con Librè no se hubiera concluído o independientemente de la conclusión o del cumplimiento de dicho contrato por parte de Gina Milesi?

8) La distinción que hace el Tribunal de Casación entre donación y obligación ha de entenderse como contraposición entre obligación (promesa) que no tenga cabida en el esquema formal-causal de la donación y promesa que pueda caber en tal esquema; ya que, indudablemente, la donación además de ser real *(datio)* puede también ser obligatoria.

9) El Tribunal de Casación dice que la sentencia recurrida, "con apreciación de los hechos que es inatacable en Casación... ha establecido que el acto entre vivos celebrado por aquél (Cattaneo) no es donación, sino una obligación y una verdadera obligación civil". ¿Ha querido decir con ello el Supremo Tribunal que la apreciación acerca de la existencia de una donación o de una "obligación civil" es una apreciación de hecho? ¿O se refiere a la apreciación relativa al examen de la correspondencia epistolar y telegráfica, de la que el Tribunal de Apelación dedujo que la

"causa" de la promesa de Cattaneo y del depósito de la cantidad consistía en el hecho de haber inducido a Gina Milesi, mediante la promesa, a contraer el vínculo contractual con Librè?

SECCIÓN IV

Jurisprudencia francesa sobre los problemas objeto de las secciones anteriores

Advertencia. — Hemos reunido en una sola sección la jurisprudencia francesa sobre los problemas tratados en las secciones anteriores de este capítulo y en la sección II del capítulo I; porque no siempre resulta fácil encuadrar cada uno de los casos franceses dentro de aquellos problemas.

Las decisiones francesas que recogemos pueden parecer un poco anticuadas; pero todavía hoy se citan como *leading cases* en la doctrina francesa y en los repertorios de jurisprudencia (v., por ejem., Planiol, *Traité pratique,* cit., vol. V y Dalloz, *Nouveau Répertoire Pratique,* edición 1948).

Hemos adoptado un orden lógico más que cronológico; por ejemplo, los cinco primeros casos parecen formar un grupo, ya que presentan entre sí ciertas analogías.

Reverchon cr. Ayuntamiento de Morez

Cour de Cassation Française, Chambre des requêtes, 7 abril 1829. — Dalloz, *Jur. Gén., Disposition entre vifs,* número 1.300. (Sentencia transcrita textualmente.)

En 1809 el Alcalde de Morez abrió una suscripción con el fin de construir una nueva iglesia. El señor Reverchon hizo una promesa, ante el alcalde, declarando: "El cual, por sí y por sus herederos se compromete voluntariamente, en vista de la apertura de la suscripción antes mencionada, a pagar la cantidad de 3.000 francos, pagadera en cinco años a razón de una quinta parte cada año, comenzando el primero de enero próximo." Reverchon falleció sin haber pagado ninguna anualidad, e instituyendo heredera a su viuda. Una orden de 24 de marzo autorizó al alcalde de Morez para aceptar las suscripciones y para recaudarlas. Entonces el alcalde requirió a la viuda Reverchon para que cumpliera la promesa hecha por su marido. Pero ella se negó, alegando que tal promesa era una verdadera donación entre vivos que, para ser válida, hubiera debido revestir las formas establecidas para esta

clase de contratos y, sobre todo, hubiera tenido que ser aceptada antes del fallecimiento del donante, y debidamente autorizada por el alcalde.

El Tribunal de Auxerre dictó sentencia el 18 de julio de 1826, acogiendo esta tesis. La sentencia fué apelada por el alcalde. En sentencia de 11 de diciembre de 1827 el Tribunal de París anuló la anterior sentencia por entender que la promesa hecha por el señor Reverchon no podía ser considerada como una donación, sino como un contrato interesado para un servicio público, que debía beneficiar a Reverchon lo mismo que a los demás habitantes; que dicho acto debía ser incluído en la categoría de las simples promesas por las que uno se obliga a pagar determinada cantidad o a entregar determinada cosa para obtener un determinado servicio que habrá de prestarse en compensación. Que el Ayuntamiento había cumplido, por su parte, la condición a que se había obligado frente a los suscriptores, etc.

Recurso por infracción de los arts. 932 y 937 del C. c. Poco importa, se dice en él, que la donación fuera interesada, es decir, que el donante hubiera de participar en el beneficio común que resultaría de la construcción proyectada; no hay fundación piadosa, no hay legado en favor de un establecimiento público o de un Ayuntamiento, cuyo beneficio no deba ser compartido por el donante, por el testador o por su familia. La ley sería ilusoria si tales legados o tales donaciones pudieran quedar dispensados de la autorización del Soberano por el hecho de que el autor del legado o de la donación hubiera de participar en los beneficios que resultaran de su acto; además, en este caso el Gobierno y el Ayuntamiento han reconocido que existía una liberalidad y que era necesaria una autorización. El Tribunal Real sólo tenía que ocuparse de una cuestión de hecho: la de saber si la autorización había sido concedida en tiempo hábil. Ahora bien, consta que tal autorización no ha sido concedida sino después del fallecimiento del donante, por lo que no llegó a formarse el vínculo jurídico entre el donante y el donatario.

Sentencia

El Tribunal. — Considerando que el Tribunal Real de París ha podido estimar la promesa voluntaria del señor Reverchon como un acto interesado o contrato conmutativo y que, apreciando en él dicho carácter, quedaba excluída la aplicación de los arts. 932 y 937 del C. c. a la causa; de donde resulta que dichos artículos no han sido ni han podido ser violados;

Considerando que, además, el alcalde de Morez y el consejo municipal habían aceptado en vida del señor Reverchon la promesa de dicho señor; que la autorización del Gobierno, aunque posterior al fallecimiento del citado Reverchon, han sancionado implícitamente esta aceptación, tanto respecto al promitente como respecto a sus herederos, a los que él había incluído en su promesa y obligado solidariamente con él. Se rechaza, etc.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 7, 8, 9 especialmente notas 4, 10 y 12; § 10 *e*; § 12 *a*; § 27, notas 4 y sigts.

1) Confróntese este caso con los casos italianos recogidos en la sección II de este capítulo, y especialmente con los casos Cordepatre, Cavezzali y Asilo Infantil Belluomo. De esta comparación podrá deducir el lector la diferencia entre la jurisprudencia italiana y la francesa en estos casos y en otros semejantes.

2) Confróntese también con los casos De Mailly, Bardet, Lapeyre, David, de esta sección e indíquense sus diferencias o analogías, lo mismo en cuanto a los antecedentes de hecho que en cuanto a la motivación de las respectivas sentencias.

3) En particular, cabe preguntarse si la construcción de la iglesia entraba en las funciones del Ayuntamiento y si esto tiene importancia para la jurisprudencia francesa.

4) En el caso Reverchon el Tribunal de Casación parece hacer una *quaestio facti* del problema relativo a la existencia de una donación o, por el contrario, de un "acto interesado o contrato conmutativo". Cabe preguntarse: ¿*quaestio facti* desde un punto de vista objetivo (existencia de una contraprestación) o desde un punto de vista subjetivo (intención de los contratantes)? V. vol. I, §§ 9 y 10.

5) ¿Cómo se resolvería este caso en el *common law*? V. vol. I, §§ 26, 27 *a*, y 30; y la nota al caso Allegheny College.

6) En cuanto al argumento de que "el Ayuntamiento había cumplido, por su parte, la condición a que se había obligado, v. la sección III de este mismo capítulo.

7) Una curiosidad: ¿por qué la viuda Reverchon no volvió a invocar en Casación la tesis del defecto de documento público? Los arts. 932 y 937, invocados por ella en el recurso, solamente se refieren al requisito de la aceptación.

De Mailly cr. Chalon

Tribunal de Mamers, 2 febrero 1875. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1875, V. p. 188. (La motivación de la sentencia se transcribe textualmente.)

"El Tribunal. — Considerando que, para determinar el carácter del acto y atribuirle su calificación legal hay que averiguar la intención y el fin perseguido por la señora De Mailly; — Conside-

rando que esta intención se desprende claramente del conjunto de los documentos de la causa, de los que resulta que la demandante no ha pretendido hacer una ofrenda desinteresada, un contrato gratuito; — Considerando que, según el art. 1.104 del C. c., el contrato es conmutativo cuando cada una de las partes, lejos de querer procurar a la otra un beneficio independiente de cualquier prestación por su parte, busca ante todo su propio interés, su propia satisfacción; — Considerando que estos caracteres se encuentran indudablemente, en el acto celebrado el 19 de abril; que, sin duda, la demandante se ha complacido en servir los intereses del Ayuntamiento pero su fin principal, su fin interesado, ha sido, ella misma lo dijo, el de conseguir que se celebrara el oficio divino más a menudo y el de poder ir a rezar ante la tumba de su marido a las horas que le convenían; que para que hubiera donación sería necesario que la demandante hubiera antepuesto el interés del Ayuntamiento al de ella misma, pero que no ha sido tal su intención; que la señora De Mailly, cuya fortuna es considerable, valora en más de 12.000 francos los beneficios que ella podía obtener personalmente de la restauración de la iglesia; que, por tanto, la Administración de contribuciones se ha equivocado al ver en el acto celebrado el 19 de abril un contrato de beneficencia, que supone siempre la gratuidad. Por estos motivos, etc."

En el comentario del Dalloz a esta sentencia, se dice:

"El acto administrativo por el que un particular se obliga frente a un Ayuntamiento a hacer que se ejecuten a sus expensas ciertos trabajos de reparación en la iglesia de la localidad, constituye un contrato conmutativo y no una liberalidad a la que se puedan aplicar los derechos correspondientes a la donación, pues consta que el contratante se ha obligado tanto para ayudar al Ayuntamiento como para su propia satisfacción, a fin de conseguir que se celebrara más a menudo la misa en interés de su familia."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 9, especialmente notas 4, 10 y 11; § 10 *c*, *e*; § 12 *a*; § 13 *b*.

La cuestión concreta se refería a la tasa de registro, pero los criterios adoptados en la sentencia, dada su importancia en el cuadro de la jurisprudencia francesa, serían también utilizables para resolver la cuestión de los requisitos formales del acto. Los autores franceses citan también esta sentencia en ese sentido.

Cuestionario:

1) Confróntese este caso con los casos Reverchon, Bardet, Lapeyre y David. Indíquense las diferencias en cuanto a los antecedentes de hecho y a la motivación de las respectivas sentencias.

2) ¿En qué consistía la contraprestación del Ayuntamiento para que se pudiera calificar de conmutativo al contrato? ¿O es que basta para excluir la donación, según la sentencia, con que el promitente persiga la finalidad *principal* de obtener un beneficio, aunque no sea económico, de la obra para la que se hace la promesa aunque el promisario no sufra ningún sacrificio patrimonial, no haga un gasto que se le deba reembolsar o no cumpla, en todo caso, alguna contraprestación aunque consista en un simple *facere*? V. nota al caso Bardet, núms. 3 y 5; v. también vol. I, § 9, notas 4, 9 y 10.

3) ¿Cómo se encuadra el caso De Mailly en el problema de la donación en favor de una entidad? V. nota al caso Bardet, núm. 8, ¿Qué importancia puede tener el hecho de que la reparación de la iglesia correspondiera o no a las funciones del Ayuntamiento si sólo la señora De Mailly asumía la relación con los contratistas y por lo tanto no imponía con su promesa ninguna carga al Ayuntamiento? En la sentencia quedan sin aclarar algunos puntos de hecho. Así, no está claro si entraba en las funciones del Ayuntamiento el atender a aquella determinada obra; si el Ayuntamiento negociaba directamente con los contratistas pero con promesa de reintegro por parte de la señora De Mailly que fijaría las características de la obra (v. nota al caso Bardet, núm. 3); o si tal relación directa con los contratistas era asumida exclusivamente por la señora De Mailly, como parece a la vista de la nota del Dalloz.

4) ¿Cómo se resolvería el caso según las directrices dominantes en la jurisprudencia italiana?

5) ¿Y en el *common law*? ¿Existe la posibilidad de apreciar de alguna manera en este caso una *consideration*? V. nota al caso Bardet, número 9 y al caso Reverchon, núm. 5.

En cuanto al argumento de la "fortuna considerable" de dicha señora, para establecer la relación de proporción entre gastos y beneficios, v. nota al caso Bardet, núm. 4.

Bardet cr. Iglesia de Saint-Martín

Cour de Cassation Française, Chambre des Requêtes, 14 abril 1863. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1863, I, p. 402. (Sentencia transcrita textualmente.)

Por documento privado de fecha 9 de junio de 1857, el señor Gousset-Cochois, fundidor, se obligó frente a la iglesia de Saint-Martin de Clamecy y frente al señor Bardet, a instalar por cuenta de la iglesia una sonería de tres campanas y a restaurar, además, la antigua sonería devolviéndola a su estado primitivo. El señor Bardet, actuando, según se decía en el documento, como donante y bienhechor, declaró que tomaba a su cargo la fundición de una campana de 2.650 Kg. de peso, a razón de 3,50 francos el kilogramo.

El precio total de la sonería ascendió a la cantidad de 15.605 francos, cuyo pago exigió el señor Gousset-Cochois a la iglesia. Ésta hizo que el señor Bardet se personara en la causa, en atención a que se había obligado a garantizarla hasta la concurrencia de 11.925 francos, precio de los 2.650 Kgs. de metal que se había comprometido a pagar. El señor Bardet, alegando que al restaurar la antigua sonería el señor Gousset-Cochois no había cumplido sus instrucciones, se negó a participar en la obra que constituía el objeto del acto privado celebrado el 9 de junio de 1857, y pidió que se declarase la nulidad de dicho acto, alegando que presentaba todos los caracteres de una donación nula: 1.º, por no haber sido hecha en forma auténtica; 2.º, por falta de declaración de aceptación expresa y de autorización del Gobierno (arts. 910 y 937 C. c.). La iglesia respondió que el convenio sobre que se litigaba constituía un contrato conmutativo, no sometido al requisito de autenticidad ni a la aceptación y a la autorización exigidas por las antes citadas disposiciones.

El 3 de mayo de 1861 dictó sentencia el Tribunal de Clamecy, declarando que la obligación contraída por el señor Bardet era una verdadera donación, y pronunciando su nulidad por falta de autenticidad, de aceptación formal por parte de la iglesia y de autorización del Gobierno.

Pero, apelada esta sentencia por la iglesia de Saint-Martin, fué anulada por sentencia del Tribunal de Bourges de 12 de febrero de 1862, en la que después de haber admitido la acción del señor Gousset-Cochois contra la iglesia, se condenó a la viuda del señor Bardet, a la sazón fallecido, a indemnizar a la iglesia en la cantidad de 11.925 francos, importe de su obligación. Esta sentencia fué motivada en la forma siguiente: "En lo que se refiere al carácter esencial y predominante del acto celebrado el 9 de junio de 1857: — Considerando que no se podría equiparar a una donación pura y simple un contrato que contiene obligaciones recíprocas tales como las que se formularon en el convenio, ni considerar las obligaciones estipuladas como objeto secundario del contrato y puramente accesorias a una donación propiamente dicha; — Sino que en este caso, entre Bardet que estipuló conjuntamente con la iglesia y con el alcalde de Clamecy por una parte, frente a Gousset-Cochois, fundidor de campanas, por la otra, para convenir la restauración de la antigua sonería de la iglesia, no hubo evidentemente más que un contrato puramente conmutativo por el cual unos se obligaron a pagar el precio de la obra que el otro se obligaba a realizar; — Que, desde otro punto de vista y en relación con

la Iglesia, sea cual fuere el alcance que se quiera dar a la intención de beneficencia que pudiera animarle, lo que hizo Bardet fué cualquier cosa antes que una promesa desinteresada; que no había encargado una sonería cualquiera, a gusto o según las posibilidades y las conveniencias de la iglesia y del Ayuntamiento, sin otra finalidad que el interés general, sino que únicamente quería la restauración, en condiciones especiales y señaladamente onerosas, de la antigua sonería de la parroquia tal como él la evocaba en los vagos recuerdos de su juventud, y tal como la necesitaba y la quería para la satisfacción de su fantasía o de su vanidad de millonario, suscriptor generoso, si se quiere, y no desprovisto de mérito por su notable participación en una obra de utilidad pública, pero sin dejar de buscar su propia conveniencia e imponiendo sus propias exigencias personales a cambio de su contribución; que tal compromiso, si bien se mira, constituye pues principalmente, incluso entre Bardet y la iglesia, un contrato conmutativo e interesado que fué debidamente formalizado en el documento de 9 de junio de 1857, y con el cual nada tienen que ver las formalidades, solemnidades y reglas relativas a las donaciones; — Considerando que si, para sustraerse al requisito de la autorización del Jefe del Estado y a un control necesario en interés de las familias, algunos donantes intentan ocultar verdaderas donaciones en beneficio de ciertos establecimientos bajo la forma de contratos conmutativos, corresponde al juez la misión de apreciar y calificar los actos según la realidad de las intenciones y de los hechos; y sin entorpecer, a pretexto del posible abuso, una facultad legítima, el abuso comprobado y las simulaciones ilícitas encontrarían su represión en la severidad de los Tribunales..."

La sentencia considera a continuación que el convenio de 9 de junio de 1857 ha recibido por parte del señor Gousset-Cochois su completa ejecución. En consecuencia, anulando la sentencia de primera instancia, se condena a la iglesia a pagarle la cantidad de 15.605 francos y a la viuda del señor Bardet a indemnizar a la iglesia hasta la concurrencia de la cantidad de 11.925 francos.

Recurso de la viuda Bardet: 1.º, aplicación indebida de los artículos 1.104, 1.105 y 894 C. nap. y, por consiguiente, violación del artículo 931 del mismo Código, por haber considerado la sentencia impugnada al acto celebrado el 9 de junio de 1857 como un contrato conmutativo susceptible de ser formalizado en documento privado, siendo así que el señor Bardet no ha recibido nada de la iglesia como equivalente del compromiso contraído por él en interés de la misma, por lo que dicho compromiso constituía una ver-

dadera liberalidad sometida al requisito de la autenticidad exigido en el art. 931 antes citado.

2.º Violación de los arts. 910 y 937 C. nap., por haberse ordenado en la sentencia recurrida el cumplimiento en favor de la iglesia de una liberalidad que no había sido aceptada regularmente después de dictado el decreto imperial que autorizara su aceptación.

Sentencia

El Tribunal. — Sobre el primer motivo: Considerando que el artículo 931 C. nap. sólo exige la forma auténtica para las donaciones entre vivos, tal como las define el art. 894 del mismo Código; — Considerando que en este caso no se trata de una liberalidad de tal naturaleza, sino de un contrato conmutativo; — Considerando que, según el art. 1.104 C. nap., el contrato es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o a hacer una cosa que se considera como el equivalente de lo que a ella se le da o de lo que se hace para ella; — Considerando que la demandante no ha negado que el acto celebrado el 9 de junio de 1857 contenga un contrato conmutativo entre Bardet y Gousset-Cochois, fundidor de campanas, encargado de la restauración de la antigua sonería de la iglesia de Saint-Martin de Clamecy; — Considerando que el mismo carácter presenta la convención entre el señor Bardet y la iglesia; que los hechos constatados en la sentencia recurrida no dejan lugar a dudas sobre este punto; que sin razón se objeta que Bardet no ha recibido el equivalente de la cantidad que se había obligado a aportar para la restauración de la sonería de Saint-Martin; — Considerando que solamente a la parte que estipula le incumbe apreciar si la convención le atribuye el equivalente de lo que ella da; que en este caso, la sentencia declara que Bardet, dueño de una fortuna considerable, no había consentido en contribuir a la restauración de las campanas sino imponiendo a la iglesia condiciones onerosas con el único fin de satisfacer su capricho, su fantasía o su vanidad; que, en tales circunstancias, la sentencia recurrida ha podido declarar, sin violar ninguno de los artículos invocados en el recurso, que el acto celebrado el 9 de junio de 1857 reunía los caracteres esenciales de los contratos conmutativos y que, por lo tanto, no era necesaria para su validez la forma auténtica.

Sobre el segundo motivo: Considerando que la demandante atribuye a la decisión del Tribunal de Bourges la violación de los artículos 937 y 910 C. nap., por haber ordenado el cumplimiento del convenio de 9 de junio de 1857, a pesar de que la liberalidad

contenida en este documento no había sido aceptada regularmente después de la autorización exigida por los arts. 910 y 937 antes citados; — Considerando que este motivo está en contradicción manifiesta con lo que se ha hecho constar en la sentencia recurrida; en efecto, en ella se dice que el acuerdo de 9 de junio de 1857 ha sido ratificado mediante las más regulares autorizaciones administrativas; — Considerando que, habiéndose admitido que el documento de 1857 contenía un contrato conmutativo, resulta de ello que dicho acto quedaba exento no solamente del requisito de la forma auténtica sino también de la necesidad de aceptación solemne y de autorización del Gobierno, a pesar de que los sacrificios hechos por Bardet constituyeran, en cierta medida, una liberalidad en beneficio de la iglesia de Saint-Martin. Por estos motivos, se rechaza..., etc.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 7, 8, 9, especialmente notas 4, 10 y 11; § 10 *c*, *e*; § 11 *e*; § 12 *a*; § 13 *b*; § 19 *d*.

Es éste un caso tan interesante como delicado, sobre el que llamamos la atención del lector.

1) Bardet había prometido a la iglesia que o le reintegraría el coste de la campana (si la iglesia hubiera pagado al fundidor) o sería él quien la pagara. Aún en este último caso, después de pagar al fundidor, podía surgir el problema de la donación y de la correspondiente forma, a pesar de la doctrina francesa sobre donaciones manuales (v. vol. I, § 38); porque Bardet, antes de pagar al fundidor, había opuesto la excepción de nulidad de la pretendida donación, manifestando de tal modo su intención de pagar, pero sólo por considerarse obligado frente al fundidor, sin intención de donar en el momento de entregar la cantidad y reservándose el consiguiente derecho de repetirla de la iglesia. En el Derecho italiano la donación manual podría ser nula, incluso en presencia de la intención de donar (v. vol. I, § 38).

2) Para excluir la figura de la donación, las sentencias del Tribunal de Bourges y de la Casación argumentan sobre la base de la existencia de una contraprestación por parte de la iglesia, contraprestación que consistiría:

a) En un gasto, "especial y señaladamente oneroso" para la iglesia, que no habría hecho tal gasto si hubiera decidido "a su gusto, según sus posibilidades y sus conveniencias".

b) En un interés especial de Bardet, aunque no fuera un interés económico.

c) En una contraprestación acompañada de la intención (o "causa") *predominante* de cambio.

3) El primer argumento, tomado como argumento exclusivo, se refiere a la responsabilidad nacida del hecho de haber inducido a una persona, mediante una promesa de reintegro, a hacer un gasto que, de

no ser por tal promesa, no habría hecho. Sobre este punto nos remitimos a lo dicho en la nota al caso Cattaneo cr. Milesi.

Pero las sentencias recaídas en el caso Bardet no se han decidido a seguir este argumento como argumento exclusivo.

Dichas sentencias, adoptando también el argumento a que nos hemos referido supra en núm. 2 *c*, y casi combinándolo con el primero, han considerado el gasto o la conducta de la iglesia como una contraprestación en favor de Bardet por el interés especial, aunque fuera un interés no económico, que movía a éste. De acuerdo con la mentalidad del *civil law* (para el *common law* v. vol. I, § 30 *a*), el simple hecho de haber sufrido un gasto que de no ser por la promesa no se hubiera hecho, no podría constituir una contraprestación; v. la nota al caso Cattaneo contra Milesi.

En realidad, en el *civil law* no parece que se puedan combinar esos dos argumentos o fundamentos de responsabilidad, sino que más bien parece que son distintos y que se presentan en forma alternativa.

En definitiva, las sentencias recaídas en el caso Bardet se sitúan en el terreno de un contrato conmutativo (innominado). Desde este punto de vista, es decir, prescindiendo del "sacrificio" consistente en hacer un gasto que de no haber sido por la promesa de Bardet no se hubiera hecho (sobre la naturaleza de este sacrificio v. la nota al caso Cattaneo contra Milesi), cabe preguntarse en qué consiste la contraprestación de la iglesia. Parece consistir en un *facere*, a saber, en procurar la campana especial que quería Bardet y en admitirla o incluirla en la sonería para conseguir el sonido que excitaba *la evocación, la fantasía y la vanidad* de Bardet. En compensación, la iglesia se quedaría con la campana. Desde este punto de vista, la circunstancia de que aquella campana especial no representara una "necesidad" de la iglesia o de que ésta no debiera o no quisiera hacer tales gastos, es un hecho que no da lugar a una responsabilidad de Bardet análoga a la que existía en el caso Cattaneo cr. Milesi o en otros semejantes, sino que demuestra que la intención de las partes no se dirigía a celebrar una donación sino un contrato conmutativo, incluso desde cierto punto de vista objetivo. Hace una donación quien promete una cantidad para adquirir una cosa o para realizar una obra que corresponde a las necesidades del promisario o que éste quiere adquirir o realizar, aun cuando el promitente tenga en ello un interés particular (v. sobre este punto el caso De Mailly). En cambio, si yo te induzco, mediante la promesa de reintegrarte los gastos, a adquirir una cosa o realizar una obra que no corresponde a tus necesidades, y lo hago movido por el interés que yo mismo tengo en esa obra, el contrato es conmutativo o de cambio. Éste parece ser el razonamiento de las sentencias en el caso Bardet (pero, en este orden de ideas, probablemente ya no interesa distinguir entre el caso en que se prometa el reintegro de los gastos hechos para adquirir la campana y el caso en que se dé o se prometa directamente la campana misma).

Salta a la vista que este razonamiento o criterio es muy delicado y de

aplicación incierta, precisamente por las difíciles cuestiones (de hecho) que se presentan en relación con el concepto de "necesidad" en el caso concreto, en relación con el interés que respectivamente tenga cada una de las partes en la realización de la obra, y en relación con la proporción entre los dos intereses; cuestiones que, a pesar del criterio subjetivo adoptado en las sentencias, influyen más o menos directamente en el problema de la donación o del contrato conmutativo y en el de la llamada intención o causa principal y secundaria.

Imaginemos el caso de quien, queriendo oír tocar en un buen instrumento a un violinista que vive en la casa de enfrente, le regala un violín de marca o le promete reintegrarle si aquél lo adquiere, con o sin el compromiso por parte del violinista de tocar a ciertas horas. ¿Podría equipararse este caso al caso Bardet?

Pero no es sólo cuestión de campanas o de violines. El caso Bardet implica uno de los problemas más graves que se presentan en casos importantes y frecuentes en la práctica. Los llamados "donantes y bienhechores" cuando prometen dinero, quizás a una entidad moral, para satisfacer su vanidad, su fantasía o su capricho de millonarios u otros intereses más o menos consistentes, suelen imponer a la entidad la obligación de realizar una obra con ciertas características y con cierta cuantía de gastos, y dictan instrucciones o imponen proyectos; mientras que la entidad acepta tales ingerencias y los correlativos mayores gastos, aunque no entren en las posibilidades de su presupuesto, porque, en definitiva, se quedan con el beneficio de la obra realizada a expensas de otro, es decir, ¡porque quien paga es el bienhechor!

Y frecuentemente, el pago de toda o de parte de la cantidad prometida debe hacerse después de terminada la obra o después de iniciada ésta (aunque el resultado práctico será el mismo si el donante puede repetir las cantidades entregadas por considerarse éstas como donaciones manuales nulas: v. vol. I, § 38 *a*).

¿No sería más sencillo y más adecuado para hacer justicia en casos semejantes, el principio de la responsabilidad nacida del hecho de haber inducido a otros a hacer un gasto que no tenga cabida en su presupuesto, con las tres adaptaciones indicadas en la nota introductiva a la sección III y en la nota al caso Cattaneo cr. Milesi? Por supuesto, con tal de que aquel principio o sus adaptaciones sean aplicables en el *civil law*. Esta solución podría parecer contraria a la función de la forma notarial como protección del promitente y de su familia, pues aquella responsabilidad sería análoga a la responsabilidad extracontractual nacida del hecho de haber causado un perjuicio, aunque tal solución puede llevar al mantenimiento de la promesa cuando no exista otro modo de hacer justicia.

En todo caso, puesto que las sentencias del caso Bardet tienen en cuenta también esta circunstancia de haber hecho la iglesia un gasto fuera de su presupuesto, queda por ver qué solución se hubiera dado si la iglesia no se hubiera expuesto al hacer aquel gasto o no se hubiera

obligado con el fundidor, sino que el único que se hubiera obligado frente a éste hubiera sido Bardet, o si fuera él quien directamente hubiera procurado la campana a la iglesia (v. vol. I, § 17, § 38 *a* y § 27, nota 4). ¿Habrían adoptado las sentencias el principio que se adoptó en el caso De Mailly cr. Chalon, suponiendo que en este caso fuera solamente la señora De Mailly quien se hubiera obligado con los contratistas?

4) En una nota del Dalloz se subrayan las siguientes frases de la sentencia: que Bardet había impuesto condiciones "con el único fin de satisfacer su capricho, su fantasía o su vanidad"; y "que sólo corresponde a la parte que estipula el apreciar si la convención le atribuye el equivalente de lo que da". En efecto, en una hipótesis semejante, la estipulación hecha por el suscriptor de la obligación y a cambio de la cual se consiente en esta obligación, escapa a toda posibilidad de estimación en dinero. Es imposible, pues, determinar el valor respectivo de la cantidad prometida y de las cargas que constituyen la condición y la causa de dicha promesa. Por el contrario, cuando se trata de cargas apreciables en dinero, lo que hace que el acto deba recibir la calificación de acto a título gratuito o a título oneroso es la importancia de dichas cargas comparadas con el valor de la cosa donada".

Esta opinión del Dalloz no corresponde al punto de vista ni a la motivación de las sentencias en el caso Bardet.

Como ya hemos tenido ocasión de decir (v. vol. I, § 10 *c*) tal opinión obedece a la necesidad de seguridad en las relaciones jurídicas; pero es exactamente la opinión contraria a la corriente tradicional que se resume en Pothier y que también se inspira en esa necesidad, además de responder a la idea de la protección del promitente y de su familia (v. vol. I, § 10 *b*).

Para resolver aquellas dudas sobre la causa principal y secundaria, las sentencias del caso Bardet, aún sin dejar de reconocer que existe cierto elemento de liberalidad, recurren también al argumento del gasto que no corresponde al presupuesto de la iglesia y que no se hubiera hecho de no ser por la promesa de reintegro (v. supra núm. 3). Pero también surgen dudas sobre la protección del promitente y de su familia cuando la contraprestación no sea apreciable en dinero; tanto es así que las sentencias aluden a la circunstancia de que Bardet era "dueño de una fortuna considerable" (v. también el caso De Mailly), alusión que parece referirse a una idea de proporción en relación con la cantidad prometida por Bardet y que parece relacionarse también con la preocupación de hacer frente a las intenciones de "ciertos donantes de ocultar verdaderas donaciones hechas en favor de ciertos establecimientos, bajo la forma de contratos conmutativos" (sobre este interesante pasaje, ver volumen I, § 12 *a*). Pero el argumento de la "fortuna considerable" podría ser rechazado por medio de una prueba de la intención o causa de donar.

5) Otra observación importante. Las sentencias del caso Bardet, lo mismo que en el caso Reverchon, sitúan el problema de la existencia

o no de una donación dentro del dilema clásico: donación o contrato innominado de cambio (aunque sea según los criterios de la jurisprudencia francesa: v. vol. I, § 10 *c*). En este orden de ideas, "capricho, fantasía, vanidad" son calificaciones que se dan al interés en la contraprestación (es decir, al elemento del cambio) como interés no económico; pero no se mencionan como intereses que por sí mismos, independientemente de una contraprestación, puedan dar lugar a una "causa" distinta de la *causa donandi,* como también se ha dicho extendiendo el concepto a los simples deseos de satisfacer un sentimiento de equidad, de conciencia, de delicadeza, etc. (v. vol. I, § 9, nota 10).

Así es que cuando se interpreta el caso Bardet en este segundo sentido, como también se ha hecho, se viene en cierto modo a dar un salto (v. los casos Bresson, De Mailly; v. también vol. I, § 9 especialmente notas 4, 10 y 11).

6) La sentencia del Tribunal de Casación, para hacer frente a la objeción de la ausencia de un equivalente económico, afirma que "sólo corresponde a la parte que estipula el apreciar si la convención le atribuye el equivalente de lo que da". ¿Equivale tal afirmación al principio de la irrelevancia de la *adequacy* (objetiva) en el *common law*? V. vol. I, § 26 *e* y § 30 *a*. ¿O bien tiene importancia práctica en esta sentencia la reserva de que tal irrelevancia se da únicamente cuando la intención de las partes — simple *motive* para el *common law* — se dirija, por lo menos principalmente, a un cambio?

7) Hasta aquí hemos examinado el caso Bardet según el criterio de la jurisprudencia francesa. ¿Cómo se resolvería este caso según las directrices dominantes en la jurisprudencia italiana?

8) ¿Cómo se encuadra el caso Bardet dentro del problema de las donaciones en favor de una entidad moral, según la jurisprudencia francesa y la italiana? V. vol. I, § 10 *e* y § 12 *a*. Confróntese el caso Bardet con los casos Cadeo cr. Iglesia de Chiari y otros de la sección II de este capítulo.

Téngase en cuenta que, a diferencia del caso Reverchon, las sentencias del caso Bardet no parecen dar importancia al argumento de la participación de Bardet en la utilidad general o común derivada de la realización de la obra, sino que dan importancia al beneficio o interés especial de Bardet (v. también el caso De Mailly).

9) Como es sabido, el *common law* simplifica las difíciles distinciones y cuestiones a que hemos aludido supra en los números 2, 3 y 4 (v. vol. I, §§ 26 y 30, y los casos Hamer v. Sidway, Devecmon v. Shaw y otros semejantes). Bastaría el hecho de que Bardet hubiera pedido a la iglesia que hiciera un *determinado* gasto, prometiendo reintegrárselo, para que surgiera la obligación de reintegrarlo. ¿Qué piensa el lector de esta simplificación?

¿Sería válida en el *common law* la promesa (no formal) de entregar directamente la campana?

10) Para terminar: puesto que el planteamiento de los problemas y

su correspondiente discusión, tal como los ofrecemos en el caso Bardet, no pretenden ser exclusivos, ¿qué piensa de todo esto el lector?

David cr. Ayuntamiento de Vaison

Cour de Nîmes, 22 enero 1890. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1891, 2, 113. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

Mediante documento público otorgado el 26 de enero de 1856, Anne Louise Guillaume, de quien el señor David era sucesor, había hecho "donación" de una casa al Ayuntamiento, "con la condición de establecer y mantener en ella una escuela religiosa y de pagar a los Hermanos". La condición era absoluta y estaba concebida en los siguientes términos: "En defecto de cumplimiento de las condiciones antes señaladas, la presente donación se resolverá de pleno derecho; y lo mismo si, por cualquier evento que provenga de un hecho del Ayuntamiento, deja de quedar afectada la propiedad donada al destino para el que ha sido donada".

El 30 de octubre de 1886 se promulgó una ley que prohibía a los Ayuntamientos mantener escuelas religiosas.

Surgió entonces la cuestión relativa a la existencia de una verdadera y propia donación, a propósito de la aplicabilidad del artículo 900 del C. c. francés, según el cual la condición contraria a la ley (en este caso, contraria a la ley de 30-10-1886) se tiene por no puesta y la donación sigue siendo válida, como donación pura y simple.

El Tribunal entendió que no se trataba de una verdadera y propia donación, a pesar de la calificación dada al acto por las partes; y ello por las razones siguientes:

"Considerando que la creación de la escuela especificada en el documento de 26-1-1856 no solamente fué la condición de la donación sino también el objeto y el fin esencial del contrato, y que este contrato ha dejado de tener una causa; — Considerando que, si se hace abstracción de la forma de dicho acto, no se puede considerar que contenga una liberalidad ni siquiera condicional en beneficio del Ayuntamiento; — Que, en realidad, el objeto de este contrato es la obligación asumida por cada una de las partes de contribuir a una fundación en proporciones aproximadamente iguales, ya que puede valorarse la renta del inmueble en una cantidad equivalente a lo que el Ayuntamiento tendría que pagar a los maestros; fundación que se ha hecho imposible, pues el Ayuntamiento ya no podría aportar la contribución debida por él.

Considerando que el art. 900 del C. c., colocado bajo la rúbrica de las disposiciones a título gratuito, no podría en ningún caso aplicarse a semejantes convenciones, que deben regirse desde este punto de vista por el art. 1.172 ... etc."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 10 *c, e*; § 12 *a*; § 13 *b* y § 38 *a*.

Este caso, como otros, demuestra a qué sutiles discusiones puede dar lugar el problema del contrato conmutativo.

El litigio surgió, como se ha dicho, a propósito de la aplicabilidad del artículo 900 del C. c. francés. Pero (resuelta esta cuestión por otros medios en la jurisprudencia francesa posterior) los criterios adoptados en la sentencia podrían servir también para resolver el problema de la validez de un acto no revestido de las formas de la donación, es decir, el que hemos señalado como problema central del contrato.

En una nota de Planiol, en el *Dalloz,* se comenta el caso David en la forma siguiente:

"El carácter gratuito u oneroso del acto... depende de la reciprocidad de las prestaciones o de las promesas que las partes cambian... Calculad el valor del patrimonio de cada una de las partes antes y después de la operación; en condiciones normales encontraréis la misma cifra... Si falta esta reciprocidad, es decir, si una de las partes da o hace alguna cosa sin recibir nada a cambio, el acto, es a título gratuito."

"Poco importa que la persona beneficiada de esta forma esté obligada a hacer nuevos gastos... aunque éstos sobrepasen en mucho al valor recibido...; ejemplo: te doy quinientos francos para ayudarte a hacer un viaje que deseas hacer y que te costará 1.000 francos, pero con la condición de que hagas ese viaje... Cuando el beneficio derivado de la carga va a parar al mismo donatario... el acto es realmente gratuito y conserva su carácter de liberalidad aunque el importe del valor recibido no baste para hacer frente a la totalidad de los gastos ocasionados por el cumplimiento de la carga... Es exactamente lo que ocurría en este caso. Un particular había ofrecido un bien a un Ayuntamiento con la condición de que lo destinara a un uso determinado por él, y resultaba que este uso consistía en un servicio público comprendido en las funciones ordinarias del Ayuntamiento. Había puesto, por tanto, su fortuna personal al servicio de los intereses generales cuya gestión corresponde al Ayuntamiento... y lo hacía sin exigir a cambio ni intereses, ni retribución de ninguna clase."

En cuanto a la afirmación de la sentencia de que la contribución de ambas partes en la fundación era aproximadamente igual, observa Planiol: "Esta igualdad de cargas era una simple coincidencia de hecho... Se pretende ver en ello una especie de asociación, de concurso para un fin común. Lo cual sería cierto si el particular hubiera conservado la propiedad de su inmueble mientras el Ayuntamiento se encargaba de hacer anualmente los gastos necesarios para el mantenimiento de la escuela. Pero no era esto lo que sucedía. La escuela pertenecía exclusi-

vamente al Ayuntamiento. Se había producido una transmisión de propiedad... etc."

Planiol acoge, pues, la opinión tradicional, que es la seguida por la jurisprudencia italiana dominante pero no por la francesa: v. vol. I, § 10 *b, c* y los casos franceses estudiados anteriormente; v. también Cavezzali cr. Ayuntamiento de Crespiatica y Hacienda cr. Gentile (para la crítica del concepto de contrato oneroso que da Planiol, v. nuestro volumen I, § 13 *b*).

Según Planiol, la institución y el mantenimiento de aquella escuela (religiosa) correspondían a las *funciones ordinarias* del Ayuntamiento; v. vol. I, § 10 *e* y § 12 *a*.

Pero prescindamos del problema de la donación en favor de una entidad moral o admitamos que el mantenimiento de aquella escuela no correspondiera a las *funciones ordinarias* del Ayuntamiento; y examinemos el caso, como lo hace la sentencia, desde el punto de vista de un contrato sinalagmático.

Hay que suponer que el beneficiado con la creación de la escuela no es ninguna de las partes contratantes. De ser así existiría verdaderamente un contrato con obligaciones o prestaciones recíprocas para crear y mantener una obra en beneficio de un tercero (v. el caso Mazzucchelli contra Saluzzo). Y entonces, contra lo que dice la sentencia, poco importaría que las dos prestaciones fueran o no equivalentes, porque ninguna de las partes contratantes se beneficiaría del contrato.

Es decir, la solución sería siempre la misma: sería indiferente que la señora Guillaume hubiera transmitido la propiedad de la casa para destinarla a escuela o que solamente hubiera cedido el goce; o que hubiera transmitido la propiedad de la casa para que *todas* las rentas se destinaran a instituir o mantener en otro lugar la escuela, con ayuda además del Ayuntamiento. Sólo en el caso de que *no todas* las rentas hubieran de destinarse a este fin, sino sólo la parte estrictamente necesaria, podría tener aplicación el criterio de la equivalencia entre las dos prestaciones para considerar el caso como un contrato aleatorio o como una donación *cum onere,* teniendo en cuenta también la intención de las partes; v. vol. I, § 10 *b*, 1.°; v. también el caso Bresson.

Sin embargo, todo este razonamiento presupone que el beneficiado por la creación de la escuela no fuera una de las partes contratantes. Pero en realidad lo era, ya que la escuela suponía un beneficio para el Ayuntamiento, como colectividad total o parcial de los habitantes.

Desde este punto de vista, aunque el mantenimiento de aquella escuela no correspondiera a las *funciones ordinarias* del Ayuntamiento o no tuviera cabida en su presupuesto, existiría siempre una liberalidad en favor del Ayuntamiento, aunque se tratara de una liberalidad que para ser utilizada implicara un mayor gasto por parte del Ayuntamiento (v. el ejemplo, que propone Planiol, de una promesa o entrega de una cantidad para un viaje que implica un gasto superior a esta cantidad). Y entonces, para excluir en este acto el carácter de donación, sólo se

podría recurrir al argumento utilizado en el caso Reverchon o al que hemos mencionado en el vol. I, § 9, nota 10. El argumento utilizado en el caso De Mailly solamente serviría si quisiera verse, en el carácter religioso de la escuela que había de instituirse, un interés o un beneficio especial (no económico) para la señora Guillaume.

Descartados estos argumentos, la responsabilidad del promitente o del donante (que quiera repetir la cosa donada alegando un defecto de forma) sólo puede fundarse en los motivos señalados en la nota al caso Cattaneo-Milesi (v. también la nota al caso Bardet, núm. 3) o en general en los de la *reliance*, con las oportunas adaptaciones al *civil law*, cuando la carga haya sido cumplida; v. nota introductiva a la sección III. Desde este punto de vista, si no fuera posible continuar manteniendo la escuela, como ocurría en el caso David, el beneficio ya obtenido por el Ayuntamiento no se podría repetir, pero se extinguiría para lo sucesivo el contrato. A esta solución parece oponerse Planiol en la nota antes transcrita.

¿Cómo se resolvería el caso David en el *common law*? Debe suponerse que se tratara de una promesa no formal o de una transmisión no formal de la casa: v. vol. I, § 38 *c*, y el caso Allegheny College. En relación con el ejemplo de la promesa de una cantidad para hacer un viaje, v. el caso Devecmon v. Shaw.

Por lo que se refiere al problema concreto resuelto en la sentencia (aplicabilidad del art. 900 C. c. francés) adviértase que la actividad exigida al Ayuntamiento constituía probablemente el objeto de una condición impropia o "causa" (v. vol. I, § 10 *a*) más que una obligación (como dice la sentencia). Esta concreta cuestión ha sido resuelta por la jurisprudencia francesa posterior en el sentido de que, aunque se trate de una donación, no es aplicable el art. 900 ya que dicho artículo no se refiere a la condición que constituya en realidad la "causa" de la donación.

Lapeyre cr. Ayuntamiento de Urrugne

Cour de Cassation Française, Chambre Civile, 19 julio 1894. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1895, I, p. 125. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

El Tribunal de Apelación de Pau dictó, el 27 de febrero de 1893, la siguiente sentencia:

Sobre la reivindicación del solar de la iglesia y de sus dependencias y sobre las conclusiones de la apelación incidental: Considerando que los esposos Lapeyre solamente han apoyado la pretensión que sostienen ante el Tribunal en la circunstancia de que el abandono de aquel terreno por parte de su causante tendría el carácter de una donación, y que no habría sido otorgada ante notario, conforme a las prescripciones del art. 931 del C. c.; — Consi-

derando que el Tribunal de instancia estableció taxativamente en la motivación de su decisión el carácter conmutativo y oneroso del contrato celebrado en 1855 entre Jean Légarvalde y el Ayuntamiento de Urrugne, por el cual este último asumía cargas que por lo menos equivalían al valor del terreno cedido; de donde resulta que la nulidad decretada por el art. 931 del C. c. no podría aplicarse en este caso; que procede confirmar en esta parte de la demanda la sentencia apelada, adoptando su motivación... *(Omissis)*.

Recurso de casación interpuesto por los esposos Lapeyre por: 1.º Violación de los arts. 894, 931, 1.105 y 1.106 del C. c., al haberse negado la sentencia recurrida a pronunciar la nulidad de la donación hecha al Ayuntamiento de Urrugne por el señor Jean Légarvalde en 1855, por entender que se trataba de una convención a título oneroso, no sometida a las formalidades de las donaciones *(Omissis)*.

Sentencia

El Tribunal. — Sobre el primer motivo: Considerando que la sentencia hace constar que si Jean Légarvalde, causante de la señora Lapeyre, cedió al Ayuntamiento de Urrugne en 1855 cierta extensión de terreno para construir en ella una iglesia, dicha cesión tuvo lugar en las condiciones de un contrato a título oneroso; — Que, efectivamente, Légarvalde consintió en tal cesión principalmente en vista de los beneficios equivalentes que esperaba obtener de la construcción proyectada y, especialmente, en consideración a la plusvalía que adquirirían otros terrenos de su propiedad; — Que por otra parte, al aceptar esta cesión el Ayuntamiento asumió cargas que eran, por lo menos, equivalentes al valor de lo que recibía; — Que, en tales circunstancias, al declarar que no era necesaria la forma auténtica para la validez de la cesión sobre la que se litiga, la sentencia no ha violado ninguna ley; — Se rechaza el recurso...

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 10 *b, c, e*; § 12 *a*; § 38 *a*.

1) Según parece, la propiedad de la iglesia correspondía al Ayuntamiento, a quien se había cedido el solar. ¿Qué importancia tendría la circunstancia de que la iglesia hubiera de pertenecer a otra entidad? V. nota al caso Mazzucchelli.

2) ¿Qué valor tiene la cita de los arts. 1.105 y 1.106 C. c. francés (relativos a la distinción entre contratos de beneficencia y contratos a título oneroso) en relación con el problema de la *donation avec charges*?

3) ¿Qué importancia podría tener la circunstancia de que, en hipó-

tesis, la construcción de la iglesia correspondiera a las funciones ordinarias del Ayuntamiento? V. nota al caso David.

4) En relación con este último problema, ¿qué importancia tendría el hecho de que el Ayuntamiento hubiera asumido *cargas equivalentes* al valor del terreno cedido? V. nota al caso David.

5) ¿Qué importancia tiene el hecho de que Légarvalde esperara obtener beneficios económicos equivalentes, a consecuencia de la construcción proyectada? V. vol. I, § 9, nota 4.

6) Si cualquiera de estos dos últimos argumentos era suficiente por sí solo, según la jurisprudencia francesa, para excluir la idea de la donación, ¿por qué la Casación ha invocado los dos argumentos? ¿Y por qué ha utilizado el concepto de "causa principal" si había equivalencia entre sacrificios y beneficios? V. también la cuestión 2.

Según el criterio de la jurisprudencia francesa, ¿no hubiera podido resolverse más fácilmente el caso sobre la base del fin principal o de un beneficio o expectativa de beneficio por parte de Légarvalde, especialmente si la construcción de la iglesia entraba en las funciones ordinarias del Ayuntamiento? V. vol. I, § 9, notas 4 y 10; v. el caso De Mailly.

7) Confróntese el caso Lapeyre con los casos Reverchon, De Mailly, David y Ciudad de Marsella, y señálense las analogías o las diferencias, lo mismo en cuanto a los antecedentes de hecho que en cuanto a la motivación de las respectivas sentencias.

8) Hasta aquí el caso Lapeyre ha sido examinado según el criterio de la jurisprudencia francesa. ¿Cómo se resolvería este mismo caso según los criterios de la jurisprudencia italiana y qué respuesta se daría a las preguntas anteriores? Véanse en la sección II los casos italianos que presentan analogías con el caso Lepeyre, y la nota introductiva a la sección III.

9) Con referencia especialmente a la jurisprudencia italiana, plantéese la hipótesis de que un propietario de edificios o de terrenos edificables, interesado en que surjan en su vecindad edificios de ciertas características (por ejemplo, para ser destinados a comercios) que aumenten el valor de los suyos, ceda a otro un terreno sin recibir precio, pero con la "obligación" o con la "condición" de construir un edificio de aquellas características. ¿Existiría en tal caso donación o contrato de cambio? ¿Deberá hacerse la distinción atendiendo a la gravedad que la carga suponga para el cesionario o a que éste se hubiera o no resistido en las negociaciones preliminares a aceptar aquella carga?

Levy cr. Garnier (con intervención de la Vda. de Balzac)

Cour d'Appel de Paris, 9 agosto 1871. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1872, II, p. 165. (Sentencia transcrita textualmente salvo los *omissis*.)

El 13 de enero de 1869, el Tribunal civil del Sena dictó sentencia en los términos siguientes:

Considerando que de una carta registrada, de fecha 19 de febrero de 1857, resulta que la viuda de Balzac cedió a Dutacq el derecho de publicar los *Contes drolatiques* de Balzac con ilustraciones de Doré, con la única reserva de sus derechos para las ediciones de obras completas; — Que la reserva hecha por la viuda de Balzac en términos precisos no puede ser ampliada por vía de interpretación; — Que los considerables gastos necesarios para la edición ilustrada, el tiempo indispensable para que un editor de obras de esta clase recobre las cantidades adelantadas, y la intención manifestada por la cedente de favorecer excepcionalmente al cesionario, no permiten restringir en contra del texto de la carta al alcance de la cesión hecha; — Que el derecho de publicar los *Contes drolatiques* ilustrados no se limitó a una sola tirada; que tal derecho es, pues, general e indefinido según los términos de la carta antes aludida; — Que se hicieron dos ediciones, una en 8.º, que contenía la serie completa de los dibujos de Doré, y la otra en formato 12.º, que contenía solamente una pequeña parte de dichos dibujos sirviendo de frontispicio a cada capítulo y sin importancia artística; — Que si la edición en 8.º queda comprendida en los términos de la autorización concedida, no ocurre lo mismo con la edición en 12.º; — Que ésta no fué, en realidad, una edición ilustrada y que, por su naturaleza, por su formato y por su precio podía competir con las publicaciones de Michel Lévy, hermanos, cecionarios de la Vda. de Balzac; — Que tal edición ha causado a éstos un perjuicio por el cual se debe una reparación; — Que el examen de los libros y el número y precio de los ejemplares vendidos permitirían por sí solos determinar la importancia de tal reparación; — Que el Tribunal no dispone para ello de los elementos necesarios; — Que, en consecuencia, procede prohibir a Garnier Hermanos la puesta en venta de la edición en 12.º de los *Contes drolatiques*, y condenarles a pagar daños y perjuicios a Michel Lévy; — Por lo que se refiere a la demanda de evicción: Considerando que Simon Raçon, cesionario de Delahaye y de Dutacq, no

se limitó a ceder a Garnier Hermanos sus derechos tal como podían resultar de la carta de la Vda. de Balzac; — Que primero había publicado y puesto en venta la llamada edición ilustrada en 12.°; que cedió a Garnier Hermanos, sin hacer ninguna reserva y mediante un precio determinado, los ejemplares que quedaban en su poder; — Que, por lo tanto, está obligado a garantizar a Garnier Hermanos por el importe de las condenas pronunciadas contra ellos en esta ocasión en favor de Michel Lévy; — Por estos motivos: se declara sin fundamento la demanda de Michel Lévy Hermanos en lo que se refiere a la edición en 8.° de los *Contes drolatiques* de Balzac, ilustrados por Gustavo Doré. — Se desestima; — Se prohibe a Garnier Hermanos la publicación de nuevas tiradas de la edición en 12.° de los *Contes drolatiques* ilustrados, o la puesta en venta de los ejemplares remanentes; — Se condena a Garnier Hermanos a los daños y perjuicios en favor de Michel Lévy...; — Se condena a Simon Raçon a responder e indemnizar a Garnier Hermanos del importe de las condenas pronunciadas contra éstos, etc.

Apelación por Lévy Hermanos. Intervención de la Vda. de Balzac.

Sentencia

El Tribunal. — Por lo que se refiere a la intervención de la Vda. de Balzac: — Considerando que en este proceso se trata de una contienda sobre el alcance y los límites de la cesión hecha por la Vda. de Balzac en favor de Dutacq, representado por sus causahabientes, para la publicación de la obra titulada *Contes drolatiques,* de Balzac; — Que la Vda. de Balzac no ha estado representada ante el Tribunal de instancia; — Que podría entablar una tercería frente a la decisión y que tiene derecho a intervenir, en apelación por tener un interés material eventual en la solución de las cuestiones debatidas ante este Tribunal; — Se declara admisible la intervención de la Vda. de Balzac.

Y por lo que se refiere a la cuestión de fondo y respecto a todas las partes; — Considerando que por carta registrada, presentada en el proceso, la Vda. de Balzac cedió a Dutacq el derecho de publicar los *Contes drolatiques* de Balzac con la condición de incluir en la edición las ilustraciones de Doré y con la única reserva de los derechos que ella pensaba transmitir a terceros para la publicación de las obras completas del mismo autor; — Que si, de acuerdo con la intención expresada por la Vda. de Balzac, esta cesión podía proporcionar a Dutacq ciertos beneficios, podía también, por otra parte, resultar onerosa a causa de los considerables gastos inhe-

rentes a una publicación de esta naturaleza; — Considerando que la carta antes citada no limita el derecho concedido a Dutacq a una sola edición ni a un número determinado de ejemplares; — Que, por lo mismo, implica la facultad de Dutacq o de sus causahabientes para publicar la obra en cuestión mientras las planchas de las ilustraciones pudieran ser utilizadas; que no prohibió a Dutacq la cesión de sus derechos a terceros; — Que, por consiguiente, el Tribunal de instancia ha declarado justamente que no había lugar a prohibir a Garnier Hermanos, cesionarios mediatos de Dutacq, la publicación de nuevas tiradas de la edición en 8.° de los *Contes drolatiques* de Balzac, ilustrada por Doré, ni la venta de los ejemplares remanentes.

En relación con las conclusiones adicionales propuestas por la Vda. de Balzac: Considerando que la cesión contenida en la carta en cuestión, si bien implicaba un beneficio eventual y remunerador para Dutacq, estaba subordinada a condiciones onerosas que le quitaban el carácter de liberalidad; — Que carece de fundamento la pretensión de la Vda. de Balzac, según la cual esta cesión constituía una donación que sólo hubiera podido hacerse por documento notarial; — Que la nulidad invocada por la Vda. de Balzac no puede conciliarse con las conclusiones principales en las que admite la validez de la cesión, dentro de los límites de una edición única y bajo la condición de una forma determinada; — Adoptando en lo demás los motivos de la primera sentencia, se confirma, etc.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 10 y § 38 *a*.

En una nota del Dalloz se hace el siguiente comentario de este caso:

"La gratuidad es una característica esencial de la donación entre vivos, y se debe considerar como hecha a título oneroso toda liberalidad en la que las cargas superen o igualen al valor de lo donado. Lo mismo ocurre en todas las convenciones en las que se imponen ciertos gastos al adquirente, en las que los beneficios quedan subordinados a eventualidades más o menos dudosas".

Cuestionario:

1) ¿Estaba obligado Dutacq (o sus causahabientes) a publicar la edición ilustrada por Doré, o se trataba solamente de una "condición" (impropia) en el sentido a que aludíamos en § 10 *a*? ¿Qué importancia tendría en este caso la distinción entre obligación y "condición impropia? Si se hubiera tratado de una condición, ¿no podría sostenerse que, consistiendo el sacrificio de Dutacq (o de sus causahabientes) en el riesgo de no poder cubrir con las ventas los gastos de la edición, el hacer frente o no a tal azar dependía de su voluntad y de sus cálculos por lo que no existía en realidad ningún riesgo como contrapartida de la cesión de los derechos de autor?

2) La nota del Dalloz se refiere evidentemente al criterio de la equivalencia entre los dos sacrificios (y no entre los dos beneficios: v. volumen I, § 13 *b*) ambos de carácter patrimonial y, por lo tanto, susceptibles de ser comparados entre sí: v. vol. I, § 10 *b*, 1.°. Uno de los sacrificios puede también consistir en un azar o en un gasto con un beneficio aleatorio. ¿Resulta de esto, como se dice en la nota del Dalloz, que un azar cualquiera pueda bastar para excluir la donación? ¿O puede jugar en este caso, especialmente si el gasto es modesto en relación con la cantidad recibida, la intención principal o secundaria de las partes?

3) Según el criterio de la jurisprudencia francesa, ¿no se podría prescindir del problema relativo a la existencia de una contrapartida y resolver el caso sobre la base del argumento del beneficio o expectativa de beneficio (aunque fuera moral) que la Vda. de Balzac esperaba obtener de la edición? V. vol. I, § 9, notas 4 y 10 y los casos De Mailly y Reverchon.

4) ¿Cómo se resolvería este caso en el *common law*, especialmente teniendo en cuenta lo que hemos dicho en la cuestión 1? Se entiende, en el caso de haberse hecho una cesión no formal de los derechos de autor: véase vol. I, § 38 *c*.

5) ¿En qué se diferencia este caso del caso Ranzato cr. Scarneo?

SPITALIERI de CESSOLES cr. HENN y HARGREAVES

Cour de Cass. française, Chambre des requêtes, 28 junio 1886. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1887, I, 55. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

Cada año la ciudad de Niza destina cantidades importantes a las fiestas que organiza y dirige un "*comité des fêtes*" compuesto de aficionados; una de estas fiestas consiste en las regatas internacionales que se celebran bajo el patrocinio del *Yacht-Club* de Francia. El programa de estas regatas, que contiene el anuncio de cierto número de premios para los vencedores, incluye además una cláusula concebida en los siguientes términos: "Las decisiones del Comité, cualesquiera que sean, serán inapelables y los participantes, por el solo hecho de su inscripción, aceptan su jurisdicción y renuncian a la de los tribunales". En 1883 se habían presentado varios participantes. Se dió la señal de partida pero, al parecer, irregularmente y la carrera se celebró sin que se hiciera ninguna señal para hacer regresar a las embarcaciones que tomaban parte en ella. Pero el Comité de las regatas, invocando los poderes que le atribuía la cláusula antes citada, manifestó a los señores Henn y Hargreaves, que habían llegado en primero y segundo lugar, que la carrera se consideraría nula y que no serían

concedidos los premios. A raíz de esta decisión, los señores Henn y Hargreaves demandaron al presidente del Comité de las regatas ante el Tribunal de Niza, el primero de ellos reclamando la cantidad de 6.000 francos, importe del primer premio, y una medalla de oro ofrecida por el Ministro de Marina; y el segundo la cantidad de 2.000 francos, importe del segundo premio, y una medalla de oro. Una sentencia de 3 de marzo de 1884 desestimó sus demandas por considerar que la decisión del Comité era inapelable según el reglamento aceptado por los participantes, y que éstos, al aceptarlo, habían renunciado a la jurisdicción de los Tribunales. Pero, apelada esta sentencia por los señores Henn y Hargreaves, el Tribunal de Apelación de Aix modificó la decisión del Tribunal de Niza y ordenó una información por una providencia de 18 de diciembre de 1884, concebida en los términos siguientes:

Considerando que la sentencia apelada ha fundado principalmente la desestimación de la demanda de los apelantes en una excepción de cosa juzgada basada en la decisión del Comité de las regatas de Niza, conviene ante todo examinar el valor de estos argumentos; — Considerando que la decisión invocada sólo podría tener autoridad de cosa juzgada si constituyera una sentencia arbitral válida; — Considerando que debe negársele tal carácter por varios motivos; *(Omissis)*.

Considerando, en definitiva, que en modo alguno se ha demostrado que se hubieran nombrado árbitros, ni que el litigio sometido actualmente a este Tribunal hubiera sido objeto de un compromiso, ni que el Comité de las regatas de Niza se hubiera constituído en árbitro amigable componedor para decidir sobre este litigio, ni menos todavía que una sentencia lo hubiera sancionado, de donde resulta que, tanto de hecho como de Derecho, la excepción de cosa juzgada carece de fundamento y la jurisdicción de los Tribunales ha sido válidamente afirmada, etc.

En cuanto a la cuestión de fondo, y para saber si la señal de partida se dió en forma regular, no encontrando el Tribunal en los documentos del proceso ni en los debates elementos de convicción suficientes, ordenó una información. Visto el resultado de esta información se dictó la siguiente sentencia el 7 de julio de 1885:

Considerando que el contrato celebrado entre el Comité de las regatas, que ofrecía los premios, y los participantes que aspiraban a dichos premios, es un contrato conmutativo; que si este contrato obliga al Comité a otorgar los premios a quienes reúnan las condiciones establecidas para su obtención, es a cambio del

sacrificio que hacen los participantes al tomar parte en una carrera a sus expensas y a riesgo suyo; — Considerando, además, que el apelado no estaría menos obligado si hubiera prometido una liberalidad con cargas que hubieran sido cumplidas; — Considerando que es imposible admitir que haya podido hacer una promesa cuyo cumplimiento dependa de su voluntad; — Considerando que los apelantes han suministrado la prueba ofrecida por ellos y que les fué admitida por la providencia de 18 de diciembre último; que, por lo tanto, procede admitir sus conclusiones principales;

Por estos motivos, se condena al conde Spitalieri de Cessoles, en su calidad de Presidente del Comité de las regatas de Niza, a pagar..., etc.

Recurso de casación contra estas dos sentencias, interpuesto por el señor Spitalieri de Cessoles, en calidad de presidente del Comité de las regatas de Niza: 1.º y 2.º... (no interesan).

3.º Violación de los arts. 1.003 y sigts., 1.019 y sigts. del Código proc. civ.; y 1.102, 1.103, 1.104, 1.106, 944, 1.170, 1.134 y 1.351 del C. c. porque el Tribunal de Apelación, después de haber considerado en la providencia a la reserva de jurisdicción atribuída al Comité de las regatas como un pacto compromisorio, nulo por inobservancia de las normas especiales sobre arbitraje, y de sacar conclusiones que legitiman esta reserva considerándola como una condición lícita y obligatoria para el cumplimiento de un contrato de beneficencia, ha pretendido en la sentencia definitiva que se trataba de un contrato a título oneroso, añadiendo después que se trataba de la promesa de una liberalidad y limitándose a añadir que su cumplimiento no podía depender de la voluntad del Comité

Sentencia

El Tribunal. — Sobre el primero y segundo motivo... (no interesan);

Sobre el tercer motivo, basado en la violación de los arts. 1.003 y sigts., 1.019 y sigts. del Cód. proc. civ.; y 1.102, 1.103, 1.104, 1.106, 944, 1.170, 1.134 y 1.351 del C. c.: Considerando que el recurrente pretende que el contrato por el cual la ciudad de Niza se obligaba a conceder ciertos premios a los vencedores en las carreras organizadas por ella era un contrato unilateral de beneficencia, en el que la cláusula que establecía que las decisiones del Comité no serían susceptibles de ningún recurso constituía una condición lícita y válida impuesta por el donante a su liberalidad

y no una cláusula compromisoria sometida a las prescripciones de los arts. 1.003 y sigts., Cód. proc. civ.; — Considerando que la sentencia recurrida, interpretando este contrato y apreciando las condiciones impuestas a los participantes y los beneficios que se les ofrecían, declara que de dicho contrato resultaban obligaciones recíprocas para cada una de las partes y, en consecuencia, entiende justamente que no se trataba de un contrato de beneficencia sino de un contrato conmutativo; que, por lo tanto, la cláusula litigiosa no constituía la condición de una liberalidad; — Considerando que en dicha sentencia se hace constar que la carrera que ha dado lugar a este proceso fué disputada por seis participantes; que la señal de partida se dió conforme a los reglamentos del *Yacht-Club* de Francia y del Comité de las regatas de Niza; que las embarcaciones que tomaban parte en la carrera pasaron tres veces ante la nave del jurado sin que se hiciera ninguna señal para hacerlas regresar y que, en fin, se les dejó terminar la carrera y hasta después de su entrada en el puerto no les hizo saber el Comité que la carrera se consideraba como no celebrada; — Considerando que también se ha hecho constar en la sentencia, sin que haya sido negado por los recurrentes en casación, que Henn y Hargreaves habían llegado en primero y segundo lugar, conforme a las condiciones fijadas en el programa; — Considerando que en tales circunstancias, al negarse a concederles los premios de dicha carrera el Comité de las regatas lo hizo invocando los poderes que le atribuía la cláusula litigiosa; que, por lo tanto, tal como declaró la sentencia recurrida de 18 de diciembre de 1884, el Comité ha actuado como árbitro constituído en virtud de dicha cláusula, considerada como cláusula compromisoria; — Considerando que la misma sentencia declara, y lo ha reconocido el recurrente, que dicha cláusula compromisoria era nula por no reunir los requisitos exigidos por los arts. 1.003 y sigts. del Cód. proc. civ.; — De donde resulta que, al declarar que la decisión del Comité no podía tener autoridad de cosa juzgada, el Tribunal de Aix, lejos de violar los artículos invocados en el recurso, no ha hecho más que aplicar justamente los arts. 1.003 y sigts. del Cód. proc. civ.; — Se rechaza..., etc.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 9, notas 4 y 10; § 10 *b*, *c*; § 12, *b*; § 13 *b*.

En una nota del Dalloz se hace el siguiente comentario a este caso:

"Esta sentencia declara que el Tribunal ha podido, apreciando las condiciones impuestas a los participantes y los beneficios que se les ofrecían, atribuir a esta convención el carácter de un contrato conmutativo y no

el de una liberalidad, sin que su decisión pueda ser atacada en casación. El límite que separa el contrato conmutativo de la pura y simple liberalidad suele ser difícil de determinar, ya que la ley no establece ninguna regla para indicar en qué medida las cargas impuestas comparadas con el valor del objeto donado pueden hacer que un acto conserve o pierda el carácter de disposición a título gratuito; por tanto, esta apreciación, que sólo puede hacerse teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la intención de las partes, queda confiada al arbitrio de los tribunales (Req. 24 nov. 1825, *Jur. gén.*, V.° *Disp. entre vifs*, núm. 1.292; 7 abril de 1829, v. núm. 1.300; *Civ. rej.*, 10 agosto 1953, D. P. 53-1-341 y 20 julio 1870, D. P. 70-1-334). V. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. I, núm. 52".

La cuestión litigiosa no afectaba al problema de la forma de la donación, pero los criterios adoptados en la sentencia, como resulta también de la nota del Dalloz, tienen alcance general y pueden referirse también al problema de la forma cuando ésta sea necesaria para las promesas al público o, por lo menos, a personas que pertenezcan a un determinado círculo, como en este caso. En el cuestionario que sigue examinaremos este aspecto del caso.

El Tribunal de Aix y la Casación han resuelto el caso basándose en los criterios del intercambio de sacrificios, de su relación de equivalencia y de la intención de las partes, más que en el criterio de un interés del promitente distinto de la causa de liberalidad (interés moral e incluso económico que indudablemente tenía la ciudad de Niza al organizar aquellas regatas). Por el contrario, véase la nota al caso Bresson y las citas que allí se recogen, así como los casos Reverchon, De Mailly y Bardet.

1) Se trataba de una promesa al público por una prestación o una actividad todavía no realizada. De manera que si no se adopta, como todavía no podía adoptarse en las sentencias del caso Spitalieri, la reciente solución para la validez de las promesas no formales hechas al público, se plantea el problema de la distinción entre donación y contrato de cambio y el de los correspondientes requisitos de forma, lo mismo que para toda promesa de premios, u otras semejantes, hechas a personas o a un grupo de personas determinadas (v. vol. I, § 12 *b*).

Admitido esto, ¿es exacto, como pretenden la casación y la nota del Dalloz, que se trate de una *quaestio facti* y que no existan criterios jurídicos aplicables?

2) ¿Puede considerarse la actividad que habían de prestar los participantes como un sacrificio patrimonial o, en todo caso, como un sacrificio que según la costumbre (v. vol. I, § 10, nota 2) merece una recompensa? ¿El hecho de que el promitente del premio obtenga un beneficio patrimonial de aquella actividad puede servir para atribuir a ésta un valor patrimonial? Examínense tales cuestiones desde los puntos de vista de la jurisprudencia francesa y de la italiana. V. Ascoli, *Trattato delle donazioni*, Milano, 1935, p. 93, que excluye en casos semejantes el carácter

de donación basándose en el criterio del sacrificio o actividad impuestos al promisario del premio y que tienen valor patrimonial, aunque el promisario pueda obtener otros beneficios patrimoniales de aquella actividad (p. ej., venta de la obra premiada) y aunque el promitente no obtenga ningún beneficio patrimonial. V. también Planiol, *Traité pratique*, citado. V. 315 y 318.

4) ¿Cómo es que la sentencia del Tribunal de Aix admite que aunque se tratara de una liberalidad quedaría obligado el promitente? ¿Qué importancia podría tener el hecho de que se tratara de una liberalidad con cargas que habían sido cumplidas? V. nota introductiva a la sección III.

5) ¿Cuál sería la solución de este caso en el *common law*? V. vol. I, § 12 *b*; § 26 y § 30 *a*. ¿Se trataría de una promesa con *executed* o con *executory consideration*? En el primer caso, ¿la *consideration* sería el vencer en la carrera o sólo la participación en la misma? V. vol. I, § 29. En el caso de que la *consideration* fuera el vencer en la carrera ¿se podría considerar vinculante la promesa por el sólo hecho de participar en ella sobre la base de la *doctrine* de la *reliance* a que aludíamos en el vol. I, § 27 *a*? V. también vol. I, § 29, notas 6 y 7, así como el caso Martin v. Meles, nota 9.

Abate Bresson y otros cr. Esposos Boudard

Tribunal de Langres, 15 marzo 1900. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1900, II, p. 422. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

Antes de transcribir esta sentencia, el Dalloz incluye la nota siguiente:

"Por un documento privado de fecha 12 de julio de 1890, los esposos Boudard, legatarios del abate Daubrive, o herederos de los legatarios premuertos, habían cedido a los abates Bresson, Rallet y Marchal la acción de revocación que les correspondía contra el Ayuntamiento de Vicq a causa de un legado hecho en 1819 a dicho Ayuntamiento por el abate Daubrive, con la carga de mantener una escuela religiosa. Habiéndose hecho imposible el cumplimiento de esta carga en virtud de la ley de 30 de octubre de 1886 sobre enseñanza primaria, el legado estaba sujeto a revocación y los esposos Boudard, a pesar de que deseaban que se respetara la voluntad de su causante, no se decidían a ejercitar por sí mismos la acción y a encargarse después del mantenimiento de la escuela. Sin embargo, consintieron en prestar su nombre para la demanda de revocación, y el acto de cesión celebrado en 1890 se mantuvo en secreto hasta el día en que, habiendo sido

condenado el Ayuntamiento a restituir todo lo que había recibido, los esposos Boudard se dieron cuenta de que podían obtener con ello un beneficio y pretendieron revocar la cesión alegando que se trataba de un simple mandato."

Como veremos, los Boudard sostuvieron también que se trataba de una donación nula por defecto del documento público.

El Tribunal de Langres motivó la sentencia en la forma siguiente:

El Tribunal. — Considerando que en la época y con ocasión de la secularización de la escuela religiosa de niñas fundada en Vicq en el año 1819 en cumplimiento de un legado hecho al Ayuntamiento de dicha ciudad por el abate Daubrive, su antiguo párroco, se celebró una convención en documento privado fechado en Langres el 12 de julio de 1890... entre los tres demandantes por una parte y los esposos Boudard o sus causantes, en calidad de representantes de una parte de los legatarios universales del abate Daubrive, por la otra; — Que esta convención, tras una exposición de hechos, contiene fundamentalmente: la cesión y traspaso a los demandantes, a sus expensas y a riesgo de los mismos, de los derechos y acciones para la revocación del legado antes mencionado, por incumplimiento de cargas, así como del beneficio que pudiera resultar del ejercicio de esta acción de revocación; la obligación por parte de los cesionarios de mantener y cumplir puntualmente lo ordenado en la fundación Daubrive; la obligación para ambas partes de mantener en secreto dicha cesión (con miras a evitar los derechos de registro) y, como consecuencia, la obligación por parte de los cedentes de prestar su nombre y de otorgar todos los poderes necesarios para su realización *(Omissis)*.

Que después de haber sido denunciado este mandamiento (se refiere a un embargo hecho por los demandantes) los demandantes piden ahora que se les reconozca como únicos propietarios, en calidad de cesionarios, de todos los derechos y beneficios que hayan obtenido o deban obtener sus cedentes a consecuencia de la revocación del legado en cuestión y, como consecuencia, la confirmación del embargo citado; — Que piden, por último, que conste en acta la reiteración de su declaración anterior de que devolverán y repartirán entre los demandados todo lo que obtengan como consecuencia de la cesión hecha en 1890 y no lo consideren necesario para el cumplimiento de las voluntades del abate Daubrive; — Considerando que los demandados no han impugnado la regularidad en la forma del procedimiento de embargo antes mencionado, pero que en relación con la cuestión de fondo piden que se rechacen las conclu-

siones de los demandantes, apoyándose en los motivos siguientes: 1.º El documento privado de 12 de julio de 1890 constituye un simple poder revocable en todo momento, ya revocado por la circunstancia antes señalada y que los demandados declaran revocar nuevamente si es necesario; 2.º En caso de que se reconociera que aquel documento tenía carácter traslativo de propiedad, la enajenación que de ello resultaría sólo podría ser una donación entre vivos, que sería nula por no haberse observado las formas solemnes exigidas por la ley *(Omissis)*.

Sobre el segundo motivo: Considerando que un contrato no deja necesariamente de ser a título oneroso, para convertirse en un acto de pura liberalidad, por el hecho de que una de las partes no obtenga un beneficio material o pecuniariamente apreciable; Que, por el contrario, es lo cierto que una de las dos obligaciones recíprocas de que se compone un contrato sinalagmático puede muy bien no tener otra causa que un interés puramente moral, aunque su objeto, causa de la obligación de la otra parte, sea un interés exclusivamente pecuniario; — Que es por esto por lo que se considera que constituye causa suficiente de una convención a título conmutativo el interés que una persona pueda tener en el cumplimiento de una obligación natural, de un deber de pura conciencia, como se ha declarado en varias sentencias (Req. 7 abril de 1829, *Jur. gén.*, v. *Dispositions entre vifs et testamentaires*, n. 1.300; 14 abril 1863, *Dalloz Pér.*, 63, I, 402; Tribunal de Mamers, 2 febrero 1875, *Dalloz Pér.*, 75, 5, 188) y también en una simple satisfacción de su vanidad o de su amor propio o en una mayor facilidad para dedicarse a ejercicios de piedad; — Que cuando consta que ha existido un interés de esta naturaleza y que tal interés ha inducido a una persona capaz a celebrar un contrato, los Tribunales no tienen que averiguar si este interés constituye un equivalente exacto de lo que se ha entregado a cambio, siendo las partes las únicas que tienen competencia para hacer tal apreciación; — Considerando que de la exposición de hechos consignada en el documento de 1890, de la situación que entonces ocupaban los esposos Boudard por sus relaciones en la región de Vicq y por la opinión local de esta región, así como de todos los otros documentos presentados en los debates, resulta que dichos esposos Boudard se consideraban en aquella época, más o menos espontáneamente pero en todo caso libremente, como moralmente obligados a mantener y perpetuar, en su calidad de legatarios universales del abate Daubrive y de continuadores de su personalidad, la fundación creada por él y que el Ayuntamiento de Vicq ya no mantenía

o ya no podía mantener; — Que, a instancia de los demandantes, que se consideraban sin duda más aptos y mejor situados para asegurar este mantenimiento, consintieron en que éstos les sustituyeran en el cumplimiento del deber de conciencia que ellos querían cumplir, imponiéndose por una y otra parte todas las obligaciones necesarias para estos fines y abandonando en favor de los cesionarios el beneficio que se obtuviera por el ejercicio de la acción de revocación del legado que había de intentarse, o sea, los mismos bienes destinados por su causante a la fundación, que podían considerarse como el equivalente adecuado de las obligaciones sustituídas; — Que conviene observar que la recuperación de aquella cantidad estaba, en realidad, sometida al azar, sobre todo, por el resultado incierto de la acción de revocación cedida, mientras que las obligaciones de los demandantes serían firmes e irrevocables en todo caso; — Considerando que, en vista de estos antecedentes de hecho y por aplicación de los principios antes mencionados, carece absolutamente de fundamento la calificación de donación entre vivos que los esposos Boudard dan a la cesión-traspaso de 1890 y su petición de que se declare la nulidad de la misma por inobservancia de lo dispuesto en los arts. 931 y otros del C. c.; — Que no se les podría consentir, por un cambio unilateral de su voluntad determinado por arrepentimientos tardíos, que se sustrajeran a la ley de un contrato que libremente habían suscrito, ni que negaran o desnaturalizaran, en virtud de una nueva apreciación de sus deberes con la memoria de su causante, la causa y el objeto de una convención que ellos mismos habían cumplido y dejado cumplir durante muchos años.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 9, notas 4, 10 y 11; § 10 *b*, *c*; § 13 *b*; § 38 *a*.

1) Adviértase que, en virtud del contrato celebrado el 12 de julio de 1890, el abate Bresson y sus compañeros se habían obligado a mantener la escuela a sus expensas, aunque el resultado de la acción que se les había cedido no hubiera sido favorable o fuera insuficiente para ello. Pero, por otra parte, no se comprometieron a emplear en el mantenimiento de la escuela *todo* lo que obtuvieran a través del ejercicio de aquella acción, sino solamente la cantidad necesaria al efecto. De ahí el carácter aleatorio del contrato. Sólo posteriormente, después de haber ganado el pleito contra el Ayuntamiento de Vicq, declararon los abates, movidos exclusivamente por su bondad, que estaban dispuestos a devolver a los cedentes Boudard todo lo que consideraran (los abates) que no era necesario para el mantenimiento de la escuela (sobre esta modificación del contrato y sobre su valor, v. § 38 *b*, *c*, 2.°).

Si los abates se hubieran obligado a destinar al mantenimiento de

la escuela todo lo que obtuvieran a través del ejercicio con éxito de la acción cedida, pero sin riesgo por parte de ellos y con la obligación de devolver el sobrante a los Boudard, ¿qué naturaleza tendría el contrato? Para el Derecho italiano, v. los casos Cadeo, cuestiones 6 y 7, y Hacienda cr. Gentile.

2) El Tribunal de Langres ha adoptado, como criterios para afirmar la existencia de un contrato conmutativo o de cambio, tanto el criterio del interés de los esposos Boudard, interés que *incluso podía no ser económico,* como el de la equivalencia de los sacrificios patrimoniales de las dos partes.

En el primer aspecto, la sentencia se parece a las de los casos Reverchon y De Mailly, *que ella misma cita.* En el segundo aspecto presenta analogías con el caso Bardet, aludido también implícitamente en la misma sentencia cuando habla de "vanidad y amor propio" como causas que excluyen la donación.

El interés moral o no económico de los Boudard consistía en realizar, valiéndose de otras personas, el cumplimiento de una obligación natural o de conciencia que les incumbía a ellos (este interés o fin es, en todo caso, distinto del de quien satisface directamente una obligación natural).

Pero parece evidente que, dada la existencia de un contrato aleatorio o de un intercambio de sacrificios patrimoniales, no era necesario recurrir al criterio del interés de los Boudard en el negocio (V. vol. I, § 13 *b* y § 9 nota 11).

El caso Bresson es interesante porque revela que la corriente francesa que toma en consideración "el amor propio, la vanidad, la delicadeza", etc., como causas distintas de la "causa donandi", *tiene a menudo un origen equívoco en casos que podrían explicarse y resolverse sobre la base de otros argumentos* (v. también los casos Faure-Rougier y Bardet).

3) Confróntese el caso Bresson con los casos De Mailly, Reverchon y Bardet, e indíquense las diferencias en cuanto a los antecedentes de hecho.

4) En su parte final, la sentencia parece invocar también el argumento de la *reliance* (adaptada al *civil law,* v. vol. I, § 27, nota 4), al aludir a la circunstancia de que durante largo tiempo los Boudard habían "dejado cumplir" el contrato; v. nota introductiva a la sección III.

5) Sobre el carácter estrictamente subjetivo que, según la sentencia del caso Bresson, debe tener la equivalencia entre los sacrificios de ambas partes, v. nota al caso Bardet, 6.

6) ¿Cómo se resolvería este caso en el *common law?* V. vol. I, § 38 *c,* a propósito de la forma del acto de cesión de la acción. V. también vol. I, §§ 26 y 30.

Ciudad de Marsella cr. Emperatriz Eugenia

Cour d'Appel d'Aix, 30 noviembre 1882. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1883, II, p. 245. (Sentencia transcrita textualmente.)

Cuando en 1853 el Gobierno Imperial ordenó el traslado del Lazareto de la Joliette de Marsella a las islas de Frioul, surgió un litigio entre la administración municipal y el Estado a propósito de la propiedad de los terrenos en que había estado situado el antiguo Lazareto. Gracias a la intervención personal del Emperador Napoleón III y después de largas negociaciones, se consiguió llegar a una transacción por la que la ciudad quedó en posesión de aquellos terrenos, que enajenó aplicando su precio a importantes obras de utilidad pública, tales como la transformación de los antiguos barrios de Marsella, la ampliación de los muelles y la edificación de la Catedral. El consejo municipal, deseoso de demostrar su reconocimiento al Soberano, le ofreció, en nombre de la ciudad, la adquisición de los terrenos necesarios para la construcción de un palacio imperial. Habiendo sido aceptado este ofrecimiento en nombre del Emperador por el Ministro de Estado, una ley de 10 de junio de 1854 autorizó a la ciudad de Marsella para abrir un empréstito de un millón, destinado a los gastos para la adquisición de estos terrenos, que fueron adquiridos en la ensenada del Pharo.

El Emperador hizo construir en ellos un palacio a sus expensas y por un arquitecto elegido por él. Inmediatamente después de la caída del Imperio la ciudad trató de recobrar la posesión de los terrenos en que se había construído la residencia imperial, y desde el 9 de septiembre de 1870 un miembro del consejo municipal propuso que se tomara una decisión en este sentido. Habiendo sido secuestrado el palacio del Pharo, lo mismo que todos los otros bienes del Emperador, las pretensiones de la ciudad quedaron en suspenso y no se formularon judicialmente hasta mucho tiempo después de que la comisión encargada de determinar cuáles eran los bienes que pertenecían al patrimonio del Estado hubiera reconocido que los terrenos litigiosos no formaban parte de él, sino que habían sido siempre de propiedad privada. Fué en 1880, cinco años después de esta decisión, cuando la ciudad demandó a la Emperatriz Eugenia, legataria universal de Napoleón III, pidiendo la restitución de los terrenos sobre los que había sido edificado el palacio imperial.

El 17 de mayo de 1882 dictó sentencia el Tribunal de Marsella, en la que, descartando toda idea de contrato a título oneroso, de-

claraba que el contrato de 1853 tenía verdaderamente el carácter de una donación, pero de una donación dispensada o exenta de las formas solemnes exigidas por los arts. 931 y 932 del C. c., y desestimó la demanda de la ciudad. Extraemos de esta sentencia los considerandos siguientes, relativos a la cuestión de determinar si la donación hecha por un Ayuntamiento está sometida a las formas solemnes establecidas por los arts. 931 y 932 del C. c., cuestión sobre la que el Tribunal de Apelación no ha creído necesario pronunciarse:

"...Considerando que ante todo hay que observar que, según el artículo 537 del C. c., "los bienes que no pertenezcan a los particulares son administrados y sólo pueden ser enajenados en las formas y según las reglas que les son propias"; — Y hay que añadir la exposición de motivos en la que Treilhard se expresaba en los términos siguientes: "Los bienes comprendidos en esta categoría (los que pertenecen a los particulares) son los únicos de los que el Código Napoleón debe ocuparse"; los demás son de la incumbencia o de un código de Derecho público o de las leyes administrativas, y no hay que hacer mención de ellos sino para "declarar que están sometidos a leyes especiales"; — Considerando que en materia de contratos administrativos en general y de enajenaciones municipales en particular, no es necesario el empleo del documento notarial, la circular del Ministro del Interior de 19 de diciembre de 1840, que trata de esta materia con un cuidado especial, recuerda a los prefectos que "ha de reconocerse que ninguna disposición de ley o de reglamento considera la intervención de los notarios como una condición esencial para la validez de las ventas hechas por los municipios, porque en la práctica las corporaciones municipales quedan en libertad de acudir a un notario o de prescindir de él, según las circunstancias de cada enajenación" (*Jur. gen.*, V.° *Commune,* n. 2.241); — Considerando que la doctrina afirma la misma regla general; que Foucart (*Eléments de droit public et admin.*, n. 1.597) añade, ciertamente, "que la intervención notarial sólo es necesaria cuando la ley la exija formalmente, como en el caso de la donación" (art. 931 C. c.), y Dalloz (*Jur. gen.*, V.° *Commune,* n. 2.377) no hace más que transcribir estas palabras; — Considerando que esta opinión tan breve, tan poco profunda, se parece mucho a una opinión formada a primera vista; — Que Trolley no la comparte y, al ocuparse de las enajenaciones municipales a título gratuito (*Hiérarchie administrative,* n. 1.815), afirma que el Ayuntamiento puede enajenar a título gratuito, pues con el concurso de sus representantes es capaz para todos los actos de

la vida civil, pero cree que estas enajenaciones deben ser autorizadas por una ordenanza real, lo cual hubiera estado justificado dentro del antiguo Derecho, por el que este autor parece estar todavía muy influído; pero, después del decreto de 25 de marzo de 1852, han sido abolidas las antiguas exigencias, y la autorización del prefecto reemplaza a la que antes daba el Consejo de Estado. — Considerando que Batbie, cuya autoridad en Derecho Administrativo es indiscutible, que ha hecho el estudio más extenso y más profundo sobre estas materias y que, por ser el más reciente, ha podido aprovechar la luz de todos sus predecesores y tiene, en fin, la ventaja de escribir con posterioridad al decreto de 25 de marzo de 1852, que Batbie, decimos, al ocuparse de las enajenaciones a título gratuito hechas por los Ayuntamientos (*Droit administratif*, t. 5, p. 116, n. 97), se expresa así: "Si el Ayuntamiento quiere ceder gratuitamente un inmueble, sea en favor de un establecimiento para un servicio público, sea en favor de un particular a título de recompensa por alguna buena acción, tiene que seguir las mismas formalidades que para la enajenación a título oneroso (Decreto de 25 de marzo de 1852)"; — Considerando que sobre esta materia no ha recaído todavía ninguna decisión judicial; no han tenido ocasión de ocuparse de ella el Tribunal de Casación, ni el Consejo de Estado, ni los Tribunales; que el Tribunal ha de tener, pues, tanto mayor cuidado al explorar el terreno, por ser el primero que ha de trazar un camino a través de él; — Considerando que ante todo ha de señalarse que los procedimientos establecidos por el art. 931 del C. c. no se refieren a la "esencia misma de la disposición de bienes a título gratuito", pues basta para que quede exenta de estas formalidades que la liberalidad se produzca bajo otra forma distinta de la del contrato de donación; que, efectivamente, la donación manual, las donaciones disimuladas bajo la apariencia de contratos a título oneroso, la remisión de deudas, no están sometidas a aquellas formalidades; que de ello se deduce que el art. 931 contiene una "excepción" a las reglas generales y además una "penalidad rigurosa" pues la inobservancia de estas formas en el contrato de donación entraña su nulidad; que por esta doble razón aquella medida debe ser absolutamente restringida al caso especial para el que fué dictada; que hay otras prescripciones de las incluídas en el capítulo de las donaciones entre vivos que sólo son visiblemente aplicables cuando se trata de contratos entre simples particulares (arts. 955 y 960); — Que no hay, por tanto, razón para trasladar al terreno administrativo una disposición rigurosa que sólo se refiere a las

convenciones entre particulares; — Considerando que todavía hay menos razón para hacer este traslado teniendo en cuenta que las situaciones en un caso y en otro son esencialmente diferentes; — Que, efectivamente, al imponer la intervención de un notario el legislador ha querido, lo mismo que en el art. 960, proteger al donante contra su propia imprudencia; que la necesidad de acudir a un funcionario público le impone una reflexión y le proporciona la ayuda de un consejero; el legislador ha querido, además, que quedara constancia de estos contratos... y que en el momento de la apertura de la sucesión se pudiera comprobar si los derechos de los herederos habían sido o no lesionados; — Que nada semejante ocurre con los Ayuntamientos; éstos tienen sus consejeros y sus protectores en las autoridades que velan por ellos; el Consejo de Estado, el prefecto, que generalmente pueden por sí solos autorizar los contratos de enajenación que celebren aquéllos y la salida de los fondos de que se mantienen; — Considerando, en fin, que el carácter propio del documento notarial, exigido como solemnidad indispensable, consiste en imprimir su autoridad a la convención y en darle su fuerza efectiva; que no puede ocurrir lo mismo en una enajenación hecha por un Ayuntamiento, a la que sólo la autorización del prefecto o del Consejo de Estado le da existencia vital; que la circular ministerial antes citada pone claramente de relieve esa inutilidad virtual del documento notarial en un acto llevado a cabo por un Ayuntamiento, al que la autoridad administrativa por sí sola puede darle su complemento esencial y su fuerza efectiva; — Que no podría concebirse, pues, un documento notarial que en sí mismo fuera imperfecto, sin valor, que quedara en letra muerta, y que hubiera de considerarse, sin embargo, como indispensable para dar vida a un acuerdo cuya sanción y cuya eficacia derivarían de otra autoridad; — Considerando que, por consiguiente, no se podrían reputar indispensables para las enajenaciones a título gratuito hechas por los Ayuntamientos las formalidades exigidas entre particulares por los arts. 931 y 932 del Código civil..."

Apelación por la ciudad de Marsella.

Sentencia

El Tribunal. — Considerando que, renunciando a los distintos argumentos que proponía en primera instancia, la ciudad de Marsella se limita en la apelación a pedir a la Emperatriz la restitución de los terrenos sobre los que se construyó el palacio imperial,

por el único motivo de que la donación que la ciudad hizo de estos terrenos no revistió las formas solemnes exigidas por los arts. 931 y 932 del C. c.; — Considerando que, para rechazar esta petición, la Emperatriz sostiene que el contrato por el cual fueron cedidos al Emperador los terrenos que se reivindican estaba exento de estas formas solemnes, en primer lugar y ante todo porque este contrato no era una donación sino un contrato a título oneroso; porque, además, según el art. 537 del C. c., los bienes de los Ayuntamientos no están sometidos a las mismas reglas que los bienes de los particulares; finalmente, porque por aplicación del art. 1.121 del C. c. el Emperador no hizo más que aceptar una estipulación que la ciudad había concluído en beneficio de él, mediante los actos de adquisición de los terrenos que la misma ciudad había realizado.

Considerando que, planteado el debate en estos términos, procede ante todo averiguar cuál es el verdadero carácter del contrato litigioso; — Considerando que, al no resultar este contrato de un instrumento propio en el que se le haya calificado, tal averiguación ha de hacerse sobre los distintos documentos de los que el contrato resulta; — Considerando que los dos documentos esenciales que hay que consultar son, de una parte el acuerdo de 12 de septiembre de 1853, por el que la ciudad ofreció los terrenos, y de otra, la carta del Ministro de Estado del 5 de octubre siguiente, por la que el Emperador aceptó este ofrecimiento; — Considerando que el acuerdo de la ciudad de 12 de septiembre de 1853 expresa en su parte esencial que era conveniente ofrecer al Emperador los terrenos necesarios para la construcción de un palacio imperial en Marsella, y destinar la cantidad de un millón de francos para la adquisición de dichos terrenos; — Considerando que la respuesta del Ministro de Estado, fechada el 5 de octubre siguiente, dice también en su parte esencial que, queriendo dar una nueva prueba de su simpatía hacia la ciudad de Marsella y estrechar los lazos que ya le unían a esta grande y patriótica ciudad, el Emperador aceptaba el ofrecimiento contenido en el acuerdo del 12 de septiembre; — Considerando que de estos términos corteses, los únicos que cabe esperar que se encuentren en el lenguaje de una ciudad que habla a su Soberano, resulta claramente que los terrenos no se dieron al Emperador sino con la condición de construir en ellos un palacio imperial; que el Emperador sólo podía recibirlos y retenerlos con la carga de construir dicho palacio y que no le hubiera sido posible ni enajenarlos ni darles otro destino; — Considerando que se trataba de un contrato *do ut facias,* es decir, de un contrato sina-

lagmático, conmutativo y a título oneroso, en el que cada una de las partes asumía una obligación correlativa a la que se había asumido frente a ella.

Considerando que este carácter del contrato, manifestado ya por los términos empleados en los dos documentos antes mencionados, se deduce todavía más claramente de los documentos que precedieron y siguieron a aquéllos, y sobre todo de la intención de las partes, que, si los términos utilizados fueran obscuros, sería la suprema regla de interpretación; — Que así lo revela el acuerdo de 16 de junio de 1853, por el que la ciudad decidió ofrecer un millón al Emperador para contribuir a la construcción de la residencia que él deseaba establecer en Marsella; — Que así lo revela también la ley de 10 de junio de 1854, que autorizó a la ciudad de Marsella para abrir un empréstito de un millón destinado exclusivamente a los gastos de adquisición de los terrenos destinados a la construcción de un palacio imperial, destino tan preciso y tan imperativo que, aunque la ciudad de Marsella hubiera querido, no habría podido cambiarlo convirtiendo la entrega de los terrenos en una liberalidad pura y simple; — Que así lo revelan también los documentos en que consta la adquisición de los terrenos, documentos en los que la ciudad no dejó de declarar que la adquisición de estos terrenos sólo sería definitiva si el Emperador los aceptaba para construir en ellos el palacio imperial; — Que así lo revela, en fin, el hecho de que se diera cumplimiento al contrato entregándose los terrenos y construyéndose el palacio.

Considerando que para negar al contrato el carácter de contrato a título oneroso, la ciudad argumenta sin razón apoyándose en expresiones diseminadas en los distintos documentos y en las que el ofrecimiento de los terrenos se presenta como un homenaje o como el pago de una deuda de gratitud; — Considerando que no podría negarse que el ofrecimiento hecho por la ciudad llevaba consigo una idea de homenaje y de gratitud, pero que el homenaje no excluye la estipulación interesada, sobre todo, si se tiene en cuenta que esta estipulación no era indigna ni por parte de quien la hacía ni por parte de quien la aceptaba, pues sólo se había hecho con miras a las ventajas naturales que resultarían de la residencia, aunque fuera pasajera, del soberano en Marsella; — Considerando que lo único que puede resultar de esta mezcla del homenaje con la estipulación interesada es que el contrato en cuestión participa a la vez de la naturaleza del contrato a título gratuito y de la del contrato a título oneroso; pero que la regla es que, en los contratos de esta clase, el elemento preponderante absorbe al

otro y equivaldría a negar la naturaleza humana el no atribuir preponderancia a la estipulación interesada.

Considerando que habiéndose admitido que el contrato litigioso es un contrato conmutativo y, por lo tanto, exento de las formas exigidas por los arts. 931 y 932 del C. c., sólo falta preguntarse si, como sostiene subsidiariamente la ciudad de Marsella, debería rescindirse este contrato por el hecho de no haber cumplido una de las partes las obligaciones que se le habían impuesto; — Ahora bien, considerando que la ciudad ha entregado los terrenos, que el palacio imperial ha sido construído y que, por lo tanto, cada una de las partes contratantes ha cumplido su obligación; — Considerando que no hay que confundir la obligación de construir el palacio con la obligación de residir en Marsella; que mientras la construcción del palacio imperial era el beneficio exigido, la residencia del Emperador en la ciudad no fué nunca más que el beneficio esperado; que una vez construído el palacio, si el Emperador continuara en el trono no estaría obligado a residir durante más o menos tiempo ni con más o menos frecuencia en Marsella, y que sería una cruel ironía esgrimir hoy contra él este argumento de la falta de residencia; — Considerando que si por fuerza mayor se ha hecho imposible la residencia del Emperador en Marsella, esta fuerza mayor no se ha producido sino cuando el contrato ya era perfecto y había sido plenamente cumplido y que, por lo tanto, la única consecuencia que puede producir es la de dejar libremente en manos del Emperador o de sus herederos aquellos bienes que no eran libres en su origen; — Considerando, por último, que la ciudad de Marsella no debe lamentar este resultado, porque los ofrecimientos ya hechos al Estado por la Emperatriz le dan la seguridad de que ella hará siempre de estos bienes un uso digno de su nombre y de su carácter; — Sin que se deba decidir sobre los otros motivos... se confirma la sentencia.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 8; § 10 *b*, *c*; § 11 *e*; § 12, nota 1; § 13 *b*; § 27, nota 4; § 38 *a*.

Es este un caso histórico; y un caso que puede repetirse. Pero, aunque en la sentencia del Tribunal de Aix haya manifestaciones de simpatía para la conducta de la Emperatriz y de antipatía para la del Consejo Municipal de Marsella, las razones políticas no han influído en la decisión. En efecto, esta sentencia está de acuerdo con la corriente dominante en la jurisprudencia francesa (V. vol. I, § 10 *c*, y los otros casos de esta sección).

1) Es interesante, en relación con lo que hemos dicho en el vol. I, § 8 y § 38 *d*, el pasaje de la sentencia del Tribunal de Marsella que se

refiere a la función del documento notarial (V. vol. I, § 12, nota 1, sobre los precedentes históricos). En una nota del Dalloz, *Rec. Pér.*, loc. cit., se critica la tesis del Tribunal de Marsella y se dice que "se explica fácilmente que el Tribunal de Apelación haya evitado comprometerse sin necesidad en un terreno tan poco firme". En la nota se observa que el art. 931 C. c. francés, relativo a la exigencia del documento público en las donaciones, está redactado en términos generales, por lo que se necesitaría un texto expreso para hacer una excepción en cuanto a las donaciones hechas por los Municipios. Contra el argumento del Tribunal — de que la forma del documento público se exige para proteger a los particulares, etc., y de que no existe la misma *ratio* cuando se trata de enajenaciones hechas por los Ayuntamientos, por estar éstos suficientemente protegidos por la tutela y por las formalidades administrativas — la nota del Dalloz observa: "estas garantías pueden ser insuficientes, pues la religión de la autoridad puede llegar a suprimirse. Por otra parte, la solemnidad impuesta por el art. 931 tiene por objeto salvaguardar en lo posible la integridad de los patrimonios; ahora bien, el patrimonio de los Ayuntamientos es precisamente de la clase de los que el legislador ha querido especialmente proteger".

¿Está de acuerdo el lector con estas observaciones del Dalloz? ¿Qué importancia podría tener el hecho de que se dictara una ley (la de 10 de junio de 1854) autorizando al Ayuntamiento de Marsella a contraer un préstamo destinado a la adquisición de los terrenos que había de entregar a Napoleón III para la construcción del palacio imperial?

2) Para resolver el problema donación-contrato innominado de cambio, la sentencia del Tribunal de Aix se inspira en el acostumbrado argumento de la jurisprudencia francesa: a saber, el del interés en la prestación, que puede no ser un interés económico (combinado con la intención o causa *principal* de cambio), consistiendo en este caso el interés en las "ventajas naturales que derivarían de la residencia del Emperador"; sin tener en cuenta la naturaleza y el alcance del sacrificio más o menos patrimonial, impuesto con tal prestación (v. los otros casos de esta sección).

¿Existía en este caso un sacrificio patrimonial por parte de Napoleón III? V. las notas a los casos Bardet y David y la nota de Planiol sobre este último caso; véase también la nota introductiva a la sección III.

3) Pero, además de este argumento, el Tribunal de Aix acude a otros. A saber:

a) Que "los terrenos no se dieron al Emperador sino con la condición de construir en ellos un palacio imperial". ¿Qué valor tiene este argumento? V. art. 793 C. c. ital. y art. 954 C. c. francés referido a la *inexécution des charges* que sean, según la intención del donante, *des conditions absolues et irritantes* (V. Dalloz, *Code civil*, art. 954). Véase también vol. I, § 10, notas 11 y 12. Concretamente, ¿qué valor tiene el argumento de que sólo porque se trataba de una ciudad que hablaba

a su soberano no se usó un lenguaje más claro para revelar ese carácter de la carga? Si en vez de decir "se da un terreno *para* construir en él un palacio" se hubiera dicho "se da un terreno *a condición* de construir en él un palacio", ¿cambiaría por ello la situación?

b) Que, "equivaldría a negar la naturaleza humana el no atribuir preponderancia a la estipulación interesada".

¿Qué valor tiene este argumento, que vendría a invertir la carga de la prueba en todos los contratos con "*causa mixta*"? v. vol. I, § 10 *c*. ¿Qué valor puede tener para la tesis del contrato de cambio la frase de la carta del Ministro de Estado en la que se dice que "queriendo dar una nueva prueba de su simpatía hacia la ciudad de Marsella y estrechar los lazos que ya le unían a esta grande y patriótica ciudad, el Emperador aceptaba el ofrecimiento, etc."? Por otra parte, parece resultar de la sentencia que ya antes de la cesión del terreno al Emperador, "deseaba éste establecer en Marsella" una residencia. Sobre este argumento véase infra 7 al final.

4) Si el lector tuviera que interpretar, como juez, el contrato en cuestión, ¿consideraría que la causa principal era la construcción del palacio, o el agradecimiento (por el asunto del Lazareto), el homenaje y la liberalidad?

5) En relación con la cuestión 3 *a*, ¿es cierto, como dice la sentencia, que existía por parte del Emperador la obligación de construir el palacio? ¿Qué importancia puede tener esto? V. vol. I, § 10 *a*.

6) Si el interés que permite considerar el contrato como contrato de cambio y distinguirlo de la donación consiste en las "ventajas naturales que resultarían de la residencia del Emperador", ¿puede todavía decirse que, aunque tal residencia no constituyera una obligación del Emperador, su imposibilidad sobrevenida por fuerza mayor dejaba intacto el contrato? ¿O no resulta más conforme esta consecuencia con la idea de una donación modal o condicional?

7) Si, de conformidad con la corriente a que aludíamos en el vol. I, § 10 *b*, o, en todo caso, sobre la base de la interpretación del contrato, se quisiera ver en éste una donación *cum onere* sometida al requisito de forma, ¿no sería más fácil hacer justicia en este caso con la teoría de la *reliance* adaptada al *civil law*? V. nota introductiva a la sección III y vol. I, § 27, nota 4. Probablemente en este profundo criterio de justicia se inspiró en el fondo el Tribunal de Aix, que alude también al hecho de que el contrato había sido cumplido por parte del Emperador al construir el palacio.

Si el contrato todavía no hubiera sido cumplido por el Emperador o, para simplificar, por un particular, ¿hubiera fallado el Tribunal de Aix en el mismo sentido en que lo hizo?

Según el mencionado criterio de justicia, ¿cuál de los tres remedios señalados en la nota introductiva a la sección III y en la nota al caso Cattaneo cr. Milesi sería más conveniente adoptar en este caso para conseguir la finalidad de hacer justicia? Téngase en cuenta, por lo que

se refiere al primero de los remedios allí mencionados, que existiría siempre para la ciudad de Marsella la obligación de reintegrar a quien hubiera construído en terreno ajeno, si prefería conservar la obra o si había buena fe por parte del constructor: v. arts. 555 C. c. francés y 936 C. c. ital. de 1942. ¿Sería suficiente esto para hacer justicia en casos como el que estamos examinando? Téngase en cuenta que la reivindicación de la ciudad se dirigía *a los terrenos.*

Como se ha indicado, de la sentencia del Tribunal de Aix resultaría que, ya desde antes de la cesión de los terrenos por parte de la ciudad, el Emperador *deseaba construir en Marsella una residencia.*

Esto haría que el caso fuera distinto del que se da cuando por una promesa o enajenación se induce a otra persona a hacer un gasto que de no ser por ello no hubiera hecho: v. la nota al caso Cattaneo cr. Milesi. Pero los tres remedios mencionados en la nota introductiva a la sección III serían aplicables en el *civil law* incluso cuando la *reliance* fuera más general, es decir, aunque consistiera simplemente en llevar a cabo la obra exigida por el promitente o enajenante, con tal de que dicha promesa o enajenación tuviera cierto valor para decidir a llevar a cabo la obra a quien ya había pensado realizarla.

8) ¿Cómo se resolvería este caso según la corriente dominante en la jurisprudencia italiana?

9) ¿Cómo se resolvería en el *common law*? (se entiende, en caso de enajenación no formal del terreno; v. vol. I, § 38 *c*). V. vol. I, § 26 *e*, y § 30 *a*. ¿Tendría importancia el hecho de que en el contrato se dijera "se da un terreno *para construir en él un palacio*" en vez de decir "*a condición* de construir en él un palacio"? V. supra 7 al final. ¿Sería aplicable la teoría de la *reliance*, a la que nos hemos referido en el volumen I, § 27 *a*?

Bailly cr. Ciudad de Nancy

Cour de Nancy, 17 marzo 1920. — Dalloz, *Rec. Pér.*, 1920, II, 65. Cass., Ch. civ., 5 febrero 1923. — Dalloz, *Rec. Pér.*, 1923, I, 20. (La sentencia del Tribunal de Nancy se transcribe textualmente, salvo algunos *omissis*.)

Sentencia del Tribunal de Nancy de fecha 30 de julio de 1919:

Considerando que el 2 de agosto de 1914, Bailly, consejero municipal, dirigió al señor Alcalde de la ciudad de Nancy, por mediación del señor Prefecto de la Haute-Marne, un telegrama concebido en los términos siguientes: "Bailly, retenido actualmente en Chaumont, pone a su disposición la cantidad de 100.000 francos para las familias necesitadas de los movilizados. No teniendo obligaciones militares por habérseme declarado inútil a causa de mi salud, mi puesto estaría actualmente en el consejo municipal de Nancy. Lamento estar bloqueado en Chaumont, adon-

de he tenido que traer a la señora Bailly, gravemente enferma. En el caso poco probable de que tenga usted necesidad inmediata de esta cantidad en metálico, no tiene más que dirigirse a la *Société Générale,* a la que paso aviso con esta misma fecha"; — Considerando que en su sesión de 7 de agosto de 1914, a la que asistía Bailly, el Consejo municipal aceptó esta liberalidad e hizo constar su agradecimiento al donante por su acto de munificencia en favor de las familias necesitadas en las que los padres y los hijos habían sido llamados al servicio militar; — Considerando que el 12 de agosto de 1914, en otra sesión del Consejo Municipal a la que igualmente asistía Bailly, el Alcalde hizo saber que se había abierto una suscripción en la secretaría del Ayuntamiento para los heridos y los necesitados; que habiendo hecho alusión el Prefecto de Meurthe-et-Moselle, que asistía a la sesión, a los subsidios que el Estado debía entregar a las familias de los movilizados, Bailly no hizo ninguna observación; que hasta el 7 de abril de 1915 el demandado no manifestó su intención de revocar la liberalidad que libremente había hecho, escribiendo una carta al Alcalde en los términos siguientes: "Al comienzo de la movilización puse a disposición de la ciudad la cantidad de 100.000 francos para el caso de que se abriera una suscripción en favor de las familias necesitadas de los movilizados. Por lo demás, yo ignoraba en aquel momento la existencia de la ayuda oficial del Estado. En razón de esta ayuda y siguiendo los consejos del señor Prefecto, la ciudad ha renunciado a abrir una suscripción de esta naturaleza; por lo que mi ofrecimiento ha dejado de tener objeto"; — Considerando que al persistir Bailly en esta actitud, a pesar de un requerimiento que se le hizo el 6 de octubre de 1915, la ciudad de Nancy demandó a Bailly exigiendo el pago de la cantidad de 100.000 francos que se había comprometido a pagar; — Considerando que, en la contestación a la demanda, Bailly sostuvo que no había hecho ninguna donación manual a la ciudad, que tampoco había hecho una suscripción en favor de la ciudad y que, en todo caso, aunque hubiera hecho tal suscripción habría de considerarse ésta como inexistente por haber tenido como causa impulsiva y determinante un destino exclusivo y especial que había de darse a dicha cantidad y que no se ha cumplido e incluso ha resultado inútil; que la suscripción invocada sería inoperante en Derecho por constituir una promesa de donación, nula por defecto de forma; que se veía en la necesidad de volver de su primera decisión por encontrarse su fortuna considerablemente disminuída a causa de la guerra; — Considerando, es cierto, que no hubo donación manual,

es decir, que no hubo tradición de la cantidad ofrecida por Bailly a la ciudad, pero que hay que observar que si dicha tradición no tuvo lugar fué a consecuencia de hechos completamente ajenos a las partes y porque la *Société Générale,* que tenía orden de pagar, invocó la moratoria; que es indudable que de no haber sido por esta circunstancia la cantidad litigiosa hubiera sido entregada y Bailly no podría pedir ahora su devolución; — Considerando que en su telegrama del 2 de agosto de 1914 Bailly se había comprometido a contribuir a una obra de utilidad pública destinada a ayudar a las familias necesitadas de los movilizados, es decir, que quiso hacer una suscripción; — Considerando que la suscripción es un contrato de beneficencia que obliga al que consiente en hacer una liberalidad frente al que la acepta; que la jurisprudencia ha declarado repetidamente que este contrato no está sometido a las formas de las donaciones y puede resultar de un documento privado e incluso de una convención verbal; — Considerando que no solamente Bailly no revocó inmediatamente la liberalidad que había hecho en el telegrama antes mencionado, sino que todavía la confirmó después al recibir sin ninguna protesta por su parte las palabras elogiosas de agradecimiento de sus colegas del Consejo Municipal en la sesión de 7 de agosto, a la que él asistió; que tampoco protestó en otra sesión celebrada el 12 de agosto, a la que igualmente asistió, y en la que se acordó que a consecuencia de haber tomado a su cargo el Estado los subsidios militares, se abrirían dos suscripciones, una de ellas para los heridos y la otra para los necesitados, y que hasta el 7 de abril de 1915 no declaró que se volvía atrás de su primera decisión y que anulaba la suscripción libremente consentida por él, invocando por una parte la intervención del Estado en los subsidios militares, intervención que ya conocía desde el 12 de agosto, y, por otra parte, la disminución de sus recursos; — Pero considerando que esta pretensión de Bailly no podría ser admitida; que, efectivamente, la cantidad ofrecida por él a la ciudad había sido irrevocablemente adquirida por esta última mediante su aceptación, tal como consta en el acta de la sesión del Consejo Municipal celebrada el 7 de agosto; que lo mismo ocurriría aunque el demandado probara que su liberalidad había dejado de tener causa y que la ciudad había hecho o manifestado la intención de dar a aquella cantidad un destino distinto del que él había impuesto; — Considerando que la condición impulsiva y determinante de la liberalidad era, por parte de Bailly, ayudar a las familias necesitadas de los movilizados; — Que es de toda evidencia que el socorro prestado por el Estado, que era

al comienzo de la guerra de 1,25 francos por la mujer y de 0,50 francos por cada hijo menor de 16 años, era insuficiente, sobre todo en aquella época en la que se había suspendido todo trabajo, para el mantenimiento de las familias que se encontraban en la necesidad; que de ello se deduce que la liberalidad hecha por Bailly era de una utilidad innegable para ayudar a los necesitados, a quienes los subsidios militares no procuraban lo necesario para vivir; que, por lo demás, el demandado lo comprendió tan bien que en la sesión del Consejo Municipal del 12 de agosto de 1914, en la que se había tratado de los socorros del Estado, no hizo ninguna protesta y que, por lo tanto, hay que presumir, mientras no se pruebe lo contrario, que fué ese destino el que la ciudad de Nancy dió a los 100.000 francos ofrecidos por Bailly y con los cuales tenía derecho a contar; que, en todo caso, no habiendo probado el demandado que la condición impulsiva de su liberalidad no había sido respetada, la ciudad de Nancy ha obrado conforme a Derecho al reclamar su cumplimiento; — Considerando que, para sustraerse a su obligación, Bailly sostiene también que su fortuna se encontraba en la actualidad considerablemente disminuída y que, a consecuencia de la guerra, el Estado le había impuesto contribuciones que pasaban de los 2.000 francos; — Pero considerando que estos dos argumentos son contradictorios, pues si bien es exacto que el demandado está obligado a pagar al Estado contribuciones importantes, ello obedece a que todavía posee una base imponible considerable; que parece verosímil que si Bailly, como tantos otros, ha visto disminuídas sus rentas durante la guerra, no ha tenido en cuenta, sin embargo, que su fortuna y su situación tienen que mejorar con la vuelta a la normalidad, lo que le permitirá fácilmente desprenderse de la cantidad que en un hermoso rasgo ofreció a la ciudad de Nancy y que sería más digno y más noble pagar dicha cantidad benévolamente sin hacerse constreñir para ello por la vía judicial; — Considerando, sin embargo, que en razón de la pérdida de rentas que Bailly haya podido sufrir a consecuencia de la guerra, debe hacerse la condena al pago de la cantidad debida sin intereses y concediéndole varios plazos para pagarla; — Por estos motivos se condena a Bailly a pagar a la ciudad de Nancy la cantidad de 100.000 francos por las causas mencionadas; no obstante se le concede un plazo hasta el 1.º de enero de 1921; de manera que deberá entregar 40.000 francos el 1.º de enero de 1920, 20.000 francos el 1.º de julio de 1920 y 40.000 francos el 1.º de enero de 1921.

Apelación por el señor Bailly.

Sentencia

El Tribunal *(omissis)*. — (En estos *omissis* el Tribunal reproduce los hechos expuestos en la sentencia anterior añadiendo algunas consideraciones, especialmente en relación con la carta de 7-4-1915 de Bailly.)

Considerando que el 7 de abril de 1915 Bailly escribió al Alcalde de Nancy lo siguiente: "Al comienzo de la movilización puse a disposición de la ciudad de Nancy la cantidad de 100.000 francos para el caso de que se abriera una suscripción en favor de las familias necesitadas de los movilizados; por lo demás, ignoraba en aquel momento la existencia de la ayuda oficial del Estado. Precisamente en razón de esta ayuda y siguiendo los consejos del señor Prefecto, la ciudad renunció a abrir una suscripción de esta naturaleza; por lo que mi ofrecimiento ha dejado de tener objeto. Yo hubiera querido, no obstante, destinar esta cantidad a otras obras municipales de asistencia, pero no he creído poder convertir esta intención en realidad o en una obligación por las razones siguientes: encontrándose casi todos mis intereses situados en nuestros departamentos invadidos, así como en Bélgica o en Lorena, están gravemente comprometidos, arruinada mi fortuna personal y considerablemente disminuída la de la señora Bailly. En estas condiciones mi intención actual es la de suscribirme a las obras municipales de asistencia de guerra por una cantidad igual a la suscripción más elevada de un miembro del Consejo Municipal; le agradecería que tuviera la bondad de indicarme esta cifra"; — Considerando que por esta carta Bailly notificaba al Alcalde de Nancy su negativa a entregar los 100.000 francos que había suscrito; que reiteró esta negativa en cartas posteriores; que inútilmente trató el Ayuntamiento de hacerle desistir de esta determinación; que él mismo explicó en una carta de 7 de octubre de 1915 "que los subsidios del Estado, suponiendo que la guerra terminara en la primavera de 1916, iban a gravar su patrimonio con una contribución de 150.000 francos y que, en consecuencia, sus intenciones caritativas de agosto de 1914 se iban a realizar ampliamente"; — Considerando que de los mismos términos de la carta de Bailly de fecha 7 de abril de 1915 resulta que su liberalidad del 2 de agosto de 1914 era una suscripción; que se ha demostrado por los documentos presentados en el pleito que su suscripción había sido aportada a una suscripción pública abierta por la municipalidad en favor de las familias necesitadas de los movilizados; que, de esta forma, la condición que había impuesto a su

liberalidad se había cumplido; que ninguna duda podría existir sobre este punto; que un periódico local, el "*Est Républicain*", hizo mención de esta suscripción pública y de la cantidad suscrita por Bailly, en su número del 14 de agosto de 1914; que en este periódico se decía: "la cantidad de 100.000 francos indicada en la primera lista (M. Bailly, consejero municipal) debe incluirse entre las cantidades prometidas y no entre las cantidades entregadas, como por error se ha indicado. En consecuencia, los totales rectificados son los siguientes: cantidades entregadas, 28.548 francos; cantidades prometidas, 101.800 francos"; que poco importa que después se extendiera la suscripción pública a todas las familias necesitadas, sin distinción, tanto si sus miembros estaban movilizados como si no lo estaban; que los fondos ya suscritos habían sido jurídicamente adquiridos y no podían dejar de ser empleados conforme a las intenciones de los suscriptores; que la ciudad distribuyó entre las familias necesitadas de los movilizados cantidades considerables que superaban en mucho a las cantidades suscritas; — Considerando que la suscripción no hace nacer solamente una obligación de honor sino también una obligación jurídica; que las reglas que la rigen no están incluídas en el título "de las donaciones" sino en el "de las obligaciones"; que se trata de un contrato innominado, de beneficencia para el favorecido y conmutativo para el organizador, y que este contrato innominado no está sometido a ninguna forma especial; que Bailly ha encontrado un equivalente de su obligación en las ventajas que le procuró la ciudad al anticipar los fondos que él había prometido y que la *Société Générale,* a la que él había dado orden de pagar, se había negado a entregar, poniendo a su disposición su organización, sus oficinas y sus empleados para la distribución de los fondos a los beneficiarios, publicando de la manera más lisonjera su liberalidad y haciendo de esta forma que la opinión pública fuera más indulgente con él, a pesar de su alejamiento de Nancy en circunstancias tan críticas; — Considerando que la ciudad de Nancy, habiendo cumplido su obligación frente a Bailly tiene perfecto derecho a que éste cumpla la suya, es decir, a que ponga en sus manos la cantidad de 100.000 francos que suscribió el 2 de agosto de 1914 y que la ciudad ha desembolsado; — Por estos motivos y adoptando además los de la sentencia apelada en lo que no contradiga a la presente, se confirma...".

El Tribunal de Casación confirmó la sentencia del Tribunal de Nancy. Después de resumir los hechos, tal como resultan de las sentencias anteriores, el Tribunal de Casación observa que en

vista de que el Instituto de Crédito (la *Société Générale*) al que Bailly había dado orden de entregar la cantidad a la ciudad de Nancy, había invocado la moratoria, la ciudad de Nancy tuvo que anticipar la cantidad de 100.000 francos, empleándola en la forma establecida por Bailly, y motiva su decisión en los términos siguientes: "La suscripción pública, por su naturaleza, no está sometida a las formalidades exigidas por el art. 931 del C. c. para los actos que contengan donaciones entre vivos. El suscriptor está, pues, obligado a pagar la cantidad por el solo hecho de haberse establecido legalmente su obligación".

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 9, especialmente notas 4 y 10; § 10; § 12 *a*; § 20 *b*; § 38 *d*.

También sobre este *leading case* llamamos la atención del lector.

A) Los precedentes jurisprudenciales franceses sobre la *souscription publique* se citan en una nota de Claro a la sentencia del Tribunal de París de 21 octubre 1902, Klobb cr. Le Figaro y Phénix, *Dalloz, Rec. Pér.*, 1903, II, 120 (sentencia que, por lo demás, no examinaba la cuestión de la *naturaleza jurídica* de la suscripción sino la del derecho del beneficiario de la suscripción a rechazarla o impedirla; en este sentido se manifestó también el Tribunal del Sena en sentencia de 3 de mayo de 1854 en el célebre caso Dame de Balzac cr. Alexandre Dumas, quien había abierto una suscripción pública para erigir un mausoleo a Balzac y, después, un monumento en lugar del mausoleo).

Entre tales precedentes, Claro incluye también algunos de los casos que hemos estudiado: como el caso Reverchon, que en realidad no trata la cuestión desde el punto de vista de la naturaleza de la suscripción pública; y el caso Bardet, que ni siquiera se refiere a una suscripción pública.

Claro observa que el fin de la suscripción puede ser de interés público (obras de utilidad pública, o de beneficencia) pero también privado (como en los casos Klobb y Balzac). Lo decisivo sería la intervención de una tercera persona entre el suscriptor y el beneficiario: la persona del organizador. Lo que daría lugar a un contrato *sui generis*, mixto; mientras que las tesis corrientes son la del contrato a título gratuito y la del contrato interesado o conmutativo.

Contra la tesis del contrato a título gratuito, y concretamente contra la de la *donation avec charges*, Claro observa que hay una relación entre suscriptor y organizador, en virtud de la cual el segundo tiene acción contra el primero para obtener la entrega y el primero contra el segundo para exigir que la cantidad se haga llegar al beneficiario; así como una relación entre el beneficiario y el organizador. Resulta de ello un conjunto de relaciones que no puede explicarse acudiendo a la figura de la *donation avec charges*, aunque deba reconocerse que se produce un empobrecimiento para el suscriptor y un enriquecimiento sin contrapar-

tida para el beneficiario. Por otra parte, según Claro, la carga significaría una mera limitación del valor de lo donado (v. vol. I, § 10 *f*) mientras que en la suscripción pública el beneficiario no tendría que soportar ninguna carga, ya que en todo caso la obligación o carga (de organizar la suscripción y entregar lo recaudado) corre a cargo del organizador, que no obtiene ningún beneficio pecuniario. Los Tribunales, continúa diciendo Claro, han rechazado siempre de una manera o de otra la pretensión del suscriptor que, para sustraerse a su obligación, alega la inobservancia de las formas de la donación.

Contra la tesis del contrato conmutativo puro y simple (tesis de los casos Reverchon, Bardet y otros citados por Claro), observa este autor que es cierto que el suscriptor exige a cambio una obligación (de construir una obra, de organizar, etc.) en la que tiene un interés patrimonial o por lo menos moral, pero quien asume esta obligación no es el beneficiario, en relación con el cual existe, pues, verdadera liberalidad y *animus donandi*. El recurrir a la idea de un interés moral, de vanidad, etcétera, en el suscriptor, como hace la jurisprudencia en los casos citados, es un argumento bastante pobre, pues todas las donaciones, como observa Claro, están más o menos inspiradas por móviles semejantes que no hay que confundir con la "causa" que es siempre la liberalidad (v. también nuestro vol. I, § 9); por lo demás, los arts. 910 y 937 C. c. francés consideran como donaciones a supuestos semejantes. La verdadera contraprestación que obtiene el suscriptor es el trabajo del organizador, sin el que no podrían reunirse los fondos *suficientes* para aquel fin de liberalidad o beneficencia que persigue el suscriptor.

B) Una nota de Appleton a la sentencia del Tribunal de Nancy (en *Dalloz, Rec. Pér.*, 1920, loc. cit.), compara las tres tesis contrapuestas: *donación*, sometida a las formas correspondientes; *contrato conmutativo*, ya que el suscriptor se obliga en vista de las satisfacciones de carácter pecuniario o moral que puede procurarle la realización de la obra perseguida; *contrato mixto*, porque la suscripción "es un contrato innominado de beneficencia para el favorecido y conmutativo para el organizador"; tesis, esta última, que parece ser la que ha orientado a la jurisprudencia.

Appleton observa que, para sustraerse a los graves inconvenientes de una concepción civilista (la de la donación, con su rígido formalismo), la jurisprudencia ha recurrido a otra concepción o expediente también civilista, el del contrato innominado y la libertad contractual. Con tal expediente se han tratado de reducir al mínimo, como en otras situaciones, los inconvenientes de ese rígido formalismo.

Pero, continúa diciendo Appleton (profesor de Derecho administrativo), si tal expediente es adecuado para las suscripciones que respondan a un fin privado, parece poco adecuado para las nuevas situaciones que caen dentro del campo del Derecho público.

En el caso Bailly la suscripción se refería a "una obra de asistencia que entraba indudablemente en las atribuciones administrativas de la

ciudad: ayuda a las familias de los movilizados indigentes". De ahí que el Tribunal de Nancy hubiera debido recurrir al concepto de servicio público y a los correspondientes principios de Derecho administrativo. Para lo cual hubiera encontrado precedentes en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de los Tribunales ordinarios en materia de ofrecimientos de aportaciones en dinero o en especie para la ejecución de obras públicas (v. vol. I, § 9, nota 4 y el caso Lapeyre cr. Ayuntamiento de Urrugne). "Estos ofrecimientos de ayuda se convierten en simples incidentes de la operación administrativa proyectada o emprendida; el fin perseguido por los suscriptores (cooperar al establecimiento o a la organización de un servicio público) caracteriza la naturaleza misma del acto jurídico celebrado por ellos. Este acto no se presenta en forma de liberalidad; es una colaboración voluntaria en un servicio público" (citas de Berthélemy y de Hauriou). Consecuencias deducidas por la jurisprudencia: dispensa de las formas de la donación; competencia de los Tribunales administrativos.

¿Por qué limitar esta jurisprudencia, se pregunta Appleton, solamente a los ofrecimientos de ayuda para obras públicas, y no extenderla al campo de todas las suscripciones para una obra de interés público de asistencia pública, etc., que entre en las atribuciones administrativas de una entidad pública, como la adquisición de libros para bibliotecas, la fundación de institutos o de cátedras universitarias, la dotación de premios o becas para el estudio o la investigación, la fundación de hospitales, etc.? En estos casos el suscriptor tampoco es "un donante propiamente dicho", sino un "colaborador pecuniario de los servicios públicos", a los que se suscribe para permitir o favorecer su funcionamiento. Como "incidente de la operación administrativa, éste no es un contrato de Derecho privado; es un acto jurídico de Derecho público". Para organizar y hacer funcionar los servicios públicos, la administración puede valerse de todos los medios que se consideren oportunos, entre ellos el de la suscripción pública.

Consecuencias que deduce Appleton: dispensa de las formas de la donación; de la tutela administrativa y de la necesidad de una forma especial para la aceptación, que incluso puede ser tácita; exclusión de la revocación por supervivencia de hijos y de la acción de reducción en favor de los legitimarios (salvo en caso de fraude); pero, competencia de los Tribunales ordinarios, aparte del caso de los servicios públicos.

C) En una nota del *Dalloz* a la sentencia del Tribunal de Casación en el caso Bailly (*Rec. Pér.*, 1923, loc. cit.), se observa que hasta aquí la Casación se había abstenido de definir la naturaleza jurídica de la suscripción pública. ¿Donación, contrato a título oneroso, contrato mixto? Respuesta que se da en esta nota: ¡se debe decidir según el objeto de la suscripción, según la intención de las partes y según el conjunto de las circunstancias de hecho! En el caso Bailly, dice esta nota, había ciertamente una liberalidad "puesto que el disponente no había estipulado para sí como contrapartida ningún beneficio material serio. Pero

esta suscripción no era un "*acte portant donation*"; y sólo para esta clase de actos se exige en el art. 931 C. c. la forma notarial; no hay ninguna razón para no sustraer a la aplicación de este artículo la suscripción que se haga a título gratuito, del mismo modo que quedan sustraídas a ella una serie de donaciones, tales como las donaciones indirectas, las donaciones manuales, las donaciones disimuladas". (V. volumen I, § 38 *d*).

Trasbot aclara (en el *Traité prátique* de Planiol, cit., vol. II, núm. 418) esta nota del Dalloz, observando que la fórmula del Tribunal de Casación en el caso Bailly ("la suscripción pública, por su naturaleza, no está sometida a las formalidades establecidas para los actos de donación") es la típica fórmula usada por la jurisprudencia para las donaciones indirectas. La jurisprudencia, dice Trasbot, ve en la suscripción pública un contrato especial consagrado por la costumbre, que puede inspirarse en el fin de liberalidad pero también en otros intereses y con el que, por lo tanto, se puede llevar a cabo también una liberalidad.

El *Traité élém.* de Planiol, cit. III, n. 3.248 (ed. 1948) habla de esta cuestión bajo el título "donaciones indirectas" y con el subtítulo "donaciones realizadas mediante un acto abstracto"; y justifica la validez de las suscripciones públicas por el hecho de que, en general, van seguidas de entrega inmediata (donaciones manuales, v. vol. I, § 38 *d*), o de que su cuantía suele ser modesta y quedan comprendidas en las donaciones usuales. Pero si se trata de una obligación todavía no cumplida y de cuantía considerable, Planiol observa que la concepción jurisprudencial del contrato innominado que sirve para llevar a cabo una donación cuando responde a una intención de liberalidad, acogida en el caso Bailly, es una concepción difícil de justificar y sólo puede explicarse en cuanto que "la suscripción debe ser considerada como una operación jurídica abstracta, pues su naturaleza revela una liberalidad".

* * *

Cuestionario:

1) ¿Qué piensa el lector de cada una de estas tesis? (la de las sentencias recaídas en el caso Bailly, la de Claro, la de Appleton, la de la nota del *Dalloz* a la sentencia, y la del *Traité* de Planiol).

2) ¿Qué piensa, concretamente, para el Derecho italiano?

Confróntese este caso con los casos Ayuntamiento de Agliè cr. Tapparo; Cordepatre cr. Ayuntamiento de Monteleone; Cavezzali cr. Ayuntamiento de Crespiatica y Tormo; Asilo Infantil Belluomo cr. Bianchi; Tessitori cr. Gagliardi; Hospital de Milán cr. Garovaglio; De Sanctis contra Ayuntamiento de Roma, y las correspondientes notas.

Véase también Messineo, *Manuale di dir. civ. e comm.*, 8.ª ed., Milano, 1952-1954, vol. I, p. 279, 301-302, 303, 304-308, y vol. III, I, p. 25-27 y 34, de donde resulta que la suscripción, aunque tenga lugar a través de comisiones se considera, según la opinión dominante en Italia, como donación sometida a las formas correspondientes y también a la

autorización administrativa, salvo que se trate de donaciones manuales de valor módico.

3) ¿Qué valor tiene el hecho de que, en el caso Bailly, la finalidad de la suscripción correspondiera a la *misión ordinaria* o a las *atribuciones administrativas* del Ayuntamiento?

4) El Tribunal de instancia y el Tribunal de Apelación de Nancy parecen sostener varios argumentos en favor de la validez de la suscripción; a saber, que sólo por un accidente o moratoria del Banco encargado, la suscripción no llegó a ser, como se había querido, una donación manual (válida en todo caso para el Derecho francés: v. volumen I, § 38 *a*); que la conducta de Bailly, censurada en las sentencias, y su situación financiera no justificaban la revocación; que Bailly había obtenido beneficios, incluso morales, de aquel asunto, etc. ¿No recuerdan estos argumentos la *cause juste* a que nos referíamos en el vol. I, § 14 *e* y § 20 *b*? Pero véase la parte final de la sentencia del Tribunal de Apelación de Nancy que, lo mismo que en los casos Bardet y De Mailly, ve en aquellos beneficios morales un "equivalente" o contraprestación.

5) ¿Cómo se explica la sentencia del Tribunal, si no es con esa concepción de la *cause juste*, cuando en su parte final dispensa a Bailly de pagar los intereses?

6) ¿Qué valor tiene el hecho de que la ciudad de Nancy tuviera que adelantar los fondos por haber confiado en la promesa, o tuviera que gastarlos antes de recibirlos, y que en virtud de aquella confianza "tuviera derecho a contar con ellos"? V. supra sección III.

7) Sin aquellos argumentos o *causes justes* a que nos hemos referido en las cuestiones 4.ª y 6.ª ¿es seguro que la concepción del contrato innominado hubiera inducido a los Tribunales a mantener la promesa? Véase también el caso Alcalde de Caen cr. Evrard.

8) ¿Cómo se resolvería el caso Bailly en el *common law*? V. vol. I, §§ 26, 30 *a* y 27 *a*; v. también el caso Allegheny College y la nota correspondiente.

Nota-resumen sobre los casos de esta sección. — El lector habrá observado la diversidad de las soluciones dadas por la jurisprudencia italiana y la francesa en casos semejantes. Y sin embargo las normas de los códigos francés e italiano sobre las cuestiones objeto de este capítulo (y lo mismo sobre las del cap. III) son muy semejantes. Deduzca de ello el lector las consecuencias que le parezcan pertinentes acerca del valor y el alcance de la obra de la codificación y de las correspondientes fórmulas.

APÉNDICE II. Jurisprudencia española

SENTENCIA de 24 de marzo de 1956

Tribunal Supremo (casación por infracción de ley). *Colección legislativa, Jurisprudencia civil,* t. XLVII, páginas 987-1.066. DONACIÓN DE INMUEBLES EN DOCUMENTO PRIVADO. — DISTINCIÓN ENTRE CAUSA Y MOTIVOS. (Sentencia resumida.)

Por documento privado de 8 de septiembre de 1936, doña Enriqueta M. A. cedió a su hermano don José una casa y parte de otra finca que a dicha señora había sido legada por su padre.

Posteriormente, en 1941, y mediante escritura pública, doña Enriqueta M. A. vendió a doña María J. P. varias fincas, entre las cuales figuraban las que habían sido objeto de la cesión formalizada en el documento privado de 1936. Dichas fincas fueron inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre de la compradora.

Don José M. A. dedujo demanda contra su hermana doña Enriqueta y contra doña María J. P., exponiendo estos hechos y alegando que el contrato formalizado en el documento privado de 8 de septiembre de 1936 se había celebrado para "evitar la casi desheredación del actor en la sucesión de su padre", teniendo en cuenta la desproporción entre lo que habían recibido él y su hermana en dicha sucesión, por lo que la hermana decidió amistosamente otorgar aquel contrato a fin de evitar toda acción de éste encaminada a obtener un suplemento de legítima. Pedía, por lo tanto: 1.º Que se declarase la nulidad absoluta del contrato de compraventa celebrado entre las demandadas, por haber sido simulado. 2.º Que se declarase que las fincas a que se refería el documento privado de 1936 pertenecían al actor en pleno dominio, por haberlas adquirido de su hermana en virtud del contrato formalizado en dicho documento. 3.º Que se cancelaran las inscripciones causadas en virtud de la compraventa cuya nulidad pedía se declarara, y que se inscribieran aquellas fincas a nombre del actor, etc.

Las demandadas contestaron alegando: que no era cierto que el repetido documento hubiera sido otorgado por doña Enriqueta con el fin que le atribuía el demandante; que, por el contrario, éste la había coaccionado amenazando de persecución al marido de doña

Enriqueta por su ideales políticos (el documento se había otorgado a los pocos meses de iniciada la revolución y en zona marxista); que, aun en el supuesto de que no hubiera existido dicha cesión, se trataría de un contrato nulo, pues por contener una donación de inmuebles sólo podía ser válido si se formalizaba en escritura pública, conforme al art. 633 del C. c., etc.

En primera instancia fué desestimada la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial de Barcelona, la confirmó en todos sus extremos.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley, motivándolo, en síntesis, en los dos argumentos siguientes: que la Sala había calificado mal el contrato contenido en el documento de 1936 al estimar que se trataba de una donación, ya que en realidad era una permuta o una "compensación transaccional que tenía como causa la desheredación del recurrente en la herencia paterna", por lo que no era necesaria para su validez la escritura pública; y que si fuera cierto que el consentimiento de la otorgante estuvo viciado por coacción, tal vicio no había sido denunciado dentro del plazo prevenido en el art. 1.301 del C. c., con lo que el contrato había sido purificado por el transcurso del tiempo.

Sobre la cuestión relativa a la calificación del contrato celebrado en 1936 (que es la que aquí nos interesa), el Tribunal Supremo declara que se trataba de una donación pura y simple, *de acuerdo con lo que se había afirmado en la sentencia de primera instancia y en la de la Audiencia. Donación que era ineficaz (inválida) "tanto* por su falta de consignación en instrumento público *como por la* coacción *con que fué otorgada, sin que puedan destruir aquella calificación las diversas alegaciones del actor, ahora recurrente, de que el contrato fué una* permuta, *porque notorio es que no hubo en él cambio de cosa por cosa, o que fué una* compensación transaccional, *porque aparte de que no se expresaban los términos ciertos y concretos de la compensación, lo que era indispensable, tampoco existen los requisitos que para la transacción exige el art. 1.809 del Código civil..."*

Sobre el argumento de que la causa *de aquel contrato había sido evitar "la casi desheredación del actor en la herencia de su padre", la sentencia dice que aunque éste fuera "el* móvil intencional *que indujere a los contratantes a otorgar el documento examinado,* no puede ser la causa legal, *a tenor del art. 1.274 del C. c., del contrato que en el referido documento se contiene, que ni es oneroso ni remuneratorio de servicios o beneficios, sino indudablemen-*

te gratuito y de pura beneficencia, *con lo que la causa legal no puede ser otra que* la mera liberalidad del bienhechor *y es reiterada la jurisprudencia que establece que no debe confundirse la* causa *de los contratos en sentido legal con los* móviles *del otorgamiento ni con el* fin *que los contratantes se propusieran...*"

Se declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, notas a los §§ 9 y 22.

Prescindiendo de la cuestión relativa a la intimidación, lo más interesante en la sentencia es la argumentación que desarrolla para determinar si se trataba de un contrato gratuito o de un contrato oneroso que hubiera podido ser válido sin necesidad de un específico requisito de forma. La onerosidad del contrato hubiera podido ser una causa suficiente *para excluir la calificación de la donación, con las consecuencias inherentes en orden a la forma.*

La argumentación del recurrente era un tanto confusa. Aludía a la permuta, porque en el documento debatido se había hecho constar que el actor propuso a su hermana la cesión de otras fincas de su propiedad, a cambio de las que ella le cedía, sin que la hermana lo aceptara. Por lo tanto, como acertadamente observa la sentencia, no hubo cambio de cosa por cosa, ya que la pretendida permuta no pasó de ser una mera propuesta del recurrente.

Más viable podría parecer la tesis de la transacción, dirigida a evitar una acción del recurrente para obtener el suplemento de legítima. En relación con esta tesis es cuando entra en juego la doctrina de la causa y la distinción entre causa y motivos. Para que se hubiera apreciado la transacción sería necesario que se hubieran hecho concesiones recíprocas (art. 1.809: "dando, prometiendo o reteniendo cada una *alguna cosa...") y en el documento no constaba ninguna concesión por parte del recurrente, pues ni siquiera se dijo que éste renunciaba a ejercitar la acción de suplemento de legítima sino solamente que "se sentía poco menos que desheredado" en la sucesión de su padre. De ahí que el T. S. haya estimado que esta circunstancia quedaba circunscrita al terreno de los móviles o fines de los contratantes, sin trascender al de la causa y sin que pudiera servir, por lo tanto, para alterar la calificación de donación dada al contrato. (Todo ello, independientemente de que, aunque el documento hubiera podido contener una verdadera transacción, pudiera ser declarada nula por la coacción ejercida; cfr. arts. 1.817 y 1.265).*

Siempre prescindiendo de la cuestión relativa a la coacción, cabe preguntarse: cuál era el dato decisivo para atribuir a aquel contrato la calificación de donación? ¿La ausencia de contraprestación o el ánimo de liberalidad?

* * *

Sobre la distinción entre causa *y* motivos *(móviles del otorgamiento, fin ulterior perseguido por los contratantes) v. entre otras las senten-*

cias de 8 de febrero de 1943, 18 de abril de 1945 y 6 de diciembre de 1947.

Pero, como ya advertíamos en el vol. I, notas al § 22, esta distinción — que responde a una concepción objetiva *de la causa — se desvanece un tanto en otras sentencias recaídas en casos en los que la cuestión que se plantea es la de la ilicitud de la causa, sentencias que se inclinan a una concepción* subjetiva *cifrada en la relevancia que se concede a los móviles o al fin.*

Como exponente de esta tendencia pueden citarse varias sentencias. En la de 2 de abril de 1941 (Aranzadi, t. VIII, núm. 493) se atribuye ilicitud de la causa a los "casos en que se promete determinada retribución a una persona para que ésta cumpla aquello a que ya está tenida por una obligación anterior, jurídica o moral..." (Se trataba de una donación hecha para poner fin a una relación de concubinato; obsérvese que el supuesto es distinto del que dió lugar a la sentencia de 17 de octubre de 1932, que estudiamos en este mismo volumen, en la que la promesa no había tenido como causa ni la iniciación ni la extinción de la relación inmoral, sino el cumplimiento de un deber moral del promitente surgido como consecuencia de aquella relación.)

En la sentencia de 12 de abril de 1944 (Aranzadi, t. XI, núm. 535) se afirma que "cualesquiera que sean las dificultades de orden técnico con que se tropiece para establecer una perfecta delimitación entre la causa *del contrato y los* móviles *de su celebración, no es aventurado sostener que, en casos como el de autos,* una y otros se confunden *de tal suerte que no cabe discriminar con eficacia lo que es abstracto, permanente y específico y lo que es impulsivo y subjetivamente determinante de la declaración de voluntad, dificultad superada en eventos semejantes por la doctrina científica y recientemente recogida en la sentencia de esta Sala de 2 de abril de 1941".*

En parecidos términos se expresa el T. S. en la sentencia de 12 de abril de 1946 (Aranzadi, t. XIII, núm. 418): "...aun dadas las dificultades técnicas para delimitar el ámbito de la causa *del contrato y del* móvil *que lleva a su celebración,* hay casos en que una y otro se confunden *y es procedente aplicar la idea matriz que late en nuestro ordenamiento jurídico al reputar ineficaz todo contrato que persiga un fin ilícito o inmoral, cualquiera que sea el medio empleado por los contratantes para lograr esa finalidad, apreciada en su conjunto; por lo que, aplicada al caso de autos esa doctrina que, en definitiva, proclama el imperio de la* teoría subjetiva de la causa *individual, impulsiva y determinante,* elevando por excepción el móvil a la categoría de verdadera causa en sentido jurídico cuando imprime a la voluntad la dirección finalista e ilícita del negocio, *se ha de ver en el propósito que presidió la donación de burlar los derechos legitimarios de la mujer e hijos del donante la causa que domina y da razón de ser al contrato, y ha de ser calificada de ilícita...", etc.*

SENTENCIA de 3 de noviembre de 1931

Tribunal Supremo (casación por infracción de ley). *Jurisprudencia civil*, tomo 201 (4.º de 1931), págs. 12-13. DONACIÓN DE INMUEBLES, CON LA CARGA DE UNA PENSIÓN VITALICIA Y DE UNA OBLIGACIÓN DE CONVIVENCIA. (Sentencia transcrita textualmente.)

Por escritura pública de 11 de diciembre de 1918, don Juan Bautista C. C. que residía en Rute pero proyectaba trasladar su domicilio a Madrid, hizo donación de varios inmuebles a su hija doña Felisa C. E. En la escritura se incluyó una cláusula del tenor siguiente: "La referida donación la hace el donante expresando su deseo de que, en compensación de ella, los hijos varones de la donataria vivan en su compañía durante el tiempo de sus estudios en Madrid, si realizara el propósito de trasladarse a dicha capital, siendo de cuenta de los padres de aquéllos todos los gastos de su manutención, vestido y estudios". En la misma escritura se consignaba la aceptación de la donataria, con el expreso consentimiento de su esposo.

En la misma fecha, suscribieron los otorgantes otros dos documentos: un documento privado en el que, aclarando lo consignado en la escritura, la donataria se obligaba a costear los gastos de estudio, etc., de sus hijos en Madrid, haciendo constar que éstos vivirían con su abuelo durante el tiempo de sus estudios; y en el que, además, se obligaba también la donataria a entregar a su padre cinco pesetas diarias a partir de 1.º de enero de 1919; y otra escritura pública de manifestación de herencia de doña Damiana E., esposa de don Juan Bautista, en la que éste renunció a favor de su hija doña Felisa el tercio de libre disposición que le había sido dejado en usufructo vitalicio, y la cuota legal que le correspondía como cónyuge supérstite.

En marzo de 1929 don Juan Bautista C. C. demandó a su hija doña Felisa, exponiendo que desde el año 1919 se encontraba en Madrid, cumpliendo así su obligación de trasladar allí su residencia, pero que la obligación correlativa impuesta a la donataria no había sido cumplida, pues desde octubre de 1926 el mayor de sus nietos reunía ya las condiciones necesarias para iniciar sus estudios superiores (por haber cumplido 16 años y estar en posesión del título de Bachiller) a pesar de lo cual no se había trasladado a Madrid para realizar dichos estudios. Puesto que la demandada

había aceptado la donación (y la cesión de los bienes que al actor le correspondían en la herencia de su difunta esposa) con la carga de la obligación de costear a sus hijos varones la carrera de ingeniero, y puesto que había incumplido dicha obligación, alegó como fundamento principal de su demanda el art. 647 del C. c. (revocación de donación por incumplimiento de condiciones) y pidió que se condenara a la demandada a la restitución de las fincas donadas y de las correspondientes a su parte en la herencia de su difunta esposa, al pago de los frutos percibidos por la demandada, etc.

En su contestación a la demanda, la hija expuso: que las fincas habían sido donadas libres de cargas; que el donante se había limitado a expresar un deseo; que si tal deseo no se cumplió era porque la promesa hecha se había convertido en imposible, ya que el mayor de sus hijos padecía una enfermedad de la vista que le imposibilitaba para el estudio y, además, prefería dedicarse a los negocios de una casa comercial de la que era partícipe con sus hermanos; que la única obligación que la donataria había contraído era la de pagar a su padre la cantidad de cinco pesetas diarias, obligación que venía cumpliendo puntualmente; que la naturaleza del contrato celebrado era la de un contrato aleatorio de renta vitalicia..., etc.

El Juzgado de primera instancia de Rute y la Audiencia Territorial de Sevilla absolvieron a la demandada. Interpuesto recurso de casación por el demandante, el Tribunal Supremo lo desestima en la sentencia que transcribimos:

"*Considerando que si bien en el recurso se alegan tres motivos de casación, en realidad pueden condensarse en uno, que es el segundo, en el que se parte de la base de que el Tribunal de instancia infringe por violación el art. 647 del Código civil, en cuanto el fallo absuelve de la demanda de revocación donacional, a pesar del confesado incumplimiento de la carga o condición impuesta al donatario, y como la Sala sentenciadora al estudiar el contenido de la escritura pública de 11 de diciembre de 1918 y documento privado de la misma fecha, estima se trata de una donación condicional, modal u onerosa, términos que son contradictorios, es en absoluto preciso velando por la competencia de este Tribunal, resolver si hubo o no infracción alegada, determinando la naturaleza o calificación jurídica de mencionados documentos en los que la parte actora y recurrente apoya su derecho.*

Considerando que por sus efectos las donaciones se dividen en puras, condicionales, modales *y* onerosas, *según que la liberalidad*

no reconozca otro móvil que el propósito de favorecer al donatario sin contraer éste obligación alguna respecto al donante; que la existencia de relación jurídica dependa de un acontecimiento futuro e incierto; que expresen un motivo, finalidad, deseo o recomendación, y en fin, que impongan al donatario un gravamen, bien como carga real que pese sobre los inmuebles donados, bien como obligaciones puramente personales, inferior al valor de lo que es objeto de la donación.

Considerando que ese supuesto, el concepto jurídico de las diversas especies de donaciones atendiendo a sus efectos, importa antes de entrar de lleno en lo que es materia de discusión fijar el verdadero alcance del art. 647 del Código civil que se invoca como infringido, ya que la palabra "condiciones", que en el mismo se emplea, fué sin duda la que indujo a la Sala sentenciadora a calificar la donación erróneamente, haciendo uso de términos antagónicos, alcance que no es otro que el de que dicho Cuerpo legal no emplea la palabra "condiciones" en el sentido técnico de sucesos inciertos de los que se hace depender el nacimiento o extinción de una relación jurídica, sino en el vulgar de obligaciones o cargas que pueden ser impuestas por el donante al donatario:

Considerando que fijadas las anteriores premisas, es indudable que en la cláusula segunda de la escritura de 11 de diciembre de 1918, que copiada a la letra dice: "La referida donación la hace el donante expresando su deseo de que en compensación de ella, los hijos varones de la donataria vivan en su compañía durante el tiempo de sus estudios en Madrid, si realiza su propósito de trasladarse a dicha capital, siendo de cuenta de los padres de aquéllos todos los gastos de manutención, vestido y estudio", no se contiene una donación condicional por no depender de sucesos futuros e inciertos, así como tampoco una liberalidad de carácter oneroso, porque en dicha cláusula no se impone al donatario carga alguna, *esto es obligación,* limitándose el donante a expresar o manifestar cuáles son sus deseos, *sus apetencias, pero sin establecer vínculo jurídico forzoso con la persona objeto de su desprendimiento* (modus simplex), *corroborando estas afirmaciones el que* en la escritura no se expresó el valor de las cargas *que debe satisfacer el donatario, como exige el art. 633 del mencionado Código, por todo lo cual es forzoso concluir que* se trata de una donación pura y simple, *a la que, por consecuencia, no es aplicable el art. 647 anteriormente indicado.*

Considerando que si bien por documento privado de la misma fecha que la anterior escritura, la demandada con expreso con-

sentimiento de su esposo y en compensación de la dicha donación y otras renuncias hechas a aquélla por el demandante, "se obligó a dar a su padre la renta vitalicia de cinco pesetas y además a costear a sus dos hijos varones las carreras de ingenieros civiles, los cuales vivirán con su abuelo en Madrid, si antes traslada allí su residencia, durante el tiempo de sus estudios, siendo de cuenta de sus padres, además de los gastos de aquellos estudios el de su alimentación y vestido", este documento no puede en modo alguno alterar la calificación jurídica dada por este Tribunal a la donación, porque ello supondría que la aceptación podría hacerse en forma distinta a la ordenada por el párrafo segundo del art. 633 del Código, *desprendiéndose de lo dicho que las obligaciones que la demandada contrajo por virtud de tan repetido documento privado, no cabe pretender sean regidas por las reglas de las donaciones, como así las invoca el recurrente, basándose erróneamente en que forman parte integrante de la escritura de donación, y si deben ser sometidas a los preceptos que contiene el mentado Cuerpo legal en su Libro cuarto, Título primero.*

Considerando que afirmado por la Sala sentenciadora, en uso de sus soberanas facultades de apreciación de la prueba, que la enfermedad visual que padece don Rafael R., hijo de la demandada y nieto del demandante, se halla debidamente justificada, impidiéndole realizar los estudios de ingeniero, es visto que no infringió en el fallo recurrido el art. 647 del Código civil, no aplicable al caso de autos por los razonamientos expuestos, así como tampoco los 1.115, 1.119 y 1.122 del propio Cuerpo legal, de que hizo rectamente uso con respecto a las obligaciones contraídas en el aludido documento privado, por obedecer el incumplimiento a causas no imputables a la demandada; por todo lo cual es de concluir no cabe estimar el recurso interpuesto".

Nota y cuestionario. — V. vol. I, notas al § 10.

La sentencia es interesante por la explicación que contiene en su primera parte acerca de las diversas clases de donaciones. En la sentencia recurrida se había calificado confusamente a la donación como "condicional, modal u onerosa"; para rectificar esa confusa calificación, el T. S. trata de precisar el significado de cada uno de esos términos. El único reparo que hay que oponer a esta primera parte de la sentencia es el significado que atribuye a la donación modal, *al decir que es aquélla* en la que se expresa "un motivo, finalidad, deseo o recomendación". *Es impropio aplicar a tal donación la denominación de "donación modal" porque contradice a la significación técnica del* modo *y parece desconocer su carácter vinculante (recuérdese el antiguo axioma: "la con-*

dición suspende pero no constriñe; el modo constriñe, pero no suspende"). Por lo tanto, el nombre de "donación modal" *corresponde a la que la sentencia llama "donación* onerosa", *para la que es preferible aquella denominación a ésta.*

Quizás al llamar donación modal a la que expresa un simple deseo, recomendación, etc., la sentencia haya pensado no en el verdadero modo *(como determinación accesoria con fuerza vinculante) sino en el que en el Derecho antiguo se llamaba* modus simplex *(no vinculante), al que, por cierto, alude después (en el cuarto considerando) aunque en forma algo confusa. Por otra parte — y en este punto puramente terminológico — la sentencia se contradice a sí misma, ya que después de estimar que en el documento discutido se había limitado el donante a expresar cuáles eran sus deseos o sus apetencias, concluye que se trataba de una donación* pura y simple. *Para ser consecuente con su propia terminología, la sentencia hubiera debido decir que se trataba de una donación* modal.

*La sentencia acierta plenamente al precisar el verdadero alcance de la palabra "condiciones" empleada en el art. 647 del C. c. (v. vol I, en nuestras notas al § 10, al principio): en dicho precepto no se emplea la palabra "condición" en el sentido técnico de suceso futuro e incierto del que se haga depender el nacimiento o extinción de una relación jurídica, sino en el sentido de obligación o carga (*onus, *modo) impuesta por el donante al donatario. Lo cual no ha sido visto, sin embargo, en otras sentencias del Tribunal Supremo, como la de 7 de abril de 1954 (Aranzadi, t. XXI, núm. 1.012) en la que se llama "donación condicional" a una donación en la que la donataria se había obligado a prestar cuidados y asistencia personal a la donante, "condición" que no se cumplió y que dió lugar a la revocación prevista en el art. 647 del Código civil. La impropiedad de esta calificación (puesta de relieve en la sentencia de 1931 que comentamos) se revela por la misma naturaleza de aquella obligación — que no constituía una condición sino un modo o carga — y por el remedio que la misma sentencia de 1954 aplicó — la revocación de la donación — remedio que no hubiera sido necesario si se hubiese tratado de un negocio condicional, ya que la deficiencia de la condición hubiera determinado, sin más, la ineficacia del negocio.*

Volviendo a la sentencia de 3-11-1931, en ella se llega a la conclusión de que el donante no había impuesto carga alguna a la donataria (por lo que era improcedente la pretensión dirigida a la revocación). Pero sobre este punto surgen algunas cuestiones:

1) ¿Cuál fué la verdadera razón en la que la sentencia se apoyaba para afirmar que no se había impuesto ninguna carga a la donataria? En el cuarto considerando se mencionan, al parecer, dos razones: una, que el donante se había limitado a manifestar cuáles eran sus deseos *o sus apetencias, pero sin establecer vínculo jurídico forzoso con la donataria sobre este punto. La otra razón — que, según la sentencia,* corrobora *a la anterior, por lo que parece que se la considera de menos*

peso que aquélla — sería el no haberse expresado en la escritura el valor de las "cargas" que debía satisfacer la donataria, contra la exigencia del art. 633.

2) Si la razón decisiva fué la primera, cabe preguntar: ¿se trataba realmente de un simple deseo *del donante? Ciertamente, en la escritura se emplearon estas palabras ("expresando su deseo"), pero también se dijo que aquello se haría* "en compensación" *de la donación. Por otra parte, la donataria se obligó — en el documento privado aclaratorio y complementario de la escritura — a costear los gastos de sus hijos en Madrid durante la época de sus estudios. Esta obligación, como obligación de la madre frente a sus hijos, carecía probablemente de valor, pero como obligación frente a su padre (donante) venía a significar que ella no haría nada para impedir que tuviera efecto aquella convivencia entre los nietos y el abuelo, deseada por éste, y que incluso la facilitaría asumiendo aquellos gastos. Todo parece indicar que el documento privado en el que se hicieron estas promesas sería redactado por sugerencia — o por exigencia — del donante. Pues bien, teniendo en cuenta todas estas circunstancias, ¿no hay base para entender que lo que el donante expresó en aquella escritura había sido algo más que un* simple deseo?

3) Obsérvese que en la sentencia (penúltimo considerando) se alude al documento privado para decir que tal documento no podía alterar la calificación jurídica dada por el Tribunal a la donación. Pero una cosa es que pudiera alterar tal calificación, y otra, muy distinta, que pudiera ser tenido en cuenta para interpretar la escritura a la que servía de complemento y de aclaración (es decir, para saber si el donante había expresado un deseo o impuesto una carga).

Se dice también que "ello supondría que la aceptación podría hacerse en forma distinta a la ordenada por el párrafo segundo del artículo 633 del Código". Pero el documento privado no contenía la aceptación de la donación, ya que ésta había sido aceptada en la misma escritura, *en la que se consignó que "la señora donataria, con el expreso consentimiento de su esposo, acepta agradecida esta donación y promete cumplir los deseos manifestados por su padre en la cláusula anterior" (es decir, los deseos relativos a la convivencia de los nietos del donante con éste).*

4) Si la razón decisiva para negar que se hubiera impuesto una carga fué la segunda que hemos apuntado (no haberse hecho constar en la escritura el valor *de las cargas), surge un delicado problema de interpretación del art. 633. Según dicho artículo, en la escritura de donación (de inmueble) ha de expresarse el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario. Ahora bien, ¿significa esto que sólo puede considerarse como "cargas" a las que tengan un* valor patrimonial?

Si así fuera, lo que habría ocurrido en este caso sería, no que las cargas no se habían expresado *en la escritura, sino que* no podían ser expresadas, *por carecer de tal valor. Parece, sin embargo, que esta interpretación literal de la expresión "valor de las cargas" es excesiva-*

mente rigurosa. Por lo tanto, puede interpretarse el art. 633 en el sentido de que cuando las cargas impuestas sean de valor patrimonial habrá de expresarse "el valor de las cargas", y cuando no tengan este valor (como ocurre cuando se trata de deberes de convivencia, de asistir al donante, de prestarle ciertos cuidados, etc.) bastará expresar *en la escritura la carga que se impone. Téngase en cuenta que en otras sentencias el T. S. ha accedido a la revocación de una donación en la que se había impuesto como carga el deber de acompañar, asistir y cuidar al donatario, anciano y enfermo (como, por ejemplo, en la de 7-abril-1954, citada en esta misma nota, en la que se estimó procedente la revocación por haber sido incumplida esta carga, equivocadamente designada con el nombre de "condición" en la sentencia).*

5) Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden y aplicándolas al caso concreto que nos ocupa, ¿no bastaba con la mención, *en la escritura, de la carga impuesta a la donataria, sin necesidad de que se expresara su* valor, *que en este caso no hubiera podido ser expresado puesto que se trataba de una carga desprovista de valor patrimonial? Cabría objetar que la escritura sólo expresaba un deseo del donante, pero sobre este punto téngase en cuenta lo que hemos dicho en la cuestión 2.*

6) En su parte final, la sentencia acepta el juicio de la sentencia recurrida al haber estimado ésta que se había justificado debidamente la imposibilidad de que el nieto del demandante realizara aquellos estudios, dada la enfermedad visual que padecía. Lo cual, en este caso, carecía de importancia puesto que ya se había descartado la aplicación del artículo 647 (revocación por incumplimiento de cargas) en virtud de los razonamientos de la misma sentencia (por entenderse en ésta que no se había impuesto ninguna carga).

Pero supóngase que se hubiera reconocido que aquel deber de convivencia de los nietos con el abuelo constituía una verdadera carga de la donación. En tal caso ¿qué valor tendría la imposibilidad del hijo de la donataria para realizar aquellos estudios a causa de la enfermedad que padecía? ¿Hubiera podido invocarse esta circunstancia para oponerse a la pretensión de revocación por incumplimiento de cargas?

7) Por otra parte, la donataria había prometido la prestación de un tercero, puesto que los obligados a la convivencia eran sus hijos y no ella. Siempre dentro de la hipótesis de que se reconociera el carácter modal de la donación, cabe imaginar el siguiente supuesto: el hijo, que habría ido a Madrid para realizar aquellos estudios y que antes de terminarlos podía alcanzar la mayoría de edad o ser emancipado, encontraba incómoda o desagradable la convivencia con su abuelo y se trasladaba a un hotel o a una pensión (contando con ciertos ingresos propios), cosa que podría hacer, pues siendo mayor de edad o emancipado no podían sus padres imponerle un determinado domicilio.

¿Podría en tal caso prosperar la pretensión de revocar la donación por incumplimiento de cargas?

Probablemente, tal pretensión hubiera sido desestimada por la consideración (que la sentencia apunta en su parte final) de que el incumplimiento había obedecido a causas no imputables a la donataria. *Ésta hubiera debido ser, en el caso que comentamos, la razón decisiva para oponerse a la pretensión de revocación, y no las consideraciones en que se apoyó la sentencia, a base de negar que se tratara de una donación* cum onere, *consideraciones que no resultan del todo convincentes.*

SENTENCIA de 16 de diciembre de 1930

Tribunal Supremo (casación por infracción de ley). *Jurisprudencia civil,* tomo 197 (6.º de 1930), págs. 636-644. Donación "con causa onerosa". (Sentencia transcrita textualmente.)

Los hechos se recogen sustancialmente en la misma sentencia, que es del tenor siguiente:

"*Considerando que la Sala sentenciadora no infringe por aplicación indebida los artículos 622 y 619 del Código al considerar como una donación con causa onerosa el acto realizado por doña Elena D. cediendo a sus hijos las fincas rústicas y urbanas de su pertenencia mediante la entrega por parte de sus hijos de 750 pesetas anuales para atender a su manutención, cuya cantidad se aumentaría si por enfermedad o por descontento no quisiera la doña Elena vivir con sus hijos, pues en dicha convención o contrato se dan todos los caracteres de las donaciones a que se refiere el art. 622 antes citado, cuya donación como ha de producir efecto entre vivos, se ha de regir conforme al artículo 621 de dicho Código por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en el título segundo del libro tercero del repetido Código civil.*

Considerando que al aplicar la Sala sentenciadora el art. 1.124 de dicho Código para declarar resuelta la donación celebrada entre la recurrente y su madre no infringe el mismo artículo, de evidente aplicación a la convención formalizada entre la doña Elena y sus hijos, toda vez que dicho artículo es genéricamente aplicable en donde existen obligaciones recíprocas, de evidente concurrencia en el contrato tantas veces citado, ya que la obligación que contrajo la doña Elena de entregar a sus hijos sus bienes rústicos y urbanos era correlativa a la que contrajeron sus hijos de entregar a aquélla la pensión anual concertada, y sin que válidamente pueda alegarse en el Tribunal a quo *error alguno de hecho al es-*

timar que los hijos de la doña Elena no cumplieron con la obligación de pagar la pensión anual convenida, pues tal apreciación, de la exclusiva incumbencia de la Sala sentenciadora, sólo puede impugnarse al amparo del número séptimo del art. 1.692 de la ley procesal, y los que se estiman por el recurrente como documentos auténticos, justificantes de la equivocación del juzgador, ni son a este efecto tales documentos por no estar suscritos ni reconocidos por la parte a quien perjudican y menos aún tienen la condición de auténticos a los efectos antes expresados, debiendo por ello ser también desestimado el segundo de los motivos del presente recurso.

Considerando, por último, que el Tribunal sentenciador tampoco infringió los arts. 1.802 y 1.805 del Código civil al no estimar que el contrato otorgado por la doña Elena y sus hijos era el de renta vitalicia, no solamente por no consistir la pensión en una cantidad fija y determinada, ya que la de 750 pesetas debía aumentarse en lo necesario a cubrir las necesidades de la donante cuando ésta, por enfermedad o descontento, no quisiera vivir con sus hijos, sino también porque, según lo convenido en el caso de que los hijos no atendieran a lo estipulado, podría la doña Elena disponer de sus bienes libremente, y como si tal cesión no se hubiese hecho, condiciones que pugnan con la naturaleza y efectos del contrato de renta vitalicia y por tanto al apreciarse con notorio acierto su inexistencia por el Tribunal sentenciador, no se infringieron ninguna de las disposiciones que se citan en el motivo tercero del recurso."

Nota y cuestionario. — V. vol I, notas al § 10.

Esta sentencia constituye una muestra de las confusiones a que puede dar lugar el art. 622 del Código civil y, en este sentido, viene a servir de complemento a todo lo que hemos dicho en nuestras notas al § 10 del vol. I, a propósito de las diversas interpretaciones de este defectuoso precepto.

Conviene advertir que el acto de cesión a que se alude en la sentencia había sido formalizado en documento privado. *Esta circunstancia hubiera bastado — prescindiendo, de momento, de la confusa concepción de la donación "con causa onerosa" — para declarar la nulidad de la donación, puesto que recaía sobre bienes inmuebles y para la donación de inmuebles el art. 633 exige escritura pública. Al parecer, ésta era la tesis de la sentencia del Juzgado, en la que se declaró* no ser válido *el contrato de donación de inmuebles con causa onerosa estipulado en aquel documento privado.*

En contra de este criterio, la sentencia de la Audiencia declaró resuelto *el contrato (lo que presupone el reconocimiento de su validez)*

como consecuencia del incumplimiento por parte de las demandadas, que no habían satisfecho las pensiones estipuladas. Para ello hizo aplicación del art. 1.124 del C. c. según el cual "la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe".

A primera vista, podría resultar un tanto sorprendente la aplicación del art. 1.124 a un supuesto de donación. Pero teniendo en cuenta lo que dice el art. 622 se puede seguir fácilmente el hilo lógico de la sentencia: se trataba de una donación "con causa onerosa" que, según el artículo 622 se ha de regir por las reglas de los contratos. Esta remisión a las reglas de los contratos serviría para justificar: a) *la validez del documento, pues el acto formalizado mediante su otorgamiento quedaba al margen de las reglas de la donación y, por lo tanto, no le era aplicable el requisito formal establecido en el art. 633;* b) *la posibilidad de resolver aquel contrato (válido) en virtud del art. 1.124, por tratarse de un contrato con obligaciones recíprocas, incumplidas por una de las partes.*

Es decir, la tesis de la Audiencia parece ser la de un contrato innominado *(aunque se le dé el nombre de "donación con causa onerosa") con obligaciones correlativas. Tesis que acepta la sentencia del Tribunal Supremo, afirmando que el art. 1.124 — rectamente aplicado en la sentencia recurrida — es genéricamente aplicable siempre que existan obligaciones recíprocas, como las que evidentemente existían en el contrato litigioso. Pero obsérvese que para justificar la aplicación del art. 1.124 la sentencia del T. S. no se limita a invocar el art. 622 (remisión a las reglas de los contratos para el régimen de las "donaciones con causa onerosa"), sino que lo pone en relación con el art. 621. Esta conexión entre uno y otro precepto parece completamente innecesaria y fuera de lugar en este caso, porque el 621 no se refiere a las donaciones con causa onerosa sino a* todas las donaciones *que hayan de producir sus efectos entre vivos, y porque, además, sólo se remite a las "disposiciones generales de los contratos y obligaciones"* con carácter supletorio *("...en todo lo que no se halle determinado en este título"). Mientras que el art. 622 establece una remisión sólo para las que llama "donaciones con causa onerosa", y no con carácter supletorio sino con carácter directo.*

Todo ello pone de relieve, una vez más, las confusiones a que puede dar lugar el art. 622 del Código civil y su interpretación en el sentido de entender que cuando habla de "donaciones con causa onerosa" se refiere a la donación sub modo *o* cum onere. *Si fuera así, no sería aplicable a la donación* cum onere *ninguna de las reglas contenidas en el título dedicado a la donación, y sin embargo, dentro de ese título hay disposiciones expresamente referidas a la donación* cum onere *y que solamente a ella pueden aplicarse. Por ejemplo:*

a) *el art. 647: revocación de la donación* por incumplimiento de cargas;

b) *el art. 633: en la escritura de donación de cosa inmueble ha de expresarse* el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.

En la sentencia que comentamos hubiera podido llegarse al mismo resultado (devolución de las fincas) siguiendo uno de estos caminos:

1.º Declarar la nulidad de aquella cesión, porque siendo una donación de inmuebles (con la carga de las pensiones) no había sido formalizada en escritura pública.

2.º Suponiendo que la donación se hubiera hecho mediante escritura pública, hubiera podido solicitarse y concederse la revocación por incumplimiento de cargas.

En lugar de plantear la cuestión en este terreno, las sentencias (especialmente la de la Audiencia y la del T. S.) acuden a toda esa serie de rodeos para sacarla del terreno de la donación y llevarla al de los contratos, en el que se hace entrar en juego a la facultad resolutoria tácita del art. 1.124.

* * *

Nos queda por examinar la tesis del recurrente: afirmaba éste, en el tercer motivo del recurso, que en el contrato celebrado entre la demandante y sus hijas se daban todas las características del contrato de renta vitalicia, ya que contenía la cesión o entrega de bienes inmuebles a cambio de una pensión fija y determinada que aquélla tendría derecho a cobrar durante toda su vida. La calificación del contrato como renta vitalicia tendría las siguientes consecuencias:

1.ª Ser válido sin necesidad de un específico requisito de forma. Cuestión que, tal como se planteó este caso, no tenía interés, ya que no era la inobservancia de la forma lo que se alegaba, sino el incumplimiento de las obligaciones asumidas por las demandadas.

2.ª Ser improcedente la pretensión dirigida a la restitución de las fincas, ya que el art. 1.805 del C. c. dispone que 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; y solamente le reconoce el derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras.

Esta segunda consecuencia era la que interesaba hacer valer al recurrente. La regla del art. 1.805 hubiera sido un arma decisiva frente a la aplicación del art. 1.124 o frente a la acción de revocación por incumplimiento de cargas, si hubiera sido esta última acción la que se ejercitara (ya señalábamos en el vol. I, notas al § 10 cómo, en virtud de este artículo, queda menos protegido el perceptor de la renta vitalicia que el donante que haya impuesto como carga una pensión vitalicia).

Pero el T. S. rechaza esta tesis sobre la base de los dos argumentos que expone la parte final de la sentencia, a saber, el de la indeterminación de la cuantía de las pensiones, que habría de aumentar si aumentaban las necesidades de la donante, y el de que en caso de incumplimiento por parte de los hijos podría aquella disponer de sus bienes como

si no se hubiera operado la cesión (pacto que sugiere la idea de una cláusula de reversión que, por cierto, no podría tener efectos tan radicales); condiciones que la sentencia declara incompatibles con el contrato de renta vitalicia.

SENTENCIA de 1 de febrero de 1956

Tribunal Supremo (recurso contencioso-administrativo contra acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central), *Aranzadi, Rep. de Jurisprudencia,* t. XXIII, número 627. SUSCRIPCIÓN PÚBLICA PARA ORGANIZAR UN HOMENAJE NACIONAL. (Sentencia transcrita textualmente, salvo algunos *omissis*.)

En el año 1927 se constituyó una comisión encargada de organizar un homenaje al entonces Presidente del Gobierno, don Miguel Primo de Rivera, Marqués de Estella. El homenaje habría de consistir en el ofrecimiento de una casa que se adquiriría por suscripción nacional. En el diario "La Nación" del día 20 de noviembre de 1927 se publicaron dos cartas, una de ellas de los organizadores del homenaje, que lo ofrecían al Presidente del Gobierno como expresión — decían — de "la gratitud de los millones de españoles que creemos que a usted, en primer término, debemos la salvación de la Patria, en orden a su prestigio y prosperidad"; y la otra carta, de don Miguel Primo de Rivera, en la que éste aceptaba el homenaje, prometiendo destinar la planta baja de la casa a la instalación de la "Unión Patriótica". Para la recaudación de las cantidades que integrarían la suscripción nacional se abrieron cuentas corrientes en diversos Bancos.

Por un documento privado (que se protocolizó ante Notario) de fecha 8 de febrero de 1930, los componentes de la Comisión ejecutiva del homenaje dieron cuenta de todas las actuaciones realizadas hasta la fecha, uniendo la Memoria y Balance de los que resultaba que las cantidades recaudadas hasta 1.º de enero de 1930 ascendían a 3.922.904 pesetas, aparte de algunas cantidades recaudadas y no ingresadas, de los intereses producidos en algunas cuentas, etc. Para recibir las cantidades pendientes de entrega se constituyó una comisión más reducida que la que hasta entonces había actuado. El documento se extendió por duplicado a fin de que surtiera, según expresamente se afirmaba, "los efectos de la más solemne carta de pago", *y fué firmado por los componentes de la comisión y por el propio señor Marqués de Estella, quien de-*

claró recibidos todos los valores en él mencionados, expresando su gratitud y reiterando su voluntad firme de que con el sobrante de aquellas cantidades a las que venía dando aplicación benéfica, cultural y social, se habría de constituir su domicilio y la sede de la "Unión Patriótica".

Por un acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central, de 8 de noviembre de 1932, se declaró que el documento de que se ha hecho mención era expresión documental de un contrato de donación y que, en consecuencia, las cantidades cuya entrega constaba en dicho documento estaban sujetas al impuesto de derechos reales.

Contra dicho acuerdo, los herederos del General Primo de Rivera interpusieron recurso contencioso-administrativo, que fué estimado por el Tribunal Supremo en base a las consideraciones siguientes:

"Considerando: Que si bien cuando se trata de un homenaje nacional al Jefe de un Gobierno, como órgano representativo del Estado, tributado por los súbditos de éste con la finalidad de premiar servicios eminentes prestados por aquél al propio Estado, hace pensar en un acto de derecho público que cae bajo la órbita de la potestad gubernativa, y que, sin dejar de constituir una liberalidad, trasciende del ámbito del derecho privado en que se regula la donación como relación contractual puramente civil, no obstante, aceptada la discusión en los términos en que se pronuncia el acuerdo recurrido y en que se plantea la demanda que rige el recurso, se ofrecen las siguientes consideraciones:

Considerando: Que son principios elementales de nuestro derecho, que la donación constituye para el donante, además de un acto de liberalidad, un acto de libre disposición como facultad integrante del dominio, el cual se merma en la misma cuantía en que se enriquece el patrimonio del donatario, siendo modalidades de la donación de cosa mueble, que por el momento importa señalar, que la que haya de surtir efecto en vida del donante se regirá por las disposiciones generales de los contratos, por lo que debe concurrir siempre para su válida constitución el consentimiento de donante y donatario sobre la cosa y la causa del contrato, y que las verbales se perfeccionan mediante la entrega simultánea de la cosa donada".

(Omissis: *la sentencia alude a varios artículos del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, de los que resulta que para que las donaciones* inter vivos *estén sujetas a dicho impuesto han de constar escrituradas en documento público o privado.)*

"*Considerando: Que a fin de precisar los efectos jurídicos fiscales de la suscripción pública a favor de determinada persona, ha de reconocerse que cuando es ofrecida por quien no consta que sea futuro suscriptor y consentida por el beneficiario anticipadamente a la adhesión y entrega de cantidades por los verdaderos suscriptores, si bien tal consentimiento del beneficiario presenta los caracteres de una* aceptación previa *que no puede constituir por sí sólo donación, en todo caso por carecerse a la sazón del concurso de la voluntad de los suscriptores todavía inciertos,* cuando éstos se adhieren a la suscripción abierta en dichas condiciones, mediante entrega simultánea de sus aportaciones individuales, queda perfecto el contrato verbal de donación por cada suscriptor, *conforme al segundo párrafo del art. 632 del Código civil, pues por la entrega simultánea, verdadera tradición, ingresan las cantidades aportadas en el patrimonio del donatario,* actualizándose con tal hecho aquella aceptación previa y ratificándose en la forma más real e indiscutible; *que es lo que ha ocurrido en el caso de autos, al ser donantes los que, mermando en su cuantía su patrimonio, aportaron cantidades a las cuentas corrientes abiertas en los Bancos y demás Cajas a nombre del homenaje al Marqués de Estella, y donatario éste, que es quien incrementa su patrimonio con aquéllas y adquiere el dominio y libre disposición de lo donado, pues no puede admitirse que sean los titulares de las Cajas y de los Bancos, simples recaudadores, quienes adquieren, ni tampoco los componentes de la Junta o Comisión Nacional, ni su Comisión Ejecutiva, ya que entonces tendrían unos y otros la libre disposición de lo recibido como donatarios, ni cabe suponer que los suscriptores que donaron lo hiciesen* sub modo, *porque cualquiera que sea la significación modal, bien de mera carga* — onus —, *bien de destino, no autoriza la sucesión en el sujeto pasivo de una misma donación por ser incompatible con el carácter de adquisición de dominio que se produce por la donación, como se dice anteriormente; y como quiera que el propio acuerdo recurrido reconoce, y ello es exacto, que de la entrega material consentida por parte de los suscriptores donantes, por lo demás anónimos o por lo menos indeterminados, no existe constancia escrita acreditada, queda totalmente al margen de expresión documental su consentimiento, entrando, por ende, en juego el contenido del citado art. 632 del Código civil, en cuanto por la entrega simultánea de la cosa donada es verbal y perfecta la donación discutida.*

Considerando: Que si por lo expuesto es forzoso estimar cons-

tituída la donación desde el instante de las aportaciones por los suscriptores, es claro que no pudo constituirse posteriormente mediante el documento de que es expresión el acta de 8 de febrero de 1930, anteriormente transcrita, pero es que además, lejos de ser el aludido documento expresión de una donación perfecta por la concurrencia en el mismo del consentimiento de donantes y donatario en los términos exigidos por el art. 44 del Reglamento del Impuesto según queda explicado en el razonamiento quinto, se limita a una constancia de dación de cuenta por parte de los componentes de la llamada Comisión Ejecutiva del homenaje, *con relación a la recaudación de las cantidades ingresadas y a su inversión, siendo muy de señalar que, según el núm. 3.º de dicho documento, las inversiones de todo lo recaudado las hizo la Comisión "en cumplimiento de lo dispuesto por el señor Marqués de Estella", quien más adelante del documento hace presente que "debe* continuar *alguna comisión más reducida que* se encargue *de recibir las cantidades pendientes de entrega", como así se aceptó, expresiones todas éstas que afirman la* función gestora de la Comisión *por encargo del donatario y, desde luego, alejan el supuesto de actuar* como mandatarios de los suscriptores donantes, *máxime si para realizar actos de riguroso dominio, como el de donar, no valen presunciones, sino que es indispensable el mandato expreso, cual exige el art. 1.713 del Código civil, improbado en autos; y todavía se hace más patente la función gestora de la Comisión ante el hecho de que era el propio Marqués de Estella quien disponía de lo ingresado en las cuentas corrientes mediante cheques librados por su orden antes de la aludida dación de cuentas y lo corroboran sus manifestaciones al decir: "con el sobrante de las cantidades a que* vengo dando *aplicación benéfica, cultural y social... fines unos,* realizados", *con lo que se evidencia que era dicho señor quien tenía en acto y no en potencia ni en expectativa la libre disposición de lo ingresado y por tanto no podía tenerla la Comisión por sí ni como mandatario de los suscriptores; sin que la manifestación de dar al documento "los efectos de la más solemne carta de pago" tenga más trascendencia que la de una expresión solutoria concretamente referida a la gestión a que el documento responde, porque de ningún modo podría aludirse eficazmente a las aportaciones de los suscriptores donantes no presentes ni representados, según va dicho; por todo lo que es obligado concluir que al no constar en el acta de 8 de febrero de 1930 ni expresa ni tácitamente el consentimiento de los donantes, en todo caso anónimos o por lo menos indeterminados, no hay términos*

hábiles para estimar que sea expresión documental de un contrato de donación, por lo que ha de afirmarse, en definitiva, que ni el documento por sí está sujeto al impuesto, ni la donación contractual, al margen del documento, es gravable por estar exenta, como verbal, a tenor del núm. 5.º del art. 3.º de la ley de 28 de febrero de 1925 y 5.º, art. 6.º del Reglamento de 26 de marzo del mismo año.

Considerando: Que en virtud de todo lo razonado, debe revocarse el acuerdo recurrido y declarar que las cantidades entregadas al Marqués de Estella recaudadas por suscripción nacional en su homenaje, a que estos autos se refieren, no están sujetas a tributación por Impuesto de Derecho reales, anulándose las liquidaciones practicadas, con devolución de lo ingresado por tal concepto a los recurrentes."

Nota y cuestionario. — *La cuestión planteada en este caso se refería estrictamente al aspecto fiscal. Pero la sentencia es muy interesante porque en ella se aborda un tema — el de la donación mediante suscripción pública — al que nuestra doctrina ha prestado poca o ninguna atención y sobre el que también son infrecuentes las aportaciones de la jurisprudencia.*

La sentencia da por supuesto que la naturaleza jurídica de la suscripción pública es la de la donación (en este caso concreto, dada la personalidad política del beneficiario y dada la cualidad de los servicios que se trataba de premiar, cabía pensar, como advierte la misma sentencia, en un acto de Derecho público que cayera bajo la órbita de la potestad gubernativa; pero en otros supuestos — suscripciones para una finalidad benéfica, para ofrecer un homenaje a una personalidad artística o científica, etc. — quedaría totalmente excluído el matiz de Derecho público y servirían los mismos argumentos desarrollados en esta sentencia).

Pero ya se advierte que sería imposible aplicar sin más a la suscripción las reglas que el Código civil establece para las donaciones. Por de pronto, parece que en esta materia ha de entenderse ligeramente modificada la doctrina relativa a la aceptación. Para ello hay que partir del supuesto — implícitamente establecido en esta sentencia — de que la suscripción no representa una donación única *sino que se descompone en* tantas donaciones cuantas sean las aportaciones individuales de los suscriptores. *Resulta lógico, por lo tanto, que se tenga que modificar en estos casos el concepto de la aceptación, porque sería absurdo exigir que el donatario (beneficiario de la suscripción) hubiera de aceptar expresa y separadamente cada una de las aportaciones de los suscriptores. De ahí que en la sentencia se aluda a un consentimiento anticipado (del beneficiario) a la adhesión y entrega de cantidades por*

parte de los suscriptores, consentimiento que presenta los caracteres de una aceptación previa.

Dicha aceptación previa se actualiza y ratifica cuando cada uno de los suscriptores entrega su aportación, con lo que queda perfeccionado el contrato verbal de donación, conforme al párrafo segundo del artículo 632 del C. c.

Queda sin explicar — porque no interesaba en este caso concreto — si podría también acudirse a este mecanismo de la "aceptación previa" para explicar el modo de perfeccionarse las donaciones de los suscriptores cuando éstos no las lleven a cabo mediante entrega manual de una cantidad, sino asumiendo la obligación de entregarla. Para esta promesa de donación o, mejor dicho, para esta donación obligatoria, parece que, en principio, habría de exigirse la forma prevista en el mismo párrafo segundo del art. 632: documento escrito y constancia también por escrito de la aceptación. Dada esta exigencia de aceptación por escrito, no parece que pudiera bastar en tales casos aquella "aceptación previa" del beneficiario de la sucripción.

El punto es interesante, porque en estas suscripciones públicas es frecuente que algunos de los suscriptores no aporten inmediatamente la cantidad suscrita; muchas veces se publican las listas de los suscriptores haciendo constar separadamente las cantidades entregadas y las cantidades prometidas. ¿Cabría estimar que la publicación de estas listas, con la indicación de los nombres de los suscriptores que han prometido *entregar cantidades que también se indican, pueda servir como cumplimiento del requisito de aceptación por escrito?*

Uno de los aspectos más interesantes de la suscripción pública parece ser la intervención de una tercera persona — el organizador, generalmente una Comisión — que actúa como intermediario entre los suscriptores (donantes) y el beneficiario (donatario), intervención de la que surgen relaciones jurídicas en dos direcciones, es decir, entre el suscriptor y el organizador y entre éste y el beneficiario (v. sobre esta cuestión la nota al caso Bailly cr. Ciudad de Nancy, especialmente los argumentos de Claro en apartado A). En la sentencia que comentamos no se alude a aquellas primeras relaciones, pero parece indudable que existirían y que los suscriptores hubieran podido dirigirse contra los organizadores para exigir que hicieran llegar las cantidades entregadas a manos del destinatario, o para que se diera a aquellas cantidades el destino previsto. Se alude, en cambio, a las relaciones entre el beneficiario y los organizadores de la suscripción, relaciones que en este caso concreto ofrecían un matiz especial por la circunstancia de haberse previsto que el beneficiario podría disponer de las cantidades ingresadas en las distintas cuentas bancarias que se abrieron, como efectivamente hizo, al disponer mediante cheques de algunas cantidades que destinó a fines benéficos, culturales, etc., según expresamente se hacía constar en el documento de 8-2-1930. Y, al aludir a esas relaciones, la sentencia insiste en la función gestora *de la comisión, aunque en este*

punto no queda bien precisado si se trataba de una gestión de negocios o de un mandato, pues también se dice que tal gestión se llevaba a cabo "por encargo del donatario".

En el caso concreto que dió lugar a esta sentencia, no planteaba problemas esta última cuestión, pues a lo que se dirige la argumentación de la sentencia es a demostrar que el documento de 8-2-1930 no formalizaba una donación de la cantidad expresada en él, sino que representaba una simple constancia de dación de cuenta por parte de los componentes de la comisión. Es decir, lo que se trataba de demostrar era que los miembros de dicha comisión no actuaban como mandatarios de los suscriptores donantes.

Pero si así ocurría en este caso, no ocurre lo mismo en otras suscripciones en las que no se prevé la posibilidad de que el beneficiario pueda disponer de las cantidades suscritas antes del cierre de la suscripción o de la rendición definitiva de cuentas por parte de la comisión organizadora. En tales casos, ¿cómo se explicarán las distintas relaciones nacidas de la suscripción? La relación entre suscriptores y organizadores no ofrece problema, pues aquéllos siempre tendrán acción para exigir que éstos den a las cantidades entregadas el destino previsto. Pero ¿cómo se explicará la relación entre organizadores y beneficiarios? ¿Se tratará de un mandato o de una gestión de negocios?

Si se entiende que se trata de una gestión de negocios cabe preguntar quién será el dominus negotii. *¿Lo serán los suscriptores o el beneficiario?*

Si, por el contrario, se estima que se trata de un mandato, puede surgir la misma cuestión. ¿Quién será el mandante? Podría pensarse que, al entregar sus aportaciones, cada uno de los suscriptores confería tácitamente un mandato a los organizadores, pues éstos asumirían el encargo de dar a aquellas cantidades el destino previsto en la suscripción. Pero, por otra parte, cuando estas suscripciones tienen por objeto ofrecer un homenaje a personas vivas no suelen hacerse sin antes obtener el consentimiento del beneficiario; y siendo así, cabe preguntarse si esta conformidad o aquiescencia del beneficiario de la suscripción puede ser considerada como encargo conferido al organizador, encargo que constituiría a éste en mandatario y al beneficiario en mandante. Todavía puede darse un paso más, para considerar al organizador como mandatario de los suscriptores y del beneficiario a un mismo tiempo, pues no cabe duda de que unos y otro tienen interés en la suscripción y se benefician, de distinta manera, de la actuación del organizador, ya que los mismos suscriptores conciben su aportación como participación en una operación compleja que sólo puede llevarse a cabo con la intervención del organizador.

Todos estos problemas pueden complicarse en muchos casos en los que la dificultad comienza en la determinación del beneficiario. Ejemplos: se organiza una suscripción para honrar la memoria de una personalidad científica, artística, etc., ya fallecida; las cantidades que se

recauden habrán de destinarse a premios para estudiantes o para artistas que realicen trabajos u obras de determinadas características. O bien, se quiere honrar la memoria de esa persona fallecida erigiéndole un monumento. ¿Quién es entonces el beneficiario? Indudablemente no lo son en el primer caso las personas a quienes, en definitiva, vayan a parar aquellas cantidades en concepto de premios, becas, etc., ni en el segundo la ciudad que resulte embellecida por aquel monumento. Basta situarse en la intención de los suscriptores donantes para comprender que no les mueve el ánimo de liberalidad hacia quienes hayan de recibir los premios ni hacia la ciudad en la que haya de erigirse el monumento, sino que su liberalidad sólo se mueve por el deseo de contribuir a aquel homenaje.

En tales casos, parece que sólo habría lugar a relaciones jurídicas entre los suscriptores y los organizadores, pudiendo aquéllos exigir de éstos que se diera a las cantidades el destino previsto, que se rindieran cuentas de su actuación y de las inversiones realizadas, etc.

Todavía pueden surgir otros problemas, que en el caso resuelto por la sentencia de 1.º de febrero de 1956 no se plantearon, pero que pueden plantearse en otras suscripciones. ¿Quién será el titular de las cuentas bancarias abiertas para recibir las aportaciones de los suscriptores? Problema que puede presentarse en conexión con el de la personalidad jurídica de la comisión organizadora.

Teniendo en cuenta que la aportación del suscriptor se configura como donación, ¿será revocable por superveniencia o supervivencia de hijos, conforme al art. 644 del Código civil? ¿Quedará sometida a reducción si es inoficiosa? Cuestiones que, en la práctica, rara vez surgirán, por el carácter generalmente módico de las aportaciones, pero que tampoco han de descartarse absolutamente, pues cabe pensar en una aportación cuantiosa que el mismo suscriptor pretendiera después revocar o que sus herederos forzosos trataran de reducir.

En la sentencia que resolvió el caso Bailly se afirmaba que la suscripción pública no está sometida a las formalidades establecidas en el artículo 931 del C. c. francés para las donaciones. La sentencia de 1.º de febrero de 1956 parece, en cambio, inspirada en el criterio contrario, ya que aplica el art. 632 de nuestro C. c. a la suscripción, para declarar que, en este caso, como donación verbal, quedaba perfeccionada por la entrega de cada una de las aportaciones de los suscriptores. Si en lugar de tratarse de entregas manuales — y, por lo tanto, de donaciones verbales — se hubiera tratado de promesas de entregar tales cantidades, y si se hubiera planteado la cuestión relativa a la forma (cuestión que no se planteaba en este caso) parece indudable que también se exigiría la forma establecida en el art. 632, con las dificultades ya apuntadas en orden al requisito de aceptación por escrito.

En la sentencia que comentamos se rechaza también expresamente la tesis de la donación sub modo o cum onere *(sobre esto, v. los argumentos de Claro en la nota al caso Bailly). En efecto, el beneficiario*

no tenía que soportar ninguna carga, y la única carga u obligación que existiría (organizar la suscripción, etc.) incumbiría no al beneficiario sino al organizador, quien no obtendría ningún beneficio pecuniario. (Por lo que se refiere a las opiniones de Claro, en la nota citada, téngase en cuenta que este autor niega que se trate de donation avec charges *porque, a su juicio, no hay donación; mientras que el Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, niega que se trate de donación* sub modo *por entender que es una donación pura y simple).*

CAPÍTULO III

LA PROMESA Y LA ENAJENACIÓN HECHAS POR UNA «CAUSA PRAETERITA» (OBLIGACIÓN NATURAL, SERVICIOS PRESTADOS, etc.)

(Vol. I, § 11)

SECCIÓN I

Jurisprudencia italiana

BIANCIOTTO cr. PIGNATELLI

App. Torino, 21 febrero 1879. — *Giur. Tor.*, 1879, 195.
(Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"Considerando que, por instrumento de 7 de diciembre de 1843, Giovanni Bianciotto cedía y renunciaba la propiedad de créditos por valor de 2.565 liras en favor de la prole masculina y... en su defecto de la femenina de sus sobrinos Domenico Bianciotto y Giuseppina Cartabello, y en favor de estos últimos el usufructo.

Que en el mismo instrumento, Giovanni Bianciotto declaró que hacía dicha renuncia para dar una prueba de su afecto a sus mencionados sobrinos y a la prole de éstos y para cumplir la promesa de renunciar a dichos créditos que les había hecho con ocasión de su matrimonio.

Que en el mismo documento Giuseppina Cartabello, con el consentimiento de su marido, garantizó la propiedad de las 2.565 liras en favor de sus hijos mediante inscripción hipotecaria sobre la casa y terreno que en dicho instrumento se designaban.

Considerando que por instrumento posterior, de fecha 7 de septiembre de 1844, Giuseppina Cartabello vendió a su tío Giovanni Bianciotto la casa y terreno antes indicados por la cantidad de 3.920 liras, para cuyo pago hizo especiales delegaciones, entre ellas la de 2.565 liras en favor de su prole, de conformidad con el instrumento de 7 de diciembre de 1843.

Giovanni Bianciotto falleció bajo testamento otorgado el 25 de septiembre de 1850, en el que legaba la casa y terreno adquiridos a Carlo Bianciotto, único hijo de sus repetidos sobrinos, con lo que las cargas que gravaban los inmuebles legados corrían a cargo del legatario.

Considerando que de las premisas sentadas se deduce la solución de las cuestiones que constituyen el objeto de la actual contienda, porque la expresa declaración hecha por Giovanni Bianciotto en el primero de los citados instrumentos no deja lugar a duda sobre el hecho de que con la renuncia a los créditos quiso cumplir una obligación natural, que había contraído verbalmente con ocasión del matrimonio de su sobrino Domenico Bianciotto con Giuseppina Cartabello prometiendo renunciar en favor de ellos y de su prole a dichos créditos.

No hubo, pues, una verdadera donación para cuya validez se requirieran las solemnidades exigidas por la ley a la sazón vigente, sino el cumplimiento de una obligación que no necesitaba de ninguna homologación, máxime teniendo en cuenta la causa que determinó aquella obligación y la ocasión en que fué contraída.

Considerando que los términos literales en que se hizo la disposición testamentaria referente al mencionado legado, revelan que el testador quiso subordinar el legado a la condición de los gravámenes y cargas que pesaban sobre la casa y terrenos legados, y como quiera que sobre éstos se había inscrito una hipoteca en garantía de las repetidas 2.565 liras, que constituían una carga real unida al fundo, por lo tanto, al no poder ser aceptado el legado por Carlo Bianciotto sin cumplir las condiciones en que había sido hecho, se convirtió necesariamente en deudor y acreedor de aquellas cantidades y en vano sería que reclamara ahora el pago frente a la heredera de Giovanni Bianciotto" *(omissis)*.

Se confirma la sentencia del Tribunal de Pinerolo, de 5 de mayo de 1875.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 11, especialmente apartado *d* y nota 26.

No está claro cuál era la tesis del actor Carlo Bianciotto, hijo del matrimonio Bianciotto-Cartabello y legatario de Giovanni Bianciotto. Al parecer sería la siguiente: el documento de 7 de diciembre de 1843 contenía una donación nula por defecto de forma (la homologación exigida por las normas vigentes en aquella época); por lo tanto, era nula la inscripción hipotecaria y Carlo Bianciotto podía pretender de la heredera

de Giovanni Bianciotto (la demandada Pignatelli) el pago de las 2.565 liras como parte del precio de la venta a que se refería la delegación de pago concertada en el documento otorgado el 7 de septiembre de 1844. En todo caso, cualquiera que fuese la tesis de Carlo Bianciotto, lo que interesa es la razón por la que el Tribunal de Torino estimó que no se trataba de una donación sometida al correspondiente requisito de forma.

Esta razón parece ser doble:

a) la obligación natural derivada de una promesa verbal (¿promesa de donación?);

b) la causa u ocasión que determinó aquella promesa de Giovanni Bianciotto, es decir, el matrimonio de su sobrino con Giuseppina Cartabello.

Para la crítica de estas dos tesis según el Derecho italiano, v. vol. I, § 11 *d*, notas 25 y sigts.

CUESTIONARIO:

1) ¿Qué valor pueden tener, en relación con dicha obligación natural y para reforzarla, el hecho de que la promesa verbal se hiciera con ocasión de un matrimonio y la confianza que tal promesa habría despertado en los futuros esposos? V. vol. I, § 11 *d* (necesidad de apreciar la obligación natural y su concreta eficacia según las circunstancias de cada caso).

2) ¿Qué valor puede tener un principio análogo, *mutatis mutandis* al de la *reliance* del *common law*? V. vol. I, 27, notas 4 y sigts. y la nota introductiva a la sección III del cap. II. ¿Podría incluirse el caso Bianciotto entre los casos considerados en dicha nota introductiva? Véanse también los casos Arrigoni y Cattaneo.

3) ¿Cómo se resolvería este caso en el Derecho francés? V. vol. I, § 11 y los casos franceses recogidos en la sección II de este mismo capítulo.

4) ¿Y en el *common law*? V. vol. I, § 28 *a*; § 30; § 27 *a*, y el caso Berry Ruspoli cr. Berry Chigi.

Esposos CACCIA cr. CACCIA NICCOLINI

App. Brescia, 3 septiembre 1878. — *Mon. Trib.* 1878, 1.080. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

El 13 de mayo de 1871 Margherita Caccia, actora e hija de los apelantes, los esposos Caccia, contrajo matrimonio con Baldassare Niccolini. Parece que este matrimonio no fué del agrado del padre de la esposa.

Con anterioridad a su promesa de matrimonio a Margherita Caccia, Niccolini había preguntado a los padres de ésta qué renta

pensaban asignar a su hija. Según el resultado de las pruebas, se le respondió que asignarían a la hija una renta igual a la asignada a otra hija ya casada, concretamente, 200 liras anuales el padre y 100 liras anuales la madre.

El 12 de mayo de 1871, la víspera del casamiento, un amigo de la familia preparó una escritura privada en la que el padre prometía la cantidad de 4.000 liras en concepto de dote y la madre la cantidad de 2.000 liras (cantidades correspondientes a la mencionada renta anual capitalizada al 5 por 100).

Estas cantidades debían ser entregadas después de la muerte de los padres, quienes, entre tanto, se obligaban a pagar los intereses a razón del 5 por 100.

Según una fórmula de juramento y otras pruebas orales aportadas por la actora Margherita Caccia, el texto de la escritura habría sido extendido con la adhesión de ambos padres. Y en aquella ocasión la madre había dicho a la hija, en ausencia del padre, que "entre padres e hija no había necesidad de documento público ni de ninguna escritura, bastando con la palabra, con el fin también de evitar gastos de timbres, derechos y registro".

La escritura fué firmada por la madre, por la hija y por dos testigos, pero no por el padre.

Este no se dejó ver el día de la boda (13 de mayo de 1871), ni firmó nunca aquel documento.

No obstante, la madre trató de tranquilizar a su hija y pagando por ella y por el padre le entregó 150 liras como primera cuota semestral.

En una carta de 5 de junio de 1871 el padre escribió a su hija: "Te remito la adjunta nota de los efectos del equipo nupcial que se te han entregado, para que la firmes junto con tu marido y me la devuelvas después, reservándome la facultad de hacer una copia de ella y de unirla a la declaración sobre la renta que se te concedió y que se te había de pagar cada semestre a partir del día del casamiento; te advierto que he creído conveniente que dicha nota se extendiera en papel timbrado, de acuerdo con la ley".

Después, el padre no quiso nunca firmar la escritura privada antes mencionada.

Ni el padre ni la madre pagaron la renta en los dos años sucesivos; alegando la madre que ella se había obligado a condición de que también el padre firmara aquel documento y que las 150 liras que había entregado a su hija eran a título de "donativo".

De ahí el pleito.

El Tribunal de Brescia motivó en la forma siguiente:

"La escritura varias veces mencionada debería contener precisamente un contrato matrimonial, ya que regularía las relaciones económicas entre los futuros cónyuges Margherita Caccia y Baldassare Niccolini, pudiendo contar éstos con las 6.000 liras prometidas por los padres de la esposa para sostener las cargas del matrimonio y, entre tanto, con los correspondientes intereses. No cabe duda de que tal era la voluntad de Niccolini, desde el momento en que envió al ingeniero Chizzoni para asegurarse, antes de concertar el matrimonio con Margherita Caccia, de cuál sería la renta que los padres de ésta le darían; y que también en el curso del pleito anterior se lamentó de haberse visto burlado al no recibir aquella renta, con la que contaba para hacer frente a las necesidades de la sociedad conyugal. Teniendo en cuenta esto, es evidente que la falta de intervención de Baldassare Niccolini en la convención de 12 de mayo de 1871 la habría hecho ineficaz. Pero aun cuando hubiera intervenido en ella, aquel escrito, lo mismo que todo acuerdo anterior o posterior dirigido a la constitución de la dote de Margherita Caccia, no podría producir ningún efecto jurídico frente a la disposición taxativa del art. 1.382 C. c. El documento público ante notario, otorgado antes del matrimonio, se exige *ad substantiam;* y no puede admitirse ningún equivalente. Sea que Margherita Caccia y sus padres creyeran que se podía hacer la constitución de dote que pretendían sin la intervención del futuro esposo, sea que éste no interviniera por haber surgido una discordia, o sea a causa del carácter privado del documento, la escritura otorgada el 12 de mayo de 1871, lo mismo que cualquier promesa que se hubiera hecho de palabra o por carta, es inválida.

Considerando que, aun cuando se quisiera prescindir de las consideraciones hasta aquí desarrolladas... y plantear la cuestión en el terreno de una asignación de renta que los padres quisieran hacer a su hija Margherita independientemente de toda aceptación por parte de Baldassare Niccolini y, por tanto, de una verdadera constitución de dote, se tropezaría con el obstáculo insuperable del art. 1.056. En efecto, puesto que según el art. 147 del C. c. los hijos no tienen acción contra el padre y la madre para obligarles a que les asignen una renta por causa de matrimonio o por cualquier otro título, la asignación de la renta de las 6.000 liras sería un acto de liberalidad espontánea (es decir, *nullo jure cogente*) y, por tanto, una donación de las comprendidas en el art. 1.050, viciada de nulidad radical por no haber sido hecha en documento público."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 11, especialmente *d.*

La sentencia no alude expresamente a la cuestión relativa a la obligación natural de hacer una asignación por causa de matrimonio, como causa suficiente de una promesa hecha sin las formas de la donación.

Cuestionario:

1) Dada la concreta confianza que los futuros esposos depositaron en la promesa y dada la conducta de los padres en relación con esta confianza, ¿qué piensa el lector acerca de la posibilidad o la conveniencia de aplicar en este caso un principio análogo, *mutatis mutandis,* al de la *reliance* del *common law*? V. cuestión 2.ª al caso Bianciotto y los casos citados en ella.

¿Tendrían, en todo caso, los esposos algún remedio frente a la injusticia?

2) ¿De dónde surgiría el obstáculo? ¿Del requisito formal exigido para la donación o del exigido para el contrato de matrimonio?

3) ¿Existía un *bargain,* según los principios del *common law?* Ver también los casos Berry Ruspoli cr. Berry Chigi y De Cicco v. Schweizer.

4) Confróntese este caso con los casos Bianciotto, Pierfelici, Nicolini, Arrigoni, relativos a problemas iguales o parecidos.

Magnani cr. Presti

Cass. Roma, 6 noviembre 1879. — *Foro it.,* 1880, I, 198. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

Luigi Magnani había mantenido relaciones amorosas con Maria Presti; él o sus herederos habían prometido mediante escritura privada 15.000 liras, en la forma que resulta de la sentencia, para socorrer e indemnizar a la mujer, que había quedado encinta.

Los herederos de Magnani alegaron que se trataba de una donación nula por defecto de forma.

Sobre este punto la sentencia motiva en la forma siguiente:

(Omissis.) "*Sobre el tercer motivo.* — Considerando que sin necesidad de detenerse en todas las afirmaciones de la sentencia recurrida, entre ellas la de que cuando por una causa de liberalidad se procede a celebrar un contrato en forma onerosa, éste vale según el título y la forma adoptadas, no se sabe por qué acto de cumplimiento o de pretendida novación; para combatir, o mejor para eliminar los argumentos invocados en este motivo basta tener presente lo que el Tribunal afirmó en cuanto a los hechos, o sea, que el mutuo se concertó íntegramente con la madre (Maria Presti), con el fin de proveer a sus propias necesidades y a las de

su hijo con la cantidad de 15.000 liras; como también que la causa de esta aparente estipulación, resuelta, según reconocen ambas partes, en una simple promesa o dicho con más propiedad en un "*pactum constitutae pecuniae*", debía encontrarse en el deber natural que incumbía a los Magnani de socorrer e indemnizar a la mujer que había quedado encinta por obra de su causante, Luigi Magnani.

De donde resulta que queda completamente fuera de lugar todo lo que se ha dicho en orden a la incapacidad de un concebido y no nacido que no haya sido representado en forma legal para aceptar una estipulación; porque en este caso nada se había prometido directamente a la persona del hijo. Y carece igualmente de fundamento la objeción basada en la necesidad del documento público para hacer eficaz una donación; ya que la preexistencia de una obligación, aunque sea natural, destruye y paraliza el concepto de acto de liberalidad y hace que cuando a dicha obligación se agregue el hecho de una promesa, como ha ocurrido en este caso, se dé vida con ello a una obligación civilmente válida, o sea, como se apuntaba antes, a un pacto *constitutae pecuniae,* que no tiene nada en común con la donación; según se desprende del Tít. de las Pandectas *de pecunia constituta;*

Por estos motivos, se rechaza, etc."

NOTA. — V. vol. I, § 11 *b, d.*

La sentencia, con un argumento que veremos utilizado también en otros casos (v. por ej. el caso Pierfelici), para justificar la validez de una promesa no formal de cumplir una obligación natural recurre a la figura romana del *constitutum debiti* que, al parecer, se admite en los textos justinianeos incluso para las obligaciones naturales.

Tal expediente parece infundado. En efecto, el problema *completamente moderno* de que trata la sentencia es el de determinar si la obligación natural (en el sentido actual, que no corresponde a la obligación natural del Derecho romano) es una causa *suficiente* para excluir el esquema causal-formal de la donación. Nada tiene que ver con este problema de la donación la *ratio legis* que dió lugar a que se reconociera en el sistema de pactos del Derecho romano el *constitutum debiti,* aunque en los textos justinianeos se extendiera esta figura a la promesa de cumplir una obligación natural. Sobre este punto ver vol. I, § 2, nota 9 y las citas que allí se incluyen; v. el mismo § 2 *d*; así como los casos Cantelli cr. Cantelli y Baratta Prada cr. Faccioli.

Sin embargo, la doctrina de nuestros autores del Derecho común e incluso la jurisprudencia actual recurren frecuentemente a la figura del *constitutum debiti* del Derecho romano (v. los casos Pierfelici, Cantelli, Baratta Prada, Ricciardelli y Guagliardo) cuando se quiere resolver una

duda sobre la validez de una promesa que tiene como "causa" una obligación anterior, civil (ajena) o natural. Pero sobre todo, algunos doctores del Derecho común acuden a esa figura para llegar a sancionar el pacto nudo con el expediente del *pactum geminatum* (v. vol. I, § 4, nota 14 y § 11, nota 25).

Pierfelici cr. Pierfelici

App. Roma, 20 julio 1884 (en trámite de reenvío). *Foro italiano,* 1884, I, 1.122. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"*(Omissis)*. — Se observa que la contienda sobre la eficacia jurídica del documento privado otorgado el 27 de diciembre de 1871, por el que Paolo Pierfelici asignó a su hija Maria Filomena, casada con Carlo Valenzano, la cantidad de 6.000 liras y sus intereses al 6 por 100 anual, obligando solidariamente a su respectivo hijo y hermano Filippo, se relaciona con la cuestión acerca de si tal documento contiene los elementos de una verdadera y propia liberalidad o revela más bien los caracteres del *constitutum* hecho como reconocimiento de una obligación natural, del que deriva la *actio pecuniae constitutae*.

El Tribunal de instancia negó toda eficacia jurídica a la referida escritura por carecer de los elementos esenciales del acto de donación, del que apreció todos los caracteres basándose en el artículo 147 del C. c. que no concede acción a los hijos contra el padre o la madre para obligarles a que les concedan una asignación por causa de matrimonio o por cualquier otro título.

Al juzgar así, dicho Tribunal no ha tenido en cuenta que las obligaciones naturales sirven de causa legítima a las obligaciones civiles, ha confundido los deberes morales o de conciencia con las obligaciones naturales y ha extendido el concepto legal de la donación fuera de sus límites jurídicos.

Hay que recordar, por tanto, que aunque el legislador ha negado eficacia a las obligaciones naturales, reconoce indirectamente su existencia y determina sus efectos, prohibiendo la repetición de lo que se haya pagado espontáneamente en cumplimiento de las mismas. De ahí que el art. 1.237 del C. c. establezca que no se admite la repetición de lo indebido cuando se trata de obligaciones naturales voluntariamente cumplidas.

Así pues, hay que averiguar en qué forma se concretan estas obligaciones y cuál es su caracter distintivo, para poder estatuir si Paolo Pierfelici, al hacer aquella asignación en favor de su

mencionada hija, cumplió una obligación de esta naturaleza o un simple deber moral.

Entre los doctos, el ilustre Zacchariae enseña que las obligaciones naturales son deberes que el Derecho filosófico considera como productores de un vínculo jurídico pero que quedan en el terreno de los puros deberes naturales cuando no han sido sancionadas por el Derecho positivo.

De ahí la doctrina del mismo autorizado escritor según la cual las obligaciones naturales se distinguen de los deberes de pura moral en que la razón permitiría que para exigir el cumplimiento de las primeras se utilizara una coacción exterior, lo que no se podría consentir para la ejecución de los segundos; de donde se deduce que las obligaciones naturales son aquellas que la legislación positiva hubiera podido sancionar sin atravesar las fronteras del Derecho e invadir el terreno de la moral.

Ahora bien, con este principio directivo, es fácil definir la naturaleza del deber que Pierfelici padre cumplió, al otorgar la escritura privada de fecha 29 de diciembre de 1871, con su hija Maria Filomena que pocos días antes había legitimado ante la autoridad civil el matrimonio que tiempo atrás había contraído por la Iglesia con Carlo Valenzano, oficial del ejército.

Ciertamente, el Código civil no impone a los padres la obligación de hacer asignaciones en favor de sus hijos con ocasión de su matrimonio o en otra contingencia; pero las discusiones que precedieron a su publicación, las disposiciones de algunos de los códigos derogados que concedían acción a las hijas frente a sus padres para obtener dote, y la obligación de los padres de alimentar a su propia prole, reconocida tanto en las modernas como en las antiguas legislaciones, demuestran hasta la evidencia que, al conceder una asignación a su hija, Pierfelici cumplió una obligación que la ley positiva hubiera podido sancionar sin salir del terreno del Derecho y entrar en el de la moral.

Es cierto que, con mucha frecuencia, los escritores y especialmente los franceses han confundido las obligaciones naturales con los deberes de conciencia.

Pero si se advierte que de la razón natural nacen deberes distintos de los que nacen de la razón moral, resulta clarísimo que no cabe confundir unos y otros; porque el reconocimiento, la caridad, la beneficencia, que derivan de puros deberes de conciencia, son cosa completamente distinta de las obligaciones naturales, que el Derecho positivo reconoce como substrato que puede servir de causa lícita a una convención (arts. 1.104 y 1.119 C. c.).

Así pues, cuando el padre considera justo asignar una cantidad a sus hijos, como hizo Pierfelici no sólo con Maria Filomena sino con todas sus hijas y también con su hijo Filippo, con el cual llegó a ser pródigo, no realiza un acto de simple liberalidad sino que cumple una obligación, como advierte Troplong, quien dice que, aunque esta obligación no pueda traducirse en una acción judicial, el honor, la delicadeza y la naturaleza le imprimen un vínculo tan preciso que no se puede dejar de reconocer en ella una causa legítima de obligarse.

En tales asignaciones no se aprecian los caracteres de la liberalidad, pues la donación consiste en la prodigalidad que se realiza "*nullo jure cogente*", como se desprende de la ley 82 Dig. *de reg. iur.*: "*donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur*"; y más claramente de la glosa a esta ley: "*Penitus scilicet nullo, id est, neque extraordinario, neque civili, neque ex contractu, neque ex testamento; adde si tamen obligati naturaliter quid dederimus, proprie non erit donatio*"; lo que se reitera en la ley 1 Dig. "*de donat.*", según la cual es donación lo que se da únicamente con fin de liberalidad o munificencia y no por otra causa: "*propter nullam aliam causam facit, quam liberalitatem et munificentiam exerceat*".

Por lo cual, la asignación en cuestión presenta los caracteres del *constitutum*, asistido de la acción "*pecuniae constitutae*", y no los caracteres de una verdadera y propia donación. El fiador solidario, Filippo Pierfelici, en apoyo de la sentencia apelada observa:

1) Que en la legislación italiana no existen obligaciones naturales en el sentido del Derecho romano.

2) Que según el vigente Código, hay donación aunque se quiera realizar un acto en cumplimiento de una obligación natural.

3) Que para el Derecho patrio la dote o cualquier otra asignación que haga el padre en favor de sus hijos reviste el carácter de una verdadera y propia donación.

4) Que los padres, al despojarse de alguna cosa en favor de sus hijos, obedecen a los impulsos de su corazón en lugar de satisfacer una obligación.

En relación con la primera objeción, no cabe poner en duda que el Código civil no concede autoridad a la obligación natural, a diferencia del Derecho romano que atribuía muchos efectos a esta clase de obligación, a pesar de estar desprovista de acción, pues como se sabe podía servir como causa de una obligación ordinaria (§ 1 *instit. de fidejus.*), impedía la repetición de lo que se hubiera pagado por error (L. 3 penúlt. ff. *de constituta pecunia*),

podía dar lugar a novación en una convención obligatoria (L. 1 ff. *de novat.*) y se utilizaba en otras muchas ocasiones, como resulta de numerosos textos.

Pero el que se niegue la acción para constreñir al cumplimiento de las obligaciones naturales no puede dar lugar a la consecuencia, que se quiere deducir, de que no tengan estos deberes la posibilidad de servir de causa a una obligación civil, frente a la disposición general del mencionado art. 1.104 y a la excepción establecida en el también citado art. 1.237 a la figura del pago de lo indebido, en virtud del reconocimiento de las obligaciones naturales.

En relación con la segunda objeción, hay que tener en cuenta lo que antes se ha dicho a propósito de que no está permitido transformar los deberes morales en obligaciones naturales y confundir las donaciones remuneratorias, que tienen su fundamento en sentimientos de honor o en obligaciones de conciencia, con el cumplimiento de un deber natural, que una vez reconocido lleva consigo la coacción exterior, o sea la acción judicial, como sucede en las deudas de juego, en las convenciones anuladas por causa de incapacidad pronunciada contra una persona que desde el punto de vista del Derecho filosófico sería capaz de obligarse, y en las obligaciones prescritas (arts. 1.802, 1.804, 1.899, 2.109 y 2.111 del C. c.), que, ciertamente, son obligaciones menos generalmente sentidas que aquellas a cuyo cumplimiento se ven arrastrados los padres por deberes que se aproximan mucho a los jurídicos.

En cuanto a la tercera objeción, carece de fundamento el doble argumento en que se apoya, a saber:

a) Que el art. 147 del C. c. niega a los hijos toda acción contra su padre o madre para exigirles una asignación con ocasión de su matrimonio o por otro título.

b) Que se ha negado a las hijas el derecho de recibir dote de sus padres.

Ante todo, conviene advertir que el hecho de que se sintiera la necesidad de introducir una expresa disposición legal sobre este punto revela claramente que se trataba de una obligación de tal manera grabada en la conciencia general que se temió que del silencio se pudiera deducir que el padre y la madre estaban civilmente obligados a hacer asignaciones a sus hijos.

En segundo lugar, si se niega dicha acción es por consideraciones de orden general que no pueden menoscabar el deber natural de los padres de proveer a las necesidades de su prole; y, por tanto, cuando los padres atienden a este deber cumplen una obligación que, por sus características, como antes se ha indicado,

hubiera podido elevarse a obligación civil; por lo que a tales asignaciones no les conviene el concepto de una verdadera y propia donación.

Y en cuanto a la dote... es sabido que se negó a las hijas el derecho a recibirla a fin de mantener un sistema de perfecta igualdad entre varones y hembras en las relaciones de familia y de sucesión.

Sin embargo, de las extensas discusiones que tuvieron lugar en el Parlamento antes de la publicación del vigente Código resulta que se quiso confiar en el amor y en el sentimiento moral del padre y de la madre, en la seguridad de que al separarse del seno familiar una hija no faltarían, mientras pudieran, al deber natural de proveerla de una adecuada dote.

Ahora bien, el cumplimiento de tal obligación, cuando los padres lo realicen espontáneamente, no se puede considerar como un acto de liberalidad, teniendo en cuenta la naturaleza del deber que lo origina; lo que queda confirmado por varias disposiciones del Código patrio, en el cual:

1) se exige el documento público ante notario sólo para los contratos de matrimonio, pero no para la dote cuando no se constituya en los capítulos matrimoniales por quien, no por pura liberalidad sino por obligación natural, quisiera dotar o aumentar la dote a una esposa;

2) se distingue en los artículos 1.001 y 1.007 entre la donación hecha al hijo o descendiente, la dote concedida a las descendientes y lo que el ascendiente gasta para la colocación de los descendientes.

Por último, en cuanto a la cuarta objeción, casi no es necesario advertir que el afecto de los padres hacia sus hijos puede ser y es casi siempre la razón del cumplimiento de la obligación natural de proveer al bienestar de la prole; pero la causa que determina la satisfacción de tal obligación no puede afectar a la índole del deber, convirtiéndolo de natural en moral.

Luego, si no puede calificarse como donación la asignación que Paolo Pierfelici hizo a su hija María Filomena, secundando los impulsos paternales de su corazón, la escritura de 29 de diciembre de 1871 fué válidamente otorgada en forma privada y, en consecuencia, no se le puede negar eficacia jurídica.

Por tales razones se revoca, etc..."

Esta sentencia fué dictada en trámite de reenvío ordenado por el Tribunal de Casación de Roma, de cuya sentencia de fecha

15 de noviembre de 1883 (*Foro it.*, 1884, I, 134) transcribimos la motivación, salvo los *omissis*.

"*(Omissis.)* — Tratándose, pues, de una obligación natural verdadera y propia, se repite en las fuentes de nuestro Derecho y en todos los libros de jurisprudencia que, excepto en lo que se refiere a la acción, dicha obligación produce todos los demás efectos propios de las obligaciones civiles, como son la novación, la prenda, el constituto y otros semejantes.

Y hablando precisamente del constituto, que es la forma que mejor conviene a este caso, sabemos que una simple obligación natural basta para dar vida al constituto y para hacerlo accionable, como un reconocimiento y una promesa de dar aquello a lo que se estaba naturalmente obligado.

Ahora bien, nadie se ha atrevido nunca a decir que en semejante hipótesis se tratara de una donación, por el especioso motivo de que se había prometido una cosa cuya prestación no podía ser exigida al promitente mediante una acción judicial.

Respecto al constituto, pacto introducido por el pretor como una excepción al *ius civile,* que normalmente no admitía en los pactos desprovistos de la estipulación solemne la posibilidad de producir acción, o sea el "*jus persequendi in judicio quod nobis debetur*", es fácil advertir que si en la legislación moderna, según la cual es accionable cualquier pacto en el que concurran los requisitos generales exigidos para la validez de las convenciones, perdió aquella figura su antiguo nombre, ha permanecido sin embargo en la sustancia, convirtiéndose de esta manera en una obligación civil que tiene todos los elementos necesarios referentes al consentimiento y a la causa.

Y, ciertamente, es una causa capaz de engendrar una obligación civil la que consiste en una obligación natural preexistente que nos mueve y nos determina a hacer la promesa de cumplirla; sin que nunca pueda aquí emplearse ni introducirse el concepto de la donación.

Pero, además de la tradición histórica del constituto, sirve para rechazar semejante idea el significado más claro y vulgar que generalmente se atribuye a la donación. La cual, tanto considerada en sí misma como en la intención de quien da, implica la munificencia y la liberalidad y no puede tener otros móviles más que éstos: L. 1, ff. "*de donat.*"; de ahí la bella sentencia de Modestino en la L. 18, ff. "*de adim. vel trans. leg.*", según la cual "*nemo in necessitatibus liberalis existit*".

Y la misma idea la repite Papiniano, con una fórmula más

científica, en la L. 29, ff. "*de donat.*", según la cual se debe apreciar la donación *in eo quod nullo jure cogente conceditur*. Por lo que la generalidad de los intérpretes, y entre ellos Cujacio, al explicar tal fórmula, que se repite también en la L. 82, ff. "*de div. reg. jur. ant.*", enseñan que si *vel pure naturali cogente quid concedatur, donatio non est* (edición de Prato, tomo 6, pág. 2.077).

Por último, apenas merece respuesta el argumento que se quería extraer del art. 1.237 del C. c. contra la aplicación de los principios que acabamos de desarrollar y con el fin de sostener que en dicho artículo se habían limitado los efectos de las obligaciones naturales al único de no admitirse la repetición de lo pagado, cuando hubieran sido voluntariamente cumplidas.

Porque si el Código civil, al hablar del pago, menciona un efecto de las obligaciones naturales, no excluye con ello otro efecto muy importante de dichas obligaciones que consiste precisamente en la posibilidad de apreciar en ellas la causa apta para dar vida, mediante una promesa de pago, a un verdadera obligación civil, cuyas reglas se encuentran implícitamente contenidas dentro del título 4.º del mismo Código, en donde se trata de las obligaciones y de los contratos en general.

Considerando que, acogido el primer motivo no hay lugar a discutir el otro, relativo al fiador, que queda absorbido por aquél.

Por estos motivos, se casa, se reenvía, etc."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 11, especialmente *c* y *d*.

Se puede estar de acuerdo con los argumentos históricos aducidos por el Tribunal de Apelación y recordados por la Casación para demostrar que existe en este caso una obligación natural. Pero de ello no se puede, sin más, deducir que toda obligación natural sea causa suficiente de la promesa de cumplirla que no revista las formas de la donación. Todavía menos puede aceptarse el argumento del Tribunal de Apelación (no aceptado, según parece, por el Tribunal de Casación), tomado de la irrepetibilidad del pago (v. también los casos Cattaneo cr. Milesi, Bosco contra Fogliatti y Danani cr. Gonzaga).

Ya hemos aludido a la falta de fundamento de las citas de Derecho romano (que también se hacen en estas dos sentencias) tanto por lo que se refiere al concepto de donación (v. vol I, § 2) como por lo que se refiere al *constitutum debiti* (v. nota al caso Magnani cr. Presti y los casos Cantelli y Baratta-Prada). Sobre este último punto, mientras la sentencia de la Casación afirma, por una parte, que la obligación natural es una *causa suficiente* de una promesa (suficiente para excluir la donación), sostiene, por otra, que esta causa es también la causa del *constitutum debiti* romano, que habría "permanecido en la sustancia ya que no en el nombre" en el Derecho moderno. Y en un pasaje verdaderamente intere-

sante el Tribunal de Casación invoca, a este propósito, el sistema moderno de los pactos (en cambio la sentencia de apelación invoca el artículo 1.104 C. c. de 1865). Con ello el Supremo Colegio viene a afirmar en sustancia el requisito de la *causa suficiente* en nuestro moderno sistema de pactos (V. vol. I, §§ 10, 11 y 13).

Pero, aparte de la permanencia del *constitutum debiti* romano, tampoco podemos estar de acuerdo, al menos por lo que se refiere al Derecho italiano, con la afirmación *genérica* de que toda obligación natural "una vez reconocida (hay que entender, reconocida mediante la promesa de cumplimiento o sea mediante el llamado "constituto") lleva consigo la coacción jurídica". Es necesario distinguir entre las diversas obligaciones naturales; por no haber hecho esta distinción el Tribunal de Casación ha llegado a afirmar que tal principio vale también para la deuda de juego (v. vol. I, § 11 *d*).

En cuanto a la fianza, prestada en este caso por el hermano de la esposa, solamente será válida si es válida la promesa de cumplimiento de la obligación natural, y no sobre la base de esta última por sí misma.

CUESTIONARIO:

1) ¿Qué piensa el lector del argumento contenido en la sentencia del Tribunal de Apelación según el cual "el documento notarial se exige para los contratos de matrimonio pero no para la dote cuando no se constituya en los capítulos matrimoniales, etc."? V. vol. I, § 11, nota 24.

2) ¿Y de los argumentos que dicha sentencia deduce de los artículos 1.001 y 1.007 del C. c. de 1865? (Arts. 737 y 741 del nuevo C. c.).

3) Confróntese el caso Pierfelici con el caso Caccia cr. Caccia.

ROLANDO cr. ROLANDO

Cass. Torino, 30 septiembre 1885. — *Mon. Trib.*, 1886, 70. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

Maurizio Rolando, padre de Giuseppe Rolando, había reclamado la restitución de 28.997 liras, cantidad que decía haber entregado a su hijo para que se dedicara al comercio. Motivo de la reclamación: nulidad de una donación por defecto de documento público. El Tribunal de Apelación de Torino rechazó tal petición. Y el Tribunal de Casación de Torino, confirmando la sentencia, motivó en la forma siguiente:

"Lejos de haber incurrido en error los juzgadores al estimar la irrevocabilidad de la subvención y la no necesidad del documento auténtico o de otra formalidad, es el recurrente quien se equivoca cuando atribuye al art. 1.007 C. c. el sentido que él propugna.

Los actos de buen gobierno de la familia, cuando se traducen en gastos hechos por el ascendiente con el fin de procurar al descendiente un oficio o una colocación, no están sometidos según el citado artículo a ninguna formalidad y la cantidad desembolsada no puede repetirse, salvo pacto en contrario. En efecto, el artículo 1.007 declara que está "sujeto a colación lo que el difunto haya gastado para la dote o el equipo nupcial de las descendientes, para constituir el patrimonio eclesiástico del descendiente o para procurarle cualquier oficio o colocación, o pagar sus deudas".

La entrega de las cantidades en cuestión, hecha a Giuseppe Rolando por su padre, está comprendida sin duda en el referido artículo bajo el concepto de gastos hechos por el ascendiente para procurar oficio o colocación al descendiente, porque la entrega de las 28.997 liras se hizo para dotarle de los medios necesarios para ejercer el comercio y, sin duda, el legislador no ha querido incluir tales gastos, hechos por el padre en beneficio de su prole, entre las donaciones propiamente dichas; pues, en caso contrario, habiéndose ocupado ya de éstas en el art. 1.001 hubiera sido completamente inútil añadir después la disposición del art. 1.007; por tanto, resulta evidente que la falta de un documento público no quita nada a su eficacia e irrevocabilidad.

La razón por la que el legislador quiso dispensar de toda formalidad a tales subvenciones obedece a que no son verdaderos actos de liberalidad; pues según la doctrina de Papiniano en la ley 29, pr., *de donat.*: "*Donari videtur quod nullo iure cogente conceditur*", mientras que, por ley de la naturaleza, el ascendiente tiene el deber de procurar el bienestar de sus descendientes, si bien el Código civil en el art. 147 niega a los hijos toda acción contra su padre o su madre para exigirles una asignación por causa de matrimonio o por cualquier otro título. Y la obligación natural del ascendiente de procurar el bien de sus descendientes impide al primero repetir los gastos hechos para procurar a los segundos una colocación o un oficio. Porque según la regla de Derecho recogida en Inst. 13 pr. y 64, *de cond. indeb.*, no se considera pagado indebidamente lo que se debía por ley de la naturaleza, aunque no esté confirmada por la ley civil".

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 11 especialmente *c* y *d*.

La cuestión no surgió en este caso en relación con la validez de la promesa no formal, sino a propósito de la validez de una *datio* ya realizada (V. vol. I, § 38 *a*). Sin embargo, parece que los argumentos utilizados en la sentencia pueden extenderse también a aquel otro problema.

Confróntese este caso con los casos Caccia y Pierfelici y véanse las

notas y los cuestionarios a dichos casos, especialmente en relación con el argumento deducido del art. 1.007 C. c. de 1865.

CANTELLI cr. CANTELLI

App. Napoli, 25 abril 1888. — *Foro it.*, 1888, I, 734.
(Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"EL TRIBUNAL, *etc.* — *(Omissis.)* Se sostiene la ineficacia de la declaración contenida en la escritura privada de fecha 26 de abril de 1868, sobre cuya base y sin discutirla el tribunal autorizó a Marianna Cantelli a disfrutar el usufructo sobre la parte de libre disposición de la herencia materna. Tal escritura está concebida en los términos siguientes:

"Los firmantes, Vincenzo y Tommaso Cantelli, declaramos que por instrumento otorgado ante el notario Caterino de S. Cipriano, de esta misma fecha, nuestra madre Maria de Angelis nos ha hecho donación de la parte disponible de todos sus bienes, sin gravamen ni condición alguna, encargándonos de palabra que durante la vida de nuestras hermanas solteras y mientras habiten en la casa paterna éstas deberán disfrutar con nosotros del usufructo de los bienes recibidos en donación, y queriendo nosotros corresponder con gratitud a sus maternales solicitudes y contentarla nos obligamos solidariamente a dar a nuestra hermanas comunes que se mantengan solteras y que convivan con nosotros en la casa paterna la parte que les corresponde del usufructo sobre los bienes recibidos en donación, según el número de hijos de nuestra madre, y en caso de incumplimiento a poder ser solidariamente constreñidos por todas las vías legales."

Y observan sobre este particular los apelantes que la obligación asumida o es nula por la forma, pues se trata evidentemente de una liberalidad que no resulta de documento público, o lo es por falta de causa, pues no puede haber ninguna si se excluye la de beneficiar.

Sin embargo, si la causa del usufructo prometido resulta de las palabras transcritas "queriendo corresponder con gratitud a sus maternales solicitudes y contentarla", la única averiguación que cabe hacer consiste en ver si la voluntad oralmente expresada por la madre donante a los hijos donatarios implicaba para éstos una obligación natural de observarla, y si esta obligación, mediante la promesa que hicieron ellos, se había transformado en civil sin tener carácter de liberalidad.

Se suele distinguir entre obligaciones naturales y deberes de pura moral, entendiendo que la legislación positiva hubiera podido sancionar aquéllas sin salir de la esfera legítima del Derecho, pero no éstos sin invadir el campo de la moral. Pero cualquiera que sea el valor de tal distinción, podría admitirse también que la carga silenciada por la donante, y excluída en el acto de donación, e impuesta de palabra a los donatarios de hacer participar a sus hermanas en el usufructo de los bienes donados, constituye en favor de las mismas una obligación natural de los donatarios, es decir, un deber que el Derecho puro, filosófico, consideraría como productor de un vínculo jurídico al que, sin embargo, el Derecho positivo no concede acción. Ahora bien, el único efecto atribuído civilmente a estas obligaciones es el de no admitirse la repetición cuando hayan sido voluntariamente cumplidas (arts. 1.237, 1.802 y 1.804 C. c.), y tal efecto depende enteramente de la ley positiva, tanto es así que de no ser por lo que ella dispone podría utilizarse la acción de enriquecimiento injusto para repetir lo que se hubiera pagado. La promesa de satisfacer una obligación natural no cambia el carácter de ésta, ni la transforma en civil, sino que la confirma y la reconoce pero sin quitarle ni añadirle nada: *confirmatio nihil dat novi.* Por lo tanto, la promesa de dar una cosa en cumplimiento de una obligación natural, a la que no se puede ser constreñido por una acción judicial, no es más que una liberalidad espontánea, una donación que será nula si no ha sido hecha y aceptada en documento público (arts. 1.050, 1.056 y 1.057 C. c.). No hay que ocultar, sin embargo, que la opinión contraria apoyada en la tradición de los romanistas y en la reminiscencia del "constituto" en el sentido del Derecho romano es quizá la que predomina; pero debiendo resolverse la cuestión según el C. civil vigente tampoco es necesario averiguar si en el mismo Derecho romano tiene una base firme la opinión contraria, cosa que, por lo demás, ha sido negada por autores recientes.

Por estos motivos, etc."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 11 especialmente, *d.*

En este caso no se trataba de una fiducia testamentaria, sino de una carga *verbal* en favor de terceros (beneficiados a título gratuito) impuesta en una donación.

Cuestionario:

1) ¿Se trataba en este caso de una verdadera carga o más bien de una recomendación? En esta segunda hipótesis, ¿existiría una obligación natural? ¿Cómo se resolvería la cuestión en el Derecho francés?

2) Admitiendo que se tratara de una verdadera carga, ¿debe revestir ésta, como pacto en favor de terceros *beneficiados a título gratuito*, las formas de la donación?

3) En caso de que se responda negativamente a la cuestión anterior, ¿debe resultar la carga del mismo documento público que contiene la donación modal? V. los casos Magenis cr. Magenis, Maggi cr. Scattolini y Fantino cr. Pepino.

En caso de que se responda afirmativamente a las cuestiones 2 y 3 se trataría de una obligación natural nacida de pacto nulo por defecto de forma, obligación que no podría ser causa suficiente de una promesa de cumplirla que no revistiera las formas de la donación: v. vol. I, § 11, nota 25. Admitido esto, no parece exacto el argumento que la sentencia deduce del art. 1.237 C. c. de 1865, ni el comentario que hace de dicho artículo.

Al negar exactamente la vigencia actual o la aplicabilidad del *constitutum debiti* romano (v. los casos Pierfelici, Magnani y Baratta-Prada) la sentencia no ha advertido que éste no era el único argumento para apoyar la tesis de la validez de la promesa de cumplimiento de una obligación natural; tesis que, sin embargo, por lo que se ha dicho, no se aplica en este caso en el que se trata de una obligación natural nacida de un pacto nulo por defecto de forma, si es que era nulo por esta razón. La misma sentencia parece aludir a la opinión de que ni siquiera en el Derecho romano hubiera podido aplicarse el *constitutum* a este caso: v. vol. I, § 11, nota 25 y las citas incluídas en ella.

Adviértase que en este caso la escritura privada contenía la expresión clara de la voluntad de obligarse jurídicamente y no una mera intención de "confirmar" la obligación natural. Sobre la distinción entre esas dos intenciones, v. vol. I, § 11, nota 22 y los casos franceses Coureau y los tres que le siguen, recogidos en el cap. V.

NICOLINI cr. NICOLINI

Cass. Roma, 13 abril 1910. — *Mon. Trib.*, 1901. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"*Omissis*. — El Tribunal de instancia, con apreciación incensurable, no dudó de que el juramento decisorio tendía a dar vida a una verdadera donación nacida de espontánea liberalidad, que debía haber sido hecha en documento público bajo pena de nulidad (art. 1.056 C. c.); y exactamente dedujo de ello que no podía existir la donación en defecto de tal documento, ni mucho menos podía ser probada por medio de juramento decisorio, por no poder deferirse éste para probar una convención para cuya validez exige la ley un documento escrito (art. 1.364 C. c.).

Con razón se negó el Tribunal de Apelación a admitir la obje-

ción de que, por tratarse de una declaración hecha en cumplimiento de una obligación natural o de un contrato innominado, para facilitar el matrimonio y regular relaciones de familia, no se trataba de una donación verdadera y propia para la que se exigiera bajo pena de nulidad el documento público; tanto porque ya había excluído toda obligación natural por parte del demandado frente a su sobrina y reconocido que se trataba de un acto de espontánea liberalidad al que ni por la ley ni por otro título estaba obligado, como porque aunque quisiera considerarse como una donación remuneratoria, si en Francia hubiera podido parecer dudoso que una donación que tenga su fundamento en un deber moral de reconocimiento deba considerarse realmente como acto de espontánea liberalidad... no podía surgir la misma duda entre nosotros, por haber declarado expresamente el Código civil, en el art. 1.051, que es también donación la liberalidad hecha por reconocimiento o en consideración a los méritos del donatario, o como especial remuneración, aunque se le imponga alguna carga; disposición que, introducida en el art. 1.122 del Cód. Albertino y tomada del § 240 del Cód. austríaco, pretendió eliminar las numerosas contiendas que surgían sobre si estaban o no sujetas a las formalidades establecidas para las donaciones aquellas que, llevando aneja alguna condición o carga o haciéndose en contemplación a servicios prestados anteriormente por el donatario, se apartaban de alguna manera de la naturaleza ordinaria de las donaciones.

Por otra parte, como acertadamente observó la sentencia recurrida, las obligaciones naturales se confunden con los deberes morales y, como éstos, están desprovistas de toda sanción civil, no pudiendo producir otro efecto que el de la *soluti retentio*; pero si el pago no tuvo lugar, no existe ningún vínculo obligatorio, ya que la obligación moral no puede desnaturalizar el acto de liberalidad, que conserva siempre su índole característica" *(omissis)*.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 11, especialmente *c* y *d*.

Parece que en este caso se trataba de una promesa hecha a una sobrina con ocasión de su matrimonio.

Cuestionario:

1) ¿Se trataba en este caso de una verdadera y propia obligación natural o más bien de un mero deber moral?

2) ¿Está de acuerdo el lector con la tesis mantenida en la sentencia acerca de la obligación natural como causa de una promesa no revestida de las formas de la donación?

3) ¿Qué opina del recurso que se hace en la sentencia al concepto de la donación remuneratoria?

4) ¿En qué sentido ha aludido una de las partes a la figura del contrato innominado? V. el caso Arrigoni cr. Mera Pelitti.

5) ¿Cómo se resolvería este caso en el Derecho francés y en el *common law*? V. vol. I, § 11 y los casos franceses de la sección II; v. también vol. I, §§ 28 y 30.

6) Confróntese este caso con los anteriores y con otros de esta misma sección.

Bosco cr. Fogliatti

App. Torino, 15 marzo 1932. — *Giur. Tor.*, 1932, 1.174. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

Los antecedentes, según resulta de la sentencia, parece que eran los siguientes: Carlo Fogliatti era dependiente o camarero en un restaurante regentado por sus padres. Cierto señor Bastoneri había dejado en un recinto, contiguo al restaurante, una motocicleta. El recinto formaba parte del restaurante y estaba destinado a hospedar a los clientes. El joven Carlo Fogliatti se había apoderado abusivamente de la motocicleta y, conduciéndola, había encontrado la muerte en un accidente en el que el demandante, Bosco, resultó herido.

Se trataba de determinar si existía una responsabilidad de los esposos Fogliatti frente a Bosco, conforme al art. 1.153 del C. c. de 1865. Parece que tal responsabilidad debía excluirse; y, al parecer, se negaba también la responsabilidad del hijo conforme al artículo 1.151. Pero los esposos Fogliatti habían hecho una promesa de resarcimiento en favor de Bosco; y habían renunciado a la herencia de su hijo, por lo que no eran responsables a título de herederos.

Se discutía sobre la validez de tal promesa. Dos tesis se sostuvieron sobre este particular: 1) la de que se trataba de una promesa que tenía como causa el cumplimiento de una obligación natural de los padres de resarcir el daño causado por el hijo, aunque no se dieran los supuestos estrictamente jurídicos para la aplicación de los arts. 1.151 y 1.153 (v. vol. I, § 11, nota 30); 2) la tesis de la asunción de una obligación *civil* ajena, es decir, del hijo, suponiendo que éste fuera verdaderamente responsable de conformidad con el art. 1.151.

Tal vez la elección entre una y otra tesis podía depender también, en este caso, de una cuestión de intención subjetiva de los promitentes.

El Tribunal de Apelación de Torino, inclinándose, al parecer, a la primera tesis, motivó en la forma siguiente:

"La *soluti retentio* (en las obligaciones naturales) se admite por considerarla como efecto de una renuncia por parte de quien paga a su derecho de no pagar. Pero en este caso ya se habría manifestado tal renuncia en aquella expresa declaración que los esposos Fogliatti habían hecho de querer efectuar el pago. Y su natural deseo de alejar todo posible motivo de resentimiento por parte del perjudicado contra su difunto hijo, a cuya culpa debería atribuirse únicamente el daño sufrido por Bosco, bien pudo constituir aquella causa legítima que es uno de los requisitos esenciales de todo contrato. Por lo tanto, tampoco podrían invocar los esposos Fogliatti un pretendido error de hecho por su parte, si era cierto, como se probó, que su promesa de resarcir el daño había sido hecha prescindiendo de cualquier reconocimiento de la responsabilidad de su mencionado hijo.

Sin embargo, el demandante Bosco afirma y quiere demostrar que tal responsabilidad existe en realidad, por lo que en lugar de tratarse de una obligación natural se trataría de una verdadera obligación civil de un tercero (el hijo), obligación que los esposos Fogliatti habrían tomado a su cargo, prescindiendo de su cualidad de herederos del responsable a la que inmediatamente habían renunciado. En tal asunción de responsabilidad tampoco podría apreciarse ningún motivo por el que se debiera negar eficacia a la obligación de ellos; obligación que, si en las relaciones con el deudor originario y con sus herederos puede eventualmente aparecer como acto de liberalidad, no representa para el acreedor más que la novación subjetiva de otra obligación (civil) preexistente."

Nota y cuestionario. — **V.** vol. I, § 11 *b, c* y *d.*

En este caso, y según la primera de las tesis mencionadas, se trataba de la obligación natural (de los padres) de asumir una obligación natural ajena (del hijo): obligación, la primera, que les incumbía tanto por su cualidad de padres como por su cualidad de gerentes del restaurante, aunque no se dieran los supuestos estrictamente jurídicos para la aplicación del art. 1.153 C. c. de 1865. Se trataba, pues, de una promesa de cumplir la obligación natural de asumir una obligación natural ajena.

Téngase en cuenta, como consideración de equidad, que a causa de la renuncia a la herencia del hijo por parte de sus padres, probablemente no hubiera podido Bosco obtener ningún resarcimiento de una herencia yacente.

El Tribunal de Apelación de Torino admitió la validez, *en general*, de la promesa de cumplir una obligación natural.

En cuanto a la tesis de la asunción de una obligación civil ajena, hay

que entender que se trataba probablemente de una asunción de deuda más que de una novación subjetiva.

CUESTIONARIO:

1) ¿Podía constituir el fundamento de una obligación natural de los padres el "*deseo* de alejar todo posible resentimiento del perjudicado contra su difunto hijo" etc.?

2) ¿Qué piensa el lector del argumento utilizado en la sentencia para justificar la validez de la promesa de cumplimiento de una obligación natural, es decir, de la renuncia implícita al derecho de no pagar? (v. también los casos Cattaneo cr. Milesi, Pierfelici, y Danani cr. Gonzaga).

3) ¿La "*causa legítima*" de un contrato, de que habla la sentencia, es la "*cause suffisante*" a que aludíamos en el vol. I, §§ 10 a 13, o ha querido aludir la sentencia a una concepción más genérica de la "causa" del contrato?

Confróntese el caso Bosco cr. Fogliatti con los casos Levi cr. Haciénda y Ricciardelli cr. Biondo, en los que también el promitente tenía un interés familiar al prometer la reparación de un daño causado por un miembro de la familia.

En el caso PRESSENDA cr. CAGNASI, App. Torino, 28 marzo 1913, *Giur. Tor.*, 1913, 1.076, cierto Vittorio Cagnassi se había "comprometido" a pagar al actor cantidades que indebidamente se había apropiado el sacerdote Carlo Cagnassi, sobrino de Vittorio; haciéndolo para evitar el escándalo inherente a semejante delito cometido por un sacerdote, para evitarle el peligro y la vergüenza de un proceso criminal y para salvar el buen nombre de la familia Cagnassi.

Después, aquel "compromiso" fué declarado nulo; pero Vittorio Cagnassi pagó igualmente las cantidades prometidas; y se discutía si tal pago era nulo y podía repetirse por no haberse observado las formas de la donación (v. vol. I, § 38 *a*). El Tribunal de Torino se situó en el terreno de una cuestión de hecho, afirmando que tal carácter tenía la cuestión de ver si en el caso existía por parte de Vittorio Cagnassi una "deuda de honor o de delicadeza". Véase también el caso Richer et Goumarin contra Richer.

¿Era necesario recurrir en este caso al concepto de obligación natural como causa de la promesa o del pago hechos por Vittorio Cagnassi?

BARATTA PRADA cr. FACCIOLI

App. Milano, 12 mayo 1936. — *Mon. Trib.*, 1937, 42.
(Sentencia transcrita textualmente salvo los *omissis*.)

"HECHOS. — La señora Giulia Faccioli demandó ante el Tribunal de Milán a los esposos Condes Aristide Baratta y Lucia Prada, exponiendo: que los citados esposos, por escritura privada

de fecha 18 de mayo de 1931, se habían obligado a proveer a todas las necesidades de ella, durante toda su vida; que antes de otorgarse dicha escritura privada ella había vivido durante largos años con su sobrino el conde Baratta y también después del 18 de mayo de 1931 hasta agosto de 1935, época en la que había sido expulsada de la casa Baratta; que después de tal expulsión los esposos Baratta no le habían entregado nada para su mantenimiento ni para cualquier necesidad de la vida y que, requeridos para que cumplieran la obligación asumida, habían declarado que estaban dispuestos a cumplirla pero en medida completamente inadecuada y subordinando la asignación a condiciones que ella no podía aceptar.

Pedía, por lo tanto, que se declarara a los esposos Baratta obligados solidariamente al pago de una renta mensual suficiente para sus necesidades durante el resto de su vida, y que se liquidara dicha asignación mensual fijándola en la cantidad de 600 liras o en la que señalara el Tribunal, pagadera a partir del 1.º de septiembre de 1935.

La actora presentó una copia de la escritura de 18 de mayo de 1931, así como una reproducción fotográfica de dicha escritura, que es del tenor siguiente:

"A la señora Giulia Faccioli. — Queridísima tía: Por la presente nos obligamos a atender a todas tus necesidad durante toda tu vida. — Tus sobrinos, Aristide Baratta - Lucia Baratta Prada."

Presentó también la actora una carta fechada el 8 de septiembre de 1935 y firmada "tu Aristide" en la que se lee: "... dado el patrimonio que posees y teniendo en cuenta nuestras posibilidades, lo más que podemos pasarte al mes (haciendo ya un esfuerzo) son 300 liras..."

Propuso además la prueba por interrogatorio y testigos, dirigida a demostrar su convivencia con sus sobrinos prolongada hasta el final del mes de agosto de 1935 y su expulsión de la casa de ellos, así como la holgada posición económica de los demandados.

Sin desconocer las firmas estampadas en la mencionada escritura, los demandados negaron sin embargo el valor de la misma, afirmando que contenía una manifestación de liberalidad y que configuraba una verdadera y propia donación desprovista de toda eficacia obligatoria por la inobservancia de las formalidades establecidas en el art. 1.056 C. c. Subsidiariamente señalaban que en la escritura la obligación se asumía únicamente para el caso de necesidad y que ésta necesidad no existía dada la situación económica de la actora y teniendo en cuenta que si hubiera tenido de-

recho a alimentos estaría obligado a entregárselos su hermano Alfonso Faccioli, de posición más que desahogada. Sobre esta última circunstancia los demandados proponían prueba por interrogatorio y por testigos y presentaban además varios documentos para demostrar la buena posición económica de la actora.

En sentencia provisionalmente ejecutiva, de fecha 4 de marzo de 1936, el Tribunal, admitiendo las peticiones de la actora, condenó solidariamente a los demandados a entregarle durante toda su vida la cantidad de 500 liras mensuales, a partir del 1.º de septiembre de 1935, y a las costas.

La sentencia fué apelada por los demandados.

DERECHO. — En la sentencia impugnada el Tribunal ha creído poder excluir la figura de la donación en el documento de 18 de mayo de 1931 por considerar que de los términos en que fué redactada la escritura no se deduce en modo alguno la prueba de la gratuidad de la obligación que los esposos Baratta contrajeron con su pariente; que la no indicación de la causa de la obligación en nada afecta a la eficacia del contrato o de lo que en apariencia parece ser un contrato, porque dicha indicación no es necesaria (art. 1.120 C. c.) y la causa se presume salvo prueba en contrario (art. 1.121) ; que cabe imaginar que la causa consistiera en alguna prestación por parte de la señora Faccioli, máxime teniendo en cuenta que ésta, en su comparecencia, califica la escritura como "demostración de agradecimiento" con referencia a "sacrificios y renuncias incluso materiales"; y que, en todo caso, era a los demandados a quienes incumbía la prueba de la gratuidad de la obligación.

La argumentación no es convincente. Si de la escritura no se deduce la prueba de la gratuidad tampoco se deduce la prueba de la onerosidad y, en todo caso, dada la naturaleza de la prestación, la apariencia del negocio puede hacer presumir un acto de liberalidad. Hablando, pues, de "apariencia" de contrato la sentencia parece contraponer la donación al contrato, mientras que es sabido que en la donación no se excluye el elemento convencional y que también la donación está sometida a los principios que regulan la materia contractual; y por ello cuando la sentencia, para afirmar la eficacia del "contrato" o de lo que, por lo menos en apariencia, se presenta como contrato, recuerda que no es necesaria la indicación de la causa en los contratos y que la causa se presume salvo prueba en contrario, cambia los términos de la cuestión, porque no es por falta de causa por lo que la parte demandada niega la validez de la obligación sino por falta de formalida-

des esenciales, dada la naturaleza del negocio, y la existencia de causa ha sido expresamente admitida por los demandados al atribuir al acto un fin de liberalidad.

Por último, al considerar como posible compensación de la obligación asumida alguna prestación por parte de la señora Faccioli, quien en su comparecencia había calificado la escritura como una demostración de agradecimiento, pero con referencia a "sacrificios y renuncias incluso materiales", la sentencia apelada no ha dado con ello una razón suficiente para excluir la donación, porque no existe proporción entre la presunta contraprestación y la obligación de proveer a las necesidades de la vida, y porque es también donación la liberalidad hecha en consideración a los méritos del donatario o como especial remuneración y, según la opinión general, es precisamente una donación remuneratoria la que se hace para recompensar servicios, aunque no sean estimables patrimonialmente, como pueden serlo los sacrificios y las renuncias.

Sin embargo, hay otros argumentos contra la tesis, en la que principalmente insisten los apelantes, de la nulidad de la obligación por constituir la misma un acto de liberalidad desprovisto de las formalidades exigidas para la validez de la donación, aunque sea remuneratoria.

Es al concepto de obligación natural al que hay que acudir para resolver la controversia, examinando la cuestión en el doble aspecto del fundamento de la obligación natural y de sus efectos en relación con los actos de liberalidad.

No ha tenido éxito en la jurisprudencia y se discute en la doctrina la teoría que sólo admite la existencia de obligación natural en aquellos casos en los que la ley niega expresamente la acción y establece la *soluti retentio*. Tal doctrina despoja de contenido normativo al art. 1.237 C. c., porque el legislador no hubiera tenido necesidad de enunciar el principio general de la irrepetibilidad del pago en las obligaciones naturales si las distintas hipótesis de obligaciones naturales hubieran sido taxativamente previstas y disciplinadas por la ley, aparte de que la doctrina no considera unánimemente como casos de obligación natural a todos aquéllos en los que la ley establece expresamente la irrepetibilidad del pago. Y por lo tanto, desaparecido en el Derecho moderno el antiguo *jus naturale*, superado el conflicto entre el *jus strictum* y la *aequitas*, ha de darse a la obligación natural aquel fundamento ético que conduce a la equiparación de la obligación natural con la obligación moral; es decir, con la obligación reconocida en el fuero del honor y de la conciencia, valorada por las conciencias iluminadas,

fundada en la *pietas*, en el *officium*, en la *fides* pero que, sin embargo, incide en las relaciones que afectan al patrimonio, radicando en ese carácter patrimonial la característica diferencial entre la obligación natural y el deber puramente moral y porque el artículo 1.237 del C. c., dada su colocación, no puede aludir sino a obligaciones patrimoniales.

Se incluyen, por tanto, dentro del concepto de obligación natural a que se refiere la citada disposición, todas las obligaciones de contenido patrimonial que no reciben sanción del Derecho y que se basan en la moral y en los usos sociales o, en otros términos, las obligaciones reconocidas y sancionadas por la moral social cuyo objeto consista en una prestación apreciable en dinero.

A la vista de estos conceptos, este Tribunal no vacila en apreciar en las relaciones creadas entre las partes una obligación natural de los esposos Baratta frente a la señora Faccioli.

Obligación natural, adviértase, que no ha surgido — como consideran los demandados — por efecto del otorgamiento de la escritura de 18 de mayo de 1931, sino que existía con anterioridad a dicha escritura.

No niegan los apelantes que Giulia Faccioli, actualmente de 74 años de edad, siguió hace cincuenta años a su hermana al casarse ésta con el conde Baratta y que desde entonces hasta agosto de 1935 convivió en familia, primero con su hermana y con su cuñado, después, al fallecer éstos, con sus hijos y por último con los nietos, los actuales demandados, el conde Baratta y su esposa. Durante este largo tiempo no entregó nunca ella, lo declaran los apelantes, ninguna cantidad en concepto de contribución a los gastos para su hospedaje y mantenimiento.

Intervino en una ocasión para adquirir, salvándolos de una dispersión judicial, los muebles de la casa Baratta cuya venta en pública subasta había sido ordenada; muebles que, en todo o en parte, revendió después a la familia Baratta.

Esta semisecular convivencia de la señora Faccioli en la casa de los Baratta, donde vivió gratuitamente, revela que entró a formar parte de la familia de su hermana, que unió su vida a la de sus parientes y que compartió con ellos, en las distintas vicisitudes, alegrías y dolores.

Cuando fué despedida se encontraba también ella en la villa de S. Margherita, donde la familia pasaba la temporada de baños. Y, dada tal situación, si se interroga a la conciencia ésta afirmará seguramente la obligación moral contraída por los condes Baratta de atender al mantenimiento de su pariente durante los últimos

años de su vejez, como en el pasado y durante medio siglo ellos y sus padres habían atendido; obligación moral absolutamente independiente de cualquier razón de gratitud por los cuidados que la señora Faccioli hubiera podido prestar a sus parientes, por sus esfuerzos, por los sacrificios y por las renuncias que hubiera podido imponerse en beneficio de ellos. Es decir, no se trata del simple deber de piedad que puede inducir al pariente acomodado a ayudar al pariente necesitado, aún sin estar obligado a los alimentos, y que puede no constituir obligación natural (De Ruggiero, *Ist.* V, III, pág. 23); sino que se trata de un deber que reviste mayor dignidad por las especiales circunstancias de hecho que han unido la suerte de la señora Faccioli a la familia de sus sobrinos.

Y, admitida la existencia de una obligación natural por parte de los apelantes, cae la construcción sobre la que se apoya la defensa de éstos, al quedar excluído el *animus donandi.*

Entre los efectos de la obligación natural ha de considerarse tanto la exclusión de la *condictio indebiti* como la exclusión de la liberalidad, porque aunque algún autor considere también como donación el cumplimiento de la obligación natural, reviste mayor rigor científico la teoría que distingue entre la prestación de contenido patrimonial hecha en cumplimiento de una obligación natural y la prestación dirigida a compensar servicios no estimables patrimonialmente, y limita a este último caso la figura de la donación remuneratoria (Ascoli, *Trattato delle donazioni*). En este mismo sentido se produce la jurisprudencia, declarando que hay donación remuneratoria solamente cuando la prestación haya tenido como móvil exclusivo la gratitud por beneficios recibidos, en orden a los cuales no sea posible pretender jurídicamente una compensación (Cass. Regno 21 dic. 1931, *Mas. Foro it.,* 1931, 787; 6 abril 1929 *Rep. Foro,* 1929, voz "*Donazione*" n. 53).

Indudablemente, para que exista cumplimiento de una obligación natural se requiere una prestación efectiva actual, como es la promesa de pagar. Y los apelantes recuerdan también la máxima enunciada por este Tribunal (sentencia de 27 nov. 1929, *Mon. Trib.* 1930, p. 229) según la cual: "La obligación natural mientras no haya sido cumplida no tiene existencia jurídica y por lo tanto no es susceptible ni de ratificación ni de novación".

Una cosa es, sin embargo, el reconocimiento de una obligación natural y otra cosa es la obligación formalmente asumida de efectuar una determinada prestación en consideración a una obligación natural.

Y, si por la distinta estructura del Derecho moderno, no sería

oportuno invocar en este caso el *constitutum debiti* propio del Derecho romano, puede sin embargo producir un vínculo jurídico válido la promesa de cumplir la obligación natural, ya que, como repetidamente ha declarado la jurisprudencia, la obligación natural constituye una causa lícita de obligación civil, en la que, por la ausencia del *animus donandi*, queda excluído el carácter de donación (App. Torino, 15 marzo 1932, *Giurisp. Tor.*, 1932, 1.174).

Una manifestación de voluntad dirigida al cumplimiento de una obligación natural se aprecia precisamente en la escritura de 18 de mayo de 1931, en la que los apelantes se obligaron a proveer a las necesidades de la señora Faccioli mientras viviera; y por tanto, en dicho documento se obligaron válidamente, aunque no se observaran las formalidades exigidas para la donación.

Subsidiariamente sostienen los apelantes que, en todo caso, con la mencionada escritura se habrían obligado no a mantener a su tía sino a proveer a sus necesidades, por lo que la obligación no podrá surgir sino cuando la señora Faccioli no tenga posibilidad de proveer a sus necesidades con sus propios medios y cuando su hermano Alfonso Faccioli, de posición acomodada, no esté en situación de cumplir la obligación de prestarle alimentos. Puesto que la escritura habla de "necesidad", puede ser interpretada en el sentido de que los esposos Baratta no están obligados a proveer al mantenimiento de su tía en todo caso, incluso en el de que ésta se encuentre en condiciones económicas holgadísimas; pero lo cierto es que, dado el carácter contractual de la obligación, se prescinde en ella de la obligación de prestar alimentos que eventualmente pueda correr a cargo de terceros. Será condición necesaria la existencia de la necesidad, es decir, la carencia de medios propios, pero no la imposibilidad de proveer a las necesidades con medios ajenos.

Y la necesidad — que debe apreciarse también en consideración a las condiciones sociales de la apelada — existe.

El Tribunal ha considerado rectamente que los documentos presentados por los demandados para demostrar la holgadísima posición económica de la señora Faccioli (instrumentos de apertura de créditos, de mutuo, etc.), en los que la apelada afirma haber figurado como testaferro, se remontan a fecha tan antigua que, desde entonces, la situación de la señora Faccioli puede haber cambiado completamente.

Y que actualmente su posición no es holgada lo demuestran las mismas cartillas tributarias presentadas por los apelantes (de las que resulta un rédito imponible de 6.700 liras), lo demuestra

especialmente la misma escritura de 18 de mayo de 1931, que no hubiera sido otorgada por los esposos Baratta si la situación de la señora Faccioli no fuera tal como para justificar una preocupación por su porvenir si le faltaba el apoyo de sus sobrinos, y lo demuestra por último la carta de fecha 8 de septiembre de 1935 en la que Aristide Baratta ofreció a su tía, "en vista del patrimonio que ella poseía", una ayuda de 300 liras mensuales.

En fin, los apelantes, negando también que posean la fortuna que se les atribuye por la parte contraria, admiten circunstancias relativas a su tren de vida (departamento de alquiler en cuyo contrato figura el cánon de 8.800 liras, automóvil, personal de servicio), a las que con exacto criterio de equidad se ha atenido el Tribunal para fijar en la cantidad de 500 liras la asignación mensual que ha de entregarse a la señora Giulia Faccioli. Resulta de las consideraciones expuestas la inconsistencia de las pruebas presentadas en esta fase del juicio por los apelantes... y la sentencia del Tribunal, aunque por consideraciones distintas de las que en ella se hacen, merece ser confirmada". *(Omissis.)*

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 11, especialmente notas 3 y 8 y apartados *b* y *d*.

El punto más interesante de la sentencia es aquél en el que prescinde de la cuestión abstracta relativa a la existencia de una obligación natural de alimentos en favor de un pariente pobre, para examinar la cuestión desde el punto de vista de las circunstancias de hecho, que deben ser de tal gravedad como para determinar en la conciencia social el sentimiento de tal obligación (v. vol. I, § 11, notas 30 y sigts.).

Cfr. a este propósito los casos Arrigoni cr. Ferrari, Rovatti cr. Sighinolfi, y otros citados en la nota a este último caso en relación con la cuestión relativa a la existencia de una obligación natural como *quaestio facti*.

En cuanto a la validez de una promesa (no revestida de las formas de la donación) por servicios recibidos, la sentencia se atiene a la concepción tradicional, según la cual debe tratarse de servicios patrimonialmente estimables y en relación de proporción con el *quantum* prometido; y, además, debe existir la intención de hacer la promesa para cumplir la obligación natural y no la intención de donar por "motivo" de gratitud (si por los servicios prestados se concede acción ya no se trata de una obligación natural: v. vol. I, § 11, nota 4, sobre la opinión errónea de Pothier, de la que parece escucharse un eco en la sentencia que comentamos).

La sentencia considera expresamente a la obligación natural como causa suficiente "para excluir la liberalidad" y la correspondiente forma. Sin embargo, parece que este principio se ha afirmado de manera de-

masiado genérica (v. vol. I, § 11 *c, d*); pero tal vicio de generalidad parece corregido, en este caso concreto, por la consideración de la gravedad de las circunstancias de hecho que imprimen en la conciencia social el sentimiento de un imperioso deber, tal como para justificar no sólo el pago sino también la promesa de pagar.

Confróntese con el caso Bosco cr. Fogliatti, App. Torino, 15 marzo de 1932, citado en la sentencia.

Ésta, además, distingue exactamente por lo que se refiere a la declaración del obligado naturalmente, entre el caso de una mera intención de reconocer o confirmar la obligación natural y el caso de que exista intención de hacer una promesa jurídicamente vinculante, intención que, según la misma sentencia, se estima que existe en el caso concreto (véase volumen I, § 11, nota 22 y el caso Coureau y los tres que le siguen, en el capítulo V).

El Tribunal de Milán considera en el segundo caso a la promesa como una prestación efectiva y actual en cumplimiento de la obligación natural. Sobre esta tesis el lector podrá expresar su propia opinión, en relación también con lo que hemos dicho en el vol. I, § 11 *c*.

Acertadamente rechaza la sentencia la analogía con el *constitutum debiti* romano; v. sobre este particular los casos Magnani, Pierfelici y Cantelli.

En cuanto a la cuestión relativa a la presunción de causa en el *billet non causé* o *cautio indiscreta,* la sentencia observa que en este caso no se trata de *cautio indiscreta* (v. vol. I, nota explicativa núm. 4 en apéndice al § 22).

Adviértase que en este caso no se trataba de una promesa de pagar una determinada cantidad, sino de proveer a las necesidades de una persona, o sea de contraer una obligación alimenticia sin que se mencionara como causa una precedente obligación natural.

CUESTIONARIO:

1) ¿Se trata en este caso de una *cautio indiscreta,* o es necesario que ésta se limite pura y simplemente a la promesa de una determinada cantidad?

2) ¿Es exacto, como dice la sentencia, que la prueba de la "causa", en orden al problema de la validez de la *cautio indiscreta* (no revestida de las formas de la donación), se consigue con la admisión, por parte de los demandados, de un fin de liberalidad?

3) ¿Cómo se resolvería el caso Baratta Prada en el Derecho francés? (V. vol. I, § 9, § 11 *b* y § 38 *d*; v. también la nota final a la sección II de este capítulo).

4) ¿Y en el *common law*? V. vol. I, § 28. ¿Cabe pensar que exista en este caso una *reliance,* en el sentido a que aludíamos en el vol. I, § 27 *a*?

Graziani cr. Lo Gatto

App. Venezia, 24 julio 1936. — *Foro Venezia*, 1937, 30. (Sentencia transcrita textualmente, salvo algún breve resumen.)

"Hechos. — El marqués Lorenzo Saibante, fallecido el 20 de abril de 1921, dejó un testamento ológrafo en el que, entre otras disposiciones, ordenaba un legado de inmuebles en favor de su hermana la marquesa Elisa Saibante, casada con el almirante Leone Graziani; y nombraba heredero de sus propiedades inmobiliarias, de las que formaba parte una extensa finca denominada "Malcontenta", a su primo el marqués Eugenio Saibante, y usufructuario de tal finca y de sus restantes bienes a su administrador Mosè Gatto. Pero después de redactar el testamento, que lleva fecha del 7 de mayo de 1915, había enajenado dicha finca, por lo que el caudal hereditario vino a quedar constituído en su parte principal por los títulos de renta derivados de tal enajenación.

La apertura de la sucesión fué solicitada el 4 de marzo de 1923 y la Oficina del Registro, al proceder a la liquidación del impuesto y estimando que en cuanto a los títulos de renta no contemplados en el testamento debía abrirse la sucesión legítima, por lo que a la hermana del *de cuius*, Elisa Saibante de Graziani, que concurría con el cónyuge supérstite (del *de cuius*), le corresponderían las dos terceras partes de dichos títulos, estableció que dicha señora a la muerte de Mosè Gatto, debería pagar por la consolidación del usufructo (correspondiente a este último) con la propiedad, la cantidad de 80.031 liras, además de la tasa adicional del 5 pòr 100.

La marquesa Elisa Saibante falleció el 13 de febrero de 1932. Y Mosè Gatto murió el 3 de mayo de 1934.

Por escrito de 14 de mayo de 1935 el almirante Graziani, después de advertir que a raíz de una transacción celebrada en relación con la herencia, Gatto había asumido bajo ciertas condiciones que después se habían realizado la obligación transmisible a sus herederos de reintegrar a la esposa de Graziani y a este mismo el impuesto que había que pagar por la consolidación del usufructo con la propiedad, y advirtiendo además que él había tenido que pagar tal impuesto en la cantidad de 85.066,95 liras, demandó ante el Tribunal de Venezia a los herederos de Gatto, o sea a sus hijos y a su viuda, para obtener la condena al reintegro de dicha cantidad.

El actor presentó en el juicio la copia de la escritura que contenía dicha obligación de Gatto y que lleva fecha de 30 de abril de 1925. Tal escritura es del tenor siguiente: "El firmante, por sí y por sus herederos, se obliga en caso de premoriencia respecto a los esposos señores Elisa Saibante y Leone Graziani, en cuyo caso dichos señores deberán pagar la consolidación del usufructo de los bienes del marqués Lorenzo Saibante, a satisfacer él o sus herederos, liberando de toda molestia o desembolso a los antes citados que no recibieron en la herencia más que cuanto con la convención-transacción que se confirma en todas sus otras partes."

(Omissis). — En esta parte, que se omite, la sentencia dice que los demandados, herederos de Gatto, habían pedido ante el Tribunal *sólo con carácter subsidiario* la exhibición de la convención-transacción, sosteniendo con carácter principal los otros argumentos a que se alude después; por lo que el Tribunal de instancia rechazó estos argumentos, estimando necesaria la exhibición de tal convención.

DERECHO. — El Tribunal de Venezia observa que del referido documento de fecha 30-4-1925 resulta clara, a pesar de su forma antigramatical y enrevesada, la obligación de Mosè Gatto de reintegrar a los esposos Graziani el impuesto de consolidación. Y el Tribunal continúa diciendo:

"Es una obligación perfectamente válida... Los demandados alegaban y alegan que tal obligación sería nula: 1) porque, al obligar a los herederos, presupone la existencia de un contrato cuya naturaleza *no se conoce;* 2) porque al no ir acompañada de una contraprestación sería una donación, que no se hizo en documento público; 3) porque si contiene una cláusula de transacción debería resultar de documento firmado por ambas partes; 4) porque carecería de causa.

Ninguna de estas deducciones puede ser admitida. Contra la primera, basta considerar que, aunque la convención de que se trata contenga solamente la obligación de una de las partes, es un verdadero y propio contrato (art. 1.101 C. c.), ya que el consentimiento del acreedor resulta de la aceptación y de la posesión del documento; y que las obligaciones del *de cuius* se transmiten por ley a los herederos, por lo que tampoco puede considerarse ilegítima la carga que eventualmente resulte para éstos.

Respecto a la segunda, hay que observar que en el Derecho moderno no existe donación si el donante no se despoja actualmente de la cosa donada (art. 1.050 del C. c.).

La tercera, por derivarse de la hipótesis de que el documento

contiene una transacción, es decir de una hipótesis carente de toda prueba, ha de considerarse desprovista de fundamento.

La última queda desmentida por la norma según la cual la causa se presume en los contratos (art. 1.121 del C. c.) y corresponde a quien quiera destruir tal presunción la prueba de la falta de causa. Pretenden los demandados ofrecer tal prueba con la simple observación de que el documento de 30 de abril de 1925 no contiene una contraprestación; pero esto es completamente insuficiente, porque también los contratos unilaterales, aunque contengan la prestación de uno solo de los contratantes, tienen su causa y por lo tanto existen válidamente. Dicha prueba, pues, no ha sido suministrada. Es más, y no es inoportuno ni superfluo señalarlo, se deducen de los autos varios elementos que refuerzan la presunción indicada. En efecto, no se ha discutido entre las partes que las cuestiones surgidas en relación con la herencia del marqués Lorenzo Saibante fueron concluídas por un acuerdo — que consideran como una verdadera y propia transacción — celebrado el 1.º de marzo de 1923. Y es cierto, puesto que resulta del correspondiente documento, que la solicitud de apertura de la sucesión para aquella herencia fué presentada en momento posterior, o sea el día 4 de aquel mismo mes de marzo. Ahora bien, aunque según el testamento la señora Elisa Saibante de Graziani sólo tendría derecho a un legado de algunos inmuebles sitos en Venecia, la Oficina del Registro estimó que debiendo abrirse la sucesión legítima para los títulos de renta, corresponderían a dicha señora las dos terceras partes de dichos títulos, cuyo usufructo había de corresponder sin embargo a Mosè Gatto, y por tanto impuso a cargo de ella la tasa de consolidación para el momento de la muerte de Gatto. Pero estos dos hechos, es decir la atribución a la señora Saibante de las dos terceras partes de los títulos y de la carga de pagar el impuesto, se produjeron en época posterior a los acuerdos, en época posterior a la transacción y, por tanto, no fueron tenidos en cuenta al celebrarse ésta. De esta manera la señora Saibante vino a sufrir un doble daño: por la no adjudicación en propiedad (en la transacción) de los títulos en la cantidad indicada, y por la carga de la considerable tasa de consolidación.

Estas circunstancias resultan de escritos indiscutibles procedentes del mismo Mosè Gatto. En efecto, en un memorial dirigido al abogado Zironda, de fecha 22 de noviembre de 1923, éste (Gatto) escribía: "la transacción ofrecía, es cierto, la incógnita del impuesto de sucesión, pero aproximadamente se ha calculado que

a la Señora vendrían a corresponderle de 80.000 a 90.000 liras (entiéndase, de los títulos o créditos hereditarios), como en realidad ha sido"; y después, en el mismo escrito, Gatto fijaba en la cantidad de 50.000 liras esta parte en dinero. Así pues, de los créditos y títulos comprendidos en la herencia, calculados por la Oficina del Registro en 778.566,18 liras, la señora Elisa Saibante de Graziani no obtuvo, en virtud de la transacción de 1.º de marzo de 1923, más que 90.000 liras a lo sumo; y por otra parte, en aquellos acuerdos no se trató de la cuestión del impuesto de sucesión.

En cambio Mosè Gatto, que sólo tenía derecho al usufructo, obtuvo por la transacción la propiedad de la mitad de aquellos créditos. Es también el mismo Gatto quien lo dice en una carta de fecha 22 de octubre de 1923 al abogado Minerbi: "La división... fué hecha según la transacción del 1.º de marzo de 1923... valores, dinero y títulos se dividieron por mitad entre el usufructuario Mosè Gatto y los herederos señores Saibante".

Fué la desproporción entre el trato acordado en la transacción y el establecido en la liquidación hecha por la Oficina del Registro, y fué también la desproporción que de esta manera había resultado entre las condiciones ofrecidas a la señora Saibante y las obtenidas por Gatto, lo que determinó las quejas de la primera e indujo a este último a otorgar el documento de 30 de abril de 1925. Así, la causa de tal obligación se encuentra en el reconocimiento, justo y equitativo, por parte de Gatto de la necesidad de atenuar aquella desproporción que en su misma conciencia podía presentarse como un enriquecimiento injusto para él. No se trata, pues, de un acto de liberalidad. La prueba de ello se encuentra precisamente en el mismo documento de 30 de abril de 1925, que termina con la declaración de que "los antes citados no obtuvieron en la herencia más que (lo que se les adjudicó) en la convención-transacción", declaración que en forma negativa viene a expresar que los esposos Graziani recibieron una cuota limitada, inferior a la que realmente les correspondía.

Que la señora Elisa Saibante se había quejado insistentemente durante algún tiempo, resulta de varios escritos (*Omissis;* aquí menciona el Tribunal estos escritos).

Por tanto, examinadas las objeciones de los demandados, resulta indudable el valor y la eficacia de la declaración de 30 de abril de 1925. La cual es apta por sí misma para establecer la obligación de los demandados; tiene validez y eficacia independientemente de la transacción celebrada entre las partes; cuyo

examen, contrariamente al parecer manifestado por el Tribunal de instancia, no se considera necesario para la decisión del litigio."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 7, 9, 11 y 13.

Casi no es necesario advertir que los artículos citados en la sentencia corresponden al C. c. de 1865.

Los antecedentes de hecho no resultan muy claros de la sentencia, en parte porque no conocemos el contenido exacto de la llamada "convención-transacción", que evidentemente no fué presentada en el juicio para evitar una nueva tasa de Registro que el fisco habría aplicado inmediatamente a tal convención (como cesión de cuota o donación) en conformidad con su anterior apreciación de las distintas cuotas de sucesión como cuotas de sucesión legítima en cuanto a los títulos y valores.

No sabemos de quién obtuvo Gatto en esta "convención-transacción" la propiedad de la mitad de los títulos y valores (quizá renunciando al usufructo sobre el resto). ¿La obtuvo de Elisa Saibante o de Eugenio Saibante, primo del *de cuius* y heredero según el testamento? En el segundo caso, sería Eugenio Saibante quien habría cedido o renunciado en parte a una pretensión sobre todos los títulos y valores en favor de Elisa Saibante por 90.000 liras aproximadamente, y en favor de Mosè Gatto por la mitad, reservándose el resto. Y en tal caso la obligación de reintegrar a Elisa Saibante el impuesto de consolidación que le atribuía el Fisco más bien habría corrido a cargo de Eugenio Saibante, en todo o en parte. A cargo de Elisa correría solamente la parte de tal impuesto proporcionada al beneficio que ella obtenía de la "convención-transacción", es decir, 90.000 liras en títulos y valores que se le adjudicaron *en plena propiedad* sin la carga del usufructo en favor de Gatto. A cargo de éste correría solamente una parte del impuesto, proporcional al beneficio obtenido por él en dicha convención.

Hablamos de cargas y de deberes de reintegro en sentido amplio, sin precisar si se trataba de meros deberes de conciencia, de obligaciones naturales o de obligaciones civiles; porque no conocemos exactamente los antecedentes de hecho ni el contenido de la "convención-transacción". Lo cierto es que aunque se hubiera tratado de una obligación civil de reintegrar (por no haber previsto la cuestión fiscal en dicha convención: artículos 1.138 y 1.772 del C. c. de 1865; arts. 1.364 y 1.969 del nuevo C. c.; o bien por error o falsa presuposición sobre el impuesto en una convención distinta de la transacción), tal obligación civil sólo en parte debería correr a cargo de Mosè Gatto. Al obligarse al reintegro *total* frente a Elisa Saibante, Gatto obedecía, al menos en parte, a una razón de equidad y de justicia, en consideración también a las ventajas o beneficios obtenidos por él en la "convención-transacción", y de esta manera venía a cumplir un deber moral o de conciencia: razones todas a las que alude la sentencia comentada. Si existía además una obligación natural (en

sentido estricto) de Mosè Gatto, no lo sabemos exactamente, por no conocer el contenido de la convención-transacción. Pero el lector deberá tener en cuenta esta hipótesis de una eventual obligación natural (del tipo de las que mencionamos en el vol. I, § 11, notas 30 y sigts.) al resolver las cuestiones que propondremos después.

Admitido esto, parece que al interpretar la sentencia, bastante vaga y oscura, pueda decirse que en definitiva se define en ella la "causa" de los contratos solamente en sentido *negativo*: es decir, lo que se afirma es que tal "causa" no debe consistir necesariamente en una contraprestación. Pero la sentencia no nos dice en qué debe consistir positivamente la "causa"; nos ofrece solamente un ejemplo de ello en el "reconocimiento *justo y equitativo* por parte de Gatto de la necesidad de atenuar aquella desproporción que en su misma *conciencia* podía presentarse como un *enriquecimiento injusto* para él". Adviértase, sin embargo, que la sentencia no se plantea abiertamente la cuestión relativa a si el mero deber de conciencia puede constituir la causa suficiente de una promesa no revestida de la forma de la donación o si, por el contrario, se requiere para ello una obligación natural en sentido estricto (v. vol. I, § 11).

Ciertamente, en el concepto que da de la "causa" del contrato y en especial de la del contrato unilateral (o mejor dicho, del contrato sin contraprestación) no parece que la sentencia quiera también incluir el espíritu de liberalidad; pues si así fuera, el problema de la donación y de sus formas, planteado y tratado también en la sentencia, y la exclusión de la "liberalidad" no tendrían sentido. Sin embargo, también la donación es un contrato unilateral.

La sentencia quiere aludir, por lo tanto, a los contratos unilaterales que no sean donaciones. Respecto a estos contratos, no obstante, parece generalizar el concepto de causa y confundir las obligaciones de dar con las demás obligaciones; su concepto genérico de "causa" del contrato parece corresponder más bien al concepto de una *cause plausible et juste* (v. vol. I, §§ 7 y 14 *e*), entendido de manera muy amplia; o parece corresponder también al concepto, todavía más vago y genérico, de una causa que no sea el mero espíritu de liberalidad; de manera que este concepto podría desembocar también en el elaborado por cierta doctrina y jurisprudencia de Francia, que hemos mencionado en el vol. I, § 9, especialmente nota 10. Téngase en cuenta sobre este particular el pasaje de la sentencia que alude al "reconocimiento *justo y equitativo* por parte de Gatto de la necesidad de atenuar aquella desproporción... etc.".

Constituye esta sentencia un ejemplo típico del modo genérico o generalizador de tratar estos problemas, ese modo que hemos tratado de someter a crítica (v. vol. I, §§ 7 y 9 y § 4 al final; § 5, § 24 *b*, etc.).

Dejando aparte las teorías abstractas y las generalizaciones, parece que el verdadero móvil de la sentencia ha sido la consideración de la injusticia o iniquidad de la situación que se había producido en perjuicio de Elisa Saibante y el reconocimiento que de esta injusticia o iniquidad había hecho en conciencia Gatto; razones todas que indu-

jeron al Tribunal de Apelación de Venezia a estimar la validez de aquella promesa, sin necesidad de las formas de la donación.

En cuanto a la cuestión de la presunción de causa en los contratos, con la invocación del art. 1.121 de C. c. de 1865 (art. 1.988 del nuevo Código civil), tal cuestión parece fuera de lugar, pues la escritura de 30 de abril de 1925 mencionaba la "causa", especialmente en su parte final; así es que se trataría, si acaso, de probar una causa distinta de la mencionada (v. vol. I, nota explicativa núm. 4 en apéndice al § 22). En realidad, y desde el punto de vista del art. 1.121 C. c. de 1865, las partes y el Tribunal proponían una vez más la cuestión de si la "causa" del contrato debe consistir necesariamente en una contraprestación para que se excluya la donación y la forma correspondiente. La afirmación vaga que se hace en la sentencia sobre este punto al decir que "los contratos unilaterales tienen su causa", ha de interpretarse, al parecer, en el sentido de que tales contratos "*pueden* tener su causa"; de no ser así, se termina afirmando el principio del nudo consentimiento; tampoco la sentencia quiere aludir a los contratos unilaterales típicos (como resulta de la "causa" que ve en la escritura de 30 de abril de 1925). O quizás aquella frase vaya referida a la presunción de causa del artículo 1.121.

No vale la pena, pues, criticar el pasaje de la sentencia en el que para excluir la donación se invoca el argumento de la ausencia de despojo actual; interpretación errónea de la ley, desmentida, además, por los argumentos adoptados en otro lugar por la misma sentencia para excluir la donación.

Cuestionario:

1) ¿Es cierto que la promesa de Gatto, contenida en la escritura de 30-4-1925, no tiene cabida en todo o en parte en nuestro esquema formal-causal de la donación?

2) Si se resuelve esta cuestión en el sentido de entender que este caso no tiene cabida en el esquema de la donación, ¿cuál sería, según el lector, la motivación que habría que dar a tal solución según el Derecho italiano? ¿Es exacta la motivación de la sentencia?

3) ¿Cómo se resolvería este caso en el Derecho francés? V. infra el caso Faure cr. Rougier.

Rovatti cr. Sighinolfi

Cass., 4 julio 1938. — *Riv. dir. comm.*, 1938, II, 554. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

Hechos. — En lo que nos interesa, los hechos pueden reducirse a los siguientes elementos. La señora Sighinolfi poseía dos letras de cambio en blanco, firmadas por Lucia Rovatti, una de ellas

de 50.000 y la otra de 40.000 liras, así como una escritura privada firmada también por Lucia Rovatti en la que ésta se reconocía deudora de 90.000 liras. Fallecida Lucia Rovatti, la señora Sighinolfi hizo valer contra sus herederas, sobrinas de la señora Rovatti, el crédito de 90.000 liras (resultante de las letras de cambio y de la escritura); oponiendo este crédito en un juicio posterior por vía de compensación frente a otro crédito de la señora Rovatti contra ella, por el importe de 48.500 liras, resultante de documento otorgado ante el notario Parmiggiani.

Continuamos la exposición de los hechos, tal como resulta de la sentencia del Tribunal de Casación:

"Las herederas Rovatti, convencidas de que su tía no tenía ninguna deuda frente a la señora Sighinolfi, a la que siempre había favorecido con préstamos y garantías cambiarias, hasta tal punto que pocos meses antes esta última había reconocido su cuantiosa deuda, denunciaron el hecho al Procurador del Rey, de Modena.

Incoado el procedimiento penal contra la señora Sighinolfi, ésta se defendió sosteniendo que la cantidad representada por las letras constituía un regalo de la señora Rovatti, motivado por el hecho de haber ocasionado ésta con sus consejos ciertas pérdidas en arrendamientos llevados por el marido de dicha señora Sighinolfi.

A la vista del sumario, el Procurador del Rey pidió que la señora Sighinolfi fuera procesada bajo la acusación de haber rellenado abusivamente letras extendidas en blanco, y de engaño a persona incapaz. Sin embargo, el juez instructor absolvió a la señora Sighinolfi por insuficiencia de pruebas, y la sección instructora del Tribunal de Apelación de Bologna rechazó el recurso presentado por la señora Sighinolfi.

Por escrito de 6 de abril de 1933 las herederas Rovatti requirieron a la señora Sighinolfi para obtener el pago del crédito reconocido en el documento otorgado ante el notario Parmiggiani; a tal requerimiento se opuso esta última en escrito de 4 de mayo del mismo año.

Por otro escrito de 4 de enero de 1934, la señora Sighinolfi requería a su vez a las Rovatti para el pago de la cantidad de 41.500 liras, diferencia entre el crédito reclamado de 90.000 liras y la deuda hipotecaria reconocida por ella. Se opusieron, por escrito de 18 de enero de 1934, las herederas Rovatti, y el Tribunal de Modena, en sentencia de 9-13 de junio de 1934, admitió la oposición y declaró nulo el requerimiento, en vista de la nulidad de las letras

por no constar en ellas la fecha ni el lugar de emisión; esta decisión obtuvo autoridad de cosa juzgada.

En sentencia de 1-3 de abril de 1935, el Tribunal ordenó a la señora Sighinolfi la presentación de la escritura privada de reconocimiento de deuda por parte de la señora Rovatti.

El Tribunal, en sentencia de 5-15 de enero de 1937, rechazó la oposición de la señora Sighinolfi.

El Tribunal, después de haber confirmado la invalidez de las letras presentadas, por haber intervenido en ellas fuera de tiempo los requisitos esenciales de las mismas, y la ineficacia obligatoria de la escritura de 17 de junio de 1932, por faltar en ella el "visto bueno", argumentó acerca de la inexistencia de la pretensión de la señora Sighinolfi, quien había invocado la relación fundamental subyacente a las letras de cambio, así como la causa de la obligación contenida en la referida escritura, apoyándose en un doble argumento: el primero, ya alegado en el juicio criminal, de que la obligación de Lucia Rovatti derivaba de un deber moral por parte de ésta de indemnizar la grave pérdida sufrida por el marido de la señora Sighinolfi en la gestión de un arrendamiento aconsejado por la misma señora Rovatti; el segundo, desarrollado en el juicio civil, según el cual la obligación asumida sería una remuneración de servicios manuales prestados durante largos años.

Tal sentencia fué apelada por la señora Sighinolfi y por las herederas Rovatti.

El Tribunal de Apelación de Bologna confirmó ante todo el juicio del Tribunal sobre la ineficacia obligatoria tanto de las letras como de la escritura de 17 de junio de 1932.

En méritos, pues, de las pretensiones de la señora Sighinolfi y accediendo a sus peticiones, estimó que las letras y la mencionada escritura integraban los elementos de un principio de prueba escrita que justificaba la admisibilidad de la prueba propuesta por la señora Sighinolfi. Y en apoyo de tal admisibilidad declaró el Tribunal que, aún admitiendo que la obligación asumida por Lucia Rovatti con el otorgamiento de las letras y de la escritura de 1932, viniera a concretar el reconocimiento de una obligación natural nacida de los daños causados a consecuencia del arrendamiento antes mencionado, no se podía dudar, sin embargo, de que por una manifestación de voluntad posterior el deudor podía elevar a la categoría de obligación civil aquella obligación que no tenía tal categoría en el momento en que había nacido.

El Tribunal autorizó, además, a las herederas Rovatti para que probaran por testigos los hechos alegados por ellas contra los ar-

ticulados por la señora Sighinolfi; consintió en el secuestro del inmueble gravado, solicitado por las primeras; y suspendió toda otra providencia.

En tal sentido reformó parcialmente la decisión apelada.

DERECHO. — Observa el Tribunal Supremo que en el primer motivo del recurso se denuncia fundamentalmente un defecto de motivación en que habría incurrido la sentencia impugnada al disponer la prueba testifical acerca del vínculo obligatorio contraído por Lucia Rovatti sobre el presupuesto, ni siquiera discutido, de una obligación natural de esta última, siendo así que todas estas cuestiones se discutían, alegando las recurrentes que los pretendidos consejos equivocados, en relación con el arrendamiento mencionado, no podían constituir una fuente de daños ni, por lo tanto, de obligación, aunque sólo fuera natural.

Ciertamente, no puede ponerse en duda que tal averiguación es decisiva en contiendas de esta índole, ya que excluída eventualmente la obligación natural y admitido en cambio el puro deber de conciencia, resulta que, aun cuando este último pueda constituir un motivo idóneo para la asunción de una obligación civil posterior, tal obligación sólo puede sustanciarse en un acto de liberalidad, sometido, por lo tanto, a las formas exigidas por la ley para tales actos.

Pero del contenido de la sentencia recurrida se desprende evidentemente la razón justificadora del silencio mantenido en orden a dicha averiguación. Por una parte, el Tribunal de Apelación ha estimado que la cuestión relativa a la índole de la obligación litigiosa no había sido planteada ante el Tribunal y que toda la discusión sobre la admisibilidad de la prueba propuesta descansaba en el presupuesto, no impugnado por parte de las Rovatti, de una obligación natural contraída por la difunta Lucia Rovatti; por otra parte, se ha cuidado de comprobar, antes de hacer cualquier otra averiguación, los supuestos de hecho de la pretendida obligación... Y teniendo en cuenta esto último no puede decirse, por lo tanto, que las recurrentes se hayan visto perjudicadas en el derecho de hacer valer su propia tesis acerca de la índole de la obligación y de todas las consecuencias jurídicas, en el curso ulterior del juicio, después de que, reunidas las pruebas, se dispusiera de más seguros elementos de juicio en orden a la cuestión de que se trata.

Rechazándose, por lo tanto, el primer motivo del recurso, no puede llegarse a distinta consecuencia en lo que se refiere a los otros motivos del mismo.

En el segundo motivo se censura la sentencia del Tribunal de Apelación por haber admitido la posibilidad (justificadora de la prueba oral ordenada) de la novación de una precedente obligación natural, contra el claro precepto legal que, fuera de la *soluti retentio* (art. 1.237 C. c.) no atribuye ningún otro efecto jurídico a las obligaciones naturales.

Tal cuestión, que se remonta al Derecho romano y para cuya solución no ha habido todavía acuerdo ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, no es necesario que sea resuelta en este caso concreto.

Del tenor de la sentencia impugnada resulta claramente no ya la afirmación de que la obligación natural atribuída a Lucia Rovatti hubiera sido novada por la obligación posterior, cuya demostración se solicitaba de contrario, sino la de que no se le prohibe al obligado que posteriormente eleve a la categoría de obligación civil a la que en el momento de originarse no tenía tal categoría. Lo cual es muy distinto de la pretendida novación y es jurídicamente exacto, como también lo ha entendido el Tribunal Supremo adhiriéndose plenamente a una doctrina unánime.

Cualquier obligación natural, independientemente de la posibilidad o imposibilidad de su novación, puede suministrar al obligado naturalmente la causa de una obligación posterior, civilmente válida.

De esta manera, el deudor se obliga *ex novo* a cumplir la prestación, aunque ello se haga con eficacia retroactiva, como si la obligación hubiera existido desde el primer momento. Efecto éste que tampoco puede rechazarse en la simple obligación de conciencia, que aunque disciplinada por la moral, que regula su nacimiento, su desarrollo y su extinción, puede sin embargo quedar dentro de la órbita del Derecho cuando se convierta en motivo de un acto jurídico posterior, celebrado en forma válida."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 11, especialmente nota 1 y notas 31 y 32.

La sentencia (en contra de lo que se afirma en la nota de la *Riv. dir. comm.* loc. cit.) no afirma que la letra de cambio, *a la que, por lo demás, considera nula como tal,* pueda servir para dar validez a una promesa de cumplimiento de una obligación natural, y mucho menos de un simple deber de conciencia (v. vol. I, nota explicativa núm. 3 en apéndice al § 22 y § 38 *d*).

Lo que la sentencia dice es que para la validez de la promesa de cumplir una obligación natural basta con una promesa cualquiera, aunque sea verbal y aunque no esté contenida en una letra de cambio; mien-

tras que para la simple obligación de conciencia se requieren las formas de la donación. En este último sentido, y en relación con otro pasaje de la sentencia, ha de interpretarse también la parte final de la misma (v. vol I, § 11, nota 1).

Tampoco, como sostiene Betti para apoyar su tesis (a la que nos hemos referido en el vol. I, § 11, notas 11, 18 y sigts.), se puede suponer en el caso Rovatti una "causa típica de transacción" que el Tribunal habría considerado inexactamente como obligación natural (v. Betti, *Teoría gen. del negozio giur.*, Torino, 1950, 2.°, p. 206 en nota). De semejante transacción no hay ningún indicio en los autos de esta causa y la hipótesis es completamente gratuita además de quedar excluída por las mismas alegaciones de hecho de la señora Sighinolfi.

La sentencia es interesante porque, sometiendo al resultado de las pruebas y dejando a la apreciación del juez la cuestión de la existencia de una obligación natural o solamente de un simple deber de conciencia, confirma lo que hemos dicho en el vol. I, § 11, notas 31 y 32. En este sentido véase también el caso De Cristoforo cr. De Cristoforo, Cass. 8 julio 1938, en *Rep. Foro it.*, 1938, voz *obbligaz. e contratti*, núm. 383-386, y otros casos citados en la nota al caso Baratta-Prada.

Si alguna crítica cabe hacer a la sentencia (que confirma la opinión de la jurisprudencia dominante, citada en la misma), esta crítica se referiría a la excesiva generalización en que incurre al decir que "*cualquier* obligación natural puede suministrar la causa de una obligación (promesa) posterior civilmente válida" (hay que entender que se refiere a la causa *suficiente* para excluir la liberalidad y las formas de la donación, como resulta de otros pasajes de la sentencia). V. vol. I, § 11 *c, d.*

GONZAGA cr. DANANI

App. Bologna, 24 mayo 1941. — *Riv. dir. comm.*, 1941, II, 332. Cass. 15 marzo 1943. — *Settimana Cassaz.*, 1943, 551. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis.*) Transcribimos en primer lugar la sentencia del Tribunal de Apelación.

"DERECHO *(Omissis)*. — Es un principio admitido también por este Tribunal y confirmado autorizadamente por el Tribunal Supremo (Sent. n. 2.236 del 4-7-1938 en la causa Rovatti cr. Sighinolfi) el de que la obligación natural produce también el efecto de poder constituir un motivo legítimo para la asunción de una obligación civil perfecta. Ciertamente, no puede vislumbrarse una razón por la que se deba considerar como válido el cumplimiento de la obligación natural dando lugar a la *soluti retentio*, y no se deba reconocer la misma validez a un vínculo obligatorio correlativo que el fiduciario haya asumido respondiendo al mismo impulso del

imperativo de su conciencia de cumplir cuanto le había sido encargado por el testador.

Por lo tanto, la cuestión se reduce a la solución de un punto esencial: el de si el encargo confiado al fiduciario hace que nazca para éste un puro deber de conciencia desprovisto de todo carácter jurídico o si, por el contrario, hace nacer una obligación natural. Y es indudable que, si se reconociera ésta, tanto su cumplimiento como el de una obligación civil posterior a cuya asunción pueda dar lugar después, no requerirán para su validez la adopción de una forma solemne con carácter constitutivo, como la exigida para los contratos de donación.

Ahora bien, el Tribunal, que no ignora el desacuerdo doctrinal todavía no superado sobre tal punto y al que no se le ocultan el peso y la gravedad de las razones que apoyarían la solución negativa, cree que debe adherirse a la opinión que reconoce en la fiducia testamentaria una obligación natural.

Y ello principalmente por la siguiente razón: si, aunque en contra de alguna autorizada opinión doctrinal, se admite generalmente que existe tal obligación siempre que la ley, a pesar de negar la acción para obtener el pago, admite la *soluti retentio,* o en otros casos asimilables por analogía a aquellos en los que se reconoce expresamente tal efecto; si no cabe duda de que también el deber del fiduciario, a pesar de no poder ser exigido por el beneficiario oculto, puede no obstante ser cumplido voluntariamente en favor de éste sin que la validez del cumplimiento realizado pueda ser impugnada, a menos que la disposición cumplida redunde en beneficio de personas incapaces, esto quiere decir que precisamente se está en presencia de uno de los casos en los que ha de reconocerse la existencia de una obligación natural. Lo que con mayor razón puede afirmarse si se reconoce, según la autorizada opinión del Tribunal Supremo (Sentencia n. 2.337, de 8-7-1938), que "las obligaciones naturales se identifican con las obligaciones sociales o morales que tienen contenido patrimonial pero que están desprovistas de carácter jurídico, y también con los deberes y obligaciones de conciencia claramente reconocidos por la costumbre y por el sentimiento general". Por último, tampoco se debe dejar de observar que la misma evolución del pensamiento jurídico aparece resueltamente orientada en esta materia hacia la afirmación de una obligación natural del fiduciario. En efecto, según una autorizada interpretación de las disposiciones del nuevo libro de las sucesiones y donaciones, en su art. 173 (que ciertamente no puede referirse al caso que examinamos, sometido a la disci-

plina del art. 829 del Cód. derogado) debe considerarse definitivamente admitida la teoría que ya reconocía antes tal obligación; de tal manera que también la transmisión de los bienes hereditarios hecha por el fiduciario en favor de la persona indicada por el testador y, con mayor razón, la obligación civil dirigida a producir tal transmisión de bienes hereditarios del fiduciario a la persona indicada por el testador, quedan dispensadas de la necesidad de observar la forma solemne exigida para las donaciones".

En la misma causa Danani cr. Gonzaga, el Tribunal de Casación, en sentencia de 15 de marzo de 1943, se pronunció en la forma siguiente:

"El Tribunal Supremo observa que fué en otro tiempo opinión dominante la de que el reconocimiento de una obligación natural, y más concretamente de la fiducia, daba lugar a una obligación civil perfectamente válida y accionable. Tampoco faltan hoy partidarios de tal opinión, que tuvo su apogeo en la época medieval en la que la fiducia, elevada casi a la categoría de una institución, fué ampliamente favorecida por la Iglesia. Sin embargo, con el transcurso del tiempo la fiducia fué perdiendo su primitivo valor, a causa de los abusos y de las infidelidades a que daba lugar y de los graves litigios que fomentaba, hasta tal punto que los Códigos modernos, comprendidos el Albertino y el Estense, decretaron indirectamente su ineficacia, prohibiendo su prueba; pero actualmente, en el art. 829 del C. c. derogado y en el art. 627 del nuevo Código civil, se llega a la conclusión, acogida en el art. 627, de que al tercero que pretenda reclamar bienes hereditarios basándose en una disposición fiduciaria y no en el testamento, no se le concede acción, a menos que la persona declarada en el testamento haya cumplido espontáneamente dicha disposición entregándole los bienes reclamados, en cuyo caso no habrá lugar a repetición" *(omissis)*.

"La confesión del obligado a cumplir una obligación natural o de conciencia no añade ni quita nada a la declaración, ineficaz, de su existencia. Ni siquiera la promesa de cumplimiento puede conferir eficacia jurídica a tal deuda, que, nacida como deuda de conciencia, sigue teniendo tal carácter incluso después de la promesa de cumplirla. Podría quizá llegarse a otra conclusión en aquellos casos en los que la deuda originariamente civil pierda su eficacia por circunstancias sobrevenidas (prescripción, absolución por falta de pruebas, etc.) suponiendo que tales casos pudieran incluirse en la categoría de los deberes de conciencia. A otra conclusión podría llegarse también si la promesa de cumplimiento

revistiera los requisitos y las formas de una donación obligatoria; en tal caso el vínculo obligatorio tendría su propia causa, y la preexistencia del deber de conciencia representaría su causa remota o su motivo."

La máxima de esta sentencia, tal como aparece en *Settimana Cassaz.*, loc. cit., dice:

"La disposición fiduciaria, prevista en el art. 829 del C. c. derogado y en el art. 627 del nuevo C. c., hace nacer normalmente un deber moral o de conciencia a cargo del fiduciario. Tal deber no produce otro efecto jurídico que el de la irretractabilidad del cumplimiento.

La declaración o confesión de la fiducia no convierte la deuda de conciencia en deuda civil."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 11 especialmente notas 18, 28 y 29.

La sentencia del Tribunal de Bologna argumenta a base del efecto de la *soluti retentio* para afirmar la admisibilidad de una promesa (no revestida de la forma de la donación) de cumplir la obligación natural. Sobre este argumento véase la nota al caso Pierfelici y las citas que allí se incluyen; véase también el caso Bosco cr. Fogliatti y vol. I, § 11 *c*. Partiendo de este argumento (al parecer inexacto) el Tribunal llega a generalizar la admisibilidad de dicha promesa, extendiéndola también al caso de la fiducia, en el que especiales razones aconsejaban la solución negativa (en el Derecho italiano).

Por el contrario, el Tribunal de Casación ha negado en este mismo caso la validez de tal promesa en el caso de la fiducia, pero basándose en motivos poco claros. Así, no resulta claro si los argumentos del Tribunal Supremo se refieren al caso concreto de la fiducia o a todas las obligaciones naturales. El Tribunal Supremo no podía olvidar lo que había declarado en el caso Rovatti cr. Sighinolfi, citado en la sentencia del Tribunal de Bologna, y en otros casos (que no se remontan por cierto a la época medieval). Parece que la Casación, en vez de invocar el motivo que mencionábamos en el vol. I, § 11, notas 28 y 29, que es el que nos parece más exacto, ha querido distinguir entre meros deberes "naturales o de conciencia" y obligaciones naturales o algunas obligaciones naturales (y lo mismo puede decirse de la motivación del Tribunal de Bologna). Sin embargo, en estas últimas obligaciones el Tribunal de Casación parece limitar la validez de la promesa (no revestida de las formas de la donación) a los casos de obligaciones originariamente civiles que hayan perdido su eficacia por prescripción, etc. De ahí que su motivación resulte un tanto oscura.

El Tribunal Supremo, además, parece confundir el caso de mera confesión, declaración o reconocimiento de una obligación natural (prescindiendo del caso de la fiducia) con el caso de una promesa de cum-

plimiento, hecha con la intención de obligarse jurídicamente. Sobre esta distinción v. vol. I, § 11, nota 22 y los casos franceses estudiados infra en el cap. V, así como la nota al caso Baratta-Prada.

En cuanto al carácter de obligación natural, y no de mero deber de conciencia, de la fiducia, parece más exacta la solución adoptada por el Tribunal de Bologna.

Confróntese este caso con el caso Bolelli cr. Frascaroli e indíquense las diferencias entre uno y otro.

En una nota de Montel en *Riv. dir. comm.*, 1941, loc. cit., se cita el Informe ministerial sobre el art. 873 del libro de las obligaciones para el nuevo C. c. (art. 2.034 del nuevo C. c.) en el que se excluye expresamente la validez de la promesa de cumplir una obligación natural. Pero esta negación expresa ya no se encuentra en el Informe del Ministro de Justicia sobre el nuevo Código (v. n. 557 y 790 de este Informe), que se limita a decir que el único "efecto" de la obligación natural es la *soluti retentio*. De manera que, aparte del valor que puedan tener los trabajos preparatorios, los argumentos que hemos adoptado para justificar la validez de tal promesa *en ciertos casos* (no en el de la fiducia) no parecen quedar inutilizados (v. vol. I, § 11, nota 20 y los autores allí citados).

BOLELLI cr. FRASCAROLI

Cass., 31 marzo 1942. — *Settimana Cassaz.*, 1942, 526.

"El contrato de venta que encubra el cumplimiento de una obligación de conciencia — en este caso, el cumplimiento del deseo del testador de que se transfiera un inmueble incluído en la sucesión a un pariente del mismo testador — no constituye una donación y, por lo tanto, es válido aunque se haya celebrado sin la presencia de testigos."

En la motivación de esta sentencia el Tribunal Supremo dice que en tal caso "falta el *animus donandi*... Éste presupone que el enriquecimiento del donatario se haya querido por puro espíritu de liberalidad, que implica espontaneidad". Y ello a pesar de que, añade el Tribunal, en el art. 769 del nuevo C. c. ya no se hable de espontánea liberalidad.

Y concluye diciendo: "No cabe hablar de puro espíritu de liberalidad cuando se hace la donación sólo porque se cree estar obligado a ello, aunque sea en cumplimiento de un deber que no esté sancionado jurídicamente".

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 11, especialmente notas 28 y 29; y § 38 *a*.

La sentencia estima que existe en este caso una obligación de con-

ciencia (v. sobre este punto la nota al caso Gonzaga cr. Danani). Y así puede ocurrir cuando, más que de una verdadera y propia fiducia, se trate de un deseo o de una recomendación del testador (v. vol. I, § 11, nota 28). Falta ver, sin embargo, si una mera obligación de conciencia puede justificar un *transfert* o un cumplimiento hechos sin observar la forma de la donación (v. vol. I, § 38 *a*).

En todo caso, aunque se trate de verdadera y propia fiducia y de obligación natural, falta ver de qué forma se puede llevar a cabo el *transfert* no habiendo un acto de *transfert* abstracto para los inmuebles (v. vol. I, § 38 *a* y § 22, nota 35). La dificultad se habría superado en este caso mediante una venta simulada. En cuanto a la concepción de la donación como puro espíritu de liberalidad, ver vol. I, § 8 y § 11, notas 10 y 28.

Vergara cr. Etruschi

Cass., 27 enero 1941. — *Foro it.*, 1942, I, 336. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.) Advertencia: el caso Vergara cr. Etruschi ha de examinarse junto con los casos Bosio cr. Cappelletti y Stella contra Gangemi, con los que forma grupo; v. también supra el caso Magnani cr. Presti.

En el caso Vergara se trataba de una persona que había hecho una promesa escrita (pero sin observar las formas de la donación) de entregar una pensión alimenticia a otra persona, con la que la primera estimaba que le unía una relación de paternidad natural.

Los herederos del promitente sostenían que tal promesa contenía una donación nula por defecto de forma, ya que no existía el título de filiación natural.

El Tribunal de Casación rechaza esta tesis, invocando su propia jurisprudencia en casos análogos relativos a promesas hechas a una concubina de quien se ha tenido un hijo (y cita la sentencia de 15 de mayo de 1938, en *Rep. Foro it.*, 1938, voz *obbligaz. e contratti*, n. 190). V. también el caso Pollastri cr. Pavesi, App. Bologna, 13 abril 1942, en *Rep. Foro it.*, 1943-1945, voz *obbligaz. e contratti*, n. 115 y en *Temi Emiliana*, 1943, I, I, 8, en donde se citan también otras muchas sentencias sobre la validez de una promesa, hecha sin las formas de la donación, de cumplir la obligación natural de reparar el perjuicio sufrido por la concubina al cesar el concubinato. Sobre este punto, v. vol. I, § 11, notas 30 y sigts.

Sin embargo, como se pone de relieve en una nota del *Foro it.*, 1942, I, 336, en el caso Vergara cr. Etruschi se examina el supuesto de una promesa hecha precisamente y sólo en favor del

hijo natural (o de quien era considerado como tal) y no en favor de la concubina aunque fuera también para el hijo, o en favor de ella y del hijo. Y para este supuesto, se dice en dicha nota, no existen precedentes.

En el caso Vergara, el Tribunal de Casación motiva en la forma siguiente:

"No es la liberalidad la causa de las obligaciones de esta clase, sino aquel otro deber moral, universalmente reconocido, de socorrer tanto a la mujer caída en la miseria por la culpa común como a la criatura necesitada de la que se cree ser padre o de quien por lo menos se tiene la duda de ser padre. La ley no concede protección directa a estos deberes morales, a pesar de ser tan elevados, y no la concede en consideración a la gravedad del peligro de abusos que se producirían en un terreno tan delicado; pero cuando el hombre se obliga mediante una expresa y concreta declaración a cumplir tales deberes, la obligación es válida, sin que pueda pretenderse que tal obligación deba resultar del documento solemne exigido para la donación porque, como se ha dicho, la causa de esta obligación no es la liberalidad."

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 11, especialmente *b, c, d* y notas 30 y sigts.

1) ¿Se pueden poner límites de valor a promesas de esta naturaleza? ¿Qué límites?

2) ¿En qué sentido se habla de "causa" en el caso Vergara? ¿En el sentido estrictamente objetivo de razón de justicia o razón justificadora de la sanción, con lo que la intención de donar sería irrelevante en orden al problema de la forma de la donación?

3) Confróntese este caso con el caso francés R. cr. D., Cour de Douai, 6 agosto 1856, estudiado en el cap. V, e indíquense también las diferencias en cuanto al supuesto de hecho.

BOSIO cr. CAPPELLETTI

App. Milano, 12 junio 1947. — *Rep. Foro it.*, 1948, voz *obbligaz. e contratti*, n. 173. (Transcribimos sólo la máxima de la sentencia por no haber podido encontrar el texto íntegro de la misma.)

"Una declaración de deuda hecha sin ninguna especificación de la causa, que no responda a la demostración de un *animus donandi*, ni pueda considerarse como hecha bajo los efectos de una *vis compulsiva* para sustraerse a persecuciones y amenazas por parte de la ex amante, sólo puede interpretarse como cumplimien-

to de una obligación de conciencia por parte del hombre por haber roto la relación amorosa y queda comprendida dentro de la esfera de las relaciones reguladas por la moral, que la ley sólo reconoce jurídicamente cuando hayan sido voluntariamente cumplidas."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 11, notas 30 y sigts.

Sobre la función de la mención de la causa y de la causa misma como protección del promitente contra vicios generales del consentimiento, v. vol. I, nota explicativa n. 4 en apéndice al § 22, especialmente nota 42; v. también § 23. La sentencia no quiere decir, pues, que el *billet non causé* sea válido con tal de que se pruebe el *animus donandi* (v. sin embargo para el Derecho francés vol. I, 38 *d*).

La sentencia habla de una pura obligación de conciencia; no parece que se dieran en este caso los elementos de la seducción, del perjuicio grave para la mujer, etc., que hubieran podido dar lugar a una obligación más fuerte, civil o natural, que pudiera justificar la validez de una promesa no revestida de las formas de la donación. V. sobre este punto vol. I, § 11, notas 30 y sigts. y la nota al caso Vergara cr. Etruschi.

Betti cita la sentencia del caso Bosio cr. Cappelletti *(Negozio giur.* cit., 2.ª ed. p. 392, nota 55), en apoyo de su tesis de que la promesa de cumplir una obligación natural no se justifica por el tipo de contrato o, en todo caso, por un interés merecedor de tutela jurídica (teoría de la función económico-social: v. vol. I, § 11, nota 22 y § 19).

Stella cr. Gangemi

Cass., 17 julio 1948. — *Foro it.*, 1949, I, 951. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

El Tribunal, etc. — "Por lo que se refiere al recurso principal, se vuelve a proponer en el primer motivo la cuestión de si, en orden a la prueba del carácter remuneratorio de la donación, debe resultar tal carácter del mismo documento público del que resulta dicho negocio jurídico o puede deducirse de circunstancias extrínsecas, demostrables por cualquier medio de prueba. El Tribunal de Apelación, adhiriéndose a las decisiones de este Tribunal Supremo en las sentencias de 10 de junio de 1938 (*Foro it.*, Rep. 1938, voz *Donazione*, n. 10) y de 9 de marzo de 1929 (íd. Rep. 1929, voz cit., n. 51) se decidió por esta última solución; lo que dió lugar a las censuras del recurrente que se resumen en el siguiente dilema: o se considera que la intención de remunerar constituye un elemento causal de la donación, y en tal caso al constituir el acuerdo sobre la causa, o sea, sobre el efecto típico que las partes quieren alcanzar, el contenido esencial de la declaración de voluntad

no es posible que tal acuerdo se haga sin observar la forma exigida por la ley para aquel concreto tipo negocial; o bien se considera que dicha intención constituye, por el contrario, un motivo que es jurídicamente relevante y que, por lo tanto, tendría que resultar igualmente del documento, ya que, por principio general, no se puede reconocer eficacia jurídica a motivos que no resulten expresamente del contenido de la voluntad negocial.

Sin embargo, tales censuras carecen de fundamento y por lo tanto no pueden inducir a apartarse de la jurisprudencia anterior.

La donación remuneratoria, si bien se caracteriza por la finalidad especial de remunerar que mueve al donante a efectuar la liberalidad, no llega a convertirse en un tipo negocial distinto; su causa sigue siendo siempre e inalterablemente el espíritu de liberalidad, inherente a toda atribución patrimonial a título gratuito, y es lo que justifica su función económica y social (art. 1.051 C. c. de 1865; art. 770 C. c. vigente). Si la finalidad de remunerar que persigue el donante es reconocida como jurídicamente relevante para determinados efectos, no incide sin embargo sobre la naturaleza del acto ni altera su contenido negocial, funcionando tal motivo no como límite o condición del acto de voluntad sino sólo como un hecho impeditivo de la acción de revocación por ingratitud o por superveniencia de hijos, a la que, de no ser por ello, podría eventualmente quedar sometida la donación. Lo mismo que los demás motivos, éste queda desprendido y separado de la voluntad contractual, debiendo considerarse, por lo tanto, como un mero hecho extraño, aunque determinante, al que se conexionan ciertos efectos jurídicos independientemente de que se haya o no elevado a contenido de la voluntad negocial, del mismo modo que se conexionan efectos jurídicos, en orden a la invalidación del acto, a los motivos ilícitos en vista de los cuales las partes se hayan decidido a celebrar el negocio (arts. 1.119, 1.122 del C. c. de 1865 y 1.343, 1.345 del C. c. vigente). Por lo tanto, quedando la finalidad remuneratoria desvinculada del *in idem placitum consensus*, es evidente que su prueba no puede someterse a limitaciones, pudiendo deducirse de circunstancias extrínsecas, ya que incluso es frecuente que razones de conveniencia social aconsejen no mencionar en el documento el fin que mueve al donante, de la misma manera que cuando se trata de motivos ilícitos casi nunca se atreven las partes a consignarlos en el escrito.

Tampoco contradicen este principio las disposiciones de los artículos 626, 787, 788 del nuevo Código civil, según los cuales, para que pueda tener relevancia en los actos de liberalidad el motivo

erróneo o ilícito es necesario que tal motivo resulte del mismo acto, además de ser el único que haya inducido al testador o al donante a hacer la liberalidad. En efecto, tratándose aquí de un motivo puramente personal y exclusivo del declarante, se comprende la necesidad en orden a la invalidación del acto no sólo de que tal motivo haya sido manifestado sino de que haya sido manifestado en el mismo documento y, por lo tanto, en la forma exigida para éste, sin lo cual vendría a quedar fácilmente quebrantada la certeza del negocio. *(Omissis.)*

También carece de fundamento el tercer motivo, que envuelve una compleja censura. Se sostiene, por una parte, que la sentencia recurrida habría incurrido en error al estimar que podía también revestir carácter remuneratorio la donación hecha a la mujer seducida, convertida después en concubina, para reparar el perjuicio derivado de la seducción y de la consiguiente relación sexual, siendo así que en el concepto de la donación remuneratoria deberían incluirse solamente las liberalidades hechas para recompensar un servicio o un beneficio recibidos. *(Omissis.)*

Ante todo, no es exacto limitar el concepto de la donación remuneratoria a las liberalidades dirigidas a recompensar un servicio o un beneficio, negando tal carácter a las que tengan como móvil la reparación de un daño.

Como ha afirmado otras veces este Supremo Tribunal, y precisamente en materia de donaciones hechas por el seductor en favor de la seducida, convertida después en concubina, la liberalidad tiene naturaleza remuneratoria cuando el motivo del acto responda a una obligación de conciencia (28-4-1942, *Foro it.*, Rep. 1942, voz *Donazione,* n. 16; 10-6-1938, íd. Rep. 1938, voz cit. número 10; 9-3-1929, íd., Rep. 1929, voz cit., n. 51), obligación tanto más vivamente sentida y apreciada por dirigirse a la reparación de una mala acción. Y sin embargo, tanto si es éste el móvil que induce al donante a hacer la liberalidad, como si lo es el de la remuneración de beneficios o servicios recibidos, no por ello se altera la función que la liberalidad está destinada a cumplir según la intención del donante, es decir, la de restablecer un equilibrio alterado; tanto es así que en la Edad Media, al tratar de las *donationes ob causam, se hablaba* también de *quaedam permutatio.* Y precisamente porque a tal función se conexionan los especiales efectos jurídicos de la donación remuneratoria, tales como la obligación expresamente reconocida en el nuevo Código civil de prestar la garantía por evicción y, por lo tanto, la exclusión de la revocación por ingratitud o por superveniencia de hijos, como también la exclusión de la

obligación de alimentos (art. 1.087 del C. c. de 1865; 797, 805, 437 del C. c. vigente), cualquier distinción que se hiciera chocaría evidentemente contra el espíritu de la ley y por lo tanto debería ser rechazada, como arbitraria, por el intérprete. *(Omissis.)*

Todavía ha utilizado el recurrente otro argumento en apoyo de su tesis, queriendo fundarse en la imposibilidad de establecer una relación de equivalencia entre el perjuicio acarreado y la cosa donada para negar en el cuarto motivo la admisibilidad de una donación remuneratoria... tal como se requería en el art. 1.087 del Código civil de 1865 para declarar la irrevocabilidad.

Sin embargo, el argumento carece de valor, ya que parte del presupuesto erróneo de que a los efectos de la liberalidad de que se trata solamente es remunerable lo que sea patrimonialmente estimable; lo cual no es cierto, pues, incluso sobre la base de un pasaje de Paulo, fr. 34, D. 39, 5, se ha sostenido precisamente lo contrario. En realidad, aunque se quiera atribuir un significado al adverbio "puramente" utilizado en el art. 1.087 del C. c. de 1865, se llegaría siempre a una solución completamente opuesta a la propugnada por el recurrente, ya que estando el donante en mejor situación que cualquier otro para apreciar la entidad del perjuicio causado, no se podría nunca negar aquella equivalencia y atribuir a la cosa donada un valor mayor que el que pudiera tener el perjuicio sufrido por el beneficiario (Cass. 28-5-1935, cit.).

Tampoco se negó tal equivalencia en la sentencia recurrida, en la que, ante la pérdida del honor de la donataria, ante su comprometida situación frente al público por la convivencia *more uxorio* con su primo, el actual recurrente, y ante la dificultad de encontrar una colocación honesta, se estimó, con apreciación que es inatacable, que la remuneración era muy inferior al valor y a la importancia de los bienes jurídicos que la donataria había sacrificado. *(Omissis.)*

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 11, especialmente apartado *a*, nota 3; *b*, 1.°; *d*, notas 30 y sigts. V. también § 19, nota 11 y § 38 *a*.

La cuestión litigiosa se centraba en la admisibilidad de la revocación de la donación por superveniencia de hijos.

Sobre la concepción de la "causa" como función económico-social en este caso y en otros semejantes, v. lo que diremos sobre esta misma sentencia en el cap. VII al estudiar el caso FIAT-Carrain.

Sobre el tratamiento especial de los motivos en los contratos a título gratuito, v. vol. I, § 3 *b*, poco antes de la nota 5 y § 15; véase también Planiol, *Traité pratique de droit civil français*, 1952, VII, núm. 38 y los autores que cita.

Sobre la equiparación entre donaciones hechas por servicios recibidos y donaciones dirigidas a reparar un daño, v. vol. I, § 11, nota 3. Por análogas razones parece que se deben equiparar las promesas por servicios recibidos y las hechas para reparar un daño o en general para cumplir una obligación natural, en orden al problema de la validez de tales promesas cuando no revistan las formas de la donación (v. vol. I, § 11, nota 3).

Para distinguir la donación remuneratoria de otras promesas semejantes, parece que puede ser útil el criterio subjetivo de la intención de las partes (intención de donar o bien de cumplir una obligación natural), con tal de que el *quantum* prometido o dado no sea muy superior al valor del servicio o del perjuicio que se quieran remunerar o reparar (criterio objetivo): v. vol. I, § 11, nota 9. Y viceversa, si el *quantum* es igual o muy inferior a dicho valor, puede existir la donación si tal es la intención de las partes (criterio subjetivo) con tal de que no se trate de una obligación civil de compensar o de reparar el daño, sino de una obligación natural a la que, en el caso de la mujer seducida, la sentencia la llama "obligación de conciencia". Lo que puede ser exacto en las concretas circunstancias de este caso concreto. (V. volumen I, § 11, notas 30 y sigts.).

Por último, el tribunal ha estimado que para que exista una donación remuneratoria no es necesario que lo que se remunera (el servicio) o repara (el perjuicio) sea patrimonialmente estimable; y que, por lo tanto, no es necesario que pueda establecerse una relación de equivalencia con criterios objetivos. Lo cual es exacto en el caso de la donación remuneratoria y lo es también, dentro de ciertos límites, en orden a la exclusión de la revocación de la donación por ingratitud o por superveniencia de hijos.

Pero puede suceder que surjan dudas en cuanto a la aplicabilidad de la garantía por evicción "dentro de los límites de la cuantía de las prestaciones recibidas por el donante" (v. art. 797, n. 3.° C. c.) v. volumen I, § 15 *b*.

Pasando al problema de la promesa no formal, parece que deba excluirse la validez de una promesa no revestida de las formas de la donación y hecha para recompensar servicios no estimables patrimonialmente, puesto que para que tal promesa sea válida parece que ha de darse la posibilidad de establecer aquella relación de equivalencia mediante criterios objetivos.

Pero ¿qué decir de una promesa (no formal en ese sentido) de entregar una cantidad o una cosa para reparar un daño? Y concretamente, ¿qué decir de una promesa para reparar el daño o el perjuicio sufrido por la mujer seducida y convertida después en concubina? ¿Es necesario que tal perjuicio sea patrimonialmente estimable y permita, por lo tanto, establecer aquella relación de equivalencia según criterios objetivos? ¿O pueden adoptarse criterios más elásticos que los que se utilizan cuando se trata de un servicio prestado? ¿Pueden aplicarse por analogía los arts. 2.056 y 1.226 del nuevo C. c.?

En cuanto al texto romano citado en la sentencia (D. 39, 5, 34, § 1) véase vol. I, § 2, nota 22. Sobre la concepción de la *datio ob causam* y de la *quaedam permutatio* en el Derecho medieval, v. vol. I, § 4, nota 8.

CUESTIÓN:

Aparte de la diferencia relativa a la forma, ¿cuáles son las diferencias relativas al fondo entre donación remuneratoria y promesa hecha en cumplimiento de una obligación natural por servicios prestados, o para reparar un daño, etc? V. vol. I, §§ 15, 16 y 20 *b*.

GELARDI cr. TAMBURELLO

Cass. 14 julio 1950. — *Foro it.*, 1951, I, 316. En nota, el caso VENTO cr. VENTO. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

La sentencia casada (App. Palermo, 22 julio 1947) había estimado que no era necesaria para la donación remuneratoria la presencia de los testigos exigidos en la ley notarial para las donaciones, ya que la donación remuneratoria no persigue un mero fin de liberalidad sino, además de él, la satisfacción de un deber *jurídico o moral,* teniendo por lo tanto naturaleza mixta entre liberalidad y pago.

Pero el Tribunal Supremo observa que no se puede distinguir entre los dos requisitos formales (documento notarial y testigos) y que la donación remuneratoria, considerada antiguamente como una *datio ob causam,* ha de incluirse dentro del "esquema tradicional" de la donación. Y continúa en la forma siguiente:

"Dirigida a recompensar hechos, servicios o beneficios recibidos, debida a reconocimiento o también a méritos especiales del donatario, tal figura ha de incluirse dentro del esquema tradicional de la donación, con la consiguiente necesidad de observar los requisitos de forma exigidos para la validez de ésta, siempre que resulte evidente la intención del donante de querer enajenar gratuitamente en favor de otro una parte de su patrimonio, con el fin de aumentar el patrimonio del beneficiario. Sin embargo, pudiendo suceder, y lo dispuesto en el art. 797 confirma tal posibilidad, que la liberalidad se dirija también a recompensar prestaciones recibidas, como quiera que en tal caso dicha liberalidad se concreta en una *datio in solutum,* o sea en un verdadero y propio pago, en la medida correspondiente a dicha recompensa, y el negocio celebrado viene a adquirir carácter complejo, resulta que en orden a los requisitos de forma exigidos para su validez deberá

tenerse en cuenta el principio de la absorción, según el cual la prestación accesoria y accidental queda sometida en cuanto a la forma a la regulación establecida para la prestación principal. De donde se deduce que la donación remuneratoria está sometida a los requisitos de forma exigidos para las donaciones en general, siempre que la gratuidad sea el elemento exclusivo o predominante de la atribución patrimonial realizada, y, por el contrario, no está sometida a tales requisitos cuando resulte que la atribución patrimonial se deba en su mayor parte a una causa onerosa."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 11 *a*, *b*; § 38 *a*.

La sentencia parece limitar la validez de una promesa o de una *datio* (no revestida de las formas de la donación) al caso de prestaciones recibidas, es decir, de servicios patrimonialmente estimables o, dicho en otros términos, de servicios que puedan dar lugar a una acción en juicio. Y, a este propósito, adopta como límite o criterio el criterio objetivo de proporción (v. notas a los casos Vento cr. Vento y Stella contra Gangemi).

Pero no está claro si la sentencia (a diferencia de la dictada por el Tribunal de Apelación de Palermo) exige también que las prestaciones recibidas puedan dar lugar efectivamente a una acción en juicio o a una obligación "jurídica" de retribuirlas (v. en esta misma nota el caso Vento cr. Vento). En cuyo caso, indudablemente, el criterio subjetivo de la intención (de donar o de pagar) ya no tendría sentido en cuanto a la parte de lo dado o prometido que correspondiera al valor de tales servicios. Pero, tratándose de un negocio mixto, quizá sea más difícil descubrir una intención de pagar, y más presumiblemente existirá una intención unitaria de donar.

Véase también el caso Fallacci cr. Monterossi, App. Firenze, 26 junio 1951, *Rep. Foro it.*, 1951, voz *donaz.* núm. 5, cuya máxima dice: "Para el concepto de donación remuneratoria es elemento exclusivo o predominante la gratuidad de la atribución patrimonial: de manera que cuando ésta se haga *ante todo* para compensar subvenciones recibidas, el negocio ya no estará sujeto a los requisitos formales de la donación". Sobre el principio de la absorción, v. por analogía vol. I, § 10, nota 2 bis.

En relación con el problema planteado en el caso Gelardi cr. Tamburello hay que tener presente también el caso Vento cr. Vento. App. Génova, 28 abril 1948, *Rep. Foro it.*, 1949, voz *donazione*, n. 33.

Transcribimos la máxima de la sentencia recaída en este caso, por no habernos sido posible encontrar el texto de esta sentencia, que nos parece interesantísima:

"Lo que caracteriza a la donación, y también a la donación remuneratoria, y lo que la distingue de la dación en pago, es el *animus donandi*, es decir, el espíritu de liberalidad por el cual uno se despoja

de un derecho o asume una obligación para enriquecer a la otra parte; lo que también se verifica cuando se haga esto por agradecimiento o para premiar especiales méritos, o recompensar un hecho útil al donante pero carente de un contenido apreciable pecuniariamente e inidóneo para atribuir un derecho dotado de acción; mientras que existe dación en pago cuando se quiere compensar prestaciones económicamente apreciables y susceptibles de tutela jurídica; de tal manera que el acto se dirige a cumplir una obligación jurídica y no a enriquecer gratuitamente a otro."

La sentencia del caso Vento parece adherirse a la errónea tesis de Pothier a que hemos aludido en el vol. I, § 11, nota 4, al exigir que, además de ser pecuniariamente apreciables, dichos servicios sean capaces de dar lugar a una acción en juicio. Pero quizá ha de entenderse tal capacidad solamente en sentido potencial, pues de no ser así ni siquiera se plantearía el problema.

En tal caso, y siempre que no exista un verdadero y propio derecho o acción para exigir una recompensa, cabe preguntarse: ¿qué habrá que hacer para distinguir una donación remuneratoria de una dación o promesa hechas en cumplimiento de una obligación natural? ¿Se hará tal distinción sobre la base de la intención de donar o de recompensar, o sobre la base del criterio de proporción? (V. vol. I, § 11 *a*, *b*). La sentencia no resulta clara sobre este punto.

Y viceversa, en el caso de servicios que no sean pecuniariamente apreciables, la sentencia acoge la opinión tradicional según la cual se requiere siempre el esquema formal-causal de la donación, aunque la intención sea de retribuir y no de donar (v. vol. I, § 11 *b*, 1.°).

En cuanto a la jurisprudencia francesa, v. nota final a la sección II de este mismo capítulo.

SECCIÓN II

Jurisprudencia francesa

RICHER et GOUMARIN cr. heredero de RICHER

Cour de Rouen, 23 mayo 1837. — *Dalloz, Jurispr. Gén., oblig.* n. 509. (Sentencia transcrita textualmente, según figura en el Dalloz.)

Pierre Nicolas Richer, deudor de cantidades bastante considerables frente a varias personas, y en la imposibilidad de pagarlas, recurrió a su tío, el abate Richer, párroco de Duclair, quien suscribió un documento concebido en los siguientes términos:

"Yo, el abajo firmante me obligo a pagar, como deuda de honor, la cantidad de 6.000 francos debidos a varios acreedores por

Pierre Nicolas Richer, mi sobrino, cantidad que no será exigible por dicho señor Richer hasta después de mi muerte, y para distribuirla entre aquéllos a prorrata de sus créditos.

"En Duclair, a 27 de mayo de 1834.

"Vale por 6.000 francos.

"Firmado:

"Richer, cura párroco de Duclair."

Después de la muerte del abate Richer, el señor Richer y el señor Goumarin, declarándose representantes de varios acreedores pidieron la ejecución del documento otorgado el 27 de mayo de 1834.

Se practicaron varios embargos contra los legatarios universales del abate Richer.

Éstos opusieron la nulidad de la obligación, por carecer de causa válida.

La sentencia, reconociendo que la obligación del abate Richer tenía una causa válida, anuló los embargos practicados, por considerar que Richer sobrino y Goumarin no habían justificado en forma legal ni la calidad en que actuaban, ni la existencia de los créditos, ni su fecha, ni su cuantía.

Apelación.

Sentencia:

El Tribunal,

Considerando que las partes que intervienen en la apelación no habían sido legalmente representadas por el señor Goumarin, que no tenía ningún poder legal a tal efecto.

Que dichas partes han justificado el interés que tienen en que se declare la validez de la obligación contraída por el difunto abate Richer.

Considerando que el documento de 27 de mayo de 1834 contiene todos los elementos de una verdadera obligación e incluye una causa lícita al declarar el abate Richer que se obliga a pagar como deuda de honor.

Que este documento demuestra que fué en interés del honor de su familia por lo que el abate Richer garantizó a los acreedores de Pierre Nicolas Richer, su sobrino, el pago de la cantidad de 6.000 francos.

Que esta obligación es, por lo tanto, de conciencia y lícita, pues ha sido contraída no solamente en beneficio de dicho señor Richer, sino también en beneficio de quienes tenían créditos ya existentes en el momento de otorgarse dicho documento y créditos de los que el abate Richer tenía conocimiento, lo que se desprende del texto de dicho documento, por la expresión "*a prorrata*".

Considerando que resulta de títulos auténticos, de protestos y de otros documentos del pleito, que el señor Goumarin, apelante, y las partes que intervienen eran acreedores en el momento de contraerse la obligación por cantidades que exceden de la de 6.000 francos, por la que el abate Richer se obligó en interés de ellos.

Que los acreedores que habían iniciado reclamaciones judiciales antes de otorgarse dicho documento las interrumpieron tan pronto como tuvieron conocimiento del mismo.

Se reforma la decisión del Tribunal...

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, §, notas 8, 9 y 10; § 11 *b*, 2.°; § 14 *f*.

1) En una nota del Dalloz, *Jurispr. Gén.*, loc. cit., n. 509, se comenta este caso en la forma siguiente:

"Todavía hay más: una obligación tiene su causa suficiente en los sentimientos de honor y de delicadeza que han dado lugar a que se contraiga. (V. Toullier, tomo 6, n. 166 y sigts.; Merlin, *Quest. V.° Cause des oblig.;* Boileux, p. 382; Duranton, tomo 10, n. 326 y sigts.). Así, ha podido estimarse:

Que cuando un Tribunal de Apelación, interpretando documentos y hechos que constan en ellos, ha declarado que se encuentra una causa suficiente de una obligación en el sentimiento de honor y de delicadeza que ha dado lugar a que se contraiga, y, concretamente, que por estas razones tal obligación ha convalidado una renovación de renta hecha por un hijo sobre bienes de su padre que estaban gravados, no hay lugar a recurrir en casación contra su sentencia alegando error y ausencia de causa en la obligación" (*Req.* 10 marzo 1818).

Este caso presenta diferencias respecto al caso Richer.

2) El caso Richer no interesa por la obligación del abate Richer frente a los acreedores de su sobrino (admitiendo que existiera tal obligación) sino porque la sentencia parece exigir una "causa válida" o "suficiente" también en relación con tales acreedores (v. vol I, § 14 *f*). También respecto a los acreedores consistiría esta causa en el "interés del honor de la familia". V. también la nota al caso Ricciardelli cr. Biondo y los casos que en dicha nota se citan.

Adviértase también que, en su parte final, la sentencia tiene en cuenta el hecho de que los acreedores, a consecuencia de la obligación asumida por el abate Richer, habían suspendido los actos ejecutivos: una especie de *reliance,* aunque no había sido solicitada (para el *common law* véase vol. I, § 27, nota 2 *e*, y nota 3 *b*; § 35, nota 14).

3) A diferencia del caso Ricciardelli y de otros citados en la nota al mismo, la promesa de pagar una deuda ajena había sido hecha, en el caso que nos ocupa, al mismo deudor. Por lo que se refiere al sobrino, la sentencia parece aludir al problema o, por lo menos, a la duda acerca de si la promesa del abate constituía una donación y requería la obser-

vancia de la forma correspondiente (v. los casos Ricciardelli y Bosco). En efecto, la sentencia parece reconocer validez en general a la obligación, incluso por lo que se refiere al sobrino, basándose en la circunstancia de que había sido contraída también en beneficio de los acreedores. De manera que, si tal obligación de pagar sus deudas se hubiera contraído solamente frente al sobrino, ¿habría que llegar a la conclusión de que carecía de una "causa", es decir, de que se trataba de una donación nula por defecto de forma?

4) Se puede poner en duda que el "interés del honor de la familia", mencionado en la sentencia, haya sido considerado como una *causa praeterita,* es decir, como una obligación natural o un deber moral, y no como una causa *presente.*

5) La sentencia no se plantea el problema de la intención de contraer un vínculo jurídico, problema que, precisamente en el caso de la deuda de honor, suscita bastantes dudas (v. los casos franceses del capítulo V); y no se lo plantea porque la intención resultaba suficientemente del mismo documento y de las circunstancias. ¿De qué elementos podía resultar tal intención?

6) ¿Cómo se hubiera resuelto este caso según el *common law,* en cuanto a los sobrinos y a los acreedores?

Limousin cr. Parry

Cass., *Req.*, 17 abril 1827. — *Dalloz, Jurispr. Gén., Oblig.*, n. 511. (Sentencia transcrita textualmente, según figura en el Dalloz.)

Limousin era acreedor de Jumeau por una cantidad de 4.580 francos, importe de dos letras protestadas.

Parece que en el momento en que iba a reclamar judicialmente el pago de dicha cantidad, un tal Texier, amigo del deudor, fué en su busca para rogarle que suspendiera las reclamaciones.

Sin embargo, este mismo Texier, después de haber conseguido una moratoria en favor de Jumeau, se hizo otorgar por éste un documento notarial conteniendo el reconocimiento de una deuda de 19.125 francos, en garantía de la cual se constituyó una hipoteca el mismo día, 19 de enero de 1811.

Limousin, que a instancia de Texier había suspendido sus reclamaciones, creyendo ver en la conducta de éste un abuso de confianza, hizo inscribir inmediatamente su derecho, pero tal inscripción fué de fecha posterior a la de Texier. De ahí las negociaciones entre las partes.

Para reparar su mala acción, Texier firmó con fecha de 9 de

febrero de 1811 un documento privado en el que, después de reconocer que había sido por sus ruegos por lo que Limousin había interrumpido sus reclamaciones, declaraba que consentía en que este último se colocara antes que él y que tuviera prelación su hipoteca.

Efectivamente, en el momento de la ejecución, Limousin se presentó provisto del documento privado para ser colocado delante del crédito de 19.125 francos de Texier.

Pero ciertos llamados Parry, que habían sido pupilos de Texier y con los que este último estaba en deuda a consecuencia de la rendición de las cuentas de la tutela, se opusieron a esta colocación y pidieron la nulidad del documento privado en cuestión, alegando, por una parte, que dicho documento no contenía una causa suficiente, y, por otra, que era perjudicial para ellos.

El 14 de mayo de 1825 se dictó sentencia accediendo a esta petición.

Apelación.

El 23 de agosto de 1825, el Tribunal de Limoges dictó sentencia confirmando la apelada.

Recurso por infracción de los arts. 1.134, 1.382 y por aplicación indebida de los arts. 1.131, 1.167, 2.127 del C. c.; ya que, por el principio según el cual todo hecho del hombre que cause perjuicio a otro debe ser reparado, resulta que la obligación contenida en el documento privado tenía una causa verdadera y legítima que la sentencia recurrida no ha podido desconocer sin atentar tanto contra la ley como contra las convenciones legalmente celebradas. Es inútil que la sentencia se apoye en la consideración de que Texier, al renunciar a la prioridad de su hipoteca contra Jumeau, había perjudicado a sus propios acreedores; pues el derecho de estos acreedores en virtud de su hipoteca legal, como antiguos pupilos de Texier, sólo podía recaer sobre los inmuebles de éste. Pero no podían reclamar nada sobre el crédito de 19.125 francos en relación con el cual había sido concedida la prioridad.

SENTENCIA:

El Tribunal,

Considerando que la sentencia recurrida, al adoptar los motivos expuestos en la primera sentencia, ha hecho constar que la cesión de que se trata se hizo sin causa suficiente para producir una obligación y no era más que un acto de pura liberalidad por parte de Texier, nocivo y perjudicial para sus acreedores;

Considerando que la sentencia apoya esta declaración en la interpretación de las cláusulas consignadas en el documento de

cesión y en una apreciación de hechos y de circunstancias que no puede dar lugar a la casación;

Considerando, por último, que este motivo basta para justificar la sentencia, sin que sea necesario examinar el motivo primero. Se rechaza.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 7; § 9, notas 8, 9 y 10; § 11 *b*, 2.° y *d*; § 27, notas 4 y sigts.

En una nota del Dalloz, *Jurispr. Gén.*, loc. cit., n. 511, contraponiendo este caso al caso Richer se hace el siguiente comentario:

"Pero en una sentencia inédita del Tribunal de Casación se ha declarado que carece de causa suficiente la obligación en virtud de la cual un individuo consiente en que su hipoteca ceda el puesto a la de un tercero, por reconocer que había sido por sus ruegos por lo que este último había suspendido su reclamación, permitiendo de esta manera que se le antepusiera una inscripción hipotecaria; que, en consecuencia, los acreedores de este individuo están legitimados para pedir la nulidad de dicha obligación; que la sentencia que así lo ha declarado, por apreciación de los hechos y de las circunstancias, está al abrigo de toda censura por parte del Tribunal de Casación (*Req.* 17 abril 1827).

Hay que observar que el documento fué considerado como carente de causa suficiente respecto a los acreedores; pero no se estimó que careciera de causa para el suscriptor de la obligación. Para este último, la misma liberalidad es un motivo suficiente; pero no así para sus acreedores."

1) Las sentencias declaran "sin causa suficiente", en cuanto a los acreedores de Texier, a la llamada cesión de hipoteca o de rango de la hipoteca hecha por Texier en favor de Limousin. Admitiendo que tal cesión no pudiera oponerse a los acreedores de Texier, ¿era necesario recurrir al concepto de *cause suffisante*?

2) Admitiendo que la obligación de Texier de reparar el perjuicio o de resarcir el daño causado a Limousin no constituyera una obligación civil, ¿habría que deducir sólo por ello que se trataba de un acto de pura liberalidad? Si tal obligación constituía una obligación civil, véase volumen I, § 14 *f*.

3) Si se trataba de un acto de liberalidad, ¿cómo podía ser válido entre las partes sin la forma del documento notarial, basándose simplemente en el "motivo suficiente" de liberalidad, como parece entenderse en la nota del Dalloz? Si el acto no se había celebrado en fraude de los acreedores, es decir, si no se podía impugnar con la acción pauliana (art. 1.167 C. c. francés), ¿no debería fundarse la acción de los acreedores de Texier en los mismos motivos por los que, en hipótesis, hubiera podido reclamar Texier, es decir, en el defecto de *cause suffisante* y de forma de la donación? (art. 1.166 C. c. francés: acción subrogatoria).

En cuanto a la teoría de la *reliance* (v. vol. I, § 27, notas 4 y sigts. y

la nota introductiva a la sección III del cap. II de este volumen), téngase presente que la promesa o cesión de hipoteca hecha por Texier tuvo lugar después de que Limousin hubiera suspendido los actos ejecutivos, de manera que la *reliance,* ya verificada, solamente podía dar lugar a una obligación civil o natural de reparar el daño sufrido por Limousin.

FAURE cr. ROUGIER

Cour de Grenoble, 4 junio 1860. — *Sirey,* 1861, II, página 152. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

Antecedentes, según resultan de la sentencia: Faure y Rougier eran dos alguaciles *(huissiers)* del Tribunal de Chatillon y, al parecer, sus ingresos eran considerables. En cierto momento, Rougier fué trasladado por orden superior al Tribunal de Luz, en donde, según parece, se ganaba menos. Rougier hizo gestiones para conseguir que se le volviera a destinar a Chatillon, o que se estableciera un turno para el traslado periódico de los dos alguaciles al Tribunal de Luz; pero fué en vano. La autoridad judicial invitó a Faure y a Rougier a ponerse de acuerdo para la fijación de una indemnización que Faure habría de pagar a Rougier. Esta indemnización fué fijada por peritos en la cantidad de 3.500 francos, que Faure se obligó a pagar a Rougier en el plazo de un año, en virtud de una convención escrita de fecha 17 de abril de 1857, en la que se detallaban los hechos expuestos. Esta convención contenía también condiciones especiales, mencionadas en los pasajes de la sentencia que reproducimos después.

Algún tiempo más tarde, estimando Faure que Rougier había incumplido una de aquellas condiciones, a saber, la de permanecer en Luz, pidió la anulación de dicha convención, que, según él sostenía, *carecía de causa* o tenía una causa contraria al orden público.

En sentencia de 20 de noviembre de 1859 el Tribunal de Die rechazó tal petición de Faure, argumentando en la forma siguiente:

"Considerando que ha quedado establecido y no se ha discutido que el señor Faure se obligó a pagar al señor Rougier la cantidad de 3.500 francos para indemnizarle del perjuicio que había de causar a este último el traslado a su destino de Luz. Considerando que, por un acuerdo convenido después de la decisión judicial que trasladó a Rougier al Tribunal de Luz, y al margen de dicha deci-

sión, se prohibió a Rougier que hiciera gestiones para obtener su regreso a Chatillon o para conseguir un turno para el traslado periódico de los dos alguaciles de este partido a Luz; que esta obligación de no hacer, tanto en la intención de las partes como por la forma en que fué convenida, no se contrajo en modo alguno con miras a entorpecer la acción de la autoridad; que no tuvo nada de ilícita y pudo servir de causa a la obligación de Faure, aparte de las causas naturales... Considerando que la convención de que se trata no puede ser equiparada a una cesión de cargo (ilícita)...; que se debe ver en ella el cumplimiento de una obligación natural, de la que Faure hubiera podido desentenderse, pero que encuentra su causa legal y suficiente en su delicadeza y en su honor, puesto que iba a beneficiarse del perjuicio sufrido por su colega. Considerando que la fijación de la indemnización, modificada para ciertos casos eventuales, reposa sobre un cálculo equitativo cuya exactitud ha podido apreciar Faure mejor que nadie, dada su prolongada actuación como alguacil en el partido (de Chatillon) y, sobre todo, teniendo en cuenta que era libre de obligarse o no, etc."

El Tribunal de Grenoble, adoptando los motivos del Tribunal de Die, confirmó la sentencia dictada por éste.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 9, notas 8 a 11; § 10; § 11 *b*, 2.° y § 13 *b*.

La decisión de este caso es de gran importancia para toda la cuestión de la *cause suffisante* según la doctrina y la jurisprudencia francesas, que todavía hoy citan este caso como un *leading case* en la materia.

Los hechos no resultan claros y cabe sospechar que hubiera algo equívoco y no del todo regular en el asunto de los dos alguaciles. Probablemente fué por eso por lo que el Tribunal de Die invocó, como causa de la promesa de Faure, una obligación natural, además de la causa consistente en la obligación de Rougier de *no hacer* gestiones para conseguir que se le volviera a destinar a Chatillon o, en todo caso, de no volver a dicha ciudad. Esta última causa hubiera sido más que *suficiente* en un contrato innominado para excluir todo carácter de liberalidad en la promesa de Faure. Pero, probablemente, el Tribunal de Die y el Tribunal de Apelación de Grenoble no estaban muy seguros de la licitud o validez de esta causa y de la convención correspondiente. Quizá por esto invocaron también una obligación natural de Faure, suponiendo que quizá no existiera aquella obligación de Rougier de no volver a Chatillon, es decir, que dicha convención quizá no hubiera sido contraída *realmente en los mismos términos* en que aparecía contraída. En otros términos, aquellos jueces supusieron que la convención se limitaba a una promesa de Faure de pagar una indemnización a Rougier "por un sentimiento de delicadeza y de honor, o por el simple deseo de indem-

nizar a Rougier por el cambio de destino, puesto que Faure iba a beneficiarse del perjuicio sufrido por su colega, al encontrarse sin competidores en el Tribunal de Chatillon".

Es en este sentido en el que el Dalloz y los autores franceses interpretan el caso que examinamos; es decir, como aplicación de un principio según el cual "el deseo de no enriquecerse a expensas de otro, ni siquiera conservando un beneficio legalmente adquirido, podría ser una causa suficiente para una promesa" (entiéndase, para una promesa hecha sin las formas de la donación). Y esta *cause suffisante* consistiría en un "sentimiento de equidad" (v. Dalloz, *Codes Annotés, Nouveau Code Civil,* cit., art. 1.131 núms. 50-51; Demogue, *Traité des obligations,* cit., 1923, II, núm. 770).

¡Pero ninguno advierte que para encontrar una aplicación de ese pretendido principio en el caso Faure cr. Rougier sería necesario prescindir de una parte de los hechos que dieron lugar a esta contienda!

Sin embargo, el Tribunal de Die y el Tribunal de Aplicación de Grenoble trataron de respetar, al parecer, los principios de la *cause suffisante* relativos a la proporción entre la cuantía de la promesa de Faure y el valor o la importancia de la "obligación natural". Y a tal efecto los jueces añadieron que la fijación de la indemnización reposaba sobre un cálculo "equitativo y justo".

Falta ver a qué queda reducido en la práctica el concepto de donación si puede valer como *cause suffisante* un "sentimiento de equidad", como el que *se supone* que movía a Faure. Tal tesis solamente vale si se limita la donación al caso, bastante abstracto, del puro o purísimo espíritu de liberalidad (v. vol. I, § 9, al principio, y nota 9).

¿Está de acuerdo el lector con este comentario que hacemos al caso Faure cr. Rougier?

SERVAIN cr. GIRARDEAU

Cassation Française, Chambre des Requêtes, 20 noviembre 1876. — *Dalloz, Rec. Pér.,* 1878, I, 376. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

Los esposos Girardeau pretendían ser acreedores frente a Servain de una renta vitalicia de 1.000 francos anuales "que Servain se habría comprometido a pagarles obedeciendo a las instrucciones que le diera su tío en su lecho de muerte y para cumplir la obligación natural que éste le habría transmitido junto con todos sus bienes".

El Tribunal de instancia y el Tribunal de Apelación reconocieron en los documentos de la causa un principio de prueba escrita y admitieron la prueba testifical para probar dicha promesa de Servain.

Éste recurrió en Casación por estimar que se habían infringido los arts. 893, 969 y 1.001 del C. c. francés, al haberse admitido la prueba de una disposición testamentaria verbal.

El Tribunal de Casación, confirmando la sentencia del Tribunal de Apelación, declara que cuando exista un principio de prueba escrita es admisible la prueba de testigos para demostrar que el heredero (Servain), obedeciendo a las intenciones del testador expresadas verbalmente en su lecho de muerte, se había obligado a cumplir tales disposiciones.

Nota y cuestionario. — **V.** vol. I, § 9, notas 8 a 10 y § 11 *b*, 2.° y nota 28.

Este caso es todavía más grave, teniendo en cuenta que ni siquiera existía una promesa escrita clara y precisa de Servain tal como para no requerir el complemento de una prueba testifical; es grave especialmente por lo que concierne a la intención de Servain de contraer un vínculo jurídico (v. infra cap. **V**), y por lo que concierne a las verdaderas intenciones del testador.

En la jurisprudencia italiana v. los casos Danani cr. Gonzaga y Bolelli cr. Frascaroli.

Sobre esta tendencia de la jurisprudencia francesa en materia de fiducia o incluso de meros deseos o recomendaciones del *de cuius*, como *causa suficiente* de una promesa de cumplirlos (no revestida de las formas de la donación), v. también las sentencias citadas en *Dalloz, Codes Annotés, Nouveau Code Civil,* cit., art. 1.131, núms. 29 y 32 y en Planiol, *Traité pratique,* cit., **V**, núm. 319.

Nota final sobre la jurisprudencia francesa en materia de "causa praeterita". — *a)* En materia de obligación natural a los alimentos en favor de parientes, como causa suficiente de una promesa no revestida de las formas de la donación (vol. I, § 11) pueden verse:

La sentencia citada en *Dalloz, Codes Annotés, Nouveau Code Civil,* artículo 931, núm. 153: renta vitalicia en favor de la hermana uterina de la mujer del constituyente, que se encontraba (la hermana) en estado de necesidad.

Las sentencias citadas en *Dalloz,* op. cit., art. 1.131, núms. 23 y 28 (renta en favor de una hermana natural en estado de necesidad) y números 45, 46, 47.

Todas se basan en la consideración de que un simple deber de conciencia, un sentimiento de delicadeza, de honor o moral pueden constituir la causa suficiente de una obligación civilmente válida. Pero véase en sentido contrario *Dalloz,* op. cit., art. 1.131, núm. 44 y las citas que allí se incluyen.

b) Sobre el principio según el cual para que los servicios prestados puedan ser causa suficiente de una obligación civilmente válida (sin necesidad de las formas de la donación) han de ser *apreciables en dinero*

y sin que la cuantía de la promesa exceda en mucho al valor de dichos servicios (v. vol. I, § 11 *b*, 2.°), véanse las sentencias citadas en *Dalloz*, op. cit., art. 894, núms. 66, 79 y 86; art. 1.131, núms. 33, 34, 35 y 42.

Es interesante la sentencia del Tribunal de Bruselas (la jurisprudencia belga parece seguir a la francesa) de fecha 28 de abril de 1887, *Pasicrisie Belge*, 1887, 2, 356, en la causa Gillet cr. Malkot y Vandencan, según la cual, un sentimiento de gratitud puede dar lugar a una obligación natural, que puede constituir la *causa suficiente* o *válida* de una obligación civil sin necesidad de la forma del documento notarial. Cierta señora Vandencan había asistido a sus hermanos naturales cuando éstos eran pequeños y pobres. Después, enriquecidos dichos hermanos por una herencia, habían llamado a su hermana para que participara en la herencia en la proporción de un sexta parte. La sentencia, además de invocar el mencionado argumento de la obligación natural de gratitud por servicios prestados, observa que dicho acto no revela la intención de liberalidad, sino que tiene la forma y la apariencia de un acto a título oneroso y que, "según la jurisprudencia, las donaciones disimuladas en tal forma son válidas" (v. vol. I, § 38 *d*).

En la sentencia no se hace ninguna alusión al criterio de los servicios apreciables en dinero ni al de la proporción.

Ésta y otras decisiones revelan hasta qué punto son discutidos y delicados, incluso en la jurisprudencia francesa, los problemas examinados en el vol. I, § 11.

UN CASO INTERESANTE PARA SER RESUELTO POR EL LECTOR. — Se trata de un caso planteado en Alemania, cuyos datos omitimos para dejar enteramente su solución al lector.

Un abogado y una señora mantenían una relación de noviazgo e incluso existía ya un proyecto de matrimonio. Durante estas relaciones, el abogado prestó gratuitamente sus servicios profesionales, en varios asuntos legales, a dicha señora. Posteriormente se desvaneció el proyecto de matrimonio y entonces la señora prometió al abogado que le pagaría sus honorarios. Sin embargo, la promitente cambió después sus buenas intenciones y se negó a pagar. Demandada en juicio por el abogado, se defendió alegando que se trataba de una donación nula por defecto de la forma del documento notarial (v. §§ 518 y 534 C. c. alemán).

¿Cómo resolvería el lector este caso en el *civil law*? ¿Es necesario recurrir al concepto de la obligación natural como causa suficiente de una promesa de dar en contraposición a la figura de la donación? ¿Qué importancia podría tener el hecho de que, en el momento de la prestación gratuita de los servicios, existiera entre las partes un proyecto de matrimonio que justificaba tal gratuidad y constituía, por así decirlo, el presupuesto de la misma, y el hecho de que la señora hiciera la promesa cuando tal presupuesto se reveló como inexistente o vino a desaparecer? ¿Cuál sería la solución de este caso en el *common law*? V. volumen I, § 28 *a*, notas 8 y sigts. y § 32 *a*, *b*, 3.°.

Nota para la comparación con el "common law". — Como resulta de cuanto dijimos en el vol. I, § 28, el *common law* no admite, salvo alguna excepción, la validez de las promesas no formales hechas por una *past consideration*: promesas que darían lugar a tantas cuestiones delicadas sobre la suficiencia de la *causa praeterita*, sobre la proporción entre ésta y el *quantum* prometido, sobre la posibilidad de valorar los servicios prestados, sobre la intención de contraer un vínculo jurídico (v. infra capítulo V) o sobre la de hacer o no una donación. De ahí que surjan tantas inseguridades y contiendas, para darse cuenta de las cuales basta examinar los casos recogidos en este cap. III y en el cap. V; contiendas, por otra parte, fundadas en pruebas difíciles, en cuestiones de hecho, en averiguaciones sobre los motivos, etc.

¿Qué opinión le merece al lector el sistema del *common law*, que corta de raíz tales cuestiones, con los inherentes litigios e inseguridades, y del medio de que se ha valido para suprimirlas? Antes de dar una respuesta, el lector deberá meditar sobre algunos de los casos recogidos en este capítulo. V. también los casos del *common law*, en la segunda parte de este volumen.

APÉNDICE III. Jurisprudencia española

SENTENCIA de 17 de octubre de 1932

Tribunal Supremo (casación por infracción de ley). *Jurisprudencia Civil*, tomo 205 (4.º de 1932), págs. 631-637. Obligación natural que se convierte en civil por la promesa formal de pagar una pensión. (Sentencia transcrita textualmente.)

"*Considerando que en razón al método y para dictar la resolución ajustada a derecho, de este recurso, se hace preciso afirmar las bases de hecho aceptadas por la sentencia de instancia, de las que se han de extraer las consecuencias jurídicas del caso litigioso y, en definitiva, establecer la doctrina congruente con los motivos de casación invocados, en méritos de lo cual se fijan como perentorias las siguientes:*

Primera. — *Que en 1921 el médico don Antonio M. T., de cuarenta años de edad, casado y con hijos, conoció en Sevilla a doña Carmen V. N., joven de 16 años, soltera, huérfana de padre y empleada en una casa industrial de la población citada y se estrecharon entre ambos relaciones amorosas de tanta intimidad que fruto de ellas parece haber sido el nacimiento de varios hijos.*

Segunda. — *Que entregada dicha muchacha a la discreción de*

su seductor abandonó el destino con cuyos productos subvenía a las necesidades del hogar y dedicóse luego a las atenciones y cuidados exclusivos de sus hijos con el auxilio económico más o menos cuantioso y periódico que les prestaba el señor M. T.

Tercera. — *Que transcurrido cierto tiempo y ante el acusado desvío de éste, que la preterida atribuía a devaneos con otra mujer, doña Carmen V. le requirió reiteradamente para que no la desamparase, dada la situación creada, y hasta tal punto llegó el apremio, que en una de las cartas con que aquél respondía a tales llamamientos, se expresaba así: "Carmela, anoche, después de llevar más de 700 pesetas en recibos, vino el cobrador sin una peseta cobrada; hasta no pasar estos días no paga nadie; di al dueño que su dinero es seguro, nunca le faltó y ahora tampoco le faltará, pero es preciso dejar pasar esta semana de fiestas y en la próxima recibirás dinero sin tener que recurrir a las músicas del Juzgado, ni pamplinas. No mandes razón que están escamados de tantas visitas. Si cobro algo hoy, lo mandaré mañana."*

Cuarta. — *Que virtualmente rotas las relaciones ilegítimas, porque cada día era mayor el apartamiento del señor M. T., tanto en su afecto cuanto en sus aportaciones pecuniarias, aunque pretendía suavizarlo con protestas de invariable conducta, dirigió a su amiga dos cartas con las siguientes textuales declaraciones, en una: "no hay nada de abandono como tú dices, ni desprecio, ni nada insultante para ti; mientras yo trabaje y tenga vida tú recibes todos los meses de 50 a 60 duros fijos, y esto no es por ley ni por miedo, es porque me sale de dentro el hacerlo así, porque quiero yo que sea y porque no dejo de acordarme de ti y de tus hijos...". En otra: "Para más adelante te dije y te repito que no gastarás coche, pero con 60 duros al mes, sin salir de tu casa para nada y decentemente viviendo puedes atender a tu vida y eso si Dios me da vida y salud para trabajar, no te falta... no mandes ni más cartas ni más razones".*

Quinta. — *Que transcurridos unos meses durante los cuales el señor M. T. cumplió relativamente su promesa con el envío de la cantidad señalada en las cartas anteriores, como hubiese cesado en absoluto de prestar el auxilio económico comprometido, la señorita V. encomendó a un Letrado la gestión amistosa con aquél para lograr la efectividad de la pensión, que dió como resultado el siguiente anónimo: "Para Carmen V.... Puede usted hacer y decir lo que quiera y mejor le parezca, me es completamente indiferente, pero siempre, piense en las consecuencias que pueden venir a usted y se lo advierte esto quien menos espera"; hechos to-*

dos los expuestos que se han recibido como probados y fundamentales de la sentencia recurrida:

Considerando que negada por la resolución de instancia la existencia de cualquier clase de vínculo contractual originado por las manifestaciones contenidas en las cartas transcritas, y muy especialmente en las dos que señalan a la recurrente una pensión mensual de 50 a 60 duros, se alza el primer fundamento de casación por infracción legal del art. 1.254 en relación con el 1.258, ambos del Código civil, al pretender que se ha perfeccionado un contrato con obligaciones concretas; y ello entendido, es visto que ponderados en todo su valor los términos epistolares aludidos constituyen una declaración de voluntad que asume el compromiso de pagar cierta cantidad mensual durante la vida del oferente, solicitada y aceptada por la persona a quien se ha dirigido la promesa formal, *lo que instituye una obligación a cargo del emitente mediante acuerdo vinculativo, perfectamente caracterizado por la concurrencia de objeto cierto, causa determinante y consentimiento libremente prestado, sin que sea obstáculo a dicha estimación la ausencia de prestación correlativa por parte del promisario, pues tal elisión es la nota característica del negocio jurídico unilateral, que cabe* in genere *dentro del concepto amplísimo definido por el art. 1.254 del Código civil, donde encaja esta especie contractual, porque emitida la declaración de voluntad con ánimo de obligarse hacia persona a título de disposición y no de mera enunciación de un propósito, se genera un derecho de crédito en favor de la designada y es visto que esta espontánea determinación vinculativa no sólo se recibe en la técnica jurídica de las relaciones actuales, sino que toma su arraigo en nuestro Derecho antiguo con la comprensiva disposición del Ordenamiento de Alcalá, al decir que de cualquier forma que una persona se obligue queda obligada:*

Considerando que los amores ilícitos iniciados y mantenidos entre un hombre culto, de edad madura, con pleno sentido de sus responsabilidades conyugales y una joven huérfana, de 16 años, que a fin de atender a su subsistencia ejercía un modesto empleo, abandonado luego por ceder al capricho de la seducción, al desplazar a la mujer del ámbito de una vida honesta para situarla en el rango de la concubina, cuya situación irregular se agravó considerablemente al sobrevenir los frutos de la maternidad, es evidente que originaron, desde luego, aparte la pérdida de estimación social, ciertos deberes morales *imputables al varón, el cual consciente de ellos no pudo por menos de traducirlos en auxilios materiales de índole económica, que por el mero hecho de su pres-*

tación durante el transcurso de las relaciones íntimas se convirtieron en obligaciones naturales, *y después, al romperse aquéllas por el desamparo infidente del seductor y reconocidos por éste en la promesa formal de la pensión ofrecida* vinieron a transformarse en una obligación civil, *perfectamente coercible, a virtud de la cual, el deudor, ha de pagar no* donandi, *sino* solvendi animo, *porque el signatario de los documentos en que mediante la promesa quiere cubrir un deber de conciencia no lo hace con intención de gratificar, ni por un movimiento de cordial liberalidad, que según las Partidas es "bien fecho que nasce de nobleza, de bondad de corazón, cuando es fecha sin ninguna premia", sino acuciado por las reiteradas instancias de la mujer seducida y abandonada que en su dolor íntimo con acudir al Juzgado y estimulado también por las propias responsabilidades morales, cuya asunción queda explícita en los términos categóricos de las cartas dirigidas a la amante, y ésta aceptó al recibir las primeras pensiones mensuales, suspendidas radicalmente por el obligado a darlas con manifiesta violación del compromiso contraído; y es claro que al desconocer todo esto la sentencia recurrida incide en el primer motivo de la casación que se solicita:*

Considerando que en cuanto al segundo igualmente es notoria su procedencia porque la promesa causal de pensión no se hizo en contemplación a un pacto concubinario, ni como gratificación de éste, sino para cubrir las atenciones espúreas; razón por la cual la causa de la obligación trasciende de la esfera de lo ilícito, sancionada con nulidad en el art. 1.275 del Código civil, donde la sitúa erróneamente la sentencia recurrida, y se eleva al plano normal de la obligación natural reconocida civilmente *con carácter compensatorio que es de plena recepción en derecho justo y normativo,*

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por doña Carmen V. N., y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en primero de julio de 1931 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla."

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. en el vol. I, nuestras notas al § 11.

Esta sentencia ha llegado a ser famosa, y la citan todos nuestros autores al tratar de las obligaciones naturales. Nuestra doctrina la considera como directamente influída por la jurisprudencia francesa.

El T. S. deduce de los hechos la existencia de un deber moral *que se convierte en* obligación natural *por el mero hecho de la prestación de auxilios materiales de índole económica durante cierto tiempo. A su*

vez, esta obligación natural se transforma en obligación civil *en virtud de la "promesa formal" de pagar una pensión. Con ello, parecen quedar deslindadas tres fases en aquella relación. Primera fase: existen simples deberes morales sin ninguna trascendencia jurídica. Segunda fase: convertidos dichos deberes morales en obligación natural (por la prestación de auxilios económicos periódicos durante varios meses) no podrían todavía fundar una pretensión de la mujer dirigida a obtener tales auxilios si, en un momento dado, hubieran dejado de prestársele; en esta fase solamente podían producirse los efectos de la* soluti retentio, *es decir, la mujer podría negarse a restituir las cantidades percibidas pero no hubiera tenido acción para exigir nada de su seductor. Tercera fase: puesto que la obligación natural se ha convertido en obligación civil por obra de la promesa de una pensión, la mujer dispone ya de una acción para exigir ante los Tribunales el cumplimiento de la promesa (en primera instancia y en apelación se desestimó la pretensión de la actora; pero el Tribunal Supremo estimó que la obligación civil asumida era* perfectamente coercible *y, en consecuencia, casó la setencia recurrida).*

Lo más destacado en la motivación de la sentencia es la afirmación de que la obligación natural se había convertido en civil por obra de la "promesa formal" de pagar una pensión, hecha por el demandado. Sobre este punto, v. la opinión de Roca Sastre y Puig Brutau, que recogemos en el vol. I en nuestras notas al § 11; contra el criterio mantenido en la sentencia, dichos autores estiman que no se trataba de una novación (transformación de la primitiva obligación natural en otra obligación civil) sino de un reconocimiento constitutivo, *es decir, de una originaria asunción de deuda cuya* causa *sería la liberalidad, quedando circunscrito el deber moral en la esfera de los* motivos, *ya que el vínculo anterior a la promesa no era jurídicamente relevante. Ya advertíamos que, a nuestro juicio, si se hubiera seguido el criterio patrocinado por los citados autores y, por lo tanto, se hubiera estimado la causa de liberalidad, habría de calificarse el acto como donación y se exigiría la forma establecida en el art. 632 del C. c. (promesa escrita y constancia también escrita de la aceptación de la donataria).*

La sentencia habla de "promesa formal" y alude repetidamente a la aceptación, por parte de la promisaria, del ofrecimiento de la pensión. Pero, al parecer, no se alude a una aceptación escrita, sino más bien a una aceptación tácita que se deduciría del hecho de haber recibido y retenido las primeras entregas mensuales que se le hicieron. Por otra parte, no tiene nada de extraño que el T. S. se conformara con esta aceptación, teniendo en cuenta que la sentencia no configuraba el acto como donación, sino que expresamente declaró que el deudor había de pagar solvendi animo *y no* donandi animo.

Al hablar de "promesa formal", parece que más bien quiera aludir la sentencia a una promesa hecha serio et deliberato animo, *es decir, con intención de contraer un vínculo jurídico (véase el pasaje en el que*

se dice que la declaración de voluntad había sido emitida con ánimo de obligarse *hacia otra persona a título de disposición y no de mera enunciación de un propósito). No cabe pensar que el T. S. haya visto en este caso la observancia de un determinado requisito de forma, puesto que en la misma sentencia alude al principio de libertad de forma establecido en el Ordenamiento de Alcalá.*

Aunque a veces se haya invocado esta sentencia como muestra de un caso de admisión de la eficacia de la promesa unilateral por parte del T. S. (v. infra la nota a la sentencia de 6 de junio de 1916) no parece que se le pueda atribuir tal valor, ya que en ella se habla de un "acuerdo vinculativo, perfectamente caracterizado por la concurrencia de objeto *cierto,* causa *determinante y* consentimiento *libremente prestado" (los tres requisitos esenciales del contrato, exigidos en el artículo 1.261 del C. c.). El T. S. aprecia, por lo tanto, la existencia de un contrato, aunque poco después incurra en una grave inexactitud al decir que se trataba de un* negocio jurídico unilateral. *Es evidente que si era un contrato no podía ser un negocio jurídico unilateral, puesto que por definición todos los contratos son negocios jurídicos bilaterales. La sentencia ha querido aludir al* contrato unilateral, *es decir, productor de obligaciones para una sola de las partes, como lo revelan claramente sus consideraciones sobre la "ausencia de prestación correlativa por parte del promisario".*

Por último, se plantea la cuestión relativa a la licitud o ilicitud de la causa, cuestión que la sentencia resuelve en favor de la licitud. Habría sido ilícita si la promesa se hubiera hecho "en contemplación a un pacto concubinario o como gratificación de éste". Sería igualmente ilícita la promesa de una cantidad para poner fin a unas relaciones amorosas (v. en este sentido la sentencia del T. S. de 2 abril 1941, Aranzadi, tomo VIII, núm. 493). Pero en el caso que dió lugar a la sentencia que comentamos no se trataba de una cosa ni de la otra, ya que la causa de la promesa no había sido ni la iniciación de una relación de concubinato ni su extinción, sino el cumplimiento de un deber moral surgido como consecuencia de la relación concubinaria y expresamente reconocido y asumido por el demandado.

CUESTIONARIO:

1) ¿Puede darse por seguro que al hacerse la promesa existiera intención de contraer un vínculo jurídico? En todo caso, ¿qué interés podría tener esta cuestión? V. vol. I, § 11, nota 22 y téngase en cuenta que, como allí se observa, el argumento más grave contra la admisibilidad de la obligación natural como causa suficiente de una promesa no formal es el de que la intención de cumplir ciertas obligaciones naturales no siempre es índice seguro de la voluntad de contraer un vínculo jurídico.

2) ¿Cabe la posibilidad de aplicar la doctrina de esta sentencia a otros supuestos de obligación natural? En otros términos, ¿puede pensarse que siempre que el obligado por un deber moral o por una obliga-

ción natural prometa cumplir la obligación natural preexistente, se habrá producido la transformación de la obligación natural en obligación civil?

3) Aunque se estime que la solución a que llegó la sentencia era la única solución justa, ¿qué argumentación es preferible? ¿La que se siguió en la sentencia o la que proponen Roca Sastre y Puig Brutau? (reconocimiento constitutivo y ánimo de liberalidad).

4) En las cartas que el demandado dirigió a la actora podía parecer que la promesa quedaba sometida a una doble condición (y así lo apreció la Audiencia, en la sentencia recurrida): por una parte, la condición de que el demandado trabajara ("...mientras yo trabaje y tenga vida..."); por otra, la de que la actora viviera decentemente ("...sin salir de tu casa para nada y decentemente viviendo..."). Es dudoso que pueda admitirse esta condicionalidad, pero en todo caso cabe preguntar: ¿hubiera quedado liberado el demandado probando que no podía trabajar (por imposibilidad física o por otra causa) o que ella no se había acomodado a vivir decentemente?

5) En relación con esta última cuestión, confróntese el caso inglés Dunton v. Dunton, estudiado en la segunda parte de este mismo volumen, caso en el que expresamente se había condicionado la efectividad de la promesa al comportamiento respetable de la señora Dunton.

6) Cfr. también los casos italianos Vergara cr. Etruschi, Bosio cr. Capelleti y Stella cr. Gangemi (estudiados en este mismo capítulo) y el caso francés R... cr. D... (en el cap. V).

ACUERDO de 27 de noviembre de 1951

Tribunal Económico-Administrativo Central (reclamación sobre cuestión de competencia). *Aranzadi, Rep. de Jurisprudencia*, t. XVIII, núm. 2.669. OBLIGACIÓN MORAL, CUYO CUMPLIMIENTO NO CONSTITUYE DONACIÓN. (Sentencia resumida.)

El Tribunal estima que "la donación de 50.000 pesetas efectuada por los herederos del causante en favor del Hospital Municipal de S. J. de O. fué hecha, según se hace constar en la misma escritura, en cumplimiento de recomendación verbal del mismo causante, y por lo tanto, falta para que pueda ser donación de los herederos el título de liberalidad, que es la nota esencial de las donaciones simples o gratuitas, conforme al art. 618 del Código civil, y atendida su cuantía, insignificante en relación con el importe total de los bienes de la herencia, ascendentes según el valor declarado por los interesados a 2.528.744,45 pesetas, no es posible negar a tal acto su relación de dependencia de la herencia, ya que

si bien aquella recomendación no tenía fuerza de obligar con arreglo a la ley, sin embargo constituía una obligación moral *para los herederos que éstos no quisieron eludir".*

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, notas a los §§ 8, 9 y 11.

Se trataba de una cuestión de competencia planteada con ocasión de la liquidación del impuesto de Derechos reales. El punto debatido se centraba en la calificación del acto como donación de los herederos o como dependiente de la testamentaría.

Prescindiendo de la cuestión de competencia y del aspecto fiscal del caso, que no nos interesan, llamamos la atención del lector sobre el criterio del Tribunal, según el cual no constituye donación el cumplimiento, por los herederos, de aquella recomendación verbal de su causante, que no tenía fuerza de obligar con arreglo a la ley, pero que el Tribunal califica como "obligación moral" de los herederos.

No se planteaba la cuestión relativa a la forma. De haber sido así, y aunque se hubiera estimado que se trataba de una donación, el acto reuniría con creces los requisitos exigidos para ésta, ya que constaba en escritura pública y ni siquiera se necesitaba el documento privado puesto que probablemente se trataba de una donación manual (con entrega simultánea) de bienes muebles.

Pero ¿qué sucedería si, en vez de entregar *aquella cantidad al Hospital, los herederos hubieran* prometido *que la entregarían, en cumplimiento de la recomendación verbal hecha por el causante? ¿Se requeriría un específico requisito de forma para que tal promesa pudiera ser sancionada?*

Téngase en cuenta que, como advertíamos en nuestras notas al § 11, volumen I, cuando se habla de la obligación natural y de sus efectos se suele aludir al pago *hecho en cumplimiento de ella (pago al que son aplicables las reglas de la* soluti retentio), *mientras que rara vez se alude al problema que puede plantear la* promesa *de cumplir una obligación natural.*

Pues bien, suponiendo que los herederos se hubieran limitado a prometer (verbalmente) al Hospital que pagarían aquella cantidad, o hubieran hecho por escrito tal promesa pero sin que se hiciera constar también por escrito la aceptación del Hospital (es decir, suponiendo que se hiciera la promesa sin observar los requisitos de forma del art. 632 del Código civil), y aplicando el criterio mantenido en el acuerdo que comentamos, parece que habría de reconocerse la validez de la promesa puesto que no se trataría de una donación prometida por los herederos, sino del reconocimiento de una obligación natural.

¿Podría afirmarse en este supuesto — como lo hizo el T. S. en la sentencia de 17 de octubre de 1932 — que la promesa formal de pagar una cantidad convierte a la obligación natural en obligación civil? (Ciertamente, en aquel caso se hablaba de una promesa formal; *pero, como hemos visto, no parece que se quisiera aludir a la forma de la donación).*

¿Podría mantenerse un criterio contrario al que mantuvo el Tribunal en el acuerdo que comentamos? (Siempre en relación con el punto que nos interesa, es decir, con la calificación del acto llevado a cabo por los herederos.) ¿Podría estimarse que, puesto que los herederos no podían ser compelidos a cumplir aquella recomendación, se trataba de un acto de liberalidad por su parte? (Recuérdese el concepto de la liberalitas nullo iure cogente.)

En relación con estos problemas cfr. la sentencia recaída en el caso Gonzaga cr. Danani, y los demás casos que se citan en la nota a éste.

SENTENCIA de 6 de junio de 1908

Tribunal Supremo (casación por infracción de ley). *Colección Legislativa, Jurisprudencia Civil,* t. XXIX, páginas 434-447. INADMISIBILIDAD DE LA DONACIÓN OBLIGATORIA. (Sentencia trancrita textualmente, salvo los *omissis.*)

RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES. — *En febrero de 1896, don Joaquín S. M., propietario de una fábrica de tabacos establecida en Manila, empleó en el despacho de ventas de dicha fábrica a don Julio J. A., con quien le unía una relación de parentesco por afinidad. Dos años más tarde, don Julio J. A. fué nombrado Cajero de aquel despacho.*

Algún tiempo después, don Joaquín S. M., que residía en Madrid, tuvo noticias por otro de sus empleados en Manila de algunas irregularidades en la conducta de Julio J. A., quien, además, había sufrido una larga enfermedad. En vista de ello, don Joaquín S. M. escribió una carta a su pariente y empleado don Julio J. A. accediendo a los deseos que éste había manifestado de regresar a España y prometiéndole la constitución en su favor de una renta vitalicia de 30 duros mensuales. Escribió también a otro de sus empleados en Manila dándole instrucciones para que colocara en España el capital necesario para que produjera dicha renta, y ordenándole que entregara una cantidad a Julio J. A. para los gastos de viaje y que le pagara el pasaje para su regreso a España.

Una vez en España, don Julio J. A. recibió algunas cantidades de don Joaquín S. M., pero la renta prometida no llegó a constituirse.

En septiembre de 1905, don Julio J. A. presentó demanda ante uno de los Juzgados de Madrid, pidiendo que se condenara a don Joaquín S. M. a pagarle la cantidad de 36.000 pesetas, capital correspondiente a la renta anual de 1.800 pesetas capitalizadas al

5 por 100, más los intereses, costas, etc. El demandado, en su contestación, pidió que se le absolviera de la demanda, declarando que la donación de que el actor hacía supuesto no constaba ni había sido aceptada y, por tanto, no podía producir efectos jurídicos de clase alguna.

Efectivamente, no constaba en autos la aceptación del demandante, que éste afirmaba haber hecho en una carta escrita en enero de 1902, pocos días antes de embarcar para su regreso. Pero en otra carta del demandado al padre del actor — fechada en 17 de febrero del mismo año — y en la que le comunicaba la decisión que había tomado respecto a su hijo, había aludido a la aceptación del demandante, diciendo: "Mi ofrecimiento a Julio, con el cual está conforme, *es darle aquí un duro diario para que pueda vivir con la recompensa a su celo y al riesgo que corrió en la fábrica durante la rebelión. El dinero correspondiente a esa renta de un duro, se lo impondré aquí, según le he ofrecido, en renta segura"... etc.*

El Juzgado dictó sentencia absolviendo al demandado y declarando sin ningún valor ni efecto la donación supuesta por éste, sentencia que fué confirmada en Apelación por la Audiencia Territorial.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo lo desestimó en base a las consideraciones siguientes:

"*Considerando que del concepto de la donación según lo establecen los arts. 618 y 619 del Código civil, se desprende que constituyendo un acto de liberalidad* no basta la simple promesa de disponer de una cosa en favor de otra persona, aunque fuese aquélla aceptada, *porque siendo la mera voluntad ambulatoria la que determina la naturaleza de estos actos, es indispensable para su efectividad la acción o realización del acto por el donante y la aceptación probada de parte del donatario en la forma y términos que establece el art. 632 del mencionado Código.*

Considerando, esto establecido, que no habiendo existido en el caso del pleito más que la simple promesa *realizada por don Joaquín S. M. de constituir una renta vitalicia a don Julio J. A., aun en el supuesto establecido por el recurrente de que él aceptó aquella oferta,* faltaría siempre la realización del acto que integra la donación, *esto aparte de no ser posible estimar acreditada la aceptación del donatario porque en una carta del donante se hiciese referencia a la conformidad de aquél, en razón a que el expresado requisito ha de justificarse con actos propios y por escrito del propio favorecido por la donación, según el claro y preciso precepto*

del mencionado art. 632; y en consecuencia, no son de estimar las infracciones alegadas en los motivos primero y tercero del recurso."

(Omissis: *el resto de la sentencia se refiere al error en la apreciación de la prueba, invocado en el segundo motivo del recurso, y a otros extremos que no nos interesan en relación con una reconvención formulada por el demandado.*)

Nota y cuestionario. — V. vol. I, notas al § 8 (sobre la aceptación, v. notas al § 17).

En esta sentencia el T. S. rechaza la posibilidad de la donación obligatoria u obligacional. En el caso concreto resuelto por ella podía plantearse la duda relativa a la existencia de una aceptación; pero, como se desprende de la misma sentencia, no fué esta circunstancia la que dió lugar a que se desestimara la pretensión del actor, ya que expresa y reiteradamente se afirma que, aunque la promesa hubiera sido aceptada, "*faltaría siempre la realización del acto que integra la donación*".

En relación con este punto de vista, v. los argumentos de Calvo Soriano, Núñez Lagos y Vallet de Goytisolo, citados en vol. I, notas al § 8.

Cuestionario:

1) ¿Qué alcance puede tener la afirmación hecha en la sentencia de que es "la mera voluntad ambulatoria *la que determina la naturaleza de estos actos"? Probablemente, con ello se quiso decir que en tanto no fuera aceptada la promesa hubiera podido ser revocada por el promitente. Pero, si era ése el sentido de la expresión "voluntad ambulatoria", hubiera tenido que aludirse después a la falta de aceptación o a una hipotética revocación de la promesa, anterior a su aceptación por parte del promisario. Y sin embargo, no es a esto a lo que se alude, pues la consecuencia que la sentencia deduce del carácter "ambulatorio" de la voluntad es la de que para su efectividad es indispensable la realización del acto prometido por el donante.*

2) El demandado, además de hacer aquella promesa al demandante, había escrito una carta al padre de éste en la que le comunicaba la decisión que había tomado respecto al regreso de su hijo y le daba cuenta de la promesa de constitución de una renta vitalicia en favor de éste. ¿Qué valor hubiera tenido una respuesta del padre aceptando el ofrecimiento hecho a su hijo? Por supuesto, ello no hubiera bastado para que el T. S. estimara existente la obligación de cumplir la promesa, ya que no fué la ausencia de aceptación lo que motivó la desestimación del recurso sino el criterio contrario a la admisibilidad de la donación obligatoria. Pero prescindiendo de este criterio y centrando la cuestión en la necesidad de una aceptación expresa, ¿hubiera podido tener tal valor la aceptación del padre del promisario? ¿Podría sostenerse la tesis de un válido contrato en favor de tercero? En todo caso, ¿sería nece-

sario, para que pudiera hablarse de contrato en favor de tercero, que al comunicarle al padre del promisario la promesa hecha en favor de su hijo se le hubiera pedido que respondiera dando su conformidad, o bastaría con una carta redactada en los términos en que lo fué la carta en cuestión?

3) En relación con la cuestión anterior, téngase en cuenta que, si bien la sentencia afirma que la aceptación ha de justificarse con actos propios *y por escrito* del propio favorecido *por la donación, ello es porque se pretendía probar la aceptación mediante un escrito del mismo donante. Pero no parece que con dicha afirmación se quiera excluir la posibilidad de una aceptación hecha en nombre del donatario por otra persona.*

Independientemente de estas cuestiones, que planteamos en un terreno puramente hipotético, lo más destacado en esta sentencia es la negación de la admisibilidad de la donación obligatoria. Pero este punto de vista ha sido superado por gran parte de la doctrina y por la misma jurisprudencia del T. S., como lo demuestra la sentencia que estudiamos a continuación.

SENTENCIA de 7 de diciembre de 1948

Tribunal Supremo (casación por infracción de ley). *Colección Legislativa, Jurisprudencia civil,* t. VII, vol. V, páginas 401-417. ADMISIBILIDAD DE LA DONACIÓN OBLIGATORIA. — CAUSA DE LA DONACIÓN. — DONACIÓN REMUNERATORIA. (Sentencia transcrita textualmente.)

ANTECEDENTES. — *En 1936 falleció en Valencia don Fernando G. S. bajo testamento en el que instituía herederos a sus dos hijos, respetando la cuota legal usufructuaria de su viuda doña Amparo N. F. y nombrando albacea a su hermano don Amadeo G. S. que, a la sazón, se encontraba en América. En 1939 don Amadeo regresó a España y formalizó con su cuñada varios documentos públicos de los que resultaba, entre otras cosas, la cesión de un negocio de propaganda comercial en favor de dicho don Amadeo.*

En 1942, doña Amparo N. F. demandó ante uno de los Juzgados de Valencia a su cuñado don Amadeo G. S. pidiendo que se declarase la nulidad de los contratos celebrados mediante las escrituras de que se ha hecho mención. A su vez, el demandado formuló reconvención en el sentido que inmediatamente indicaremos. El Juzgado dictó sentencia absolviendo al demandado y desestimando asimismo la reconvención formulada por éste; apelada la sentencia (por ambas partes) ante la Audiencia Territorial de Valencia, fué confimada en todos sus extremos.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley, por no haber sido estimada la reconvención que había formulado al contestar a la demanda. De ahí que, para comprender la sentencia del T. S., nos interesen especialmente los hechos en que se apoyaba esta reconvención.

Al formularla, don Amadeo G. S. expuso que antes de regresar a América se había obligado espontáneamente a satisfacer a la actora, por vía de donación, una pensión de 1.000 pesetas mensuales; obligación que cumplió puntualmente hasta la fecha de la interposición de la demanda, ascendiendo lo satisfecho por dicho donativo a la cantidad de 31.000 pesetas. En vista de la conducta de la actora, que había promovido contra él (con anterioridad a la demanda) un sumario por hurto y estafa, el demandado suplicó que se le absolviera de la demanda y que se diera lugar a la reconvención, acordando la revocación, por causa de ingratitud, *de la donación y pagos efectuados a doña Amparo N. F. y conminando a esta señora a las devoluciones procedentes, e imponiéndole las costas del juicio.*

Como queda indicado, esta reconvención fué desestimada en primera instancia y en apelación. De ahí el recurso interpuesto por el demandado que fué también desestimado por el Tribunal Supremo en base a las consideraciones siguientes:

"*Considerando que son declaraciones de la sentencia recurrida, entre otras, las siguientes:*

A) *Las entregas de dinero hechas por el demandado a la actora no constituyeron actos de liberalidad, sino la ejecución de un acuerdo encubierto bajo el aspecto de donación, considerando undécimo de la sentencia del Juzgado aceptado sustancialmente en la de segunda instancia.*

B) *Dichas entregas obedecieron en parte a motivo remuneratorio de los servicios prestados por el difunto marido de la actora, pero su causa principal fué la compensación de las facilidades dadas por la misma para la resolución de las liquidaciones entre ambos litigantes y de las demás cuestiones relacionadas con la testamentaría.*

Considerando que, con arreglo a los artículos 618 y 1.274 del Código civil, la causa de la donación está constituída por la mera liberalidad, en términos que el enriquecimiento del donatario constituye el fin esencial del contrato; y si la gratuidad aparece como el aspecto objetivo de éste, del mismo modo y bajo el aspecto subjetivo, a la intención de beneficiar por parte del donante debe corresponder correlativamente en el donatario el "animus" *de*

aceptar a título de liberalidad la atribución patrimonial, puesto que el disenso en la causa impediría la perfección del contrato, siendo de recordar a estos efectos la doctrina establecida en la antigua sentencia de esta Sala de 5 de mayo de 1896, la cual declara que cuando el acto no es gratuito en beneficio del donatario y lo determina el interés de ambas partes y no la liberalidad de una de ellas, carece de los requisitos indispensables para ser calificado de donación.

Considerando que si bien — en contra de la afirmación sentada por el Juzgado de primera instancia — 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, *y si, con arreglo a los arts. 648 y 652 del Código civil, tampoco es admisible la tesis de dicho juzgador en cuanto sostiene que el donante pudo suspender por su propia autoridad las entregas de las cantidades que se había obligado a satisfacer, preciso se hace tener en cuenta para apreciar la eficacia del primer motivo del recurso, que éste no impugna en debida forma las antes mencionadas aserciones del fallo ralativas a la causa principal de las entregas de cantidades hechas por el recurrente a la recurrida; y si, según aquellas aserciones, las repetidas entregas constituyen una compensación de las facilidades dadas por la segunda al primero para la resolución de las liquidaciones que pendían entre ambos y de las cuestiones relacionadas con la testamentaría, es obvio que en el caso controvertido no concurren ni el carácter de gratuidad de las prestaciones ni la intención en los contratantes de otorgar y recibir, respectivamente, una atribución patrimonial a título de liberalidad.*

Considerando que no constituye obstáculo a esta tesis la declaración contenida en la sentencia de instancia consignando que el pago de la pensión de 1.000 pesetas mensuales a la recurrida obedeció en parte a motivo remuneratorio de los servicios prestados por su difunto cónyuge; *y no constituye obstáculo tal declaración porque, aún independientemente de las antes citadas afirmaciones de la misma sentencia, debe tenerse en cuenta que ésta se abstiene de expresar si constituían o no deudas exigibles los servicios a que alude, pero como dichos servicios — según se reconoce en el escrito de contestación a la demanda — fueron los inherentes a la gestión y dirección de un negocio de venta de géneros de comercio propiedad del recurrente — quien, al efecto, había conferido al cónyuge de la recurrida el oportuno poder — resulta indudable que* al ser de naturaleza mercantil la gestión desempeñada, no cabe

admitir la presunción de gratuidad de la misma, *conclusión que, bajo otro aspecto, viene a corroborar el texto del párrafo segundo del artículo 1.711 del Código civil, en cuanto establece que si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato, se presupone la obligación de retribuirle; y admitido que el cónyuge de la recurrida tenía derecho a percibir la retribución correspondiente a aquellas actividades comerciales, falta en el presente caso el supuesto a que se refiere el artículo 619 del citado Cuerpo legal — prestación de servicios que no constituyen deudas exigibles — y, en consecuencia, no se dan términos hábiles para apreciar la existencia de una donación remuneratoria.*

Considerando que si las razones expuestas conducen a la desestimación del primer motivo de los invocados, lógicamente se sigue que al no prevalecer éste desaparece la base de los segundo y tercero, en los que, dando por existente la supuesta donación remuneratoria, se acusan, respectivamente, la infracción en el fallo de los artículos 621 y 622 y la interpretación errónea e inaplicación de los 648, 649, 650 y 651, todos del Código civil, motivos que, por tanto, tampoco pueden prevalecer."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, notas a los §§ 8 y 11; sobre la aceptación, v. notas al § 17.

En la sentencia hay varias cuestiones de cierto interés, que conviene examinar separadamente.

a) *En primer lugar, el T. S. parece haber superado el criterio contrario a la admisibilidad de la donación obligacional que mantenía la sentencia de 6 de junio de 1908 (estudiada supra), criterio que había mantenido también la sentencia del Juzgado en el caso que nos ocupa. En contra de dicho criterio, el T. S. declara que son compatibles los términos obligación y donación y que una de las formas que puede revestir la donación es la* creación de un crédito en favor del donatario.

b) *Siempre enfocando el examen de la donación desde el punto de vista del contrato, la sentencia contiene algunas observaciones interesantes a propósito de la causa de la donación. Se dice que dicha causa está constituída por la mera liberalidad (v. el segundo considerando), pero se añade que al elemento objetivo de la* gratuidad *ha de unirse el elemento subjetivo constituído por el* acuerdo sobre la causa, *pues "el disenso en la causa impediría la perfección del contrato"; argumentación que viene a ser la aplicación a las donaciones de lo que el art. 1.262 del Código civil establece en general para los contratos: "El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación* sobre la cosa y la causa *que han de constituir el contrato". Por lo tanto, no basta con la "mera liberalidad del bienhechor", como pudiera parecer a la vista*

del art. 1.274, puesto que no es sólo el animus donandi *el que ha de tenerse en cuenta sino también el correlativo* animus *(por parte del donatario) de aceptar la atribución patrimonial a título de liberalidad. Quizá sin proponérselo (y quizá sin advertirlo), la sentencia viene a introducir una interesante matización en la interpretación del art. 1.274 por lo que a la causa de la donación se refiere (v. vol. I, notas al § 17).*

c) *En tercer lugar, y para rechazar la pretensión del recurrente que pedía la revocación (por causa de ingratitud) de la donación hecha, el Tribunal Supremo estima que no se trataba de una donación. En la sentencia de la Audiencia se había declarado que el pago de la pensión de 1.000 pesetas mensuales a la recurrida había obedecido en parte a* motivo remuneratorio *de los servicios prestados por el marido de aquélla al recurrente, sin expresar si tales servicios constituían o no deudas exigibles. Faltaba, pues, decidir sobre este punto y si el T. S. hubiera estimado que dichos servicios no constituían deudas exigibles, la consecuencia hubiera sido la calificación del acto como donación, de conformidad con lo establecido en el art. 619 del Código civil.*

Pero la sentencia del T. S. afirma que aquellos servicios constituían deudas exigibles y, en consecuencia, descarta la calificación del acto como donación y desestima la revocación solicitada. Para ello acude a una aplicación analógica del art. 1.711 referido al mandato, basándose en la circunstancia de que los servicios prestados por el difunto marido de la recurrida implicaban una gestión de naturaleza mercantil que fundaba el derecho de la recurrida a percibir las retribuciones correspondientes a dichas actividades.

Ahora bien, según resulta de la misma sentencia, la pretendida donación no tenía como único motivo *la remuneración de los servicios prestados por el marido de la recurrida, ya que la Audiencia había declarado que el pago de la pensión obedecía* en parte *a motivo remuneratorio de dichos servicios. Solamente "en parte"; porque la misma sentencia recurrida afirmaba que la* causa principal *de las entregas de cantidades hechas por el recurrente a la recurrida era* la compensación de las facilidades dadas por ésta "para la resolución de las liquidaciones que pendían entre ambos y de las cuestiones relacionadas con la testamentaría" *(v. el tercer considerando).*

A pesar de que esta última había sido la causa principal, *el T. S. no se preocupó de precisar si esta compensación de las facilidades, etc. podía ser considerada como una donación remuneratoria. No entró en la cuestión relativa a si dichas "facilidades" podían dar lugar a deudas exigibles. Ya se comprende que, en trance de resolver esta delicada cuestión, no hubiera sido posible la aplicación analógica del art. 1.711 del C. c. Sobre este punto, la sentencia se limita a decir que "es obvio que en el caso controvertido no concurren ni el carácter de gratuidad ni la intención de otorgar y recibir una atribución patrimonial a título de liberalidad".*

Cuestionario:

1) Si la "causa principal" de la entrega de aquellas cantidades era la compensación de las facilidades... etc., ¿cabría estimar que se trataba efectivamente de una donación remuneratoria?

2) La cuestión no se planteó en relación con la forma, sino en cuanto a la pretensión de revocación de la supuesta donación por causa de ingratitud. Pero de los antecedentes de hecho no se deduce que la obligación que el recurrente decía haber asumido hubiera sido formalizada por escrito, constando en la misma forma la aceptación de la donataria. No se planteó la cuestión de la forma, porque lo que se pedía no era la entrega de las cantidades prometidas sino la restitución de las cantidades entregadas.

Supóngase que el demandado y recurrente hubiera dejado incumplida aquella obligación, y que la otra parte exigiera en juicio la entrega de aquellas cantidades. ¿Cuál habría sido entonces, la solución dada por el Tribunal? ¿Servirían las mismas consideraciones que se hicieron en la sentencia para descartar la calificación de donación y, por lo tanto, para admitir la validez del acuerdo, no sometido a ningún requisito de forma?

CAPÍTULO IV

LAS OBLIGACIONES A TÍTULO GRATUITO DISTINTAS DE LAS DE DAR: LA «CAUSE RAISONNABLE ET JUSTE»

(V. vol. I, §§ 14, 14 bis, 15, 16, 20 *b*, y 27 *c*.)

ADVERTENCIA PARA ESTE CAPÍTULO Y PARA LOS SIGUIENTES. — A partir de este capítulo resulta más difícil y un tanto arbitraria la clasificación de los casos según los distintos problemas o parágrafos del vol. I. Muchos de estos casos encierran varios problemas. Concretamente, el problema de la *cause juste* se mezcla en ellos con el de la intención de contraer un vínculo jurídico. En este capítulo daremos preferencia al primer problema; en el capítulo siguiente, al segundo. El lector deberá perdonarnos este sistema arbitrario, pero que responde a una necesidad; por lo demás, él mismo podrá clasificar los casos como mejor le parezca.

NOTA SOBRE LOS PROBLEMAS OBJETO DEL PRESENTE CAPÍTULO. — De estos problemas se ha ocupado ex profeso la doctrina francesa, aunque no siempre con los criterios que hemos adoptado en los §§ citados de nuestro volumen I.

Planiol, *Traité pratique de droit civ. français*, París, 1952, vol. III, números 37, 38, 379, 387 y 622, se ocupa concretamente de los "contratos de servicios gratuitos", distinguiéndolos de la donación; y resume el trabajo de Boitard, ***Les contrats de services gratuits*** (tesis doctoral), París, 1941.

Para estos contratos, con los que se ha construído "un sistema de conjunto", se establece el principio de que la responsabilidad de quien presta gratuitamente un servicio ha de ser "apreciada con menos severidad que la de quien ha solicitado una remuneración" y se citan los artículos del Código francés (1.137, 1.927, 1.928, 1.991, 1.992), que hacen aplicación de dicho principio.

Tal principio se inspira en la idea de que "no es justo, y es contrario a la buena fe, que quien ha recibido un beneficio pretenda hacer valer las reglas rigurosas de la responsabilidad contractual (art. 1.147 del C. c. francés)". Es la *cause juste* a que hemos aludido en el vol. I, § 14 *e*; § 14 bis; § 15 y § 20 *b*.

Este principio se manifiesta en las siguientes direcciones:

a) Exclusión de la presunción de responsabilidad del art. 1.384 del

Código civil francés; independientemente de la cuestión relativa a la existencia de un contrato (excluída por la jurisprudencia), o sea, de la intención de contraer un vínculo *jurídico*. Pero, aun en este último caso, que excluye la aplicación del art. 1.147 C. c. francés (1.218 del C. c. ital.) con la inherente carga de la prueba; y ello, tanto sobre la base de un presupuesto subjetivo de las partes o "cláusula implícita" (v. vol. I, § 3 *b* y § 15) como sobre la base del criterio objetivo de la *cause juste* (v. también vol. I, § 27, nota 27).

b) En principio, quien presta un servicio a título gratuito no puede pretender estar obligado a observar un menor grado de diligencia que quien lo presta a título oneroso. Pero "cuando el acreedor conocía la negligencia o la imprudencia habituales del deudor, puede admitirse la existencia de una cláusula implícita de irresponsabilidad que sólo deja en pie la responsabilidad en caso de falta grave".

c) El deudor puede ser condenado a resarcir daños en cuantía inferior al perjuicio sufrido por el acreedor. En la práctica puede llegarse al mismo resultado a que se llegaría si se admitiera que el deudor está obligado a observar un menor grado de diligencia; pero mediante un criterio más satisfactorio, según el cual "la responsabilidad sólo se atenuará si, dadas las circunstancias, se considera justo". Aplicación también de la *cause juste* en el sentido a que hemos aludido en los §§ citados de nuestro vol. I.

d) Sin embargo, si el que presta el servicio gratuito tiene interés en él, se aplica la presunción del art. 1.384 C. c. francés y si se trata de un contrato la del art. 1.147 del mismo Código (art. 1.218 C. c. ital.), con la consecuencia implícita de que no se aplica la atenuación de responsabilidad a que acabamos de aludir. Sobre este particular v. vol. I, § 14, nota 13, § 16, nota 2 y los casos franceses que estudiaremos a continuación, así como las sentencias citadas por Planiol, op. y loc. cits., número 622, relativas a casos como el de quien transporta a una enfermera junto a la hija enferma, o de quien transporta a sus propios dependientes; en cambio, una sentencia no ha visto un interés suficiente en el caso del amante que transporta a su *maîtresse*.

Adviértase que estas directrices de la doctrina y de la jurisprudencia francesas se refieren a casos de prestación negligente del servicio (la llamada *misfeasance*). Sin embargo, parece que pueden extenderse también al caso de incumplimiento de un servicio prometido (la llamada *nonfeasance*) (v. vol. I, § 14, nota 11).

También en la doctrina italiana se ha examinado algunas veces el problema de la *cause raisonnable et juste* en los contratos de servicios gratuitos, pero no siempre como "sistema de conjunto".

A este propósito, nos remitimos a la lectura del *Commentario del Cod. civile*, ed. Zanichelli, *Foro it.*, Bologna-Roma, 1953, comentario al *Comodato* y al *Mutuo*, por Fragali, y las citas que en él se contienen.

Sobre una atenuación de la responsabilidad del comodante en el caso de que no sea propietario de la cosa y sobre una analogía con la limi-

tada garantía por evicción debida por el donante: v. Fragali, op. cit., artículo 1.803, n. 11 y arts. 1.809-1811, n. 5; y para el caso de vicios de la cosa dada en comodato o en préstamo, art. 1.812, n. 1 y art. 1.821, número 2.

Sobre el desistimiento permitido al comodante en el art. 1.809, párrafo 2.°, aun en el caso de necesidad leve (a diferencia del art. 1.467), véase Fragali, op. cit., arts. 1.809-1811, n. 3.

Sobre la aplicación analógica de estos principios, no solamente a la promesa de comodato sino a todos los casos del llamado "comodato de servicios y de obra", v. Fragali, op. cit., art. 1.803, núms. 2, 15 y 16 *c*; artículo 1.812, núms. 2 y 3.

En la atenuación de responsabilidad, que queda limitada al dolo y a la culpa grave, según el art. 414 del Código de la navegación, para el "transporte amistoso", puede verse la aplicación más intensa de un principio general según el cual "la gratitud y el motivo de cortesía que cualifican la causa del contrato, conducen necesariamente a una atenuación de responsabilidad"; y se equipara el transporte amistoso o de cortesía al comodato (Fragali, op. cit., art. 1.803 n. 15 *b*, y las citas que incluye). Otros ven en el art. 414 del Código citado una responsabilidad extracontractual, limitada en consideración a la "cortesía" (que excluiría el contrato) y aplicable, por lo tanto, a *todos* los tranportes amistosos o de cortesía, incluso a los terrestres: Asquini, cit., en *Riv. dir. comm.*, 1952, II, p. 14 y sigts. En todo caso, los que siguen la primera opinión y limitan la disposición del art. 414 del Código de la navegación al transporte marítimo, llegan también por otros medios a admitir una atenuación de la responsabilidad en el llamado transporte amistoso terrestre, considerado como contrato: v. Fragali, op. cit., art. 1.812, n. 3 y las citas de autores y de jurisprudencia que se recogen.

El transporte "*amistoso*", según la terminología utilizada por nuestros autores, se distinguiría del transporte "*gratuito*" en que en este último el porteador tendría un interés, a pesar de no recibir ninguna compensación (v. vol. I, § 14, nota 13 y § 16, nota 2).

Así, en el transporte de dependientes, de los funcionarios estatales, y en el transporte que tiene lugar cuando se prueba un automóvil en venta; pero se añade también el caso en el que la no exigencia de la retribución equivale a una donación de su importe: Fragali, op. cit., artículo 1.803, n. 15 *b*. Asquini, op. cit., p. 13, ve en dichos casos un transporte a título oneroso (dejando aparte el caso de la donación). En cuanto a las ambulancias de la Cruz Roja (caso de contrato de transporte "gratuito", según Asquini) se podrían invocar otros argumentos. El transporte de electores parece inspirado por un interés, según lo que hemos dicho en el vol. I, § 16; más delicado resulta el caso del transporte de socorros en ciertos casos de calamidades, en el que se debe distinguir según la persona o entidad que lo realice (v. Asquini, loc. cit.).

Casi no es necesario advertir que también todas estas discusiones de la doctrina italiana se refieren en general a la responsabilidad por *mis-*

feasance y no, o por lo menos no directamente, a la responsabilidad por *non feasance*.

Pero, como se ha indicado, se extienden a las llamadas promesas de comodato de cosas o de servicios los principios relativos a la atenuación de la responsabilidad del comodante, quien, por lo demás, cuando obtiene ilegítimamente o por casualidad la posesión de la cosa, está obligado a volver a entregarla y por lo tanto puede ser responsable por *non feasance* (aparte de la cuestión de ver si la única sanción es la del resarcimiento de los daños o si puede haber lugar también a la ejecución en forma específica: v. Fragali, op. cit., arts. 1.809-1811, n. 5).

En cuanto a la admisibilidad de la llamada promesa de comodato, se discute si se trata de una promesa de contrato o contrato preliminar del contrato real de comodato, o, por el contrario, de un contrato consensual. En el primer caso no se admitiría la ejecución en forma específica del art. 2.932, ya que la sentencia no podría *por sí misma* constituir el contrato, sino que habría de ser completada por la entrega de la cosa para que pudiera quedar perfeccionado el contrato real (Fragali, op. cit., art. 1.803, núms. 1 y 2 y n. 16 *c*, y las citas en pro y en contra que allí se recogen). Esta última opinión se extiende también a la promesa de mutuo y, al parecer, a la promesa del llamado comodato de servicios y de obra, que quedaría perfeccionado con el *opus coeptum*, es decir, con la iniciación de la prestación como equivalente a la entrega en el comodato de cosas (Fragali, op. cit., art. 1.813, núms. 1, 2, 20, 22; artículo 1.822, núms. 1-4; art. 1.803, n. 15 *c*).

Ahora bien, sutilezas aparte, en un sistema que admite los contratos innominados no encontramos razones de orden público o de protección de una de las partes que puedan constituir un obstáculo para la admisibilidad de un contrato consensual de comodato o de una promesa de ceder el goce gratuito de una cosa, de la que nazca la obligación común de entregar la cosa.

El elemento real de la entrega o del *opus coeptum* podría servir para resolver el problema de la existencia de la intención de contraer un vínculo jurídico o el de la ponderación de la voluntad (v. vol. I, § 14 *d*, y Fragali, op. cit., art. 1.813, n. 22, pero refiriéndose también al mutuo oneroso). Pero este problema queda superado, aun admitiendo una promesa de comodato de cosas o de servicios o una promesa de mutuo, como contratos preliminares de los que derivaría una responsabilidad por daños, ya que no la sanción consistente en la ejecución en forma específica (sobre el problema de la admisibilidad de una promesa de comodato, de recibir en depósito y, en general, de una promesa de contrato real, v. también en *Giur. it.*, 1953, I, 1, 195, la nota al caso Mulas contra Tedda: caso que estudiaremos en el cap. V).

El problema es más bien otro. Es el de ver si la sanción consistente en la ejecución específica de la obligación de entregar la cosa, para un goce gratuito de la misma, es *justa* en relación con la gratuidad de la "causa" y con las circunstancias y, en cierto modo, en relación también

con la intención de quien se obliga. Es decir, se trata de ver si tal sanción es el mejor modo de hacer justicia en el caso concreto: averiguación que, si no está permitida en el contrato a título oneroso, lo está en cambio en el contrato a título gratuito (aparte del caso de la donación obligatoria, contrato formal), y lo está precisamente en relación con el mencionado principio de atenuación de la responsabilidad, principio que no sólo debe aplicarse a la determinación de la sanción (cuantía de los daños), sino que sirve también para la elección entre las varias sanciones posibles (para la doctrina francesa, v. supra, *c*). Como hemos visto, la *equity* anglosajona excluye, en principio, la *specific performance* en todas las *gratuitous promises* (v. vol. I, § 33, nota 5 bis).

La sanción consistente en la ejecución específica podría resultar, en las circunstancias del caso concreto (v. vol. I, § 14, notas 25 y sigts.), demasiado grave para el promitente o, en todo caso, podría no ser necesaria para reparar el interés lesionado del promisario; de manera que parece más adecuada la sanción consistente en el resarcimiento de los daños, y en la medida en que eventualmente tenga en cuenta la *cause juste*. Esto viene a ser, aunque limitado a los contratos de servicios gratuitos, el equivalente de lo que es la *equity* anglosajona para los contratos a título oneroso (v. vol. I, § 33 *b*). V. especialmente el caso Fellman cr. Mathebs, que estudiaremos a continuación.

Quizá si la doctrina que no admite el llamado contrato consensual de comodato, de mutuo, etc., y excluye la ejecución específica en las promesas de celebrar estos contratos reales, se limitara a los contratos a título gratuito, podría tener cierta justificación, ya que llegaría, aunque fuera a través de una artificiosa "construcción técnica", a atenuar la responsabilidad del promitente a título gratuito, excluyendo una sanción grave. Pero lo cierto es que dicha doctrina se extiende también a la promesa de mutuo a título oneroso o con intereses (en realidad, en la promesa de mutuo, a título oneroso o gratuito, por evidentes razones prácticas, es decir, por la lentitud de la ejecución forzosa, no interesa una sentencia que condene al promitente a entregar la cantidad mutuada, de manera que prácticamente la única sanción posible será la del resarcimiento de los daños).

FELLMAN cr. MATHEBS

Cour de Colmar, 8 mayo 1845. — *Sirey*, 1847, II, p. 117.
(Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"Las cuestiones antes indicadas habían sido resueltas por una sentencia del Tribunal de Belfort, motivada en la forma siguiente:

"Considerando que, por una convención verbal celebrada entre Fellman y Mathebs con anterioridad a la época en que este último llegó a ser conductor de la diligencia de Thann a Belfort por cuen-

ta de los maestros de postas, Fellman se había obligado a prestar gratuitamente a Mathebs un local en su hotel para colocar en él todos los objetos necesarios para la empresa de mensajerías organizada y dirigida por dicho Mathebs, convención que fué plenamente cumplida hasta el momento en que, habiendo cesado Mathebs en su negocio, pasó a ser el conductor de la diligencia de los maestros de postas, diligencia que desde entonces ha disfrutado en el hotel Fellman de las mismas ventajas concedidas anteriormente a Mathebs; — Considerando que este último, en previsión de una nueva separación de sus intereses de los del servicio de postas, obtuvo del señor Fellman una promesa concebida en estos términos: "Yo, Jean Fellman, fondista de Belfort, declaro que cuando el señor Louis Mathebs, de Thann, suspendió el servicio de su diligencia desde Wesserling a Belfort para ser conductor de un servicio semejante establecido por los maestros de postas, le prometí y vuelvo a prometerle hoy que si llegara a dejar su puesto de conductor para volver a emprender por su cuenta el servicio de una diligencia desde Wesserling, o desde Thann a Belfort, le daré preferencia para que vuelva a establecer su oficina en mi hotel, en el mismo local en que se encontraba antes y en el que se encuentra ahora la de los maestros de postas, a partir del mismo día en que reanude su servicio. Dado en Belfort, el día ... Firmado: Fellman"; — Considerando que, habiéndose realizado el caso previsto y negándose el demandado a cumplir esta promesa, el demandante le ha emplazado a fin de constreñirle por todas las vías legales a dicho cumplimiento".

Frente a esta demanda, Fellman alegó, entre otras razones, que la referida promesa no tenía ningún valor jurídico. El Tribunal de Belfort rechazó esta excepción por los motivos siguientes:

"Considerando, en lo que se refiere al motivo basado en la ineficacia de la promesa en sí misma, que, de conformidad con la ley, toda obligación libremente contraída que no implique ninguna estipulación contraria a las leyes, debe ser cumplida; que las circunstancias en que se celebró entre las partes la convención antes mencionada justifican la promesa hecha por Fellman, las razones plausibles que pudo tener Mathebs para solicitarla y las que pudieron decidir a Fellman a hacerla; que, por una parte, Mathebs, primer organizador de un servicio de diligencias que *necesariamente tenía que beneficiar al hotel* en el que la diligencia se detenía, pudo tratar de asegurarse los medios para volver a emprender con fortuna su servicio en caso de que surgiera una ruptura con los maestros de postas y, por su parte, Fellman pudo contraer

en tales circunstancias una obligación que implicaría el reconocimiento de ciertos servicios prestados y el deseo de consolidar la posición presente y futura de Mathebs; que es evidente que, en la intención de ambas partes, tal obligación debía tener un valor y constituir un título para el demandante a los fines legales; que el valor del contrato sobre que se litiga, según la intención de las partes, no tenía la naturaleza de una promesa de arrendamiento o de un arrendamiento, pues las condiciones esenciales constitutivas del contrato de arrendamiento consisten en entregar en arriendo una cosa mediante un precio cierto, y que los términos de la promesa y todos los documentos del proceso demuestran que, a cambio de la concesión del derecho de usar ciertos locales del Hotel Fellman, no se había convenido ningún precio que hubiera de pagar Mathebs, salvo el beneficio que suponía para Fellman la llegada de los viajeros conducidos por la diligencia a su hotel; que, en vista de ello, puede estimarse, de acuerdo con el demandante, que la convención en cuestión es una especie de comodato o préstamo de uso, o un contrato innominado de naturaleza especial, pero que no debe por ello dejar de producir sus efectos en la medida de la intención de las partes, puesto que no contiene ninguna estipulación ilícita."

La promesa de Fellman tenía duración indeterminada. Sobre este punto el Tribunal dice que, por una parte, es imposible admitir la intención de hacer una promesa de prestar el local por tiempo indefinido; y por otra parte, toda convención debe ser interpretada en el sentido más adecuado para que produzca efectos, según la intención de las partes. "Que, en tales circunstancias, corresponde al Tribunal determinar la duración de dicha obligación, teniendo en cuenta la intención de las partes, la naturaleza de la obligación contraída y la posición respectiva de las partes." De esta manera, el Tribunal fija o arbitra dicha duración en dos años a partir de la entrega. Y condena a Fellman a la ejecución en forma específica de la obligación, es decir, a la entrega del local, y no al resarcimiento de los daños, por estimar que esta última sanción sería inadecuada en el caso concreto.

Apelada esta sentencia por Fellman fué confirmada por el Tribunal de Colmar.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 14 *e*; y especialmente las notas 16, 20, 22, 25-29; § 16, nota 2; § 20 *b*, especialmente nota 12; § 27 *c*; § 36 *c*.

Después de lo dicho en los pasajes citados del vol. I y en la nota

al principio del presente capítulo, el lector está en situación de poder comentar este *leading case.*

Adviértanse en la sentencia:

1) El recurso a la *cause plausible et juste,* a pesar de haber admitido la obligatoriedad de todo contrato *innominado;* causa que también juega, probablemente, para fijar la duración del contrato.

2) La *causa praeterita* de reconocimiento por servicios prestados, como *cause juste et plausible* (v. vol. I, § 14, nota 23).

En este aspecto, parece interesante la sentencia belga del Tribunal de Mons, de 11 de diciembre de 1888, *Journ. Trib.,* 1889, 56, citada por Demogue, *Traité des oblig.,* cit., II, n. 770, p. 589, nota 2, según la cual, tendría tal causa y sería válida "la promesa de abastecerse exclusivamente en una determinada cervecería, hecha en reconocimiento de servicios prestados".

3) El interés o *chance* de obtener ventajas patrimoniales que el negocio produciría para Fellman, tanto desde el punto de vista de la *cause juste* como del *contrat intéressé* (v. vol. I, § 14 *e,* y § 16).

4) En cuanto a la intención de contraer un vínculo jurídico, adviértase que se recurre no sólo al texto del documento sino también a las *razones plausibles* para estimar que existía la intención de conceder al promisario una acción en justicia (v. vol. I, § 2, nota en apéndice y § 5 *b,* para las citas de Pothier).

5) ¿Cuál sería la solución de este caso en el *common law*? ¿Podría constituir una *consideration* el beneficio que Fellman pensaba obtener en el asunto? ¿Cabe pensar en una petición *implícita* de Fellman de que Mathebs detuviera su diligencia ante el hotel, o ésta era solamente una ventaja que necesariamente habría de derivar de la situación? V. vol. I, § 26 *d,* § 28, notas 8 y 9 y § 27, notas 2 y 3, para casos análogos de *bargain implícito;* v. también § 35 *a,* y los casos McDevitt v. Stokes y Martin v. Meles, nota 7.

6) ¿Puede aplicarse la *doctrina* de la *reliance,* a que aludíamos en el vol. I, § 27 *a,* en consideración al hecho de que la promesa de Fellman se había hecho "en previsión de una nueva separación de los intereses de Mathebs del servicio de postas"?

Bareille cr. Gallard y Metivier

Tribunal de commerce de la Seine, 27 marzo 1912. *Gazette du Palais,* 1912, 2, p. 215. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis.*)

1) Por documento de fecha 13 de enero de 1907, Bareille adquirió de Gallard el negocio de sastrería que este último explotaba con ayuda de su sobrino Métivier. Según los términos del documento de venta, el vendedor y su empleado principal, Métivier, se

comprometían formalmente a no ejercer la profesión de sastre o a no interesarse directa o indirectamente en un comercio similar dentro de un radio determinado. El empleado infringió su obligación y cometió un acto de concurrencia desleal que justificaba una acción de daños y perjuicios por parte del adquirente, al interesarse en un comercio idéntico dentro del perímetro prohibido.

En vano podría pretender éste que la cláusula que invoca el adquirente fuera nula por atentar a la libertad humana y al derecho a la vida, pues dicha cláusula, limitada en el caso concreto, en modo alguno le impide emplear su actividad y sus conocimientos fuera de una zona determinada.

Además, aún admitiendo que el compromiso asumido por él no pudiera impedirle ejercer el oficio de sastre como operario, sería necesario que se limitara (cosa que no ha hecho) a no ser más que un simple operario, sin que pudiera tener ninguna relación con la clientela, permaneciendo ignorado de ella y sin solicitarla ni para él ni por cuenta de un tercero.

2) Asimismo, carece de fundamento su afirmación de que dicho compromiso era nulo por constituir una obligación sin causa, pretextando que por haber sido un simple operario del vendedor, sin tener ninguna parte en la propiedad del negocio vendido, no habría obtenido para sí mismo ninguna contrapartida por la obligación asumida.

Este argumento sólo podría tomarse en consideración si el adquirente hubiera obtenido el reconocimiento de esta obligación en un acto distinto del acto de la venta, mientras que, por el contrario, en este caso la obligación del empleado fué incorporada a dicho acto y consta, además, que este empleado era quien llevaba el negocio vendido, que era conocido por los clientes bajo el nombre de su patrono y que de la correspondencia cruzada antes de la conclusión de la venta resulta que la obligación sobre la que se litiga fué una de las condiciones esenciales de la adquisición.

Teniendo en cuenta todas estas circunstancias, el adquirente no tenía por qué averiguar cuáles eran las convenciones particulares que existían entre el patrono y el empleado, ni qué interés pudo tener este último al asumir una obligación estipulada en beneficio de un negocio que ambos explotaban en común.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 14 *e*, § 16, § 20 *b*.

En una nota de la *Revue Trim. de droit civil*, 1912, p. 994, se comenta este caso en la forma siguiente:

"La solución práctica dada por el Tribunal debe ser aprobada. Sería

inadmisible que el comprador (del negocio) sólo pudiera obtener en un caso semejante una garantía insuficiente (de no concurrencia). Pero para justificar tal solución sería necesario presentar con la amplitud suficiente la teoría de la *causa* y decir que el espíritu *liberal* que constituye la causa de las liberalidades se encuentra en gran número de actos a título gratuito que no son donaciones: fianza, renuncia a un derecho, promesa de no volver a establecerse, como en el presente caso. También se puede justificar la solución dada por otro argumento menos teórico, más cercano a la realidad de los hechos. Un ex empleado tiene derecho a hacer concurrencia a su antiguo patrono o al *sucesor* de éste; pero tal derecho no es absoluto. La jurisprudencia ha reconocido que muchas veces la manera de obrar del empleado constituye una concurrencia desleal. Éste puede, pues, *precisar* sus obligaciones asumiendo un compromiso amplio, tanto si lo hace en el mismo acto como en un acto separado, del mismo modo que el día de su partida un empleado, un socio que se retira, puede asumir una obligación de esta naturaleza. No carece de *causa* la promesa hecha para precisar una obligación legal bastante vaga, a menos que se la amplíe para dar una seguridad absoluta. Tal es la conclusión que se deduce de este caso que parece nuevo."

En su primera parte, la sentencia se inspira en el principio de que los pactos de no concurrencia limitados en cuanto al tiempo, al lugar o al objeto, son válidos (v. también vol. I, § 19 *c*, y art. 2.596 C. c. ital.).

Se podría dudar, sin embargo, si el pacto de no concurrencia aunque se limite de aquella manera, es válido cuando se hace a título gratuito. Pero ni la sentencia, en su segunda parte, ni la nota de la *Revue Trim.* examinan el caso desde este concreto punto de vista del pacto de no concurrencia, sino desde el punto de vista general del valor de cualquier promesa de hacer, de no hacer, de prestar, etc., a título gratuito y, por lo tanto, de la exigencia de una *cause plausible ou juste*. En este sentido considera también el caso Demogue, *Traité des oblig.*, cit., II, número 770.

Tal causa se encontraría, según la nota citada, en el *espíritu liberal* (lo que prueba demasiado, v. vol. I, § 5, notas 4 y 5); según Demogue, en el principio de que "el simple deseo de obedecer a un sentimiento de equidad, de conciencia, de delicadeza o de honor constituye una causa suficiente de la obligación" (lo que también prueba demasiado; v. volumen I, § 9, especialmente notas 9 y sigts.).

En todo caso, la gravedad de la obligación de no hacer concurrencia, que se pretende contraída a título gratuito, induce a buscar una *causa suficiente* o, mejor dicho, *justa*, para establecer o por lo menos para proporcionar la responsabilidad del promitente al hacer la comparación entre carga de la obligación y perjuicio del promisario (v. § 14 *e*; § 14 bis y § 20 *b*).

La sentencia encuentra esta causa:

a) En el hecho de que la promesa de no concurrencia era una condición esencial de la venta de un negocio, aunque dicha venta hubiera

sido concluída por otros. La alusión al acto distinto significa acto que no sea condición esencial de aquella venta, pues tal condición podría contenerse en un acto distinto: "te prometo... si compras el negocio de mi tío". En realidad, esta promesa tendría como "causa" una *contrapartida,* es decir, un acto de interés patrimonial (la compra), que de no ser por la promesa no habría realizado el otro.

b) En el hecho de que el sobrino, dadas las circunstancias del caso concreto, estaba en situación de causar con su concurrencia un perjuicio efectivo y grave al comprador del negocio.

En el aspecto aludido supra *a)* puede observarse que sería también causa justa o suficiente la causa de liberalidad *en consideración al tío,* es decir, la finalidad de permitirle vender el negocio: precisamente porque en este caso la finalidad liberal no se refiere al promisario, sino a un tercero (el tío).

¿Qué piensa el lector de la nota de la *Revue Trim.,* especialmente en cuanto a la "causa" consistente en "precisar" una obligación legal de no hacer concurrencia desleal?

¿Cómo se resolvería este caso en el *common law*?

SOCIÉTÉ CULTUELLE DE SECOURS ISRAÉLITE DE SAINT-FONS y SOCIÉTÉ AMICALE AGOUDAH AHIM cr. BAROUK-BITTOUM

Tribunal de Commerce de Lyon, 18 septiembre 1936. *Gazette de Palais,* 1936, p. 893. (Sentencia transcrita textualmente.)

EL TRIBUNAL. — Considerando que, por escrito de 9 de mayo de 1935, la *Société cultuelle de secours israélite* de Saint-Fons y la *Société Union amicale Agoudah Ahim et Herraths Elias Yahou,* requirieron de Barouk-Bittoum el pago de 6.000 francos a título de daños y perjuicios por haber puesto a la venta, contraviniendo la obligación que había asumido, carne que no era *cachir,* es decir, que no había sido autorizada por el rabino sacrificador mediante la colocación de su sello.

Considerando que por una providencia dictada el 16 de agosto de 1935 el Tribunal de esta ciudad designó como perito al señor Vérard, con la misión de averiguar, mediante informes y testigos, si las convenciones anteriormente celebradas entre las partes en litigio habían sido o no observadas y, en consecuencia, de determinar si se había causado con ello un perjuicio; que dicho perito cumplió la misión que se le había confiado y que, por no haberse llegado a una solución amistosa entre las partes, presentó su informe; que por escrito de fecha 22 de junio de 1936 las Sociedades

demandantes emplazaron a Barouk-Bittoum, pidiendo que se le condenara a pagar 6.000 francos en concepto de daños y perjuicios y que se desestimara su demanda reconvencional.

Considerando que, tanto en la demanda como en las conclusiones, la *Société Cultuelle Israélite* expone que en virtud de una convención celebrada entre las partes en forma de documento privado el 1.º de septiembre de 1934, Barouk-Bittoum se obligaba bajo diversas condiciones especificadas en dicho documento y como carnicero de la *Société Cultuelle* a vender solamente carne *cachir* procedente del sacrificio hecho según las formas rituales por el rabino especialmente encargado de ello por la *Société Cultuelle,* precisando Barouk-Bittoum en dicha convención que, para el caso de que contraviniera su promesa de no vender otra carne que la determinada en esta convención, se obligaba a pagar 500 francos en concepto de daños y perjuicios por 1 Kg. de carne que no fuera *cachir;* que Barouk-Bittoum, quebrantando la obligación contraída, recibió y puso a la venta carnes que no eran *cachir,* concretamente 12 Kgs. procedentes de los mataderos de Lyon, cosa que él mismo ha reconocido; y que, a pesar de su afirmación de que no había vendido esta carne a sus correligionarios israelitas sino a otras personas de religión diferente, lo cual no ha sido suficientemente probado, no deja de resultar evidente que no ha respetado sus obligaciones frente a la *Cultuelle Israélite* y que ha causado a los miembros de esta Sociedad un perjuicio moral y material; que, por consiguiente, las Sociedades demandantes mantienen su petición tal como resulta del escrito inicial de la causa, solicitando además del Tribunal la desestimación de la demanda reconvencional de daños y perjuicios de Barouk-Bittoum, y que se condene a éste en la totalidad de las costas.

Considerando que, limitándose en sus conclusiones Barouk-Bittoum a argumentar sobre la base del informe del perito señor Vérard, sostiene que la prueba de los hechos que se le imputan no ha sido aportada y que la demanda formulada por la *Société Cultuelle* debe ser rechazada; y en su demanda reconvencional pide que dichas Sociedades sean condenadas a pagarle 10.000 francos en concepto de daños y perjuicios por el perjuicio sufrido por él y que sean condenadas igualmente en todas las costas.

Considerando que, según el perito hace constar en su informe, Barouk-Bittoum reconoció que había adquirido 12 Kgs. de carne no ritual, de un carnicero que se abastecía en los mataderos de Lyon; pero que esta carne había sido revendida por él a un comprador que no era israelita ni miembro de la *Société Cultuelle* de

Saint-Fons; que reconociendo que Barouk-Bittoum ha cometido una falta grave, hace constar que las Sociedades demandantes no han aportado ninguna prueba en apoyo de su demanda; que, por otra parte, la prueba pericial no ha demostrado que Barouk-Bittoum haya sufrido hasta el momento presente ningún perjuicio derivado de los hechos referidos y que su demanda reconvencional, en la que reclama 10.000 francos en concepto de daños y perjuicios, no parece justificada.

Considerando que... al someter a la jurisdicción comercial un litigio en el que el elemento espiritual va estrechamente ligado al elemento material, las partes han querido ser juzgadas según las leyes francesas, a pesar de su personalidad extranjera y de las costumbres de su religión, por lo que, de momento, es necesario aislar los elementos del litigio a fin de examinarlos separadamente.

Considerando, en efecto, que los debates del juicio han revelado que la *Société Cultuelle Israélite* de Saint-Fons y la *Union Amicale Agoudah Ahim et Herraths Elías Yahou,* están constituídas únicamente por marroquíes adeptos a la ley judaica; que para conciliar las prescripciones de esta ley religiosa, de dos milenios de antigüedad, con las necesidades y obligaciones de la vida moderna, dichos extranjeros han tenido que procurarse:

1) La colaboración de un rabino sacrificador, a quien hicieron venir, con grandes gastos, de Marruecos y de cuyo mantenimiento se encargaron.

2) La colaboración, igualmente, de dos carniceros detallistas afiliados a su secta, lo cual supuso un esfuerzo y unos gastos considerables para dichas Sociedades, teniendo en cuenta los modestos recursos de sus miembros.

Considerando que, si bien el hecho de que uno de estos carniceros, demandado en el presente proceso por sus correligionarios, pusiera a la venta carne que no era *cachir,* no constituye una infracción a las leyes francesas, no es menos cierto que al vender carne no ritual a pesar de la obligación que había asumido por escrito, este carnicero ha violado la convención particular que existía entre él y las Sociedades demandantes, convención que constituye la ley del contrato entre las partes; que, en consecuencia, no obstante las apreciaciones personales del perito señor Vérard, no puede dudarse que Barouk-Bittoum, al sembrar el malestar y la inquietud entre los miembros de las Sociedades demandantes, les ha causado un perjuicio moral a la vez que material, a consecuencia de la desorganización del servicio de culto que habían establecido, no sin esfuerzo.

Considerando que en cuanto a la reclamación de 6.000 francos en concepto de daños y perjuicios formulada por las Sociedades demandantes conviene hacer una apreciación justa del perjuicio tanto moral como material sufrido por las partes; que la cláusula incluída en la convención antes mencionada, según la cual Barouk-Bittoum, con un sentimiento de curiosa desconfianza de sí mismo, declaraba que pagaría 500 francos si vendía 1 Kg. de carne que no fuera *cachir*, debe interpretarse como una especie de penalidad indeterminada; que, en efecto, es fácil comprender que la operación puramente aritmética efectuada por las Sociedades demandantes, aplicando la tasa de 500 francos por kilogramo a los 12 Kgs. de carne no *cachir* vendidos por el demandado, cuyas huellas han podido seguirse, conduciría a cantidades astronómicas si el demandado hubiera ejercido su negocio prohibido durante algunos meses como el más modesto carnicero de arrabal; que, además, el texto del acuerdo no dice que la indemnización de 500 francos deba ser multiplicada por el número de kilogramos vendidos; que no se puede admitir por una interpretación dudosa la pretensión excesiva de los demandantes; que, en consecuencia, procede reducir a 1.000 francos la reclamación de daños y perjuicios formulada por las Sociedades demandantes.

Considerando, por otra parte, que ni los debates del juicio ni el informe del perito señor Vérard han revelado que la actual contienda haya causado a Barouk-Bittoum un perjuicio cualquiera en el ejercicio de su comercio; que por lo tanto procede rechazar por injustificada su demanda reconvencional de 10.000 francos en concepto de daños y perjuicios.

Por estos motivos: se declara la resolución del contrato por el incumplimiento de Barouk-Bittoum. Se condena a Barouk-Bittoum a pagar a la *Société Cultuelle de secours israélite* y a la *Société Union amicale Agoudah Ahim et Herraths Elías Yahou*, conjuntamente, la cantidad de 1.000 francos, además de los intereses legales. Se condena a dicho Barouk-Bittoum a pagar todas las costas.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 14, especialmente nota 5 y apartado *e*; § 19 especialmente nota 21; § 20 *b*, nota 9; § 21 especialmente notas 21 y 35 y sigts.

En una nota se hace el siguiente comentario a este caso: "La culpa en el cumplimiento de la convención no podía dudarse: en virtud de un contrato claro, un carnicero elegido especialmente a este efecto se había comprometido a no vender carne que no fuera *kacher* o *cachir*. Parece que, habiéndose demostrado la transgresión de esta obligación, no solamente procedía resolver el contrato sino también aplicar la cláusula

penal que figuraba en él, pues no corresponde al juez la facultad de reducir la indemnización fijada alzadamente por las partes para el caso de incumplimiento de la obligación".

El caso podría examinarse también desde el punto de vista de los problemas a que nos hemos referido en vol. I, § 19 *c*, si se viera en él una limitación a la libre actividad económica, de alguna manera justificable. En todo caso, existiría un interés serio por parte de la *Société Cultuelle* para justificar tal limitación. Adviértase que la posibilidad de que se volviera a condenar a Barouk en caso de que se repitieran sus contravenciones hubiera significado prácticamente una limitación indefinida en cuanto al tiempo. Pero, indirectamente, al atenuar considerablemente la cuantía de la cláusula penal, el juez venía a autorizar a Barouk a hacer otras ventas de carne que no fuera *cachir*.

Sin embargo, no es en este aspecto en el que la sentencia ha examinado el caso.

Adviértase que la obligación de Barouk no tenía una contrapartida (su demanda reconvencional por daños se fundaba en el daño derivado de haberse instado el pleito y no en una obligación de la *Société Cultuelle* de abastecerse en la tienda de Barouk).

Sin embargo, aunque no existiera un contrato conmutativo u oneroso, existían las siguientes *causas justas* para la obligación de Barouk:

— el interés de la *Société Cultuelle;*

— el perjuicio grave que dicha Sociedad había sufrido y hubiera continuado sufriendo a consecuencia de la conducta de Barouk;

— el beneficio o el interés, incluso patrimonial, que Barouk obtenía automáticamente en el asunto, aunque no existiera por parte de la Sociedad una obligación de abastecerse en su tienda.

Estos argumentos, aunque hayan sido aludidos más o menos explícitamente en la sentencia, no parecen haber influído abiertamente en la decisión. Pero, al comparar intereses, cargas y perjuicios (v. vol. I, § 14 *e*; § 20 *b* y § 21, notas 35 y sigts.) la sentencia ha tenido en cuenta todo esto, aunque por la vía oblicua de la interpretación de aquella "curiosa" cláusula penal o, si se quiere, por la vía de la *cause plausible*, y ha moderado la cuantía de la cláusula penal a pesar de haber declarado en principio la validez de todo contrato, "que tiene fuerza de ley entre las partes".

En realidad, lo que estaba en juego era no tanto la cuestión de la posibilidad de reducir la cláusula penal, posibilidad no admitida por el Código ni por la jurisprudencia francesa (especialmente tratándose de contratos a título oneroso), como la cuestión de la sancionabilidad o responsabilidad (atenuada) de una obligación sin contrapartida o de un contrato innominado *curioso*. Desde este punto de vista, el perjuicio sufrido por el promisario y, en general, las *causes justes* antes mencionadas, carecen de relieve en un contrato a título oneroso (v. vol. I, § 14 *e*, nota 29 y § 20, notas 10 y sigts.).

No sabemos, en efecto, qué hubiera decidido el juez en este caso si

no hubieran concurrido aquellas *causes justes* (y, concretamente, en el caso de que no habiéndose establecido una cláusula penal hubiera sido necesario recurrir a las *astreintes*).

Prescindiendo de la posibilidad de reducir la cláusula penal (v. vol. I, § 33 *c*), ¿cómo se hubiera resuelto este caso en el *common law*? ¿Existía una *consideration* para la promesa de Barouk o podía por lo menos admitirse una promesa implícita de la *Société Cultuelle* de abastecerse en su tienda? (v. análogas cuestiones en la nota al caso Fellman). ¿Podría verse en la conducta observada por la *Société Cultuelle* y en el perjuicio sufrido por ella, una *reliance* a los efectos a que hemos aludido en el vol. I, § 27 *a*?

Gasse cr. Saby

Cassation civ., 27 marzo 1928. — *Sirey*, 1928, I, 353. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

En un transporte a título gratuito, y a consecuencia del estallido de un neumático, pierden la vida los transportados. Acción por daños ejercitada por sus herederos o por quienes vivían a cargo de los fallecidos, fundada en el art. 1.384 del C. c. francés.

El Tribunal rechaza la aplicabilidad de este artículo y de la presunción en él establecida, ya que, según dice, dicho artículo solamente se refiere a quien no participa en el uso de la cosa (el automóvil).

"Esta presunción no puede, por lo tanto, ser invocada contra el dueño de un automóvil por los que hayan ocupado este vehículo, sea en virtud de un contrato, sea en virtud de un acto de cortesía puramente gratuito; pues los primeros (es decir, los que lo ocupan en virtud de un contrato) encuentran su protección en las obligaciones impuestas al porteador por las estipulaciones expresas o implícitas del contrato; y en cuanto a los que han aceptado o solicitado participar a título gratuito en el uso del vehículo, con pleno conocimiento de los peligros a que se exponían, sólo pueden obtener daños y perjuicios del dueño del automóvil si prueban en él o en su encargado una culpa que les sea imputable de conformidad con los arts. 1.382 y 1.383 del C. c.

No es necesario examinar, añade el Tribunal, si, como afirma la sentencia recurrida, se debe probar también una culpa grave, ya que de la misma sentencia resulta que no se había probado ninguna culpa.

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 14 *d*, notas 11 y sigts. y *e*; § 14 bis; § 20 *b*.

Geny, en una nota al caso Gasse, en *Sirey*, loc. cit., aprueba calurosamente la solución adoptada en la sentencia, aunque observando que algunas veces el transporte a título gratuito puede constituir un contrato y no un mero *rapport mondain*, por lo menos como "una *arrière pensée* de seguridad personal suficiente para justificar la obligación del porteador". (V. vol. I, § 14, nota 11 y las citas de Betti incluídas en ella.) Pero esto, continúa Geny, es una sutileza y apenas interesa; lo que interesa es el carácter gratuito o, mejor dicho, el hecho, considerado en la sentencia, de que el "transportado gratuitamente se confía, con pleno conocimiento de los peligros que supone el transporte en automóvil, a un conductor desinteresado que lleva a cabo un acto de pura complacencia... El corriente sentimiento íntimo de justicia explica fácilmente este punto de vista".

Sobre el argumento de la voluntaria exposición a un riesgo conocido, v. también Asquini, en *Riv. dir. comm.*, 1952, II, p. 15-16, cit. en la nota introductiva a este capítulo; y la nota de Ripert a este mismo caso en *Dalloz*, 1928, I, 145; v. también la crítica de Esmein en nota al caso Sordet infra cit. y en Planiol, *Traité pratique*, cit. vol. VII, número 622 (nota en la que Esmein observa que el argumento debería servir también para los transportes a título oneroso).

En cuanto a lo que dice Geny a propósito de la hipótesis del contrato a título gratuito y del sentimiento de justicia, se trata de una evidente alusión al concepto de *cause juste* a que nos hemos referido en la nota introductiva a este capítulo, apartados *a* y *c*. Sin embargo, si se tratara de un contrato sería necesario recurrir a otros criterios en vez de limitarse al de la no aplicabilidad de la presunción del art. 1.384 del Código civil francés (cláusula implícita; v. nota introductiva citada, *a*, y la nota al caso Perrin, infra cit.).

Pero la jurisprudencia francesa ha operado sobre la base del artículo 1.384, preocupándose poco de la existencia de un contrato, que implicaría los problemas de la capacidad del contratante, de la previsibilidad del daño, de la carga de la prueba, etc. (v. también vol. I, § 27, nota 27).

SORDET cr. BOUQUET y otro

Cassation civ., 7 enero 1929. — *Sirey*, 1929, I, 249. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

El Tribunal reproduce casi textualmente la motivación de la sentencia dictada en el caso Gasse, y añade: "Esta presunción (la del art. 1.384) no puede invocarse por la persona que ha sido víctima de un accidente durante la prueba de un automóvil que se

proponía comprar; en efecto, esta prueba se realizaba, al menos en parte, en interés de la víctima, que participaba en el uso de una cosa cuyo carácter peligroso no podía ignorar". Sordet, víctima del accidente ocurrido durante la prueba del automóvil, había invocado el art. 1.384 y no el 1.147 sobre la responsabilidad contractual.

Nota y cuestionario. — ¿Quiere decir con esto el Tribunal que si Sordet hubiera invocado el art. 1.147 se encontraría en una posición mejor? Es dudoso. Esmein, en la nota citada, observa que el verdadero fundamento de la decisión es "el sentimiento público de justicia", más que la exposición voluntaria a un riesgo.

Thomas cr. Remond y otros

Cassation civ., 26 febrero 1940. — *Sirey*, 1941, I, 97 y siguientes. (Sentencia resumida.)

También en este caso se discutía solamente la aplicabilidad del art. 1.384. Thomas había transportado a Rémond, que resultó herido en un accidente ocurrido durante el transporte, en un viaje de negocios para la gestión de un asunto de interés *común* a ambos; también Thomas, dice el Tribunal, tenía, "un interés cierto" en el transporte, por lo que no se debe aplicar la presunción del art. 1.384.

Perrin (viuda) cr. Damrosay y Cía. de Seguros "La Prevoyance"

Cassation civ., 3 junio 1940. — *Sirey*, 1941, I, 131. (Sentencia transcrita textualmente.)

"El Tribunal. — Sobre el segundo motivo: vistos los artículos 1.147, 1.384, § 1 y 1.784 del C. c. Considerando que el transporte gratuito implica un acto de pura cortesía por parte del porteador en beneficio de la víctima transportada; que no podría tener tal carácter el transporte realizado con ocasión de la conclusión de una venta por la que el porteador debía obtener del transportado una comisión, transporte en el que, por consiguiente, tenía interés. Considerando que de la motivación de la sentencia recurrida resulta que Perrin fué víctima de un accidente mortal cuando era transportado en el automóvil conducido por Damrosay y perteneciente a éste. Considerando que la viuda Perrin ha ale-

gado y solicitado que se le autorizara a probar... que este último, que ejerce la profesión de tratante de ganado, tenía interés en transportar a la víctima para poder realizar la compra de un caballo por cuya compra había de obtener él una comisión, de lo que se deducía en contra suya una presunción de responsabilidad, independientemente de que se probara o no cualquier clase de culpa. Considerando que la sentencia recurrida ha rechazado esta alegación como no pertinente, basándose en que el interés que hubiera podido tener Damrosay en cobrar una comisión no permitiría negar el carácter gratuito del transporte, cuando lo cierto es que, por el contrario, le había hecho perder tal carácter; que, en consecuencia, el Tribunal de Apelación ha desestimado la demanda de la viuda Perrin por no haber aportado la prueba de una culpa de Damrosay, generadora del daño. Considerando que al decidir en esta forma, basándose en un erróneo fundamento de derecho, sometido al control del Tribunal de Casación, dicha sentencia ha violado los preceptos legales antes mencionados... etc. Se casa la sentencia del Tribunal de Dijon de 19 de enero de 1934."

NOTA. — Concuerda con esta sentencia la dictada por el Tribunal de Montpellier el 12 de febrero de 1932, *Sirey*, 1933, 3, 66: caso de un carnicero que transporta a una persona encargada, a cambio de una comisión, de indicarle el ganado que ha de adquirir (interés común a ambas partes).

SOCIEDAD "EL AUTOMÓVIL DE SEGUNDA MANO" cr. PELISSOL y MOREL

Cassation civ., 29 octubre 1940. — *Sirey*, 1941, I, 97 y siguientes. (Sentencia resumida.)

Se trataba del transporte realizado para decidir a un cliente eventual a adquirir el automóvil. En consideración a este interés del porteador, el Tribunal estima que se debe aplicar el art. 1.384 con la correspondiente presunción de responsabilidad.

SOCIEDAD COMERCIAL DE LAS POTASAS DE ALSACIA cr. AGANOFF

Cassation civ., 25 enero 1943. — *Sirey*, 1943, I, 57. (Sentencia resumida.)

La Sociedad de las Potasas había puesto su automóvil a disposición del profesor Aganoff para que hiciera estudios sobre los

terrenos, estudios que le habían sido encargados por el Instituto de Investigaciones Agronómicas. La Sociedad, observa el Tribunal, tenía interés en aquellos transportes pues, como resulta de una circular dirigida por ella a sus técnicos, invitó a éstos a aprovechar durante tales transportes las observaciones que hiciera el profesor Aganoff sobre la composición de los distintos terrenos de Francia examinados por él; con miras a fomentar el empleo de los abonos químicos a cuyo comercio se dedicaba la Sociedad. El Tribunal dedujo de ello que no se trataba de un transporte de cortesía; de forma que el profesor Aganoff, que había resultado herido en un accidente, podía invocar la presunción del art. 1.384.

Los motivos del recurso interpuesto por la Sociedad eran la violación de los arts. 1.384, 1.710 y 1.799 (relativos, los dos últimos, al contrato de arrendamiento de obra como contrato a título oneroso).

Sociedad "The Gresham" y otros cr. viuda Menage y otra

Cassation civ., 20 abril 1944. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1945, I, 18. (Sentencia en parte resumida y en parte transcrita textualmente.)

Cierto señor Guillard, que quería adquirir un automóvil Studebaker, había pedido a Nugent que subiera con él en el automóvil conducido por Ménage, encargado de la Sociedad de venta Studebaker, para que Nugent le diera su opinión sobre la conveniencia de la adquisición. Nugent encontró la muerte en un accidente. Se litigaba sobre la responsabilidad de Ménage (y, en lugar de él, de su viuda) y de la Sociedad de venta Studebaker. La cuestión fué planteada, según parece, por la compañía de seguros "The Gresham" que, habiendo indemnizado a los parientes de la víctima, pretendía ser resarcida por Ménage y por la sociedad de venta Studebaker.

El Tribunal observa que "el porteador (la sociedad Studebaker) tenía un interés manifiesto en acceder a los deseos de Guillard (de que Nugent le acompañara en el automóvil) y que, por lo tanto, el Tribunal de Apelación ha juzgado rectamente al estimar que no constituyendo el transporte de Nugent, durante el cual encontró la muerte, un acto de pura cortesía por parte de la sociedad Studebaker o de su representante (Ménage), los causahabientes de la víctima podían invocar con fundamento el art. 1.384, § 1, del C. c. contra dicha sociedad".

NOTA Y CUESTIONARIO para los casos: Sordet, Thomas, Perrin, Sociedad "El automóvil de segunda mano" y Sociedad de las Potasas. — V. vol. I, § 14 *d, e*; § 20 *b* y § 3 *b*.

1) El caso Sordet, en el que existía un interés *común* a la víctima y a quien realizó el transporte, parece estar en contradicción con los otros casos citados, y especialmente con los casos de la Sociedad "El automóvil de segunda mano" y Sociedad de las Potasas. Esto demuestra, probablemente, que la "*cause juste*" es una cuestión de circunstancias del caso concreto, más que de Derecho (en contra, v. lo que dice el Tribunal de Casación en el caso Perrin), que ha de valorarse comparando los intereses de las partes (v. vol. I, § 14 *e*; § 20 *b*).

2) En los casos Perrin (en el que se citan y se aplican los arts. 1.147 y 1.784 sobre el transporte como contrato) y Sociedad de las Potasas, se aplican claramente los principios de la responsabilidad contractual. En el caso Perrin la sentencia parece adoptar el criterio del interés del porteador como base de la existencia de un contrato (v. vol. I, § 14, nota 22).

3) Pero cabe preguntarse si en el caso Perrin, y en todos los demás citados, puede verdaderamente apreciarse, para quien vea una responsabilidad contractual en el transporte interesado sobre la base de los distintos intereses del porteador tomados en cuenta en cada uno de los casos, un contrato, es decir, la intención de contraer un vínculo jurídico; o si, por el contrario, se debe apreciar aquella especial situación considerada por Betti, cit. en vol. I, § 14, nota 11 y por Geny en su nota al caso Gasse.

Concretamente por lo que se refiere al caso Sociedad de las Potasas, cabe preguntarse si el interés de dicha Sociedad en el transporte era conocido de Aganoff; y si, no conociéndolo éste, puede constituir la base o la "causa" para la existencia de un contrato, es decir, de un acuerdo de voluntades; o si, por el contrario, un interés oculto puede jugar como *causa justa* para determinar o proporcionar la responsabilidad del porteador, en vez de jugar como *cause plausible* para explicar o demostrar la intención de concluir un *acuerdo* en el terreno jurídico (contrato) y prescindiendo, por lo tanto, de la existencia o inexistencia de éste.

4) Si en estos casos la cuestión planteada hubiera sido la de la *non feasance* en vez de ser la de la *misfeasance* (v. vol. I, § 14, nota 11), ¿hubieran sido suficientes los intereses del porteador, tomados en consideración en cada uno de dichos casos, para deducir de ellos la intención de contraer un vínculo jurídico? V. también vol. I, § 14, nota 26.

5) ¿Cómo se resolverían estos casos según la doctrina y la jurisprudencia italianas? ¿Soluciones análogas por los mismos caminos, soluciones análogas por caminos o mediante técnicas distintas, o bien soluciones distintas? Si las soluciones o las técnicas son distintas, ¿cuál de ellas prefiere el lector, la francesa o la italiana?

En cuanto a la doctrina y a la jurisprudencia italianas, v. la nota

introductiva a este capítulo y las citas que en ella se incluyen; v. también, para la jurisprudencia, la nota de Asquini en *Riv. dir. Comm.*, 1952, II, p. 2 y sigts.

6) ¿Cómo se resolverían estos casos en el *common law*? V. vol. I, § 27 y cap. V de la segunda parte de este vol. II.

Notari cr. Navoni

Corte app. Genova, 3 marzo 1952. — Inédita. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"Hechos. — En una carta de fecha 26 de mayo de 1931, Carlo Navoni se comprometía frente al recaudador principal de la Aduana de Niza "a servir de fiador solidario del señor Arnaldo Chizzoli, agente de Aduanas, en todas las operaciones que efectuara éste en la oficina de Mentone-Garavan y, concretamente, en todas las obligaciones relativas a las guías de importación (en el texto: *acquits a caution*), licitaciones, liquidación de derechos y, en general, todo acto resultante del ejercicio de su profesión en relación con la Administración de las Aduanas". Navoni precisaba, en dicha carta, que la fianza tendría validez mientras no fuera revocada por él mismo.

En carta de fecha 15 de junio de 1931, el Ingeniero Carlo Notari se dirigió a Navoni diciéndole lo siguiente: "Habiendo tenido conocimiento de la garantía prestada por usted en favor del señor Arnaldo Chizzoli, en todo lo relativo a las guías de importación de automóviles, me complace comunicarle que, a mi vez, me hago responsable frente a usted de la conducta del Ingeniero Chizzoli en caso de pérdidas y daños".

Notari falleció en Ventimiglia el 16 de junio de 1932.

En una carta fechada el 14 de junio de 1933, Navoni se dirigió al Recaudador principal de las Aduanas de Niza, diciendo entre otras cosas lo siguiente: "Para satisfacer el deseo que usted me expresó, le confirmo que sigo siendo fiador conjunto y solidario por todas las obligaciones que el señor Arnaldo Chizzoli, agente de Aduanas en Garavan, pueda contraer con la Administración de las Aduanas, en la Oficina de Mentone-Garavan, en relación con las mercancías que declare para cualquier destino (guías de importación, licitaciones garantizadas, importaciones provisionales y cualquier otro acto sujeto a derechos y tasas).

Además, autorizo al señor Arnaldo Chizzoli, agente de Aduanas en Garavan, a firmar por mí y en mi nombre, en calidad de fiador

conjunto y solidario, cualquier documento de la Aduana, declarándome responsable de lo que pueda resultar de ello".

En escrito de 5 de agosto de 1938, después de referir los hechos mencionados, Navoni exponía que en los años 1936-1937 habían sido comprobadas por la Administración Aduanera francesa numerosas irregularidades relativas a la importación de automóviles en operaciones realizadas por Chizzoli y que, consiguientemente, se habían iniciado contra Chizzoli y solidariamente contra Navoni numerosos procedimientos, a consecuencia de los cuales, y no obstante la defensa intentada por Navoni, se habían pronunciado durante el año 1937 varias condenas solidarias al pago de fuertes multas...

Navoni señalaba, además, que habiéndose iniciado varios procedimientos ejecutivos contra él, con fecha de 5 de noviembre de 1937 había estipulado una transacción como arreglo definitivo de todos los procedimientos iniciados o por iniciar, por las irregularidades cometidas por Chizzoli en materia de importación de automóviles y que, en virtud de dicha transacción, se había obligado (Navoni) a pagar a las Aduanas francesas la cantidad global de 400.000 francos, además del reintegro de las costas que había tenido que pagar la Administración de las Aduanas (se habían dictado 41 sentencias francesas condenando en total al pago de más de dos millones de francos, reducidos a 400.000 en dicha transacción).

Expuesto todo lo anterior, Navoni demandaba ante el Tribunal de San Remo a Paolo y Adriano Notari, en calidad de herederos de Carlo Notari, pidiendo: *a)* que se declarara la obligación de los citados hermanos Notari de subrogarse en la posición de Chizzoli por todas las obligaciones legales y convencionales de éste frente a Navoni en relación con las aduanas francesas; *b)* que, en todo caso, los mencionados hermanos Notari fueran condenados a resarcir a prorrata a Navoni todos los daños sufridos por él a consecuencia de la garantía solidaria prestada por Navoni en favor de Chizzoli; según la cantidad total que se fijara en el pleito o en juicio separado, con liquidación provisional... etc.

(Además de las cantidades entregadas o debidas a la Aduana francesa a consecuencia de la transacción, Navoni pedía también el reintegro de otros gastos hechos por él al pagar las costas a que se ha aludido y al celebrar la transacción.)

Ante el Tribunal de San Remo, los demandados Notari opusieron, en síntesis, las siguientes excepciones *(omissis)*:

b) De las sentencias francesas resultaba, en todo caso, que las

Aduanas habían reclamado contra Navoni en virtud de la fianza otorgada por éste en 14 de junio de 1933, que — por haber sido concertada después del fallecimiento de Carlo Notari — no era oponible a los herederos de éste.

c) La fianza concertada el 14 de junio de 1933 no era, por otra parte, oponible a los Notari, por referirse a un objeto más amplio y por contener condiciones más graves que las de la fianza de 1931 *(omissis)*.

El Tribunal de San Remo *(omissis)*... en sentencia de 6-28 de noviembre de 1948 declaró obligados a los demandados Paolo y Adriano Notari, como herederos de Carlo Notari, a resarcir a Navoni de los pagos hechos y de los daños sufridos a consecuencia de la actividad de Chizzoli como agente de Aduanas en Mentone-Garavan." *(Omissis.)*

Después de referir los hechos mencionados, el Tribunal de Génova (que conocía de la causa por apelación de los Notari y por apelación incidental de Navoni, y después de un trámite de traducción de documentos, en vista de que Navoni había sido sustituído en el pleito por sus herederos) continúa en la forma siguiente:

"Cumplido dicho requisito, los Notari insistieron en todos los motivos de la apelación y, concretamente, añadían: *a)* que según la ley francesa, aplicable a este caso, en ausencia de un pacto en virtud del cual el fiador hubiera obligado a sus herederos, solamente debía considerárseles obligados al cumplimiento de las obligaciones nacidas — en virtud de la fianza — en el momento de la muerte del fiador; *b)* que los Notari no estaban obligados a resarcir a Navoni las costas de los pleitos franceses, ya que las contravenciones imputadas a Chizzoli y de las que Navoni había tenido que responder como fiador, no habían sido denunciadas nunca a los herederos Notari.

Replicó Navoni afirmando que la sucesión de los demandados Notari en la herencia de su hermano Carlo Notari debía ser regulada según la ley italiana; y que, de todos modos, también según el art. 2.017 del C. c. francés, las obligaciones de los fiadores se transmiten a sus herederos. *(Omissis.)*

Derecho. — Para un planteamiento ordenado del *iter* decisorio, conviene en primer lugar comprobar la posibilidad o imposibilidad de oponer a los herederos Notari el documento de 14-6-1933, invocado en las sentencias del juez de paz de Mentone como fundamento de la condena solidaria de Navoni y Chizzoli al pago de las multas, derechos, tasas y costas judiciales por las contraven-

ciones imputadas a Chizzoli por las Aduanas francesas. Los herederos Notari niegan que se les pueda oponer, por las siguientes razones:

1) Porque la fianza de 1933 implicaría la liberación de Navoni (y por consiguiente del contrafiador Carlo Notari) de su anterior compromiso contraído en 1931, de manera que Navoni hubiera debido solicitar y obtener una nueva contrafianza de los herederos Notari en relación con el nuevo compromiso que dicho Navoni había contraído con las Aduanas francesas en 1933.

2) Porque, en todo caso, la fianza concertada por Navoni (frente a las Aduanas francesas) en 1933 tendría objeto más amplio y condiciones más graves que la fianza de 1931, en relación con la cual se había obligado Carlo Notari a resarcir a Navoni.

3) Porque aunque se considerara la carta de Navoni a las Aduanas francesas de fecha 14 de junio de 1933 como simple reconocimiento de la fianza de 1931, los herederos Notari deberían responder frente a Navoni solamente de los daños ya ocasionados a éste antes del fallecimiento del contrafiador Carlo Notari, y no de las condenas impuestas en las sentencias francesas que citan los herederos Navoni, y que han sido pronunciadas después del fallecimiento de Carlo Notari.

Ninguna de estas excepciones parece fundada.

I. Hay que hacer constar:

a) Que en la carta de 26 de mayo de 1931, Navoni manifestaba entre otras cosas al Recaudador de las Aduanas de Niza lo siguiente: "La presente obligación (o sea, la garantía por la conducta de Chizzoli) es válida *mientras no sea revocada* por mí".

b) Que, a su vez, Carlo Notari (causante de los apelantes) había escrito textualmente a Navoni: "*habiendo tenido conocimiento de la garantía prestada por usted en favor del señor Arnaldo Chizzoli* en todo lo relativo a los permisos de importación de automóviles, me complace manifestarle que, a mi vez, me hago responsable frente a usted de la conducta del señor Chizzoli en caso de pérdidas y daños".

Es evidente, por lo tanto, que la contrafianza Notari-Navoni debía estimarse eficaz *mientras Navoni no hubiera revocado* su propia fianza frente a las Aduanas.

Sentado esto, la carta posterior, de fecha 14 de junio de 1933, dirigida por Navoni al Recaudador de las Aduanas francesas, no pudo tener el valor de una revocación de la fianza de 1931, sino que solamente constituye un acto de reconocimiento de esta última. En efecto, en la carta de fecha 14 de junio de 1933, sobre la que

se discute, Navoni se limita a escribir a las Aduanas de Niza: "*Para satisfacer el deseo que usted me expresó, le confirmo que sigo siendo* fiador conjunto y solidario por todas las obligaciones que el señor Arnaldo Chizzoli... etc.".

De ahí la persistente eficacia de la contrafianza de Carlo Notari (y, en sustitución de este último, de sus herederos).

II. Un atento examen de la carta de Navoni a las Aduanas, de fecha 26 de mayo de 1931, y de la carta del mismo Navoni de 14 de junio de 1933, revela que en la segunda no fué ampliado ni agravado el objeto de la fianza asumida en la primera. *(Omissis.)*

IV. La contrafianza de Carlo Notari obliga frente a Navoni a los herederos Notari, no sólo por los daños causados a Navoni (a consecuencia de la conducta profesional de Chizzoli) antes del fallecimiento de Carlo Notari, sino también por los daños *posteriores* al fallecimiento de éste.

Habiéndose concertado dicha contrafianza en Mentone-Garavan (Francia), sin que se haya discutido la nacionalidad italiana de Notari y la francesa de Navoni, las obligaciones nacidas de dicha fianza han de determinarse, en cuanto a su contenido, según la ley francesa, es decir, según la ley del lugar de conclusión del contrato (art. 25 de las disposiciones preliminares del C. c. italiano). Es decir, en defecto de una "*lex patriae communis*", como ocurre en este caso, ha de aplicarse según las normas de Derecho Internacional Privado la "*lex loci contractus*", mientras que la "*lex loci solutionis*" (invocada, a su vez, por Navoni contra los herederos Notari) solamente regula las *modalidades de cumplimiento* de las obligaciones nacidas del contrato.

Estimando, en virtud de estos principios (admitidos unánimemente por la doctrina), que el contenido sustancial y los efectos inmediatos de la contrafianza de Carlo Notari quedan regulados por la ley francesa, hay que tener en cuenta que el art. 1.122 del Código civil dispone: "se considera que se ha estipulado para sí y para los herederos y causahabientes, a menos que se declare expresamente lo contrario o resulte así de la naturaleza de la convención".

De la contrafianza de Notari no resulta ningún elemento que autorice a pensar que los contratantes quisieran derogar la presunción legal y, por lo que se refiere a la naturaleza de la convención, no sólo el tenor de la misma no permite deducir la pretendida limitación, sino que, por el contrario, el art. 2.017 del C. c. francés declara expresamente que "las obligaciones de los fiadores pasan a sus herederos, exceptuándose el apremio personal, si la obliga-

ción es de tal naturaleza que el fiador estuviera obligado a ello" (el apremio personal fué abolido, sin embargo, en materia civil y comercial por la ley de 22 de julio de 1867).

El expuesto sistema legislativo francés, en materia de extensión de los efectos de la fianza a los herederos del fiador, no encuentra limitaciones en el orden público interno italiano, en relación con lo dispuesto en el art. 31 de las disposiciones preliminares del C. c. ital., que hagan jurídicamente imposible la aplicación en Italia de las consecuencias de aquel sistema.

No sólo esto, sino que en dicha materia hay absoluta concordancia entre la legislación francesa y la italiana. En efecto, puesto que en virtud de la sucesión los herederos sustituyen a su causante en la titularidad del patrimonio jurídico de éste, han de incluirse también en dicho patrimonio los efectos de la fianza prestada por el causante.

Por otra parte, el art. 1.938 del C. c. ital. prevé expresamente que la fianza pueda también prestarse, como hizo Carlo Notari, en garantía de obligaciones futuras o condicionales, es decir, en garantía de obligaciones todavía inexistentes en el momento de prestarse la fianza, con tal de que se determine en dicho momento el título del que puede o debe derivar la futura obligación.

El contenido del art. 1.938 del C. c. no es, además, innovador, sino que recoge un principio ya admitido bajo la vigencia del Código civil de 1865.

En la carta de Carlo Notari de fecha 15 de junio de 1931, se declaró que la contrafianza cubría las eventuales obligaciones de Navoni frente a la Aduana a consecuencia de la actividad profesional de Chizzoli, en relación con la entrada de automóviles en Francia.

Estimando, por lo tanto, que el objeto de la contrafianza de Carlo Notari fué la cobertura de obligaciones condicionales de Navoni frente a las Aduanas francesas, es decir, la cobertura de las obligaciones que Navoni pudiera contraer a raíz de la conducta de Chizzoli, hay que tener en cuenta que tanto según el Código civil francés (art. 1.179: "la condición cumplida tiene efecto retroactivo desde el día en que la obligación fué contraída"), como según el Código civil italiano de 1865 (art. 1.170) y según el Código civil italiano vigente (art. 1.360), la condición, una vez cumplida, tiene efecto retroactivo desde el día de la conclusión del contrato. No constando que Carlo Notari y Navoni hayan querido referir a otro momento los efectos de la contrafianza, se deduce de ello que, una vez cumplida la condición, el negocio jurídico se considera nacido

y produce todos sus efectos *desde el momento de su conclusión;* la contrafianza sobre la que aquí se discute fué perfecta y vinculante desde el principio, no sólo para Carlo Notari sino también para sus herederos.

V. Por todo lo dicho hasta aquí, debe concluirse:

a) Que la contrafianza de Carlo Notari, a que se alude en la carta de 15 de junio de 1931, por la misma amplitud de su contenido, ya que se refiere a las operaciones aduaneras de Chizzoli en materia de automóviles, cubre la fianza de Navoni concertada en la carta de 26 de mayo de 1931.

b) Que tanto la fianza de Navoni como la contrafianza de Notari se referían a las operaciones realizadas por Chizzoli en materia de importación de automóviles en Francia.

c) Que la carta de Navoni de fecha 14 de junio de 1933 no dió lugar a una nueva fianza, sino que sólo tuvo la finalidad de reconocer la obligación anterior contraída en 1931.

d) Que la contrafianza de Carlo Notari obliga también a los herederos de éste (los actuales apelantes) incluso por los daños derivados a Navoni de la conducta profesional de Chizzoli después de la muerte de dicho Carlo Notari" *(omissis)*.

Por estos motivos el Tribunal de Génova confirmó la sentencia del Tribunal de San Remo, salvo la admisión de la apelación incidental de Navoni en algunos puntos que no nos interesan (exclusión de la necesidad de examinar las sentencias del juez de Mentone, pago inmediato de algunas cantidades, intereses y daños, de conformidad con el art. 1.224 del C. c. ital.).

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 14 *f*; § 14 bis; § 15; § 20, nota 11; § 23; v. también la nota al caso Ricciardelli cr. Biondo.

Hay que distinguir dos problemas, uno abstracto o hipotético y el otro concreto.

A) El problema hipotético es el de la posibilidad de revocar la contrafianza por parte de Carlo Notari o de sus herederos; entiéndase que nos referimos a una revocación hecha en tiempo oportuno, es decir, antes de que nacieran las deudas de Chizzoli y, por lo tanto, de Navoni frente a las Aduanas francesas. Adviértase, en efecto, que a la vista de los documentos la facultad de revocar resulta establecida solamente para la fianza prestada por Navoni a las Aduanas, pero no para la contrafianza prestada por Notari en favor de Navoni.

Concretamente, los herederos Notari ni siquiera intentaron revocar la contrafianza; pero queda en pie la duda de si no lo hicieron por no tener conocimiento de ella o por creer que no podía ser revocada por ellos.

B) El problema concreto es el del alcance de la contrafianza (ya

que ésta no era revocable o, en todo caso, no había sido revocada en tiempo oportuno); es decir, se trata de saber si la contrafianza se extendía a *todas* las deudas que hubieran surgido frente a las Aduanas francesas, incluso a las surgidas después de la muerte de Carlo Notari.

A) En cuanto al primer problema cabe preguntarse:

1) ¿Era justo que Carlo Notari o sus herederos quedaran expuestos por una contrafianza en garantía de deudas eventuales y futuras y de cuantía no precisada, *mientras lo quisiera el garantizado* (Navoni)? A tanto equivaldría la situación si sólo se admitiera la facultad de revocación en cuanto a la fianza prestada por Navoni, sin admitirla en cuanto a la contrafianza de Notari.

2) En orden a la admisión o exclusión de la facultad de revocar la contrafianza, y para limitar prácticamente de alguna manera el alcance de ésta, ¿puede tenerse en cuenta una *cause juste,* en el sentido a que aludíamos en el vol. I, §§ 14 *e,* 14 bis, 15 y 20 *b*? Si es posible, *¿cómo* habrá de tenerse en cuenta? En otros términos, ¿se puede tener en cuenta el interés que eventualmente tuviera Navoni en los asuntos de Chizzoli y el que pudiera tener en los mismos Carlo Notari? ¿Quién era Chizzoli? ¿Era solvente en el momento de prestarse la fianza y en el momento de prestarse la contrafianza? Adviértase también que la contrafianza se concertó unas tres semanas *después* de concertarse la fianza. ¿Cabe suponer, sin embargo, que existiera con anterioridad un acuerdo entre Navoni y Notari en virtud del cual solamente se concertaría la segunda a condición de que se concertara la primera? Tales intereses y las razones *(causas)* que indujeron a las partes a prestar respectivamente la fianza y la contrafianza, quedan en la sombra lo mismo en el pleito que en la sentencia.

Pero supóngase que solamente Navoni estuviera interesado en los asuntos de Chizzoli, y que Carlo Notari hubiera prestado la contrafianza a título puramente gratuito o de favor, por amistad o por sentimientos de afecto hacia una u otra de las partes, o por otros intereses o móviles de carácter moral.

En tal caso, ¿podrían invocarse los principios tradicionales a que aludíamos en el vol. I, §§ 14 *e,* 14 bis, 15 y 20 *b* y en la nota introductiva a este capítulo? Lo cual interesaría para saber si se podía admitir la facultad de revocar la contrafianza y de limitar de esta manera el alcance práctico de una contrafianza tan grave, tanto desde el punto de vista de los criterios objetivos de justicia o de proporción entre obligación y causa gratuita, como desde el punto de vista subjetivo de los presupuestos o de la intención de las partes.

Frente a aquellos principios, ¿no sería necesario averiguar y determinar la "causa" (en unión de las circunstancias) más o menos *justa, proporcionada* y *plausible* por la que Navoni y Notari habían prestado respectivamente la fianza y la contrafianza?

3) Supóngase que Ticio garantiza a Cayo el pago de todos los suministros o de todos los créditos que Cayo quiera conceder a Sempronio,

sin estar obligado a ello, y que Ticio presta tal fianza sin recibir ninguna compensación o sin tener ningún interés patrimonial en los asuntos de Cayo o en los de Sempronio. Tal fianza podría prestarse durante un período determinado o indeterminado; pero, aun en el primer caso, la responsabilidad del fiador tendría un alcance indeterminado que dependería de la voluntad de Cayo y que, por lo tanto, sería muy grave.

¿Es justo, teniendo en cuenta los principios antes mencionados, que Ticio, no pueda revocar en tiempo oportuno dicha fianza?

Téngase en cuenta que la revocación de la fianza no significaría ningún daño para Cayo, a no ser el de no poder continuar beneficiándose de futuros suministros o préstamos a Sempronio en caso de que Cayo no quisiera continuar haciéndolos sin la garantía de Ticio. De manera que, en sustancia, esta fianza se resuelve en la obligación de proporcionar gratuitamente a Cayo una seguridad que le permita celebrar los negocios y obtener los lucros que le plazca en el futuro.

Adviértase que la situación de Navoni, en caso de que fuera éste el único que tuviera un interés en los asuntos de Chizzoli, no sería distinta de la situación de Cayo.

¿Acaso no representa el vínculo derivado de una semejante obligación de Ticio uno de los casos típicos, y uno de los más graves, que han de resolverse según los principios que exponíamos en el vol. I, §§ 14 bis, 15 y 20 *b*, y en la nota introductiva al presente capítulo, con el fin de moderar el vínculo o la responsabilidad tanto en el aspecto objetivo como en el subjetivo?

4) Si, a consecuencia de la fianza de Ticio, Cayo se obliga frente a Sempronio a prestarle suministros o a concederle un crédito a instancia del mismo Sempronio, ¿cambiará la situación y la razón que justifique o no dicha facultad de revocar en tiempo oportuno la fianza?

B) En cuanto al problema concreto que hemos planteado antes, es decir, respecto a las deudas ya nacidas de Navoni frente a las Aduanas (entiéndase que nos referimos a las deudas nacidas después de la contrafianza pero antes de la hipotética revocación de la misma), cabe preguntarse:

1) ¿No podía influir la averiguación de la *cause juste* o *plausible*, en los términos a que nos hemos referido supra en *A)*, 2.° y 3.° para determinar (tanto en el aspecto objetivo de justicia o proporción como en el subjetivo de la probable intención de las partes) el alcance y los límites de la contrafianza, es decir, de una obligación de garantía tan grave como aquella que se asumía ilimitadamente por deudas eventuales y futuras de cuantía no determinada que pudiera contraer un tercero (Chizzoli)?

2) ¿No podía servir esa *cause juste* o *plausible* para demostrar, en los mencionados aspectos objetivo y subjetivo, que la contrafianza no debía hacerse extensiva a los herederos de Carlo Notari o a las deudas contraídas por Chizzoli y por Navoni frente a las Aduanas después de la muerte de Carlo Notari? Para lo cual también había que

tener en cuenta el art. 2.015 C. c. francés, en cuya virtud la fianza no puede extenderse más allá de los límites dentro de los que haya sido contraída. Cuando las partes no hayan manifestado nada, ante la amplitud e indeterminación de estos límites, ¿no se podrá recurrir a la causa gratuita, o *juste* o *plausible,* para determinarlos?

3) ¿No podía servir por lo menos dicha *cause juste* o *plausible* para establecer una obligación de Navoni de advertir a los herederos de Notari de la existencia de aquella contrafianza y de su exacto alcance, suponiendo que éstos lo ignoraran? Sobre todo, teniendo en cuenta que después de la muerte de Carlo Notari las mismas Aduanas francesas habían sentido la necesidad de solicitar de Navoni un acto de reconocimiento de la fianza anterior. Tal obligación hubiera cumplido la función de poner a los herederos de Notari en situación de poder ejercitar en tiempo oportuno la facultad de revocar la contrafianza (suponiendo que existiera tal facultad), con la consecuencia de que también Navoni hubiera podido revocar la fianza que había prestado frente a las Aduanas o continuarla sin la contrafianza si lo creía más conveniente.

Todavía cabe preguntarse por qué los defensores de Notari, que no podían dejar de advertir la importancia de los referidos argumentos sobre la *cause juste,* no hablaron de ello en el curso del litigio y no trataron de llevar al juez a este terreno que, aunque fuera solamente moral, siempre hubiera tenido cierta importancia.

C) Confróntese el caso Navoni con el caso Feraud cr. Campiglia (cap. VI) e indíquense las diferencias o las analogías en cuanto al concepto y a las consecuencias del defecto de causa en la fianza, a que se alude en la sentencia del caso Feraud. Téngase en cuenta que, si la causa Navoni-Notari debía decidirse, como dice el Tribunal de Génova, según el Derecho francés, todavía resulta más interesante la comparación entre los casos Navoni y Feraud.

D) Por lo que se refiere al *common law,* v. vol. I, § 14 *f,* y § 35 *c,* en relación con el § 29. La fianza prestada por Navoni en favor de las Aduanas había sido convenida con anterioridad al momento en que se convino la contrafianza de Notari en favor de Navoni. Por lo tanto, la fianza no hubiera podido funcionar por sí misma como *consideration* de la contrafianza (v. también vol. I, § 28). Sin la facultad de revocación de la fianza, la contrafianza hubiera sido nula.

Cabe preguntarse:

1) Puesto que correspondía a Navoni tal facultad de revocación, ¿podía constituir su no ejercicio *(forbearance)* a causa de la confianza despertada en él por la contrafianza una *consideration* de ésta o, por lo menos, la *reliance* que estudiábamos en el vol. I, § 27 *a*?

2) En caso de que se respondiera afirmativamente a la pregunta anterior (y puesto que la facultad de revocar la contrafianza debe considerarse admisible, por constituir aquella *forbearance* una *executed consideration,* v. vol. I, § 29), ¿hasta cuándo podían revocar la contrafianza Notari o sus herederos?

3) En el caso concreto Navoni cr. Notari, ¿cómo quedan mejor atendidos los fines de la justicia?; ¿con la *doctrine* de la *consideration* o con la de la *cause juste* o *plausible* del *civil law*?

APÉNDICE IV. Jurisprudencia española

SENTENCIA de 19 de junio de 1941

Tribunal Supremo (casación por infracción de ley). *Aranzadi, Rep. de Jurisprudencia,* t. VIII, núm. 754. Obligación de hacer, garantizada con cláusula penal. — Imposibilidad de moderar la cuantía de la pena por tratarse de obligación no susceptible de cumplimiento parcial. (Primera y segunda sentencias, transcritas textualmente, salvo algunos *omissis*.)

En 1934 se celebró un contrato entre don Rogelio F. F., la Sociedad colectiva P. y compañía y la Sociedad limitada C. C., en virtud del cual se comprometían a constituir una Sociedad anónima para la fabricación de ladrillos. Los contratantes pactaron una pena de 50.000 pesetas para el caso de que alguno de ellos faltase a lo estipulado.

Llegado el momento de otorgar la escritura pública de constitución de la Sociedad, dos de los contratantes se negaron al otorgamiento sin causa justificada.

El Juzgado de primera instancia de Lugo condenó a cada uno de los demandados a satisfacer a la Sociedad demandante las 50.000 pesetas señaladas en la cláusula penal convenida. En apelación, la Audiencia de La Coruña revocó en parte esta sentencia, por entender que el incumplimiento había sido parcial y que, en consecuencia, procedía moderar la responsabilidad y condenar a cada uno de los demandados a pagar al demandante la cantidad de 15.000 pesetas (aparte de otras 6.000 pesetas por gastos de un arbitraje).

El demandante interpuso recurso de casación, denunciando la infracción del art. 1.154 del C. c. por estimar que la obligación incumplida era indivisible sin que, por lo tanto, pudiera darse el supuesto de su ejecución parcial o irregular, por lo que no procedía la moderación de la pena por el Tribunal.

El Tribunal Supremo estimó el recurso y casó la sentencia en virtud de las siguientes consideraciones:

"*Considerando que la obligación de constituir una Sociedad mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, ofrece como contenido una prestación simple de naturaleza indivisible, comprendida en el párrafo primero y,* a sensu contrario *en el segundo del art. 1.151 del Código civil, por no ser susceptible de descomposición en partes homogéneas que aisladamente puedan tener cumplimiento, y si se contempla juntamente con el deber, también convenido, de pasar los contratantes por las decisiones del árbitro, previas al otorgamiento de la escritura, se trataría de prestación compuesta, pero de naturaleza igualmente indivisible en su integridad, porque el acatamiento de las resoluciones del árbitro supondría el medio preparatorio de constitución de la Sociedad, fin esencial y único perseguido por los contratantes, quedando así uno y otro deber engarzados con trabazón tan íntima que formarían un solo nexo o unidad jurídica, presidida por el designio finalista de que la Sociedad llegase a ser constituída, y así resulta que, en todo caso, el incumplimiento total se produce si el proceder doloso o culposo de alguno de los contratantes impide el otorgamiento de la escritura de formación de la Sociedad.*

Considerando que por ser indivisible la obligación convenida, y por lo tanto, sólo apta para ser ejecutada o incumplida totalmente, la Sala sentenciadora ha infringido por aplicación indebida el repetido art. 1.154 del Código civil al calificar jurídicamente de incumplimiento parcial aquella negativa de los demandados y moderar la pena estipulada y, en consecuencia, procede la casación por el segundo de los motivos del recurso."

* * *

Para concretar la cuantía de la obligación accesoria representada por la cláusula penal, se dictó segunda sentencia en los términos siguientes:

"*Considerando que son premisas de esta segunda sentencia: 1.º Que en el fallo de casación se declara que los demandados han incumplido la obligación principal de constituir una Sociedad anónima mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. 2.º Que ante este evento los litigantes convinieron por la cláusula quinta de la escritura de 4 de agosto de 1934 una sanción penal a cargo de la parte que faltase a lo estipulado; y 3.º Que no utilizada por el demandante la acción encaminada al cumplimiento forzoso de la obligación principal, sino la de efectividad de la cláusula penal, y consentida por los demandados la declaración de ins-*

tancia sobre procedencia del cumplimiento de la pena únicamente modificada por el fallo de casación en el sentido de que por ser total y no parcial el incumplimiento del contrato la sanción penal no es susceptible de moderación, es preciso concretar ahora la extensión o cuantía de dicha obligación accesoria, actuando al efecto esta Sala como Juzgado de instancia.

Considerando que en la fijación de la cuantía abonable por razón de pena convencional, caso de incumplimiento del contrato, los tres interesados partieron del supuesto de que uno de ellos *faltase a lo estipulado y pagaría 50.000 pesetas que habían de ser distribuídas entre los otros dos;* pero no previeron el supuesto distinto de que fuesen dos los incumplidores; *en otros términos, pactaron sobre la cuantía de la pena que habría de satisfacer un solo deudor a varios acreedores, pero no han previsto el caso del pleito en que son dos los deudores y uno el acreedor.*

Considerando que esta laguna contractual hay que llenarla, en vías de interpretación, indagando la intención de los contratantes para precisar si lo que se propusieron fué que cada deudor pagase la suma de 50.000 pesetas, o más bien que el acreedor único resultase indemnizado en total con la misma suma, y si se tiene en cuenta que al estipular la cuantía de la multa pactaron también que las 50.000 pesetas serían distribuídas entre los dos interesados dispuestos a cumplir la obligación principal, es lógico presumir que la intención de los contratantes fué señalar el tope máximo de indemnización que habría de percibir el interesado-acreedor, evaluando al efecto los daños y perjuicios que la infracción de lo convenido pudiera ocasionarle, *ya fuese uno, ya fuesen dos los deudores, y es la intención de los contratantes, expresa o presunta, la que debe prevalecer en todo caso, y, por lo tanto, en trance de interpretación conforme al espíritu que preside la norma del artículo 1.281 del Código civil; aparte de que la imputabilidad íntegra de la obligación a varios deudores implicaría en cierto aspecto solidaridad, no presumible, según los arts. 1.137 y siguiente del mismo texto legal, y aparte también de que las dudas en materia de interpretación de cláusulas penales han de resolverse con criterio restrictivo.*"

(Omissis). *Los demandados fueron condenados a pagar al actor la cantidad de 50.000 pesetas por partes iguales.*

Nota y cuestionario. — V. vol I, notas al § 21.

Llamamos especialmente la atención del lector sobre la segunda sentencia. El T. S. después de reconocer la infracción por aplicación inde-

bida del art. 1.154, denunciada en el recurso, declara que no procede la moderación de la pena, pero a la vez estima que tampoco procede condenar a cada uno de los demandados al pago de la cantidad total prevista en concepto de pena, tal como lo había hecho el Juzgado. De ahí la segunda sentencia, motivada en forma tan clara y minuciosa que casi hace innecesaria cualquier aclaración o comentario.

Toda la argumentación de esta segunda sentencia descansa en un arbitrio de equidad que no supone uso de la facultad reconocida en el artículo 1.154 (puesto que ya en la primera sentencia se había descartado la aplicación de este precepto al caso litigioso), sino que responde a una función interpretativa. El T. S. no modera o reduce la cláusula, sino que se limita a precisar la cuantía en que cada uno de los contratantes debe hacer frente al pago de la misma. Para ello acude a tres criterios:

a) *El criterio de la indagación de la voluntad de los contratantes, que es la que debe prevalecer en materia de interpretación, de acuerdo con el art. 1.281.*

b) *El argumento de la no presunción de la solidaridad, por aplicación del art. 1.137 (argumento improcedente, sin embargo, como después veremos).*

c) *El criterio restrictivo en la interpretación de las cláusulas penales.*

En función de estos criterios, se llega a la conclusión de que en cualquier caso solamente se debían 50.000 pesetas, que debería pagar el contratante que incumpliera a los otros dos, o que habrían de satisfacer por partes iguales los dos contratantes que incumplieran en favor del tercero, en el supuesto de que solamente uno de ellos estuviera dispuesto a cumplir (que era lo que había sucedido en este caso concreto).

Pero cabe preguntarse si, puestos en el terreno de la equidad, es aceptable la solución a que llega el T. S. después de aquellos razonamientos. En efecto, si las partes habían fijado la cuantía de la cláusula penal en 50.000 pesetas por estimar que el incumplimiento de una de ellas ocasionaría a cada una de las otras un perjuicio de 25.000 pesetas y si en el caso concreto habían sido dos los contratantes que incumplieron y sólo uno el perjudicado, *¿no hubiera sido más equitativo condenar a aquéllos a pagarle la cantidad global de 25.000 pesetas, es decir, a pagar 12.500 cada uno?*

En favor de esta última interpretación estarían algunas de las consideraciones hechas en la misma sentencia, pues en ella se dice que debe prevalecer la intención expresa o presunta de los contratantes y que es lógico presumir que su intención había sido la de "señalar el tope máximo de indemnización que habría de percibir el interesado-acreedor, evaluando al efecto los daños y perjuicios que la infracción de lo convenido pudiera ocasionarle, *ya fuese uno, ya fuesen dos los deudores..." Parece que en caso de no llegar a constituirse la Sociedad proyectada, cualquiera de los interesados sufriría un perjuicio que no variaría por el hecho de que los que incumplieran el acuerdo hubieran sido los otros*

dos o solamente uno de ellos. Y si, como parece darse por supuesto en la sentencia, las partes habían fijado la cantidad de 50.000 pesetas, como determinación convencional y anticipada de los perjuicios que sufrirían dos de ellas *si la tercera se negaba a cumplir, es evidente que el perjuicio para cada uno de los contratantes se calculaba en la cantidad de 25.000 pesetas.*

La alusión a la solidaridad parece completamente fuera de lugar y, por esa misma razón, ni añade ni quita nada a la argumentación desarrollada en la sentencia. En efecto, no se pretendía que cualquiera de los dos demandados estuviera obligado a pagar in solidum *la totalidad de la pena, de tal manera que el demandante pudiera exigir el pago de las 50.000 pesetas a* cualquiera *de ellos; lo que pretendía el demandante era que* cada uno *de los demandados le pagara aquella cantidad. No es cierto, pues, que el imputar a cada uno de los dos deudores la totalidad de la deuda implicara solidaridad, como dice la sentencia, porque no se les reclamaban 50.000 pesetas solidariamente, sino 100.000 mancomunadamente. Por lo demás, ya se advierte que el argumento de la no presunción de solidaridad no fué la* ratio decidendi *del fallo.*

Véase en nuestras notas al § 21 del vol. I, lo que hemos dicho sobre las distintas funciones que la cláusula penal puede cumplir en nuestro Derecho, y señálese cuál de aquellas funciones cumplía en este caso concreto. Indíquese también la forma en que hubiera tenido que pactarse la cláusula para que pudiera cumplir cada una de las otras funciones.

La sentencia es interesante como ejemplo de lo delicadas que pueden llegar a ser las cuestiones que suscita la cláusula penal. Y lo es también como exponente de una disimulada tendencia, por parte de la jurisprudencia, a la moderación de la cuantía de la cláusula en casos para los que no resulta aplicable el art. 1.154 del C. c., ya que — como repetidamente hemos afirmado en el vol. I, notas al § 21 — dicho artículo solamente prevé la moderación de la pena para el caso de que la obligación principal haya sido en parte o irregularmente cumplida, pero no para el caso de incumplimiento total.

Por último, es interesante advertir que en la segunda sentencia se admite implícitamente que el demandante hubiera podido ejercitar una acción dirigida a obtener el cumplimiento en forma específica (v. en el primer considerando, apartado 3.º); lo cual no tenía interés en este caso, puesto que ya se había previsto una pena para el caso de incumplimiento y además siempre hubiera podido probarse el perjuicio que experimentaba el demandante a consecuencia del incumplimiento por parte de los demandados. Pero sí que tendría interés en el caso de que la obligación convenida no hubiera tenido contenido patrimonial, y fuera éste el único camino para obtener su sanción jurídica. En tal caso, podría surgir la duda relativa a la intención de contraer un vínculo jurídico; duda que, por supuesto, quedaría eliminada en presencia de una cláusula penal. (Sobre la posibilidad de la ejecución en forma específica, v. vol. I, notas a los §§ 14 y 20.)

SENTENCIA de 21 de marzo de 1950

Tribunal Supremo (casación por infracción de ley). *Colección Legislativa, Jurisprudencia civil*, t. XIV, páginas 366-384. OBLIGACIÓN DE NO DEDICARSE A UN DETERMINADO NEGOCIO, GARANTIZADA CON CLÁUSULA PENAL. — POSIBILIDAD DE MODERAR LA CUANTÍA DE LA CLÁUSULA POR TRATARSE DE OBLIGACIÓN SUSCEPTIBLE DE CUMPLIMIENTO PARCIAL. (Sentencia resumida.)

Entre varias personas se había formado una Sociedad para la explotación de una industria de fabricación de artículos de caucho. En 1936 dos de los socios abandonaron el negocio y sus participaciones fueron adquiridas por un hermano del otro socio. Se convino que aquellos dos socios percibirían el precio de la venta de sus participaciones respectivas en varios plazos que vencerían entre el 1.º de julio de 1936 y el 1.º de enero de 1941 y que, durante este período de tiempo, no podrían emplearse ni cooperar directa o indirectamente en ninguna fábrica o negocio que se dedicara a la producción o explotación de calzados de caucho. Para garantizar esta última obligación se estableció que en caso de incumplirla perderían el derecho a percibir las cantidades que a la sazón les quedaran por cobrar.

Uno de ellos incumplió la obligación de no concurrencia que había asumido al ceder su participación en el negocio; en consecuencia, el cesionario, que ya le había pagado 5.000 pesetas de las 45.000 importe de dicha participación, suspendió el pago de los restantes vencimientos.

El litigio surgió al pedir la viuda del cedente que se le pagaran las 40.000 pesetas restantes. A su vez, el demandado formuló reconvención pidiendo la restitución de las 5.000 pesetas que el marido de la actora había recibido como primer plazo de la deuda total.

En primera instancia fueron desestimadas tanto la demanda como la reconvención. En apelación, la Audiencia Territorial de Pamplona dictó sentencia revocando en parte la del Juzgado y condenando al demandado a pagar a la actora la cantidad de 35.000 pesetas, por estimar que la pérdida de derechos por el incumplimiento de aquel contrato debía limitarse a la suma de 5.000 pesetas.

El demandado interpuso recurso de casación, alegando, entre otros motivos, que era improcedente la moderación de la pena por

el Tribunal, ya que el art. 1.154 del Código civil (que faculta al Juez para modificar equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor) contempla un supuesto de cumplimiento parcial de las obligaciones, mientras que en el caso de autos se trataba de una obligación que, por ser indivisible, no era susceptible de cumplimiento parcial.

Sobre este punto, la sentencia del Tribunal Supremo argumenta en la forma siguiente:

"Considerando que la obligación contraída por don Aurelio Z. en el contrato de 17 de marzo de 1936 de no aceptar empleo, cooperación directa ni indirecta, ni colaboración de ningún ningún género en ninguna fábrica o Empresa dedicadas a la producción o explotación de "calzados de caucho", es susceptible de cumplimiento parcial o irregular, concepto este último atribuíble al de las obligaciones indivisibles y en el que, según el art. 1.154 del Código civil, puede fundarse la modificación equitativa de la pena convenida para sancionarlo, y si la pena sustituye a la indemnización de daños por incumplimiento cuando no se pacta lo contrario, como no se pactó en aquel contrato, y es evidente que el daño recibido por L. no podía ser el mismo, no sólo por diferencias entre el tiempo convenido para la abstención a que se obligaba don Aurelio Z. y aquél durante el cual no se abstuvo, sino también por la diferente intensidad con que al negocio prohibido se dedicase, ya que no influye lo mismo en el éxito de una Empresa sobre sus competidores, en daño de éstos, el empleado u obrero, sin iniciativa ni responsabilidad, que el iniciador, director o colaborador activo, resulta no sólo equitativo, sino de justicia, la modificación de la pena en atención a tales circunstancias, facultad de que se hizo uso en la sentencia recurrida, respecto a la que estimó debida sin alterar el fraccionamiento de pago, convenido por los interesados, para la obligación principal de don José L., con lo que, sin fundamento el motivo quinto del recurso, no puede tampoco estimarse por el mismo."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, notas al § 21.

Confróntese el caso que dió lugar a esta sentencia con el caso Bareille contra Gallard y Métivier (estudiado en este mismo capítulo), en el que también se trataba de un pacto de no concurrencia, aunque no había sido reforzado mediante una cláusula penal.

En el caso que dió lugar a la sentencia que comentamos, no parece que en ninguna de las instancias se hiciera cuestión de la validez de aquel pacto ni de la exigibilidad de la cláusula penal. La actora, en su

demanda, había solicitado que se declararan nulas "por falta de causa o por contener una causa ilícita" las cláusulas de las que resultaban la obligación de no dedicarse a aquella clase de negocios y la estipulación de una pena para el caso de incumplimiento. Pero ni la sentencia del Juzgado ni la de la Audiencia estimaron esta petición. En ambas se reconoció la eficacia y la exigibilidad de la cláusula penal, si bien la sentencia de la Audiencia estimó que la cuantía de ésta debía ser reducida.

Sobre esta concreta cuestión se planteó el recurso. El mayor interés de la sentencia del T. S. estriba en las consideraciones que en ella se hacen sobre la posibilidad de incumplimiento parcial e irregular de aquella obligación de no hacer *concurrencia y, por lo tanto, sobre la posibilidad de moderar la cuantía de la cláusula. En el considerando que transcribimos se argumenta sobre la distinta intensidad en la dedicación al negocio prohibido, en términos que recuerdan la argumentación de la sentencia recaída en el caso Bareille.*

La sentencia de 10 de diciembre de 1932 (v. Aranzadi, t. II, número 1.352) resolvió un caso que guarda cierta semejanza con el que dió lugar a la que comentamos. También se trataba de un pacto de no concurrencia: a raíz de la cesión de un Hotel, el cedente se había obligado a no hacer competencia al cesionario. Esta obligación fué incumplida, pero el Tribunal Supremo estimó que procedía la moderación de la cláusula penal convenida, porque el cedente no había establecido otro Hotel, sino una Pensión, de categoría más modesta y en sitio apartado del Hotel cedido, lo cual equivalía a un cumplimiento parcial o irregular de la obligación asumida y justificaba la aplicación del art. 1.154 del C. c.

Por lo que se refiere a la posibilidad de moderar la cuantía de la cláusula, v. nuestras observaciones en el vol. I, notas al § 21. Cfr. también la sentencia dictada en el caso Barouk-Bittoum (estudiado en este mismo capítulo), en la que el Tribunal de Lyon moderó la cuantía de la cláusula penal, pero por consideraciones que no coinciden con las que desarrolló nuestro Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos.

Sobre el distinto planteamiento de estas cuestiones (pacto de no dedicarse a un determinado negocio) en el common law, *y sobre el problema de los contratos* in restraint of trade, *v. en la segunda parte el caso Wiatt v. Kreglinger.*

CAPÍTULO V

SOBRE LA INTENCIÓN DE CONTRAER UN VÍNCULO JURÍDICO

(V. vol. I, § 1, especialmente la nota final; § 8; § 11, nota 22; § 14 y § 2 *a, b;* § 3, especialmente *b;* § 4, notas 20 y sigts.; §§ 5 *b,* 6, 24, 31, *b, c.*)

Advertencia. — La materia objeto de este capítulo se relaciona con todos los problemas discutidos en los capítulos anteriores, tanto en el aspecto de la existencia o no de dicha intención y de los criterios para comprobarla, como en el aspecto de los efectos o de los límites que se atribuyen a la promesa sobre la base (más o menos presunta) de dicha intención, en cuanto referida a una *causa* (más o menos gratuita).

En este capítulo examinaremos en particular el problema de la intención de contraer un vínculo jurídico, especialmente en el primer aspecto.

Para el estudio de los casos seguiremos este orden: en primer lugar los casos que implican los problemas tratados en vol. I, §§ 8 y 11, especialmente nota 22 (casos: Alcalde de Caen; Coureau; De Loys; R. cr. D.; Urbanowsky); después, los casos relativos a los problemas examinados en el vol. I, § 14 *b, d, e,* así como en el capítulo anterior de este mismo volumen (casos Mulas y Perino, con remisión a otros casos estudiados en los capítulos anteriores); por último, los casos que se refieren a los problemas tratados en el vol. I, § 14 *b,* nota 7, y *c* (casos X cr. Y. y Medici del Vascello). Sobre estos últimos, v. Demogue, *Obl.*, II, n. 564 y las citas que incluye.

El lector deberá, además, confrontar los casos y los problemas objeto de este capítulo con los casos y problemas que se presentan para el *common law* en la segunda parte, cap. III.

Alcalde de Caen cr. Evrard

Cour d'Orléans, 23 abril 1842; *Dalloz, Jurisp. Gén., Obligations,* n. 45. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis.*)

"En 1823, Evrard fué nombrado para desempeñar una notaría creada en la ciudad de Caen, sin que se pusiera ninguna condi-

ción a su nombramiento. En tal ocasión, Evrard escribió al Alcalde de dicha ciudad una carta en la que se comprometía a dar a los pobres anualmente y durante veinte años la cantidad de 1.000 francos. Esta carta terminaba en la forma siguiente: "Permita usted que ponga una condición: la del secreto. ¿Puedo esperar, señor Alcalde, que quiera usted aceptar mi ofrecimiento y encargarse de su aplicación? De usted... etc. — P. S. Adjunto un billete de 1.000 francos para el primer año". La condición de guardar el secreto, establecida en esta carta, no fué cumplida. Una resolución del negociado de Beneficencia de la ciudad de Caen, de 18 de junio de 1823, ordenó que la cantidad de 1.000 francos se incorporara cada año a su presupuesto. En 1837, Evrard suspendió sus entregas. Sin embargo, el Alcalde continuó incorporando anualmente, y durante tres años consecutivos, la cantidad de 1.000 francos al presupuesto del negociado de Beneficencia; después presentó un mandamiento de embargo ante uno de los deudores de Evrard, para garantizar las seis últimas anualidades por el importe de la cantidad de 6.000 francos... Una sentencia del Tribunal de Tours, de fecha 17 de julio de 1841, declaró que la carta de fecha 5 de marzo de 1823 contenía una donación entre vivos, nula por no haber sido hecha en la forma exigida por la ley y por no haber autorizado el Gobierno su aceptación, y que, por consiguiente, no constituía más que una deuda de honor, obligatoria en el fuero interno, pero no susceptible de producir un vínculo de derecho.

APELACIÓN. — Para demostrar la fuerza obligatoria de la promesa, el apelante ha propuesto tres argumentos:

1) Esta promesa vale como donación remuneratoria.

2) La promesa de 1823 debe ser equiparada a una suscripción, incluída dentro de los actos de disposición regulados por el Derecho natural y dispensados, por esta razón, de toda clase de formas e incluso de la necesidad de la autorización del Gobierno para su aceptación por parte del negociado de Beneficencia *(omissis)*.

3) La promesa de 1823 contiene una obligación. El objeto de dicha obligación es la cantidad de 20.000 francos a pagar en veinte años; la causa, el valor recibido, es la consideración que tal promesa ha procurado a su propio autor. Desde otro punto de vista, existiría también un mandato conferido por Evrard al alcalde de la ciudad de Caen de aplicar cada año la cantidad de 1.000 francos en favor de los pobres, mandato no revocado hasta 1837 y en cumplimiento del cual Evrard tenía que pagar las tres

anualidades que, confiando en su promesa, habían sido incorporadas al presupuesto e incluso habían sido gastadas, aunque todavía no hubieran sido entregadas.

Sentencia

El Tribunal. — Considerando que el apelante sostiene que si la promesa hecha en la carta de 5 de marzo de 1823 no puede valer como donación, debe por lo menos producir efectos como simple obligación; — Considerando, en cuanto a ello, que tal promesa no presenta ni el carácter de una donación remuneratoria ni el de una obligación natural; que sólo se puede ver en ella la voluntad libre y espontánea de Evrard de hacer participar a los pobres de la ciudad de Caen en los beneficios que pensaba obtener de su nombramiento para el cargo de notario; — Que no hay en esta carta nada que revele la intención de obligarse de tal manera que pudiera ejercitarse contra él una acción judicial en caso de que no se cumpliera completamente un acto de beneficencia cuyo cumplimiento total habría de producirse posteriormente por espacio de veinte años y que podría quedar sin efecto tanto por su muerte como a consecuencia de negocios desafortunados; — Que, por lo tanto, esta promesa no es más que una obligación imperfecta que interesa al fuero interno y a la delicadeza, pero que no puede vincular jurídicamente;

Por lo que se refiere al argumento basado en el cumplimiento: Considerando que, si la promesa en cuestión fué cumplida durante catorce años mediante una donación anual de 1.000 francos, esta tradición material hace que Evrard no pueda repetir las cantidades pagadas; tal cumplimiento, que no es más que una ratificación tácita de su compromiso primitivo, no puede cambiar la naturaleza de éste ni atribuirle un valor que no tenía en su origen;

En lo que concierne a las conclusiones subsidiarias: Considerando que el Alcalde de la ciudad de Caen no estaba autorizado para incorporar cada año al presupuesto del negociado de caridad de dicha ciudad la cantidad de 1.000 francos sobre que se litiga; — Que, efectivamente, en la carta del 5 de marzo de 1823, en la que el Alcalde pretende basar sus poderes, Evrard le rogó solamente que aceptara su ofrecimiento y que se encargara de su aplicación, adjuntando a dicha carta un billete de 1.000 francos correspondiente a la primera anualidad; — Que de todo lo anterior se desprende que el mandato sólo se refería a la aplicación de los fondos que

se le habían entregado; — Que los 1.000 francos prometidos sólo podían ser incorporados al presupuesto cuando hubieran sido recibidos y que, mientras tanto, sólo ficticiamente podían figurar en él; — Que no se ha demostrado en la causa que las tres anualidades reclamadas hayan sido efectivamente entregadas por el Alcalde al negociado de caridad, y que, aún admitiendo que así lo hubiera hecho, no podría admitirse su pretensión de que Evrard se las reintegrara; — Por estos motivos, y adoptando en lo demás los de la sentencia apelada, se desestima la apelación y se ordena que produzca efectos la sentencia apelada."

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, §§ 1 y 8; § 12 *a*; § 27, nota 3, al final y § 38 *a*.

Es éste un caso modelo *(leading case)* citado por los autores franceses al tratar de la cuestión relativa a la exigencia de la intención de contraer un vínculo jurídico: cfr. *Dalloz, Codes Annotés, Nouveau Code Civil*, cit., art. 1.101, núms. 26, 23, 24, 25 y 27, donde se cita el pasaje de Pothier sobre la intención de *conceder* el derecho a exigir el cumplimiento de la promesa o la acción en justicia (v. vol. I, § 5 *b*).

No conocemos el texto exacto de la carta de Evrard y, por tanto, no sabemos en qué se funda la interpretación que le dió el Tribunal de Apelación de Orleáns.

La cuestión relativa a la forma de la donación, que por sí sola hubiera resuelto el caso, se deja de lado en la sentencia del Tribunal, aunque se la haya mencionado como argumento de refuerzo en la parte final de dicha sentencia.

En el fondo, la sentencia (lo mismo que el Dalloz y otros autores) parece admitir la probabilidad de que la promesa tuviera una "causa" distinta de la pura liberalidad y de tal naturaleza como para poder excluir la exigencia de la forma de las donaciones (v. vol. I, § 9 especialmente notas 9 y sigts.). Tal "causa" podía consistir, si no en una obligación natural o de conciencia o en una remuneración, "en la consideración al respeto que tal promesa había procurado a su propio autor", o bien en el deseo de hacer participar a los pobres de la ciudad en los beneficios derivados del nombramiento para el cargo de notario (sobre la promesa a una ciudad *ob honorem decretum* en el Derecho romano, v. D. 50, XII, 1).

1) ¿Cómo se compagina esta sentencia con la corriente que admite el honor, la delicadeza, etc., como *causes suffisantes* de una promesa? (V. vol. I, § 9, nota 10, el caso Richer y otros recogidos en la sección IV del cap. II y en la sección II del cap. III).

2) ¿La conducta de Evrard después de la promesa y después de haber sido revelado el secreto al incluirse el crédito en el presupuesto de la ciudad, no podía demostrar la intención de contraer un vínculo jurídico?

3) ¿Podía valer la inclusión en el presupuesto, hecho previsible por parte del promitente, como *reliance* (según la adaptación de esta teoría al *civil law*), es decir, como hecho que por haberse realizado *confiando en la promesa* podía obligar al promitente a mantenerla? V. nota, introductiva a la sección III del cap. II.

4) ¿Podría valer como *reliance*, así adaptada, el hecho de que el Alcalde hubiera tenido que desembolsar de su propio peculio algunas anualidades, en caso de que tal hecho se probara? Desde este punto de vista, ¿se había hecho la promesa al Alcalde personalmente o a la ciudad? ¿Qué importancia podría tener aquí la tesis del mandato? V. también el caso Bailly cr. ciudad de Nancy.

5) ¿Cómo se resolvería este caso en el *common law*? ¿Podría valer como *consideration* la condición de guardar el secreto? ¿O podría tener ese mismo valor el hecho de que el Alcalde debiera destinar a los pobres las cantidades recibidas por él? ¿Se podría aplicar la teoría de la *reliance*, propia del *common law*? V. vol. I, §§ 26 y 30 *a*; v. también, § 27 *a*.

Coureau cr. Blandin

Cour de Bordeaux, 31 mayo 1848. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1848, II, 180. (Sentencia transcrita textualmente.)

El 9 de junio de 1839 los señores Blandin se reconocieron deudores del señor Coureau por la cantidad de 15.000 francos, anticipados por éste para liberarlos. La declaración que hicieron añadía: "Queriendo, en cuanto esté en nuestras manos, cumplir la deuda de honor que hemos contraído con el señor Coureau de devolverle tarde o temprano en capital, gastos e intereses, las cantidades por las que está en descubierto por nosotros, y queriendo decidirle a firmar el convenio amistoso que hemos celebrado con nuestros acreedores, y a encargarse de la misión que le ha sido confiada en este acuerdo, asumimos frente a él la obligación de honor de "*compter toujours de clerc à maître*", sin pretender ninguna remisión por su parte, no obstante cualquier compromiso en contrario. Por su parte, el señor Coureau se confiará enteramente a nuestra lealtad para el reintegro de dicha cuenta que no estaremos obligados a hacer mientras no tengamos los medios; y para darnos una prueba de ello, nos ha hecho entrega, al firmar el presente acuerdo, de nuestro pagaré de 15.000 francos vencido el 21 de septiembre de 1838 y del protesto, etc."

En favor de los señores Blandin se hizo una remisión voluntaria del 90 por 100; dichos señores pagaron también distintas cantidades en concepto de dividendos. Ésta era la situación cuan-

do el señor Coureau demandó a sus deudores ante el Tribunal de Comercio de Burdeos, reclamando el pago de lo que todavía se le debía y pidiendo que se señalara un plazo para dicho pago.

El 14 de mayo de 1847, el Tribunal desestimó la demanda del señor Coureau por los motivos siguientes:

"Considerando que las partes han reconocido que en virtud de convenciones verbales celebradas el 1.º de julio de 1839, los acreedores de los señores Blandin Hermanos, entre los que figuraba el señor J. B. Coureau, les concedieron una quita del 90 por 100 sobre el importe total de sus créditos; — Considerando que con posterioridad a estas convenciones, el señor J. B. Coureau hizo entrega voluntaria y definitiva a los señores Blandin Hermanos del título constitutivo de su crédito; — Considerando que según lo dispuesto en los arts. 1.282 y sigts. del C. c. la devolución del título al deudor hace que se presuma la remisión de la deuda; — Considerando, sin embargo, que el señor J. B. Coureau pretende combatir la presunción derivada de este hecho mediante la declaración que en su favor hicieron los señores Blandin Hermanos con fecha de 9 de julio de 1839; — Que según dicho señor sostiene, tal declaración contiene una obligación positiva de pago, que por no llevar la indicación de un vencimiento determinado, debe ser en cuanto a este punto regularizada por el Tribunal, de conformidad con el artículo 1.161 del C. c.; — Considerando que la declaración de los señores Blandin Hermanos expresa en términos formales que tal promesa no significa por su parte más que un simple compromiso de honor de reintegrar tarde o temprano al señor J. B. Coureau las cantidades por las que quedó en descubierto por ellos; — Que se ha dicho en ella que J. B. Coureau se confiaba enteramente a la lealtad de Blandin Hermanos para el reintegro definitivo de la cuenta, que ellos no estarían obligados a hacer hasta que no tuvieran los medios necesarios y que, para darles prueba de ello, J. B. Coureau les hizo entrega en el mismo momento del pagaré de 15.000 francos vencido desde el 21 de septiembre de 1838; — Considerando que de este acto, precedido del abandono que J. B. Coureau había hecho ya, siguiendo el ejemplo de todos los demás acreedores, del importe de las cantidades que se le debían a cambio de un dividendo del 10 por 100 que recibió de su parte con la entrega del título, resulta remitida definitivamente la deuda contra una declaración que contenía un simple compromiso de honor cuyo cumplimiento quedó confiado plenamente a la lealtad de Blandin Hermanos; — Que esta obligación no está sometida a ninguna condición que, una vez realizada, pudiera dar al señor J. B. Coureau el

derecho de exigir su cumplimiento y que, por otra parte, el Tribunal no puede señalar un plazo que ha sido dejado de común acuerdo a la lealtad de los demandados; — Considerando que si semejante obligación, acertadamente llamada obligación de honor, debe ser considerada como exigible desde el punto de vista de quienes la han suscrito, no ocurre lo mismo desde el punto de vista de la justicia y de la ley."

Apelación.

Fallo.

El Tribunal. — Adoptando los motivos de la primera sentencia; se confirma.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 1; § 3 *b*, al final; § 9, notas 9 y siguientes; § 11, nota 22.

Según parece, a pesar del texto confuso de la promesa escrita de fecha 9 de junio de 1839 y de la misma sentencia, el convenio con los acreedores, como acuerdo verbal, fué anterior a dicha promesa. En todo caso, aunque no hubiera sido anterior a ella, quedaba siempre (prescindiendo de la cuestión de la licitud) la cuestión relativa a la interpretación de dicha promesa; promesa que, sin embargo, habría servido en tal caso para decidir al señor Coureau a suscribir el convenio y a *encargarse* de cierta *misión;* lo que quizá pudiera atribuir valor jurídico a la promesa (v. nota al caso Urbanowsky; ¿cuál es la diferencia entre este caso y el caso Coureau?)

1) ¿Cómo se compagina esta sentencia con el caso Richer y con la corriente francesa mencionada en el vol. I, § 9, notas 9 y sigts? V. también la cuestión 1 en la nota al caso Alcalde de Caen.

2) ¿La lealtad o el honor no podían referirse al cumplimiento de la condición de tener medios para pagar (pagaré si puedo)? ¿No hubiera debido tener preferencia esta condición? (v. la nota del Dalloz al caso Urbanowsky). Naturalmente, se trata de una *quaestio facti;* pero que demuestra lo delicado que es el problema de la intención de contraer un vínculo jurídico.

3) El hecho de que la remisión definitiva y la restitución del pagaré tuvieran lugar en el momento de hacerse la promesa ¿no revelaría la intención de no remitir la deuda sino a condición de esta promesa, atribuyendo por lo tanto a ésta un valor especial? V. las observaciones hechas en la cuestión anterior.

4) ¿En el *common law* existiría un *bargain* entre dicha promesa y la remisión o la restitución del pagaré, o la "misión" a que se alude? ¿Constituía verdaderamente tal remisión o tal restitución el objeto de un *bargain,* aunque fuera implícito? V. vol. I, § 26 *b.*

5) ¿Sería válida en el *common law* una remisión de deuda que tuviera como *consideration* una simple promesa en el fuero del honor? V. vol. I, § 38 *c* y § 30, nota 6.

De Loys cr. Dufay

Cour de Colmar, 31 diciembre 1850. — *Dalloz, Rec. Pér.,* 1853, II, 164. (Sentencia transcrita textualmente.)

Doce de abril de 1850, sentencia del Tribunal de Comercio de Mulhouse que admite esta solución por los motivos siguientes: "Considerando que ya en febrero de 1847, e incluso anteriormente, las partes habían suspendido toda relación de negocios entre ellas y que desde entonces no han realizado conjuntamente ninguna operación de comercio o de otra clase; — Considerando que en dicha época de 1847 se celebró entre el señor Dufay y la casa De Loys, Peltier y Cía. una transacción amistosa en virtud de la cual el señor Dufay pagó a dichos señores la cantidad de 20.000 francos para saldar toda cuenta entre ellos; que, por tanto, y conforme a Derecho, las cuentas de las partes quedaron terminadas y reguladas por esta transacción, que puso fin a todas las controversias hasta entonces existentes; y que, además, de la correspondencia cruzada entre las partes resulta que los señores De Loys, Peltier y Compañía renunciaron a la facultad de hacer cualquier reclamación a este respecto contra el señor Dufay; — Considerando, sin embargo, que, según pretende el demandante, de la correspondencia del señor Dufay resulta que éste reconoció que debía una cantidad más elevada que la pagada por él en virtud de la referida transacción y que prometió que más adelante pagaría una cantidad mayor y se liberaría completamente de su deuda, cuando sus recursos se lo permitieran y si venía a mejor fortuna; — Que procede, en consecuencia, examinar estos distintos hechos y comprobar si en su conjunto puede verse una promesa, una obligación por parte del señor Dufay, que pueda conferir al demandante el derecho de exigir en juicio su cumplimiento; — Considerando, a este respecto, que los señores De Loys, Peltier y Cía., al aceptar las proposiciones de arreglo del señor Dufay, le hicieron observar que la cantidad que éste les daba era insignificante comparada con la que realmente les debía, y que el señor Dufay les respondió que si no les daba más era porque en aquel momento se encontraba en la imposibilidad física y moral de hacerlo; que más tarde, cuando el señor De Loys le pidió que acudiera en su ayuda mediante una cantidad de 5.000 a 6.000 francos, que le pedía recordándole la pérdida que le había hecho sufrir a él personalmente, el señor Dufay le respondió que si sus negocios prospera-

ban le daría todavía mucho más que lo que él le pedía; que más tarde volvió a decirle que en aquel momento le era imposible ayudarle, pero que sus intenciones respecto a él no habían cambiado y que con el tiempo serían cumplidas; — Considerando que de estas palabras, de estas expresiones del señor Dufay, contenidas en sus cartas, se deduce de la manera más evidente que reconocía entonces que la cantidad que había pagado a los señores De Loys, Peltier y Cía. en virtud de la transacción antes mencionada, era ciertamente inferior a la que les debía; — Que, si no les hubiera debido más, se hubiera guardado mucho de decir: "Si no os he dado más, es porque me es imposible física y moralmente; si mis negocios prosperan os daré mucho más de lo que me indicáis"; que con estas promesas, por vagas e indeterminadas que fueran, Dufay quería decir que si llegaba un día en que sus recursos, sus posibilidades, se lo permitían, les daría no solamente los 5.000 a 6.000 francos que se le pedían de momento, sino bastante más que esta cantidad, que no era, en definitiva, sino una parte del tercio correspondiente al señor De Loys por su participación en la Sociedad "De Loys, Peliter y Cía."; — Considerando que, si bien en la actualidad el señor Dufay cree haberse liberado frente a la casa De Loys, Peltier y Cía., cumpliendo lo acordado en la transacción del mes de febrero de 1847, no pensaba lo mismo en la época en que hizo al señor De Loys la promesa en cuestión; que, sin embargo, estas promesas hechas por él al señor De Loys se hicieron en una forma muy incierta e indeterminada, y no constituyen más que una obligación imperfecta de la que no resulta ningún vínculo de derecho que pueda dar lugar a una reclamación judicial; — Que, por lo tanto, siempre que se trate, como ocurre en este caso, de promesas, de compromisos de honor, exclusivamente dependientes de la conciencia, del fuero interno, los Tribunales de comercio que son señaladamente los guardianes naturales del honor y de la probidad del comercio, no pueden hacer otra cosa que expresar su disgusto cuando tales promesas y compromisos no se cumplen; que, por otra parte, no deben quedar menos penosamente impresionados cuando, como en este caso, se trata de estipulaciones y de reclamaciones de la naturaleza de las del señor De Loys, hechas particularmente, en provecho personal del mismo y sin participación aparente de sus asociados; — Por estos motivos, se declara inadmisible y sin fundamento la petición del demandante...".

Apelación.

Fallo.

EL TRIBUNAL. — Adoptando los motivos de la sentencia apelada, se confirma ésta.

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 1; § 3 *b*; § 9, notas 9 y sigts.; § 11, nota 22.

En una nota del Dalloz se hace el siguiente comentario a este caso: "¿No podía, en rigor, ser considerada la promesa a que se refiere esta decisión como determinada en cuanto a su objeto, al menos hasta la concurrencia de la cantidad por encima de la cual había prometido el demandado pagar lo que todavía adeudaba? La sentencia no lo ha entendido así, probablemente porque ha visto en la obligación litigiosa la promesa condicional de una liberación mal definida que no podía fraccionarse y que, en consecuencia, se encontraba en su totalidad viciada por la falta de determinación".

Téngase en cuenta que la promesa de Dufay tuvo lugar *después* de haberse celebrado la llamada "transacción". V. la nota al caso Coureau.

1) Repítase aquí la cuestión propuesta en el núm. 1 del cuestionario al caso Coureau.

2) El motivo de la decisión parece haber sido el carácter vago e indeterminado de la promesa de "ayudar" a De Loys, incluso entregándole una cantidad mayor que la que éste reclamaba como residuo (v. la nota del Dalloz), frases que parecen excluir la intención de contraer un vínculo jurídico. *¡Quaestio facti!* V. la cuestión 2.ª en la nota al caso Coureau.

3) En cuanto al *common law,* pueden volver a proponerse las mismas cuestiones propuestas a propósito del caso Coureau. En relación con la cuestión 5.ª, sobre la validez de la remisión, habría que ver si se trataba de una verdadera "transacción" en sentido técnico (para la liquidación de una cuota social): sobre la transacción, v. vol. I, § 38 *c.*

URBANOWSKY cr. VALDMANN

Cass. Française, Ch. Req. 13 diciembre 1875. — *Dalloz, Rec. Pér.,* 1876, I, 417. (Sentencia transcrita textualmente.)

El 12 de marzo de 1865 dictó sentencia el Tribunal de Lyon, concebida en los términos siguientes:

Considerando que el 17 de junio de 1856, por documento otorgado ante Legendre y su colega, notarios de Lyon, Casimir Urbanowsky, rico capitalista, y Emile Valdmann, abogado del Colegio de Lyon, constituyeron una sociedad civil para realizar a medias entre ellos operaciones de compra y venta de valores ne-

gociables en bolsa; — Que en dicho documento, Urbanowsky se obligaba a entregar a Valdmann una primera cantidad de 100.000 francos, que mediante entregas sucesivas debía elevarse en menos de cinco años a la cifra de un millón; — Que se convino que Urbanowsky soportaría por sí solo todas las pérdidas y que recibiría el 5 por 100 de su dinero, que Valdmann tendría un sueldo de 6.000 francos y que los beneficios se partirían por mitad; — Considerando que en el art. 6.º del documento social se decía que Valdmann emplearía en la forma que le pareciera conveniente los capitales de Urbanowsky, quien se confiaba a su prudencia en cuanto a las inversiones y a los beneficios a obtener de las mismas; — Pero este artículo añadía que quedaba convenido que Valdmann sólo haría operaciones al contado y nunca en descubierto; Considerando que el art. 8.º obligaba a Valdmann a llevar un registro exacto de todas las operaciones que realizara con los fondos que sólo haría operaciones al contado y nunca en descubierto; — Consise le habían confiado; — Considerando que este documento social fué redactado sobre un borrador escrito por Valdmann, con la diferencia, sin embargo, de que en el borrador no se imponía ninguna limitación a la gestión de Valdmann, y que tal gestión no quedaba limitada, como en el documento notarial, a las operaciones al contado;

Considerando que, al ser interrogado, Valdmann ha reconocido que no respetó las obligaciones que se le habían impuesto en el documento social; — Que no llevó ninguna contabilidad regular y que se entregó a operaciones de juego en las que perdió 130 ó 135.000 francos de un total de 150.000 francos que le habían sido entregados por Urbanowsky; — Considerando que el 17 de julio de 1858, Urbanowsky firmó un documento de remisión, escrito por Valdmann, en el que reconocía que éste había justificado todas las cantidades que podían corresponderle en la Sociedad, que se declaraba disuelta de común acuerdo; — Considerando que Valdmann pretende que dicha remisión fué hecha con pleno conocimiento de causa, sin condiciones y sin que él hubiera asumido ninguna obligación; que Urbanowsky había firmado sin exigirle nada, después de tomar una cantidad de 15 ó 20.000 francos que quedaba en la caja, sin que él pudiera precisar la cantidad exacta; — Que Urbanowsky sostiene, por el contrario, que no quedaba nada en la caja y que los 150.000 francos se habían perdido en su totalidad; que Valdmann se reconoció culpable de haber violado el pacto social, que manifestó un gran dolor y que suplicó llorando que no se le expusiera a la persecución de los herederos de Urbanowsky, en

caso de que éste falleciera, prometiéndole por juramento solemne que le indemnizaría si, más adelante, llegaba a encontrarse en mejor situación;

Considerando que Valdmann se encuentra actualmente en una situación que le permitiría devolver los 150.000 francos cuya restitución le reclama Urbanowsky, quien afirma haber sufrido pérdidas considerables; — Considerando que Urbanowsky, fundándose en el interrogatorio de Valdmann y en documentos presentados en el pleito, especialmente en tres cartas escritas por Valdmann, de fechas 9 de mayo de 1863, 2 de agosto de 1863 y 30 de diciembre de 1866, pidió que se declarara la nulidad del documento de remisión de 17 de julio de 1858 y el pago inmediato de 150.000 francos; — Considerando que en la primera de dichas cartas se lee lo siguiente: "Si todos fueran puntuales en devolverme los anticipos hechos, antes de dos meses podría ser pagada sin ninguna molestia la primera deuda". Que en la segunda carta, Valdmann, hablando de su profesión de agente de bolsa, escribía a Urbanowsky: "¡Qué oficio, mi querido amigo!; y sin embargo yo lo amo y estoy entregado a él con pasión, porque es el único que puede permitirme cumplir un día mis deberes"; — Que, en fin, en la última carta, dirigida a Urbanowsky como las otras dos, decía: "Soy el último en venir a resumir los votos de todos y a desearos un feliz año nuevo, a vos y a la señora Urbanowsky. Esta época no deja nunca de despertar en mí un sentimiento que me entristece: en lugar de palabras quisiera disponer de bastante poder para arreglar todas las cosas a mi gusto. ¡Qué buena parte os haría y de qué modo merecéis la primera y la mejor! Mientras tanto, sigo esperando y, como Dios es justo, tengo confianza en que algún día me permitirá liberarme".

Considerando que el Tribunal, en su sentencia de 12 de junio último, apreciando justamente estas cartas y las presunciones invocadas por Urbanowsky en apoyo de sus pretensiones, ha visto en todo ello un principio de prueba por escrito, suficiente para admitir la prueba testifical; — Que en el examen de las declaraciones es donde hay que apreciar si Urbanowsky ha completado la prueba que le incumbía en su calidad de demandante; — Considerando que los testigos presentados por la parte contraria, de acuerdo sobre este punto con los presentados por Urbanowsky, son unánimes en proclamar su opinión favorable a la moralidad de Valdmann, pero que no han declarado ningún hecho que tenga relación directa con el proceso; — Considerando que, de las declaraciones de los testigos presentados por el demandante, y especialmente de las del pri-

mero, segundo, tercero y quinto testigos, resulta que el señor y la señora Urbanowsky, en sus conversaciones con las personas que frecuentaban íntimamente su casa, han afirmado siempre que Valdmann les debía 150.000 francos; — Que según ellos explicaban, dicha cantidad había sido confiada a Valdmann para que hiciera operaciones de bolsa al contado y que él la había disipado entregándose a especulaciones a plazo; — Que Urbanowsky habló a dichas personas de una remisión relativa a tal cantidad de 150.000 francos que había concedido a ruegos de Valdmann, pero añadiendo que dicha remisión solamente debía producir efectos contra sus herederos; que él no había consentido en firmar sino después de la promesa formal de Valdmann de que le devolvería los 150.000 francos si llegaba a encontrarse en mejor situación; — Que había hecho todo lo necesario para permitir a Valdmann que conquistara una buena posición; que le había prestado dinero para conseguir una plaza de agente de bolsa; — Que al haber expresado sus dudas sobre el cobro de su crédito una de las personas a las que habló de este asunto, él le había respondido: "Basta, basta, Valdmann es un hombre honrado; me pagará"; — Considerando que estas conversaciones tuvieron lugar después del año 1859 y en los años sucesivos; — Que en la misma época, Urbanowsky hacía figurar en los estados de sus cuentas el crédito de 150.000 francos contra Valdmann; — Que en aquel momento, este último no poseía nada y no cabe suponer que Urbanowsky pensara en prepararse de antemano un argumento para el actual proceso.

Considerando que estos hechos, completamente ajenos a Valdmann, no podrían oponérsele, pero demuestran la buena fe de Urbanowsky, quien pudo sinceramente tomar por un reconocimiento formal de la deuda las protestas de gratitud, de devoción sin límites y de deseos de cumplir, cuya expresión no escatimaba Valdmann; que no hay que asombrarse de que las hubiera interpretado en esta forma, teniendo en cuenta que después de haber visto un libro dedicado por Valdmann a Urbanowsky, un hombre de los más instruídos pudo llegar a adquirir la convicción de que dicho libro contenía en más de un aspecto el reconocimiento expreso, aunque más o menos disimulado, de una deuda; — Que al reclamar a Valdmann el pago de las cantidades que le había confiado en 1856, podía equivocarse sobre la realidad de su derecho, pero que no es un litigante temerario que venga a pedir que se le entregue la fortuna de un padre de familia, a despecho de los descargos más regulares; — Considerando que el capitán Englinger, oficial de la Legión de Honor, ha referido en el interrogatorio una

conversación que tuvo con Valdmann en 1862 durante un desayuno en el café Maderni; Valdmann le había dicho: "Casimir podría perderme; yo le he hecho perder más de 100.000 francos; pero mis cosas van bien ahora y se los devolveré en cuanto el estado de mi fortuna me lo permita"; que había añadido "que ésta era para él una deuda sagrada que cumpliría tan pronto como pudiera, como, por lo demás, bien lo sabía Casimir"; que todavía dijo "que después de haber perdido el dinero que le había confiado Urbanowsky, estaba desesperado y que de no haber sido por Casimir estaría perdido; que ni él ni los suyos vivirían bastante para demostrar a Urbanowky la gratitud que le debían"; — Que el testigo comprendió por lo que le dijo Valdmann que éste había asumido frente a Urbanowsky el compromiso de devolverle la cantidad que había recibido de él y que se aumentó tal convicción cuando Valdmann, al hablar del pago de esta deuda, le dijo terminantemente: "por lo demás, ya se lo he dicho a Casimir"; que el testigo afirma, de todo corazón y en conciencia, que el día en que tuvieron aquella conversación Valdmann tenía intención de pagar a Urbanowsky la cantidad de más de 100.000 francos que le debía; que si aquel día hubiera tenido dinero, sin duda habría hecho el pago y no tendría lugar el proceso actual; — Considerando que, pese a la gravedad de esta declaración y a la seriedad que le confiere la honorabilidad del capitán Englinger, la afirmación de su impresión personal no podría bastar para destruir el efecto legal de una remisión de deuda hecha en forma regular; — Que al hablar con vehemencia de sus obligaciones frente a Urbanowsky, Valdmann no precisó la cuantía de su deuda, a la que sólo se refirió en términos generales y sin hablar nunca de una remisión que solamente pudiera oponerse a los herederos; y que el interrogatorio no ha revelado ningún elemento decisivo sobre las dos primeras cuestiones planteadas en el apuntamiento de prueba.

Considerando, en relación con el tercer punto, que si Valdmann habló al capitán Englinger de sus vivos deseos de cumplir con Urbanowsky, no se expresó de manera que no dejara lugar a ninguna duda sobre la cuestión de saber si quería hablar de una obligación de conciencia, que le dejaba en libertad para pagarla cuando quisiera, o si se consideraba obligado por un vínculo de Derecho civil, que su acreedor pudiera reclamar contra él; — Considerando que Urbanowsky, que pretende probar la nulidad de una carta de pago que lleva su firma, tenía la obligación rigurosa de demostrar plenamente el vínculo jurídico en virtud del cual reclama el pago de 150.000 francos; que dicha prueba no resulta

suficientemente de los interrogatorios; Se confirma (la sentencia apelada).

Recurso interpuesto por el señor Urbanowsky:

1) Exceso de poder y violación de los arts. 1.347 y 1.353 del Código civil y de los arts. 252 y sigts. del Cód. proc., al haberse estimado en la sentencia recurrida que las declaraciones de varios de los testigos no podían oponerse al demandado porque se referían a hechos y actos que le eran ajenos, restringiendo por ello abusivamente los medios de prueba que la existencia de un principio de prueba por escrito debía poner a disposición del demandante.

2) Violación de los arts. 1.108, 1.134 y 2.092 del C. c. y aplicación indebida del art. 1.235 del C. c., porque la sentencia, a pesar de reconocer que el señor Urbanowsky no tenía la intención de transformar la deuda del señor Valdmann en una simple obligación natural y que, en la mente de aquél, la remisión de deuda hecha el 17 de julio de 1858 no había tenido otra finalidad que la de sustraer a este último a la persecución de los herederos del señor Urbanowsky si éste fallecía, quedando el señor Valdmann civilmente obligado a cumplir con su acreedor cuando llegara a encontrarse en mejor situación, ha declarado, sin embargo, que el señor Urbanowsky carece de fundamento para reclamar el pago de su crédito por no haber probado que el señor Valdmann hubiera consentido en quedar obligado civilmente al cumplimiento de esta obligación.

Sentencia

El Tribunal. — Sobre los dos motivos del recurso, basados, el primero de ellos, en un exceso de poder y en la violación de los arts. 1.347 y 1.353 del C. c., y de los arts. 252 y sigts. Código proc.; y el segundo, en la violación de los arts. 1.108, 1.134 y 2.092 del C. c.; — Considerando que, por una providencia de 12 de junio de 1874, en la que se reconoció la existencia de un principio de prueba por escrito, Urbanowsky, recurrente en casación, fué autorizado a probar distintos hechos dirigidos a demostrar que Valdmann, demandado eventual, había quedado obligado frente a dicho Urbanowsky al pago de la cantidad de 150.000 francos, a pesar de lo dispuesto en una remisión definitiva de deuda otorgada por este último en favor de dicho Valdmann; — Considerando que de las declaraciones de la sentencia recurrida resulta que ninguno de los hechos alegados ha quedado suficientemente pro-

bado en los interrogatorios; — Que en vano se alega que la sentencia recurrida haya cometido un exceso de poder y violado las leyes sobre la materia al considerar que las declaraciones de determinados testigos no podían ser opuestas a Valdmann porque se referían a hechos o a propósitos que le eran ajenos; — Que, por una parte, la motivación de una decisión judicial no puede justificar un recurso; — Que, por otra parte, los motivos de la sentencia recurrida no revelan que el Tribunal haya querido sentar una tesis de derecho sobre la manera de apreciar los testimonios, y que los términos empleados en la sentencia no son incompatibles con una apreciación de los hechos que queda dentro de los límites de su poder soberano.

Considerando que en vano se ha objetado que, según las circunstancias reconocidas en la sentencia, existiría una obligación civil, y no solamente una obligación natural por parte de Valdmann, de pagar dicha cantidad de 150.000 francos; — Que, por el contrario, de la sentencia recurrida resulta que el tribunal de Apelación, al apreciar en su conjunto las pruebas, no ha encontrado suficientemente probada la existencia de una obligación civil; — Que, en tales circunstancias, la sentencia recurrida no incurre ni en exceso de poder ni en violación de los preceptos mencionados. No ha lugar".

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 1; § 3 *b*, al final; § 9, notas 9 y siguientes; § 11, nota 22.

Resumimos a continuación una nota del Dalloz sobre este caso, nota cuya lectura aconsejamos. Después de citar otras sentencias (Cass. 24-9-1873; 26-1-1874 y Cour d'Aix, 11-6-1872) que admiten la validez del "compromiso de honor" de pagar el residuo debido por un concursado en caso de mejorar de fortuna, esta nota critica el pasaje de la sentencia del Tribunal de Lyon en el que se toma en cuenta el hecho de que, contrariamente a la intención del promisario (Urbanowsky), el promitente (Valdmann) no tenía intención de contraer una obligación civil; y añade: cuando concurren todos los requisitos del art. 1.108 C. c. francés (entre los cuales no está claro si la nota incluye también la *cause suffisante* para excluir la forma de la donación), la convención debe producir sus efectos civiles *ordinarios*. Sólo podrían excluirse estos efectos sobre la base de un acuerdo de las partes del que resultara que solamente querían contraer una obligación natural o social (v. vol. 1, nota en apéndice al § 1; y en este volumen el caso Rose and Frank v. Compton). Y la nota invoca las opiniones de otros autores sobre la exigencia de esta intención *común* de no contraer un vínculo jurídico, incluso en el caso del "compromiso de honor" del concursado para el caso de que mejore de fortuna.

La prueba de dicha intención incumbe al promitente (v. la citada sentencia del Tribunal de Aix, de 11-6-1872, en un caso semejante al que nos ocupa). La misma nota no parece distinguir entre el caso en el que el compromiso se haya asumido al tiempo de hacerse la remisión de la deuda y el caso en que se haya asumido posteriormente. Sin embargo, pone de relieve la gravedad de la falta de Valdmann, el crecido importe de la cantidad debida por él y la dificultad de suponer que un acreedor, en tales circunstancias, hubiera remitido la deuda definitivamente de un plumazo y sin condiciones (lo que parece aludir a la hipótesis de una promesa de pagar en caso de mejorar de fortuna, hecha a la vez que la remisión y como condición o limitación de ésta). La experiencia de casos semejantes, frecuentes en la práctica, añade la nota, demuestra lo contrario.

Según esta nota, la Casación habría confirmado la sentencia del Tribunal de Lyon sobre todo por tener en cuenta que en ella se había puesto de relieve el carácter vago de las expresiones utilizadas por Valdmann, contrapuesto al carácter bien definido e incondicionado de la remisión escrita, contra la que se requerían pruebas más seguras. Es decir, se trataría de la *confirmación* de una obligación moral o natural más que de la *promesa* o nueva obligación de pagar (sobre este punto, además de los autores citados en la nota del Dalloz, v. Planiol, *Traité pratique*, citado, vol. VIII, n. 993-994; y el caso Baratta-Prada cr. Faccioli).

En relación con el caso Urbanowsky y con la nota del Dalloz sobre el mismo, proponemos las cuestiones siguientes:

1) ¿Es exacto lo que se dice en la nota del Dalloz a propósito del valor del "consentimiento" unido a los otros requisitos del art. 1.108 del Código civil francés; de la irrelevancia de la intención (exclusivamente del promitente) de no contraer un vínculo jurídico; y de la necesidad de una prueba contraria, a cargo de éste, de la intención *común* en tal sentido? ¿No debe esto referirse solamente a los contratos de cambio, a otros contratos típicos y a los formales? V. vol. I, nota en apéndice al § 1; § 24; e infra el caso Mulas, así como el cap. III, de la segunda parte (preliminares, n. 5).

2) Desde este punto de vista, ¿no se debe distinguir entre el caso de que la promesa de pagar, como compromiso "de honor", al mejorar de fortuna el deudor, se haga al mismo tiempo que la remisión o como condición de ésta (o sea, cuando exista un cambio) y el caso de que tal promesa sea posterior, es decir, se haya hecho por una *causa praeterita*? ¿No se han confundido demasiado, en la sentencia del Tribunal de Lyon y en la misma nota del Dalloz, estos dos supuestos? ¿O el Tribunal de Lyon hace constar expresamente que la prueba aportada por Urbanowsky sobre la promesa *contemporánea* de la remisión es insuficiente?

3) ¿No puede, por lo menos, servir el elemento del cambio (especialmente entre valores o sacrificios patrimoniales) en la interpretación de promesas como las de los casos Urbanowsky y Coureau, para dar la preeminencia en caso de duda a la "vuelta a mejor fortuna" como con-

dición de la promesa, sobre el simple *honor* o conciencia? En otros términos, ¿no puede servir ese elemento del cambio como *"cause plausible"* para interpretar expresiones vagas e indefinidas en el sentido de apreciar una intención de contraer un vínculo jurídico?

4) ¿Qué otra *"cause plausible"* se podría encontrar en el caso Urbanowsky para la remisión de la cuantiosa deuda, además de la mencionada en la nota del Dalloz y deducida de la experiencia?

5) ¿Qué valor puede tener, en relación con las cuestiones 2 y 3, el conocido principio según el cual las renuncias no se presumen, especialmente cuando son graves? V. vol. I, § 38, nota 24.

6) ¿Cómo se resolvería el caso Urbanowsky en el *common law*? V. cuestión 5 en la nota al caso Coureau. ¿Podrían servir los argumentos que hemos utilizado en las cuestiones 2 y 3 para demostrar que la *consideration* de la remisión hecha por Urbanowsky era una promesa hecha con intención de contraer un vínculo jurídico?

R... cr. D...

Cour de Douai, 6 agosto 1856. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1856, II, p. 295. (Sentencia transcrita textualmente.)

Habían existido relaciones íntimas entre el señor D..., suboficial de Infantería, y la señorita R..., hija de un ex oficial e institutriz en París. La señorita R..., que había sido madre dos veces, confiando, según decía, en las promesas de matrimonio que le había hecho el señor D..., trató de conseguir que éste se casara con ella. Se convino el matrimonio en un determinado momento, pero D... retiró después su palabra.

Entonces la señorita R... le demandó ante el Tribunal de Saint-Omer, reclamando el pago: 1) de 1.200 francos en concepto de daños y perjuicios, por el perjuicio que le había causado con el incumplimiento de las promesas de matrimonio por medio de las cuales había abusado de ella; y 2) de una pensión de 600 francos para sus dos hijos, cuya paternidad había reconocido él en una larga correspondencia cruzada entre ambos amantes. Presentó, en efecto, diversas cartas en las que se leían las frases siguientes: "Te repito, una vez más, que es el niño lo que nos une y que sin él no hay unión posible. Le quiero como a las niñas de mis ojos. Yo te amo, sin embargo, pero ¿qué quieres?, si no fuera por el niño no sentiría hacia ti más que el afecto de un buen amigo; todos los sacrificios que hagas te los tendré en cuenta, pero protege a nuestro hijo y no lo abandones... ¡Tranquilízate, María!... su padre no lo abandonará".

El 8 de enero de 1856 se dictó sentencia concebida en los términos siguientes: "Considerando que un reconocimiento de paternidad no podría ser legalmente probado por cartas o por otros escritos no revestidos de carácter auténtico; que si tales actos pueden servir para probar la existencia de una deuda natural, no pueden evidentemente dar lugar a una acción civil, a menos que expresen una intención formal de convertir dicha deuda en una obligación real y jurídica; — Considerando que los documentos aportados al proceso no contienen la expresión de una voluntad manifiesta de obligarse ni presentan el carácter de una obligación civil; — Que la promesa de matrimonio invocada por la demandante sólo podría dar lugar a una reclamación de daños y perjuicios si hubiera sido la causa de una seducción o de cualquier otro daño real, lo que en modo alguno se ha demostrado en el proceso e incluso queda desmentido por los antecedentes y por la conducta de la señorita R...; — Que, en cuanto a la pretendida promesa de alimentos, aparte de que a lo sumo sólo podría aplicarse a uno de los hijos y sería ajena a la demandante, es evidente que tal promesa no podría deducirse ni de algunas expresiones de interés, más o menos expansivas, ni de las declaraciones más o menos vagas de no querer abandonarlo entresacadas de los documentos de la causa y que no precisan ningún pensamiento concreto ni implican ninguna necesidad de cumplimiento, sino que, por el contrario, expresan la reserva perseverante de una completa libertad de acción; — Que, por lo tanto, la demanda de la señorita R... carece de fundamento; — Se desestiman las conclusiones de la demandante... etc.".

Apelación por la señorita R..., que prescinde de la reclamación basada en la seducción y se limita a reclamar alimentos para sus hijos.

Sentencia

El Tribunal. — Adoptando los motivos... etc., se desestima... etcétera.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 1; § 3 *b*; § 11, nota 2.

Este caso supone, indudablemente, que carece de fundamento una acción de daños por seducción y que (en el Derecho francés) el mero reconocimiento escrito de la paternidad natural no hace que surja la obligación de prestar alimentos al hijo.

En el Dalloz se redacta la máxima de esta sentencia en la forma siguiente: "El reconocimiento de una deuda natural no puede dar lu-

gar a una acción en justicia, a menos que se haya expresado en él la intención formal de convertir dicha deuda en obligación civil (C. nap., artículo 1.235)".

¿Qué significa "intención formal de convertir una deuda natural en obligación civil" o, como dice la sentencia, en obligación "real y jurídica"?

¿Significa que se requieren expresiones *formales* de contraer una obligación, o expresiones *claras* de la intención de hacer una promesa en el terreno de lo jurídico? V. vol. I, nota en apéndice al § 1; § 28, notas 4 y 5; § 31, notas 2 y 3.

Confróntese este caso con los casos italianos Vergara c. Etruschi y Bosio cr. Cappelleti.

MULAS cr. TEDDE SERRA

Cass. 14 julio 1952. — *Giur. it.*, 1953, I, I, 195. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"Se alega en el primer motivo del recurso que el Tribunal de Apelación habría errado al calificar como contrato de depósito a la relación en cuestión. Tal calificación no podría admitirse, a juicio del recurrente, por una doble razón. En primer lugar, porque la prestación de Mulas habría consistido únicamente en un acto de cortesía natural y usual, que no se podía configurar como negocio jurídico al no estar animado por la voluntad de hacer derivar de tal acto consecuencias de Derecho; y en segundo lugar, porque en dicha prestación, limitada a la tarea de vigilar la yunta de bueyes sin que ello implicara la tenencia material de los mismos, faltaría el presupuesto e incluso el elemento constitutivo fundamental del contrato de depósito, o sea, la entrega de la cosa. A propósito de lo cual, advierte el recurrente que la entrega de los bueyes no hubiera sido posible sin entregar al mismo tiempo los correspondientes boletines exigidos por la legislación vigente en Cerdeña para la represión del abigeato (hurto de ganado) (D. L. de 8 de agosto de 1924). Se añade, por último, que al menos el Tribunal hubiera debido valorar con menor rigor la responsabilidad de Mulas, teniendo en cuenta el carácter gratuito de la prestación. Y, sobre la base de tales consideraciones, se denuncia la aplicación errónea de los arts. 1.766 y 1.768 del C. c.

Sin embargo, esta construcción no se ajusta a la verdad procesal, irreprochablemente comprobada por el Tribunal de Apelación. En principio, hay que estar de acuerdo con el recurrente en cuanto a la distinción entre negocio jurídico y mero acto de corte-

sía incapaz de producir efectos en el terreno jurídico — distinción sobre la que ya ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia de este Tribunal — e igualmente ha de compartirse su afirmación de que el contrato de depósito no se perfecciona mientras no se entregue la cosa (contrato real), puesto que así se dice en la misma definición que de este contrato da el art. 1.766. Pero, concretamente, el Tribunal de Apelación ha comprobado que, habiendo tenido que alejarse Tedde de la feria en donde se encontraba la yunta de bueyes, confió la custodia de éstos a Mulas, quien aceptó el encargo de custodiarlos. Y de esta forma, el Tribunal ha fijado dos datos de hecho que hacen caer las premisas sobre las que descansaban los mencionados fundamentos de derecho, porque confiar la custodia de cosas situadas en lugar público significa precisamente hacer entrega de ellas, y asumir el encargo de la custodia significa obligarse a custodiarlas; sin que pueda pensarse en una obligación de tal naturaleza separada de los efectos jurídicos que a tal obligación corresponden, aunque se haya contraído sin un interés propio, directo o indirecto, y con la única intención de hacer un favor. Es patente, pues, la inconsistencia del argumento basado en la legislación especial para la represión del abigeato en Cerdeña, que no implica ninguna modificación de las normas comunes que regulan las relaciones de carácter civil, ya que tiene un contenido estricto de normas de policía y de disposiciones sancionadoras, exclusivamente circunscritas al campo penal.

No presenta mejor fundamento, por último, el argumento de la gratuidad del depósito y del menor rigor que dicha gratuidad impone en la valoración de la responsabilidad por culpa, porque el artículo 1.768, en el que tal argumento se funda, plantea un problema de simple apreciación cuya solución se confía plenamente al arbitrio del juez" *(omissis)*.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 1, y especialmente la nota en apéndice a este §; § 14 *d*, especialmente notas 10 y 14.

Véanse los comentarios de varios autores sobre este caso, citados en la nota de la *Giurisprudenza ital.*

1) ¿Ha querido excluir el Tribunal de Casación la validez de una promesa de recibir en depósito, o se ha referido solamente al elemento real para establecer la obligación de custodiar la cosa recibida y para excluir en este caso la admisibilidad de un depósito de cortesía? V. vol. I, § 14 *d, e,* y la nota introductiva al cap. IV de la primera parte de este volumen II.

2) En el caso de una promesa de recibir en depósito, ¿cómo se

puede distinguir la intención de contraer un vínculo jurídico de la simple intención de realizar un acto de cortesía?

3) En el caso de un depósito con el elemento real de la entrega, ¿se admitiría la reserva del depositario, expresa, clara y conocida del depositante (intención común) de no querer contraer un vínculo jurídico, corriendo a cargo del depositario la prueba de tal intención? V. también la cuestión 1.ª en la nota al caso Urbanowsky.

¿Se excluye en la sentencia la admisibilidad de dicha reserva clara y conocida del depositante?

PERINO cr. RABEZZANA

Trib. Torino, 12 noviembre 1947. — *Foro Padano*, 1948, 200. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"DERECHO *(omissis)*. — Se ha admitido sin discusión que Perino y Rabezzana se habían concertado para hacer una excursión y que para el transporte se utilizaría la camioneta que Rabezzana había puesto a disposición de los amigos para realizar dicha excursión.

La cuestión relativa a la naturaleza de la relación existente entre conductor del vehículo y pasajero, en hipótesis semejantes, ha sido largamente discutida por la doctrina y por la jurisprudencia bajo la vigencia del Código de 1865.

Como es sabido, algunos escritores negaron carácter contractual a la relación nacida del transporte a título gratuito, en el que quedaba comprendido el llamado transporte de mera cortesía, basándose en que, por regular el Código el contrato de transporte como una variedad del arrendamiento de obra, es decir, como contrato esencialmente oneroso, no era posible calificar de contrato a un acuerdo en el que no se hubiera convenido una retribución a favor del porteador.

Pero ya entonces se observó que el hecho de que se hubiera o no convenido una retribución no podía considerarse esencial para excluir el carácter contractual del vínculo existente entre porteador y pasajero, y se acudió a la figura del contrato innominado, aplicable a la hipótesis del contrato gratuito. Pero la discusión llegó a hacerse violenta cuando se trató de clasificar el transporte de mera cortesía, ya que algunos sostenían que no podía constituir el objeto de un vínculo contractual por faltar en las partes la intención de obligarse, mientras que otros identificaban tal hipótesis con la del transporte gratuito; en efecto, tanto en un caso como en el otro el transporte constituía el objeto, el punto de re-

ferencia de un acuerdo de voluntades dirigido a un fin cualquiera con tal de que fuera serio y lícito.

Esta grave cuestión, de notable importancia práctica en materia de responsabilidad del porteador por los daños causados al pasajero durante el viaje, no puede considerarse claramente resuelta en el nuevo Código. *(Omissis.)*

Hay que observar, además, que el Código civil se ha referido al contrato de transporte a título gratuito, o, en otros términos, que ha previsto la hipótesis de que el porteador se haya obligado sin retribución a llevar a cabo el transporte respondiendo contractualmente de la seguridad del pasajero; mientras que el transporte de mera cortesía no es ni puede ser objeto de un vínculo contractual. Con dicha expresión se quiere hacer referencia, precisamente, a casos en los que entre el porteador y el pasajero no existe una relación obligatoria; se trata de hipótesis frecuentes y variadas, pero cuya nota común viene dada precisamente por el hecho de que el transporte constituye un mero acto, que puede tener consecuencias jurídicas a otros efectos, pero nunca al efecto de someter a quien lo lleva a cabo a vínculos y responsabilidades de naturaleza contractual.

En efecto, el contrato se define en el nuevo Código como acuerdo de voluntades para constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. No es suficiente, pues, cualquier acuerdo de voluntades con tal de que recaiga sobre un objeto serio y lícito para dar vida al contrato, sino que ha de tratarse de un acuerdo dirigido a disciplinar relaciones que, por haber sido previstas por el Derecho, se califican de jurídicas.

Se ha observado que la intención jurídica de las partes no puede considerarse esencial al contrato y, en general, al negocio, porque las partes casi nunca tienen en cuenta las consecuencias jurídicas de sus actos. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el concepto de contrato es un concepto jurídico, es decir, un criterio de calificación de los actos y de las relaciones que se entretejen en la realidad económico-social. El acuerdo de voluntades preexiste en tal realidad como coincidencia de consentimientos para disponer una determinada regulación de intereses, a cuya observancia se consideran vinculados los sujetos del acuerdo.

Tal acuerdo se calificará entonces jurídicamente como contrato; la intención empírica de establecer una determinada regulación de intereses de contenido patrimonial se calificará como intención de modificar, constituir o extinguir una relación jurídica. Cuando tal intención no existe, el acuerdo de voluntades operará

en un terreno extrajurídico, regido por las normas del trato social o de la moral, o quedará quizá confiado a la libre discrecionalidad de las partes, pero no podrá nunca constituir un contrato.

Determinar cuándo existe el elemento intencional, que hemos tratado de esclarecer, constituirá una apreciación de hecho que habrá de hacerse caso por caso, buscando aquella común intención de las partes a que alude el art. 1.362 del C. c. al tratar de la interpretación del contrato; y, ante todo, habrá que comprobar si tal intención común es jurídicamente relevante por dirigirse a establecer entre las partes una disciplina vinculante de sus relaciones."

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 1, especialmente la nota en apéndice a este §; § 14, nota 1 y *d;* v. también la nota introductiva al capítulo IV y los casos franceses sobre el transporte gratuito y de cortesía estudiados en dicho capítulo.

La cuestión litigiosa se centraba, indudablemente, en la posibilidad de admitir una responsabilidad contractual en lugar de una responsabilidad extracontractual o aquiliana.

1) ¿Para establecer si se trata de un contrato (innominado) como vínculo jurídico, adopta la sentencia un criterio objetivo o el criterio subjetivo de la intención de los contratantes, como materia de interpretación o *quaestio facti*? ¿Cómo se concilia la parte final de la sentencia, cuando alude a este último criterio y, al mismo tiempo, al de que la intención sea "jurídicamente relevante"? ¿Quiere aludir con esta frase al requisito de que el acuerdo se refiera a "relaciones que, por haber sido previstas (aunque sea genéricamente como innominadas) por el Derecho, se califican de jurídicas?" V. también la cuestión 3, sobre el carácter patrimonial.

2) En relación con la cuestión anterior, ¿qué valor tiene la observación de la sentencia de que "la intención jurídica no es esencial al contrato, ya que las partes casi nunca tienen en cuenta las consecuencias jurídicas de sus actos"?

3) ¿Qué valor tienen la remisión que en la sentencia se hace a la definición del contrato (art. 1.321 C. c.) y la observación de que la intención relevante es la intención "empírica de establecer una *determinada* regulación de intereses de contenido *patrimonial*"? ¿Es necesario que tales intereses tengan carácter patrimonial o un determinado carácter típico (la llamada tipicidad social, v. § 19, nota 3), o solamente interesa el carácter patrimonial para la posibilidad de la sanción y, en el caso de un contrato de cambio, para presumir la intención de contraer un vínculo jurídico? V. también vol. I, §§ 20 y 21, especialmente notas 19 a 21.

X... cr. Y...

Cour de Rouen, 17 noviembre 1932. — *Recueil Rouen,* 1933, 46; *Revue Trim. de droit civil,* 1933, 875.

(No habiéndonos sido posible conseguir la revista *Rec. Rouen,* no conocemos los nombres de las partes, a las que llamamos X... e Y...; y hemos tenido que deducir los hechos y la motivación de la sentencia del resumen que de ella se hace en la *Revue Trim.*)

Dos menores se ponen de acuerdo, según parece, para hacer una excursión al pueblo A... Uno de ellos, propietario de una motocicleta y provisto de permiso de conducir, prestará la motocicleta a condición de que el otro, que no tiene tal permiso, le conduzca al pueblo A... y le invite allí a un almuerzo. El propietario, que viaja en el asiento posterior, encuentra la muerte en un accidente. Los interesados en el resarcimiento de los daños a causa de dicho fallecimiento demandan en juicio al conductor, pero no suministran la prueba de la culpa de este último. Acción fundada, por tanto, o en la presunción del art. 1.384 del C. c. francés o en la responsabilidad contractual.

El Tribunal de Rouen estima que si la víctima era transportada gratuitamente el conductor no es responsable, a menos que se probara su culpa. Pero además añade:

"Que la motocicleta que montaba el conductor en el momento del accidente pertenecía a la víctima, quien había conservado su custodia situándose en el asiento trasero y confiando al conductor el cuidado de conducir. Esta obligación de custodia le incumbía tanto más cuanto que por ser el único titular del permiso de conducir, era indispensable su presencia..."

En cuanto a la naturaleza del acuerdo y, por lo tanto, de la acción contractual, el Tribunal dice:

"Los acuerdos de esta naturaleza *entre menores unidos por un lazo de amistad* no podrían revestir carácter jurídico por estar desprovistos en la *intención* de las partes de todo valor obligatorio."

Sobre este último punto, la nota de la *Revue Trim.* hace el siguiente comentario:

"Se refiere este caso a un punto *raramente* examinado en la doctrina francesa (v. Demogue, *Traité des oblig.* 1923, II, n. 564): el de los acuerdos que carecen de valor jurídico por constituir simples relaciones sociales. Lo cual ya había sido admitido para las puras promesas unilaterales. El Tribunal extiende esta solución

a un acuerdo en el que cada una de las partes había prometido algo; lo cual es más atrevido. El hecho de que se tratara de menores no era decisivo, pues el menor que no haya sufrido una lesión celebra un contrato válido, a menos que se trate de un contrato que exija formas especiales."

Amos y Walton, *Introduction to French Law,* Oxford, 1935, § 57, comentan este caso en la forma siguiente: "La definición del contrato dada por el Código francés contiene una grave omisión. El promitente debe tener la intención de convertirse en deudor, es decir, de conferir a la otra parte el derecho de pretender jurídicamente *(to claim by law)* que dicho promitente cumpla la prestación prometida. Un acuerdo, aunque sea formal en apariencia, no constituye un contrato si no se refiere, utilizando la expresión corriente, a alguna materia de interés jurídico *(of juridical interest)*. La aceptación de una invitación a almorzar y otras semejantes no dan lugar a una acción, aunque se produzcan daños si el invitado no acude. No existía un contrato en sentido jurídico porque no había intención de crear un derecho *(to create a legal right)*. No se trataba de un *acto jurídico*". Y aquí Amos y Walton citan a Pothier (v. nuestro vol. I, § 5, *d*) a Josserand, I, § 120 y a Demogue, II, n. 564.

NOTA Y CUESTIONARIO. — La cuestión de la intención jurídica y de las relaciones sociales o de cortesía se complica aquí por la intervención de la reciprocidad de las prestaciones: una de las partes prestaba la motocicleta y probablemente la gasolina; la otra prestaba el servicio de conductor y un almuerzo.

Tal reciprocidad no es, por sí misma, indicio absoluto de la intención de contraer un vínculo jurídico, especialmente cuando se trata de contratos *innominados* con prestaciones de hacer que se aproximan a relaciones consideradas usualmente de carácter social (v. vol. I, § 14 *b*, especialmente nota 3, y *c*).

Consideradas en sí mismas, las dos prestaciones podrían constituir también el objeto de una promesa hecha con intención de contraer un vínculo jurídico, especialmente si se tratara de una relación de cambio. Pero las circunstancias y el ámbito usual de la relación podrían demostrar lo contrario (v. vol. I, § 14, nota 2). V. también infra segunda parte, capítulo III y los casos que en él se estudian; v. también los casos Medici del Vascello y Bolton v. Madden.

1) Si las circunstancias son dudosas ¿deberá probar el promitente que no tenía intención de contraer un vínculo jurídico y que tal reserva era conocida de la otra parte (intención común), o será el promisario quien deba probar que existía tal intención común? V. nota en apéndice al § 1 del vol. I.

2) ¿El hecho de que el conductor recibiera a cambio el uso de la motocicleta y la gasolina, puede servir al menos para configurar un transporte interesado y para que deba presumirse por ello la intención de contraer un vínculo jurídico, o para aplicar la presunción de culpa del art. 1.384 C. c. francés? V. la nota introductiva al presente capítulo y la nota al caso Gasse.

3) En cuanto a la obligación del propietario, de prestar una motocicleta sin defectos (si la cuestión se hubiera planteado sobre este punto), ¿podría servir la contraprestación consistente en el servicio de conductor y en el almuerzo para resolver los problemas planteados en los números 1 y 2? ¿Podría tal cuestión resolverse en el Derecho italiano sobre la base del art. 2.051 del C. c.?

4) ¿Se podía llegar a una atenuación de la responsabilidad o del grado de diligencia exigida a cada una de las partes en consideración al hipotético carácter de cortesía de la relación? V. vol. I, § 14 *e*; § 20 *b*; y la nota introductiva al capítulo anterior apartados *b* y *c*.

5) La cuestión se había planteado a propósito de un cumplimiento defectuoso *(misfeasance)* del transporte (v. vol. I, § 14 nota 11 y apartado *e*). Pero, ¿qué decir en el caso de que se hubiera tratado de un acuerdo que debiera cumplirse al día siguiente, si una de las partes se negaba a prestar la motocicleta y la gasolina o la otra a prestar su servicio de conductor y el almuerzo?

6) En cuanto al *common law,* ¿podía constituir cada una de estas prestaciones u obligaciones una *consideration* para la otra parte, lo mismo en cuanto a la *misfeasance* que en cuanto a la *non feasance*? V. infra segunda parte, cap. III. En caso afirmativo, ¿debería admitirse necesariamente la intención de contraer un vínculo jurídico? ¿Podía, en todo caso, existir una responsabilidad por el *assumpsit*? V. vol. I, §§ 26 y 31, nota 7 y § 27, especialmente nota 12.

Medici del Vascello cr. Rossi

Trib. Firenze, 1 abril 1947. — *Foro it.*, 1947, 952.

Entresacamos el contenido de la sentencia del comentario del *Foro it.*, loc. cit., que expone el caso en la forma siguiente:

"Algunos artistas acuerdan fundar en Florencia un grupo denominado "El Rebaño", con el fin de hacer exposiciones y propaganda de sus obras en común. Conservando su libertad de hacer exposiciones personales o de exponer en grandes certámenes nacionales o internacionales, se obligan a no adherirse y a no participar aisladamente en manifestaciones de otros grupos. Se organizan algunas exposiciones, pero después de algún tiempo uno de los

artistas se queja de que algunos de los miembros del grupo sabotean el acuerdo tomando otras iniciativas, desvalorando las de los demás, dejando de acudir al acostumbrado lugar de reunión e incluso tratando de dejarlo fuera de sus actividades. Por lo tanto, demanda en juicio a los otros para obtener el resarcimiento de los daños que, según afirma, le ha ocasionado el comportamiento de ellos.

El Tribunal pasa a examinar la naturaleza jurídica del negocio. Y niega que por el mismo se haya constituído una sociedad simple (como sostiene el actor) porque falta la finalidad de repartirse los beneficios, ya que el producto de las obras vendidas había de quedar en beneficio de los respectivos autores. Niega, igualmente, que se trate de un "comité", porque éste se dirigiría esencialmente a la organización de manifestaciones en interés del público y no en interés de sus miembros. Concluye, pues, apreciando en este negocio la naturaleza de un contrato atípico o innominado.

Otra cuestión se somete al juicio del Tribunal. Los demandados han negado el carácter obligatorio del vínculo nacido entre las partes. Por el contrario, el Tribunal estima que, de conformidad con el art. 1.174 del C. c., las prestaciones convenidas corresponden a un interés (que incluso podría tener carácter no patrimonial) de las partes y que tales prestaciones son susceptibles de valoración económica.

Por último, los demandados alegan la nulidad de la convención basándose en que en ella se violaría el derecho personalísimo de publicar o dejar inédita una obra, reconocido a los autores de obras de la inteligencia en el art. 2.577 del C. c. y en el art. 12 de la ley sobre el derecho de autor. Pero el Tribunal observa que el negocio no afecta en modo alguno a este derecho, porque no se ha impuesto a los siete artistas ninguna obligación de exponer obras que, por el contrario, prefirieran ellos destruir o simplemente no dar a conocer. Las obligaciones asumidas se refieren a un momento posterior a la creación de la obra y al llamado "derecho de inédito", es decir, al momento de la utilización económica del producto de la inteligencia.

Y los derechos de carácter patrimonial que corresponden al autor de una obra de la inteligencia pueden ser enajenados o transmitidos en todas las formas reconocidas (art. 107 de la ley sobre el derecho de autor). Entre estos derechos, la ley enumera expresamente el derecho de comerciar, o sea, de poner en circulación con fines de lucro la obra de arte. Éste es, precisamente, el derecho que ha sido objeto del acuerdo celebrado entre las partes."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 1, nota en apéndice; § 14, especialmente nota 3 y apartado *c*; § 19 *b*, 2.° y nota 21; § 20 *a*, y la nota final.

La parte de la sentencia que nos interesa es la que se refiere al carácter jurídico del acuerdo. Se trata, lo mismo que en el caso anterior (X... cr. Y...), de un acuerdo con prestaciones recíprocas y de carácter innominado.

Para resolver el problema, la sentencia ha argumentado sobre la base del art. 1.174 del C. c. italiano (v. también el caso Perino cr. Rabezzana).

1) ¿La existencia de un interés del promisario y la posibilidad de valorar económicamente la prestación, pueden servir como criterios *objetivos* para deducir de ellos el carácter jurídico del acuerdo? ¿O pueden servir, por lo menos, para deducir o para presumir la intención jurídica de las partes? V. vol. I, nota en apéndice al § 1; § 20, especialmente nota 3 y la nota final; § 19 *b*, 2.ª; § 14, especialmente nota 3 y apartado *c*.

2) ¿Puede servir la posibilidad de aplicar una sanción patrimonial a la obligación objeto de la promesa, para constituir el criterio objetivo a que acabamos de aludir? V. los pasajes citados del vol. I.

3) Si el acuerdo no debiera considerarse como acuerdo en sentido jurídico (contrato), ¿podría reconocerse al actor el derecho al resarcimiento de los daños, o de ciertos daños, basándose en un fundamento distinto del estrictamente contractual?

Nota final al capítulo V. — El lector deberá reflexionar sobre los casos estudiados en este capítulo, sobre algunos de los estudiados en el capítulo anterior y sobre aquellos del *common law* que se refieren al mismo problema (v. infra segunda parte, cap. III), es decir, al problema de la llamada intención jurídica, en relación con lo que dijimos en el vol. I, nota en apéndice al § 1. El lector, que llegará a darse cuenta de la extraordinaria dificultad del problema, uno de los más delicados en materia de contratos, podrá responder a las cuestiones siguientes:

1) ¿Existen siempre criterios *objetivos* para establecer el carácter jurídico de una promesa, de tal manera que la llamada intención jurídica no tenga ninguna relevancia? ¿O crean tales criterios, cuando existen, solamente una presunción o una especial carga de prueba, mientras que en otros casos no existen tales criterios con lo que, en definitiva, resulta que la intención de contraer un vínculo en el terreno jurídico es un elemento relevante para el contrato?

2) Aquellos casos en los que una de las partes queda jurídicamente obligada a observar una determinada conducta, a pesar de la ausencia de dicha intención, ¿han de explicarse necesariamente acudiendo a dichos criterios objetivos, es decir, partiendo de la irrelevancia de tal intención?

3) ¿En qué relación se encuentran entre sí, respecto al problema de la intención jurídica, los casos estudiados en este capítulo? Es decir, ¿se presenta el problema en todos los casos del mismo modo o con los mismos caracteres?

APÉNDICE V. Jurisprudencia española

En este Apéndice incluímos las sentencias que se refieren al problema que plantean las declaraciones unilaterales de voluntad, problema que en nuestro Derecho se presenta con caracteres peculiares, dada la posición adoptada por el Tribunal Supremo (v. vol. I, notas al § 12).

Para la cuestión relativa a la intención de contraer un vínculo jurídico, pueden verse algunos de los casos que hemos estudiado en el Apéndice III, especialmente los resueltos por las sentencias de 17 octubre de 1932 y 6 junio de 1908. Véanse también las de 8 julio de 1943 (en el Apéndice I) y 3 noviembre de 1931 (Apéndice II).

SENTENCIA de 6 de junio de 1916

Tribunal Supremo (casación por infracción de ley). *Jurisprudencia civil*, t. 137 (3.º de 1916), págs. 44-45. PROMESA UNILATERAL. — INEFICACIA POR ILICITUD DE LA CAUSA. (Sentencia transcrita textualmente, salvo algunos *omissis*.)

RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES *(según resultan de la misma sentencia). En el mes de septiembre de 1901, don Manuel G. G., después demandado, fué víctima de una estafa (falsificación de una letra de cambio y de varias cartas, entre ellas una de aviso de giro y otra remitiendo dicha letra a un dependiente de don Manuel G. G. con instrucciones de que entregara en Ávila a determinada persona la cantidad de 254.000 pesetas, importe de la citada letra de cambio). Denunciada la estafa al Banco de España y al Juzgado de guardia, don Manuel G. G. ofreció un premio de 20.000 pesetas a quien contribuyese al descubrimiento, prisión y castigo de los culpables (al parecer, el ofrecimiento de este premio no se hizo por medio de la prensa sino en una conversación con ciertas personas; pero poco después se publicó en los periódicos, sin que el demandado desmintiera la noticia).*

Se inició la búsqueda de un tal Eugenio F. M. de quien se sospechaba que era la persona que, con otro nombre, había recibido en Ávila la cantidad de 254.000 pesetas de manos del dependiente de la víctima. Al parecer, estas sospechas (que después resultaron fundadas) se debieron a una denuncia del teniente de la Guardia Civil, don José R., a quien se le entregó un mandamiento judicial para la busca y captura de Eugenio F. M. Para ello se trasladó

a Montecarlo, donde no pudo encontrar a Eugenio F. M., que había estado allí con anterioridad. Regresado a España, el Teniente R. devolvió el mandamiento judicial que se le había expedido y, según parece, cesaron todas sus intervenciones directas o indirectas en el asunto.

En septiembre de 1903 se dictó auto de procesamiento contra Eugenio F. M., encargándose su captura a todas las Autoridades. Casi un año después (agosto de 1904) compareció ante el Juez el Inspector de Policía don Manuel A. M. (después demandante) manifestando que había recibido confidencias sobre el paradero de Eugenio F. M. y solicitando el oportuno mandamiento para la detención de éste, mandamiento que le fué expedido. En el mismo día el Inspector llevó a cabo el registro de la casa en que se ocultaba Eugenio F. M. y la detención de éste. El 7 de julio de 1906 se dictó sentencia condenando a Eugenio F. M. a dos años y once meses de presidio correccional, indemnización de la suma de 254.000 pesetas y costas.

La cantidad de 20.000 pesetas ofrecida como premio fué entregada al ex Teniente de la Guardia Civil, don José R., que era quien había señalado a Eugenio F. M. como el sujeto que, con otro nombre, había cobrado en Ávila la cantidad estafada.

El 16 de octubre de 1911 el Inspector don Manuel A. M. dedujo demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra don Manuel G. G., en la que, después de exponer los hechos referidos y de detallar su intervención en el asunto hasta la detención del culpable, pidió se declarase que don Manuel G. G. estaba obligado a satisfacer al actor la cantidad líquida en metálico de 20.000 pesetas con el interés legal del 5 por 100 al año, desde el día 7 de julio de 1906, en que fué declarado culpable y condenado Eugenio F. M., más las costas.

En su contestación, el demandado admitió la veracidad de su oferta de premiar con 20.000 pesetas a quien contribuyese al descubrimiento, prisión y castigo de los culpables de la estafa de que había sido víctima; pero alegó que tal oferta "jamás había sido extensible a aquellas personas que por razón de sus funciones públicas tenían la obligación de descubrir, prender y castigar a los delincuentes, y para las que constituye acto ilícito, y hasta punible, recibir premios ni recompensas por el ejercicio de sus funciones". Añadió que la labor del actor se había limitado a prender a la persona cuya detención se había ordenado en virtud de denuncias que no partieron del demandante, siendo, pues, su intervención la de cumplir con el deber que por su cargo le correspondía. Y que

el premio había sido entregado al ex teniente de la Guardia Civil don José R., que era quien había denunciado al culpable de la estafa.

El juez de primera instancia dictó sentencia absolviendo de la demanda a doña Jesusa Soledad V. O. (viuda del demandado) y condenando al actor al pago de las costas. En apelación, dicha sentencia fué confirmada por la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

Interpuesto, por el demandante, recurso de casación por infracción de ley, el T. S. lo desestimó en base a las consideraciones siguientes:

"*Considerando que la Audiencia de Madrid funda substancialmente la resolución recurrida en el hecho estimado probado de que el actor, aquí recurrente, Manuel A. M., era Inspector del distrito del Hospital, de esta Corte, y por razón de este cargo, y como propios del mismo, prestó los servicios cuyo premio o remuneración reclama de la parte demandada en los presentes autos; afirmación de hecho que la Sala sentenciadora establece en uso de las facultades que las leyes le confieren para apreciar la prueba, y a la que hay, por tanto, que atenerse para la decisión del recurso, ya que el recurrente no la combate en la única forma que autoriza el número 7.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, aun cuando intente en el recurso sustituir su criterio al del Juzgado alegando que los servicios no los realizó al amparo de su cargo de Inspector de Policía;*

Considerando que a partir de esta base, y en méritos a lo dispuesto por los artículos 122 del Reglamento de los Cuerpos de Seguridad y Vigilancia de 18 de octubre de 1887, 401 del Código penal y 1.255 del Código civil, la Audiencia de Madrid desestima las pretensiones formuladas por el actor en su demanda, apreciando con acierto dichas disposiciones legales, porque la primera de ellas, o sea el art. 122 del Reglamento de Policía gubernativa, en su relación con el 55, califica como falta grave el hecho de que un funcionario del Cuerpo reciba por sus servicios remuneración, premio o agasajo, cualquiera que sea la forma o pretexto que para la donación se emplee; y esta prohibición absoluta de percibir remuneración alguna por los servicios oficiales, se opone a todo pacto en contrario, y es de indudable observancia, porque sobre constituir un precepto expreso del legislador, responde a elementales principios de moral y de interés público que mantienen y sancionan las leyes en general del Reino, no sólo por lo que respecta al orden administrativo, sino también en el penal y en el civil,

puesto que el art. 401 del Código penal, que no ha podido ser infringido por la sentencia recurrida, en cuanto no lo aplica, aunque sí le invoca como antecedente legal en vigor, castiga al funcionario que admite regalos ofrecidos en consideración a su oficio, e igualmente el art. 1.255 del Código civil, en relación con los 1.261, 1.271, 1.275 y 1.278 del mismo Cuerpo legal, y de conformidad con nuestro Derecho tradicional y el Derecho romano, niegan validez y eficacia legal a los pactos o contratos que carecen de causa, o la tienen torpe, o fueron otorgado contra la ley o las buenas costumbres, siendo por todo ello de establecer que la Sala sentenciadora no ha incurrido en las infracciones que se alegan en los motivos 2.º, 4.º y 5.º del recurso al denegar al demandante acción y derecho para exigir, como intenta, de un particular la remuneración de servicios que venía obligado a rendir en el cumplimiento de las funciones que le estaban encomendadas por razón del cargo público que ejercía.

Considerando que es así bien de desestimar el recurso por el tercero de los motivos que le sirven de apoyo, pues cualquiera que sea el concepto jurídico que merezca la promesa u ofrecimiento que don Manuel G. G. hiciera en su día a favor del que contribuyese al descubrimiento y detención de los culpables que le habían estafado, es indudable que el recurrente no contrató directamente con aquél, *ni se hallaba condicionado a la sazón para hacerlo válidamente en su calidad de Inspector de Policía, por lo que no puede decirse que entre él y don Manuel G. G. mediara* obligación contractual *ni haya causa lícita que la dé vida legal, ni sean, por tanto, de aplicar los artículos del Código civil que se invocan y dicen infringidos en este número 3.º del recurso.* (Omissis.)

Nota y cuestionario. — V. en el vol. I nuestras notas al § 12; v. también notas al § 17, al final.

La sentencia es interesante porque se refiere a uno de los pocos casos en los que se ha presentado ante el Tribunal Supremo la cuestión de la eficacia de una "pública promesa". Por desgracia, el T. S. no llegó a pronunciarse sobre la cuestión de la admisibilidad de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, pues al desestimar el recurso lo hizo en consideración a la circunstancia de ser el demandante un Inspector de Policía que, por lo tanto, había llevado a cabo las actividades que condujeron a la detención del culpable por razón de dicho cargo, sin que le fuera lícito pretender una remuneración o premio por parte de un particular. Con ello, la ratio decidendi *se desplaza al terreno de la ilicitud de la causa, completamente al margen de la cuestión relativa a la eficacia de la promesa de recompensa, cuestión sobre la cual no se pronuncia el Tribunal.*

En una nota de I. de Casso sobre esta sentencia (en Revista de Derecho Privado, 1921, pág. 272), refiriéndose al art. 122 del Reglamento de Policía gubernativa, citado en la sentencia, y después de advertir que dado lo terminante del precepto, parece indicada como solución única la declarada por el T. S., se dice lo siguiente: "Mas no debe olvidarse tampoco que ese artículo parece referirse a condenar la estipulación directa *de recompensa entre el particular y el funcionario de policía, puesto que de este pacto es del que debe temerse daño para el interés público y menoscabo de la moral propia de esa clase de autoridades. Por eso, tratándose en el caso actual de una* pollicitatio, *de una promesa pública — verdadero contrato, aun cuando no lo reconozca especialmente, mencionándolo, nuestro Código civil — desaparecen aquellos temores y cae por su base el supuesto reglamentario; ya que la publicidad aleja todo temor de corrupción del policía y convierte la recompensa en un estímulo más para el cumplimiento de su deber".*

Por lo tanto, aun en el terreno de la ilicitud de la causa, podría ser discutible la solución dada a este caso. Con todo, no nos interesa plantear la cuestión en ese terreno, sino en el de la eficacia de la promesa unilateral. Cabe preguntar: ¿se habría desestimado también la demanda si el que pretendía cobrar la recompensa hubiera sido un simple particular? Puesto que las principales razones expuestas en la sentencia se refieren a la circunstancia de ser el demandante un Inspector de Policía, hay motivos para suponer que de no haber sido por esta razón hubiera podido prosperar la demanda. Téngase en cuenta también que el promitente debió de considerarse vinculado por su promesa de recompensa, como lo demuestra el hecho de que pagara la cantidad prometida al Teniente don José R., que había denunciado al culpable del delito de estafa, detenido después por el demandante.

Pero, aparte de la ilicitud de la causa, la sentencia acude a otras razones para desestimar la pretensión del actor: se dice (en el último de los considerandos transcritos) que el actor no había contratado directamente *con el promitente y que, por lo tanto, no puede afirmarse que entre ambos mediara ninguna* obligación contractual. *A propósito de este pasaje de la sentencia, Puig Brutau* (Fundamentos, *cit. II-1, páginas 67-68) advierte que esta generalización doctrinal* (obiter dictum) *no debe ser tenida en cuenta a la hora de resolver si la voluntad unilateral ha de ser considerada como fuente de una obligación eficaz. Lo que interesa es saber si el cumplimiento o realización del acto descrito en la promesa equivale a una aceptación de la oferta (tesis del contrato por medio de oferta a persona indeterminada), o bien si dicha oferta ha de ser considerada como vinculante por sí sola, es decir, como verdadera promesa irrevocable. La sentencia da por supuesto que, no habiendo existido un contrato entre actor y demandado, éste no podía quedar obligado por medio de su declaración; pero esta razón puramente conceptual, excesivamente general y errónea, pudo ser expresada en la sentencia porque el fallo o parte dispositiva ya había hallado una base*

firme (ratio decidendi) *en la consideración de que un policía no podía exigir una recompensa por lo que era el cumplimiento de un deber. (Con ello, Puig Brutau insiste en la necesidad de distinguir entre la* ratio decidendi *y los* obiter dicta *en la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo; sobre esta distinción, v. también su trabajo* "Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo", *en Rev. Jurídica de Cataluña, enero-febrero 1953, págs. 40-57).*

No obstante, para comprender la sentencia y para justificar esta argumentación, téngase en cuenta que el recurrente, equivocadamente, había planteado la cuestión en el terreno de la existencia de un contrato (sometido a una condición resolutoria). Este defectuoso planteamiento del recurso explica que el T. S. lo desestimara en consideración a la ilicitud de la causa, sin pronunciarse sobre el problema de la eficacia de la promesa unilateral.

* * *

Al problema de la eficacia de las declaraciones unilaterales de voluntad se hace referencia en otras sentencias del T. S., que resumimos a continuación:

Sentencia de 31 de octubre de 1924, Jurisprudencia Civil, tomo 164 *(4.º de 1924) págs. 264 y sigts. Esta sentencia ha sido invocada por algunos autores como un reconocimiento por parte del T. S. de la eficacia de las declaraciones unilaterales de voluntad; pero, como veremos, no puede tener ese alcance. Un arrendador había prometido, por carta, al arrendatario, que le prorrogaría durante diez años y en las mismas condiciones el arrendamiento a la sazón vigente. El arrendatario contestó con otra carta en la que daba las gracias "por haber* accedido a mis deseos *de prorrogarme el contrato de arriendo..." La sentencia dice que "aquel ofrecimiento debe estimarse verdadero contrato y es fuente de obligaciones...". Pero ha de tenerse en cuenta que el pretendido "ofrecimiento" no era, en realidad, sino la aceptación de una prórroga solicitada por el arrendatario y que, por lo tanto, se trataba de un acuerdo bilateral.*

Sentencia de 17 de octubre de 1932 (transcrita supra *en el Apéndice III). De ella podemos decir lo mismo que hemos dicho de la anteriormente citada. No se trataba de una promesa al público sino de una declaración frente a un destinatario concreto, y que éste había solicitado y aceptado. Propiamente, a lo que el T. S. alude en esta sentencia es al contrato unilateral (confundiéndolo, por cierto, con el negocio jurídico unilateral), que es cosa distinta de la promesa o declaración unilateral de voluntad.*

Sentencia de 21 de junio de 1945 (v. Aranzadi, tomo XII, núm. 863). No se trataba de una promesa al público o a persona indeterminada, sino de una "nota" asentada en un libro de cuentas, haciendo constar que determinada finca pertenecía en plena propiedad a cierta persona. Pero el T. S. aprovechó la ocasión para pronunciarse en contra de la

eficacia de las declaraciones unilaterales de voluntad. "Una mera propuesta — dice la sentencia — no seguida de aceptación, no es productora de obligación civil contractual... ni tampoco puede quedar amparada por el principio... de la eficacia de la voluntad unilateral como fuente posible de obligaciones válidas, ya que dicho principio, muy discutido en el terreno de la ciencia, ni tiene un reconocimiento franco en nuestro Código civil, ni está consagrado por la jurisprudencia de este Tribunal...".

Mayor interés reviste, en relación con estas cuestiones, la sentencia de 1.º de diciembre de 1955, que estudiaremos a continuación.

SENTENCIA de 1 de diciembre de 1955

Tribunal Supremo (casación por infracción de ley). *Colección Legislativa, Jurisprudencia civil,* t. XLIV, páginas 8-20. DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD. — CASOS EXCEPCIONALES EN LOS QUE PUEDE TENER EFICACIA. (Sentencia resumida.)

Por documento privado de fecha 27 de noviembre de 1944, doña María Manuela M. V. declaró "voluntaria y espontáneamente" que, obedeciendo a los dictados de su conciencia cristiana y a los estímulos de hermana y tía cariñosa, asumía la obligación ineludible, *que había de cumplir* sin pretexto de ninguna clase, *de que al fallecimiento de su tía doña María Antonia M. G. repartiría con su hermano y con sus sobrinos, hijos de otros dos hermanos ya fallecidos, todos los inmuebles, muebles, alhajas y metálico que poseía, procedentes unos de su referida tía doña María Antonia y adquiridos otros por compra a doña Dolores M. G.*

En el mismo documento se añadía expresamente que, a pesar de que los referidos inmuebles figuraban inscritos a nombre de ella en el Registro de la Propiedad, y de que los muebles y alhajas estaban en su poder, ello era así porque lo habían consentido sus hermanos, pero que en realidad dichos bienes pertenecían a todos los hermanos y no sólo a ella.

Doña María Antonia M. G., tía de doña María Manuela M. V., falleció el 29 de septiembre de 1946. Según el documento otorgado en 1944, éste era el momento en que había de procederse a formar cuatro lotes con los inmuebles y demás bienes de que se hacía mención en dicho documento, lotes que se repartirían entre doña María Manuela M. V., su hermano y sus sobrinos; dos de los sobrinos realizaron gestiones amistosas para que doña María Manuela cumpliera las obligaciones que había asumido en virtud del re-

petido documento, pero tales gestiones no dieron resultado. De ahí el pleito.

En primera instancia se estimó la demanda deducida por los sobrinos y se declaró a la demandada obligada a dividir aquellos bienes en cuatro partes, y a entregar a cada uno de sus sobrinos la parte correspondiente, reservándose para sí misma la cuarta parte restante, todo ello de conformidad con el documento otorgado en 1944, etc.

Apelada esta sentencia por doña María Manuela, fué confirmada por la Audiencia Territorial de Sevilla, en sentencia de 19 de junio de 1951 (con alguna modificación, que no interesa, en cuanto a la formación y cuantía de los diversos lotes).

La demandada interpuso recurso de casación por infracción de ley, entre otros motivos por el de la inexistencia de un contrato, ya que el documento base de la demanda sólo llevaba la firma de la recurrente, sin que constara la aceptación de los demandantes.

La sentencia del T. S., después de referir los hechos y de resolver otros extremos del pleito que no nos interesan, entra en la calificación del negocio jurídico celebrado y dice: "por todo lo cual, el único problema que aquí ha de ventilarse sobre la base de que en el tantas veces citado documento se hace una declaración unilateral de voluntad, *es si puede merecer el calificativo de donación, a que sobre esa hipótesis se refiere el motivo tercero del recurso, o si esa declaración, por las circunstancias concurrentes* "in casu", *tiene, y por qué razón, fuerza vinculante para quien la hizo y puede por ello ser compelido a la ejecución de las obligaciones que por ella contrajo en los propios términos en que fué contraído.*

Considerando que ante el arduo problema que plantea la eficacia de las obligaciones unilaterales de voluntad, como creadora de obligaciones, resuelto de diverso y a veces de opuesto modo por la doctrina española y extranjera y por las legislaciones positivas extrañas, lo cierto es que en la legislación española no se contienen normas que decididamente permitan acogerla, *no tanto por obra de la enumeración que se contiene en el art. 1.089 del Código civil como por ser contados los casos en que pudiera apoyarse un esfuerzo constructivo sobre la base de los artículos 1.330 del Código civil, 1.887 del propio Código, o partiendo como punto de arranque de las obligaciones incorporadas a los títulos de crédito, la pública promesa u otras instituciones similares. Pero aun así nada se opone a que* por modo muy excepcional pueda otorgarse eficacia a determinadas declaraciones de voluntad, *cuando, como en el caso contemplado, no trata de crearse una obligación* "ex novo" *a modo de*

oferta, que puede o no ser aceptada, sino lo que es muy distinto, de revelar y poner al descubierto una situación preexistente cuyos orígenes y desenvolvimiento a través del tiempo no se conocen con detalle, pero que, sin género de duda, queda revelada en su esencia por el reconocimiento que hizo doña María Manuela M. V. de que todos los inmuebles, dinero y alhajas de que aparentemente era titular se mantenían a su nombre por haberlo consentido sus hermanos José y Paco, a pesar de que de ellos eran todos los bienes, y con la exigencia de que para enajenarlos se requiriese una común autorización escrita. (Omissis.)

Se declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, notas al § 12; v. también notas al § 17, al final.

Adviértase que el caso resuelto por esta sentencia presenta bastante semejanza con el que dió lugar a la sentencia de 21 de junio de 1945 (que hemos resumido en la nota anterior) en el que también se trataba de "revelar y poner al descubierto una situación preexistente" y no de crear una nueva obligación, pero sin que por ello se decidiera el Tribunal Supremo a reconocer eficacia a la declaración unilateral de voluntad.

En cambio, en la que ahora comentamos el T. S. rectifica el criterio anteriormente mantenido y se muestra dispuesto a reconocer, aunque sea "por modo muy excepcional", la eficacia de determinadas declaraciones de voluntad. Y, según el texto de la sentencia, lo que parece haber decidido al T. S. a admitir en el caso concreto la eficacia de una declaración unilateral de voluntad, es la circunstancia de que no se trataba de crear "ex novo" *una obligación sino de "revelar y poner al descubierto una situación preexistente...", etc. En esta argumentación parece ir implícita una distinción entre "declaraciones unilaterales* de voluntad" *y "declaraciones unilaterales* de verdad"; *a las primeras se les sigue negando eficacia, mientras que a las segundas se les reconoce indirectamente. Es decir, lo que el T. S. no se decide a admitir es la eficacia de estas declaraciones unilaterales* como fuentes originadoras de una obligación. *Y sin embargo, como ocurría en este caso concreto, lo cierto es que prácticamente, pese al distingo un tanto sutil que en la sentencia se hace, el documento base de la acción venía a significar la asunción de una obligación por parte de la otorgante de dicho documento. Pero en la parte final del considerando que transcribimos ya se advierte que el T. S. consideró a aquel documento, más que como asunción de una obligación, como reconocimiento de que la titularidad de aquellos bienes correspondía a otras personas.*

Es interesante también que en esta sentencia ya se da cuenta el T. S. de que el no haberse incluído a la declaración unilateral entre las fuentes que enumera el art. 1.089 no es el verdadero obstáculo para acoger

en nuestro Derecho la figura de la declaración unilateral vinculante (en contra de lo que se había afirmado en la sentencia de 25 abril 1924; v. volumen I, nota al § 12).

En la sentencia se observa también que la mayor dificultad para admitir la eficacia de la declaración unilateral deriva del prejuicio consistente en querer explicarla a base de aplicar a estas situaciones el esquema del contrato, como encuentro de dos voluntades en forma de oferta y aceptación (v. vol. I, notas al § 12). Por eso dice el T. S. que no se trata de crear "ex novo" *una obligación,* "a modo de oferta, que puede o no ser aceptada...", *etc.*

Cuestionario:

1) ¿Qué valor tiene la afirmación hecha en el documento de 1944 de que la otorgante asumía la obligación ineludible *que habría de cumplir sin pretexto de ninguna clase... etc.?*

2) De no haberse otorgado este documento (y asumido por parte de doña María Manuela aquella obligación), ¿hubieran podido conseguir de alguna manera los parientes de dicha señora que se rectificaran los asientos del Registro de la Propiedad y que se les entregara a cada uno de dichos parientes una parte de los bienes que se mencionaban en el documento?

CAPÍTULO VI

SOBRE EL PROBLEMA CONSIDERADO EN VOL. I, § 23

PEYBERNÉS cr. MOULIS

Cass. Ch. Req., 9 diciembre 1913. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1919, I, 29. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*).

"Sentencia del Tribunal de Apelación de Toulouse... de fecha 25 de noviembre de 1911:

Considerando, en cuanto al Derecho, que las convenciones formalizadas en documento auténtico sólo pueden ser atacadas, fuera del caso de dolo o de fraude, por causa de simulación por las partes contratantes o por sus herederos; — Que, sin embargo, fuera de los casos de fraude a la ley, la simulación no puede probarse por testigos o por medio de presunciones a menos que exista un principio de prueba por escrito; — Considerando en cuanto a los hechos, que el 24 de noviembre de 1908, por instrumento otorgado ante el señor Joly, notario de Foix, la señora Vda. Balansa, de 93 años de edad, vendió a los esposos Peybernés todos los inmuebles de su propiedad por el precio de 2.700 francos, estipulando que de esta cantidad se pagarían 1.700 francos en metálico a presencia del notario, y los 1.000 francos restantes se convertirían en la obligación, a cargo de los adquirentes, de alojar alimentar y cuidar a la vendedora durante su vida; que esta última falleció después de la venta, dejando como única hija y heredera legítima a la señora Moulis, quien pidió que se declarara la nulidad del referido contrato por causa de simulación y por haberse otorgado ante un notario que tenía un interés personal en el asunto.

Sobre el primer motivo: Considerando, en primer lugar y por lo que se refiere a la prestación en especie, que tal prestación no podría ser considerada como precio determinado, conforme a la exigencia del art. 1.591 del C. c., pues, dada la edad y la enfermedad de la señora Balansa, esta obligación era irrisoria y no representan un precio serio y verdadero; — Considerando, por lo

que se refiere al resto del precio, que según documentos presentados en la vista y que han sido objeto de un debate contradictorio, su entrega efectiva sólo pudo ser un simulacro; *(omissis)*.

Que, en fin, no puede pensarse que el contrato se hubiera celebrado con el propósito de llevar a cabo una liberalidad, ya que la señora Balansa declaró en la misma mañana del día de la venta que no quería vender ni donar lo que poseía, y las disposiciones que resultan del documento más bien parecen irrazonadas y de puro capricho por parte de una mujer cuyas facultades mentales estaban debilitadas por la edad; — Considerando que de todas estas circunstancias resulta la más completa reunión de presunciones graves, precisas y concordantes de las que se deduce que, en realidad, la señora Balansa no recibió la cantidad que, según se pretendía, se le había entregado en metálico; — Que, por consiguiente, el contrato de venta está viciado de simulación.

Sobre el segundo motivo de nulidad, basado en el interés que el notario que redactó el instrumento de venta podía tener en este contrato: Considerando que las razones expuestas anteriormente hacen superfluo el examen de este segundo motivo; — Que, además, no habiendo intervenido en el pleito el notario señor Joly, el Tribunal no puede resolver sobre este punto.

Por estos motivos: Modificando la sentencia dictada por el Tribunal civil de Foix el 27 de julio de 1910, se declara nulo y sin ningún efecto el instrumento de venta de 24 de noviembre de 1908, por el cual la señora Balansa vendió sus bienes a los esposos Peybernés; que tal instrumento no constituye una venta seria, pues el precio no aprovechó a la vendedora y la entrega de los 1.700 francos que, según se convino, se pagarían en metálico, no fué más que un simulacro; y, en consecuencia, que los esposos Peybernés están obligados a restituir a los esposos Moulis la posesión de los inmuebles cuya venta se simuló.

Recurso de Casación interpuesto por los esposos Peybernés, por infracción de los arts. 1.108, 1.109, 1.134, 1.319, 1.347, 1.582, 1.591, 1.964 1.968 del C. c., del art. 894 del mismo Código y del art. 7.º de la ley de 20 de abril de 1810; porque, por una parte, la sentencia recurrida, fundándose en la existencia de un pretendido principio de prueba por escrito y en presunciones, y sin que el documento hubiera sido tachado de falsedad, ha declarado que la entrega de la cantidad de 1.700 francos como parte de un precio de venta, entrega efectuada en presencia del notario ante quien se otorgó la venta, según él mismo declara, y por la que la vendedora, reconociendo esta entrega, extendió además un recibo

válido, no se había efectuado, de suerte que la sentencia ha rechazado como falsa la certificación por el notario de un hecho material que se celebró en su presencia; y porque, por otra parte, la sentencia se ha negado a calificar a la venta como liberalidad disimulada, considerándola en cuanto al pago del precio viciada de simulación, y ha pronunciado su nulidad sin declararla viciada por error, violencia o dolo.

Sentencia

El Tribunal. — Sobre el motivo único, basado en la violación de los arts. 1.108, 1.109..., etc.

Considerando que, si bien el documento auténtico da fe, mientras no se haga tacha de falsedad, de la realidad de los hechos cumplidos por el fedatario público o celebrados en su presencia, no ocurre lo mismo cuando este documento es atacado por contener una simulación; — Que la simulación produce los mismos efectos que el fraude sobre los documentos auténticos y que, concretamente, la certificación (en un documento otorgado en forma de venta) de una entrega de numerario hecha en presencia del notario, no impide que las partes demuestren, por los medios ordinarios de prueba, que el acto celebrado no tenía el carácter de una venta y que la entrega de metálico, aunque se hubiera efectuado materialmente no fué más que un procedimiento empleado para hacer frente a la ley; — Considerando que la sentencia recurrida hace constar que, cuando el 24 de noviembre de 1908 la señora Balansa declaró que vendía a los esposos Peybernés todos los inmuebles que poseía en Vernajoul por el precio de 2.700 francos de los cuales se pagarían 1.700 francos en presencia del notario, la entrega de numerario no fué más que un simulacro y que la vendedora no recibió la cantidad que, según se pretendía, se había entregado en metálico; — Que el Tribunal de Toulouse ha deducido esta conclusión de un atestado de gendarmería firmado por los esposos Peybernés, que contiene declaraciones de éstos falsas y contradictorias, y de una serie de presunciones cuya gravedad apreció dicho Tribunal en uso de sus atribuciones; — Que en tales condiciones, y sin necesidad de demostrar que el consentimiento de la señora Balansa hubiera sido viciado por error, violencia o dolo, el Tribunal ha podido considerar el acto como ficticio y decretar su anulación; — Considerando que en vano se trata de sostener en el recurso que dicho acto valdría, por lo menos, como donación disimulada; — Que sólo existe liberalidad cuando se pueda apre-

ciar en el donante la intención de beneficiar, intención que sólo el juez que conozca del fondo puede comprobar, y que, a este respecto, la sentencia declara que la señora Balansa no quiso ni vender ni donar los bienes que poseía...

Por estos motivos: se rechaza."

En el Dalloz, loc. cit., se redacta la máxima de esta sentencia en la forma siguiente:

Una venta viciada de simulación en cuanto al pago del precio no puede valer como donación disimulada si los jueces no comprueban en el donante la intención de donar (C. c., art. 931).

La obligación asumida por los adquirentes de un inmueble de alojar, alimentar y cuidar a la vendedora durante toda su vida no puede ser considerada como un precio serio y verdadero, con lo que, por consiguiente, el contrato es nulo, cuando la vendedora, de 90 años de edad y enferma en el momento de celebrarse el contrato, fallece diez días después.

Blin cr. Henry

Cass. Ch. Req., 10 febrero 1925. — *Sirey*, 1925, I, 80.
(Sentencia transcrita textualmente.)

El Tribunal. — Sobre el único motivo del recurso, basado en la violación del principio de libertad contractual, de los artículos 1.101 y sigts., 1.134, 1.135 y sigts. del C. c., desconocimiento de las reglas sobre la validez de los contratos aleatorios, violación de los arts. 1954 y sigts., 1.968, 1.976 y sigts. del C. c., aplicación indebida de las reglas relativas a la nulidad o a la rescisión de los contratos y, concretamente, de los arts. 1.582 y sigts., 1.591, 1.634 y sigts., 1.674 y sigts. del C. c., como también por violación de la regla especial "*specialia generalibus derogant*", y del artículo 7.º de la ley de 20 de abril de 1810, defecto y contradicción de motivos y carencia de base legal.

Considerando que el precio es uno de los elementos esenciales y constitutivos del contrato de venta y que corresponde a los Tribunales la facultad de considerar la venta como carente en realidad de precio cuando, según su apreciación, la renta de la cosa vendida sea superior a la cantidad necesaria para el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas frente al vendedor, sin que el comprador corra ningún riesgo de pérdida ni haga ningún sacrificio de sus propios bienes; — Considerando que la sentencia recurrida ha declarado que la renta vitalicia de 450

francos, convenida en el documento de 5 de febrero de 1917 como precio de la venta de un inmueble de la señora Fayollat a la señora Blin, era inferior al interés del valor del inmueble en el momento de la venta, valor fijado por el Tribunal en 1.175 francos; — Considerando que tal apreciación de los hechos y circunstancias del pleito corresponde a las atribuciones del Tribunal; que, en consecuencia, está justificada la anulación de la venta por falta de precio; — De donde se deduce que el motivo carece de fundamento.

Se rechaza el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de París el 21 de diciembre de 1922... etcétera.

NOTA Y CUESTIONARIO comunes a los casos Peybernès y Blin. — V. volumen I, §§ 23 y 10, nota 3.

Para la jurisprudencia más reciente sobre la cuestión, v. Planiol, *Traité pratique,* cit., (XI ed.), n. 1.228, p. 582, notas 1-3.

Una nota de H. L. en el Dalloz, *Rec. Pér.,* 1919, loc. cit., comenta en la forma siguiente el caso Peybernès:

"Es jurisprudencia constante que la venta hecha por precio vil, cuando no ha existido intención de donar, puede ser declarada nula (siguen citas de autores y sentencias).

La sentencia del Tribunal de Toulouse contra la que en este caso se había interpuesto recurso, considera como venta el contrato por el cual una persona cede su inmueble a cambio de la carga, que asume el cesionario, de alojarla, alimentarla y cuidarla tanto en caso de salud como en caso de enfermedad hasta el fin de sus días; y, partiendo de esta concepción, la sentencia anula el contrato por aplicación del art. 1.591 del C. c. por falta de precio o por tratarse de precio vil, al haber fallecido el vendedor algunos días después de celebrarse el contrato y a consecuencia de una enfermedad que ya padecía en el momento de celebrarse éste. El Tribunal resuelve el caso como si se tratara de una venta a cambio de una renta vitalicia en la que las pensiones fueran inferiores a los réditos de la cosa vendida (siguen citas de autores y sentencias).

Pero al dar la calificación de venta al contrato litigioso, el Tribunal de Toulouse parece haber cometido un error en el que, por lo demás, incurre frecuentemente la jurisprudencia (citas de sentencias).

En efecto, las prestaciones en especie que deba cumplir el adquirente de un inmueble no pueden constituir un precio de venta, aun cuando ni la edad ni la enfermedad del cedente las conviertan en ilusorias, pues el precio debe consistir en dinero o, a lo sumo, en géneros que tengan cotización en el mercado (más citas de sentencias y autores).

El contrato litigioso no es, pues, una venta regulada por los artículos 1.582 y sigts. del C. c. sino un contrato del tipo *do ut facias,* que recibe la denominación de *"bail à nourriture"* y que, en defecto de reglas especiales, queda sometido a las reglas generales de la contratación.

Ahora bien, este contrato, que es aleatorio en razón de la incertidumbre relativa al tiempo durante el cual deberá el adquirente del inmueble alojar, alimentar y cuidar al cedente, es nulo por falta de causa si el elemento aleatorio queda excluído, como ocurre, por ejemplo, cuando la persona a quien haya que alojar, alimentar y cuidar esté tan enferma en el momento de celebrarse el contrato que se encuentre expuesta a morir en un corto plazo (siguen citas de autores y sentencias).

Así ocurría en este caso.

El contrato era, pues, nulo, pero no tanto por haberse celebrado con infracción del art. 1.591 del C. c., según estimó el Tribunal de Toulouse, como por ausencia del elemento aleatorio.

No parece, pues, que los motivos invocados por el Tribunal de Toulouse para justificar la nulidad del contrato puedan ser admitidos sin reserva."

El lector puede darse cuenta de que estos dos casos, y especialmente el caso Peybernès, confirman las observaciones hechas en vol. I, § 23, a cuya lectura nos remitimos.

Alguna aclaración requiere, sin embargo, la sentencia del caso Peybernès. Dicha sentencia decide sobre la base del art. 1.591 del C. c. francés (lo mismo que la del caso Blin) más que sobre la base del art. 1.975 (presunción legal de ausencia del elemento aleatorio). A la ausencia de este elemento o al defecto de causa (entiéndase, defecto de una contraprestación aunque sea de carácter aleatorio) se inclinan, en cambio, la nota antes transcrita y la sentencia recaída en el caso Vidal cr. esposos Barrié, Trib. de la Seine, 2 marzo 1898, *Dalloz, Rec. Pér.*, 1901, II, 145. En este caso se declaró que el "*bail à nourriture*" es un contrato aleatorio oneroso, distinto de la renta vitalicia considerada en el artículo 1.975; pero que, sin embargo, no siendo este artículo más que una aplicación de lo dispuesto en el art. 1.131 *sobre la causa,* regula también el *bail à nourriture,* cuando el acreedor de los alimentos muere dentro de los veinte días siguientes a la celebración del contrato, a consecuencia de una enfermedad grave que ya padecía en el momento del contrato (una nota del Dalloz al caso Vidal dice que, tratándose de una obligación de *hacer* y no de *dar,* se debe apreciar libremente, según las circunstancias, si existe o falta el elemento aleatorio).

Sin embargo, si se prescinde de la presunción del art. 1.975, no parece que falte absolutamente el elemento aleatorio; existirá tal vez un precio o una contraprestación vil, pero siempre una contraprestación; así lo han entendido también algunos autores franceses (v. también volumen I, § 23, nota 2).

Surge entonces la duda acerca de si existe una voluntad *irrazonada,* como dice el Tribunal de Toulouse en el caso Peybernès, es decir, una voluntad sin ponderación, sin ciencia y conciencia de los efectos prácticos del acto, o, por el contrario, la intención de hacer una donación (más o menos "disimulada": v. la nota al caso Christiano cr. Raffat, a continuación). En la duda, según resulta de la sentencia, el adquirente

debe probar esta última intención (la sentencia del caso Blin ni siquiera se plantea esta alternativa).

Sin embargo, una voluntad "irrazonada" no es una voluntad viciada por dolo, violencia o error; de manera que, salvo en caso de lesión enorme, no debería dar lugar a anulación y mucho menos a nulidad. Pero la sentencia del caso Peybernès, impresionada por las circunstancias que hacían presumir un fraude o una captación de voluntad, recurre, para superar el obstáculo, a la idea de una ausencia de precio o, según otros, de *cause (¿raisonnable, plausible, suffisante?)* o de elemento aleatorio.

Adviértase que la cuestión planteada no era la de la *cause suffisante* para excluir la exigencia del documento público en las donaciones (v. volumen I, § 10), puesto que existía el documento público (como también, al parecer, en el caso Blin).

CUESTIONARIO:

1) Si en estos dos casos los jueces se hubieran convencido de que no existía una voluntad "irrazonada", es decir, de que el cedente tenía plena ciencia y conciencia de las consecuencias del acto y de la gran probabilidad de que éste implicara una donación *(sub modo)*, ¿hubieran declarado igualmente nulo el acto?

2) ¿Puede conciliarse la afirmación del Tribunal de Toulouse en el caso Peybernès de que existía una voluntad "irrazonada", con la afirmación de que se trataba de una simulación, hecha también por el mismo Tribunal?

3) En cuanto a la voluntad "irrazonada", *non plausible*, etc., confróntense estos dos casos con los casos Feraud cr. Campiglia y Dutiron contra Paternelle, que estudiaremos en este mismo capítulo.

3 bis) Examínense los casos Blin y Peybernès a la luz de los artículos del C. c. francés citados en los respectivos recursos de casación.

4) ¿Cómo se resolverían estos dos casos, u otros semejantes, en el Derecho italiano? (v. también la nota al caso Christiano, cuestión 1).

5) ¿Y en el *common law*? V. vol. I, § 32 *b*, § 30, nota 13 y § 23. Téngase en cuenta que, si existe un remedio, el contrato es anulable *(avoidable)* pero no nulo *(void)*. Véase también el caso Embola v. Tuppela en la segunda parte del presente volumen.

CHRISTIANO cr. viuda RAFFAT

Cass., civ., 3 diciembre 1912. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1913, I, 175. (Sentencia transcrita textualmente.)

"EL TRIBUNAL. — Sobre el único motivo del recurso: Visto el artículo 931 del C. c.; Considerando, por una parte, que las liberalidades hechas bajo la apariencia de actos a título oneroso son válidas, en cuanto a la forma, cuando reúnen las condiciones exi-

gidas para la celebración de los actos cuya apariencia revisten; y que, por otra parte, tales liberalidades quedan sometidas, en cuanto al fondo, a las reglas propias de los actos a título gratuito; que de este modo, en virtud de su carácter de contratos de beneficencia, pueden válidamente procurar un beneficio a uno de los contratantes, independientemente de toda prestación por su parte; que, por consiguiente, cuando toman la forma de una venta no podrían ser declaradas nulas por la circunstancia de que el precio fuera ficticio y, concretamente, cuando este precio consiste en una renta vitalicia, por la circunstancia de que dicha renta no implique, en realidad, ningún elemento aleatorio en provecho del donante; — Considerando que en la sentencia recurrida (Alger, 6 diciembre 1904) se hace constar que por documento otorgado el 11 de septiembre de 1899 ante el actuario del Juzgado de paz de Souk-Ahras, autorizado por orden del procurador de la República para ejercer las funciones de notario en sustitución del único titular, que había fallecido, la viuda Trouque vendió al señor Christiano todos sus bienes a cambio de una renta vitalicia de 3.000 francos anuales y otras varias cargas; — Considerando que la sentencia recurrida, aplicando el art. 56 de la Orden ministerial de 30 de diciembre de 1842, declara que el actuario tenía la competencia necesaria para autorizar dicho acto, pero que, aunque no la hubiera tenido, el documento, firmado por ambas partes, tendría por lo menos el valor de un documento privado, en virtud del art. 1.318 del C. c.; de donde resulta que, en todo caso, reuniría los requisitos de forma que determinarían su validez como contrato a título oneroso; — Considerando, sin embargo, que la sentencia declara que la intención de la señora Trouque de hacer una liberalidad en favor de Christiano se deduce del carácter módico de las cargas que le impuso a cambio de las obligaciones que ella asumía frente a él, y del testamento que hizo en su favor el mismo día, 11 de septiembre de 1899; — Considerando que de esta apreciación del Tribunal resulta que el acto litigioso no constituía una venta, cuya existencia estaría subordinada a la estipulación de un precio cierto, sino una donación disimulada; — Considerando, sin embargo, que la sentencia añade que a causa de la avanzada edad de la perceptora de la renta y de las condiciones de la venta consentida por ella, sólo podía perder, mientras que el adquirente sólo podía ganar en el contrato celebrado entre ellos; y que, en consecuencia, el acto celebrado el 11 de septiembre de 1899 es nulo como venta porque falta en dicho acto el elemento aleatorio esencial en la constitución de una renta vitalicia a título oneroso, y lo es también

como donación porque no reviste las formas exigidas en el artículo 931 del C. c.; — Considerando que, al decidir así, el Tribunal de Alger ha aplicado erróneamente y, por consiguiente, ha infringido dicho artículo.

Por estos motivos: Se casa... y se reenvía ante el Tribunal de Aix..."

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, §§ 23 y 38 *d.*

En los dos casos anteriores, Peybernès y Blin, y en otros semejantes, no se examinaba la cuestión desde el punto de vista de la validez de una donación disimulada, a pesar del defecto de documento público (que existía en aquellos casos).

Una nota del Dalloz sobre el caso Christiano (en loc. cit.), observa que, desde tal punto de vista, la cuestión ha sido muy discutida; pero recientemente parece prevalecer una tesis contraria a la que mantiene la Casación en el caso Christiano (y conforme con la de la sentencia impugnada) cuando la renta sea inferior o igual al rédito del inmueble. Lo cual está de acuerdo con la tesis, también dominante, que se aplica a la donación encubierta bajo la apariencia de una venta: "cuando en la venta que encubre a la donación no se ha convenido ningún precio o cuando el precio consiste en una cantidad irrisoria y sin que se pueda apreciar ninguna obligación seria por parte del vendedor, no existe ni siquiera la apariencia de una venta y se está en presencia de una donación nula por defecto de forma" (Dalloz, loc. cit., y la jurisprudencia que allí se cita).

Así, en el caso La Poumersouly cr. Voisin, Ch. Req., 26 abril 1893, Dalloz, *Rec. Pér.*, 1893, I, 359, el Tribunal de Casación declaró que para la validez de una donación disimulada se requiere que el contrato aparente reúna todos sus requisitos propios. Por lo tanto, si la renta vitalicia es inferior al interés del capital fijado en el documento como valor del inmueble o a los réditos de dicho capital, "no existe ni venta, puesto que no hay precio cierto, ni donación disimulada, puesto que la pura liberalidad se revela claramente a simple vista".

En el mismo sentido, el caso Buridan cr. esposos Rogelet Ch. Req. 23 octubre 1905, Dalloz, *Rec. Pér.*, 1906, I, 32 (en el que, como en la nota del Dalloz, se dice que falta una "obligación seria que pueda constituir el equivalente"). En el caso Lengrand cr. Lengrand, Ch. Req., 9 julio 1879, Dalloz, *Rec. Pér.*, 1881, I, 27, las anualidades de la renta vitalicia eran apenas superiores al valor del canon de arrendamiento del inmueble cedido o a su rédito; pero la Casación estimó que se trataba de una donación disimulada", a pesar de la falta de documento público; y lo estimó así sobre todo por entender que el fin *evidente* de las partes era el de llevar a cabo una cesión gratuita del inmueble. (V. también para la jurisprudencia más reciente, Planiol, *Traité pratique.* citado, tomo V, [ed. 1933], n. 424, p. 432, nota 3; y tomo XI, [ed. 1954], número 1.228, p. 582, notas 1 a 3.)

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿por qué la jurisprudencia francesa, contraria al caso Christiano o a otros semejantes y, al parecer, dominante, considera válida una donación disimulada bajo la apariencia de una venta o de otro contrato a título oneroso con un precio o contraprestación que no sea vil y, en cambio, la considera nula cuando el precio o la contraprestación sean viles o casi inexistentes?

¿Estos últimos casos, resueltos por la jurisprudencia francesa, se refieren verdaderamente a donaciones disimuladas, es decir, a supuestos de simulación? Por donación disimulada se entiende una situación en la que las partes hacen figurar una contraprestación que no se paga y que no ha de pagarse. Por el contrario, en aquellos casos, según resulta de las sentencias, la contraprestación vil se paga o ha de pagarse. De manera que la simulación, si es que existe, existirá solamente en cuanto a la calificación dada por las partes al contrato, calificándolo de contrato a título oneroso, o en la apariencia creada en quien admita tal calificación o crea en otras apariencias, sin detenerse a hacer la comparación entre el valor del inmueble o de sus réditos y el precio, contraprestación o renta (por eso algunas sentencias dicen que ni siquiera existe donación disimulada).

En tal situación, se puede todavía dudar si las partes querían dar vida a aquella modesta apariencia y, por lo tanto, si querían verdaderamente celebrar una donación (más o menos limitada o *sub modo*), o si, por el contrario, la voluntad del cedente era más bien una "voluntad irrazonada", no ponderada, sin ciencia y conciencia de los efectos prácticos del acto, con las correlativas sospechas de fraude, captación de voluntad, etc. (v. la nota común a los casos Peybernès y Blin).

Adviértase que algunas sentencias, como las de los casos Christiano y Lengrand, consideran válido el acto cuando resulta claramente la intención de donar (mientras que otras, como las de los casos La Poumersouly y Buridan, que suscitan mayor perplejidad, *parecen* considerar suficiente, como protección del cedente, la forma del documento público).

Desde el punto de vista de una intención clara de donar, el problema de la "donación disimulada" en la jurisprudencia francesa parece enlazar con el problema planteado en los casos Peybernès, Blin y otros semejantes antes estudiados (v. la nota a estos casos).

Pero, si es así, no se ve qué importancia pueda tener la presencia o la ausencia del documento público.

Lo decisivo debería ser que en presencia de un precio o contraprestación viles, irrisorios o casi inexistentes (que efectivamente hubieran de pagarse) y de una calificación o apariencia de contrato oneroso, no se reconociera una voluntad "irrazonada" y se requiriera que si existía intención de donar resultara ésta claramente de las circunstancias. Y ello por las razones expuestas en el vol. I, § 23 y en la nota al caso Peybernès.

Falta saber entonces cómo resolvería la cuestión la jurisprudencia francesa si las partes hubieran acordado que el precio o la contraprestación viles o irrisorios no hubieran de pagarse: algo semejante al *recital*

de una *nominal consideration* (v. vol. I, § 30, notas 10 y 12 y el caso Schnell v. Nell). En tal caso, existiendo una verdadera y propia simulación, la intención de donar resulta clara y el acto debería considerarse válido, tanto en presencia como en defecto de documento público (v. volumen I, § 38, *d*). Pero el caso es raro, porque quien quiere simular suele valerse de un medio idóneo, es decir, de un precio justo.

Y todavía falta saber qué se decidiría en caso de que se tratara de una venta *nummo uno*, que efectivamente hubiera de pagarse, en la que la intención de donar resultaría clara y en la que la ceremonia del pago de un precio de cuyo valor puramente nominal serían *plenamente conscientes* las partes, ofrecería la garantía de una intención clara y seria de donar.

Otras cuestiones:

1) ¿Cómo se resolverían en el Derecho italiano los casos Christiano, Poumersouly, Lengrand y otros semejantes? Proponemos las siguientes soluciones: *a)* o existe un vicio de consentimiento; *b)* o existe una lesión (art. 1.448 C. c. ital.); *c)* o existe tal desproporción que el acto debe considerarse objetivamente como donación y revestir las formas correspondientes, con las que el acto será válido, aunque la intención, o la calificación dada al acto por las partes, fuera la de prometer o enajenar a título oneroso, mientras que la intención eventual de ocultar su carácter gratuito bajo la apariencia o la calificación de contrato a título oneroso no podría servir para dispensar al acto de las formas de la donación (argumento deducido por analogía del art. 1.419 del C. c. ital.; véase también vol. I, § 10, nota 3).

¿Son éstas las soluciones que se pueden proponer para el Derecho italiano y solamente éstas? Si es así, ¿en qué se diferencian *prácticamente* de las adoptadas por la jurisprudencia francesa?

¿En la hipótesis que hemos planteado en el apartado *c)*, no se podrá invocar también un *error in negotio* que invalide el consentimiento?

2) ¿Cómo se resolverían los casos Christiano, Poumersouly, Lengrand y otros semejantes en el *common law*? V. también la cuestión 5 en la nota a los casos Peybernès y Blin.

DUTIRON cr. PATERNELLE

Trib. civ. de Lille, 15 enero 1900. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1900, 2, p. 239. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

"El Juzgado de Paz de Lille (4.º Distrito) dictó el 3 de noviembre de 1899 la siguiente sentencia, en la que, a instancia del señor Paternelle, se declara la nulidad de una operación comercial conocida con el nombre de "Bola de Nieve".

EL TRIBUNAL. — Considerando que, durante el transcurso de

este año, el demandado ha emitido y ofrecido al público cierto número de títulos de cooperación cuyo contenido es interesante transcribir y que están concebidos en los términos siguientes:

"El señor X... ha entregado la cantidad de 20 francos a cambio del presente título. El portador de este título debe vender, a razón de 4 francos cada uno, los cinco cupones adjuntos; cuando cada uno de los cinco compradores de estos cupones haya entregado a su vez 20 francos para la obtención de un título nominativo igual a éste, el portador del presente título recibirá un traje completo de caballero o un chaquetón de señora, cuyo valor real será de 100 francos. Todo comprador de un cupón deberá remitir 20 francos para obtener un título nominativo igual a éste, cuyo reembolso obtendrá vendiendo los cinco cupones que van unidos al título, a razón de 4 francos cada uno. Se entregará el traje de caballero o el chaquetón de señora tan pronto como el título de cooperación haya sido completamente liberado. Si alguno de los compradores de cupones no remitiera los 20 francos, el portador del título deberá completar esta cantidad para poder recibir el traje, pero recibirá otros tantos títulos por cada 20 francos que entregue, cuyo reembolso se asegurará mediante la venta de los cupones. El portador de este título de cooperación será avisado tan pronto como se haya producido la liberación de los cinco cupones. Entonces podrá pasar por mi casa para elegir la tela y tomarse medidas...";

Que el título al que van adheridos los cupones de 4 francos lleva en el anverso la indicación de que no podrá ser transmitido un título a otra persona si no va provisto de sus cinco cupones, y en el reverso la advertencia de que el cupón que no sea utilizado dentro de los tres meses siguientes a su fecha de emisión será anulado; — Considerando que, sin necesidad de examinar, como lo ha hecho el demandante en sus conclusiones, los extraños resultados a que conducirían varias cesiones sucesivas de un mismo título, es esencial hacer constar que Dutiron obtiene 20 francos sin correr ningún riesgo cada vez que entrega uno de estos títulos a un primer adquirente o a un subadquirente, y que, además, no entrega ningún traje sin haber recibido previamente su valor; — Que, a la inversa, el adquirente corre el riesgo de perder sus 20 francos (e incluso 24 francos si se trata de un subadquirente) si no consigue colocar ninguno de sus cinco cupones dentro de un tiempo limitado; — Que esta probabilidad disminuirá fatalmente con cada adquisición sucesiva, pues el público llegará pronto a darse cuenta de las consecuencias de semejante combinación; — Considerando

que habiendo adquirido Paternelle, de un tal señor Démarécaux, un cupón por el que pagó 4 francos, lo cambió el 20 de mayo último en casa de Dutiron por un título que lleva el número 1.019 y está registrado; — Que lo obtuvo remitiendo 20 francos al demandado; — Que no habiendo conseguido colocar ninguno de los cinco cupones unidos al título, pidió la restitución de dicha cantidad de 20 francos, basándose en la nulidad del contrato; — Que, según él, esta nulidad resulta de que la obligación tiene una causa falsa e ilícita y de que ha sido contraída con la condición de cumplir una cosa imposible; — Considerando que una convención de esta naturaleza no puede ser equiparada a una lotería prohibida; — Que tal convención no parece ilícita; — Que tampoco implica una condición absolutamente imposible de cumplir, por más que su realización pueda encontrar rápidamente obstáculos casi insuperables; — Pero, considerando que el contrato, que debe ser calificado como conmutativo y no como aleatorio, pues de él solamente resulta un riesgo para una de las partes, está viciado en uno de sus elementos esenciales; — Que, en efecto, carece de causa la obligación que contrae el adquirente de un título de anticipar, independientemente del precio convenido a pagar eventualmente por la entrega de un traje, una cantidad de 20 francos al emisor del título, sin riesgo para éste y, por consiguiente, sin equivalente; — Que dicha obligación está viciada de nulidad; — Que, por lo tanto, Dutiron debe restituir lo que ha percibido sin causa legítima; — Que no tiene razón este último al pretender que Paternelle le entregó la cantidad reclamada como mandatario de Démarécaux; — Que no hubo mandato, sino novación por sustitución de deudor; — Que el demandado está obligado, además, a reconocer que se ha celebrado una nueva convención por el hecho de haberse remitido a Paternelle un título nominativo; — Considerando, por lo que se refiere a la moralidad de la operación, que Dutiron ha reconocido que el número que figura en el título entregado al demandante (1.019) era falso; — Que la primera serie de títulos empezaba a partir del número 1.001 y que es innecesario insistir sobre esta maniobra, que es de las más incorrectas.

Sentencia

El Tribunal *(omissis)*:

Sobre el defecto de causa: Considerando que, al remitir 20 francos a Dutiron, Paternelle no ha entregado un anticipo a cuenta del precio de su traje, precio que debía ser ulteriormente pagado por

sus subadquirentes o por él mismo, mediante la liberación de sus cupones; — Que solamente ha efectuado dicha entrega para participar en una operación que le ofrecía a la vez la probabilidad de obtener un traje a muy buen precio y el riesgo de perder las cantidades anticipadas; — Que Dutiron, en cambio, al recibir dicha cantidad de 20 francos tenía la probabilidad de conservar el valor de los cupones inutilizados, pero no se exponía a ningún riesgo de pérdida; — Que, por tanto, no ha procurado al otro contratante, en forma de azar ni de prestación, el equivalente de lo que ha recibido de él; — Que el contrato es, pues, nulo por defecto de causa; — Que no tiene razón Dutiron cuando afirma que Paternelle entregó 20 francos en cumplimiento de una obligación asumida frente a quien le había vendido el cupón; — Considerando que tal obligación no existe, pues, en efecto, al comprar un cupón Paternelle se obligó a pagar el precio de éste, fijado en 4 francos, pero no a liberarlo; — Que era libre de hacerlo así o de no hacerlo y que el que se lo vendió no tenía ningún poder para obligarle a ello; — Que, por lo tanto, si Dutiron ha imputado los 20 francos de Paternelle a cuenta del vendedor del cupón, lo ha hecho no en cumplimiento de una obligación que no existe, sino para combinar entre sí las operaciones mediante una imputación ingeniosa, facilitando la multiplicación de las mismas para aumentar sus beneficios.

Sobre la moralidad del contrato: Considerando que la convención celebrada entre Paternelle y Dutiron queda estrechamente ligada a las que la precedieron y a las que hubieran podido seguirla; que unas han sido o hubieran podido ser la causa determinante de las otras y que todas ellas forman un conjunto indivisible; — Que es, pues, este conjunto lo que se ha de examinar para apreciar la moralidad del contrato; — Considerando que, en su mayoría, las operaciones ofrecidas por Dutiron deben quedar necesariamente en la mayoría de los casos sin resultado, a causa del gran número de cupones ofrecidos en venta y de la imposibilidad de colocarlos; — Que, por consiguiente, Dutiron obtiene, sin ningún riesgo de pérdida, ganancias continuas y progresivas por medio de las cantidades que se le remiten; — Que tales ganancias son contrarias a la moralidad de las operaciones comerciales y perjudican a los comerciantes honrados que se contentan con obtener un beneficio legítimo sobre las mercancías que venden; — Considerando, por otra parte, que las operaciones engañosamente presentadas por Dutiron bajo la forma de títulos de cooperación, y comenzando a partir del número 1.001, constituyen un peligro para el ahorro popular; — Que, efectivamente, tales operaciones invitan a las per-

sonas de modesta condición, engañadas por el incentivo del lucro, a comprometer el producto de su trabajo para perderlo en operaciones que, la mayoría de las veces, son irrealizables; — Que el contrato debe, por lo tanto, ser declarado nulo, como contrario a la moral y al orden público.

Por estos motivos: se confirma la sentencia apelada.

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 23.

En una nota del Dalloz se hace el siguiente comentario a este caso:

"Para que la combinación ingeniosa, cuyo funcionamiento expone esta sentencia y que se conoce vulgarmente con el nombre de *"Bola de Nieve"* fuera considerada válida, sería necesario que las probabilidades de ganancia para cada una de las partes quedaran compensadas por probabilidades de pérdida que pesaran a la vez sobre ambas partes: en efecto, el contrato es sinalagmático y, por consiguiente, la obligación de cada una de las partes sirve de causa a la obligación de la otra (siguen varias citas).

Ahora bien, en la combinación a que se refiere la sentencia existen, ciertamente, para cada una de las partes probabilidades de ganancia, pero no riesgos de pérdida. En primer lugar, el adquirente tiene la probabilidad — ciertamente muy inverosímil y que lo será cada vez más a medida que la operación se vaya continuando — de obtener por una cantidad módica un objeto de un valor mucho mayor: así sucederá si consigue colocar sus cinco cupones y si, además, cada uno de los que los adquieran libera estos cupones. Igualmente, el vendedor tiene también la probabilidad de obtener una ganancia, menos considerable, sin duda, pero infinitamente más segura. En efecto, si la operación se lleva a término, es decir, si se llega a entregar la mercancía al adquirente, el vendedor, además del precio fijado, probablemente remunerador, se beneficiará:

1) de la cantidad de 4 fr. entregada en el primer momento;

2) de los intereses de los 20 fr. entregados por el adquirente a cambio de los cupones y de los intereses de las cantidades que se le hayan entregado para la liberación de los distintos cupones hasta el momento en que la liberación del quinto cupón le imponga la obligación de entregar la mercancía. Si la operación no se remata, tendrá esos mismos beneficios y, además, el de retener el valor de los cupones inutilizados. Tales son las probabilidades de ganancia para uno y otro de los interesados. ¿Cuáles serán sus riesgos de pérdida? Es fácil advertir cuáles son los que corre el adquirente. Si no llega a colocar los cupones o si habiéndolos colocado se niegan a liberarlos los que los adquirieron — a lo que nada les obliga, como observa acertadamente el Tribunal — perderá el importe de las cantidades entregadas por él. En cambio, no se puede descubrir ningún riesgo de pérdida por parte del vendedor. En efecto, éste no se desprenderá de la mercancía mientras no haya cobrado previamente su

importe total, sea de los portadores de cupones, sea del mismo adquirente del título. Las cantidades que reciba por encima del precio determinado en el contrato — la cantidad de 4 fr., los intereses de los cupones liberados si se entrega la mercancía, el valor de los cupones inutilizados si ésta no llega a entregarse — irán, en realidad, a parar a sus manos sin ninguna causa. Dicho de otra manera, no existirá por su parte ninguna obligación que pueda servir de contrapartida a las obligaciones del otro contratante; por lo tanto, la sentencia declara con razón que el contrato es nulo por defecto de causa."

De nulidad por defecto de causa se habla también en Dalloz *Codes Annotés, Nouveau code civil,* cit., art. 1.131, n. 75; v. también Walton, citado en el vol. I, § 37. La interesante historia del contrato llamado "Bola de Nieve" se encuentra en una nota de Vouin en el Dalloz, *Recueil Hebdomadaire,* 1951, 28ème Cahier, de 19 de julio de 1951, págs. 489 y siguientes. Entre 1900 y 1901 dos sentencias de los Tribunales de comercio admitieron la validez del contrato, mientras que otras dos de los Tribunales civiles, entre ellas la del caso Dutiron, lo consideraron nulo por defecto de causa, o por imposibilidad de cumplir la condición prevista en el contrato, o por inmoralidad. Después de la guerra de 1914-1918, la justicia penal se interesó en el caso, condenando una primera vez al organizador de la venta "Bola de Nieve" por estafa, y absolviéndole en otra ocasión (Trib. correctionel de la Seine, 10 enero 1920 y 25 julio de 1922).

El contrato "Bola de Nieve" reapareció después de la última guerra. La cuestión volvió a ser examinada por la justicia penal: dos Tribunales de Apelación absolvieron al organizador, pero el Tribunal de Casación lo condenó por estafa (Cass., ch. crim., 7 mayo 1951, en Dalloz, *Rec. Heb.* 1951, cit, p. 489 y sigts. con la citada nota de Vouin).

El problema penal llegó a ser tan discutido y de solución tan incierta que se dictó una ley de 5 de noviembre de 1953 para prohibir la venta "Bola de Nieve" (Dalloz, *Rec. Heb.,* 1953, p. 513).

Como advierte Vouin, el problema civil y el problema penal son distintos. Las sentencias de los Tribunales de Comercio y de los civiles de 1900 y 1901 ni siquiera pensaron en un vicio del consentimiento (dolo) del que hubiera sido víctima el adquirente del título o del cupón. Por otra parte, el dolo en el Derecho civil es distinto del dolo (como maniobra fraudulenta) en el Derecho penal. En el primer campo se considera el contrato como relación entre el vendedor u organizador y cada uno de los adquirentes. En el segundo campo se considera la operación en su conjunto y los efectos prácticos que, como tal conjunto, puede producir: el organizador, que tiene la posibilidad de obtener ganancias continuas y progresivas sin correr ningún riesgo, podría también encontrarse en la imposibilidad de hacer frente a todas las entregas (suponiendo que se cumplieran las condiciones de los cupones) o de detener la cadena de la venta de cupones. En el caso resuelto en 1951 por el Tribunal de Casación la sentencia advierte que, al llegar a la décima serie, el número de

los participantes, por una progresión geométrica, sería superior a un millón. *En su conjunto,* la organización de una venta "Bola de Nieve" tiende a crear en los participantes "la esperanza de un acontecimiento quimérico" (v. la citada sentencia del Trib. de Casación).

Pero considerando las operaciones aisladamente, puede suceder que un determinado participante no sea víctima de esta maniobra, que haya comprendido su alcance y quiera, no obstante, correr el riesgo por avidez de lucro. Examinemos, pues, el contrato en el aspecto civil, como relación entre vendedor y adquirente del título, tal como se presentaba la cuestión en 1900 y 1901, antes de que se dictara la ley de 5 de noviembre de 1953 y prescindiendo de la eventual ilicitud o inmoralidad del contrato en aquella época.

Es cierto, como observa la nota del Dalloz sobre el caso Dutiron, que mientras el organizador tiene probabilidades de ganancia no corre, en cambio, ningún riesgo de pérdida. Solamente entregará el traje a aquel adquirente de un título que dentro de un determinado plazo encuentre otros adquirentes de títulos, de tal modo que cubran el valor del traje, es decir, 100 fr.

CUESTIONARIO:

1) Si el adquirente de un título ha comprendido bien el alcance del contrato (es decir, si se ha dado cuenta de que el vendedor no corre ningún riesgo de pérdida y, por el contrario, tiene que ganar) y a pesar de ello quiere correr el albur, ¿estará de alguna manera viciado el contrato? (prescindiendo, por supuesto, del problema de la ilicitud).

2) ¿No existe siempre a favor del adquirente del título una contrapartida o "causa", ya que el vendedor aunque no corra ningún riesgo de pérdida le ofrece una posibilidad de ganancia o de pérdida y organiza toda la operación? (Téngase en cuenta que ésta puede llegar a requerir medios financieros considerables si son muchos los adquirentes de títulos que cumplan las condiciones y puedan por ello exigir la entrega de un traje.) ¿No es éste, casi siempre, el caso de quien organiza una lotería, prescindiendo del problema de la licitud o del permiso para organizarla?

3) ¿No se trata, más bien, de la aplicación de un principio análogo a aquella extensión de la *cause suffisante* a que aludíamos en vol. I, § 23?

¿Cómo se puede encuadrar el caso Dutiron, y otros semejantes, en las preocupaciones de la jurisprudencia francesa que han inspirado esa especial concepción de la *cause suffisante,* estudiada en el vol. I, § 23? En relación con esto, téngase en cuenta especialmente la dificultad, en orden a la admisión de un genérico vicio del consentimiento, de probar o de saber que el adquirente del título no había comprendido bien las consecuencias prácticas de la operación; y ténganse en cuenta también las dudas sobre la ilicitud del contrato. De manera que la concepción de la *cause suffisante* o del defecto de causa (como contrapartida suficiente) se habría adoptado como remedio o como expediente para superar las dudas o los obstáculos que se oponen a la declaración de nulidad o a la

anulación del contrato por ilicitud o por vicios del consentimiento (teniendo en cuenta también que, en principio, no bastaría con un *genérico* vicio del consentimiento para conseguir la anulación).

¿No hay alguna relación entre el caso Dutiron y los casos Peybernès, Blin u otros semejantes?

Adviértase que en el caso Dutiron la cuestión que se plantea no es la de la validez de una obligación del adquirente del título, como obligación todavía no cumplida, sino una acción para exigir la restitución del precio del título, ya *pagado*.

Ahora bien, en el Derecho francés tal acción de repetición sólo puede fundarse en un vicio del consentimiento (dolo, violencia, error), en la lesión, o en una nulidad del contrato por ilicitud. En efecto, la falta de una contrapartida *suficiente*, si no existe un vicio del consentimiento, no puede por sí misma dar lugar a la nulidad de un pago o de una entrega de cosas *muebles*, hasta tal punto que, según la jurisprudencia francesa, incluso la donación manual es válida sin limitaciones (v. volumen I, § 38 *a, d*).

Rubatto cr. Natta

Cass. 14 enero 1946. — *Foro it.*, 1944-46, I, p. 191. (Sentencia transcrita textualmente.)

"La cuestión a resolver es, en sustancia, la siguiente: si un documento por el cual una persona que ya era titular de una servidumbre de vista (derivada de un título anterior) se hace conceder a título puramente precario el goce de dicha vista, es nulo absolutamente por defecto de causa; o si es simplemente anulable y sólo en el supuesto de que el mencionado titular haya celebrado el segundo acto, el constitutivo del precario, en estado de error excusable, o sea, por haber ignorado la existencia del título anterior que le confería el derecho de servidumbre sin ninguna limitación.

El Tribunal ha estimado el defecto de causa y, por tanto, ha considerado al acto de constitución de precario, de fecha 17 de octubre de 1929, como nulo de modo absoluto y no solamente como anulable.

El Tribunal Supremo estima que el Tribunal (de instancia) ha juzgado rectamente. El error incide sobre el consentimiento de uno de los contratantes, es decir, sobre el elemento subjetivo del negocio. Por el contrario, la causa constituye el elemento objetivo esencial del negocio, es decir, el resultado concreto, preferentemente económico, que los contratantes se proponen alcanzar; o sea, más concretamente, la contraprestación que uno de los contratantes se propone obtener a cambio de su propia prestación. Y en este caso,

el error de hecho que ha padecido el demandado (ignorancia de la existencia de un título anterior de adquisición) no sólo ha influído sobre uno de los aspectos de la contraprestación sino sobre toda ella, de manera que el contrato ha resultado nulo por ausencia, no sólo de un elemento subjetivo, sino también del elemento objetivo esencial.

De ahí el predominio de la cuestión relativa a la falta del elemento objetivo, con absorción de la otra cuestión (deficiencia del elemento subjetivo), que sólo hubiera podido tener influencia si se hubiera referido a una de las cualidades esenciales del objeto del contrato; y si, además, hubiera sido excusable y se hubiera hecho valer dentro del plazo perentorio de prescripción establecido por la ley.

En otros términos, mediante la escritura de fecha 17 de octubre de 1929, el demandado ha celebrado un acto para conseguir algo que ya tenía y que ignoraba tener (derecho de servidumbre activa de vista) y, lo que todavía es peor, para conseguir de manera provisional y limitada en forma de concesión precaria, libremente revocable, una titularidad que ya había adquirido anteriormente de manera estable y definitiva, en virtud de un documento otorgado el 11 de noviembre de 1912. Es decir, por el segundo documento el demandado no ha adquirido nada; es más, ha perdido algo al no obtener ninguna contraprestación en compensación de su propia prestación. El caso actual es análogo al supuesto, típicamente nulo por defecto de causa, de adquisición de una cosa que ya era propia en virtud de un título anterior ignorado por el adquirente.

Añádase que en este caso el objeto del contrato era un derecho real (el derecho de servidumbre). Ahora bien, los derechos reales, cuando han sido normalmente constituídos y normalmente inscritos sobre la base de un título específico, no se pueden perder (salvo en el caso de usucapión contraria, que no se presenta en este supuesto) si no es en virtud de un nuevo título que contenga expresa renuncia o modificación del título anterior y que, a su vez, haya sido también redactado por escrito y regularmente inscrito. Los derechos reales, en resumen, son aquellos que existen objetivamente con independencia de la opinión subjetiva que acerca de su contenido tenga el titular o el poseedor de los mismos."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 23, nota 1 y § 22, notas 6 y 8.

Adviértase, *in limine,* que en el caso Rubatto la cuestión no es tanto la de la persistencia de la servidumbre como la de la validez del con-

trato de precario, que supone obligación de pagar una cantidad por la concesión personal y precaria; cuestión, esta última, de la que aquella otra puede depender (pero no necesariamente).

El caso Rubatto está a caballo entre la concepción del defecto de causa (suficiente o razonable), a la que se refieren los casos anteriores de este mismo capítulo y el § 23 del vol. I, y la concepción del defecto de causa a que nos hemos referido en vol. I, § 22 *b*. Pero la distinción, aunque a veces sea sutil, es importante.

En ambos casos, se presupone un error o un determinado vicio, más bien genérico, de la voluntad, sin el cual el contrato sería válido, por lo menos cuando concurrieran ciertas condiciones o requisitos.

En los casos anteriores de este capítulo, tal error o vicio genérico afecta a la valoración de los efectos prácticos del contrato; es decir, al valor efectivo de la contraprestación, que existe aunque sea modesta, o a su modo de funcionar.

En cambio, en el caso Rubatto y en otros semejantes hay un error sobre la existencia misma de la contraprestación, como *causa adquirendi* querida por el contratante, y que falta *de modo absoluto* (v. vol. I, § 22, notas 6 y 8). En un contrato aleatorio se plantearía un problema análogo al del caso Rubatto cr. Natta cuando el elemento aleatorio faltara *de modo absoluto* por una situación ya existente en el momento de celebrarse el contrato (y, se entiende, ignorada por una de las partes).

De ello se deduce que en el caso Rubatto y en otros semejantes, la cuestión del defecto de *causa adquirendi*, o sea, de la inexistencia de contraprestación, es verdaderamente primordial respecto a la del error, como acertadamente observa nuestro Tribunal de Casación. Y ello por las razones expuestas en el vol. I, § 22, nota 6. De ahí que el contrato sea, sin más, nulo.

En cambio, en los casos anteriores de este mismo capítulo la cuestión primordial debería ser (y de hecho lo es en la mente de los jueces) la de la existencia de un vicio, aunque fuera genérico, del consentimiento, especialmente a consecuencia de una determinada incapacidad de uno de los contratantes, o de maniobras o fraudes del otro aunque no llegaran a constituir dolo. De manera que mientras que no sería posible dejar de considerar nulo el contrato en el caso Rubatto o en otros semejantes, en cambio, en los casos anteriores sería posible considerarlo solamente como anulable o incluso como válido si ese vicio genérico del consentimiento, o la sospecha de que existiera, no pareciera grave o no se considerara relevante.

Sin embargo, la ausencia de un error o de un vicio genérico del consentimiento es relevante, aunque sea bajo distintos aspectos, tanto en el caso Rubatto como en los anteriores. Sobre las consecuencias de dicha ausencia para quien adquiera una cosa o un derecho propios, o una cosa perecida, v. vol. I, § 22, notas 6 y 8. Sobre el caso de duda de los contratantes acerca de la existencia o acerca de la propiedad de la cosa, véase vol. I, loc. cit. En el caso Rubatto *la duda acerca de la existencia*

de la servidumbre podría dar lugar a una transacción. El *conocimiento* de su existencia podría dar lugar a la transformación de una servidumbre en un precario, caso raro pero no imposible, pese a lo que dice la sentencia de la casación en su parte final.

En los casos anteriores de este capítulo la ausencia de un error o de aquel vicio genérico del consentimiento daría lugar, según cuál fuera la intención de los contratantes, o a una donación o a un contrato aleatorio con riesgo muy grave para una de las partes.

Por último, es evidente que el problema planteado en los casos anteriores y en el caso Rubatto no tiene nada que ver, pese a la etiqueta común "defecto de causa", con el problema de la *cause suffisante* estudiado en el vol. I, §§ 10 a 13; porque en este último problema se supone que las partes han tenido plena ciencia y conciencia de las consecuencias prácticas del acto; se presupone la existencia de una contraprestación; y se trata sólo de saber si esta contraprestación es suficiente para excluir la figura de la donación con sus requisitos formales, según los criterios mencionados en vol. I, § 10 *b, c.*

1) ¿Está de acuerdo el lector con esta crítica del caso Rubatto y con la comparación entre este caso y los otros mencionados?

2) Si, en vez de un precario, el propietario del fundo sirviente hubiera concedido, a cambio de una compensación, un derecho personal pero estable durante un largo período de tiempo, o una servidumbre, ¿cuáles hubieran sido los efectos del contrato en cada una de las hipótesis antes previstas acerca del estado de ánimo del propietario del fundo dominante?

3) ¿Cómo se resolvería el caso Rubatto en el *common law*? Se entiende, en cuanto a la validez del precario como obligación de pagar una compensación por la concesión de un derecho personal. ¿Tendría importancia el hecho de que, en hipótesis, el precario fuera revocable *ad nutum*? ¿Se podría tomar en cuenta el estado de ánimo del titular de la servidumbre? (Error, duda, conocimiento de la existencia o de la inexistencia de ésta). V. la nota al caso Haighs v. Brooks.

FÉRAUD cr. CAMPIGLIA y otros

Cour de Bastia, 6 agosto 1892. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1893, 2, p. 359 y sigs. (Sentencia transcrita textualmente.)

"El señor Morelli, director de la Compañía Insular de Navegación a Vapor (antigua compañía Valery) había hecho firmar a los señores Campiglia, Leonetti, Serafino y Mariani, domiciliados todos ellos en Córcega y agentes de la Compañía de la que él era director, varias letras que había remitido al señor Féraud, comerciante de Marsella, en pago de suministros de mercancías hechos a la Compañía. Estas letras, o por lo menos una de ellas,

fueron anuladas por sentencia del Tribunal de Ajaccio, fechada el 16 de julio de 1891.

Apelación por el señor Féraud. Sentencia:

El Tribunal,

Considerando que el señor Féraud, comerciante de Marsella, ha apelado la sentencia del Tribunal de Comercio de Ajaccio de fecha 16 de julio de 1891, que anuló, por vicio del consentimiento y además por carecer de causa, una letra de 2.022,05 francos firmada por Campiglia y avalada por los señores Leonetti, Mariani y Serafino, de la que Féraud era tenedor, y desestimó su demanda en la que reclamaba el pago de dicha letra; — Considerando que no carece de fundamento, como se ha pretendido, la apreciación que hizo el Tribunal al ver en el carácter imperativo de la correspondencia cruzada entre el director de la Compañía Insular y los apelados, a propósito de las firmas que se exigieron a éstos, la prueba de una coacción de tal naturaleza como para anular su libre voluntad y hacer que pudieran temer la pérdida de su empleo; — Que para apreciar si la coacción puede dar lugar a la nulidad establecida en los arts. 1.111 y 1.112 del C. c., es necesario, de conformidad con la ley, tener en cuenta la condición de las personas y que, en este primer aspecto de la cuestión, conviene hacer constar que todos los apelados, agentes o dependientes de Morelli en las ciudades de Ajaccio, Bonifacio, Propriano y Porto-Torrés, eran subordinados suyos que en cualquier momento y por la sola voluntad de aquél podían verse privados de su colocación, que constituía su principal, cuando no su única fuente de ingresos, lo que explica suficientemente que tras algunos intentos de resistencia, mal vistos por su director como lo revela la correspondencia exhibida en el proceso, terminaran cediendo a la presión ejercida sobre ellos para sustraerse a las consecuencias desagradables con que se sentían amenazados en caso de haberse negado; que no se podría comprender, si no fuera por esta coacción, que los apelados, gentes sin fortuna que vivían de su modesto negocio, hubieran accedido a suscribir títulos que implicaban cantidades considerables para hacer frente a las cuales eran absolutamente impotentes, ni siquiera haciéndolo por partes, por mínimas que éstas pudieran ser; — Pero considerando que la violencia moral que alegan y que se basa en hechos cuya apreciación corresponde a los Tribunales, según la jurisprudencia establecida por dos sentencias del Tribunal de Casación (Req. 5 febrero 1828 y 4 noviembre 1835...), no es el único motivo sobre el cual se basa y se puede justificar la anulación decretada; — Considerando que, en efecto, según el art. 1.131

del C. c., la obligación sin causa o con una causa falsa no puede producir ningún efecto; — Ahora bien, considerando que en este segundo aspecto ha tenido razón la sentencia apelada al declarar que la letra cuyo pago reclamaba Féraud carecía de causa para Campiglia y sus colitigantes; — Que, aunque la letra lleve la indicación "valor recibido en mercancías", ninguna mercancía había sido entregada a los que la firmaron, y que Féraud, interesado en desmentir esta afirmación, ni siquiera ha intentado justificar tal entrega, lo cual le hubiera sido fácil en caso de que la entrega hubiera tenido lugar; — Que hay que advertir también que ni en sus conclusiones ni en su defensa ha querido insistir sobre este punto y ha preferido discutir la poca importancia que tendría, según él, esta ausencia de entrega; — Pero considerando que, según consta en autos sin que haya sido discutido ante el Tribunal, la entrega no fué hecha a Campiglia en su domicilio de Ajaccio sino a los representantes de la Compañía Insular en Marsella; — Que, en consecuencia, la causa mencionada en el título ha resultado ser falsa y, como dice Demolombe, la indicación de una causa especial excluye cualquier otra, de manera que cuando se demuestre que la causa mencionada es falsa debe presumirse que la obligación carece de causa; — Considerando, por lo demás, que Féraud, que disfruta en una excelente situación en el comercio de Marsella, no ignoraba la comprometida situación de la Compañía Insular, como lo demuestran las últimas observaciones hechas en sus conclusiones; — Que, concretamente, no podía ignorar lo que era de dominio público en Marsella, a saber, que desde hacía varios meses Morelli estaba al borde de la quiebra y sólo la retrasaba descontando las letras cuya firma exigía de sus subordinados;

Considerando que, aunque él lo haya negado, su experiencia en las cosas del comercio y sus costumbres comerciales no permitirían poner en duda que si por un solo instante hubiera podido creer que los títulos firmados por los agentes de Morelli, y que le habían sido directamente remitidos por éste o por sus representantes en Marsella, tenían una causa seria y podían obligar directamente a dichos agentes, se hubiera informado, al menos, sobre la situación de aquéllos antes de aceptar su firma y no se hubiera confiado a desconocidos, alejados de la Francia continental...; — Que, por consiguiente, es forzoso concluir que al aceptar la letra cuyo pago ha reclamado, Féraud sabía muy bien que se encontraba ante letras firmadas por agentes de Morelli, gentes sin fortuna y sin crédito que sólo podían y debían pagar las letras por ellos firmadas sobre los fondos que cobraran por cuenta de la Com-

pañía, mientras ésta continuara existiendo; — Que las consideraciones que anteceden se deducen fatalmente tanto de la actitud de Féraud, quien no ha hecho ningún esfuerzo para probar relaciones directas de negocios con Campiglia y sus colitigantes, relaciones que su correspondencia hubiera podido revelar en caso de que hubieran existido, como de la declaración de los síndicos de la quiebra de Morelli; — Considerando, en fin, que no habiendo hecho ningún suministro a los apelados y no habiendo recibido de ellos ningún pedido ni tampoco ninguna declaración de garantía de suministros hechos a un tercero, Féraud no puede acusar a nadie más que a sí mismo por haber aceptado un título en el que figuraba una causa falsa y menos todavía puede lamentarse de las consecuencias legales de esta falsa indicación, ya que al actuar así se expondría a hacerse sospechoso de no haber perseguido otro fin que el de crearse una situación privilegiada para el caso de quiebra de Morelli.

Que, por lo tanto, procede desestimar su apelación.

Por estos motivos y adoptando, en lo demás, los de la sentencia apelada, se confirma ésta.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 14 *f*; §§ 23 y 20, nota 11.

En un comentario del Dalloz (loc. cit.) a esta sentencia se dice que la letra librada por Campiglia y por los otros empleados representaba una *caution,* una fianza o una garantía en favor del vendedor, Féraud; y que tal prestación de garantía era nula por violencia, aunque la cuestión pudiera ser discutible en ciertos casos. Pero en este comentario no se habla de nulidad por defecto de causa.

Ahora bien, parece evidente que la relación o negocio subyacente a la letra era una garantía, conocida, como tal, por Féraud. Así parece ser, a pesar de la observación del Tribunal de que Féraud no había recibido de los empleados de Morelli "ninguna declaración de garantía de suministros". De manera que, aunque la causa mencionada en la letra fuera "valor recibido en mercancías", ello no excluye que pudiera valer la causa real, es decir, la garantía (v. vol. I, § 22, nota explicativa n. 4).

Y una fianza o una garantía no requiere más "causa", para el acreedor garantizado, que la existencia de la obligación garantizada (v. volumen I, § 14 *f*); no es necesario demostrar que la fianza o la promesa de pagar una deuda ajena tiene una causa especial, plausible o seria que la explique o justifique (especialmente si la obligación garantizada ha nacido simultáneamente a la prestación de la fianza o de dicha promesa: véase la nota al caso Ricciardelli cr. Biondo). Tampoco es necesario que, además de la letra, exista una "declaración de garantía" enviada por el garante al garantizado, salvo para eliminar las dudas o sospechas que señalaremos inmediatamente.

La falta de una "causa" semejante solamente puede dar lugar a que se sospeche que ha existido violencia, fraude, dolo o alguna irregularidad en la formación de la voluntad. O bien en caso de duda sobre si hay intención de garantizar o de hacer una simple recomendación al acreedor (v. art. 2.015 C. c. francés, 1937, C. c. ital.), dicha falta de causa puede servir para interpretar el acto en este segundo sentido; cosa en la que no cabe pensar tratándose de una letra de cambio.

Pero no basta con una simple sospecha de vicio o de irregularidad en la formación de la voluntad. El Tribunal de Bastia, además de la tesis de la violencia, de la que quizá no estaba completamente seguro, ha invocado el "defecto de causa". Se trata, creemos, de una aplicación de aquella extensión del concepto de *cause suffisante et plausible* a que aludíamos en el vol. I, § 23 (en este sentido también, Mason, citado en las notas 1 y 9 de dicho §).

El Tribunal de Bastia se ha dejado impresionar por las circunstancias: falsedad de la causa mencionada en la letra, insolvencia de Morelli y Cía., dudas que hubiera debido tener Féraud sobre la intención de los garantes y, en general, sobre la formación regular de la garantía.

CUESTIONARIO:

1) Cabe preguntarse: si no hubiera existido el vicio o la sospecha de un vicio de violencia, ¿podrían servir las consideraciones que hace el Tribunal al atribuir a Féraud el conocimiento de que las letras carecían de una "causa seria", de que los empleados eran "gentes sin fortuna y sin crédito", etc., para considerar nulas las letras por defecto de causa?

2) ¿Fueron libradas las letras en el momento de suministrarse las mercancías o posteriormente? ¿Qué importancia puede tener esto en la cuestión?

3) ¿Cómo se resolvería este caso en el *common law*? V. vol. I, § 14 *f* y § 35 *c*; v. también § 32 *b*.

4) Confróntese el caso Féraud con el caso Navoni cr. Notari (cap. IV) e indíquense las diferencias y las analogías en cuanto a la concepción y a la función de la *cause juste et plausible* que hemos propuesto al comentar el caso Navoni (v. apartado *C* en la nota al caso Navoni).

APÉNDICE VI. Jurisprudencia española

SENTENCIA de 23 de junio de 1953

Tribunal Supremo (casación por infracción de ley). *Colección Legislativa, Jurisprudencia civil,* t. XXX, páginas 1.002-1.013. DONACIÓN DE INMUEBLES. — SIMULACIÓN. (Sentencia transcrita textualmente, salvo algunos *omissis.* — En nota: sentencias de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940, 29 de enero de 1945 y 16 de noviembre de 1956.)

Resumen de los hechos, según fueron expuestos en la demanda y en la contestación a la misma:

En 1942 surgieron desavenencias familiares entre don Gregorio S. D. y su hijo don Fernando S. B. que, con su esposa y un hijo de ambos, convivía con él. A consecuencia de estas desavenencias, don Gregorio se trasladó a casa de una sobrina suya, doña Teresa S. A., casada con don Ramón B. B., con quienes convivió hasta su fallecimiento, ocurrido el 17 de noviembre de 1943.

En su testamento, otorgado el 7 de septiembre de 1941, legaba a cada uno de sus hijos, Fernando, Juan y Dolores S. B., la suma de 250 pesetas en pago de su legítima y como liberalidad el resto, y otra suma igual a una ahijada suya; e instituía heredero en todos sus bienes presentes y futuros a su nieto Amoroso S. R. (hijo de Fernando).

Pero unos meses antes de su fallecimiento formalizó ante el Notario de Martorell, por escritura de 24 de enero de 1943, la venta de tres fincas de su propiedad, sitas en Esparraguera, a don Ramón B. y a doña Teresa S. quienes las adquirieron por mitad y pro indiviso, por el precio global de 12.000 pesetas que el vendedor confesó haber recibido con anterioridad.

Abierta la sucesión de don Gregorio S. D., su hijo don Fernando tuvo conocimiento del testamento y de la venta de que se ha hecho mención, y como padre y representante legal de su hijo menor Amoroso (nombrado heredero universal en el testamento de su abuelo) formuló demanda contra los consortes don Ramón B. B. y doña Teresa S. A., alegando que éstos se habían captado la voluntad de don Gregorio para burlar los derechos de sus hijos y de su nieto; que fruto de estas maniobras había sido aquella escritura, nula, inexistente y sin valor ni eficacia alguna por falta de

precio y por simulación; que ni los demandados habían pagado dicho precio ni podían pagarlo por carecer de la suma que se declaraba supuestamente recibida, etc. Terminaba pidiendo que se declarara nulo por simulado e inexistente y falto de causa el contrato otorgado mediante la escritura de 24 de enero de 1943.

En su contestación, los demandados admitieron implícitamente la simulación de la venta, exponiendo que don Gregorio S. D. les había manifestado repetidamente su deseo de transmitirles la propiedad de los inmuebles que poseía, para corresponder a los cuidados y asistencia que ellos le prodigaban. Atribuían a don Gregorio el propósito de donarles aquellos bienes y afirmaban que si dicho señor había preferido formalizar una escritura de venta en lugar de adoptar la fórmula de la donación, ello obedecía a razones diversas, entre ellas, probablemente, la de ahorrarse el pago del impuesto de derechos reales. En suma, venían a sostener que, aunque la compraventa fuera nula por simulación, valdría la disposición encubierta que, en realidad, constituía una donación remuneratoria válida por no ser contraria a la ley, a la moral ni al orden público.

El juez de primera instancia de San Feliu de Llobregat dictó sentencia declarando nulo, por simulado, inexistente y falto de causa el contrato de compraventa formalizado en la escritura de 1943, condenando a los demandados al pago de los frutos que hubieran percibido y podido percibir de las fincas objeto del mismo, y ordenando la expedición del oportuno mandamiento al Registrador de la Propiedad para que cancelara los asientos e inscripciones hechos en virtud de dicha escritura sobre las fincas de autos. Apelada la sentencia por los demandados, la Audiencia Territorial de Barcelona la confirmó en todos sus extremos.

Los demandados interpusieron recurso de casación por infracción de ley, alegando sustancialmente la infracción del art. 1.276 del C. c. y de la doctrina del T. S. establecida en diversas sentencias, por estimar que la tesis de la sentencia recurrida estaba en contradicción con el artículo y doctrina citados, que declaran la validez de las donaciones simuladas bajo supuestas ventas, con tal de que se pruebe la existencia del consentimiento, objeto y causa verdadera y lícita que las partes han querido ocultar, porque, una vez probados esos extremos fundamentales, los requisitos formales del art. 633 relativos a la donación estarán íntegramente cumplidos a través de las formalidades del negocio aparente.

El T. S. declaró no haber lugar al recurso, en virtud de las siguientes consideraciones:

(Omissis: *la sentencia, después de enumerar los artículos del Código civil que el recurrente declaraba infringidos, señala que solamente pueden ser tenidos en cuenta para la decisión del recurso los arts. 1.276 y 633.)*

"*Considerando que el art. 1.276 del Código civil, que en los dos primeros motivos del recurso entiende el recurrente que ha sido infringido, sienta el principio de nulidad de los contratos en los que se hace expresión de una causa falsa, dejando a salvo el caso de que estén fundados en otra verdadera y lícita, y haciendo aplicación de este precepto es evidente no sólo por la prueba practicada, y así lo declara la sentencia, sino también por propio reconocimiento de la parte demandada, hoy recurrente, que en el contrato de compraventa cuya nulidad se solicita no existió coincidencia entre la voluntad real y la voluntad declarada, falta de conformidad que integra, gramatical y jurídicamente, el concepto de simulación, pero que alegándose que el contrato de compraventa encubría uno de donación, siendo la misma parte recurrente la que afirma que era remuneratoria, preciso hubiera sido que justificara que el contrato disimulado tenía una causa verdadera y lícita y* el cumplimiento de las formalidades impuestas por la ley a su peculiar naturaleza.

Considerando que es doctrina de esta Sala, reiteradamente manifestada, y entre otras, en las citadas sentencias de 3 de marzo de 1932 y 22 de febrero de 1940, que si bien al amparo del artículo 1.276 puede admitirse la validez de los negocios simulados, es necesario que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar, y el cumplimiento de las formalidades prescritas, doctrina rigurosa que ha de ser especialmente aplicada en materia de donaciones puras y simples, cuando consta en una escritura en que se hace figurar una compraventa que es nula en cuanto falta el precio y no puede servir de donación por no resultar probada su existencia en la manera y forma que exige el art. 633 del Código civil, doctrina que en su aplicación a este caso se impugna en el recurso, sin alegar fundamento legal alguno y sí sólo que estos requisitos se cumplen en el contrato discutido bajo la forma de compraventa, argumentación que carece de eficacia, en cuanto él cumple los requisitos que se requieren para su especial naturaleza, pero no los necesarios para la donación, *y en todo caso el Tribunal de instancia, después de un examen de la prueba practicada en el juicio, sienta la conclusión de que no existió* "animus donandi" *y que está fundado en una causa ilícita, así como también no declara probado que la do-*

nación obedeciera al propósito de remunerar los servicios y ayudas económicas recibidos y que le serían prestados en lo sucesivo al figurado vendedor por parte de los también supuestos compradores, según éstos afirman, apreciación que es privativa del Tribunal "a quo", *que solamente puede combatirse por el cauce autorizado por el número 7.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, lo que no se ha hecho en la forma procesal adecuada.*" (Omissis.)

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 38, *d*, sobre la simulación. — *V. también nuestras notas a los §§ 22 y 23. Cfr. los casos franceses Peybernès cr. Moulis y Christiano cr. Raffat, estudiados en este mismo capítulo.*

La sentencia aborda el problema relativo a la simulación y lo resuelve, como puede advertirse, a base de un criterio restrictivo en la interpretación del art. 1.276. En efecto, interpretado con cierta flexibilidad, este precepto podría significar que, con tal de que la verdadera causa sea lícita y con tal de que el negocio simulado revista la misma forma *exigida para el negocio encubierto, se logra el efecto querido por las partes y se mantiene la validez del negocio disimulado o encubierto (tesis del recurrente, en este caso concreto). Pero, concretamente por lo que se refiere a la forma, cabe otra interpretación más rigurosa (la que mantiene el T. S. en esta sentencia): probada la verdadera causa del contrato, distinta de la propia del simulado, sólo puede ser válido si se han cumplido en su otorgamiento las formalidades exigidas para el negocio al que corresponda esa causa. No se trata de que el negocio simulado revista* la misma forma *que el que realmente se quería celebrar;* se trata de que revista exactamente la forma exigida para ese concreto negocio *(por supuesto siempre que exista esa exigencia de forma). Es decir, si lo que se encubre es una donación de inmuebles, que requiere escritura pública, no basta simularla en una escritura pública de compraventa sino que ha de revestir la forma de una escritura pública* de donación.

De la misma manera cabría dar al art. 633 esas dos interpretaciones, flexible una y rigurosa la otra. Pero, tal como está redactado, parece que debe predominar la interpretación rigurosa; en efecto, dicho precepto no se limita a decir que ha de otorgarse una escritura pública cuando se quiera donar un inmueble, sino que establece que la donación "ha de hacerse en escritura pública", *es decir, que la escritura ha de revelar la verdadera causa (de liberalidad) del acto que se celebra. Adviértase la minuciosidad de las exigencias que el art. 633 establece: si se imponen cargas al donatario, también las cargas han de expresarse individualmente, lo mismo que los bienes donados; si la aceptación del donatario se hace en escritura separada, debe notificarse en forma auténtica al donante, anotándose esta diligencia en ambas escrituras. Forma, causa y aceptación se compenetran en la donación tan estrechamente*

que parece imposible aislarlas entre sí de manera que pueda caer una de ellas sin arrastrar en su caída a las otras.

En el caso resuelto por la sentencia, no se llegó a probar que la donación obedeciera a motivo remuneratorio e incluso se sentó la conclusión de que no existía "animus donandi", *lo cual bastaba para justificar la nulidad del contrato por inexistencia de causa (aparte de la causa ilícita de defraudar a los herederos). Pero la sentencia revela que, aunque se hubiera probado el* animus donandi *y aunque se hubiera justificado una causa verdadera y lícita, no por ello podría quedar amparada la validez del acto por el art. 1.276, pues siempre se exigiría* el cumplimiento de las formalidades impuestas por la ley a su peculiar naturaleza.

Para comprender el alcance de esta sentencia ha de ser puesta en relación con otras del Tribunal Supremo sobre la misma materia, en la que, por cierto, no existe precisamente una total uniformidad de criterio. La misma sentencia alude a otras dos, de 3 de marzo de 1932 y 22 de febrero de 1940. Las examinaremos brevemente.

La sentencia de 3 de marzo de 1932 (Aranzadi, t. II, núm. 941) resolvió también un caso de donación encubierta bajo la apariencia de una compraventa. En primera instancia y en apelación se había declarado que la donación de ciertas fincas era válida, porque aunque había sido disimulada bajo la apariencia de una compraventa, se había formalizado ésta en escritura pública. Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, el T. S. declaró haber lugar al recurso y casó la sentencia recurrida declarando la nulidad de la donación. La sentencia es especialmente interesante por la forma en que interpreta los arts. 1.276 y 633 del C. c., con criterio riguroso — *en el sentido que hemos indicado en esta misma nota — y afirmando que tal criterio es el que corresponde a la* tradición española. *Interesante también por lo que en ella se dice sobre la función de la forma como protección del donante, de su familia y del mismo donatario:*

"*Considerando que si bien al amparo del art. 1.276 del Código civil, pueden ser admitidos los negocios disimulados, o sean, los actos jurídicos válidos y lícitos encubiertos por contratos aparentes, pero privados de la causa específica a que va unida su existencia, es necesario para que aquéllos produzcan plenos efectos que se justifique no sólo la concurrencia de los indispensables elementos personales de* capacidad *y* consentimiento, *así como la existencia del* objeto *en que han de apoyarse las relaciones obligatorias o reales ciertamente concertadas, sino también la* causa *verdadera y lícita en que se funde el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las* formalidades *que la ley exigiría a quienes actuaran paladinamente.*

Considerando que esta rigurosa doctrina ha de ser especialmente impuesta, con arreglo a la tradición española, en el campo de las donaciones puras y simples de inmuebles por reflejar las hechas intervivos más que un modo abstracto e independiente de transferir la propiedad, un acto liberal que atribuye el dominio al donatario gratuitamente y que

por significar una merma, sin contraprestación, del patrimonio del donante y un enriquecimiento sin gravamen, del beneficiario, requiere requisitos y solemnidades que protejan al transferente contra sus desordenados impulsos, a su cónyuge, a sus herederos forzosos y acreedores contra las lesiones de los derechos que el régimen económico familiar, la ley sucesoria o el principio de responsabilidad patrimonial les confieren, y al donatario contra los riesgos de una adquisición en apariencia precaria o por lo menos desprovista de las defensas que las obligaciones recíprocas y los actos formales ponen en juego.

Considerando que a tenor del artículo 633 del Código civil, para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública con expresión de los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario, pudiendo formalizarse la aceptación en la misma escritura, o en otra separada, y aunque con tales preceptos no se cierre el paso a toda donación que pretenda llevarse a cabo en un instrumento público de compraventa, los intereses más arriba mencionados no quedan a salvo si los elementos jurídicos que integran el acto disimulado y en especial el acuerdo de voluntades sobre la gratuidad, alcance y condiciones de la transferencia no son puestos de relieve de una manera indiscutible y auténtica." (Omissis.)

La sentencia de 22 de febrero de 1940 (Aranzadi, t. VII, núm. 102), citada también en la que comentamos, seguía esta misma doctrina y, en parte, transcribía literalmente el texto de la de 1932. Se trataba también de una compraventa simulada que encubría una donación de inmuebles, declarada válida por el Tribunal de instancia; el Tribunal Supremo declaró la nulidad de la donación insistiendo en la necesidad de que en los negocios simulados se justifique la causa verdadera y lícita del acto que las partes han querido ocultar, así como el cumplimiento de las formalidades impuestas por la ley.

Pero ya hemos advertido que la doctrina del T. S. sobre esta materia se resiente de algunas vacilaciones que quiebran la unidad de criterio. Al lado de estas sentencias (citadas en la de 1953) hay alguna otra que responde abiertamente al criterio contrario. Así, en una sentencia de 29 de enero de 1945 (Aranzadi, t. XIII, núm. 1.021) se admite la validez de una donación de inmuebles encubierta bajo una compraventa simulada, por estimar que habiéndose formalizado la compraventa en escritura pública quedaba con ello amparada la voluntad interna de liberalidad y la aceptación del donatario, por todo lo cual procedía apreciar en el contrato celebrado todos los caracteres de una donación perfecta e irrevocable.

* * *

En un comentario de F. de Castro a la sentencia de 23 de junio de 1953 (La simulación y el requisito de forma en la donación de cosa inmueble, *en Anuario de Derecho civil, t. VI, 1953, fasc. 4.º, págs. 1.003 y siguientes), después de señalar que la distinción francesa entre reglas*

de fondo y reglas de forma no tiene eco en nuestro Derecho, y tras un examen de la trayectoria jurisprudencial que hemos reseñado, afirma que en la sentencia de 1953 se condensa la buena doctrina sobre la cuestión y hasta pudiera pensarse que es una réplica o rectificación a la sentencia de 1945, ya que, sin citarla, se contestan pertinentemente sus consideraciones de fondo e incluso se corrige su equivocada referencia a la anterior doctrina de la Sala.

Pero, en dicho comentario, advierte el citado autor que si bien la sentencia de 1953 ha venido a cerrar el corto período de dudas abierto por la de 1945, debiéndose reconocer como indiscutible la "doctrina rigurosa" o "sano criterio restrictivo", no puede ocultarse el temor de una nueva recaída en la laxitud. *Existe — dice — la amenaza de la pseudo-equidad, de la desgraciada tendencia a interpretar las leyes sentimentalmente dejando que su sentido cambie según las circunstancias extrajurídicas del caso. Y propone, para aclarar el peligro señalado, los dos siguientes ejemplos: "una tía dona generosamente a su sobrina (por escritura de compraventa) la finca que constituye toda su fortuna, con la condición de que la cuide (a la tía), hasta su muerte; dueña de la finca, la sobrina se casa y después abandona a su anciana tía, dejándola vivir en la más negra miseria; la tía pide entonces la nulidad de la donación. Otro caso. Una huérfana de cortos años es recogida por una señora que la trata como a hija, es madrina de su confirmación y boda, mientras que la ahijada le sirve y cuida como a una madre querida; para recompensar sus desvelos y en prenda de cariño, la señora le dona sus bienes (fincas rústicas y urbanas), mas para ahorrar derechos reales hace la donación en forma de escritura pública; muerta la señora, un pariente lejano (dentro del cuarto grado) que le había manifestado despego y hasta clara enemistad, reclama los bienes, alegando su condición de heredero abintestato y la nulidad de la donación. La falta de forma es la misma en ambas hipótesis; sin embargo, sería probable que, con un criterio emotivo, en el primer caso se vea clara la nulidad y en el segundo se busquen y encuentren medios para afirmar la validez" (en loc. cit., pág. 1.015).*

* * *

La "recaída" que temía Castro se ha producido. Todavía en dos sentencias de 29 de octubre y 5 de noviembre de 1956 (Aranzadi, t. XXIII, números 3.421 y 4.114) se recoge y confirma la doctrina de las de 1932, 1940 y 1953, que hemos examinado. Pero pocos días después, en una sentencia de 16 de noviembre de 1956 (Aranzadi, t. XXIII, núm. 4.115), el T. S. desestima un recurso en el que se pedía la nulidad de una escritura de compraventa que encubría una donación de inmuebles; en la sentencia se afirma que la jurisprudencia "viene declarando que la ineficacia de la forma externa simulada no es obstáculo para la posible validez del negocio disimulado que contiene, en tanto éste sea lícito y reúna a más de los requisitos de fondo generales, los que correspondan a su

naturaleza especial...” Pero solamente cita a la sentencia de 29 de enero de 1945, cuya doctrina considera “de ineludible aplicación” al caso debatido, sin hacer ninguna referencia al criterio contrario mantenido, entre otras, por las sentencias de 1932, 1940 y 1953. En el considerando que aborda esta cuestión se dice que “si los otorgantes utilizaron para su convenido negocio la forma de escritura pública y consta la aceptación de los fingidos compradores y reales donatarios... ha de estimarse el negocio donación perfecta”, etc.

CAPÍTULO VII

SOBRE LA TEORÍA DE LA FUNCIÓN ECONÓMICO-SOCIAL DEL CONTRATO

FIAT cr. CARRAIN

Corte App. Venezia, 12 noviembre 1952. — *Giur it.*, 1953, I, 2, p. 216. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis*.)

(Omissis). — DERECHO: El *pactum de non alienando*, sobre el cual se discute, obligaba al comprador a no revender o ceder a terceros el uso permanente del automóvil adquirido, durante un período de seis meses a partir de la fecha de entrega, bajo pena de pagar una cantidad igual a la mitad del precio de adquisición.

El Tribunal de instancia ha negado la existencia del requisito establecido en la última parte del art. 1.379 del C. c. (1) argumentando en la forma siguiente:

a) La casa Fiat afirma tener interés en impedir las especulaciones de los revendedores, ya que al introducirse en el mercado automóviles a precio aumentado se perturba el desarrollo normal del comercio de automóviles. Pero la disciplina de los negocios no puede corresponder a la casa Fiat; dirigida a proteger a la colectividad, tal disciplina corresponde al Estado o a las otras personas jurídicas en quienes éste delegue para tal fin;

b) Afirma que la cláusula se dirige a proteger a sus clientes contra la especulación; pero quienes deben preservarse de ésta son los terceros;

c) Añade que dicha cláusula tiende a defender su nombre comercial. Pero no existe la posibilidad de un descrédito para la

(1) *Nota del traductor:* El artículo del Código civil italiano a que se alude en la sentencia se refiere a las prohibiciones de enajenar y dice que no serán válidas si no se mantienen dentro de convenientes *límites de tiempo* y si no responden a un *interés apreciable* de una de las partes.

casa Fiat, sino que incluso queda reforzado su buen nombre por el hecho de que, pese a la demanda de automóviles a precio aumentado, dicha casa continúa vendiendo a precio normal;

d) Afirma, por último, que la especulación provoca una desviación de la clientela que, pudiendo adquirir inmediatamente del tercero, ya no se dirige a ella que sólo vende previo encargo y, por lo tanto, con entrega diferida. Pero, aunque se eliminara la especulación, no podría nunca obligarse al comprador a esperar su turno, porque, de hacerse así, el interés de éste quedaría perjudicado a fin de satisfacer el interés de la casa Fiat. Y en la colisión entre estos dos intereses, el primero de ellos, concreto y actual, ha de ser protegido porque se funda en la exigencia de la libertad del comercio, mientras que el segundo, por ser eventual e incierto, no puede ser apreciado.

Sin embargo, las argumentaciones del Tribunal (de instancia) no convencen.

1. Hay que considerar, ante todo, la naturaleza del interés protegido por la norma en cuestión.

Para que un interés sea apreciable no siempre se requiere que tenga contenido patrimonial. El Informe del Ministro de Justicia (n. 630) al comentar el art. 1.379 del C. c. aclara: "...para que este pacto sea válido, el interés podrá tener carácter moral y afectivo, podrá dirigirse a la protección de un derecho propio o también de un derecho ajeno, pero en todo caso deberá presentarse como interés susceptible de tutela...". Y de tal observación es fácil deducir la amplitud de contenido que puede llegar a tener el interés de prohibir que no se ceda a otros, dentro de un período de tiempo razonable, el derecho adquirido.

Hay que observar, pues, lo siguiente: el *pactum de non alienando* está indudablemente sometido a la disciplina general de los contratos. Dicho pacto da lugar a un vínculo que tiene fuerza de ley entre las partes (art. 1.372 del C. c.) y no afecta a los terceros que, precisamente por serlo, son extraños al pacto.

Si a consecuencia del pacto son lesionados sus derechos, los terceros podrán pedir la protección de su interés aisladamente o interviniendo en el eventual litigio entre los contratantes; pero entre las partes, en defecto de una sentencia que modifique el valor del pacto en función de los derechos reconocidos a dichos terceros, el contrato ha de ser respetado y cumplido, siempre que no sea inválido por alguno de los vicios previstos por la ley.

Entre las causas de nulidad figura la existencia de una causa ilícita, es decir "... contraria a normas imperativas, al orden pú-

blico o a las buenas costumbres..." (arts. 1.343 y 1.418 del C. c.), y efectivamente, en tales casos viene a faltar uno de los requisitos esenciales del contrato (art. 1.325, n. 2, C. c.).

Ahora bien, sólo en esta última hipótesis merece protección el interés del tercero, considerado como colectividad; pero fuera de ella, no se puede atacar la eficacia jurídica del vínculo querido por las partes.

Sentado esto, ¿puede decirse a la vista de las consideraciones desarrolladas por el Tribunal, que la cláusula en cuestión haya tenido una causa ilícita?

Evidentemente no. Aunque la sentencia se preocupa de reservar al Estado o a las Entidades oficiales la intervención en la normalidad del comercio, o de dar preferencia a la libertad del mismo, no afirma en modo alguno que la cláusula en cuestión tenga causa ilícita, como sucedería si, por ejemplo, el pacto obligara al adquirente a no enajenar nunca a nadie, violándose así el derecho de libertad personal y, por lo tanto, el orden público.

Evidentemente, al desestimar el interés de la casa Fiat — considerándolo "... debilitado y casi inconsistente..." y con carácter de "... eventualidad..." — por entender que dicha casa no puede interferir en la libertad y normalidad del comercio, el Tribunal pensó en aquellos terceros anónimos que querrían adquirir inmediatamente sin tener que esperar el turno de entrega de encargos. Pero, ¿qué derecho tienen esos terceros a ser, por así decirlo, protegidos de oficio? En el juego variable de la oferta y la demanda, son las condiciones de venta las que determinan la marcha de los negocios, y la casa Fiat, al dirigirse al público, pone sus condiciones: venta previo encargo, con prohibición de enajenar durante seis meses. Quien quiere, acepta libremente y queda obligado. El que llega tarde, o se pone en turno o renuncia a la adquisición.

¿Qué suprema exigencia es la que autoriza a interferir en un comercio entre particulares organizado de esta forma, perturbando el principio de la libertad de contratación?

Pero, aunque se admitiera que la cláusula en cuestión deba quedar sometida a la invocada libertad del comercio, no puede ciertamente darse el nombre de comercio a la denunciada especulación de los revendedores, pues éstos llevan a cabo un verdadero acaparamiento y no una competencia comercial, como la que pueda existir entre firmas industriales.

Resumiendo: para valorar la posibilidad de apreciar el interés del contratante no debe tenerse en cuenta el presunto interés de los terceros extraños al contrato; sino, concretamente, el interés

de la parte en cuyo favor se haya estipulado el pacto, salvo que la cláusula sea inválida por tener causa ilícita.

2. Pasando ahora a considerar si en este caso existe un interés apreciable para la casa Fiat, hay que observar que la misma sentencia apelada lo ha admitido, aunque negándole relevancia jurídica por su debilidad y su carácter genérico, y porque chocaría con el interés de los terceros. Por eso, descartada por las consideraciones anteriores la razón para negar eficacia a tal interés, bastaría ya con ello para mantener la validez de la cláusula.

Pero conviene precisar ahora, aunque sólo sea sucintamente, los distintos argumentos que fundamentalmente apoyan esta opinión.

a) La casa Fiat, como cualquier otra empresa industrial, tiene su plan de producción, preestablecido de acuerdo con sus posibilidades de fabricación y con la capacidad de absorción de los mercados interiores y extranjeros. Tiene un interés evidente en que dicho plan de trabajo y de ventas se desarrolle según el ritmo previsto. Ahora bien, las adquisiciones de los especuladores conducen a una inflación de la demanda con grave repercusión sobre dichos planes de trabajo.

Sostiene el apelado que el único interés de la casa Fiat es un interés acaparador, puesto que se dirige a someter la demanda a su insuficiente capacidad productiva. Pero tal objeción carece de consistencia: en efecto, los adquirentes ya saben, cuando contratan, cuáles son las condiciones de adquisición: entrega por orden de encargo, como dice el contrato: "... no siendo apenas posible en relación con los compromisos asumidos y con las posibilidades de producción de la fábrica...". Por eso mismo, el comprador acepta libremente la entrega aplazada según razonables previsiones de tiempo, contando con la seriedad de la firma y con la normalidad de su ritmo de producción. Cuando no pueda o no quiera esperar, podrá siempre dirigirse a otra firma constructora de automóviles.

b) Además de este importantísimo interés económico, la casa Fiat tiene otros no menos importantes: en primer lugar, un interés de carácter moral. En efecto, el acaparamiento puede dar motivo a sospechas sobre su buena fe, pudiendo pensar alguno que dicha casa se vale de fiduciarios secretos para obtener, mediante entregas inmediatas o en plazo breve, precios muy superiores a los del catálogo y para conseguir así enormes ganancias, en perjuicio de los otros clientes, inscritos en la lista de encargos y no dispuestos a afrontar un dispendio mayor.

c) Además, el acaparamiento desvía la clientela, porque si hay poca diferencia entre el precio de entrega inmediata — es decir, el exigido por el especulador — y el precio de otra fábrica, el comprador puede preferir dirigirse a esta última, con la ventaja de obtener un automóvil nuevo en lugar de uno de segunda mano.

d) Por último, esta maniobra ocasiona graves alteraciones en la distribución de los porcentajes de venta a los concesionarios de zona.

En efecto, cuando el especulador adquiere en una zona y revende en otra, el concesionario de la primera obtiene la comisión que hubiera debido corresponder al de la segunda. Si se tiene en cuenta, además, que los revendedores operan en los centros de mayor demanda, es fácil imaginar los graves daños que sufren los concesionarios de tales plazas. Y no puede decirse que la especulación lesione solamente los intereses de estos últimos y no los de la casa Fiat, porque el descontento de los concesionarios incide sobre las buenas relaciones entre éstos y los representantes, con grave repercusión en la buena marcha de toda la organización.

Si a los argumentos que anteceden se añade que el apelante, en defensa de su buen nombre, tiene también un interés genérico en que no se especule con sus productos y en prestar a los adquirentes directos el servicio gratuito de asistencia y de control durante el período "de rodaje" de sus automóviles, se debe necesariamente concluir que es importantísimo, tanto en el aspecto económico como en el aspecto moral, el interés de la casa Fiat al estipular el *pactum de non alienando* con sus adquirentes, según lo dispuesto en el art. 1.379 del C. c.

Por tanto, la sentencia del Tribunal, aunque desarrollada con notable claridad de juicio, no puede ser confirmada en esta sede.

3. Se alega también la no manifestación del interés a la otra parte. Ninguna norma impone que, para la validez del contrato, deban comunicarse a cada una de las partes todas las razones que inducen al otro contratante a pedir la estipulación de una determinada cláusula. Basta con que la obligación establezca un vínculo que se pueda justificar a la luz de la lógica habitual en los negocios, y que sea lícito. En este caso se ha advertido que existe concretamente un interés y que no hay ninguna ilicitud de causa.

4. Se lamenta la excesiva duración del período de prohibición.

Es éste, el del conveniente límite de tiempo, el otro requisito exigido en el art. 1.379 del C. c. para la validez de la prohibición de enajenar. Pero en este caso, si se tiene en cuenta la duración de

la vida de un automóvil y, por lo tanto, la posibilidad de libre reventa del mismo en el tiempo posterior al período de prohibición, es evidente que la cláusula en cuestión queda contenida dentro de un límite de tiempo razonable. En definitiva, los seis meses coinciden con el período "de rodaje", en el que todavía puede considerarse que el automóvil se encuentra en la fase de comprobación.

Por lo tanto, la objeción no tiene consistencia y el pacto es válido también en este aspecto.

5. Se dice también que la cláusula es nula por tener carácter real. El carácter real derivaría, según el apelado, del derecho que se reserva la casa Fiat de perseguir el automóvil mediante secuestro, aunque esté en poder del tercero adquirente. Sin embargo, la cláusula contiene una simple reserva y la concesión del secuestro constituirá siempre una facultad del magistrado, quien podrá concederlo o negarlo; de donde resulta que la cláusula no tiene eficacia *erga omnes*. En todo caso, la invalidez de dicha cláusula quedaría limitada a la reserva de la facultad de secuestro y no afectaría al pacto de no enajenar, que no se refiere a los terceros y tiene valor de obligación entre los contratantes. *(Omissis.)*

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 19, especialmente notas 24 y 27; y § 20 *a*.

El comentario a este caso se ha hecho ya en los pasajes citados del volumen I, a los que nos remitimos. Véanse también, en cuanto a la sentencia del Tribunal de Padova reformada por el Tribunal de Apelación, la nota crítica de Branca, en *Foro Padano*, 1952, I, 728; la opinión, conforme con la sentencia, de Volpi, en *Le Corti di Brescia e Venezia*, 1952, 87; y la nota crítica de Carozza, en la *Nuova Riv. di dir. comm.*, 1952, II, 94.

Sobre el problema análogo de los *contracts in restraint of trade*, véase segunda parte de este volumen, en la nota al caso Wyatt cr. Kreglinger. Adviértase que en el caso FIAT cr. Carrain, como casi siempre ocurre en la práctica, faltaba una compensación específica a cambio de la prohibición de enajenar; por lo cual era necesario apreciar el interés del promisario (v. vol. I, § 19, nota 27).

Al hacer la comparación entre el interés social en la libertad del comercio o en la libre circulación de los bienes y el interés individual en la prohibición de enajenar (comparación que debería servir también para apreciar el carácter razonable de la prohibición y de su duración), el Tribunal de Padova había dado preferencia al primero; es más, su sentencia casi parece estimar que solamente un interés social podría justificar el pacto de no enajenar.

Por el contrario, el Tribunal de Venezia ha estimado acertadamente

que basta con un interés individual. Pero parece haber exagerado al estimar que es suficiente un interés insignificante o de cualquier naturaleza; y que el pacto de no enajenar *no es, por sí mismo, ilícito,* siendo así que sólo deja de serlo en presencia de un interés individual apreciable o plausible según criterios sociales u objetivos; un interés, apreciado en esta forma, que compense el perjuicio sufrido por la sociedad en relación con el principio de libre circulación de los bienes. En este punto parece tener razón el Tribunal de Padova cuando dice que "en la colisión entre los dos intereses, el primero de ellos, concreto y actual, ha de ser protegido porque se funda en la exigencia de la libertad del comercio, mientras que el segundo, por ser eventual e incierto, no puede ser apreciado". Sólo cabe discrepar de la opinión del Tribunal sobre este último punto en atención a las circunstancias del caso concreto.

Sin embargo, el Tribunal de Venezia, a pesar de su criticable punto de partida, pasa después a demostrar que en aquel caso existía un interés individual de la casa FIAT, apreciable y relevante según los mencionados criterios objetivos.

Como hemos indicado en el vol. I, § 10, nota 27, la existencia de un daño patrimonial y del correlativo interés parece que puede servir para resolver la cuestión. Pero puede tratarse también de un interés moral; en cuyo caso surge el problema de la posibilidad de sancionar el pacto; y, ante la imposibilidad o la dificultad de liquidar el daño, la sanción consistirá generalmente o en la ejecución en forma específica (v. en el caso FIAT el intento de sancionar el pacto mediante un secuestro) o en una cláusula penal: v. vol. I, § 19, nota 27 y § 21 *a.* Precisamente en el caso de que se trate de este interés moral será cuando surja el problema relativo a la existencia de un interés individual, apreciable y relevante según los mencionados criterios objetivos.

En el caso Fernández cr. Vitiello y Avitabile, Cass. 4 agosto 1936, citado en vol. I, § 19, nota 27, el padre de Vitiello le había hecho donación de unos inmuebles "con la finalidad expresa de sostener las cargas de la familia" y con prohibición de cederlos o gravarlos durante su matrimonio. Vitiello había constituído una hipoteca en favor de Fernández e invocaba después aquella prohibición para oponerse a la ejecución. El Tribunal de Apelación había considerado válida la prohibición de enajenar "porque estaba limitada en cuanto al tiempo y justificada por *intereses apreciables,* como eran los de la familia que el donante quería proteger".

El Tribunal de Casación siguió en este punto a la sentencia de Apelación advirtiendo que, aunque no se tratara de una constitución de dote, existía en aquel caso una donación *por causa* de matrimonio, causa o interés jurídicamente relevante. Y continuaba diciendo: "Entonces, la cuestión acerca de la validez de tal pacto ha de resolverse según los principios generales que imponen la exigencia de no vulnerar en sus caracteres esenciales el derecho de propiedad, especialmente el llamado *ius disponendi* que es una de sus manifestaciones. Para resolverla bas-

tará decir que sólo son nulas las cláusulas que impongan una prohibición perpetua y absoluta de enajenar, pero no aquellas en las que la prohibición esté limitada en cuanto al tiempo y revele que el disponente se ha decidido a establecerlas por motivos jurídicamente apreciables, en beneficio propio o de terceros, o de aquellos en cuyo favor se haya hecho la disposición. Y del mismo modo que se ha hecho alusión a este último elemento, puesto que la finalidad de esta prohibición coincide con la de la prohibición lícita de enajenar la dote, se observa que el otro requisito, el de la temporalidad, concurre evidentemente, ya que el término se refiere a un acontecimiento — la disolución del matrimonio — que, aun siendo incierto en cuanto al tiempo, es objetivamente cierto (*incertus quando*, pero no *incertus an*).

"Pero, admitida la validez del pacto de no enajenar los inmuebles (hayan sido objeto de donación o de cualquier otro acto de disposición) debe excluirse que puedan beneficiarse de dicho pacto los mismos esposos Vitiello.

"Con pleno fundamento, y después de haber observado que a raíz del fallecimiento de su padre habían venido a confundirse en Vitiello las cualidades de donatario y de heredero del donante, Fernández había planteado en la apelación el evidente absurdo de una condición que Vitiello hubiera hecho valer contra sí mismo; concretamente alegó después, en el tercer motivo del recurso, que Vitiello, que había concedido la hipoteca, no podía oponer la nulidad sino que debía garantizar lo hecho por él; y que ni Avitabile, quien a despecho de la prohibición había transmitido el usufructo sobre los inmuebles hipotecados, ni el mismo Vitiello conjuntamente con su mujer en su calidad de representantes de los hijos nacidos y por nacer, a quienes se transmitió la propiedad, pueden oponer a Fernández la validez del pacto, habiéndolo violado ellos mismos."

Por estos motivos el Tribunal Supremo casó la sentencia impugnada.

Se trataba, en este caso, de un interés moral que el Tribunal consideró jurídicamente apreciable, por los motivos expuestos. Téngase en cuenta que no existía en aquella época una norma como la del vigente artículo 1.379 del C. c. ital. El Tribunal Supremo, sin embargo, estima que en la práctica el pacto no puede oponerse a los terceros. Cabe preguntarse cuál podía ser en este caso la sanción para el incumplimiento del pacto de no enajenar.

NOTA SOBRE LA TEORÍA DE LA FUNCIÓN ECONÓMICO-SOCIAL. — Con el caso FIAT-Carrain y con otros recogidos a lo largo de este volumen, así como con los citados en el vol. I, § 19, creemos haber demostrado los errores de dicha teoría y que los problemas para los que se invoca la "función económico-social del contrato" pueden y deben resolverse sin necesidad de recurrir a ese concepto polivalente y nebuloso.

El lector, reflexionando sobre todos aquellos casos, sobre lo dicho en el vol. I, § 19 *b*, y especialmente sobre los casos Stella cr. Gangemi,

Ricciardelli cr. Biondo y Fiammingo cr. Opera Naz. Combattenti, podrá darse cuenta de que el concepto de la función económico-social se ha hecho intervenir en esos casos para resolver problemas distintos entre sí y de contenido diverso, y de que éstos problemas pueden también resolverse sin necesidad de recurrir a dicho concepto.

En particular, por lo que se refiere al caso Stella cr. Gangemi, el lector podrá plantearse las cuestiones siguientes:

1) ¿Es posible, sin recurrir a la teoría o a la "técnica" de la función económico-social, resolver el problema a que se refiere la primera parte de aquella sentencia y resolverlo en el mismo sentido que ésta, es decir, en el sentido de entender que para la calificación de un acto como donación remuneratoria y para la consiguiente exclusión de la posibilidad de revocar la donación, de la obligación de alimentos frente al donante, etc., no es necesario que el "motivo" de remunerar resulte del documento público?

2) ¿Constituye verdaderamente un "motivo" de la donación remuneratoria la finalidad de remunerar un servicio o la de reparar un daño? ¿O es más bien una "causa secundaria", como la carga, que no ha de resultar necesariamente del documento público, sin que por ello deba quedar reducida a un mero "motivo" ya que influye, como reconoce la sentencia, en el régimen de la revocación y del deber de prestar alimentos al donante, etc.? V. nota al caso Magenis, apartado *b*.

¿No sería suficiente, en vez de recurrir al concepto de función económico-social, pensar en algo semejante al *billet non causé,* para establecer la posibilidad de no mencionar la "causa secundaria" en el documento público? Por lo demás, ni siquiera es necesario mencionar en él la "causa principal" de liberalidad: v. vol. I, § 34, nota 10.

CAPÍTULO VIII

UN CASO NO CLASIFICADO

CECCHINI cr. GIACOMELLO

Pretura Vicenza (1), 22 diciembre 1937. — *Foro it.* 1938, I, p. 1.421. (Sentencia transcrita textualmente, salvo los *omissis.*)

"*(Omissis)*. — Las personas no pueden comerciar con elementos de su propio cuerpo que desintegren o disminuyan su personalidad, necesaria para el cumplimiento de los deberes y de las funciones sociales. Pero, así como está permitida (aunque con diversas limitaciones y precauciones legales) la libertad de disposición de la propia actividad personal, aunque de ello pueda resultar fatiga, dolor y peligro para la vida, está igualmente permitida la enajenación de una parte conveniente de la propia sangre, que incluso merece estímulos y elogios porque con ello puede salvarse de graves peligros a quienes tienen necesidad de la sangre ajena.

En efecto, a pesar de la enajenación de una parte de la sangre del cuerpo humano (como de una parte de la propia piel o de la leche de la nodriza) subsiste íntegra la personalidad, porque la sangre, la piel y la leche (y lo mismo podría decirse de la cabellera femenina) se renuevan de manera que hace posible un desprendimiento sin perjuicio grave ni duradero para la persona.

Dicha parte de sangre constituye un bien del que la persona puede voluntariamente disponer, por no estar vinculada aquella sangre a un destino esencial o integración personal ni a una finalidad de interés general, y con mayor razón si se trata de salvar de un grave peligro a otra persona.

De ahí que el facultativo que lleva a cabo la transfusión no cometa delito de lesiones (art. 54, del C. penal).

Si se puede disponer gratuitamente de una parte de la propia sangre mediante donación o prestación gratuita, no hay motivo

(1) *Nota del traductor:* La *Pretura* es una jurisdicción inferior, que puede considerarse equivalente a nuestro Juzgado de Paz. Está a cargo de un magistrado a quien no se le llama juez, sino *Pretore.*

para que no se pueda disponer también de ella a cambio de una compensación, mediante venta, obligación de hacer o arrendamiento de servicios (contrato innominado).

La transfusión de sangre es una operación quirúrgica de reciente aplicación, lo mismo que el trasplante de piel, y por evidentes razones especiales se suele recurrir a personas que se prestan a ello por espíritu altruísta y eminentemente humanitario. Pero estas personas, inscritas generalmente en listas especiales, pueden faltar o no ser aptas; y entonces surge la necesidad de pedir el sacrificio de otras personas, a las que hay que atraer mediante compensaciones. No consta que el actor se hubiera inscrito en la lista de los beneméritos donantes de sangre; y, por el contrario, se le elegiría y requeriría para el caso en cuestión prometiéndole una compensación. Es posible que sólo por efecto de esta promesa accediera a la petición de transfusión de su sangre en la elevada medida de 800 cms. cúbicos en sólo nueve días, ya que no tenía especiales deberes o sentimientos para con la enferma, y que podía preverse que se le ocasionarían daños o gastos por la necesidad de recibir una alimentación especial reconstituyente, gastos probablemente insoportables para un simple obrero como era él.

Algunos enfermeros, quizá para ganar consideración o méritos en el Hospital en que prestan servicio, o algunas personas generosas dotadas de sangre exuberante, pueden hacer donación de parte de su sangre; otras personas decididas o generosas pueden exponerse a graves peligros para salvar a otros de daños inminentes, cuando la urgencia impida contratar su prestación preciosa. Pero cuando los donantes generosos no se presentan, no hay otro modo de obtener ayuda más que compensándola y protegiendo la compensación. Quien tiene necesidad de una hermosa cabellera la compra, y quien necesita una nodriza la retribuye. Algunos sostienen que ni siquiera se pueden vender partes no indispensables del propio cuerpo, a menos que hayan sido separadas de él. Pero si se puede vender separada la cabellera, se podrá también cortarla para venderla. La leche de la nodriza pagada es una transfusión de leche, a menudo no demasiado abundante y sustraída a su propio hijo. Si este hecho no repugna, es solamente porque siendo antiguo y universal el servicio de las nodrizas, la gente ha podido llegar a ser razonable y realista sobre este punto. Así irá sucediendo también gradualmente, a medida que se generalice de modo progresivo el empleo de la transfusión de sangre, del trasplante de piel y de otras curas quirúrgicas semejantes, ya en uso o que se introducirán en el futuro.

No se puede negar que al hacer la extirpación del tejido cutáneo o la punción para la extracción de sangre, se causa una lesión en los tejidos humanos y, por lo tanto, desde el punto de vista médico-legal, una lesión personal. Tampoco puede negarse en estos casos, especialmente en las hipótesis de transfusión de sangre, la normalidad de una reacción febril del organismo, debilitado por la extracción de la sangre.

La sangre, como la piel y como la leche de las nodrizas, no están en sentido estricto dentro del comercio de los hombres, es decir, no se encuentran en las tiendas o en los mercados; pero aunque no sean cosas corrientes son cosas utilizables, es decir, bienes de los que no está prohibido disponer y que lo mismo pueden cederse que negarse a otros por razones particulares.

También la asistencia a los enfermos, gran virtud religiosa y cívica, se retribuye generalmente (enfermeros, sanitarios) ; e igualmente se retribuyen los cuidados piadosos a los difuntos. No hay, pues, motivo para declarar la nulidad del contrato por considerar que la cosa esté fuera del comercio o que la causa sea ilícita; y no hay indeterminación del objeto (retribución) por el hecho de que todavía no se haya determinado, con tal de que pueda ser determinable de alguna manera (art. 1.117 del C. c.), teniendo en cuenta el beneficio procurado a la enferma (beneficio fisiológico y ahorro de medicinas y de curas reconstituyentes) y el daño del actor (daño fisiológico y gastos para recuperar la sangre cedida), en relación con la posición económica de dicha enferma.

En resumen, el actor pide la retribución de su prestación o el resarcimiento de lo que le ha costado *(pretium sanguinis vel damnum)*. No hay pues cambio de título, que sigue siendo el mismo (transfusión de sangre), porque la palabra *damnum* se usó, evidentemente, no para indicar el *id quod interest* de un cumplimiento, sino una norma para la valoración de la retribución solicitada. Si el actor se hubiera obligado a prestarse a la transfusión y después se hubiera negado inesperadamente, no hubiera sido posible someterle a una ejecución forzosa (dado su derecho a la integridad física) pero sí exigirle responsabilidad por daños; y si con su sangre hubiera infectado al enfermo, aunque fuera involuntariamente, habría merecido las sanciones que establecen el art. 590 del C. Penal y el 1.151 del C. civil.

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 19 *c, d*; § 10, nota 1; § 14 *e*; § 14 bis; § 20 *b*; § 27 *c*, 4.°; v. también la nota introductiva al capítulo IV y el cap. V.

No hemos clasificado este caso porque en él se plantean un poco todos y cada uno de los problemas discutidos en el vol. I. En él se advierte cuáles son los verdaderos problemas del contrato, en contraposición a los problemas creados por la teoría de la función económico-social o por otras vagas concepciones de la "causa". Confiamos en que el lector se dará cuenta de ello cuando responda a las cuestiones que siguen, que, adrede, han sido redactadas de modo más conciso que el acostumbrado y con remisiones más genéricas. Llamamos especialmente la atención sobre la cuestión 3.ª

El argumento de la parte que se negaba a pagar la sangre recibida y la misma sentencia parecen fundarse en el presupuesto de una concepción unitaria del contrato sinalagmático, según la cual, si es nula una de las promesas u obligaciones, la de dar la propia sangre, debe ser nula también la de la retribución y, por lo tanto, será nulo todo el contrato. Así se explica la larga disquisición del Juez para demostrar que la enajenación o la obligación de dar la sangre no era ilícita, sino que estaba permitida.

La sentencia trata también, más o menos directamente, el problema de la responsabilidad de quien da o promete dar su propia sangre a título gratuito.

Convendrá, pues, examinar separadamente el problema del contrato sinalagmático y el del contrato a título gratuito.

En cuanto al primer problema, prescindimos de la hipótesis de que la operación de transfusión de sangre constituya en sí misma un delito, o de que, por lo menos, no se deba reconocer un derecho a la retribución para no estimular una especulación sobre operaciones de esta naturaleza. En ambas hipótesis, es evidente que todo el contrato sinalagmático sería nulo por ilicitud.

Pero supongamos, lo que a nuestro juicio no es improbable, que la operación de transfusión de sangre, aun sin constituir delito o sin ser ilícita su retribución, no pueda constituir el objeto de una obligación. En este caso, lo que será ilícito, o lo que quedará sin sanción jurídica, será solamente el hacerse prometer, como vínculo *jurídico* para el promitente, una prestación de esta clase; como vínculo jurídico, es decir, con la posibilidad de ejercitar una acción judicial para obligar al donante de sangre a mantener su promesa, haciéndolo directamente, mediante la ejecución en forma específica, o indirectamente, mediante la condena al resarcimiento de los daños causados por el incumplimiento. Adviértase que en muchos casos, cuando se habla de contrato ilícito se quiere aludir, más o menos claramente, a una ilicitud en este sentido.

Si se admite esta opinión, contraria a la de la sentencia, se plantean los problemas siguientes:

1) ¿Puede admitirse la mencionada concepción unitaria del contrato sinalagmático o de su causa, que implicaría también *en todo caso* la nulidad de la promesa de pagar una retribución a quien ha prometido dar la sangre?

2) En cuanto a la responsabilidad de este último, y si no existe una responsabilidad contractual, ¿puede existir una responsabilidad extracontractual por no haber cumplido la promesa o por haberla cumplido mal? (sangre infectada, etc.). ¿En qué condiciones y con qué alcance? Es decir, ¿cómo se distingue en la práctica esta responsabilidad no contractual de la responsabilidad contractual?

3) En cuanto a la mencionada hipótesis de una promesa de dar la sangre sin retribución, *y admitiendo que pueda existir en abstracto una responsabilidad contractual,* ¿cómo podrá surgir, y con qué efectos, un vínculo jurídico contractual?

¿Cómo se distinguiría, en sus efectos prácticos, esta responsabilidad contractual de la derivada de un contrato a título oneroso? ¿En qué se diferenciaría, siempre en cuanto a los efectos prácticos, de una responsabilidad extracontractual?

Segunda Parte

JURISPRUDENCIA O *CASES* DEL *COMMON LAW*

CAPÍTULO I

CONTINUIDAD HISTÓRICA: PRECEDENTES ANTIGUOS (PERO SIEMPRE VIVOS)

ADVERTENCIA. — La finalidad de este capítulo es la de mostrar la continuidad en la evolución del *common law* y cómo desde los siglos XVI y XVII, y aún desde antes, se ha ido formando la concepción fundamental del *contract* como *bargain* (v. vol. I, § 26). No puede decirse lo mismo, indudablemente, del *civil law;* un precedente judicial, un estatuto, una costumbre de aquellos siglos, servirían de bien poca cosa si fueran invocados como argumentos de autoridad en el Derecho moderno; y, en verdad, nadie piensa en invocarlos. En cambio, en el *common law* todavía hoy conservan valor, y siguen invocándose en cuanto se presenta la ocasión, los casos recogidos en este capítulo y otros semejantes.

WEBB'S CASE

King's Bench, 1577. — 4 Leonard, 110

"CONSIDERATION" COMO "DETRIMENT": RELACIONES CON EL PROBLEMA DEL ERROR SOBRE UNA CUALIDAD (¿ESENCIAL?) DE LA MISMA.

(Caso en parte resumido y en parte transcrito textualmente.)

A tiene una deuda frente a *B* y *B* frente a *C*. Este último, que será después el demandado o *defendant,* promete a un tercero *D* (el actor o *plaintiff*) 10 libras esterlinas, si *D* le consigue una "*letter of attorney*" de *B* para reclamar en juicio contra *A*. Objeción del demandado: él no ha obtenido nada *(any consideration)* a cambio de su promesa, más que el "*labour and travel*" del actor *D,* porque la "*letter of attorney*" no servía para accionar contra el deu-

dor, es decir, para hacer prácticamente eficaz una cesión de créditos.

La excepción es rechazada: "*for in this case not so much the profit which redounds to the defendant, as the labour of the plaintiff in procuring the letter of attorney is to be respected*" (porque en este caso se debe tener en cuenta no tanto el beneficio que obtiene el demandado — promitente — como el trabajo desarrollado por el actor para procurarle la *letter of attorney*).

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 26 *a*; § 30 *a*.

La *letter of attorney* debía servir en la práctica para realizar una cesión de créditos *(assignment)* mediante un poder. V. a este propósito nuestro artículo *Causa, consideration e forma nell'atto di alienazione inter vivos*, en *Riv. dir. comm.*, 1952, I, p. 267.

La solución de este *case* se inspira en la idea del *detriment* como *consideration*.

Cfr. también el caso Knight v. Rushworth.

Sobre la *consideration* consistente en procurar, remitir o restituir un documento nulo o ineficaz para su finalidad, v. el caso Haigh v. Brooks y la nota al mismo.

Cuestionario:

¿Cómo se resolvería este caso en el *civil law*? ¿Qué influencia podrían tener nuestros principios en materia de error (en relación con el valor jurídico del documento, o *letter of attorney*, cuya obtención se había solicitado)?

Sturlyn v. Albany

King's Bench, 1587, *Cro. Eliz.*

(Crokes King's Bench Reports temp. Elizabeth), 67.

"Consideration: adequacy". — Promesa de pagar una deuda ajena, condicionada a la exhibición de una prueba documental.

(Caso en parte resumido y en parte transcrito textualmente.)

El demandante, Sturlyn, había dado un inmueble en arrendamiento o goce vitalicio *(lease for life)* a cierto J. S., que había cedido su derecho de goce al demandado, Albany. El canon no había sido pagado y se debían también algunos cánones atrasados. Al parecer, estos últimos no se debían por el demandado o, al menos, no podían reclamarse mediante una acción personal o de obligación como la promovida por Sturlyn. Cuando éste exigió a

Albany el pago del canon, respondió este último que si el primero podía exhibir *(to show)* un documento sellado o *deed* que probara que se debía un canon, él pagaría el canon y los atrasos. Sturlyn exhibió el documento *(showed the act)*.

Excepción del demandado Albany: "*there was no consideration to ground* (para fundar) *an action, for it is but the showing of the deed*" (porque se trataba solamente de exhibir el documento). El simple hecho de exhibir un documento no es una *consideration*. La excepción fué rechazada por el Tribunal porque: "*when a thing is to be done by the plaintiff, be it ever so small, this is a sufficient consideration to ground an action*" (cuando el actor — promisario — debe hacer alguna cosa, esta cosa, por pequeña que sea, es una *consideration* suficiente para fundar una acción). Hay que añadir, ciertamente, la razón fundamental de que en este caso la exhibición del documento servía para evitar un pleito.

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 26 *a* y § 30 *a*.

Este caso se cita todavía por la doctrina y la jurisprudencia como autoridad en materia de irrelevancia de la *adequacy*: v., por ej., el caso Allegheny College, y vol. I, § 30, nota 3.

Para alguna analogía, aunque con diferencias, v. el Fooly and Preston's case, recogido en mis *Appunti sul contratto obbligatorio, Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1953, p. 39.

Como observa Corbin, *Cases on the law of contracts*, St. Paul, Minn., 1947, p. 209, probablemente el *landlord* Sturlyn podía obtener el pago de los atrasos mediante una especie de acción real sobre los muebles de propiedad del demandado Albany existentes dentro de la finca. Pero Sturlyn prefirió ejercitar la acción personal, fundada en la promesa o *assumpsit*.

No se discute en este caso si el documento era o no era válido; pero parece que, al menos implícitamente, se exigía por parte de Albany un documento válido (véase, por el contrario, el Webb's case y los casos Knight v. Rushworth y Haigh v. Brooks, con sus correspondientes notas).

Cuestiones que se pueden plantear en el *civil law*:

1) ¿Podría sancionarse entre nosotros la promesa de pagar cánones atrasados, además de los *personalmente* debidos por el promitente, si el promisario exhibía un documento del que resultara que existía la obligación de pagar un canon por el inmueble (aunque se tratara de una prueba irrefutable, como el *deed*)? Y si se pudiera, ¿en qué principios o conceptos se basaría tal sanción? ¿Transacción, confirmación, contrato innominado...?

2) ¿Qué importancia tiene para nosotros el hecho de que Albany pudiera o no quedar sujeto a una acción "real" sobre los bienes muebles de su propiedad existentes en la finca, para el pago de los cánones atrasados?

3) Si Albany no estuviera sujeto a esta acción real, su promesa de pagar los atrasos debidos por el anterior arrendatario de la finca debería calificarse o como fianza o, en general, como promesa de pagar una deuda ajena (en todo caso, con la *condición* de exhibir el documento); de manera que se requeriría la intención de celebrar uno de estos negocios y, por tanto, en ausencia de tal intención sería irrelevante el error sobre el presupuesto de estar sujeto a una acción real. ¿No es así?

4) En ausencia de la intención de realizar uno de aquellos negocios, ¿la intención de evitar la acción real constituirá, para el *civil law*, la *causa* de la promesa de pagar los atrasos, o podrá consistir tal causa en la exhibición del documento, sin más? ¿Se puede pensar en una transacción, condicionada a la exhibición del documento?

5) En otros términos: en cualquiera de las hipótesis planteadas en las cuestiones anteriores, ¿debe considerarse la exhibición del documento como mera condición de la promesa, o puede considerarse también como causa? En todo caso, ¿no se trataría de un contrato sobre la prueba, que no está permitido?

Como puede verse, el planteamiento de la cuestión en el *common law* es completamente distinto; en aquel sistema, basta con que el hecho solicitado (o sea, la exhibición del documento) haya sido realizado.

Knight v. Rushworth

Common Pleas, 1596. — *Cro. Eliz.*, 469.

"Consideration" como "detriment". — Promesa de pagar una deuda propia, condicionada a una prueba (juramento) extrajudicial. — Problemas en parte análogos a los de los casos anteriores.

(Caso resumido.)

Rushworth, como cesionario de los bienes de Mary Rushworth, afirmaba que cierto documento en el que constaba una obligación de Mary frente a Knight, de doscientas libras, había sido leído a Mary como obligación de cien libras. Sin embargo, Rushworth se había comprometido a pagar doscientas libras a Knight si éste y dos testigos declaraban bajo juramento, ante el alcalde de Lincoln, que el documento había sido leído a Mary como obligación por doscientas libras. Así se hizo.

Excepción opuesta por el demandado Knight: no existe *consideration*, pues lo único que hay es esa declaración jurada, que es ilegal y por lo tanto nula.

Uno de los jueces dijo: no es necesario que la *consideration* constituya un *benefit* para el promitente. Basta con que suponga "*any charge or trouble*", cualquier carga o molestia para el pro-

misario, "*como en el caso Sturlyn v. Albany*". Además, añade el juez, dicha declaración es suficientemente legal.

Otro de los jueces: "*The travail*" de presentarse ante el alcalde "*is a very good consideration*". La declaración no es ilegal, "*and the smallness of consideration is not material*" (la pequeñez de la *consid.* no es relevante). El otro juez fué también de la misma opinión.

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, §§ 26 *a*, y 30 *a*.

Cfr. para otros casos más recientes: Williston, *Contracts*, § 112, nota 7. Es importante, entre éstos, el caso Brooks v. Ball, *Supreme Court of New York* (1820), 18 *Johnson*, 337, en el que se invocan otros precedentes sobre la promesa de pagar o de remitir una pretendida deuda, si el presunto acreedor o un tercero prestan un juramento extrajudicial, o si el presunto deudor jura que no debe nada.

En el caso Brooks v. Ball el demandado negaba que debiera la cantidad reclamada, pero prometió que la pagaría si el presunto acreedor hacía un juramento extrajudicial sobre la "*correctness*" de su pretensión.

Invocados aquellos precedentes, el juez Spencer, *Chief Justice* del Tribunal de Nueva York, se expresó en la forma siguiente:

"Estos precedentes, que son firmes e indiscutidos, muestran abundantemente que una promesa como la presente es jurídicamente válida, y que el aportar la prueba del juramento o el *affidavit*, tanto si lo hace un tercero como si lo hace la otra parte (constituye una *consideration* suficiente para dicha promesa. Con ello no se trata de convertir a un hombre en juez de su propia causa, sino de referir un hecho discutido a la conciencia de la otra parte. Excede de los límites de la cuestión el suponer que esto deba conducir al perjurio. Si la promesa es vinculante, ya que la aportación de la prueba o del *affidavit* exigidos puede servir de *consideration* para dicha promesa, necesariamente habrá de quedar el demandado (promitente) imposibilitado para contradecir el hecho. El demandado ha renunciado voluntariamente a cualquier otra prueba; y si se le permitiera poner en duda la veracidad o la corrección de la prueba o del *affidavit*, ello equivaldría a permitirle alterar las condiciones de su obligación y rescindir virtualmente la promesa."

En el caso inglés Stevens v. Thecker (*Peake's N. P. Rep.* 187), se dice que la promesa se mantiene firme aunque después resulte falso el juramento, porque quien "se ha comprometido a aceptar aquel *affidavit* jurado como prueba del hecho, no puede ya reclamar después de haber inducido a la otra parte a cometer el delito de perjurio". Motivación ésta, lo mismo que la del caso Brooks, un poco distinta de la del caso Knight v. Rushworth, ya que se funda en el *inducement* y en el *bargain*, más que en la insignificancia de la "molestia" ocasionada con la promesa.

Según algunos, el presupuesto de estos casos, lo mismo que el del caso Albany v. Sturlyn, era que el ofrecimiento de la prueba de la obliga-

ción no constituía una mera condición, sino que había sido, efectivamente, el objeto de un *bargain* (Williston, loc. cit.).

Desde el punto de vista del *civil law*, conviene advertir que en el caso Knight, como en otros similares, se trataba de una deuda propia del promitente (como cesionario de bienes), a diferencia de lo que ocurría en el caso Sturlyn. Cabe preguntarse entonces si, para el *civil law*, la obligación de Rushworth de pagar las 200 libras se fundaría en la promesa de pagarlas (a condición de que se aportara la citada prueba) o en el hecho de que la deuda anterior (de la que se pedía una determinada prueba) hubiera sido probada, o de que se probara la falta de fundamento de una determinada excepción (de fraude). ¿Y en virtud de qué principios debería aportarse tal prueba? ¿Se trataría de una transacción? ¿O de una confirmación o una renuncia a la acción de dolo, condicionada a la aportación de la prueba solicitada?

¿Se trataría de un contrato sobre la prueba, no admitido, según alguna opinión, en nuestro Derecho procesal?

Téngase en cuenta que en el *common law* la prueba queda confiada a la disposición de las partes (v. "Advertencias" a este vol. II, n. 5).

En todo caso, salta a la vista lo distinto que sería el planteamiento del problema en el *civil law*.

Grisley v. Lother

King's Bench, 1614. — *Hobarts King's Bench Reports*, 10.

"Consideration" como "benefit": influencia de la "request" sobre los problemas de la "adequacy" o del valor de la "consideration".

(Caso en parte resumido, y en parte transcrito textualmente.)

La señora Grisley tenía una hija, presunta heredera del marido de dicha señora. El señor Lother había prometido 100 libras a la señora Grisley "*in consideration that she, at his special instance and request, would give her consent that he (Mr. Lother) should have that daugther to wife*" (en consideración al hecho de que la madre diera su consentimiento para que su hija se casara con el señor Lother).

Excepción alegada por Lother: Como la madre no tenía la tutela sobre su hija, su consentimiento para el matrimonio era completamente superfluo. La excepción fué rechazada por los motivos siguientes: "La madre tiene por ley de la naturaleza, por el afecto de la hija hacia ella y por la confianza en su consejo y en su guía, una influencia especial para inclinar la voluntad de la hija en un sentido o en otro: el hecho de que el señor Lother haya de-

seado tal consentimiento y la eficacia de éste, demuestran que el señor Lother consideró que dicho consentimiento podía tener tal influencia. Por eso hay que presumir que era importante obtenerlo; y habiendo sido concedido a instancia del señor Lother, debe ser estimado como una *sufficient consideration*".

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 26 *a*, *d*, *e*; § 30 *a*.

En el caso Grisley, el valor de la *consideration* se deduce del hecho de que el promitente la había solicitado.

¿Cómo se plantearía y resolvería este caso en el *civil law*, prescindiendo de la cuestión de la ilicitud de la causa? V. el caso Zambaldo contra Lavagnoli, estudiado en este vol. II y el caso Casciabanca cr. Triggiani citado en vol. I, § 21, nota 21.

FREEMAN (y esposa) v. FREEMAN

King's Bench, 1615. — 2, *Bulstrode's Reports*, 269.

PROMESA DE BIENES POR RAZÓN DE UN FUTURO MATRIMONIO. — "CONSIDERATION" COMO "DETRIMENT" O COMO SIMPLE CONDUCTA OBSERVADA A INSTANCIA DEL PROMITENTE.

(Caso en parte resumido y en parte transcrito textualmente.)

El demandado Freeman había prometido ciertos bienes a una joven (que después había contraído matrimonio con el actor), en *consideration* al hecho de que ella se casara con el actor. Marido y mujer promovieron la acción para reclamar los bienes prometidos. El demandado alegó que aquella *consideration* no era válida.

El célebre juez Coke, declaró: "Ésta es una *consideration* válida para justificar la promesa. Lo mismo sucede si uno dice a un cirujano: "cura a tal persona y yo te pagaré tus servicios"; o si dice a otro: "entrega a tal comerciante tantos vestidos que, si él no te paga, te pagaré yo"; en estos casos existe una *consideration* válida y el promitente queda sometido a una acción *(action upon the case*, v. vol. I, § 26 *a)*, aunque no obtenga ningún beneficio del asunto... Si un acto, del que yo no obtengo ningún *benefit*, debe ser realizado por otro a instancia mía, yo seré responsable en virtud de una *action upon the case*...".

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 26 *a*, *d*, *e*; § 30 *a*.

En el caso Smith v. Smith, K. B. 1584 (recogido en nuestro artículo *Appunti sul contratto obblig.*, cit., p. 38) se acogió la tesis de que la *consideration* debe constituir un *benefit* para el promitente. Pero esta

tesis parece haber sido ya abandonada en el Webb's case y, en todo caso, como observa Corbin, op. cit., p. 212, resulta completamente desacreditada en el caso Freeman, en el que también parece irrelevante el hecho de que el matrimonio significara un beneficio o un *detriment* (efectivos) para la joven esposa: v. sobre este punto vol. I, § 30, nota 1, y los casos Hamer v. Sidway y otros.

Todavía hoy, en el *common law,* la promesa de un bien (constitución de dote o supuestos semejantes en el *civil law*) en *consideration* a un matrimonio, es considerada y tratada como en el caso Freeman: v. infra el caso Berry Ruspoli cr. Berry Chigi, así como el caso De Cicco v. Schweizer, aunque éste es distinto del caso Freeman.

Pero ya en 1459 se encuentra un caso del Tribunal de *Common Pleas* (M. 37 H. VI, 8 p. 18) recogido por Pollock, *Contracts,* 13.ª ed. p. 139, relativo a una promesa de 100 libras hecha a un individuo para que se casara con la hija del promitente. En este caso la cuestión se examina desde el punto de vista del *quid pro quo* en una *action of debt* (vol. I, § 26 *a*). El razonamiento de este *case* se basa en que el promisario había hecho lo que se le pedía, aunque de ello no hubiera resultado un *benefit* directo para el promitente, lo mismo que en el ejemplo de un individuo que promete algo a un médico para que cure a otra persona (ejemplo propuesto por el juez Coke en el caso Freeman).

Casi no es necesario advertir que el *civil law* considera estos casos en un aspecto distinto (el de la donación). Para el *common law* lo que cuenta es que el matrimonio, lo mismo que cualquier otro hecho o acto, haya sido solicitado por el promitente y aceptado como base de la promesa, y que después haya tenido lugar: *¡res secuta est!*

En el *civil law,* prescindiendo del caso de la dote (que también debe revestir la forma del documento público) y prescindiendo del caso de la obligación natural de los padres (v. vol. I, § 11 *a*), la promesa de entregar un bien o la enajenación de un inmueble por causa de matrimonio se considera como donación y no como *bargain,* y debe revestir ciertas formas (v. por ej. art. 785 C. c. ital.) incluso cuando, por no existir todavía un noviazgo, se haya hecho la promesa para inducir al matrimonio (v. el caso De Cicco cr. Schweizer). Puede verse, sin embargo, una tentativa en sentido contrario sobre la base de una especie de *reliance,* en el caso Arrigoni Ferrari cr. Mera-Pelitti.

JEREMY v. GOOCHMAN

Common Pleas, 1595. — *Cro. Eliz.,* 442.

PAST CONSIDERATION.
(Caso resumido.)

En su *declaration* (exposición de la pretensión con los hechos alegados en apoyo de la misma) en una *action of assumpsit,* el

actor expone que en *consideration quod deliberasset et dedisset* al demandado 20 ovejas, este último se obligó a pagarle cinco libras cuando contrajera matrimonio (el actor); y que, efectivamente, él había contraído matrimonio después. El demandado fué absuelto, porque el *assumpsit* o promesa "*is for a consideration past*"; porque "*it* (la *declaration*) *is in the preter tense deliberasset*" (es decir, porque la promesa fué hecha por una *past consideration,* como lo revela el mismo actor al exponer los hechos empleando el verbo *dedisset* en pretérito).

NOTA. — V. vol. I, § 28.

El matrimonio no era la *consideration,* puesto que no había sido objeto de una *request,* sino un simple término para el pago de la cantidad prometida. Sobre el carácter formal de la *declaration,* v. las "Advertencias" a este vol. II, n. 5, *f.*

SIDENHAM v. WORLINGTON

Common Pleas, 1585. — 2 *Leonard,* 224.

PAST CONSIDERATION. SERVICIOS PRESTADOS EN EL PASADO A INSTANCIA DE QUIEN POSTERIORMENTE PROMETE ALGO POR ELLOS. GARANTÍA PRESTADA DESPUÉS DE LA VENTA. GESTIÓN DE NEGOCIOS. (En nota, el caso EASTWOOD v. KENYON.)

(Caso en parte resumido y en parte transcrito textualmente.)

El actor (en una *action upon the case,* v. vol. I, § 26 *a*) expone en su *declaration* que, a instancia del demandado, salió fiador por la cantidad de treinta libras con el fin de obtener la libertad de cierto J. S., sometido a un arresto. Por culpa de J. S. el actor tuvo que pagar las 30 libras. Después, el demandado prometió al actor que le reintegraría las 30 libras por aquella misma *consideration,* pero no mantuvo su promesa. La defensa del demandado sostuvo que la *consideration* y la promesa no se habían producido al mismo tiempo, porque la *consideration* ya había sido cumplida en época anterior, de manera que no podía estimarse que la promesa se hubiera hecho por aquella misma *consideration* (sino por un motivo de gratitud, por un deber moral, etc.). Como si uno me da un caballo (sin pretender ni convenir una retribución) y un mes después yo le prometo 10 libras.

El juez Anderson: "La acción carece de fundamento, porque se trata de un mero *agreement* o *nudum pactum...*".

El juez Windham, de acuerdo con Anderson: "... Si uno vende

a otro un caballo y posteriormente (después de la venta) le garantiza que el caballo está completamente sano, esta garantía es nula, porque hubiera debido prestarse en el momento de la venta".

Por el contrario, el juez Periam estimó que la acción estaba fundada. Es distinto, dice, el caso de un contrato y, especialmente, de un contrato de venta, en el que la promesa del precio y la entrega de la cosa deben tener lugar al mismo tiempo; de manera que todo lo que constituya un elemento del contrato, como la promesa y la entrega, debe coincidir y tener lugar al mismo tiempo. Pero en este caso de *assumpsit,* viene a decir el juez Periam, basta con que la *consideration* haya sido realizada a instancia de quien después hizo la promesa, aunque ya hubiera sido realizada en el momento de hacerse ésta.

El juez Rhodes comparte esta opinión y dice: Así, en el caso de que un criado me preste servicios durante un año y, transcurrido el año, yo le prometa 20 libras por dichos servicios, habrá acción, porque la promesa se funda en una *consideration* válida; mientras que no ocurriría lo mismo si, habiendo ya recibido el criado un salario mientras prestaba el servicio, yo le hubiera prometido después otras 10 libras.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 28 *a,* especialmente notas 8 y 9.

Sobre la promesa de retribuir prestaciones anteriores o servicios prestados a instancia del promitente, v. el caso Lampleigh v. Braithwait, K. B. 1616, resumido en el vol. I, § 28, nota 9.

Sin embargo, la *doctrine* se desarrolló después en el sentido de entender que no basta con la *request* sino que es necesario también que en las circunstancias del caso concreto se pueda ver una promesa implícita *(implied promise)* de una retribución, es decir, que de ellas resulte la intención de cumplir una prestación a título oneroso y, por lo tanto, que la *request* no haya sido la simple petición de un favor: v. vol. I, § 28, loc. cit. y la nota con citas de Corbin, *Cases on Contracts,* cit., pp. 326-327; y en la pág. 329 la nota al caso Allen v. Bryson, *Supreme Court of Iowa,* 1885, 67, *Iowa,* 591, con citas de Holmes (en el caso Allen se cita el acostumbrado ejemplo de una persona que recibe, sin compensación o como donación, un caballo y después promete algo a la otra parte).

En cuanto a la garantía de la salud de un caballo vendido, prestada *después* de la venta, v. el célebre caso Roscorla v. Thomas, *Queen's Bench,* 1842, 3, Q. B. 234 (se presupone, naturalmente, que en el *common law* no existía la obligación legal de garantía por vicios ocultos). La exigencia de que la garantía forme parte integrante del contrato y no sea posterior a él, parece recordar la distinción romana entre *pacta in continenti* y *ex intervallo.* Pero, pese a las analogías, el lector advertirá las diferencias. Sobre la garantía posterior, como pacto modificativo de

un contrato anterior, v. vol. I, § 38 *c*; y mi artículo *La rinuncia e il contratto modificativo*, etc., en *Riv. dir. comm.*, 1952, I, p. 405 y sigts.

De gran interés histórico, en relación con el problema de los servicios o prestaciones cumplidos en el pasado con una determinada intención o en ciertas circunstancias, es el caso EASTWOOD v. KENYON, *Queen's Bench*, 1840, 11, *Adolphus and Elli's Reports*, 438.

El actor, Eastwood, ejecutor testamentario o administrador del patrimonio relicto por cierto J. Sutcliffe, había hecho gastos para atender a la educación y al mantenimiento de la heredera, Sarah Sutcliffe, hija menor de edad del difunto; para terminar y mejorar la construcción de ciertas casitas, que el difunto había dejado sin terminar, y para pagar los intereses de una deuda hipotecaria que las gravaba. Y había tenido que atender a tales gastos con sus propios medios, ya que el patrimonio relicto era insuficiente. Para ello, el actor había concertado un préstamo de 140 libras con un tercero.

Llegada Sarah Sutcliffe a la mayoría de edad y enterada de cuanto antecede, aprobó el préstamo contraído, pagó una anualidad de los intereses de dicho préstamo y pidió al actor que cediera la administración del patrimonio a otra persona, como así lo hizo éste.

Sarah se casó después con Kenyon (el demandado), quien, examinadas las cuentas de Eastwood, de las que resultaban los gastos y deudas asumidos por este último, las aprobó. En *consideration* a estos hechos, Kenyon (investido según el *common law* de derechos maritales sobre el patrimonio de su mujer y obligado también al pago de las deudas de ella anteriores al matrimonio) prometió a Eastwood que le pagaría la deuda nacida del préstamo de 140 libras. Pero no lo hizo. De ahí el pleito para obtener las 140 libras.

En su *declaration*, al ejercitar la acción de *assumpsit*, Eastwood expuso todo lo anterior y añadió que al hacer aquellos gastos y asumir aquellas deudas había actuado como tutor y representante de Sarah, menor de edad; que tales gastos habían sido hechos en su totalidad *de manera prudente y útil y en beneficio de Sarah*, sin obtener por su parte ninguna compensación, provecho o recompensa; y que había hecho aumentar el patrimonio de ella en medida muy superior a dichas 140 libras.

La petición de Eastwood fué rechazada.

Lord Denman C. J. acogió la tesis del demandado, estimando que se trataba solamente de una *moral obligation* o *past consideration*, incapaz para fundar una promesa, salvo en los casos de contratos anulables, de quiebra o de deuda prescrita (v. vol. I, § 28 *a*); y que una *precedent consideration* solamente vale cuando con ella ha coincidido una petición de tales servicios y una promesa implícita de retribuirlos; de manera que en estos casos especiales es válida una promesa posterior expresa, aunque se haya ganado la prescripción o la obligación haya sido *barred* por alguna otra regla positiva de Derecho (y critica la posición de Lord Mansfield: v. vol. I, § 28 *a*).

En este caso, añade Lord Denman, no se había hecho una *request*

de servicios por parte de Sarah Sutcliffe, sino que dichos servicios constituían un bien o un beneficio espontáneamente procurado por Eastwood a Sarah, con la promesa posterior de retribuirlos.

"Aunque la sanción jurídica *(enforcement)* de tales promesas, dice Lord Denman, encuentre una explicación aceptable en el deseo de reconocer eficacia a todas las obligaciones fundadas en la conciencia *(conscientious engagements)*, podría dar lugar a consecuencias dañosas para la sociedad; una de las cuales sería la de que frecuentemente se daría preferencia a tales prestaciones espontáneas *(voluntary undertakings)* sobre las pretensiones *(claims)* nacidas de deudas justas. De ello resultaría una multiplicación de los pleitos, y tales prestaciones voluntarias de servicios se multiplicarían también en perjuicio de los verdaderos acreedores. Las tentaciones de los *executors* aumentarían considerablemente si prevaleciera semejante *doctrine,* y con ello resultaría más difícil el exacto cumplimiento de sus deberes".

Con esto quiere decir Lord Denman que es una medida prudente la de no proteger a quien se inmiscuye espontáneamente en los asuntos ajenos (mediante tales *voluntary undertakings*) para después hacerse reintegrar los gastos. Es un criterio contrario al de la *negotiorum gestio* del *civil law,* aunque se trate, como en este caso, de una gestión útil al *dominus* y llevada a cabo prudentemente.

Sin embargo, como advierte Corbin, op. cit., p. 335, aunque Sarah no hubiera solicitado aquellas prestaciones y los correlativos gastos por parte de Eastwood, se puede suponer fundadamente que éste había obrado razonablemente como tutor de ella y como administrador *(executor)* del patrimonio hereditario, y que los gastos eran necesarios para defender las propiedades. No era necesaria, en tal caso, una solicitud o petición de aquellos servicios. En estas circunstancias, según el *civil law,* observa Corbin, Eastwood hubiera tenido derecho al reintegro sobre la base de la gestión de negocios, aunque no se hubiera hecho ninguna promesa; y en este sentido hay también ya autorizados precedentes en los Estados Unidos (v. nuestro vol. I, § 28, nota 5).

Si, según esta *doctrine,* Eastwood tenía derecho a que se le reintegrara, la *express promise* de reintegrarle era válida. V. también Corbin, op. cit., p. 371 y el *Restatement* americano que cita. Los Tribunales ingleses se han resistido a reconocer estas obligaciones nacidas de cuasicontrato; pero recientemente la *House of Lords* ha vuelto a acoger la opinión de Lord Mansfield que ya se había abandonado (v. Corbin, op. y loc. cits.).

Cuestión para el *civil law*:

Prescindiendo de los casos de gestión de negocios, ¿qué valor tendría la petición, expresa o implícita, de servicios o de otras prestaciones en relación con el problema de la *causa praeterita?* Si la petición no va acompañada de la promesa, implícita dadas las circunstancias del caso, de una retribución o del reintegro de los gastos, ¿puede servir dicha petición para eliminar el problema de la donación en la promesa poste-

rior de compensación o reintegro? V. vol. I, § 11 especialmente nota 4.

Al responder a esta pregunta debe distinguirse según que la petición de los servicios o prestaciones se haya hecho en favor de un tercero (como en el caso Sidenham v. Worlington y en otros semejantes) o en favor del mismo que los solicita y que promete después la retribución o el reintegro. Y, en este último caso, distinguiendo también según que la prestación solicitada consista en un *dar* o en un *hacer* (que tenga valor típicamente económico).

¿En qué se diferencian estos casos de aquellos en los que hay un verdadero y propio mandato, quedando obligado el mandante a reintegrar los gastos?

Vuélvase a examinar también el problema (caso alemán) propuesto en la primera parte de este volumen, al final del capítulo III.

CAPÍTULO II

EL ESQUEMA ABSTRACTO DEL *BARGAIN* O RELACIÓN DE RECÍPROCA CAUSALIDAD (*INDUCEMENT, REQUEST*) ENTRE PROMESA Y CONTRA-PROMESA O COMPORTAMIENTO DE LA OTRA PARTE. IRRELEVANCIA DE LOS *MOTIVES* Y DE LA *ADEQUACY* EN TAL RELACIÓN. CONSECUENCIAS Y APLICACIONES DE ESTA CONCEPCIÓN FUNDAMENTAL DEL *CONTRACT*

BAINBRIDGE v. FIRMSTONE

Queen's Bench, 1838. — 8 *Adolphus and Ellis's Reports*, 743.

EL COMODATO COMO BARGAIN. — "LAS FORMS OF ACTION NOS DOMINAN TODAVÍA DESDE SU TUMBA" (MAITLAND).

(Caso en parte resumido y en parte transcrito textualmente.)

El demandado había prometido al actor (que ejercitaba la acción de *assumpsit*) que le restituiría, dentro de un plazo razonable, dos *boilers* (calderas) de gran valor, en el mismo estado en que se encontraban en el momento del acuerdo; e hizo tal promesa en *consideration* al hecho de que el actor, *at the request* del demandado, le permitiera examinar o pesar *(to weigh)* las dos *boilers*. El demandado, después de haber obtenido y examinado las calderas, no sólo no mantuvo su promesa sino que desmontó las calderas y no volvió a reconstruirlas.

Excepción del demandado: no existía una *sufficient consideration* para aquella promesa, ya que para ello hubiera debido existir un *detriment* para el promisario o un *benefit* para el promitente. No consta que el demandado debiera recibir ninguna compensación. Además, añade su defensa, la palabra "*weigh*" es ambigua. La excepción fué rechazada, por entenderse que "el demandado tenía alguna razón para querer examinar las calderas: y sólo podía hacerlo obteniendo el permiso del actor; permiso que obtuvo mediante la promesa de restituirlas en buen estado. No tenemos

por qué averiguar cuál era el beneficio que esperaba obtener de ello".

Así lo entendió Lord Denman, *Chief Justice,* tratando de eludir los conceptos de *detriment* o de *benefit.*

En cambio, el Juez Patteson, afrontando este problema dijo: "La *consideration* consiste en que el actor, a instancia del demandado, había accedido a permitirle que pesara las dos calderas. Supongo que el demandado pensaría obtener de ello algún beneficio; de todos modos, existe un *detriment* para el actor en el hecho de privarse de la posesión, aunque sea por un tiempo tan breve". Los otros dos jueces están de acuerdo.

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, §§ 26 y 27 *b, c,* nota 34.

Se trata de un caso de *bailment* en interés del *bailee* y, para el *civil law,* de un caso de comodato o de un supuesto análogo.

Como observan Cheshire and Fifoot, *The law of contract,* cit. 1952, página 65, por razones procesales el originario *writ of detinue* (acción para pedir la restitución de una cosa en posesión de otro, v. vol. I, § 26, nota 6) fué sustituído por el *indebitatus assumpsit* (v. vol. I, § 26 *b*). Y como esta acción se identificaba normalmente con el *contract (bargain),* era inevitable la tentación de plantear el problema de tal *bailment* en el terreno del *contract* o *bargain,* y de exigir la *consideration.* De ahí lo artificioso de la concepción de un *bargain* o reciprocidad entre la promesa de restituir la cosa y el permiso para usarla, examinarla o poseerla, privando de ella a la otra parte, a instancia del promitente: Williston, *Contracts,* § 1.039; v. nuestro vol. I, § 27 *c,* al final.

Hemos expuesto este caso para mostrar la intromisión de las *forms of action* del *assumpsit* y del *indebitatus assumpsit,* que dominan la escena imponiendo el concepto del *contract* como *bargain;* es decir, el de la *consideration,* incluso en presencia de una obligación (como la del comodatario u otra semejante) que para el *civil law* sería contractual pero que para el *common law,* dado aquel concepto del *contract,* es de naturaleza equívoca o *sui generis,* como *bailment,* es decir, como obligación de custodiar y restituir sin una verdadera *consideration* (véase volumen I, § 27 *b*). En el caso Bainbridge, el *bailment* no era gratuito, en el sentido de que el *bailor* no se privaba de la posesión de la cosa en interés propio, sino en interés del *bailee;* de ahí que esta privación de la posesión haya sido presentada, bastante artificiosamente, en relación de *bargain* o reciprocidad con la obligación de restituir la cosa en buen estado, como si tal privación se hubiera producido "a instancia" del comodatario, que para obtenerla habría prometido restituir la cosa en buen estado. Pero todavía resulta más artificiosa esta concepción cuando el *bailor* se priva de la posesión en interés propio: v. los casos Coggs v. Bernard y Siegel v. Spear.

Tal artificiosidad queda favorecida por el esquema abstracto del *bar-*

gain, con la consiguiente irrelevancia de las verdaderas intenciones o del verdadero negocio "subyacente", o del *detriment* y del *benefit* verdaderos (v. también las notas a los casos Haigh v. Brooks y Dunton v. Dunton, y a casi todos los estudiados en este capítulo).

Esto confirma la citada frase de Maitland y muestra que, dada esta peculiaridad en la evolución histórica del *common law* y de sus medios técnico-jurídicos, conviene proceder con cautela al comparar situaciones y actitudes de los dos sistemas jurídicos; v. también los casos Sturlyn v. Albany, Knight v. Rushworth, Siegel v. Spear, Martin v. Meles, con sus correspondientes notas, así como casi todos los casos estudiados en esta segunda parte.

Es interesante advertir que en el Derecho romano, al no poderse incluir casos análogos a éstos dentro del esquema de los contratos típicos de comodato o de depósito, dieron lugar a cuestiones acerca de la naturaleza de la acción (aquiliana, *in factum,* o acción nacida de un contrato innominado): cfr. los fragmentos 16, 17, §§ 2 y 23 del título XIX, 5 del Digesto; v. también vol. I, § 26, nota 20, al final.

Haigh y otro v. Brooks

Queen's Bench, 1839. — 10 *Adolphus and Elli's Reports,* 309.

"Consideration" consistente en una cosa (documento) sin ningún valor. — "Adequacy": importancia de la "request". — Relaciones entre la doctrina de la "consideration" y la del error.

(Caso en parte resumido y en parte transcrito textualmente; para aclararlo hemos intercalado en el texto, entre paréntesis, algunas observaciones nuestras.)

Action of assumpsit. Brooks había concertado una fianza frente a Haigh y Franceys mediante una carta del tenor siguiente:

"Señores Haigh y Franceys. Señores: En *consideration* a estar ustedes en descubierto con los señores Lees *and Sons* por la cantidad de 10.000 libras para la adquisición de algodón, por la presente les garantizo dicha cantidad, o sea 10.000 libras, en favor de dichos señores. Firmado: J. Brooks."

A continuación se produjo un hecho que, en estrictos términos técnico-jurídicos, se expone en la forma siguiente en la *declaration* (exposición de la pretensión del actor y de los hechos en que se apoya): que el demandado, en *consideration* a la restitución a instancia suya de dicho documento por parte de los demandantes, les prometió que pagaría varias letras de cambio por la cantidad glo-

bal de 9.666 libras, letras ya aceptadas por Lees *and Sons* y a tres meses vista, en caso de que estos últimos no las pagaran.

Las letras no fueron pagadas por Lees *and Sons,* y Brooks fué citado en juicio por Haigh. Entonces Brooks alegó que el precitado documento que le había restituído Haigh a cambio de la promesa de hacer frente al pago de dichas letras, era nulo y sin ningún valor, como documento que contenía una promesa de pagar una deuda ajena y que, según el *Statute of Frauds,* debía mencionar la *consideration* por la que se hacía tal promesa. "Siendo nulo y sin ningún valor el documento, argumentaba Brooks, su restitución no puede constituir una *consideration* válida para mi promesa de pagar las letras." Se trataría de una *consideration* sin valor.

(Puesto que, en realidad, el documento mencionaba una *consideration* — "en *consideration* a estar ustedes en descubierto..." — el argumento de Brooks significaba, prácticamente, que la *consideration* mencionada no era válida, ya que la frase "en *consideration* a estar ustedes en descubierto..." se refería a un crédito ya existente en el momento de prestarse la fianza: v. vol. I, § 28 *a;* § 14 *f*; § 35 *c,* nota 14. De manera que el documento habría debido mencionar otra *consideration válida.*)

Los actores replicaban que el documento cuya restitución constituyó la *consideration* de la nueva promesa de garantía había sido efectivamente restituído y, por lo tanto, la *consideration* se había cumplido; y que aunque el documento en sí mismo no fuera jurídicamente válido, su restitución representaba una *sufficient consideration.*

Lord Denman, *Chief Justice,* al expresar la opinión del Tribunal observa que la frase "en *consideration* a estar ustedes en descubierto..." podría también aludir a un crédito futuro y, en todo caso, tiene un significado dudoso; mientras que podía presumirse que Brooks estuviera muy interesado en los negocios de Lees *and Sons* y que Haigh hubiera concedido crédito a Lees *and Sons* a instancia de Brooks. Dadas estas circunstancias y dada la ambigüedad de aquella frase, existía una duda suficiente para que Brooks tuviera interés en obtener la posesión de aquel documento.

"Y si es así, continúa diciendo Lord Denman, no debemos preocuparnos de la *adequacy* o *inadequacy* del precio (es decir, de la nueva garantía) pagado o prometido para ello (para obtener el documento)."

"Por otra parte (y aquí, o poco después, Lord Denman parece aludir a la hipótesis de que más que de una duda se trataba de

un error por parte de Brooks, es decir, que éste habría creído en la validez del documento), de ningún modo estamos dispuestos a admitir que, fuera de una fundada impugnación por fraude, existan otras circunstancias que puedan liberar a una persona de una promesa hecha por ella sobre la base de cualquier *consideration* que pueda ser *valuable*; mientras que, en este caso, la promesa (de pagar las letras) mediante la cual se obtuvo la *consideration* (el documento) de quien la poseía, debe constituir siempre una prueba de que tal *consideration* era *valuable.*"

"En el presente caso, prescindiendo de la validez o invalidez de la fianza contenida en el documento según la *doctrine* del caso Wain v. Walters (5, *East,* 10), la promesa del demandado indujo a los actores a privarse de algo (el documento) que hubieran podido conservar, y mediante esta promesa el demandado obtuvo lo que deseaba."

"Teniendo en cuenta que ambas partes eran libres y capaces de juzgar por sí mismas sobre sus intereses, ¿cómo puede el demandado justificar la violación de su promesa alegando que posteriormente había descubierto que la cosa, en *consideration* a la cual había hecho la promesa, no tenía el valor que le había atribuído? No se puede comprobar que aquel valor hubiera sido lo que él había tenido en cuenta primordialmente. Pudo haber tenido otros fines o motivos (para pedir la restitución del documento) y él era el único juez que podía apreciar el peso de tales motivos."

Esta decisión, favorable a los actores, fué impugnada por el demandado ante la Exchequer Chamber (1840, 10 *A. and E. Reports,* 323). Lord Abinger, confirmando la decisión anterior, dió la opinión del Tribunal en la forma siguiente:

"Es opinión de todo el Tribunal que en el documento de fianza existía una ambigüedad, que podría haber sido explicada mediante las pruebas de tal manera que se interpretara como un *contract* válido, y por lo tanto, la restitución del documento constituía una *sufficient consideration* para la promesa hecha sobre la base de tal restitución."

"Es también opinión del Tribunal, con excepción de mi colega Maule que abrigaba alguna duda a este respecto, que tanto los términos de la *declaration* como los de la defensa revelan que el escrito en que constaba la fianza fué restituído, y que la restitución de la posesión de aquel escrito al demandado era una *sufficient consideration,* independientemente del contenido de dicho escrito."

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, §§ 26 *d*, 30 *a* y 32, especialmente nota 3.

Para comprender este caso hay que tener en cuenta que en el *common law* la fianza requiere una *consideration*, que no puede consistir en el simple hecho de que ya exista una deuda (v. vol. I, §§ 14 *f*, 28 *a* y 35, nota 14); por lo tanto, requerían una *consideration* tanto la primera como la segunda fianza, aunque ésta se hubiera otorgado, como al parecer ocurrió, en forma cambiaria (v. vol. I, § 34, especialmente nota 27).

Convendrá también tener en cuenta, por lo que se refiere a las influencias del procedimiento sobre el esquema abstracto del *bargain*, lo que dijimos en las "Advertencias" a este vol. II, n. 5 *f*.

Sobre el *Statute of Frauds*, v. vol. I, § 34 *b*.

El caso es delicado.

No cabe duda de que, por lo menos hoy, el presunto defecto del documento no haría nula *(void)* la fianza, sino que la haría simplemente *unenforceable*, conforme dijimos en vol. I, § 34 *b* (V. Cheshire and Fifoot, *Contracts*, cit., 1952, p. 64).

En todo caso, el documento mencionaba la *consideration* (dejando aparte la cuestión de su validez).

En cuanto al ambiguo modo de mencionarla, Corbin observa que es extraño que si verdaderamente se habían hecho ya todos los anticipos a Lees *and Sons* cuando se prestó la primera fianza, los abogados de Brooks no hubieran ofrecido una prueba que eliminara aquella ambigüedad y demostrara que se trataba de una *past consideration* (es decir, por una deuda ya existente); en vez de limitarse, como lo hicieron, a sostener que el documento no reunía los requisitos exigidos por el *Statute of Frauds* (Corbin, *Cases on Contracts*, cit., p. 215).

En todo caso, lo cierto es que la cuestión fué planteada por los mismos actores en este terreno; es decir, afirmando que el documento y la misma fianza (la primera) no eran jurídicamente válidos. Dado este planteamiento, las hipótesis posibles acerca de la verdadera situación o de la verdadera intención o negocio que dió lugar a la segunda fianza, son varias.

Podía suceder:

a) que Brooks ignorase la hipotética nulidad del documento y de la fianza contenida en él. Tal error sería irrelevante para el *common law*, a menos que Haigh conociera aquella nulidad y que, por especiales circunstancias, ello envolviera un fraude; o a menos que las partes hubieran considerado la validez del documento como una condición esencial del negocio (v. vol. I, §§ 30 *a* y 32 *a*, *b*).

b) que Brooks dudara de la validez del documento y de la fianza. Entonces cabría suponer una transacción o *compromise* (ya que la pequeña diferencia entre 9.666 y 10.000 libras no parece constituir una contrapartida). Esta transacción solamente sería nula si Haigh estaba convencido de la nulidad del documento y, por lo tanto, de la fianza

(v. Cheshire and Fifoot, *Contracts*, cit., p. 62-63; Anson, *Contracts*, cit., páginas 95-96).

c) que Brooks conociera la nulidad del documento y por lo tanto, de la fianza. Brooks (que en el juicio aceptó el planteamiento de la cuestión tal como había sido hecho por la parte actora en su *declaration*, o sea, que la restitución del documento había sido *solicitada* por él como *consideration* o contrapartida de la nueva fianza) tendría sus razones para exigir la restitución del documento, tal vez para eliminar toda posibilidad de futuros pleitos, especialmente si la primera fianza se refería a una deuda distinta de la garantizada por la segunda.

Téngase presente, además, que la naturaleza del negocio, en relación también con la conducta procesal de Brooks, resulta en tales hipótesis bastante curiosa.En efecto, en la primera hipótesis *(a)* la intención más probable de Brooks, interesado en los negocios de Lees *and Sons*, sería simplemente la de sustituir una fianza por otra o, si la deuda garantizada era la misma, una forma de fianza por otra forma distinta. En este último caso, la diferencia entre 9.666 y 10.000 libras, aceptada sin protesta por parte de Haigh, podía hacer suponer que el famoso documento contenía una fianza por una apertura de crédito (válida como *consideration*), crédito que en el momento de prestarse la segunda fianza se habría concedido hasta la cantidad de 9.666 libras, por las que Lees *and Sons* habían girado las letras. De todos modos, en ambos casos (deuda distinta o la misma deuda) la intención de sustituir simplemente una fianza o una forma de fianza por otra, haría que pareciera más probable que la restitución del documento no fuera una *consideration* o contrapartida sino una simple y natural consecuencia del negocio. Y, sin embargo, Brooks aceptó en el juicio el planteamiento de la cuestión en el terreno de la *consideration*.

En la segunda hipótesis *(b)* ya hemos aludido a la duda que, resrespecto a la transacción, surge de la pequeña diferencia entre 9.666 y 10.000 libras. Más bien cabría pensar en una intención de confirmación por parte de Brooks, interesado en los negocios de Lees *and Sons*. Tampoco en este caso la restitución del documento hubiera podido constituir una *consideration*, sino que sería una clara consecuencia del negocio. Y si la confirmación, ocasionada no tanto por un defecto del documento (v. vol. I, § 34 *b*) como por la nulidad de la primera fianza, era nula, es sorprendente que los abogados de Brooks no plantearan esta cuestión y no rechazaran el planteamiento del litigio en el terreno de la restitución del documento como *consideration*.

En la tercera hipótesis *(c)*, si Brooks conocía la nulidad del documento y, por lo tanto, de la fianza, ello significa que tenía la intención de prestar una garantía en favor de Lees *and Sons*, y la restitución del documento le interesaría por las razones mencionadas en *c*. Pues si ambas partes conocían tal nulidad, la intención común sería siempre la de atribuir validez a la fianza (tal vez trasladándola a otra deuda o prestándola en otra forma). También en este supuesto la restitución del

documento habría sido una consecuencia natural del negocio y no una *consideration* o contrapartida; e igualmente resulta sorprendente que los abogados de Brooks no lo hicieran constar y aceptaran el planteamiento de la cuestión en el terreno de la restitución del documento como *consideration,* es decir, como una contrapartida *solicitada* por Brooks.

Ante esta variedad de hipótesis, dada también la posibilidad de que la primera fianza fuera válida y dada la ambigua defensa del demandado, el juez estima, una vez eliminada la hipótesis del fraude, que deben superarse todas las restantes hipótesis. Es decir, entiende que no hay que tener en cuenta cuál era la verdadera intención o estado de ánimo, o cuál era el verdadero negocio (el que pudiéramos llamar *negocio subyacente*); y que a lo que hay que atender es al *criterio extrínseco* de que la restitución del documento había sido *solicitada* por Brooks como *consideration,* sin otra añadidura, aclaración ni calificación. Casi como una *stipulatio* (v. vol. I, § 32 *a*). De esta forma, aquellas verdaderas intenciones o negocios subyacentes quedan relegados al campo de los distintos *motives* irrelevantes. Eliminada la hipótesis del fraude y dada la irrelevancia del error en el *common law* (sin que tampoco se hayan alegado ni probado las circunstancias de un error relevante para el *common law*: v. vol. I, § 32 *b*), el juez solamente ha tenido en cuenta el hecho de que Brooks, capaz de juzgar sobre sus propios intereses, hubiera solicitado la restitución del documento. Adviértase que el error solamente es relevante cuando haya sido ocasionado por *misrepresentation,* o cuando, al menos así lo parece, se trate de un presupuesto esencial común a ambos contratantes o de una cualidad de la *consideration* expresamente elevada a la categoría de cualidad esencial de la misma.

Para la conexión de este caso y del criterio extrínseco de la *consideration* con los criterios de interpretación propios del *common law* y con el tratamiento del error en este sistema, v. vol. I, §§ 30 *a,* 32, nota 3; § 35, nota 4, y Lawson, *The rational Strength of English law,* p. 57, citado allí.

La decisión del caso Haigh v. Brooks parece, pues, significar que, aparte de la hipótesis de fraude o de error relevante (sobre una cualidad esencial de la *consideration*), el hecho de procurar alguna cosa, un documento, un derecho, etc., puede constituir, al menos en ciertos casos, una *consideration* válida, aunque aquella cosa no tenga ningún valor.

Tal parece ser también la interpretación dada al caso por Cheshire and Fifoot, op. y loc. cits., Anson, *Contracts,* p. 89; Willinston, infra citado; Pollock, infra cit., y otros. Hay algún caso americano contrario al caso Haigh v. Brooks discutible y discutido, al parecer, por la doctrina: v. Corbin, op. cit., p. 215.

Cierto es que las *opinions* de Lord Denman y de Lord Abinger son algo vacilantes, ya que aluden a la ambigüedad del documento y a las dudas sobre su valor, que habrían hecho de su restitución una *sufficient consideration.* Probablemente, aquellas alusiones quieren significar que si el documento y la fianza hubieran sido nulos podría haberse deducido

de ello un argumento para el *fraud* o para descartar la posibilidad de que la restitución hubiera sido querida como *consideration.*

Pueden verse algunas analogías con el caso Haigh v. Brooks en el caso Curlewis v. Clark, Ex. 375-379 (Williston, *Contracts,* § 1.852) en el que se había dado y aceptado una letra incompleta en pago de una deuda (*accord and satisfaction,* para el que rigen principios semejantes a los del *contract*: v. nuestro artículo en *Riv. dir. comm.,* 1952, I, p. 408). La letra fué considerada como una *good satisfaction* en atención a que: "*we cannot value the signature of the Earl of Malborough: possibly it may be worth something as an autograph*" (¡!).

Para otros casos análogos al caso Haigh v. Brooks, v. Williston, *Contracts,* § 115, notas 6 y 7.

Así, la solicitud de una licencia para el uso de una patente ha sido estimada como una *good consideration,* aunque después la patente hubiera resultado nula: Lawes v. Pursar, *Queen's Bench,* 1856, 6 *E. and B.* 390; y otros casos análogos citados por Pollock, *Contracts,* p. 140.

A nosotros tal solución nos parece a primera vista absurda. Pero quien tenga cierta práctica en negocios de esta clase sabe que no es raro el caso de que quien solicita la licencia no esté seguro de la validez de la patente, pero quiera tener de todos modos un título, aunque sólo sea de valor presuntivo, frente al propietario de la patente y frente a los competidores. Dada esta posibilidad, el *common law* quiere que, para que pueda invocarse el error, la validez de la patente se haya expresado o por lo menos figure implícita pero claramente como presupuesto esencial de la adquisición de la licencia.

Distinto es el caso de la promesa de pagar el precio de una cosa ya perecida: aquí el *common law* ha hecho entrar en juego una *implied condition* o presupuesto normal: v. mi artículo *Object of contract theory,* en *Tulane Law Review* 1954, pp. 442 y sigts., especialmente p. 457, artículo reproducido en *Jus,* 1953, especialmente pp. 298 y sigts.

Sobre el distinto punto de partida del *civil law,* v. los casos citados en Dalloz, *Codes Annotés, Nouveau Code civil,* art. 1.131, núms. 68 y 69, en los que se ha estimado que la compra de una patente o la adquisición de una licencia son nulos por defecto de causa si el invento no es susceptible de ser patentado. ¡Se habla de esto al tratar de la compra de cosa que ya sea propiedad del comprador!

V. también el caso Rubatto cr. Natta.

* * *

El caso Haigh v. Brooks en el *civil law.* — La fianza no requiere una "causa" especial (v. vol. I, § 14 *f*) por lo que parece evidente:

a) Que Brooks sufría un error sobre la validez del documento y de la fianza (en hipótesis nulos pero, indudablemente, por motivos distintos del de un defecto de *consideration* o del *Statute of Frauds*); y en tal caso la segunda fianza sería anulable por error sobre un presupuesto normal-

mente esencial y determinante (salvo prueba en contrario). Porque para nosotros el negocio se presenta como prestación de una fianza sobre la base de otra fianza anterior (si ambas garantizaban la misma deuda) o para liberarse de otra anterior (que garantizaba una deuda distinta).

b) O que Brooks no sufría un error (porque sabía o porque dudaba), y en tal caso la segunda fianza sería válida porque entre nosotros no se requiere una "causa" especial o una *consideration* para la fianza. Basta con la existencia de una deuda que garantizar y con la intención seria y efectiva de garantizarla (en este caso existiría, además, como causa para garantizar una deuda ya nacida, el probable interés de Brooks en los negocios de Lees *and Sons*). Y ello prescindiendo de las hipótesis de transacción, confirmación u otras semejantes.

Cómo puede verse, el planteamiento y la solución de este caso en el *civil law* serían muy distintos, dada la diversidad de espíritu animador (cuestión del error y criterios de interpretación) y dada la diversidad de medios técnico-jurídicos. También el planteamiento procesal que nuestros abogados hubieran dado al asunto sería distinto.

El lector queda invitado a reflexionar sobre estos puntos y a profundizar en la comparación.

HAMER v. SIDWAY

New York Court of Appeals, 1891, 124, N. Y. 538.

"DETRIMENT": SIMPLE LIMITACIÓN DE LA "LEGAL FREEDOM". "EXECUTED CONSIDERATION". — DONACIÓN "CUM ONERE" EN EL "CIVIL LAW".

(Caso en parte resumido y en parte transcrito textualmente.)

El 20 de marzo de 1869 el señor William E. Story convino con su sobrino William E. Story que si éste se abstenía de beber alcohol, de fumar, de blasfemar y de jugar a las cartas o al billar hasta la edad de 21 años, le pagaría al llegar a dicha edad la cantidad de 5.000 dólares por tales abstenciones. El sobrino consintió y cumplió exactamente su parte en dicho *agreement*. Habiendo cumplido los 21 años en 1875, hizo saber a su tío que ya tenía derecho a que se le entregara dicha cantidad. El tío respondió renovando su promesa pero haciendo constar el peligro de que perdiera el dinero fácilmente adquirido, y dijo que retendría en *trust* la cantidad prometida a su sobrino, con los correspondientes intereses. En 1887 el tío falleció sin haber pagado nada. La señora Hamer, actora en el presente juicio, a la que el sobrino había cedido el crédito, promovió un juicio contra Sidway, administrador *(executor)* de la herencia del tío.

El juez Parker expresó la *opinion* del Tribunal en la forma siguiente:

"El demandado sostiene que el contrato no tenía una *consideration* y era, por lo tanto, inválido. Afirma que el promitente (el sobrino) no había sufrido ningún daño por el hecho de abstenerse de los licores y del tabaco y que incluso había obtenido con ello un beneficio; y añade que lo que hizo el sobrino era lo mejor que podía haber hecho, independientemente de la promesa de su tío. De ello se deduce, dice el demandado, que, salvo que el promitente hubiera obtenido un beneficio (de la conducta de su sobrino), el contrato carecía de *consideration.*

"Si esta tesis fuera fundada, permitiría que en muchos casos se pudiera discutir si lo que un promisario ha hecho o dejado de hacer (a instancia del promitente) constituye efectivamente un beneficio para él, tal como para que no se pueda apreciar en aquel hecho o en aquella omisión una *consideration* capaz de fundar la acción para obtener el mantenimiento *(enforcement)* de la promesa.

"Semejante regla no podría ser tolerada y carecería de todo fundamento en Derecho. La *Exchequer Chamber,* en 1875 (en el célebre caso Currie v. Misa) definió la *consideration* en la forma siguiente: "Una *valuable consideration,* según nuestro Derecho, puede consistir en cualquier derecho, provecho o beneficio para el promitente o en cualquiera abstención, desventaja, pérdida o responsabilidad a cargo del promisario."

"Según dice Anson, los Tribunales no tienen que preguntarse si lo que constituye la *consideration* representa *de hecho* un beneficio para el promisario o para un tercero, ni si aquélla tiene un valor *de cierta importancia (substantial)* para alguien. Es suficiente que como *consideration* se haya prometido, hecho, renunciado o sufrido algo por la parte a quien se ha hecho una promesa (siguen otras citas análogas de otros autores)... Pollock en su obra sobre los *Contracts,* después de haber citado la transcrita definición de la *Exchequer Chamber* (en el caso Currie v. Misa) dice: "La segunda parte de esta definición judicial es la más importante. *Consideration* significa no tanto que una parte (el promitente) obtenga un beneficio, como que la otra parte (el promisario) renuncie o abandone alguna facultad jurídica *(legal right)* o limite para el futuro su facultad de obrar jurídicamente reconocida *(legal freedom of action),* como medio para inducir *(inducement)* al promitente a hacer la promesa."

"Ahora bien, aplicando este principio a los hechos de la pre-

sente causa, es evidente que el promisario (el sobrino) fumaba y ocasionalmente bebía licores y que tenía un *legal right* a hacerlo. Renunció a este derecho durante cierto período, bajo la presión *(upon the strenght)* de la promesa de su tío de pagarle la cantidad de 5.000 dólares por tal abstención *(forbearance)*. No tenemos necesidad de hacer averiguaciones sobre el esfuerzo que haya tenido que hacer el sobrino para renunciar al uso de dichos estimulantes. Es suficiente que haya restringido dentro de ciertos límites que se le impusieron su libertad de obrar jurídicamente reconocida *(lawful freedom of action)* por haber confiado en el acuerdo celebrado con su tío; y por lo tanto, habiendo cumplido por su parte todas las condiciones que se le impusieron, no tiene ninguna importancia el indagar si tal cumplimiento *(performance)* representó un efectivo beneficio para el tío, y el Tribunal no hará ninguna averiguación sobre este punto. Pero si tuviera que hacerlas, no encontramos nada en los autos que nos permita llegar a la conclusión de que el tío no obtuvo un *benefit* en sentido técnico-jurídico *(in a legal sense)*."

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. la nota al caso Dunton v. Dunton.

DUNTON v. DUNTON

Victoria Supreme Court, 1892. — 18 *Victorian Law Reports,* 114.

"CONSIDERATION": SIMPLE LIMITACIÓN DE LA "LEGAL FREEDOM". — PROMESA DE ALIMENTOS: DISTINCIÓN ENTRE "EXECUTED CONSIDERATION" Y "EXECUTORY CONSIDERATION". DONACIÓN "CUM ONERE" EN EL "CIVIL LAW".

(Caso en parte resumido y en parte transcrito textualmente.)

A raíz del divorcio de los esposos Dunton, obtenido a instancia del marido, las partes firmaron un "*memorandum of agreement*" del tenor siguiente:

"Se hace constar que, a pesar del divorcio, el señor John Dunton desea proveer al mantenimiento de la señora Louisa Dunton, mientras ésta se comporte con sobriedad y de manera respetable, ordenada y virtuosa. Advertido esto, este *agreement* da fe de que en *consideration* a lo antes dicho, el señor J. Dunton se obliga a pagar a la señora Louisa Dunton la cantidad de 6 libras al mes." El documento contenía una cláusula según la cual, si la señora Dun-

ton realizara un acto por el cual ella misma o el señor Dunton pudieran quedar expuestos a odio, desprecio o ridículo, o si no se comportara con sobriedad, de manera respetable, ordenada y virtuosa y con todo respeto para el señor J. Dunton, en tal caso éste podría dejar sin efecto lo convenido en el *agreement.*

Hood J. (juez en minoría): ... "El propósito *(motive)* del demandado al firmar este documento era evidente. Deseaba proveer al mantenimiento de la mujer que había sido su esposa y que era la madre de sus cinco hijos, de tal manera que la indujera a no deshonrarse *(to disgrace)* a sí misma, ni a él y a sus hijos. Pero la cuestión a resolver es la de si dicho documento constituye un *agreement* válido, sin que tengamos que ocuparnos de los *motives* de las partes, a menos que hubieran sido expresados en un documento jurídicamente vinculante; los motivos de una persona no pueden constituir la *consideration* de un contrato. Y para que este documento pueda considerarse como jurídicamente vinculante para el demandado se requiere una *consideration* que proceda de la actora (promisaria), en la que pueda fundarse la promesa del demandado. A mi juicio, la única *consideration* expresada de manera clara en el documento es el deseo del demandado de proveer al mantenimiento de la actora, e indudablemente, esto no podría ser suficiente (como *consideration*).

"Se ha sostenido, sin embargo, que la verdadera *consideration* es una promesa implícita *(implied promise)* de la actora de comportarse con sobriedad, de manera respetable, etc., y que el *benefit* que de ello obtiene el demandado consistiría en evitar el perjuicio y el descrédito que la mala conducta de ella podría causarles a él y a sus hijos. No me inclino a considerar que el documento contenga implícitamente tal promesa; pero aunque esta promesa se hubiera hecho expresamente, no constituiría, a mi juicio, una *consideration* para la promesa del demandado. Para que una promesa pueda ser una *consideration* válida ha de ser de tal naturaleza que pueda ser jurídicamente sancionada *(enforced)*. Por la tanto, debe tener un objeto no solamente lícito y posible, sino también convenientemente definido."

El juez Hood observa que el objeto es demasiado vago: ¿qué actos son los que se deben realizar y cuáles los que no han de realizarse? ¿Sobriedad significa no probar para nada los licores? ¿No embriagarse? ¿No hacer una cosa ni otra en público? ¿Conducta virtuosa en público o en privado? ¿Estricta castidad o algo más? Y lo mismo cabría decir en cuanto a la conducta respetable. El juez Hood equipara este caso al caso White v. Bluett (estudiado a con-

tinuación), es decir, a la *consideration* consistente en no molestar al padre...

"Recuérdese, añade el juez Hood, que aquí no se trata de un promisario inducido por la promesa a modificar su posición; por el contrario, la actora no alega que haya hecho o se haya abstenido de hacer alguna cosa a consecuencia de la promesa del demandado. Quizá se hubiera podido aplicar una regla jurídica distinta (la de la *executed consideration in reliance* de la promesa: v. volumen I, § 29) si la actora hubiera declarado que no se embriagó pero que lo hubiera hecho de no ser por la promesa, o que se mantuvo casta y llevó una vida respetable y ordenada sólo a consecuencia de la promesa del demandado y por haber confiado en ésta *(relying thereon)*."

Higinbotham, C. J.: "Entiendo que este *agreement* es jurídicamente vinculante, y no un *nudum pactum* por defecto de *consideration*... El *agreement* fué firmado por la actora; a mi juicio, sus términos implican claramente una promesa por parte de la actora de conducirse..." etc. (en la forma indicada).

Después, el juez pasa a criticar la objeción de que la actora había prometido simplemente hacer lo que de todos modos ya estaba obligada a hacer (v. vol. I, § 30 *b*; y notas a los casos McDewitt y De Cicco). Y observa que, a consecuencia del divorcio, la señora Dunton ya no tenía ninguna obligación de observar la conducta que se le imponía; ni, fuera de la ley matrimonial, le obligaba a ello ninguna otra ley humana. El caso Jamieson v. Renwick (que citamos después en la nota) y otros *cases* demuestran, dice el *Chief Justice*, que es una *consideration* válida la promesa de no hacer o de hacer algo que el promitente puede legítimamente, y sin causar daño a la otra parte, hacer o no hacer. La actora era legalmente libre, frente al demandado, para conducirse como mejor le pareciera; "y su promesa de restringir su libertad y de comportarse en la forma *deseada* por el demandado constituye, en mi opinión, una *consideration* válida para la promesa hecha por éste de pagarle la cantidad estipulada."

Williams, J.: Este juez estima que la promesa hecha por la mujer de comportarse en dicha forma está implícita necesariamente en el convenio en cuestión, y vale como *consideration* de la promesa del señor Dunton.

La actora, dice el juez, firmó el convenio (tal firma implica, lo mismo que para el *Chief Justice*, la promesa de observar un comportamiento) y queda vinculada por él; la penalidad o la sanción, en caso de que la actora no mantenga tal promesa, consiste en que

tan pronto como la viole perderá todo beneficio que pueda derivar del acuerdo. Observa además el juez, que en el mismo documento se dice "en *consideration* a lo antes dicho..."; y entre lo que se había dicho figuraba la obligación de comportarse en la forma indicada.

Después el juez critica, siguiendo a su *Chief Justice,* la objeción de que la actora había prometido hacer algo que, de todos modos, ya estaba obligada a hacer. Y añade: fué probablemente porque el divorcio había hecho cesar toda obligación de esta naturaleza para con su marido, por lo que éste consideró de cierto interés para él conseguir, mediante la promesa de mantenerla, un medio eficaz para inducir *(inducement)* a la actora a que consintiera en observar una determinada conducta, y tal conducta fué impuesta por él de manera que no pudiera resultar de ella un descrédito para él ni para sus hijos, de los que ella seguía siendo la madre.

En cuanto al caso White v. Bluett, sigue observando el juez Williams, no constituye un precedente para nuestro caso, porque en él se declaró que se trataba de un *nudum pactum* por considerarse expresamente que el hijo no tenía ningún derecho a quejarse de la distribución del patrimonio hecha por el padre entre los otros hijos, ya que el padre podía distribuirlo como mejor le pareciera; de manera que el hecho de abstenerse el hijo de hacer algo que no tenía derecho a hacer no podía constituir una *consideration.*

Nota y cuestionario comunes a los casos Hamer v. Sidway y Dunton v. Dunton. — V. vol. I, §§ 26 *d, e,* 29 y 30 *a, b.*

En el caso Dunton, el juez Williams alude también al interés o *benefit* que probablemente impulsó al señor Dunton a hacer la promesa; pero ese "probablemente" revela que el motivo de la decisión fué la promesa de la mujer de renunciar a su *legal freedom* de conducta, es decir, a lo que uno puede legítimamente hacer o está en libertad de hacer, prescindiendo de que tal renuncia pueda ser más o menos ventajosa para el mismo renunciante o para otros.

Conviene hacer alguna aclaración sobre la terminología y sobre los conceptos, bastante equívocos, usados en los casos Hamer v. Sidway y Dunton v. Dunton (v. también los casos Orr v. Orr y White v. Bluett).

En los casos Hamer y Dunton (v. la parte final de la *opinion* de Williams) se habla de un *right* o *legal right* del sobrino de Story y de la señora Dunton, respectivamente, de observar una determinada conducta.

Ahora bien, en esos casos el término *right* no se emplea en un sentido correspondiente a nuestro término técnico *derecho subjetivo* (ni siquiera en el sentido amplio de facultad jurídica comprendida en él, como los llamados "derechos" de disponer, enajenar, etc., del propietario); ni

en el sentido de *derecho potestativo;* ni en el de *poder jurídico*; aunque se usen los términos técnico-científicos de *right, power* y *privilege* que, respectivamente, corresponden *grosso modo* a aquellos tres conceptos (v. *Restatement* americano sobre la *Property,* §§ 1 y sigts.).

En aquellos casos, la expresión *right* o *legal right* de observar una determinada conducta, se emplea en el sentido de facultad de obrar dentro de la esfera jurídica individual o dentro de las facultades lícitas y jurídicamente reconocidas, es decir, en el sentido de *legal* o *lawful freedom of action;* v. también el pasaje de Williston que citamos en el volumen I, § 30, nota 1. Se trata de aquella idea de una esfera jurídica individual en la que no se permitiría interferir sin el consentimiento del interesado; y la interferencia en ella mediante una promesa, hace responsable al promitente, según la mentalidad propia del *common law* (v. vol. I, § 26 *e*).

Ahora bien, el problema que se plantea es el de saber si el acto de renuncia *(waive, abandonment)* o la promesa o *agreement* de renunciar a aquellas facultades, o *legal freedom of action* o *right,* pueden constituir una *consideration* válida para una contrapromesa de entregar a cambio una cantidad de dinero u otro bien; o si, por el contrario, se requiere una efectiva abstención *(forbearance, refrain)* del ejercicio de aquella facultad. En este segundo caso se admitiría, sin más, que la efectiva abstención (que sería una *executed consideration*: v. vol. I, § 29) es una *consideration* válida, porque, confiando *(reliance)* en la promesa de otro, una persona se ha abstenido de hacer algo que tenía la facultad ("derecho", en el sentido indicado) de hacer, y con ello basta.

Pero en el primer caso, se discute si la mera promesa de abstenerse de hacer aquella cosa tiene algún valor, por mínimo que sea, para que pueda constituir una *consideration* válida (v. Corbin, *Cases on contracts,* citado, pp. 227, 229, 232 y 235).

Para la respuesta afirmativa, v. los casos Dunton y Jamieson v. Renwick, citado en esta misma nota.

Podría plantearse también el problema relativo al modo de sancionar la promesa de abstenerse de hacer aquella cosa, en caso de que tal promesa no se cumpliera; es decir, el de si podía producir una verdadera obligación jurídica o un verdadero derecho de crédito, aptos para valer como contrapartida de la promesa (v. vol. I, § 30, nota 6). Dejando aparte la idea del juez Williams, en el caso Dunton, de una sanción penal consistente en la pérdida del beneficio prometido a cambio, puede verse en relación con dicho problema, el § 33 *b, c,* del vol. I, y el trabajo de Fuller, p. 817, citado en el vol. I, § 26, nota 1. Véase también, en el caso White v. Bluett, el argumento utilizado por el abogado de Bluett para demostrar la posibilidad de sancionar la promesa de este último.

Volviendo al caso Hamer v. Sidway, parece que aunque la decisión aluda a una promesa del sobrino de no fumar, no beber, etc., promesa que es dudoso que existiera, se funda más bien en el hecho de que el sobrino restringió efectivamente su *lawful freedom of action,* es decir,

que cumplió efectivamente las condiciones que se le habían impuesto *(executed consideration)*.

Hay que entender que el tío Story contrató, en todo caso, para conseguir una efectiva abstención *(executed consideration)*, aunque se hiciera otorgar una promesa (v. Williston, *Contracts*, § 78 A; y mi artículo citado en el vol. I § 29, nota 5); el averiguar si el sobrino había hecho una promesa y si ésta constituía una *consideration* válida no tendría importancia. En efecto, el único problema que se plantearía sería el de la posibilidad de revocar la promesa por parte del tío, posibilidad que quedaría descartada una vez cumplida, con la mayor edad del sobrino, la *executed consideration* (v. vol. I, § 29).

Pasamos ahora a examinar otra cuestión (ligada a esta última) que se refiere concretamente al caso Dunton.

En el caso Dunton, para obligar al marido a pagar las mensualidades prometidas se necesitaba una promesa, por parte de la mujer, de observar una determinada conducta *(executory consideration)*. En efecto, téngase en cuenta que si lo prometido por el marido hubiera sido pagar las mensualidades con tal de que su mujer observara dicha conducta (pero sin que ella prometiera que lo haría), tal promesa sólo hubiera sido vinculante e irrevocable si la mujer, hasta el final de su vida, hubiera observado en todo momento dicha conducta; o habría sido vinculante cada mes, si en el mes anterior la mujer se hubiera comportado de aquella forma (pero, indudablemente, ésta no era la cuestión que interesaba en aquel caso). Tampoco cabe considerar que el marido estuviera obligado a pagar todas las mensualidades a consecuencia de un principio de cumplimiento por parte de la mujer, porque el comportamiento de ésta en cada uno de los meses no constituía una serie de actos interdependientes o un todo único (v. vol. I, § 29, nota 6 y el caso Martin v. Meles). De manera que puede decirse, en tales hipótesis, que el marido pagaría las mensualidades futuras si quería y que, por lo tanto, su obligación era una simple *gratuity*, desconocida como contrato en el *common law* (salvo que se haga en forma de *act under seal*: v. vol. I, § 34); v. también la Introducción al cap. III y la nota al caso Wyatt v. Kreglinger.

De ahí que en el caso Dunton no quedara otra solución que la de admitir una promesa por parte de la mujer.

Desde un punto de vista sustancial y de justicia, puesto que las partes tenían la intención de contraer un vínculo jurídico y no la de convenir una simple *gratuity*, y puesto que la mujer había aceptado y firmado el documento, era más fácil estimar que, más o menos implícitamente, se había querido establecer tal promesa o vincular también a la mujer; y, en todo caso, la naturaleza y las circunstancias del caso justificaban la solución cifrada en considerar obligado al marido. V., sin embargo, la nota a Wyatt v. Kreglinger, el caso Balfour y otros estudiados en el capítulo III.

En el caso Dunton, para excluir la posibilidad de una *executed con-*

sideration, el juez Hood parece aludir también a la exigencia de que la mujer hubiera debido probar que tenía la costumbre de embriagarse, porque sólo en tal caso habría hecho un sacrificio al abstenerse de beber. Precisamente por eso es por lo que en el caso Hamer v. Sidway el juez observa que el sobrino "solía fumar y ocasionalmente bebía". Aunque no sea posible investigar sobre el esfuerzo que le costó abstenerse de ello, cabe preguntarse si, para que la efectiva abstención del ejercicio de una *legal freedom of action* constituya una *consideration* válida, se requiere que antes de la promesa de una compensación el promisario haya observado una conducta distinta o contraria a la que habrá de observar después. El mismo juez Hood alude a la idea de una carga como mera condición o *motive* de un acto en el que se expresa el deseo de hacer una liberalidad; sobre este punto, v. la Introducción al cap. III, la nota al caso Wyatt y las citas que en ella se incluyen.

* * *

Plantearemos ahora este mismo problema en el *civil law* (adviértase que se han presentado casos análogos a Dunton v. Dunton, a propósito de la donación *cum onere* y bajo condición: v. Dalloz *Codes annotés, Nouveau Code Civil,* art. 900, n. 145).

a) Una promesa de la señora Dunton o del sobrino Story, de observar aquella determinada conducta (dejando aparte otras cuestiones), ¿constituiría una causa suficiente para eliminar la exigencia del esquema formal-causal de la donación en la promesa hecha por el marido o por el tío? V. vol. I, § 10. Según la jurisprudencia francesa, quizá se pudiera distinguir según que aquélla hubiera sido la causa principal o secundaria de la promesa del marido o del tío (v. vol. I, § 9, nota 10 y § 10 *c*). Según la jurisprudencia italiana, puesto que tal conducta no era susceptible de una valoración económica, sería probablemente de gran interés una averiguación sobre el verdadero *benefit* que obtendrían el sobrino o la señora Dunton al observar dicha conducta.

Téngase en cuenta, además, que la promesa de la mujer o del sobrino de observar aquella conducta, difícilmente hubiera podido sancionarse en el *civil law,* salvo que se hubiera estipulado una cláusula penal. Pero, aún en este último caso, es muy probable que la jurisprudencia italiana no hubiera modificado su actitud (v. vol. I, § 10, notas 12 y 13); para los franceses, la cláusula penal sería probablemente un argumento en favor del concepto de la causa principal.

b) ¿Qué efectos produciría la conducta efectivamente observada por la señora Dunton o por el sobrino Story (con o sin una promesa de observar tal conducta por parte de éstos)? Probablemente, prescindiendo de la concepción de la causa principal o secundaria, se requiriría también aquí el esquema formal-causal de la donación. Pero en presencia de ésta y de la correspondiente forma, al estar reconocida en el *civil law* la "causa" de liberalidad, el promitente o "donante" quedaría vinculado

por su promesa aún antes de que la otra parte hubiera observado la conducta impuesta como "carga". En el *common law,* la forma del *act under seal* hubiera podido producir este mismo efecto, pero como acto formal puro y unilateral y no como "causa" o "negocio de liberalidad", desconocido en el *common law* (v. vol. I, §§ 34 *a,* 28 *c* y 33 *d*).

c) ¿Podría tal conducta, cuando efectivamente se hubiera cumplido sobre la base de la promesa, dar lugar a una de aquellas decisiones que, como hemos visto, se inspiran en una especie de *reliance* con las peculiaridades propias del *civil law*? V. los casos de la sección III, cap. II de la primera parte.

Según el *common law,* todos los criterios que acabamos de mencionar *(a, b, c)* son irrelevantes. Los casos Hamer, Dunton y otros semejantes, quedan planteados en el terreno del abandono de la *legal freedom* o de la renuncia a alguna cosa, o en el terreno de un *legal benefit,* pero sin indagar cuál ha sido el móvil más o menos principal o el verdadero "negocio" que se ha querido celebrar, y conformándose con que haya existido una relación de *inducement* entre la promesa y la *consideration.*

Basta con que exista una contrapromesa de observar aquella conducta, o con que la promesa de una compensación tienda a presionar sobre la otra parte para obtener de ella una determinada conducta, aun cuando la promesa de la compensación y la conducta no tengan este único o determinante motivo (v. notas 12 y 13 al caso De Cicco y nota 10 al caso Martín v. Meles).

De esta forma, el *common law* plantea los casos Hamer, Dunton y otros semejantes en el mismo terreno que el caso Orr v. Orr, en el que se emplea la misma terminología; o de los casos Haigh v. Brooks y de otros (v. cap. IV); casos, que no pueden considerarse, ni siquiera entre nosotros, como donaciones.

Todo el verdadero contenido del negocio, relevante para el *civil law,* queda pues absorbido dentro del esquema abstracto del *bargain* (v. vol. I, §§ 26 *d,* 30 *a* y 33 *a.*)

* * *

Sobre un caso análogo a los casos Hamer y Dunton, y que para nosotros sería o podría ser una donación *cum onere,* v. Williston, *Contracts,* § 112 A, nota 2: obligación de una muchacha de comportarse dignamente desde la edad de 16 años hasta la de 22.

Análogo al caso Dunton es el caso Jamieson v. Renwick, 17, *Vict. L. R.,* 124 (resuelto por el mismo *Chief Justice* Higinbotham, y citado en el mismo caso Dunton), en el que se habla expresamente de una donación o "*gift*" de 25 libras al año, con la cláusula, considerada como una promesa del donatario, de no residir en un determinado lugar, de no visitar ni molestar personalmente o con mensajes al "donante"; de no ejercitar pretensiones jurídicas *(claims)* sobre su terreno, ni ocuparlo; y de no conducirse, a juicio del donante, de manera indigna o indecente para un miembro de la sociedad: todo ello bajo pena de perder el derecho

a aquella cantidad anual. Todas ellas son *considerations* válidas, dice el *Chief Justice* (excepto la de no molestar o interferir en la vida del donante, porque el hacerlo hubiera constituído un acto ilícito), ya que el promisario está en libertad para observar una conducta distinta y, por lo tanto, su promesa de restringir dicha libertad es una *consideration* válida.

Sobre otros casos que para nosotros serían o podrían ser donaciones *cum onere,* véanse Thomas v. Thomas; De Cicco v. Schweizer; Allegheny College; así como los supuestos siguientes:

La carga consistente en ir a la Universidad (prescindiendo de los gastos), v. vol. I, § 30, nota 1.

La carga de asistir a los funerales del promitente (que quizá tampoco sería para nosotros una donación *cum onere,* sino un contrato innominado de cambio, en caso de que la compensación fuera módica y prescindiendo de la cuestión de la licitud): v. Williston, op. y loc. cits.

La promesa de pagar una cantidad a un *nasciturus* si se concede al promitente el derecho a darle su nombre *(privilege of naming the child)*: Gardner v. Denison, *Supreme Jud. Court of Massachusets,* 1914, 217, *Mass.* 492. Este caso fué resuelto, como de costumbre, sobre la base de un *bargain* (o cambio) y de un *detriment,* por estimarse que aquel *privilege* representaba un *benefit* para el promitente y que el hijo perdía la oportunidad de recibir un nombre más ventajoso y podía quedar sujeto a algún *detriment* que derivara del nombre que se le había impuesto.

Sobre este mismo caso en el *civil law,* v. vol. I, § 2, nota 5 y § 10, notas 2 y 5.

En resumen, todos los casos examinados en esta nota, que para nosotros son o pueden ser donaciones *cum onere,* quedan absorbidos dentro del esquema abstracto del *bargain,* con un *legal detriment* o con un *legal benefit* (v. vol. I, § 30, nota 1 y § 26); y así quedan situados en el mismo plano que otros casos que para nosotros tampoco serían donaciones *cum onere.*

WHITE *(executor of John Bluett)* v. WILLIAM BLUETT

In the Exchequer, 1853. — 23 *Law Journal, New Series, Exchequer,* 36

EXAGERACIÓN HASTA EL ABSURDO DEL PRINCIPIO APLICADO EN LOS DOS CASOS ANTERIORES. — DONACIÓN "CUM ONERE" EN EL "CIVIL LAW".

(Caso en parte resumido y en parte transcrito textualmente.)

John Bluett había prestado cierta cantidad a su hijo William y le había hecho aceptar una letra de cambio *(promissory note).* Fallecido el padre y citado en juicio por el *executor* para el pago

de aquella deuda, el hijo se defendió exponiendo lo que sigue en su *plea* (el *plea* era una especial defensa consistente en negar algunos hechos alegados por el actor, o en admitirlos pero eliminando su eficacia con la alegación de otros hechos; v. las Advertencias a este vol. II. n. 5 *f*).

Que con posterioridad a la aceptación de la letra, se había quejado ante su padre de no haber recibido de él la misma cantidad de dinero o los mismos beneficios que habían recibido los otros hijos.

Que sobre este punto y sobre la deuda representada por la letra se habían suscitado varias veces discusiones entre padre e hijo, hasta que el primero admitió y declaró al segundo que tales quejas eran fundadas y, por lo tanto, se convino entre ambos "que el hijo cesaría en adelante de insistir en aquellas quejas y que, en *consideration* a esta promesa del hijo y con el fin de hacerle justicia (en relación con los beneficios recibidos por los otros hijos) y, además, por el amor y el afecto natural del padre hacia su hijo, el primero le perdonaría la mencionada deuda y aceptaría dicha promesa por parte del hijo como plena satisfacción y liberación de aquella deuda".

Que, de conformidad con este acuerdo, el padre durante toda su vida aceptó de hecho la promesa del hijo como plena satisfacción de la deuda en cuestión.

El abogado del *executor* White replicó que no existía ninguna *consideration* para la remisión de la deuda y que no se había otorgado ningún recibo o carta de pago (argumento, este último, que no fué aceptado por el juez Parke).

El abogado del demandado William Bluett sostuvo que su defensa *(plea)* demostraba que hubo un *agreement* o promesa por parte del demandado y que, en *consideration* a esta promesa, el padre accedió a perdonar la deuda.

Objeción del juez Parke: "¿constituye acaso un contrato jurídicamente vinculante una promesa hecha por un padre en *consideration* a que su hijo no le importune?"

Pero el abogado del demandado añade:

"La defensa *(plea)* demuestra que las quejas del hijo eran fundadas. No se puede investigar sobre la *adequacy* de la *consideration*. Una promesa es una buena *consideration* para otra promesa cuando el promitente de la primera (en este caso, el hijo) asume una obligación o responsabilidad a la que antes no estaba sometido. En el presente caso, el hijo tenía derecho *(right)* a quejarse y su consentimiento al acceder a renunciar a tal derecho y a abs-

tenerse de hacer lo que legalmente hubiera podido hacer, es una buena *consideration*; porque habría quedado expuesto a una acción si hubiera violado su promesa de no volver a quejarse. El caso queda comprendido en la definición de la *consideration* dada por Chitty, *Contracts*, p. 28, ya que, con su promesa, el demandado se sometió a una obligación e incluso sufrió un *detriment* por el hecho de no poder continuar exponiendo sus fundadas quejas..."

El juez Pollock, C. B.: "La defensa *(plea)* carece, evidentemente, de fundamento. En esa tesis se ha llevado un principio hasta el absurdo, del mismo modo que se hincha una vejiga hasta hacerla estallar. Sólo si se atiende estrictamente a las palabras habrá algún fundamento para dicha tesis y sólo si se atiende estrictamente a las palabras se podrá llegar a la conclusión sostenida en ella".

"Se dice (por el demandado): el hijo tenía derecho *(right)* a una justa distribución del patrimonio paterno, y se quejó ante su padre porque no había recibido una parte justa de dicho patrimonio; de ahí que dijera: "Yo dejaré de quejarme si tú no me reclamas el pago de aquella letra". A lo que el padre respondió: "Si me prometes no volver a quejarte, yo renunciaré a la letra".

"Ahora bien, si tal defensa fuera fundada, también podría ser jurídicamente vinculante la siguiente promesa: un hombre podría quejarse de que otro usara la vía pública más de lo debido, y el otro podría decir: "no te quejes y te daré cinco libras". Sería ridículo suponer que tal promesa pudiera ser jurídicamente vinculante. Igualmente, si el poseedor de una letra de cambio persiguiera al aceptante y éste se quejara de que aquél le había tratado duramente o dijera que la letra no hubiera debido nunca circular, y el poseedor respondiera: "Si no continúas quejándote, yo no reclamaré el pago de la letra", promesa que sería análoga a la que se invoca en esta causa."

"En realidad, no existía ninguna *consideration.* El hijo no tenía ningún derecho a lamentarse, ya que el padre podía distribuir su patrimonio como mejor le pareciera; y la renuncia del hijo a hacer aquello para lo que no tenía ningún derecho, no puede constituir una *consideration.*"

El juez Parke, B.: "Soy de la misma opinión. El *agreement* no podía servir de base para una acción contra el hijo. No deja de ser significativo el hecho de que el padre no restituyera la letra al hijo. En alguna época se dudó de si un simple *agreement* podía servir de base a una defensa *(could be pleaded)*... Pero tal cuestión no se plantea en el presente caso, ya que no existía ningún *agreement* vinculante para el hijo".

El juez Alderson, B.: "Si este *agreement* fuera válido, desaparecería la posibilidad de un *nudum pactum*. Existe una *consideration* para una de las partes y se sostiene que la *consideration* para la otra parte es el mismo *agreement;* si así fuera, ya no podría existir nunca un *nudum pactum*".

El juez Platt, B.: de acuerdo.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 30 *a, b,* especialmente nota 6.

Adviértase que en el *common law* la remisión de deuda es tratada como una *promise* y requiere también una *consideration,* salvo que se haga por medio del *act under seal* (en el *civil law* sería válida una remisión de deuda que no se hubiera hecho según las formas de la donación: v. vol. I, § 38 *b, c*). De manera que la cuestión habría sido la misma si el padre hubiera prometido dar alguna cosa al hijo.

Este célebre caso ha sido una especie de rompecabezas para sus intérpretes al tratar de encontrar el verdadero motivo de la decisión, que podría ser:

a) El carácter excesivamente vago e indeterminado del objeto de la promesa del hijo (de manera que, si no hubiera sido tan vaga, habría sido posible sancionar jurídicamente tal promesa y, por lo tanto, ésta hubiera representado un bien, aunque fuera mínimo, que podría constituir una *consideration* válida, según el argumento del abogado de Bluett). En este sentido interpretan el caso White: el juez Hood en el caso Dunton; Pollock, *Contracts,* pp. 144-145; y Anson, *Contracts,* p. 24.

b) El argumento de la vejiga que se hincha hasta hacerla estallar; es decir, el exagerar hasta el absurdo el principio aplicado en los casos Dunton y Hamer o, también, la exageración del principio de la irrelevancia de la *adequacy of consideration*: Corbin, *Cases on Contracts,* citado pág. 232.

c) La ausencia de un derecho del hijo a quejarse de la distribución del patrimonio hecha por el padre (aunque éste reconociera el fundamento de tales quejas; téngase en cuenta que en el *common law* de aquella época, el padre podía disponer libremente de su patrimonio, incluso *mortis causa*). En este sentido interpreta el caso White el juez Williams al resolver el caso Dunton.

d) La inexistencia de un verdadero *bargain* (opinión del juez Parke en el mismo caso White v. Bluett): Cheshire and Fifoot, *Contracts,* páginas 61-62.

Ahora bien, teniendo en cuenta el impreciso significado del término *right* (v. la nota al caso Dunton) parece que el motivo de la decisión pueda residir en los puntos *b, c, d,* relacionados entre sí. El hijo no tenía "derecho" a quejarse, ni en el sentido de un derecho subjetivo o poder jurídico, ni en el sentido de una facultad perteneciente a la esfera jurídica individual. La renuncia o la promesa de renunciar a aquellas pretendidas facultades, o el abstenerse de ejercitarlas, no tenían ningún valor y no podían ser objeto de un *bargain.*

Desde otro, aunque análogo, punto de vista, excluído en el hijo tal "derecho" puede decirse que un pacto de esta clase: "Tienes razón para quejarte; te perdono la deuda o te daré tal cantidad y no hablemos más de ello". "Está bien" respondería el otro; o bien: "Dame tanto y no volveré a quejarme..."; que un pacto de esta clase, decimos, es un *nudum pactum* según la idea que de éste se tiene en el *common law*, es decir, un pacto en el que falta un *bargain* o en el que falta un *negotium aliquod*, según cierta terminología romana que parece aquí volver a su punto de partida y que fué usada a propósito de los contratos innominados y para excluir el *pactum nudum* (v. vol. I, § 2) (v. sobre este punto la *opinion* del juez Alderson).

Hay que tener en cuenta, además, que si en tales casos se reconociera un *bargain* o un pacto válido, se estimularía a los importunos a que molestaran al prójimo hasta conseguir que se les diera algo para quitárselos de encima.

Pero, aun interpretándolos así, los motivos de la decisión del caso White v. Bluett resultan un tanto extraños y quizá el argumento más atrayente sea el de la vejiga que estalla. Es decir, probablemente se trata de un caso extremo. Distintas circunstancias concretas, más que definiciones abstractas, podrían haber justificado otra solución.

Por lo tanto, se proponen las siguientes cuestiones:

1) ¿Hubiera sido distinta la solución dada a este caso si la posición del hijo en Inglaterra fuera la misma de nuestro heredero legitimario?

2) Aunque el hijo no gozara de dicha posición, ¿qué ocurriría si el padre hubiera "comprado" el silencio de su hijo a bajo precio, es decir, prometiéndole o perdonándole mucho menos que lo que había dado a los otros hijos?

3) ¿Y si el hijo, en vez de quejarse, hubiera tratado fríamente a su padre? ¿O si se hubiera alejado de la casa paterna en señal de protesta? La promesa de no tratar fríamente a su padre o de volver a su casa, ¿hubiera podido constituir una *consideration* válida?

4) ¿Y si se hubiera quejado ante terceros en vez de hacerlo ante su padre? ¿Hubiera podido constituir una *consideration* válida la promesa de no quejarse ante terceros?

Desde otro punto de vista, téngase en cuenta que dichos motivos significarían que, aunque se considerara el caso en el aspecto de una *executed consideration*, es decir, de una efectiva abstención de quejarse por parte del hijo (como de hecho lo hizo hasta la muerte de su padre), la *consideration* seguiría siendo inválida (v., en cambio, las notas a los casos Hamer v. Sidway y Orr v. Orr).

Supongamos que se presentara este caso en el *civil law*:

Todo el planteamiento del caso cambiaría. Se presentaría o como una remisión de deuda o como una donación (si el padre hubiera prometido dar algo a su hijo).

En la primera hipótesis, la remisión sería válida por sí misma, sin necesidad de la forma exigida para la donación (v. vol. I, § 38 *b*). Aun-

que, de hecho, resultara la intención de donar o un acuerdo en este sentido, se trataría de una donación (válida sin necesidad de forma, v. volumen I, § 38, nota 20), respecto a la cual, y por las razones que inmediatamente señalaremos, el abstenerse de quejarse (o la promesa de no hacerlo, si pudiera imaginarse y sancionarse tal promesa en el *civil law*) sería una mera condición o una carga.

En la segunda hipótesis se trataría de una donación, sometida a los correspondientes requisitos de forma, con una condición o con una carga. Pensar que tal abstención pueda constituir una "causa suficiente" para excluir el esquema formal-causal de la donación parece absurdo, incluso a la vista de la doctrina y la jurisprudencia francesas más avanzadas (v. vol. I, § 10 *c*).

A un resultado *aparentemente* análogo se llegaría en el *common law* si la remisión de la deuda o la promesa del padre hubiera revestido la forma del *act under seal* (v. vol. I, § 34 *a*). Pero la analogía es sólo aparente, porque en el *civil law* la donación es un negocio o un tipo de negocio, reconocido por el Derecho en virtud de su misma "causa"; mientras que en el *common law,* el *act under seal* es un acto formal en sentido propio y, además, unilateral; un acto formal en el que se hace abstracción de su contenido, pudiendo contener una donación que, así como las correlativas cuestiones de la carga y de la causa suficiente, no está reconocida como negocio sustancial en el *common law* (v. vol. I, §§ 28 *c* y 33 *d*).

En otros términos, en el *civil law* lo que no pudiera ser causa suficiente o principal de un contrato innominado de cambio podría constituir una carga válida (como la promesa de no quejarse, si tal promesa pudiera imaginarse y sancionarse entre nosotros) o una causa secundaria de una donación, es decir, de un negocio en el que jugaran una causa principal y otra secundaria. Por el contrario, en el *common law,* dadas las consideraciones hechas y dado el esquema abstracto del *bargain,* resulta que dicha "causa secundaria":

— o implica un *detriment* (en el sentido de limitación de la *legal freedom*), y entonces, al dar lugar a un *bargain,* sirve de *consideration* que, como tal, es siempre "principal", aun cuando como móvil o *inducement* sea solamente parcial (v. notas 12 y 13 al caso De Cicco y nota 10 al caso Martin v. Meles).

— o bien, si no puede dar lugar a un *bargain,* no vale nada (salvo que pueda valer como condición de un acto formal puro: el *act under seal*).

Cierto es que un abogado del *civil law* no hubiera pensado nunca en plantear la defensa del hijo como lo hizo su abogado del *common law.* Es más, quien no conociera lo que hay entre bastidores (es decir, los conceptos de *contract, bargain, consideration;* conceptos que han hecho que sean serias, difíciles y no del todo libres de vacilaciones y dudas, la discusión y la solución del caso White v. Bluett), exclamaría, al leer este caso, que los ingleses están locos o, por lo menos, chiflados.

Una advertencia que nunca se repetirá bastante a quienes se dediquen al Derecho Comparado.

ORR v. ORR

Appellate Court of Illinois, 1913. — 181, *Ill. App.* 148.

APLICACIÓN DE PRINCIPIOS Y CONCEPTOS ANÁLOGOS A LOS DE LOS TRES CASOS ANTERIORES, PARA RESOLVER CASOS QUE EN EL "CIVIL LAW" NO SERÍAN DONACIONES "CUM ONERE" SINO "NEGOCIOS" DISTINTOS.

(Caso transcrito textualmente salvo algunos *omissis*.)

La *opinion* del Tribunal fué expresada por el Juez Philbrick en la forma siguiente:

"La apelada, Mina M. Orr, había contraído matrimonio con Fred W. Orr el 5 de junio de 1909. Antes de este matrimonio, Fred W. Orr había concertado un seguro de vida por 2.000 dólares con la compañía "Modern Woodmen of America".

"Del matrimonio nació un hijo, Carol. El 17 de agosto de 1910, Fred W. Orr falleció *ab intestato* en casa de su padre, donde había permanecido enfermo durante varias semanas, sobreviviéndole su esposa (la apelada) y su hijo Carol, quienes para su sustento dependían de su respectivo marido y padre (el difunto Fred W. Orr). En el momento de la muerte de Fred W. Orr, el beneficiario mencionado en la póliza del seguro era John W. Orr, padre de Fred, y al fallecer este último, la cantidad convenida en la póliza fué pagada a su padre, John W. Orr.

"La apelada, Mina Orr, sostiene que antes del fallecimiento de su marido aspiraba ella a conseguir que se modificara aquella póliza de manera que fuera ella misma quien se convirtiera en beneficiaria del seguro.

"La apelada afirma que, después de caer enfermo Fred W. Orr encontrándose en casa de su padre, éste y ella hablaron y discutieron la cuestión de la modificación de la póliza en el sentido indicado; y que ella hizo saber a su suegro, John W. Orr, su intención de trasladarse junto a su marido, enfermo en casa de aquél, para convencerle de que le entregara la antigua póliza con el fin de obtener después la emisión de una nueva póliza en favor de ella...

"La apelada afirma que cuando John W. Orr conoció su intención de acudir junto a su marido con aquella finalidad, se opuso a que lo hiciera; es decir, temiendo John W. Orr que una petición semejante (la modificación de la póliza), estando su hijo Fred en-

fermo y sin esperanza de curación, hubiera podido tener fatales consecuencias para éste, prometió y convino con la apelada que si ella se abstenía de trasladarse junto a su marido y de turbarle o molestarle con la cuestión de la modificación de la póliza, él, John W. Orr, cobraría la póliza en beneficio de ella y del hijo... Continúa diciendo la apelada que, efectivamente, se abstuvo de acudir junto a su marido para pedirle la modificación de la póliza.

(*Omissis:* en estos *omissis* el juez observa que, habiéndose negado John W. Orr a entregar el importe de la póliza a Mina Orr, ésta le demandó en nombre propio y en el de su hijo, que murió después durante la pendencia del juicio; y que en la primera instancia fué estimada la petición de Mina Orr. De ahí la apelacinó de John W. Orr.)

"El apelante sostiene que la decisión impugnada es errónea y debe ser modificada porque no hay pruebas que apoyen la tesis de la pretendida promesa (de cobrar la póliza en beneficio de Mina y de su hijo). Además, porque, aún admitiendo que tal promesa se hubiera hecho, no existía ninguna *consideration* para ella, ya que Mina Orr no tenía ningún poder para obligar a su marido a que modificara la póliza, aunque ella se lo hubiera pedido. Y además porque era una mera suposición *(speculation)*, por parte de Mina Orr, la de que su marido habría modificado la póliza si ella se lo hubiera pedido...

(*Omissis*: aquí observa el juez que existían pruebas de la promesa.)

"La apelada tenía derecho *(right)* a pedir a su marido la modificación de la póliza antes de que éste falleciera, y a asegurarse el beneficio de dicha póliza para ella y para su hijo, si le era posible conseguirlo. La póliza había sido concertada por el difunto antes de su matrimonio, y su padre (John W. Orr) había sido nombrado beneficiario de la misma. Puesto que la apelada y su hijo se habían convertido en los destinatarios naturales de la liberalidad *(bounty)* de Fred W. Orr, hubiera sido completamente normal que éste modificara la póliza durante su última enfermedad, de manera que su mujer y su hijo se beneficiaran del seguro, a menos que existiera alguna grave razón para que no lo hiciera así. Por lo menos, la apelada tenía derecho a acudir junto a su marido para presionar sobre él en dicho sentido y con la persuasión que ella podía utilizar con tal fin...

"Es jurisprudencia constante que una promesa cumplida *(carried out or completed)* que prive a la parte promitente (Mina Orr) de algún *substantial right* que le pertenezca, constituye — cuando

esto suceda a instancia de la otra parte (John W. Orr) — una *consideration* suficiente para la promesa de dicha otra parte... (con esto el juez quiere decir que Mina Orr no sólo había prometido renunciar y había renunciado a su libertad de acción o derecho, sino que, de hecho, había cumplido aquella promesa al abstenerse de acudir junto a su marido con la referida finalidad).

"Es también jurisprudencia constante que una promesa es una *consideration* suficiente para otra promesa; y que la cuestión de la *adequacy of consideration* o la de su *inequality* es completamente irrelevante. Y es completamente irrelevante, por lo que se refiere a la *consideration* de la promesa en cuestión (la de John W. Orr), el saber si la apelada habría sido o no capaz de obtener la modificación de la póliza en la forma que deseaba. Existía una *valuable consideration,* ya que, al acceder Mina Orr a la petición o a la *request* de John W. Orr, renunció y abandonó un derecho que ella tenía; a saber, el derecho de intentar persuadir a su marido para que convirtiera en beneficiarios de la póliza a su mujer y a su hijo.

"Para establecer si existía una *valuable consideration* en aquella promesa de John W. Orr, no es necesario comprobar que éste hubiera obtenido por ella un beneficio patrimonial. Con que existiera una *valuable consideration,* por pequeña que fuera, era suficiente.

"Nuestra opinión es que, al haber convenido Mina Orr que se abstendría de acudir junto a su marido... para hacerle la petición que ella tenía derecho a hacer y que tenía derecho a esperar que fuera atendida, tal acuerdo era una *sufficient consideration* por parte de Mina para hacer válida la promesa de John W. Orr; es decir, la promesa de que, si el enfermo fallecía, John W. Orr cobraría la póliza y entregaría después su importe a Mina Orr, para ella y para su hijo."

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, §§ 26 *d, e* y 30 *a.*

Véase la nota al caso Dunton, sobre el concepto de *right* (*right* de Mina Orr a acudir junto a su marido y pedirle la modificación de la póliza) y sobre la *consideration* consistente en una *promesa* de abstenerse de ejercitar tal "derecho", o en la efectiva abstención o *executed consideration.*

Tal vez Mina Orr tuviera algo más que un *right,* en el sentido de *legal freedom of action* (v. los casos Hamer, Dunton y otros semejantes); porque, como advierte el juez Philbrick, sería natural que después del matrimonio el marido modificara la póliza. Con lo que el juez, más que a un verdadero derecho o a una legítima expectativa, parece aludir a una

probabilidad para Mina Orr; de manera que el mismo juez se repliega al terreno de un *right* (como *legal freedom of action*) de acudir al lado de su marido y de hacer sobre él las presiones que ella considerara oportunas.

Adviértase, pues, que el problema de una promesa de Mina Orr (cuya existencia admite el juez) como *consideration* válida, queda superado por el argumento que Mina Orr sostuvo de que, efectivamente, se había abstenido de acudir junto a su marido para conseguir aquel propósito (adviértase también que el juez lo tuvo en cuenta al decir que se trataba de una promesa cumplida). Tampoco puede decirse que el suegro J. Orr hubiera contratado para obtener solamente una promesa *(executory consideration)* y no para obtener una efectiva abstención *(executed consideration)*: v. la nota al caso Dunton.

Teniendo esto en cuenta, es evidente que el caso Orr fué resuelto aplicando principios y conceptos análogos a los aplicados en los casos Hamer y Dunton. Pero estos últimos, y otros semejantes a ellos, serían o podrían ser casos de donación *cum onere* en el *civil law,* mientras que el caso Orr representaría para nosotros un negocio muy distinto de la donación *cum onere.*

Es siempre el esquema abstracto del *bargain* (con la irrelevancia de la donación y de la "causa principal o secundaria" de liberalidad) el que absorbe al que para un jurista del *civil law* sería el "negocio" o el contenido verdadero y relevante de la convención: v. nota al caso Dunton.

En este mismo aspecto, son también interesantes otros casos resueltos en el *common law* aplicando esos mismos principios y conceptos; mientras que para el *civil law* tales casos no sólo no serían donaciones *cum onere* sino que ni siquiera serían "negocios" análogos al del caso Orr v. Orr.

Así, los casos Ex Parte Martingell, *King's Bench,* 1904, 2 *K. B.,* 133; Goodson v. Grierson, *K. B.* 1908. — I *K. B.* 761; y otros citados en mi artículo *Appunti sul contratto obbligatorio,* etc., en *Riv. trim. di dir. e proc. civ.,* 1953, p. 46. En estos casos el principio que inspira la decisión es el de que la abstención o la promesa de abstenerse de aplicar sanciones de carácter social para obtener el pago de una deuda moral, social o de honor, puede constituir una *consideration* válida para la promesa de pagar dicha deuda. Se trata del mismo principio que inspira las decisiones de los casos Dunton, Orr y otros semejantes, pero aplicado a "negocios" que entre sí son *substancialmente* distintos en el *civil law.* En efecto, entre nosotros, los casos Martingell, Goodson v. Grierson y otros semejantes serían promesas de pagar una deuda moral; promesas válidas (hasta cierto punto) si esta deuda moral fuera una "obligación natural" que, por sí misma (y no por aquella relación — *bargain* — entre promesa y abstención), sería la causa suficiente de semejantes promesas: véase vol. I, § 11. El hecho de abstenerse de aplicar sanciones sociales no tendría ninguna importancia en el *civil law,* e incluso podría despertar sospechas que harían que no se considerara como "causa suficiente"

a la obligación natural y que, por lo tanto, no se reconociera validez a la promesa de cumplirla.

Volviendo al caso Orr, ¿cómo calificar aquel acuerdo en el *civil law*? A menos que resultara la intención de donar, excluída por las circunstancias de este caso, sería un contrato innominado en el que la contraprestación de Mina Orr ("causa", en este sentido) no figuraría probablemente *in obligatione* sino que constituiría el objeto de una condición: v. volumen I, § 10 *a* (pero, prescindiendo del problema de la posibilidad de sancionar la promesa de Mina Orr, podría también figurar *in obligatione*: v. la nota al caso Dunton, problemas para el *civil law*).

En este aspecto, la conducta de Mina Orr al abstenerse de pedir a su marido que modificara la poliza, constituiría, incluso para la jurisprudencia italiana y para las corrientes que coinciden con ella, una *causa suficiente* para dispensar a la promesa hecha por su suegro, John Orr, de la exigencia de la forma de la donación. Y ello, no tanto porque John Orr obtuviera un beneficio patrimonial como porque Mina Orr sufría un sacrificio patrimonial (v. vol. I, § 13 *b*) consistente en la pérdida de una probabilidad: la de conseguir que su marido modificara la póliza. Téngase en cuenta que lo que prometía John Orr era el valor máximo de esta probabilidad y nada más.

Cuál fuera en realidad el valor de dicha probabilidad carecería de importancia, con tal de que no fuera una pura fantasía de Mina Orr o de que no tuviera un valor tan pequeño que hiciera surgir otros problemas o, por lo menos, la sospecha de que Mina Orr había especulado con un sentimiento piadoso de John Orr hacia su hijo o de que el consentimiento de aquél no había sido libre; o bien, según la jurisprudencia francesa, la ausencia de una verdadera compensación (v. vol. I, §§ 23 y 10, nota 3; vol. II, cap. VI de la primera parte). Desde este punto de vista, deberían ser tranquilizadoras las observaciones del juez Philbrick al decir que después del matrimonio hubiera sido completamente natural que el marido modificara la póliza, a menos que se demostrara que existían graves razones para que no lo hiciera (aunque no se comprende por qué, en el caso Orr, no se había hecho así después de más de un año de matrimonio).

Pero, ¿qué valor tienen estas observaciones del juez Philbrick en una sentencia del *common law*? Se hacen con el fin de demostrar que existía un "derecho" (en realidad, una probabilidad) al que renunciaba Mina Orr, como bien o valor aunque fuera mínimo "a los ojos del Derecho"; valor mínimo que constituye siempre el presupuesto del *bargain*, como esquema abstracto, o el de la *consideration* (v. vol. I, § 30, notas 1 y 4). Inmediatamente después de hacer estas observaciones, el juez se repliega al terreno de un *bargain* entre la promesa de John Orr y la renuncia de Mina a otro bien, es decir, la abstención de la *legal freedom of action*, que también es una *consideration*, entendida, como de costumbre, de manera abstracta.

No habiéndose hablado en este caso de un vicio del consentimiento

por parte de John Orr (v. vol. I, § 23), aquellas observaciones no pueden referirse a tal vicio, por lo que, de hecho, habrían tranquilizado el ánimo del juez.

Como puede verse, en éste y en otros casos las soluciones y los motivos en el *common law* y en el *civil law* son, al menos en parte y al menos aparentemente, análogos. Pero responden a un orden de ideas, a una mentalidad, a un planteamiento distintos, que imponen la necesidad de proceder con cautela al hacer comparaciones.

El lector queda invitado a reflexionar sobre todo ello y a profundizar, desde este punto de vista, en la comparación.

Devecmon v. Shaw and Devries executors

Court of Appeals of Maryland, 1888. — 69 *Md.* 199

Consideration: inducción ("request") a hacer un gasto beneficioso para el promisario que, de no ser por ello, no se habría hecho. — Donación "cum onere" y "reliance" en el "civil law".

(Caso transcrito textualmente salvo los *omissis*.)

La *opinion* del Tribunal fué expresada por el juez Brian en la forma siguiente:

"John S. Devecmon promovió una acción contra los *executors* (administradores o liquidadores de la herencia) del difunto John S. Combs... La prueba consistía en ciertas cuentas sacadas de los libros del difunto y en el testimonio de que el actor era sobrino suyo, había vivido durante varios años con su familia y había estado a su servicio como empleado durante varios años. El actor... ofreció una prueba testifical encaminada a demostrar "que el actor había hecho un viaje a Europa en 1878; que había hecho este viaje y gastado el dinero necesario a tal efecto, a instancia y a petición *(at the instance and request)* del referido Combs, sobre la base de una promesa de este último de reintegrar y restituir al actor todo el dinero gastado en aquel viaje; que el viaje fué hecho y el dinero gastado en aquellas condiciones por el actor, pero que dicho viaje no tenía ninguna relación con los negocios de Combs; que éste habló con el testigo... diciéndole que estaba dispuesto a pagar los gastos a su sobrino como acto de liberalidad y generosidad por su parte" (por parte de Combs).

A petición de la otra parte, el Tribunal de primera instancia se negó a admitir dicha prueba y el actor recurrió en apelación.

"Hubiera podido suceder, y probablemente éste era el caso, que el actor no hubiera hecho el viaje a Europa a sus propias

expensas. Pero, fuera o no fuera éste el caso, el testimonio (si se hubiera admitido) habría tenido como objeto demostrar que el actor había hecho un gasto *at the instance and request* del difunto y sobre la base de una promesa expresa de este último de reintegrarle el dinero gastado. Se trataba de una carga *(burden)* que el actor asumió a petición de la otra parte y que constituía, ciertamente, una *consideration* suficiente para una promesa de pagar. Si la ley no lo reconociera así, podrían causarse graves daños al inducir a una persona a hacer gastos que excedieran de sus posibilidades, mediante una expresa promesa de reintegro. *Es completamente distinto el caso de la promesa de hacer a otro un regalo o de prestarle un servicio gratuito.* No tiene ninguna importancia, en la cuestión litigiosa, el hecho de que el actor se beneficiara al gastar su propio dinero. Había sido inducido por esta promesa a gastarlo de aquella manera en vez de invertirlo en otra forma. Si la promesa no se cumpliera, el gasto habría sido ocasionado por un falso pretexto" *(omissis)*.

El Tribunal de Apelación de Maryland, después de hacer otras consideraciones sobre la acción, sobre el fundamento en que se apoyaba y sobre las pruebas, reformó la decisión del Tribunal de primera instancia y ordenó un nuevo *trial* (repetición del juicio: v. Advertencias al Vol. II, n. 5 *a*).

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, §§ 26 *d*, *e*; 30 *a* y 27 *a*.

La decisión se funda en el motivo de que Devecmon había hecho un gasto (que en otras circunstancias no hubiera hecho o hubiera hecho de otra forma) más que en el motivo de un abandono de su *legal freedom* de no hacer el viaje (v. la nota a los casos Hamer y Dunton). Pero, según parece, el demandado invocaba, como en el caso Hamer, el *benefit* obtenido por el promisario (Devecmon).

De ahí que el motivo basado en la circunstancia de haberse hecho un gasto..., etc., recuerde bastante a la *reliance* (v. vol. I, § 27 *a*; Corbin, *Cases on contracts*, cit., p. 381). Pero en relación con la *doctrine* de la *reliance* que establece el § 90 del *Rest.* americano, este caso ofrece la diferencia de que el viaje, con los correspondientes gastos, no es que fuera racionalmente previsible sino que había sido expresamente previsto como condición de la promesa, y realizado por Devecmon sobre la base de ésta y de la correspondiente condición. Por lo cual, este caso fué incluído también dentro del esquema del *bargain*, como conducta seguida a *special instance and request* del promitente o, mejor dicho, como conducta seguida bajo la presión o *inducement* de la promesa, aunque por una y otra parte pudieran haber existido otros *motives* (v. nota a los casos Hamer y Dunton y las remisiones que en ella se hacen a los casos

De Cicco y Martin v. Meles). Basta con esa recíproca relación de causalidad entre promesa y conducta, aunque concurran también otras causas.

Teniendo en cuenta esto, parece que para el *civil law* se trataría de una donación *cum onere,* según el ejemplo clásico de una carga en beneficio del donatario o de una obligación de éste de dar una especial "aplicación" a la cantidad recibida: v. vol. I, § 10, nota 15, y la nota al caso David, con citas de Planiol, precisamente a propósito del caso de la carga consistente en hacer un viaje; pero v. también vol. I, § 9, nota 10 sobre el Derecho francés. En el Derecho italiano se trataría, sin duda, de una donación *cum onere*: v. vol. I, § 10 *b* y los casos del cap. II, sección I de la primera parte de este vol. II.

Sin embargo, en el *civil law* este problema se presenta generalmente para la donación real, más que para la donación obligatoria (promesa de dar). En este último caso (como también frente a una acción para obtener la devolución de lo dado, por defecto de forma) se ha presentado también en el *civil law* el problema de una *reliance* consistente en hacer un gasto que de no ser por la promesa de reintegro no se hubiera hecho, aunque, reintegrados los gastos, exista un beneficio para quien ha hecho el viaje o aunque ese gasto le haya procurado un resultado ventajoso. Y, aunque a veces se haya recurrido al concepto de contrato innominado de cambio o al de causa principal y suficiente, distinta de la causa de liberalidad (v. el caso Bardet y otros citados en la nota introductiva a la sección III, cap. II de la primera parte), en general se han resuelto estos casos sobre la base de la *reliance* o confianza en la promesa.

Desde este punto de vista, el caso Devecmon presenta analogías con los casos Bardet cr. Iglesia de Saint-Martin, Cattaneo cr. Milesi, y otros citados en dicha nota introductiva. Pero el caso Devecmon se decidió sobre la base del esquema abstracto del *bargain* y de la *request* más que sobre los motivos sustanciales a que se atendió en los citados casos del *civil law*.

Embola v. Tuppela

Supreme Court of Washington (del Estado de Washington, no de la capital federal), 1923. — 127 *Wash.* 285

Contrato aleatorio: "adequacy of consideration". (Caso resumido.)

Tuppela había seguido la carrera de los buscadores de oro en Alaska y después de permanecer allí durante varios años se volvió loco y fué recluído en un manicomio en Portland, Oregón. Cuando volvió a salir, después de cuatro años, descubrió que sus propiedades en Alaska habían sido vendidas por su tutor.

En mayo de 1918, Tuppela, sin trabajo y en la miseria, encon-

tró en Astoria, Oregón, a su amigo el señor Embola. Éste le dió o le prestó 270 dólares para su mantenimiento.

Después de tratar inútilmente de que alguien le procurara los medios para recuperar sus propiedades en Alaska, cuyo valor se calculaba en unos 500.000 dólares, Tuppela se dirigió en septiembre de 1918 a su amigo Embola y le dijo que si, además de los 270 dólares que ya le había dado, le daba ahora otros 50 para poder trasladarse a Alaska con el fin de recuperar aquellas propiedes, le daría a Embola 10.000 dólares si ganaba el pleito y conseguía recobrarlas.

El otro aceptó y entregó los 50 dólares. Después de un largo pleito, Tuppela consiguió recuperar aquellos bienes. Pero al reclamársele el pago de los 10.000 dólares, Tuppela objetó que el contrato era *unconscionable,* carente de una *adequate consideration,* obtenido mediante *fraud* y, además, usurario.

El juez, después de advertir que no se trataba de un mutuo (ni, por lo tanto, de un mutuo usurario), sino de una inversión aleatoria y, por ello, en caso de fracaso, de una inversión a fondo perdido, observa que el pleito para conseguir la recuperación de los bienes en Alaska era dificilísimo, según el dictamen que dió un abogado; de manera que el riesgo de perder los 50 dólares era muy grave. Esto demuestra, dice el juez, que la *consideration* no era *inadequate.* En cuanto a la tesis del *fraud,* el juez observa que, según las pruebas, el mismo Tuppela había ofrecido dar 10.000 dólares cuando estaba en su sano juicio, y con ello dió a entender que el contrato ofrecía ventajas para él.

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, §§ 26 *d,* 30 *a* y 32 *d.*

Se trata de un contrato aleatorio. El juez deduce de las circunstancias que no existía *fraud* (lesión). Tampoco se podía deducir la lesión de la *gross inadequacy of consideration,* ya que ésta, dada la gravedad del riesgo, no era *inadequate.*

La comprobación de la *adequacy* tiene, pues, importancia en los contratos aleatorios; pero, en definitiva, sólo la tiene para excluir el *fraud* o la *indue influence.*

En el caso Elliot v. Northern Trust Co., *Illinois App. Court,* 1913. 17 *Ill. App.* 438, cit. por Corbin, *Cases on Contracts,* cit., p. 225, una mujer había dado 500 dólares a su marido con el fin de procurarle los medios para trasladarse a Alaska, a cambio de la promesa del marido de darle la mitad de su patrimonio en el momento de su muerte. Cuando el marido falleció su patrimonio ascendía a ¡dos millones de dólares!

¿En el *civil law* se hubiera considerado nulo o se habría anulado o rescindido el contrato en casos como Embola v. Tuppela, Elliot v. North. Trust, y similares? V. vol. I, § 23.

Schnell v. Nell

Supreme Court of Indiana, 1861. — 17 *Ind.* 29

"Nominal consideration" y "unsufficient consideration". "Recital of consideration". — "Past consideration". — Problemas para el "civil law". — Donación disimulada, etc.

(Caso transcrito textualmente, salvo algunos *omissis*.)

Perkins J.: "Se trata de una acción ejercitada por J. B. Nell contra Zacarías Schnell, sobre la base del siguiente instrumento:

"El presente documento, de fecha 13 de febrero de 1856, otorgado por Zacarías Schnell (primera parte) y J. B. Nell, Wendelin Lorenz y Donata Lorenz (segundas partes) da fe de lo siguiente:

El citado Zacarías Schnell declara:

Que su esposa, Teresa Schnell, ya fallecida, hizo un testamento en el que, entre otras cosas, dispuso que cada una de las precitadas segundas partes recibiera la cantidad de 200 dólares.

Que estas disposiciones del testamento son completamente nulas, ya que en el momento de su muerte la difunta Teresa Schnell no poseía individualmente *(in her own name)* ninguna propiedad mobiliaria o inmobiliaria y, por lo tanto, todos los bienes, poseídos conjuntamente, han de volver a su marido.

Que, además, dicha Teresa Schnell fué siempre una mujer respetuosa de sus deberes y cariñosa con Zacarías Schnell, y le ayudó eficazmente a adquirir todo el patrimonio mobiliario e inmobiliario que actualmente posee éste.

Advertido lo anterior y en *consideration* a todo ello y al amor y respeto que profesa a su mujer; y además, en *consideration* a haber recibido un centavo de las segundas partes, dicho Zacarías Schnell consiente en pagar las cantidades antes indicadas a cada una de dichas segundas partes (siguen especificaciones y plazos para el pago).

Por su parte, las segundas partes en *consideration* a esto consienten en pagar la mencionada cantidad de un centavo y en abstenerse de hacer valer cualquier pretensión *(claim)* contra dicho señor Schnell o contra su patrimonio, que pueda derivar del referido testamento de la difunta Teresa Schnell, y, por lo tanto, en renunciar a dicha pretensión.

Para dar fe de todo lo dicho, las partes, en este día 13 de febrero de 1856, han puesto sus firmas y sus sellos en este documento (siguen las firmas)."

"La demanda *(Complaint*: v." Advertencias al vol. II, núm. 5) no contiene ninguna afirmación de una *consideration* para dicho instrumento, fuera de las mencionadas en él, y no declara de manera positiva que el centavo que se convino pagar hubiera sido efectivamente pagado u ofrecido *(omissis)*.

"El demandado respondió que el instrumento en el que se basaba la acción estaba desprovisto de toda *consideration*.

"Respondió además, que el instrumento carecía de *consideration* ya que la esposa del demandado, Teresa, ni en el momento en que hizo el mencionado testamento ni en el momento de su muerte poseía ninguna propiedad inmobiliaria o mobiliaria, ni separadamente ni conjuntamente con su marido o con otros, excepto lo que la ley le concedía como interés (como si dijéramos, en derecho de goce) en el patrimonio de su marido.

"El testamento consta en autos, pero no interesa para la decisión. *(Omissis.)*

"El caso fué devuelto al Tribunal de instancia y debe volver a examinarse aquí la cuestión de si el instrumento, base de la acción, expresa una *consideration* suficiente para fundar una obligación jurídica contra Zacarías Schnell. En dicho instrumento se especifican tres distintas *considerations* para la promesa de este último de pagar 600 dólares, a saber:

1) Una promesa, por parte de los actores, de pagarle un centavo.

2) El amor y el afecto que profesaba a su difunta esposa y el hecho de que ésta había cooperado en la adquisición del patrimonio de su marido.

3) El hecho de que ella había expresado el deseo, en forma de un testamento ineficaz, de que las personas mencionadas en él recibieran las cantidades que se especificaban.

"La *consideration* de pagar un centavo no puede constituir la base de la promesa del señor Schnell. Es cierto que, en principio, la *inadequacy of consideration* no vicia una convención... Pero esta *doctrine* no se aplica a los simples intercambios de cantidades de dinero, de moneda acuñada cuyo valor está fijado exactamente, sino al cambio de alguna cosa de valor indeterminado por dinero o por otra cosa también de valor indeterminado.

"En el presente caso se podría sustentar una opinión distinta si el centavo mencionado en el instrumento hubiera sido un centavo concreto, un recuerdo de familia por ejemplo, o una moneda antigua o notable que tuviera un valor indeterminado e independiente de su valor como simple moneda. Así las cosas, la simple

promesa de pagar 600 dólares a cambio de un centavo, aun cuando la fracción de ese centavo debida por el actor hubiera sido ofrecida, constituye un *unconscionable contract* (contrato absurdo o con enorme desproporción), nulo a simple vista y de manera evidente, si es que ha de ser considerado como un contrato serio (cita de un caso). La *consideration* de pagar un centavo en este caso es claramente *nominal* y querida como tal.

"Como quiera que el testamento de la esposa de Schnell no le imponía ninguna obligación jurídica de pagar los legados mediante su propio patrimonio, y como quiera que ella no tenía bienes propios, la promesa de Schnell de pagar dichos legados no era jurídicamente vinculante para éste. Una simple *moral consideration* no puede servir de apoyo a una promesa (citas de casos). Y, por la misma razón, no puede apreciarse una *consideration* válida para la promesa de Schnell en el hecho de haberse acordado una transacción *(compromise)* sobre una pretensión discutida; porque cuando la pretensión está desprovista de todo fundamento jurídico, la promesa que se haga en una transacción sobre tal pretensión no es jurídicamente vinculante.

"No existía en el presente caso ningún error de derecho o de hecho, porque en el mismo instrumento se reconoce que el testamento es ineficaz y nulo.

"Se trataba de una simple promesa de hacer una donación.

"Los servicios prestados en el pasado al señor Schnell por su esposa, y el amor y el afecto que él le había profesado, no pueden constituir una *legal consideration* de la promesa de Schnell por dos motivos: 1.º Se trata de una *past consideration;* 2.º El hecho de que Schnell amara a su esposa y de que ésta le hubiera ayudado (a reunir su fortuna) no constituye una *consideration* para su promesa de pagar una cantidad de dinero a J. B. Nell y a los señores Lorenz.

"No tenemos necesidad de resolver esta otra cuestión: la de si una promesa de esta naturaleza sería válida y conforme con el orden público *(public policy)* suponiendo que, durante su vida, la esposa hubiera hecho un *bargain* con el señor Schnell del que resultara que en *consideration* a la promesa de éste de pagar a aquellas personas una cantidad de dinero después del fallecimiento de su mujer, ella prestaría su actividad en el sentido antes indicado y se conduciría de manera que la hiciera merecedora del afecto de su marido.

"Tampoco el hecho de que el señor Schnell venere la memoria de su difunta esposa puede constituir una *legal consideration* para

una promesa de pagar una cantidad de dinero a terceras personas..."

(La decisión del juicio anterior fué reformada.)

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 30, especialmente notas 7 y 12; § 28 *a*; v. también § 31.

Según parece, el sello no tenía importancia en este caso concreto.

El caso fué resuelto, al parecer, por estimarse que la *consideration* era insuficiente (v. vol. I, § 30 nota 7), aunque el juez la llame *nominal* y aunque no esté claro si el centavo debía pagarse al mismo tiempo y en el mismo lugar en que se debían pagar los 200 dólares (por más que, no habiéndose convenido expresamente un lugar o un tiempo distintos, habría que presumir que eran los mismos). Por dicho motivo de una *consideration* insuficiente fué resuelto el caso, más que por el motivo, también aludido de pasada por el juez, de que se trataba de un simple *recital of consideration* (v. vol. I, § 30, nota 12). En relación con este punto, adviértase la ambigüedad del instrumento, que tan pronto habla de un centavo recibido como de un centavo convenido o prometido. Pero aunque se hubiera prometido, podía tratarse de un simple *recital* si resultaba (y aquella ambigüedad era la prueba de ello) que en realidad no se quería hacer una promesa seria, es decir, que no se pensaba en pagarlo.

Sobre la *past consideration*, v. vol. I, § 28 *a*.

Sobre el *compromise* o transacción, v. la nota al caso Haigh v. Brooks, y lo dicho en ella sobre el problema del error en la transacción.

Problemas para el *civil law*:

1) La obligación natural basada en un testamento nulo podría ser causa suficiente de la promesa (sin necesidad de la forma de la donación) según la jurisprudencia francesa; o bien, podría considerarse dicha promesa como una confirmación del testamento nulo, de conformidad con los arts. 590 y 799 C. c. ital., 1.430 C. c. francés, etc.: v. vol. I, § 11, notas 27 y 28; y el cap. III de la primera parte de este vol. II.

¿En cuál de estas dos figuras jurídicas — promesa por una obligación natural o confirmación — se podría encuadrar este caso?

2) En cuanto al *recital of consideration*, ¿sería válida como donación disimulada, según la jurisprudencia francesa, la promesa de pagar los 200 dólares? (promesa no revestida de la forma de la donación).

3) Prescindiendo de la cuestión del *recital* y suponiendo que el centavo hubiera sido efectivamente pagado o prometido, ¿qué solución hubiera dado la jurisprudencia francesa? V. nota al caso Christiano.

4) En relación con la cuestión anterior, ¿podría influir en la solución el hecho de que el centavo prometido hubiera sido una concreta moneda?

5) ¿Quería aludir el juez Perkins, al calificar de "*unconscionable*" al contrato, a una concepción análoga a la de la jurisprudencia francesa estudiada en el vol. I, § 23 y en el vol. II, 1.ª parte, cap. VI? V. también vol. I, § 32 *b*.

McDevitt v. Stokes

Court of Appeals of Kentucky, 1917. — 174 *Ky.* 515

"Consideration" consistente en el cumplimiento de un deber (para con un tercero). — Problemas para el "civil law".

(Caso en su mayor parte resumido.)

Stokes había prometido a McDevitt, un *jockey* al servicio del señor Shaw, propietario del caballo "Grace", que le pagaría 1.000 dólares si montando a "Grace" vencía en una gran carrera del estado de Kentucky. Se trataba de una carrera famosa que aumentaría considerablemente el valor del caballo vencedor y también el de su padre, el de su madre y el de sus hermanos. El premio de esta carrera había de distribuirse entre los cuatro primeros clasificados y los propietarios de las respectivas madres de los caballos vencedores.

Stokes era propietario de las acciones de una sociedad criadora de caballos, a la que pertenecían el padre, la madre y dos hermanos del caballo "Grace". En caso de que "Grace" venciera, a dicha sociedad habrían de corresponder en premio 300 dólares. Además, el valor del padre, de la madre y de los hermanos de "Grace", propiedad de la sociedad, habrían de aumentar sobremanera con esta victoria.

El demandante McDevitt alegaba que Stokes, estimulado por el interés que tenía en aquella carrera, le había prometido 1.000 dólares si, montando a "Grace", vencía en dicha carrera; el *jockey* aceptó, montó el caballo y venció. Stokes recibió el premio de 300 dólares como propietario (a través de la sociedad) de la madre de "Grace"; el valor del padre de "Grace" aumentó en 10.000 dólares; el de la madre en 5.000 y el de los dos hermanos en 5.000 cada uno.

En juicio (de apelación) el *jockey* McDevitt sostuvo que los beneficios mencionados, producidos a Stokes por la victoria de "Grace" y debidos en gran parte a su pericia de jinete, constituían una *consideration* suficiente para la promesa de 1.000 dólares que le había hecho Stokes.

El *Chief Justice* Settle rechazó la petición del *jockey* entendiendo que éste, por ser un empleado al servicio del señor Shaw, propietario del caballo "Grace", estaba ya "moral y jurídicamente obligado" a realizar la prestación que le pedía Stokes a cambio de la promesa de 1.000 dólares. Por lo cual, dice el juez, aunque

Stokes no hubiera hecho tal promesa habría recibido automáticamente los beneficios derivados de aquella prestación que McDevitt estaba ya obligado a realizar por su contrato con el señor Shaw.

"Considerar que el *jockey* McDevitt habría vencido en la carrera, montando a "Grace", sólo por la promesa que le había hecho Stokes de pagarle 1.000 dólares si vencía, equivaldría a decir que, de no ser por la promesa, el *jockey* se habría comportado de manera deshonesta respecto a la obligación nacida de su contrato con Shaw, a cuyo servicio estaba; una consecuencia que en modo alguno está justificada, teniendo en cuenta lo que se dice en la demanda de apelación."

Las palabras *benefit* y *detriment,* sigue diciendo el *Chief Justice* Settle, se prestan a equívocos. *Benefit* no se refiere a cualquier beneficio patrimonial, ni *detriment* a cualquier pérdida patrimonial que puedan derivar del negocio. No se puede esperar a que el negocio haya sido cumplido y a que se haga el balance de los patrimonios de cada una de las partes para saber si originariamente existía la *consideration. Benefit* significa, técnicamente, que, a cambio de su promesa, el promitente ha obtenido un beneficio *(legal right)* al que, de no ser por ella, no hubiera tenido derecho; *detriment* significa que, a cambio de dicha promesa, el promisario se abstiene de una facultad *(legal right)* que, de no ser por ella, hubiera tenido derecho a ejercitar. Aquí el juez cita el principio según el cual el cumplimiento o la promesa de cumplimiento de un deber preexistente no puede constituir una *consideration* válida para la promesa de otro. Quien cumple o promete cumplir dicho deber, realiza un acto que no tiene ningún valor como *consideration,* porque no ha hecho más que lo que ya estaba obligado a hacer. Regla que vale también en el caso de que la prestación se deba a un tercero, y uno prometa algo al deudor para que realice dicha prestación. Esta motivación, añade el juez, nos dispensa de examinar la cuestión de si el contrato era o no contrario al orden público *(public policy).*

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 30 *d,* especialmente notas 5 y 8; § 32, nota 8; § 35, nota 10 bis. V. también el caso De Cicco v. Schweizer.

Como hemos visto en los pasajes del vol. I que se citan, la idea es que quien ya está obligado frente a quien promete una compensación (por el cumplimiento de dicha obligación) o frente a un tercero o al público, no hace más que lo que debe, no limita una libertad que no tenía; v. también vol. I, § 30, nota 1.

Adviértase, prescindiendo de la cuestión de *public policy,* que la forma del *act under seal* habría atribuído validez a la promesa de Stokes.

Además de los casos citados en el vol. I y de otros muchos casos muy frecuentes en los Tribunales del *common law,* indicamos los supuestos siguientes que se refieren a casos en los que hay un deber preexistente entre las partes:

Marineros de un barco que, habiendo desertado durante el viaje otros marineros, se hacen prometer el salario de estos últimos para repartírselo entre ellos en caso de que no se pudiera encontrar sustitutos: promesa nula: Stilk v. Myrick, *Common Pleas,* 1810. 2 *Camp.* 317.

Por la misma razón es nula la promesa hecha por un empresario de aumentar el sueldo de un empleado que le había comunicado haber encontrado otra colocación en mejores condiciones, pero que no quería aceptarla sin su consentimiento: Davis and Co. v. Morgan, *Supreme Court of Georgia,* 1903; 117, *Ga.* 504.

Sobre el concepto de *legal right,* v. la nota al caso Dunton.

CUESTIONARIO:

1) ¿Qué ocurriría en el *common law* si el *jockey* hubiera prometido a Stokes hacer algo más o algo distinto de aquello a que estaba obligado frente a su patrono Shaw?

2) ¿Cómo se resolvería en el *civil law* este interesante caso? Entre otros problemas deben resolverse los siguientes:

a) ¿La promesa de pagar un premio al *jockey* era una donación, que sería válida si hubiera revestido la forma del documento público?; ¿era un contrato lícito?

b) ¿Qué influencia podría tener en la cuestion el interés de Stokes en la victoria del caballo?

3) ¿Cuál sería la solución en el *common law* si la promesa de pagar un premio se hubiera hecho al que, entre los varios *jockeys* ya contratados por sus respectivos patronos para participar en la carrera, llegara el primero? ¿Y si la promesa se hubiera hecho a *jockeys* que todavía no estuvieran contratados?

DE CICCO v. SCHWEIZER

Court of Appeals of New Yok, 1917. — 221 *N. Y.* 431

"MARRIAGE SETTLEMENT" EN "CONSIDERATION" AL MATRIMONIO. — DONACIÓN POR CAUSA DE MATRIMONIO EN EL "CIVIL LAW".

(Sentencia transcrita textualmente, salvo algunos *omissis.*)

El célebre juez Cardozo expresó la *opinion* del Tribunal en la forma siguiente:

"El 16 de enero de 1902 se redactó un acuerdo *(agreement)* por el demandado Joseph Schweizer, su mujer Ernestina y el conde Oberto Gulinelli. El acuerdo fué redactado en italiano. Citamos,

de una traducción, la parte del mismo que interesa para la decisión del pleito.

"... que la señorita Blanche Josephine Schweizer, hija del señor Joseph Schweizer y de Ernestina Teresa Schweizer, está prometida en matrimonio con el conde Oberto Gulinelli y va a contraer matrimonio con éste.

"... En *consideration* a lo expuesto, el señor Joseph Schweizer promete y expresamente conviene en el presente contrato pagar anualmente a su mencionada hija Blanche durante su vida... la cantidad de 2.500 dólares o su equivalente en francos, debiendo hacerse el pago de la primera anualidad el día 20 de enero de 1902."

En otras cláusulas se establecía que "por la razón antes expuesta (el matrimonio) el señor Schweizer se compromete a no cambiar las disposiciones hechas en su testamento en favor de su hija y de los descendientes de ésta. En caso de fallecer dicho señor Schweizer, su esposa deberá seguir pagando la cantidad convenida".

El matrimonio se celebró el 20 de enero de 1902. Aquel mismo día, el demandado (Schweizer) pagó la primera anualidad a su hija, y continuó pagando hasta 1912. La presente acción ha sido promovida para reclamar el pago de la anualidad correspondiente a este año 1912.

El actor (De Cicco) ha obtenido de la hija (Blanche Schweizer) una cesión del crédito, cesión en la que intervino el marido de ella.

La cuestión litigiosa se centra en la existencia o inexistencia de una *consideration* para la pensión anual prometida.

No se ha negado que el matrimonio pueda constituir una *sufficient consideration*[1] (v. las notas, al final de este caso). Sin embargo, el demandado sostiene la tesis de que el conde Oberto Gulinelli estaba ya prometido con la señorita Schweizer y que el matrimonio no era más que el simple cumplimiento de un preexistente deber jurídico *(legal duty)*. Por esta razón, se afirma, falta la *consideration*.[2]

Esta tesis nos conduce a la discusión de una debatida cuestión, tratada por Tribunales y autores con mucha sutileza y poco acuerdo. Se admite generalmente que cuando entre *A* y *B* existe un contrato, la promesa hecha por uno de ellos para inducir al otro a que cumpla, es nula. Las dificultades surgen cuando la promesa para inducir al cumplimiento la hace un tercero, *C*.[3]

Siguen a continuación extensas citas de autores en pro y en contra. Cardozo cita, como *storm center* de la debatida cuestión, el caso inglés Shadwell v. Shadwell, *Common Pleas,* 26 noviem-

bre 1860, en el que un tío había prometido pagar a su sobrino, después del matrimonio de éste, una pensión anual de 150 libras, promesa que se hizo cuando el sobrino ya estaba prometido en matrimonio; dos jueces estimaron que la promesa era *enforceable;* el tercero disintió, por estimar que faltaba la *consideration,* pues estando ya prometido en matrimonio el sobrino, *had incurred no detriment on the faith of the promise.*

Cardozo observa que el caso De Cicco se diferencia del caso Shadwell por las razones que inmediatamente señalará, de manera que ninguna de las dos opiniones expresadas en el caso Shadwell puede aplicarse al caso De Cicco.

Los Tribunales del Estado de Nueva York coinciden en opinar que es nula la promesa hecha por *A* para inducir a *B* a que no rompa su contrato con *C* (siguen citas de casos). Si tal es la verdadera naturaleza de la promesa hecha en el caso De Cicco, no existe para ella ninguna *consideration.*

Sin embargo, nunca hemos pensado que tal nulidad afecte también a una promesa que haga *A* no solamente a *B,* sino a *B* y a *C* conjuntamente, para inducirles a no rescindir o a no modificar una relación existente entre ellos y que puedan libremente abandonar.[4] Para saber si la promesa en cuestión presenta este carácter, se requiere un análisis más profundo.

Si la obligación contractual del demandado Schweizer es un *contract,* no será un *contract bilateral* sino *unilateral.* La *consideration* que se solicitó en este caso no era una promesa, sino un hecho. El conde Gulinelli no prometió nada. En efecto, el señor Schweizer le dijo: "si mi hija y tú contraéis matrimonio, le pagaré a ella una pensión vitalicia". Mientras el matrimonio no se celebrara el señor Schweizer no estaba obligado.[5] No hubiera sido suficiente (para que existiera la *consideration*) que el conde estuviera dispuesto a celebrar el matrimonio. El significado evidente del contrato era que también la prometida debía estar dispuesta a ello y que el matrimonio debía celebrarse efectivamente. La promesa (del señor Schweizer) tendía a afectar o influir en la conducta no sólo de uno de los prometidos sino de ambos.[6] Lo cual resulta todavía más evidente si se tiene en cuenta que, aunque dicha promesa se hubiera hecho al conde, lo que se quería era procurar un beneficio a la hija... Desde que tal promesa llegó a conocimiento de la hija, ésta tenía derecho a aceptarla y a exigir su cumplimiento.

Al hacerlo así, la hija se convirtió en una parte del contrato. Si éste hubiera sido *bilateral,* la situación podría haber sido distinta. Pero como era un contrato *unilateral,* es decir, como la *con-*

sideration consistía en la realización de un hecho *(performance)*, la conducta de la hija (o sea, el contraer matrimonio como *acceptance* o *performance*) confiando en dicha promesa, la puso en la situación en que se hubiera encontrado si ella hubiera sido formalmente la promisaria.[7]

Que la hija tuvo conocimiento de la promesa antes de celebrarse el matrimonio[8] se puede deducir de las relaciones entre las partes y de otras circunstancias que concurrían en el caso, y concretamente: de que el documento fué firmado por los padres de ella y se entregó al que había de ser su marido; de que fué redactado cuatro días antes del matrimonio; de que el mismo día en que se celebró éste se hizo el pago y se le hizo precisamente a ella. De todas estas circunstancias se puede deducir que en el momento de celebrarse el matrimonio, la promesa del señor Schweizer era conocida por la esposa tanto como por el esposo, y que ambos obraron confiando en dicha promesa.

Por lo tanto, la situación es, en lo esencial, la misma que se produciría si se hubiera hecho la promesa conjuntamente al esposo y a la esposa, y se hubiera hecho para inducirles a la *performance* (es decir, a contraer el matrimonio). Ellos eran libres para, de común acuerdo, rescindir su promesa de matrimonio o aplazar la celebración del mismo. Si se abstuvieron de ejercitar este derecho que les correspondía[9] y si asumieron la responsabilidad de un matrimonio sobre la base de su confianza en la promesa del demandado *(in reliance of the defendant's promise)*, éste no puede ahora retirarla.

No es nueva la distinción entre una promesa hecha por *A* para inducir a *B* a no romper su contrato con *C*, y una promesa hecha para inducir a *B* a no ponerse de acuerdo con *C* para una rescisión voluntaria del contrato (se sobreentiende que en el segundo caso la promesa tendría una *consideration* válida).[10]

Tal tesis se ha sostenido en casos en los que la promesa se había hecho solamente a *B*, pero no a *B* y *C* conjuntamente (siguen citas de Pollock y Williston). Se ha hecho una crítica de esta tesis (entiéndase, cuando la promesa se haya hecho solamente a *B*) en el sentido de que debería probarse que *C* estaba dispuesto a desistir del contrato (Williston).[11] Es discutible que tal crítica pueda valer cuando el contrato cuya rescisión consensual se quiere evitar, mediante la promesa de dar algo a una de las partes, sea una promesa de matrimonio. En efecto, en las promesas de matrimonio entran muchos elementos extraños al contrato ordinario de interés económico. No es ninguna fantasía el pensar que en la promesa

de matrimonio el arrepentimiento de una parte libera a la otra de la promesa.

Sin embargo, en orden a la decisión de este caso, estamos dispuestos a admitir que aquella crítica es fundada cuando la promesa de dar algo se haya hecho solamente para inducir a una de las partes del contrato a no concertar con la otra una rescisión voluntaria del mismo; en cuyo caso puede ser una mera suposición *(speculation)* el decir que hubiera sido posible persuadir a la otra parte para que accediera a rescindir el contrato. Pero cuando la promesa se haya hecho a ambas partes, como medio para inducirlas a no rescindir de común acuerdo su contrato, resultan nuevas y distintas consecuencias. En efecto, no suelen hacerse presiones para constreñir la voluntad y la conducta de quienes ya ansían seguir esta conducta. El intento de influir sobre su conducta mediante nuevos medios de persuasión equivale a admitir implícitamente que ambos pueden estar indecisos; que tanto el uno como el otro necesitan que se les estimule y se les persuada (en este caso, a tomar la decisión de casarse) y que la rescisión o por lo menos el aplazamiento (del cumplimiento de su compromiso) es algo que se quiere evitar; y algo que, por lo tanto, queda comprendido en la esfera de una probabilidad no demasiado infundada.

Si el fin que se persigue al prometerles algo no es el de ejercer una presión sobre ambos para mantenerles firmes en su propósito, ésta será por lo menos la tendencia natural y éste el resultado probable.[12]

El demandado sabía que un hombre y una mujer estaban asumiendo la responsabilidad del matrimonio en la creencia de que se había de pagar una pensión adecuada para la mujer y para los hijos que nacieran. Él les había ofrecido este medio (la promesa de una pensión) para inducirles a celebrar el matrimonio, siendo así que ellos eran libres para rescindir de común acuerdo sus relaciones o para aplazar el matrimonio. Y lo cierto es que no hicieron ni una cosa ni la otra.

No se puede pretender que ambos prometidos descubrieran todos los motivos e impulsos, unos confesados y conscientes, otros quizá semiconscientes y silenciados, que influyeron en su conducta (consistente en contraer matrimonio después). Es suficiente que la consecuencia natural de la promesa del demandado fuera la de inducir a los prometidos a descartar toda idea de rescindir su compromiso o de aplazar su cumplimiento.

Desde aquel momento ya no existía para ellos una verdadera alternativa; no existía ya lo que los filósofos llaman "una opción

viviente". Por todo lo cual, se puede deducir la existencia del *detriment* (citas de casos que se refieren a la inducción para *celebrar* un *contrato*). La misma consecuencia, no inevitable pero legítima, surge cuando se hace una promesa para inducir a mantener un contrato (es decir, a no rescindirlo de común acuerdo)...

Si lo que con la promesa se pretende es inducir a otros a que perseveren en una determinada línea de conducta, la confianza *(reliance)* y el *detriment* pueden deducirse del mero hecho de la *performance* (cumplimiento de aquella línea de conducta). Los resortes o móviles de la conducta son diversos y sutiles. Quien interfiere (en este caso mediante la promesa de dar una cantidad) en este campo de los móviles de la conducta, no puede exigir una prueba rigurosa de que el resorte que ha hecho saltar sea el que efectivamente deba considerarse como determinante, con exclusión de todos los demás.[13]

Todavía hay que examinar otra tesis. Se sostiene que la promesa del demandado no fué hecha *animo contrahendi.*[14] No se dirigía, se nos dice, a influir en la conducta de nadie; era el simple ofrecimiento de un regalo que tenía como *motive* el noviazgo de la hija con el conde.[15] Sin duda, en un proyectado matrimonio no puede verse una *consideration* para una promesa, a menos que las partes lo hayan declarado así[16] (siguen varias citas, entre ellas una de Holmes, *The Common Law,* p. 292). Pero el mismo carácter formal del acuerdo hace pensar en la intención de influir en las relaciones jurídicas entre las partes. Normalmente, quien usa el lenguaje de un *covenant* no quiere obligarse simplemente a título de generosidad. Es cierto que las partes creyeron que existía una *consideration.* El documento menciona la promesa de matrimonio y la inminente celebración de éste y establece que tales hechos constituían la *consideration* para la promesa. La no celebración del matrimonio hubiera hecho que la promesa fuera inválida (por defecto de *consideration,* y no que fuera simplemente ineficaz, por incumplimiento de una condición o presupuesto).

En tales circunstancias no puede decirse que la promesa no se dirigía a influir en la conducta de aquellos a quienes se quería procurar un beneficio mediante ella.

Ciertamente, no se puede deducir esta consecuencia como si fuera una cuestión de derecho.

(*Omissis*: aquí Cardozo observa que tal cuestión había sido tratada y resuelta en la sentencia anterior como cuestión de hecho.)

La conclusión a que hemos llegado queda reforzada por aquellas consideraciones de *public policy* (en este caso, de interés público)

que se presentan en los contratos que se refieren a las relaciones matrimoniales. El Derecho favorece los *marriage settlements* y trata de mantenerlos; por varias razones los incluye en una categoría autónoma. Los ha sancionado *(enforced)* en casos en los que la existencia de una *consideration,* si verdaderamente existía ésta, dependía de consecuencias dudosas.[17] El Derecho, si es necesario, lleva hasta el máximo el esfuerzo de interpretación de palabras y comportamientos dudosos con el fin de ligar a los hombres al cumplimiento de obligaciones dirigidas a influir en la vida de otros, a través de sus más íntimas relaciones.

La decisión anterior debe ser confirmada, con las "costas".

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 26 *d,* especialmente nota 16; §§ 27 *a,* 29, 30, nota 5, § 31, especialmente nota 6.

Es éste un célebre caso resuelto por un gran jurista de espíritu sutil y avanzado, lo mismo que Lord Mansfield, Lord Denning y otros grandes innovadores. Sus sentencias figuran entre las más eruditas y ricas de información, incluso histórica, para un lector que pertenezca al *civil law.*

El *case,* transcrito textualmente y algunas veces resumido, presenta serias dificultades para quien no esté iniciado en las peculiaridades del concepto de *contract* en el *common law.* Por eso, además de las aclaraciones que hemos introducido entre paréntesis, añadiremos aquí otras mediante notas que corresponden a las llamadas intercaladas en el texto del caso.

1 V. nota al caso Freeman v. Freeman.

2 V. vol. I, § 30, nota 5, y la nota caso McDevitt v. Stokes. Téngase en cuenta que, en el *common law,* la promesa de matrimonio se considera como un *contract* (con promesas recíprocas que sirven de *consideration* unas de otras), cuya sanción consiste, como de costumbre, en el resarcimiento de los daños, incluso de los morales, derivados del incumplimiento: v. vol. I, § 33, nota 7. A diferencia de lo que ocurre en nuestro Derecho: v. nota 31 al caso Berry Ruspoli cr. Berry Chigi. Por lo tanto, la promesa de matrimonio creaba un deber jurídico (contractual) y la tesis del demandado era que su promesa de pagar una pensión tenía una *consideration* inválida, ya que ésta consistía en el cumplimiento de un deber jurídico preexistente (no frente a él, sino entre los prometidos).

La consecuencia de esta tesis, como después se verá (v. nota 14) es la siguiente: o el matrimonio fué contemplado en el instrumento como una *consideration,* y entonces la promesa de pagar una pensión vitalicia era nula por las razones indicadas; o bien el matrimonio fué contemplado como un *motive,* "causa" o presupuesto de aquella promesa (como en nuestra donación por causa de matrimonio: v. art. 785 C. C. ital. y concordantes), y entonces la promesa sería también nula como mero acto de liberalidad o de "generosidad", no reconocido como tal en el *common law* a menos que resulte absorbido dentro del documento formal puro o *act under seal,* que en este caso no existía: v. vol. I, § 28, *c* y § 34, *a.*

3 V. vol. I, § 30, nota 5, y el caso McDevitt v. Stokes.

4 Se alude aquí a la idea de la *consideration* consistente en una restricción de la *legal freedom of action:* v. vol. I, § 26 y la nota al caso Dunton.

5 Para comprender este pasaje, léase atentamente el § 29 del vol. I y especialmente la nota 5.

6 Sobre este *leit motiv*, de una promesa dirigida a constituir un *inducement* para ambos prometidos, se desarrollará toda la *opinion* de Cardozo. V. vol. I, § 26, *e*, y las notas a los casos Dunton, Martin v. Meles y otros, a propósito de la concepción de la *consideration* como relación de *inducement* entre promesa (medio para influir en la conducta ajena) y conducta ajena; así como la *opinion* del mismo Cardozo en el caso Allegheny College en el que también se cita a Holmes.

7 También para entender este pasaje v. vol. I, § 29. Parece que Cardozo quiera decir que, consistiendo la *consideration* en la simple realización de un hecho, la promesa de Schweizer, dirigida también a su hija, podía ser "aceptada" por ésta realizando aquel hecho; mientras que, tratándose de una *consideration* consistente en una contrapromesa (que en este caso hubiera podido ser la promesa de no romper las relaciones o de celebrar el matrimonio), es decir, tratándose de un *bilateral contract*, no podía deducirse de ninguna circunstancia anterior al matrimonio una *acceptance* de la hija que pudiera valer como contrapromesa; y la celebración del matrimonio agotaba el *iter* sin que pudiera ser estimada como una contrapromesa de celebrar el matrimonio. Lo que no está claro es si verdaderamente podía decirse que la promesa de pagar una pensión vitalicia se había hecho también a la hija.

8 Sobre la exigencia de que la *executed consideration* como *acceptance*, se cumpla teniendo conocimiento de la promesa, v. vol. I, § 29, y nota al caso Williams v. Carwadine.

9 Sobre la concepción de la *consideration* como abstención de ejercitar un *right* o, mejor dicho, una *legal freedom of action* (libertad, en este caso, de rescindir de común acuerdo la promesa de matrimonio) bajo la *presión* de la promesa hecha por otra persona o por haber confiado en dicha promesa, v. las notas a los casos Dunton, White v. Bluett y Orr v. Orr.

10 Esta distinción quiere significar que, mientras en el primer caso la *consideration* consiste simplemente en cumplir una obligación existente (la de no romper un contrato entre B y C), en el segundo caso la *consideration* consistiría en algo más, es decir, en no romper el contrato aunque C estuviera dispuesto a rescindirlo.

11 De no ser así, es lo que quiere decirse, faltaría el presupuesto natural de haberse inducido a B (mediante la promesa de una compensación) a que no se pusiera de acuerdo con C para rescindir el contrato.

12 Para comprender este pasaje téngase en cuenta la naturaleza de la relación de causalidad o *inducement* entre promesa y conducta ajena, relación que no es necesariamente la de un propósito o "causa" en el sentido subjetivo del *civil law*, aunque deba existir la intención de un *bargain*, o una relación de causalidad querida por el promitente: v. vol. I, § 26, especialmente nota 16, así como la distinción entre *consideration* y "causa" como *motive*, en los casos Thomas v. Thomas, Bonacina y otros.

Cierto que con ello se entra en un terreno muy resbaladizo y que, más o menos inadvertidamente, es posible deslizarse al terreno de la *doctrine* de la *reliance* (v. vol. I, § 27, *a*).

13 En relación con todo este pasaje, desde el párrafo que empieza diciendo "el demandado sabía...", etc., v. las notas 6 y 12, y los casos citados en ellas a propósito de la distinción entre *consideration* y *motive* o "causa" en sentido subjetivo; basta con que la *consideration* sea uno de los *motives*, aunque sea parcial o secundario (v. también la nota al caso White v. Bluett). Es decir, en general basta con que la promesa tienda (en sentido subjetivo: v. vol. I, § 26, nota 16) a influir en la conducta ajena, aunque sea en mínima parte.

14 V. supra nota 2.

15 Sobre este interesante pasaje y para los conceptos de *contract*, de *animus contrahendi*, de intención de contraer un vínculo jurídico, etc., v. vol. I, § 26, notas 18 y 19; § 28, *c*; § 31; § 35, *a*; e infra la Introducción al cap. III y, en ella, las notas a los casos Wyatt v. Kreglinger, Balfour v. Balfour y Kirksey v. Kirksey.

16 V. vol. I, § 26, nota 16; § 31, notas 4 y 6; y, de estas mismas notas, las 6, 12 y 13 y los casos que en ellas se citan.

17 Aquí Cardozo parece aludir a la que en el § 90 del *Restatement* americano sobre *Contracts* se aclarará y se desarrollará como *doctrine* de la *reliance* (v. vol. I, § 27, *a*). Puede verse una alusión análoga en el caso Martin v. Meles. En efecto, en estos casos parece que más que de una verdadera *consideration*, defectuosa por falta de algunos de sus requisitos, existiera una *reliance* en aquel sentido.

* * *

A pesar de los esfuerzos de Cardozo para encuadrar este caso en la *doctrine* de la *consideration*, el lector se habrá dado cuenta de que, en realidad, se trata de un *marriage settlement* hecho con ocasión o, como diríamos nosotros, por causa de matrimonio: v. las notas 2, 7 y 12, y la artificiosa construcción de una promesa hecha con el fin de inducir a ambos prometidos a no ponerse de acuerdo para rescindir su compromiso o para aplazar el casamiento, construcción que, probablemente, no corresponde a la intención de las partes. El hecho de que las partes hayan hablado de *consideration* no es en sí mismo relevante, porque a menudo se usa esta expresión incluso para aludir a la *past consideration* o a simples *motives* o causas": v. los casos Schnell v. Nell; Thomas v. Thomas; Allegheny College, etc.

Más bien parece tratarse de una donación que se rija por la *doctrine* de la *reliance*: v. vol. I, § 27, nota 1 *d*; nota 2 *d*; y Corbin, *Cases on Contracts*, cit., p. 316 (v. también las notas 12 y 17 de este caso).

Consideraciones de *public policy* (es decir, el *favor matrimonii*) han empujado a los jueces del *common law* por este camino, seguido también en otros casos en los que no se presentaban aquellas circunstancias (v. vol. I, § 27, e infra el capítulo dedicado a la *reliance*). Sobre dichas consideraciones, v. también lo que dice Cardozo en el caso Allegheny College, estudiado a continuación.

Por este camino, el *common law*, superando las dificultades y el rigor de la *doctrine of consideration* o de su concepto del *contract* como *bargain*, o tal vez volviendo a su punto de partida (v. vol. I, § 27 *a*, *b*), ha llegado o está llegando a no exigir la forma del *act under seal* para los *marriages settlements* desprovistos de *consideration*.

En cambio, en el *civil law* el *favor matrimonii* no ha llegado a tanto. No ha llegado a tanto ni siquiera en casos en los que habría existido una específica *request*, un *inducement* o una *consideration*, sin que existiera una obligación o promesa anterior de contraer matrimonio: v. los casos De Sangro cr. Marchetti y Arrigoni-Ferrari cr. Mera-Pelitti, así como la nota introductiva a la sección III del cap. II de la primera parte.

Adviértase, además, la diferencia entre nuestra donación con la carga,

bajo la condición o por causa de matrimonio, y la concepción del *common law*. Según la primera, existe una donación (negocio típico con el correspondiente requisito de forma) aunque el matrimonio no haya sido simplemente la ocasión sino el objeto de una específica *request* o *inducement* por parte de quien ha prometido el *settlement*: v. art. 785 C. c. ital. y concordantes. Porque, entre nosotros, la figura jurídica de la carga en la donación puede presentarse también en este último caso.

Por eso no parece exacta la equiparación, que algunas veces se hace en el *common law*, entre el caso en el que el matrimonio sea la simple ocasión o *motive* del *settlement* y nuestra donación *cum onere*: v., a este propósito, el caso Thomas v. Thomas y Corbin, op. y loc. cits.

En fin, el lector no dejará de observar que el planteamiento dado al caso De Cicco y las correspondientes disquisiciones hechas en el mismo están muy alejados de nuestro espíritu y de nuestra mentalidad. Por lo cual, sin dejar de admirar la sutileza y la exquisita elegancia de todas esas disquisiciones y distinciones, nosotros por fuerza hemos de sentirnos extraños a ellas. Sin embargo, si tales disquisiciones se hacen seriamente y si se acude a tan gran esfuerzo para hacerlas, ello significa que se apoyan en un espíritu, en una costumbre y en una mentalidad distintas de las nuestras.

Lo que, una vez más, aconseja proceder con cautela en el campo del "Derecho comparado" y no precipitarse queriendo hacer de él un medio para llegar, en el actual estado de la historia, a una ley uniforme. V. también, a este propósito, las notas a los casos Haigh v. Brooks, Dunton v. Dunton, White v. Bluett, Orr v. Orr y los casos estudiados en el capítulo IV y en la tercera parte.

Una última cuestión, referida al *common law*:

¿En qué se diferencia el caso De Cicco del caso McDevitt v. Stokes?

ALLEGHENY COLLEGE v. NATIONAL CHAUTAUQUA COUNTY BANK OF JAMESTOWN

Court of Appeals of New York, 1927. — 246 *N. Y.* 369

"CHARITABLE SUBSCRIPTION". — EN EL "CIVIL LAW": DONACIÓN "CUM ONERE" A UNA ENTIDAD DE BENEFICENCIA.

(Caso transcrito textualmente, salvo algunos *omissis*.)

Se trataba de una acción ejercitada por el Allegheny College contra dicho Banco, como *executor* del testamento de Mary Yates Johnston. En primera instancia y en apelación la decisión había sido favorable al Banco demandado. La *Court of Appeals* del Estado de Nueva York, que entendía en tercera instancia, estimó el recurso interpuesto por el Colegio. En nombre de la mayoría, expresó la *opinion* del Tribunal el *Chief Justice* Cardozo.

Cardozo, C. J.: "El actor, Allegheny College, es una institución

de enseñanza privada que funciona en Meadville, Pennsylvania. En junio de 1921 se estaban reuniendo fondos para obtener una dotación de 1.250.000 dólares. Mary Yates Johnston, de Jamestown, Estado de Nueva York, fué invitada a contribuir a este fondo. En respuesta a tal invitación, dicha señora suscribió y envió al Colegio el día 15 de junio de 1921 el siguiente escrito:

"*En consideration* al interés que me merece la enseñanza cristiana y *en consideration* a otras suscripciones, por la presente suscribo y me obligo a pagar a la orden del tesorero del Allegheny College de Meadville, Pennsylvania, la cantidad de 5.000 dólares. Esta obligación deberá cumplirse treinta días después de mi muerte, y por el presente documento encargo a mi *executor* o *administrator* que pague dicha cantidad deduciéndola de mi patrimonio. Esta obligación producirá intereses al tipo del *x* por ciento anual, que se pagarán a partir del ... hasta el momento en que se pague el capital. El producto de la presente obligación deberá ser agregado a la dotación de la mencionada Institución o gastado de acuerdo con las instrucciones que se detallan al dorso de este documento." (Siguen las firmas de la promitente y de dos testigos.)

En el reverso del documento se lee lo siguiente:

"En memoria afectuosa, esta donación deberá ser conocida con el nombre de *Mary Yates Johnston memorial fund,* y su producto habrá de destinarse a la formación de estudiantes que se preparen para ejercer el ministerio sacerdotal en los Estados Unidos o en otro lugar.

Esta obligación solamente será válida a condición de que antes sean cumplidas las disposiciones de mi testamento, ya otorgado. — Mary Yates Johnston."

La suscripción en cuestión no debía cumplirse, según lo establecido en ella, hasta pasados treinta días después de la muerte de la promitente. Sin embargo, se pagó la cantidad de 1.000 dólares, como anticipo a cuenta, en diciembre de 1923, todavía en vida de la promitente. El Colegio apartó esta cantidad para destinarla a una beca en beneficio de estudiantes que se prepararan para el ministerio sacerdotal. Después, en julio de 1924, la promitente comunicó al Colegio que revocaba su promesa. Transcurridos treinta días a partir del de su fallecimiento, fué promovida la presente acción contra el *executor* de su testamento, con el fin de conseguir el pago del residuo no pagado.

El tratamiento jurídico de las *charitable subscriptions* ha sido fuente de múltiples controversias en este Estado (de Nueva York) y en otros lugares.[1] Hemos estimado que una promesa de esta na-

turaleza no puede ser sancionada jurídicamente *(enforceable)* cuando se haya hecho sin una *consideration* (citas de casos anteriores). Por otra parte, aunque seamos partidarios de aplicar a tales suscripciones los principios generales en materia de *contracts,* hemos tenido ocasión de advertir que la *consideration* estaba presente en casos en los que dichos principios generales, al menos tal como hasta entonces habían sido declarados (en la época de aquellos precedentes) nos habrían dicho que estaba ausente (siguen citas de casos y de Williston, *Contracts,* § 116).[2]

Una formulación clásica del concepto de *consideration* identifica a ésta con el *detriment* sufrido por el promisario a consecuencia de la promesa (citas del caso Hamer v. Sidway; de Anson, *Contracts,* y de Holdsworth, *History of English Law,* vol. 8, 10). Una fórmula tan compendiosa viene a ser poco más que una verdad a medias. Se necesitan muchas glosas suplementarias para que el cuadro quede completo, de forma que pueda representar la *doctrine* clásica. "La promesa y su *consideration* deben aparecer, totalmente o al menos en parte, como motivo recíproco una de otra. No basta con que la promesa haya dado lugar al *detriment* o con que éste haya dado lugar a la promesa, si falta la otra mitad" (de esta relación de determinación o *inducement*). (Siguen citas de *cases* y de autores y, entre éstos, de Williston, *Contracts,* § 139.)[3] Así, si *A* promete hacer una donación a *B,* puede faltar la *consideration* aunque *B,* confiando en que la promesa se mantendría, hubiera abandonado otras ocasiones de mejorar su posición.

En el terreno del Derecho, las medias verdades de una generación tienden a veces a perpetuarse como si fueran verdades enteras, cuando su constante repetición hace que se descuiden o se olviden algunas limitaciones o restricciones de ciertos conceptos, que en otra época se daban como presupuestos. La *doctrine* de la *consideration* no ha podido sustraerse a este peligro, común a todos los conceptos jurídicos. Ya en 1881, en sus lecciones sobre el *Common Law,* el juez Holmes distinguía el *detriment* que sea simple consecuencia de una promesa, del *detriment* que sea, en realidad, el móvil o *inducement* de dicha promesa; y añadía que los Tribunales habían ido borrando poco a poco esta distinción.[4] La tendencia a borrarla no ha disminuído con el transcurso del tiempo. Por el contrario, recientemente ha surgido una *doctrine* según la cual puede encontrarse un sustitutivo de la *consideration,* o una excepción a sus requisitos ordinarios, en lo que se viene conociendo con el nombre de *promissory estoppel*: Williston, *Contracts* §§ 139 y 116.[5]

No hemos de intentar ahora establecer si tal excepción se ha abierto paso en el Estado de Nueva York hasta el punto de permitirnos afirmar que los principios generales sobre la *consideration* hayan sido modificados de acuerdo con dicha excepción. Hay casos, como Siegel v. Spear y De Cicco v. Schweizer,[6] que pueden considerarse como avanzadas o precursores de aquella dirección. Por lo menos, es cierto que hemos adoptado la *doctrine* del *promissory estoppel* como equivalente de la *consideration* por lo que se refiere al tratamiento jurídico de las *charitable subscriptions*. ...El problema no es solamente el de ver si el reconocimiento jurídico *(enforcement)* de una *charitable subscription* puede encuadrarse dentro de la *doctrine* de la *consideration* con todo su antiguo rigor.[7] El problema puede ser también el de ver si es posible encuadrar tal *enforcement* dentro de la *doctrine* de la *consideration*, tal como ha quedado después de ser modificada por la *doctrine* del *promissory estoppel*.

Hemos dicho que la jurisprudencia del Estado de Nueva York ha reconocido aquella excepción (de las *charitable subscriptions*), si es que se la considera como una excepción a los principios. Así, en el caso Barnes v. Perine, 12, N. Y. 18, se había hecho una suscripción sin exigir, expresa o implícitamente, que la iglesia favorecida tuviera que hacer algo sobre la base de su confianza en dicha suscripción. Más tarde, y con conocimiento del promitente, la iglesia hizo un gasto en la fundada creencia de que la promesa sería mantenida. Estimamos que la promesa era vinculante, aunque no hubiera existido ninguna *consideration*, salvo la que pudiera existir sobre la base de la *doctrine* del *promissory estoppel* (siguen otras citas de casos semejantes).

Es muy probable que ciertas consideraciones de *public policy* hayan inspirado, más o menos inconscientemente, el tratamiento jurídico de estos casos de *charitable subscriptions*. Los jueces han creído que alegaciones de esta naturaleza (es decir, el defecto de *consideration*) constituyen "violaciones de la palabra frente al público y, especialmente, frente a aquellos que se han comprometido en la misma empresa (de beneficencia), y que dan lugar, además, a una injustificada decepción en las fundadas expectativas de los interesados en el funcionamiento de dicha empresa" (a continuación se citan los casos Barnes v. Perine, y otros).

"El resultado de estas decisiones habla por sí mismo, prescindiendo de su motivación. No hay que volver del revés decisiones que se han mantenido firmes durante tanto tiempo y que están apoyadas por tantas consideraciones de *public policy* y por la

razón, sólo para salvar la simetría de un concepto jurídico, como el de la *consideration,* que, por otra parte, si se introdujo en nuestro Derecho fué, no tanto por una razonada convicción de lo que es justo, como a consecuencia de accidentes históricos relativos a la práctica y al procedimiento: Holdsworth, 8 *History of English Law,* 7 y sigts. Dicho concepto se mantiene como uno de los rasgos distintivos de nuestro sistema jurídico. No pretendemos insinuar que tal concepto sea anticuado o que esté a punto de ser abandonado. Sin embargo, y del mismo modo que ha sucedido con otros conceptos, la presión de las excepciones ha hecho, ciertamente, que para darles cabida el concepto sufriera deformaciones.

Hemos de considerar el problema objeto del presente caso sobre la perspectiva de estos precedentes. Esa perspectiva nos ayuda a comprender mejor las consecuencias que implican la suscripción en cuestión y su aceptación. Independientemente de que al final se pueda descubrir que, sin necesidad de recurrir a la innovación del *promissory estoppel,* el negocio en cuestión puede adaptarse al molde tradicional de la *consideration.*[8]

La promitente (Mary Y. Johnston) deseaba tener un *memorial* que perpetuara su nombre. Con tal fin impuso una condición: a saber, que la "donación" *(gift)* fuera designada con el nombre "*Mary Yates Johnston Memorial Fund*". Cuando el Colegio aceptó los 1.000 dólares como anticipo, esta aceptación vino a significar la asunción de una obligación de llevar a cabo todos los actos necesarios, según la costumbre y la razón, para mantener el *Memorial fairly and justly* de conformidad con el espíritu que había presidido su institución.[9] El Colegio no podía aceptar dicha cantidad (los 1.000 dólares) y no considerarse vinculado por la obligación personal de cumplir aquella condición (siguen citas de *cases,* y de Williston, *Contracts,* §§ 90 y 370). El hecho de recibir aquella suma (los 1.000 dólares) implica algo más que la mera aceptación de una cantidad de dinero para destinarla a los fines propios de una entidad.[10]

El propósito del fundador quedaría burlado de manera *unfair* o, por lo menos, se cumpliría inadecuadamente, si el Colegio no comunicara el nombre del *memorial* al público o, en todo caso, a los aspirantes a la beca. Implícitamente, al aceptar el Colegio una parte de la "donación" se obligó a incluir la mención del nombre del donante en sus circulares y en los otros medios usuales para dar a conocer la existencia de la beca.

En cuanto a la donante, por una parte no podía conseguir, mediante el pago de un anticipo, el beneficio consistente en aquella

obligación asumida por el Colegio (de dar su nombre al *memorial*) ; y por otra parte, tampoco podía defraudar la expectativa de que se pagara también el resto de la cantidad prometida.

Si, después de haber recibido el anticipo de 1.000 dólares, el Colegio hubiera declarado que daría a este dinero el destino establecido, pero haciendo constar aquel fondo como una donación anónima en las circulares y en sus respuestas a los eventuales aspirantes, no cabe duda de que la suscriptora habría quedado en libertad para considerar tal declaración como una repudiación de la obligación implícitamente asumida (de hacer constar su nombre como *memorial*) ; repudiación que hubiera justificado su negativa a hacer otras entregas de dinero en el futuro. En tales circunstancias, la obligación es correlativa y recíproca. Un precedente muy exacto se encuentra en el caso New Jersey Hospital v. Wright, 95 *N. J. L.* 462, 464, en el que se consideró jurídicamente vinculante una suscripción para el mantenimiento de una cama en un Hospital, sobre la base de una promesa implícita, por parte del Hospital, de mantener dicha cama en nombre del suscriptor.[11] Cfr. también el caso Board of Foreign Missions v. Smith, 209 *Pa* 361. Podría presentarse una situación análoga en la dotación de una cátedra o de una beca en una Universidad mediante entregas anuales, con la condición de que la cátedra o la beca perpetuaran el nombre del fundador o el de un miembro de su familia. La Universidad no cumpliría su promesa si, al dar a conocer en sus circulares o por otros medios la existencia de la cátedra o de la beca, omitiera el nombre del benefactor. A consecuencia de la aceptación de aquella cantidad, el promisario (la Universidad) estaría obligado a comportarse de manera que procurara al promitente aquel *benefit* moral (consistente en perpetuar su nombre), además de la obligación de destinar los fondos al fin previsto al hacerse la dotación.[12] No es necesario medir la extensión del *benefit* para el promitente o la del *detriment* para el promisario, que implique aquella obligación. "Si una persona decide hacer una promesa extravagante por una *consideration* inadecuada, es cosa suya."[12 bis] Holdsworth, 8 *History of English Law,* 8 p. 17. Ya desde antiguo, los jueces del *common law* tuvieron ocasión de decir que "cuando el actor (promisario) tiene que hacer una cosa, por pequeña que sea, esta cosa constituye una *consideration* suficiente para fundar la acción": Sturlyn v. Albany (y otras citas).[13]

La aspiración a un recuerdo póstumo no es una emoción tan débil como para que pueda afirmarse que su satisfacción constituye un bien insignificante.

Estimamos que la obligación asumida por el actor (el colegio), consistente en perpetuar el nombre de la fundadora del *memorial*, es suficiente por sí misma para hacer jurídicamente válida la suscripción dentro del ámbito de las reglas que definen la *consideration* correspondiente a una promesa de esta naturaleza (es decir, dentro del ámbito de las reglas tradicionales).

Cuando el promisario se somete a una obligación semejante a instancia del promitente,[14] el resultado es la creación de un *bilateral agreement*: Williston, *Contracts*, §§ 60 A, 68, 90 y 370 (siguen citas de varios *cases*).[15] En el caso en cuestión existían, por una parte, una promesa y, por otra, una contrapromesa, implícita ciertamente, pero que expresaba una obligación impuesta como condición del pago de la cantidad suscrita. Puede existir un *bilateral agreement* aunque una de las promesas recíprocas sea una promesa "*implied in fact*" es decir, que se deduzca del comportamiento de las partes, en vez de deducirse de sus palabras: Williston, *Contracts*, §§ 90 y 22 A (se cita un *case*); y estimamos que una justa *(fair)* consecuencia que se debe deducir de la aceptación de un anticipo a cuenta de la cantidad prometida, es la promesa por parte del Colegio de hacer lo necesario para llevar a cabo plenamente la institución de la beca. El proyecto de la suscriptora quedaría mutilado y torcido si la cantidad, que habría sido aceptada, no fuera destinada al fin previsto. Además, conviene tener en cuenta que el *memorial* no podría llevar el nombre de la suscriptora mientras la totalidad del fondo prometido no hubiera sido recibida por el Colegio. Por lo tanto, el Colegio podría dejar sin efecto la finalidad del anticipo pagado si pudiera rechazar el ofrecimiento del resto.[16] Tampoco cabría objetar que en tal caso surgiría la obligación de restituir el anticipo. Para que tal obligación pueda imponerse no hay más que una razón, la de que en ese caso exista un incumplimiento *(failure)* de la *consideration.*[17] Decir que hay *failure of consideration* significa admitir que ha sido prometida una *consideration*, pues de no ser así no podría ser incumplida *(fail)*. Sin duda se dan casos y situaciones en los que se imponen al promisario limitaciones relativas al destino que ha de darse a la cantidad entregada, que no reúnen los requisitos de la *consideration* y que deben calificarse como simples condiciones: Williston, *Contracts*, § 112; Page, *Contracts*, § 523. "La mayoría de las veces es difícil establecer si las palabras utilizadas al imponer una condición en una promesa revelan la exigencia de una *consideration* o representan una simple condición de una *gratuitous promise.*[18] Un dato, aunque no sea un criterio decisivo,

para determinar cuál es la interpretación más adecuada de aquella promesa, consistirá en ver si el cumplimiento de la condición representa un *benefit* para el promitente.[19] En este último caso se puede fundadamente deducir que "el cumplimiento de dicha condición ha sido exigido como *consideration*": Williston, *Contracts*, § 112. Y tal debe ser el sentido del negocio en cuestión, a menos que estemos dispuestos a admitir que el Colegio podía retener el anticipo y anular después la beca instituída para perpetuar la memoria de la suscriptora. La *fair implication* que debe deducirse del conjunto del negocio es la siguiente: conformidad con la condición impuesta y asunción de la obligación de mantener la beca (se citan a continuación varios *cases* y autores).

La suscriptora no dijo: "yo os entrego 1.000 dólares, y vosotros podréis decidir más tarde, después de mi muerte, si aceptáis o no la obligación de perpetuar mi nombre". Sino que lo que efectivamente dijo fué lo siguiente: "yo os entrego 1.000 dólares, y si no estáis dispuestos a perpetuar mi nombre, éste es el momento de decirlo".

La conclusión a la que, de esta manera, llegamos hace que deba considerarse si, prescindiendo de la cuestión del *memorial*, puede resultar un *promissory estoppel* del hecho de que fuera un presupuesto del negocio la obligación de destinar el fondo o anticipo ya pagado a fines especiales que no correspondieran a las funciones de la entidad constituída por el Colegio, es decir, a la finalidad concreta del mantenimiento y educación de estudiantes que se prepararan para ejercer el ministerio sacerdotal: un presupuesto determinado por la creencia de que, más adelante, después del fallecimiento de la suscriptora habrían de agregarse al fondo ya entregado otras cantidades, suficientes para que pudiera ser realidad la institución de la beca.

La decisión de primera y de segunda instancia debe ser reformada, y debe decidirse en favor del actor, el Colegio, como se pide en el recurso, con las costas de todos los juicios."

Kellog, J. (juez disidente): "El *Chief Justice* ve en la expresión "En afectuosa memoria esta donación debe ser conocida con el nombre de *Mary Yates Johnston Memorial Fund*", la propuesta por parte de Mary Y. Johnston de un *contract* con el Allegheny College.[20] A mi juicio, dicha expresión no puede tener tal valor. Al Allegheny College no se le pedía que realizara ningún acto mediante el cual se atribuyera al fondo ofrecido el título con el cual declaró la oferente que había de ser conocido. La cantidad

ofrecida fué calificada como "donación" *(gift)* por la misma oferente.[21] Por lo tanto, no veo ninguna razón por la que tengamos que esforzarnos para apreciar un *trade* (cambio) en lugar de un *gift*. Además, puesto que la donante especificó que el *gitf* se hacía "en *consideration* al interés que me merece la enseñanza cristiana y en *consideration* a otras suscripciones", *considerations* que no son adecuadas, según el Derecho, no veo ningún motivo para afirmar que la donación fué hecha en *consideration* a un acto o a una promesa por parte del donatario que pudieran constituir un suficiente *quid pro quo* para convertir el *gift* en una obligación contractual. En mi opinión, las palabras usadas expresaban simplemente una expectativa o deseo por parte de la donante, y faltaba en ellas la petición de una *adequate consideration*.[22] En todo caso, si hubiera que estimar que se había hecho una oferta contractual, se trataría indudablemente de la oferta de concluir un *unilateral contract*.[23] La oferente solamente habría de considerarse vinculada cuando el destinatario de la oferta hubiera realizado los actos que pudieran ser necesarios para que la donación ofrecida fuera conocida (por el público o por los interesados) con el nombre propuesto. Ésta es, indudablemente, la idea del *Chief Justice*, ya que dice: "Ella (Mary Y. Johnston) impuso la condición de que el *gift* fuera conocido con el nombre de *Mary Yates Johnston Memorial Fund*". En otros términos, ella propuso que, a cambio de su oferta de hacer una donación, se realizaran determinados actos (y no que se prometiera simplemente realizarlos). Aunque así hubiera sido, no hubo ninguna aceptación *(acceptance)* de la oferta ni, por lo tanto, ningún *contract*, porque los actos solicitados nunca fueron realizados. La donación nunca fué dada a conocer en la forma solicitada por la donante. En efecto, los actos solicitados, según los mismos términos de la supuesta oferta, no hubieran podido ser realizados en tiempo oportuno para convertir la oferta en una promesa (entiéndase, en una promesa jurídicamente vinculante): porque la donación no debía producir efecto sino después de la muerte de la donante, y en la época de su muerte la oferta había sido ya revocada: v. Williston, *Contracts*, § 62. Es evidente que, aunque se pueda presumir una promesa del Colegio de dar a conocer la donación bajo el título propuesto, dicha promesa no representaría la *acceptance* de una oferta que pudiera dar lugar a un *contract*. En efecto, la donante había estipulado, como contrapartida, la realización de ciertos actos, y no la promesa de realizarlos".[24]

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, §§ 26, 27 *a*, 29, 30 *a*, 31.

Lo mismo que en el caso De Cicco v. Schweizer, y por las razones indicadas en la nota al mismo, preferimos seguir también aquí el sistema de hacer anotaciones al *case* según los números o llamadas incluídos en el texto del mismo.

1 Las *charitable subscriptions* (suscripciones no formales en favor de una entidad benéfica) han sido consideradas unas veces como válidas y otras como nulas. (V. la *opinión* de Kellog en este mismo caso.) En favor de la validez se han invocado en la jurisprudencia americana, a partir del siglo pasado, varios argumentos:

a) El hecho de que la entidad haya incurrido en gastos confiando *(in reliance)* en la promesa o suscripción, aunque no se haya hecho una *request* para que se hicieran tales gastos o aunque éstos se destinaran a fines que correspondieran a las funciones ordinarias de la entidad (v. vol. I, § 10, *e*, y § 12, *a;* v. también la sección II del cap. II de la primera parte de este vol. II). Algunas sentencias ven en esto una verdadera *consideration;* otras un *estoppel* (v. vol. I, § 27, *a*).

b) Una *consideration* consistente en las promesas de otros suscriptores, o bien en el hecho de que una suscripción ha dado lugar a otras (v. el mismo documento del caso que estamos comentando y el caso Martin v. Meles, al final). Para el *civil law* v. los casos Cordepatre, Asilo Infantil Belluomo, Mazzucchelli, y las correspondientes notas.

c) Una promesa, implícita en la aceptación de las suscripciones, por parte de los *trustees* de la entidad, de emplear las cantidades adecuadamente o de realizar la obra contemplada.

En Inglaterra, en defecto de una verdadera *consideration* no se reconoce validez a las *charitable subscriptions.*

V. también vol. I, § 27, nota 1, *b* y nota 3, *b, c;* y para el Derecho inglés, *Cheshire and Fifoot,* cit., al final de dicha nota; v. también el caso Ross, Hutchinson v. Royal Institution for the Advancement of Learning, estudiado más adelante.

2 V. sobre esto la nota anterior. Cardozo estima que en aquellos casos no existía, en realidad, una *consideration* y alude después a la *doctrine* del *promissory estoppel* (que fué aclarada más tarde en el § 90 del *Restat.* americano sobre los *contracts,* v. vol. I, § 27, *a*). Habla de principios generales "*declarados*" (en materia de contratos); recuérdese a este respecto la idea o la ficción, muy difundida en el *common law,* de que el juez no crea el *common law* sino que lo "encuentra" *(finds)* o lo declara.

3 V. vol. I, § 26, nota 16 y apartado *e;* v. la *opinion* de Holmes en el caso Martin v. Meles, y la nota 6 al caso De Cicco.

4 V. la nota anterior y la *opinion* de Holmes en el caso Martin v. Meles.

5 V. nota 2.

6 V. estos casos, estudiados en este mismo volumen.

7 Pero véase, a propósito de la originaria función del *assumpsit,* lo que dijimos en el vol. I, § 27, *a, b.*

8 Aquí Cardozo parece admitir que pueda aplicarse a este caso la *doctrine* que hemos estudiado en vol. I, § 27, *a.* Pero obsérvese que, como observará el juez disidente Kellog, en este caso el Colegio no había hecho nada *in reliance on the promise,* antes de que la *promise* fuera revocada. Si algo hizo, lo hizo después de la revocación (que sería válida si se hubiera aplicado aquella *doctrine* o la de la *executed consideration;* v. la nota siguiente).

9 De aquí en adelante, Cardozo sostiene la existencia de una *implied promise* del College de cumplir la condición de hacer constar el nombre de Mary Yates Johnston; *implied promise* que, en realidad, era posterior a la recepción o a la aceptación del documento y de sus condiciones. Cardozo re-

curre a la idea de este *bargain* con una *implied promise* para salir al paso de los argumentos que desarrollará después su colega Kellog (v. infra notas 23 y 24). En efecto, si la hipotética *consideration* debía consistir en un simple *act* o *performance (unilateral contract)*, la revocación de la suscripción habría sido válida: v. supra nota 8 y vol. I, § 29.

10 Si no hubiera existido aquella carga especial del *Memorial* y si la finalidad perseguida por el donatario hubiera correspondido a los fines o a las funciones ordinarias de la entidad, ¿habría existido una *consideration?* Para el *civil law*, v. vol. I, § 10, *e;* § 12, *a;* v. también vol. II, primera parte, cap. II, sección II; y la nota al caso David. Para el *common law*, v. supra nota 1, *c.* y nota 2.

11 En el *civil law*, v. el caso Hospital Mayor de Milán cr. Garovaglio.

12 Sobre el valor de un *benefit* moral en el *civil law:* v. vol. I, § 10, *b;* y en este vol. II, el caso citado en la nota anterior y otros casos estudiados en el cap. II de la primera parte. Sobre el destino a los fines ordinarios de la fundación, v. nota 10.

12 bis En el fondo, este argumento presupone que la finalidad "extravagante" constituya la causa principal de la promesa; lo cual no es necesario para la validez de ésta en el *common law* (en cambio, v. vol. I, § 10, *c*).

13 V. el caso Sturlyn v. Albany, y vol. I, § 30, *a.*

14 Sobre esta *implied request* será sobre lo que, entre otras cosas, se suscitará la discusión de Cardozo con su colega Kellog (v. infra notas 18 y 22).

15 V. vol. I, § 29, y supra nota 9.

16 V. supra nota 1, *c*, sobre la obligación implícita de recibir el resto de las suscripciones.

17 V. vol. I, § 34, *e.*

18 V. infra nota 22 sobre la opinión de Kellog, y vol. I, § 26, nota 16; § 31, nota 6; y, sobre una cuestión análoga, las notas 2 y 15 al caso De Cicco, y los casos Thomas v. Thomas, Wyatt v. Kreglinger y Dunton.

19 Aunque se trate de un *benefit* moral (v. supra nota 12). Y lo mismo si no hay *benefit* y si la cosa que hay que hacer o la conducta que hay que observar redunda en beneficio del promisario: v. el caso Hamer v. Sidway y la nota al caso Devecmon v. Shaw. Para el *civil law* v. la nota al caso David y vol. I, § 9, nota 10. Con todo, el planteamiento y los razonamientos del *civil law* hubieran sido muy diferentes.

20 Sobre los conceptos de *offer* y *acceptance*, en relación con el de *contract*, v. vol. I, § 29, especialmente nota 1.

21 Sin embargo, las expresiones literales no son decisivas en esta materia: v. la nota al caso De Cicco, al final; Thomas v. Thomas, y otros.

22 V. supra nota 18.

23 V. supra nota 9.

24 Este argumento, expresado por Kellog con una concisión digna de un jurista romano, parece ser el más grave, teniendo en cuenta lo que dijimos en vol. I, § 29.

* * *

El problema de las promesas en favor de una entidad benéfica o en favor del público, con o sin cargas, es uno de los más graves, lo mismo que en el *civil law*: v. vol. I, §§ 10 *e*, 12 *a* y vol. II, primera parte, capítulo II, secciones II y IV, especialmente el caso Bailly cr. Ciudad de Nancy. Los jueces del *civil law* han tenido que hacer esfuerzos semejantes a los que han hecho los del *common law* para salvar tales promesas o enajenaciones, y también basándose en consideraciones de interés público: v. vol. I, § 12 *a*, y la cita de Trasbot.

Pero, como resulta de los citados pasajes del vol. I y de los casos

estudiados en las citadas secciones de este vol. II, el planteamiento, los caminos, la técnica del *civil law* para tratar de llegar a este resultado, son completamente distintos de los que se han seguido en el *common law*.

El argumento del *memorial*, sobre el cual se apoya toda la *opinion* de Cardozo, no sería por sí mismo suficiente en el *civil law*. En efecto, sería preciso que se pudiera sostener, según la jurisprudencia francesa, que la obligación de perpetuar el nombre de la donante, aunque hubiera sido el objeto de una promesa del Colegio, era la "causa principal" de la promesa de Mary Johnston; pero, aun así, aparte de que difícilmente se podría sostener esto en un caso concreto como el que nos ocupa, el planteamiento del problema sería distinto del que recibe en el *common law*, porque se fundaría en una contraposición extraña a este sistema jurídico, es decir, en la contraposición entre dos "negocios": la donación *cum onere* y el contrato innominado de cambio (o con causa principal de cambio).

Para la jurisprudencia italiana y, en general, para la corriente que sigue la opinión tradicional que se remonta a Pothier (v. vol. I, §§ 5 *d* y 10 *b*), aquel *memorial* constituiría en todo caso la carga impuesta a una donación; es decir, una causa insuficiente, por no ser susceptible de valoración económica, para fundar un contrato innominado de cambio o para dispensar al acto del esquema formal-causal de la donación. Y lo mismo sucedería aun en el caso de que la conmemoración del nombre hubiera constituído el objeto de una obligación o de una promesa del Colegio. V. también supra las notas 10, 11, 12 y 19.

Todo el argumento de Cardozo, basado en una *promise* del Colegio, vendría pues a representar un planteamiento extraño al *civil law*.

En cuanto a la *doctrine* de la *reliance*, adaptada al *civil law* (v. primera parte, nota introductiva a la sección III del cap. II), no sería aplicable a casos como éste. Podría aplicarse, a lo sumo, a la realización de una obra (si ésta o el gasto que hubiera de hacerse para realizarla no correspondiera a las finalidades, a los planes o a las posibilidades de la entidad); pero no al simple cumplimiento de una carga consistente en perpetuar el nombre del benefactor en la forma indicada.

BOLTON v. MADDEN

Queen's Bench, 1873. — 9 *Q. B.* 55

INTERCAMBIO DE DOS PRESTACIONES DE HACER, DESPROVISTAS DE VALOR ECONÓMICO. — PROBLEMAS PARA EL "CIVIL LAW".

(Caso transcrito textualmente, salvo algunos *omissis*.)

(Omissis) "Se citaron los siguientes casos: Blachford v. Preston; Haigh v. Brooks; Bainbridge v. Firmstone; Shadwell v. Shadwell; Sterry v. Clifton".

La opinión del Tribunal fué expresada por el juez Blackburn en la forma siguiente:

"*(Omissis)*... De los autos resulta que no hubo discusión acerca de los hechos. Tanto el actor como el demandado eran suscriptores *(subscribers)* o miembros de una asociación benéfica. Los fines (o más exactamente, los destinatarios o *candidates* de la asistencia benéfica) debían ser elegidos cada vez mediante una votación en la que cada uno de los miembros de la asociación tenía un número de votos proporcionado a las cantidades suscritas por él. El actor y el demandado convinieron expresamente que si el actor daba 28 votos para un fin o destinatario de la beneficencia a quien el demandado patrocinara, éste daría en la votación siguiente otros 28 votos para el fin o destinatario que el actor patrocinara a su vez. El actor cumplió por su parte el acuerdo y votó en favor del candidato patrocinado por el demandado; pero éste incumplió su obligación y no dió ningún voto al candidato patrocinado por el actor en la votación siguiente. En vista de lo cual, el actor suscribió 7 libras y 7 chelines para obtener otros 28 votos a su propio nombre, votos que utilizó en sustitución de los que el demandado había prometido darle.

"No cabe duda de que hubo una promesa expresa por parte del demandado y una violación de dicha promesa; pero donde se presentaba la duda era en la cuestión de determinar si la *consideration* era tal como para hacer sancionable la promesa ante un Tribunal de *common law (enforceable at law)*.

"Es principio general el de que un acuerdo obligatorio (o sea, no inmediatamente cumplido: *executory agreement*) mediante el cual el actor consiente en hacer alguna cosa a condición de que el demandado consienta en hacer alguna otra, puede ser *enforced* si lo que el actor ha consentido en hacer constituye "o un beneficio para el demandado o una molestia o perjuicio para el mismo actor" ...Si lo que el actor ha consentido en hacer es una u otra de aquellas cosas, la *adequacy of consideration* es algo que corresponde exclusivamente a la apreciación de las partes en el momento de la conclusión del acuerdo, y no a la apreciación del Tribunal en el momento en que se acuda a él para pedir el *enforcement* de dicho acuerdo.

"El argumento invocado por el demandado era el siguiente: quien forma parte de una asociación benéfica está obligado a dar su voto para apoyar el objeto o la finalidad mejor, y si el actor votó en la primera elección por el que a su juicio era el mejor candidato, no sufrió ni una molestia ni un perjuicio; de manera

que, desde este punto de vista, no existía ninguna *consideration;* y si el actor no había votado por el candidato que, a su juicio, era el mejor, el acuerdo era nulo en su totalidad por ser contrario a la *public policy.*

"Pero, aunque entre nosotros haya algunos que desaprueben esta clase de tráfico, no podemos encontrar ningún principio jurídico que nos autorice a afirmar que a un miembro de una asociación benéfica no le está permitido votar como le plazca, respondiendo solamente ante su conciencia y ante su reputación por la forma en que ejercite su derecho de voto."

Así pues, el Tribunal estimó que el demandado debía pagar al actor, a título de resarcimiento de daños, las 7 libras y 7 chelines de que se ha hecho mención.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 14 *b,* especialmente nota 3; § 30 *a, b,* nota 5; § 31 especialmente nota 7; § 33 *b,* especialmente nota 5; v. también la Introducción al cap. III, apartado 5.

Los casos Haigh v. Brooks y Bainbridge v. Firmstone ya han sido estudiados. En cuanto al caso Shadwell v. Shadwell, véase la cita que de él se hace en el caso De Cicco v. Schweizer.

Sobre el concepto de *public policy* y sobre sus diferencias respecto a nuestro concepto de "orden público", v. la nota 8 al caso Wyatt v. Kreglinger.

Los pasajes citados de los vols. I y II contienen el comentario al presente caso, haciendo referencia también al planteamiento y a la solución de los problemas que ofrecería este caso en el *civil law* y que el lector queda invitado a resolver.

Williston, *Contracts* § 21, nota 14, dice que "en el caso Bolton v. Madden el *agreement* no puede ser considerado, en sentido estricto, como una obligación de carácter social; pero la decisión de este caso parece indicar la posibilidad de que existan acuerdos *(undertakings)* jurídicamente sancionados, a pesar de que no sean *business contracts*".

En realidad, el *agreement* entre Bolton y Madden podía constituir también una relación social, de cortesía, de honor, etc.; todo dependía de la intención de las partes según resultara de las circunstancias y, además, de la posibilidad o imposibilidad, en un determinado ordenamiento, de sancionar jurídicamente obligaciones de esta naturaleza.

Dejando aparte estos problemas, adviértase en la forma en que los jueces trataron este caso y en las citas que se hicieron de otros *cases,* la acostumbrada concepción del *bargain* como esquema abstracto o atípico.

En cuanto al concepto de *public policy,* a veces más restringido que nuestro concepto de orden público y de buenas costumbres, obsérvese la referencia que se hace en la sentencia a la conciencia individual, en lugar de hacerse tal referencia a la conciencia colectiva. Confróntese

este caso con el caso McDevitt v. Stokes, en el que se alude, de pasada, a la posibilidad de que surja una cuestión de *public policy*.

El caso Bolton v. Madden ha llegado a ser un *leading case*, frecuentemente citado; especialmente su máxima, según la cual, "la *adequacy of consideration* es algo que corresponde exclusivamente a la apreciación de las partes en el momento de la conclusión del acuerdo, y no a la apreciación del Tribunal en el momento en que se acuda a él para pedir el *enforcement* de dicho acuerdo".

CAPÍTULO III

SOBRE LA INTENCIÓN DE CONTRAER UN VÍNCULO JURÍDICO

INTRODUCCIÓN

1) En este capítulo se estudia uno de los problemas más delicados del *common law*: el de la intención de contraer un vínculo jurídico: v. volumen I, nota en apéndice a los §§ 1 y 31, especialmente notas 1, 4, 5 y 6. Y no puede decirse que los *cases* destaquen precisamente por su claridad.

Dado el espíritu y la mentalidad peculiares del *common law*, este problema se entrelaza muy a menudo con la concepción del *bargain* o de la intención de celebrar un *bargain* como indicio de la intención de contraer un vínculo jurídico, así como con la concreta concepción del acto de liberalidad, que no está reconocido en el *common law* como "negocio sustancial" (o "causa", en este sentido): v. vol. I, §§ 28 *c* y 33 *d*. Pero, en este último aspecto, como quiera que, según la mentalidad propia de aquel sistema, la promesa hecha a título de liberalidad, de *generosity* o de *gratuity* parece ser considerada, al menos normalmente, como hecha sin la intención de contraer un vínculo jurídico, he aquí que vuelve a presentarse de manera muy equívoca el problema relativo a la existencia de dicha intención. (V. los casos De Cicco v. Schweizer, notas 14 y 15; Thomas v. Thomas; y la opinión del juez Kellog en el caso Allegheny College.)

Se podría decir también que, en presencia de una mera *generosity* o *gratuity*, es muy dudoso que el promitente que no ha recurrido a la forma haya tenido la intención de vincularse jurídicamente (v. vol. I, § 31, notas 1 y 4). De manera que, ante esta duda tan grave, el *common law* prefiere atenerse a una presunción *iuris et de iure* de ausencia de tal intención.

Sobre este trasfondo complicado se nos presentan dos concepciones o criterios.

a) El criterio según el cual se excluye la obligatoriedad de la promesa cuando, habiéndose previsto al hacerla una determinada conducta del promisario, no se demuestre que tal conducta se encuentra, *ni siquiera en mínima parte*, en relación de *inducement* recíproco con la pro-

mesa, sino que más bien deba considerarse como una mera condición o como un mero presupuesto de la promesa. Por ejemplo: "si vienes a buscarme te daré mil"; donde ese "si" no se refiere en modo alguno a un recíproco móvil o *inducement*: v. también vol. I, § 26 nota 16 y § 31, nota 6. De manera que en este caso, en ausencia de un *bargain* consistente en aquel recíproco, aunque mínimo, *inducement*, se estaría en presencia de un mero acto de liberalidad, de *generosity* o *gratuity*, con las inherentes consecuencias antes mencionadas. Éste parece ser el sentido del caso Kirksey v. Kirksey (pero no está claro), del caso Bibb v. Freeman, en la nota al anterior, y de algunos pasajes del caso Wyatt v. Kreglinger. V. también las notas 2, 14 y 15 al caso De Cicco; la nota a Thomas v. Thomas, y Williston, *Contracts*, § 21, especialmente nota 14.

b) El criterio según el cual se estima que, aunque haya existido aquella recíproca relación de *inducement* y, por tanto, un *bargain* en sentido amplio, y aunque esta relación vaya unida normalmente a la intención de asumir una determinada responsabilidad, sin embargo, las circunstancias, las relaciones entre las partes y el carácter del negocio pueden demostrar que no ha existido aquella intención. De esta manera, el problema enlaza también con el de las llamadas relaciones sociales o de cortesía: v. vol. I, § 14 *b*. Éste parece ser el sentido de algunos pasajes del caso Balfour y del caso Richards (aunque en éste no está del todo claro), así como de otros pasajes del caso Wyatt v. Kreglinger. V. también Cheshire and Fifoot, cit. en el vol. I, § 1, nota 4 y § 31, nota 7. Según esta concepción, el *bargain*, como indicio de aquella intención jurídica, quedaría reducido a un criterio de presunción que se podría combatir de varias maneras. Ciertamente, esta presunción es todavía más fuerte en un *bargain* que constituya una *business promise* (v. el caso Martin v. Meles, nota 8). De manera que el problema se presenta más bien cuando se trata de promesas en las que el promitente no persiga una finalidad típicamente económica. V. Bolton v. Madden; pero v. también el caso Wyatt v. Kreglinger, en el que la promesa de Kreglinger y Fernau podría también considerarse como una *business promise*. V. además infra 5. En ese aspecto de una presunción, el problema puede enlazar también con el de la *express promise* y la *implied promise*, y con la facilidad de presumir esta última en un contrato de cambio (v. las notas 1, 7 y 20 al caso Balfour).

2) Las dos concepciones o criterios que acabamos de mencionar son evidentemente distintas, por más que muy a menudo se mezclen entre sí en los *cases*. Pero a veces surge la sospecha de que se haya incurrido en imprecisiones terminológicas y de que cuando se habla de intención de *bargain* se quiera aludir a un "*bargain* con intención jurídica". Así podría resultar de lo que dice Williston, *Contracts*, § 21, nota 14, a propósito del acostumbrado ejemplo de la invitación para una comida, que no sería jurídicamente vinculante por faltar en ella la intención de un *bargain* entre la promesa de asistir a la comida que hiciera el invi-

tado y la promesa de quien le invita. (V. también la opinión de Scrutton, L. J. en el caso Wyatt v. Kreglinger.) En este pasaje de Williston es evidente que no se alude a la intención de un *bargain* en sentido genérico (o, como dice el mismo Williston, según el significado vulgar), intención que en este caso podría existir, sino a la intención de un *bargain* con efectos jurídicos. Será una *quaestio facti* la de determinar cuándo existe esta última intención (v. vol. I, § 14, nota 2).

3) El problema objeto de este capítulo se complica todavía más si se acepta la *doctrine* de la *reliance* como base objetiva de la responsabilidad del promitente, aunque éste haya tenido la intención de llevar a cabo una *gratuity;* o como concepción inspiradora de la *doctrine* de la *consideration* (pero v. vol. I, § 31, nota 2). Quizás esta última concepción fuera, en el fondo, el verdadero motivo por el que el juez Ormond, en minoría, estimó que en el caso Kirksey existiría una *consideration* válida.

4) Parece, en fin, que cuando por su parte el promisario hace una contrapromesa sea más fácil ver si existe la intención de un *bargain* (según la concepción a que hemos aludido supra en apartado 1 *a*) o la intención jurídica (según la concepción aludida supra 1 *b*). Es decir, más fácil que en el caso de que la *consideration* consista en el simple hecho de observar una determinada conducta (v. el caso Wyatt v. Kreglinger y vol. I, § 29; pero v., en contra, el caso Balfour).

5) Por lo que se refiere a los contratos atípicos y a las relaciones que pueden ser o son normalmente de carácter social más que jurídico (v. volumen I, § 14 *b*, especialmente nota 3), véanse también los casos: Bolton v. Madden, ya estudiado; Lens v. Devonshire Club, cit. en la nota 10 bis al caso Wyatt v. Kreglinger; y otros casos citados en Cokle and Hibbert, *Leading Cases in Common Law,* vol. I, *Contracts,* London 1945, p. 124; y en Williston, *Contracts,* § 21, nota 14. V. también el artículo anónimo *Moral and Social contracts,* en *Law Times,* 1930, vol. 170, 317.

Pero la cuestión relativa a la intención de contraer un vínculo jurídico *(to enter into legal obligation)* puede presentarse también en contratos en los que tal intención sea típica o normal, y entonces se presentará como intención expresa de no contraer aquel vínculo (v. volumen I, § 1).

Hay toda una gradación entre los *business bargains* y otros *bargains,* que tienden a tener dicho carácter en la costumbre y en los que la intención de no contraer un vínculo jurídico, es decir, de convenir un simple *gentlemen's agreement,* puede resultar implícitamente de las circunstancias.

Para un ejemplo de estos últimos, v. el caso Lens v. Devonshire Club. Para los *football-Pools* (quinielas), etc., que tienden a tener aquel carácter en la costumbre, se requiere una cláusula expresa si se quiere excluir

la intención de contraer un vínculo jurídico: v. Appelson v. H. Littlewood Ltd. 1939, *All England Law Reports,* I, 464, caso en el que existía dicha cláusula expresa; v. también otros casos citados por Cokle and Hibbert, op. y loc. cits.

En cambio, en el caso Rose and Frank Co. v. Crompton and Brothers Ltd. 1923, 2 *K. B.* 261 (*Court of Appeals* de Londres) y 1925 *A. C.* 445 (*House of Lords*: v. vol. I, § 1) se trata de una típica *business transaction* (*transaction* = negocio). Las partes, que ya habían mantenido largas relaciones de negocios, establecieron en un documento que los demandantes serían los vendedores en exclusiva para los Estados Unidos de los productos de la firma inglesa demandada, y se incluyeron cláusulas que establecían obligaciones recíprocas *(considerations)* entre las partes; pero el documento añadía: "este *arrangement* no se ha concluído ni este documento se ha redactado como un *formal or legal agreement* y no quedará sometido a la jurisdicción de los Tribunales, ni en los Estados Unidos ni en Inglaterra". La *House of Lords* admitió la validez de esta cláusula en lo que se refería a la exclusiva y a los pedidos de mercancías para el futuro, pero no (modificando con ello la decisión de la *Court of Appeal*) en lo que afectaba a pedidos ya hechos y aceptados.

Prescindiendo de este último punto, la decisión de Lord Atkin en la *Court of Appeal* fué confirmada. Lord Atkin se había expresado en la forma siguiente:

"Para crear un *contract* (es decir, una obligación contractual jurídicamente vinculante) debe existir la intención común de las partes de asumir un vínculo jurídico, una común intención comunicada recíprocamente de manera expresa o implícita. Dicha intención se deducirá normalmente cuando las partes celebren un *agreement* que se ajuste a los principios jurídicos que presiden la formación de los contratos (con ello, Lord Atkin quiere aludir a un *agreement* que satisfaga el requisito del *bargain* o de la *consideration*).

"Tal intención puede quedar excluída implícitamente por la naturaleza de la promesa o promesas objeto del *agreement,* como en el caso de la oferta y la aceptación de un hospedaje o de ciertos *agreements* celebrados en la esfera familiar y entre los miembros de la familia, como en el caso Balfour v. Balfour.

"Si dicha intención puede ser excluída de manera implícita, puede también quedar excluída expresamente. Frente a este documento (el del caso Rose and Frank) interpretado en su conjunto, me inclino a la conclusión de que la cláusula en cuestión expresa claramente la mutua intención de las partes de no entrar *into legal obligations* respecto a las relaciones para cuya regulación habían redactado por escrito su *agreement.* Nunca he tenido ocasión de ver una cláusula de esta índole, pero no encuentro nada de absurdo en el hecho de que unos hombres de negocios traten de regular sus relaciones mediante promesas mutuas que no tengan el carácter de *legal obligations* y que reposen sobre obligaciones de honor o de *self-interest.*"

De esta manera, Lord Atkin, y con él la House of Lords, proclama expresamente y con frase lapidaria el punto de vista a que hemos aludido supra en apartado 1 *b*.

Balfour v. Balfour

King's Bench (1919) 2 K. B. 571. — 121 *The Law Times Reports*, 346

¿Intención de contraer un vínculo jurídico o intención de hacer un "bargain"? — "Implied promise" y "express promise". — Naturaleza del negocio, importancia de las circunstancias, carga de la prueba de dicha intención.

(Caso en parte resumido y en parte transcrito textualmente, salvo algunos *omissis*.)

Después de su matrimonio, los esposos Balfour se habían establecido en Ceylán, donde el marido tenía un empleo. Habiendo regresado ambos a Inglaterra en noviembre de 1915 con ocasión de un permiso del marido, permanecieron allí hasta agosto de 1916, época en la que dicho permiso expiraba.

Por razones de salud, la esposa no podía acompañar a su marido en su regreso a Ceylán, en vista de lo cual, y poco antes de la partida de éste, discutieron ambos y convinieron verbalmente la cantidad que la mujer necesitaría para su mantenimiento en Inglaterra durante la ausencia del marido, cantidad que fué fijada en una pensión mensual de 30 libras.

Posteriormente y, según parece, a raíz de desavenencias surgidas entre los cónyuges, el marido dejó de pagar la pensión convenida; por lo que la mujer reclamó judicialmente el pago de 55 libras, cantidad que reclamaba basándose en aquel acuerdo y no en la obligación de alimentos que pudiera incumbir al marido (obligación que hubiera tenido que ser determinada en el *an* y en el *quantum*). Es evidente que la mujer hacía valer el pretendido convenio no como regulación general de las relaciones económicas entre los cónyuges, sino solamente como acuerdo en el que se fijaba la cantidad que a ella le correspondía para su mantenimiento durante el período de la separación ocasionada por las antes mencionadas razones, período al que dicho acuerdo se refería.

Como base de la acción, la esposa alegaba un *contract* cuya *consideration*, por parte de ella, consistiría en la promesa de proveer a su propio mantenimiento con dicha cantidad, sin pedir nada

más a su marido, o en la promesa de renunciar a su derecho de obligar al marido por los gastos que hiciera ella para su propio mantenimiento.

En primera instancia, el juez Sargant estimó que en el momento de la partida del marido había existido un "*definite bargain*", confirmado por las partes al menos en dos ocasiones. La única excepción que podía alegarse, continuaba diciendo Sargant, sería la de que se trataba de un *nudum pactum;* pero, estando el marido legalmente obligado a mantener a su mujer, ambos cónyuges podían fijar mediante un contrato la cuantía de tal obligación, de manera que ni uno pudiera pretender dar menos ni la otra recibir más, cualesquiera que fuesen después las necesidades personales o las circunstancias de cada uno de ellos. En estas recíprocas promesas o renuncias consistía la *consideration.*

Esta decisión fué apelada por el marido.

Warrington, L. J.: ...(*Omissis*: el *Lord Justice* resume aquí los hechos y la decisión de Sargant; observa que es difícil ver en este caso un *definite agreement* o *definite bargain* y que las cartas que posteriormente se cruzaron entre las partes no proyectan ninguna luz sobre este punto.)

"Siendo éstos los hechos, ¿cuál es la situación? Hemos de decidir si sobre la base de estos hechos existe un *legal contract* entre las partes. En otros términos: si lo que se convino entre ellas tenía el carácter de un *legal contract* o si, por el contrario, se trataba de un mero *arrangement* (arreglo) entre marido y mujer, de la misma naturaleza que el *domestic arrangement* que pueda hacerse en la vida cotidiana entre cualquier pareja de esposos que vivan juntos y en excelentes relaciones.

"Puede suceder, y de momento no excluyo la posibilidad de que así suceda, que un negocio como el que se invoca haya sido concluído como *contract* entre marido y mujer. Pero de lo que se trata es de ver si en el presente caso se celebró tal *contract.* Lo cual solamente puede establecerse probando que dicho contrato se celebró de manera expresa, o bien probando que las circunstancias relativas a las partes y al negocio, en general, implican necesariamente que se celebró tal contrato.[1]

"Es completamente evidente que no se celebró de manera expresa un contrato de esta naturaleza y que no hubo *bargain* por parte de la mujer.[2] Lo único que sucedió fué lo siguiente: ambas partes discutieron amistosamente sobre la cantidad que se necesitaría para el mantenimiento de la mujer mientras ésta debiera

permanecer en Inglaterra durante la estancia de su marido en Ceylán; y llegaron a la conclusión de que la cantidad de 30 libras mensuales sería, poco más o menos, la adecuada. Pero no hay ninguna prueba de un *express bargain* por parte de la mujer, en el sentido de que ella considerara que, en cualquier circunstancia o eventualidad futura, tal cantidad representaba el cumplimiento de la obligación de mantenerla que tenía su marido.

"En cuanto a la posición de las partes, ¿podemos afirmar que se haya celebrado un contrato? Me parece casi imposible. Si afirmáramos que existe tal contrato, tendríamos que suponer que existía un compromiso por parte de la mujer en el sentido de que, pese a lo que pudiera suceder en el futuro y pese a cualquier cambio de las circunstancias mientras el marido estuviera ausente, se daría por satisfecha con la cantidad de 30 libras al mes, y se consideraría ligada por una obligación jurídicamente vinculante para ella[3] de no pedir otras cantidades a su marido.

"Por otro lado, tendríamos que suponer por parte del marido un *bargain* de pagar 30 libras al mes durante un período indefinido, cualesquiera que fuesen las futuras circunstancias o eventualidades. También en este punto me parece imposible hacer tal suposición. En realidad, si bien se mira, la cuestión se reduce a un absurdo, porque si hubiéramos de admitir que en este caso se celebró un *contract,* tendríamos que admitir igualmente que en todos los acuerdos más o menos triviales que se dan en la vida corriente, en los que una mujer a instancia de su marido le hace una promesa, se trata de una promesa que puede ser jurídicamente sancionada *(enforced in law).*

"Lo único que puedo decir es que no hay tal *contract.* Estas dos personas nunca tuvieron la intención de hacer un *bargain* que pudiera ser sancionado jurídicamente.[4] El marido expresó su intención de pagar aquella pensión y prometió hacerlo; quedó obligado en el fuero del honor a continuar pagándola mientras estuviera en condiciones de hacerlo. Por otra parte, la mujer no hizo, a mi modo de ver, ningún *bargain.*[5]

"A mi juicio, esto es suficiente para decidir el presente *case.* No es necesario averiguar si, en caso de que el marido no pagara la pensión convenida, podía la mujer obligarle en el sentido de *to pledge his credit,*[6] o si en tal caso podía la mujer concertar otros *arrangements.* La única cuestión que hemos de considerar es la siguiente: la de si la mujer ha probado un *contract,* como había propuesto probarlo.[7] A mi juicio, la respuesta tiene que ser negativa.

"Por lo tanto, estimo que la opinión del juez Sargant no puede mantenerse. La apelación debe ser admitida... etc."

Duke, L. J.: "Estoy de acuerdo.

"Éste es un caso importante bajo ciertos aspectos...

"... Fundamentalmente se trata, en este caso, de ver si la promesa del marido de pagar a su mujer una pensión mientras ella viviera alejada de él, es una promesa que, según el Derecho, implica por parte de la mujer *considerations* suficientes para convertir tal promesa en un *agreement*.[8] A mi juicio, la respuesta ha de ser negativa. Estoy de acuerdo con la afirmación de que en este caso los esposos hubieran podido celebrar un *agreement* que constituiría el fundamento de una acción de la actora *(cause of action)*.[9] (*Omissis*: el juez Duke invoca la *Married Women's Property Act* de 1882.)

"La verdadera cuestión se centra en la existencia o inexistencia de la *prueba*[10] de un cambio de promesas de esta naturaleza, tal como para hacer de la promesa del marido la base de un *agreement*.

"El señor Hawke (abogado de la señora Balfour) ha insistido en que habiéndose hecho la promesa (del marido) con carácter absoluto[11] tendría que ser interpretada como una de las promesas recíprocas que dan lugar a un *agreement*. Se ha dicho que, entre personas extrañas, una promesa y una implícita asunción de la obligación de hacer algo *(implied undertaking)* de la misma índole que la promesa y la *implied undertaking* alegadas en este caso, habrían podido fundar una acción contractual. Puede ser. Pero en este caso no se puede dejar de tener en cuenta cuál era la base[12] de las declaraciones hechas por las partes, declaraciones mediante las que se pretende que se habría formado el contrato.

"Dicha base era la relación entre marido y mujer, una relación que crea obligaciones (*omissis*: el juez observa que la pensión se convino para un alejamiento temporal de las partes, que todavía vivían en plena armonía, y no para una separación legal, en cuyo caso el acuerdo de separación implicaría *considerations* recíprocas).

"En el presente caso no hubo en modo alguno un *agreement*. Las partes eran marido y mujer, unidos por esta relación jurídica (de matrimonio). ¿Acaso puede decirse que cuando existe tal relación y se cambian promesas[13] deben considerarse éstas como promesas de naturaleza contractual? A mi juicio se necesitaría que se tratara de algo más que de simples promesas recíprocas refe-

ridas a la relación conyugal. Se requeriría que las obligaciones nacidas de dicha relación se hubieran extinguido *(discharged)* de común acuerdo antes de que una de las partes pudiera fundar un *contract* sobre tales promesas.

(*Omissis*: El *Lord Justice* Duke critica aquí la tesis según la cual la *consideration* de la promesa de pagar 30 libras mensuales consistía en la renuncia por parte de la mujer a su derecho de obligar al marido frente a terceros por los gastos que hiciera ella para su propio mantenimiento: *to pledge his credit.* Parece, pues, que el juez Duke al admitir la apelación fundara su juicio en la ausencia de una *consideration* por parte del marido o de una promesa de éste que fuera idónea para fundar una acción, invocada como acción exclusivamente contractual. El juez señala también los graves inconvenientes a que daría lugar la concesión de una acción contractual en casos semejantes: v. a este respecto la opinión del juez Atkin.)

Atkin, L. J.: "Para defenderse frente a esta acción fundada en el pretendido *contract,* afirma el marido que él no celebró ningún contrato con su mujer. Para decidir sobre este punto hay que recordar que existen acuerdos *(agreements)* que no dan lugar a *contracts* en el sentido que este término tiene en nuestro Derecho.[14] El ejemplo más corriente es el de dos personas que se ponen de acuerdo para dar juntos un paseo, o el del ofrecimiento y aceptación de un acto de hospitalidad. Nadie pretenderá decir que, en circunstancias normales, tales acuerdos den lugar a lo que consideramos como un *contract,* y una de las más corrientes formas de *agreement* que no constituyen un *contract* me parecen ser los arreglos *(arrangements)* que se suelen hacer entre marido y mujer (*omissis*: el juez menciona los acuerdos entre marido y mujer acerca de la asignación de ciertas cantidades semanales, mensuales o anuales para los gastos de la mujer o para los de la casa, acuerdos en los que la mujer, expresa o implícitamente, promete destinar tales cantidades a estos fines).

"A mi juicio, tales acuerdos, o muchos de ellos, no dan lugar a *contracts,* aunque pueda existir en ellos algo que entre otras partes constituiría una *consideration* del *agreement.*[15] Como sabemos, la *consideration* puede consistir... (el juez reproduce aquí la definición clásica dada en el caso Currie v. Misa, citada también en el caso Hamer v. Sidway). Ocurre, según creo, con mucha frecuencia que tales *arrangements* entre marido y mujer contienen promesas recíprocas, es decir, presentan en el aspecto for-

mal una *consideration* que puede tener cabida en la referida definición.[16] Sin embargo, no son *contracts,* y no lo son porque las partes no quisieron que produjeran efectos jurídicos (*omissis*: aquí señala el juez los graves inconvenientes a que la tesis contraria daría lugar en las relaciones conyugales, y los innumerables litigios que surgirían y que requerirían que se aumentara extraordinariamente el número de los magistrados de instancias inferiores, etc.).

"Sobre la base de estos acuerdos no se ejercitan acciones judiciales; pero no porque las partes se muestren reacias a pedir la protección judicial de sus derechos cuando se violan tales acuerdos, sino porque las partes, desde el mismo momento en que se celebró el acuerdo, no quisieron en modo alguno que cada una de ellas pudiera ser demandada en juicio sobre la base del mismo.

"Los acuerdos de esta clase quedan completamente al margen del campo de los contratos. El *common law* no regula la forma de los acuerdos entre cónyuges. Sus promesas no son selladas con sellos o con cera. La *consideration* que, en realidad, predomina en tales acuerdos consiste en aquel amor y aquel afecto naturales que cuentan tan poco ante nuestros fríos tribunales. Los términos o los pactos de estos acuerdos pueden ser rechazados, modificados[17] o renovados durante la vigencia del acuerdo o cuando surjan desavenencias, y los principios del *common law* sobre la remuneración, sobre la remisión de deuda, sobre el *accord and satisfaction,* son de tal naturaleza que no pueden tener cabida en el Código doméstico.[18] Las mismas partes son abogados, jueces, tribunales, oficiales judiciales y *reporters.* Dadas estas premisas, cada casa es un dominio en el que el *Writ*[19] del Rey no intenta entrar y en el que sus funcionarios no tratan de ser admitidos.

"En el presente caso se trata solamente de ver si la promesa de las partes podía o no incluirse en la categoría de los acuerdos que acabamos de mencionar. Por las razones aducidas por mis colegas, la solución me parece clara. Estimo que se ha demostrado claramente que en nuestro caso la promesa no fué considerada por ninguna de las partes como promesa que hubiera de producir efectos jurídicos. Estimo que la carga de probar lo contrario correspondía a la actora, y que en modo alguno ha probado ésta la existencia de un *contract.*[20]

"Las partes vivían juntas; la mujer tenía intención de regresar a Ceylán (es decir, de reunirse con su marido, tan pronto como quedara curada de su enfermedad).

"Lo que sugiere la actora es que ella se había obligado a acep-

tar y que su marido se había obligado a pagar 30 libras al mes en cualquier circunstancia y eventualidad; que ella se obligó a darse por satisfecha con aquella cantidad en cualquier circunstancia; que, aunque ella estuviera enferma y permaneciera en Inglaterra, se obligó a cubrir con dicha cantidad todos los gastos que tuviera que destinar a las atenciones médicas que necesitara, cualquiera que fuera el curso de su enfermedad y cualquiera que fuera la cuantía de dichos gastos.

"A mi juicio, ninguna de las partes contempló nunca semejante resultado. Estimo que la prueba oral, mediante la que se quería demostrar la existencia de un *contract,* no la demuestra; y que la prueba escrita, es decir, las cartas, a las que muy raramente se refiere el juez de primera instancia, no demuestran la existencia de tal *contract,* etc. Por estas razones, considero que es erróneo el parecer de dicho juez de primera instancia y estimo que se debe admitir la apelación."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, nota en apéndice al § 1, y nota 4; § 14 *b,* especialmente nota 3; § 31, notas 1 y 7; y la Introducción a este capítulo.

Se trata de un célebre caso, que ha dado lugar a graves dificultades de interpretación acerca de los verdaderos motivos de la decisión; y también en relación con el sistema, característico del *common law,* consistente en expresar la opinión personal de cada juez (v. Advertencias a este vol. II, n. 5, *e*).

Según algunos autores, el motivo predominante de la decisión sería la ausencia de la intención de hacer un *bargain* y, por lo tanto, la ausencia de *consideration*: Williston, cit. en el vol. I, § 1, nota 4 y § 31, nota 7. Según otros, el motivo predominante sería la ausencia de intención de contraer un vínculo jurídico, pese a la presencia de un *bargain* y de una contrapromesa (por parte de la mujer): Cheshire and Fifoot y otros autores cits. en el vol. I, loc. cit.; v. también Cokle and Hibbert, *Leading cases in common law,* vol. I, *Contracts,* London, 1945, p. 123. En este sentido ha sido interpretado el caso por el mismo Lord Atkin al decidir el *case* Rose and Frank v. Crompton (v. la Introducción a este capítulo, n. 5).

En vista de estas dificultades para la interpretación del *case,* creemos conveniente seguir también aquí el sistema de incluir notas que responden a las llamadas que hemos intercalado en el texto del mismo *case.*

1 Sobre esta concepción de la *express promise* y de la *implied promise* y sobre su alcance, v. vol. I, § 4, *d* y § 14, nota 16. Parece que, en presencia de una *express promise,* la carga de probar que no existe una intención jurídica corresponde a quien alega la ausencia de dicha intención.

2 Sobre el concepto de *bargain*, v. vol. I, § 26, *d* y § 31.

¿Quiere aludir el juez a un *bargain* o intención de *bargain*, en sentido genérico, o en el sentido de un *bargain* unido a la intención de contraer un vínculo jurídico? En la primera hipótesis se admitiría que, aunque las partes tuvieran intención de cambiar alguna cosa (en este caso, de cambiar una promesa por una renuncia, de manera que la asignación debiera considerarse como hecha alzadamente), esta intención podría no ir acompañada de la intención de contraer un vínculo jurídico. En la segunda hipótesis, la intención de hacer un *bargain*, o el mismo *bargain*, se identificaría con dicha intención de vincularse jurídicamente (v. infra la nota 4). Pero, si no se quiere caer en una pura cuestión terminológica, parece que en el pasaje anotado se haya aludido a la idea de que faltaba la intención de convenir una cantidad alzada.

¿O se quiere decir, simplemente, que la mujer no prometió nada a cambio? V. infra nota 5. ¿O que no hubo *express bargain*, como inmediatamente dirá el *Lord Justice* Warrington?

3 En nuestro Derecho no parece que tal contrato, sobre los alimentos entre cónyuges, sea jurídicamente vinculante, aunque tal haya sido la intención de las partes.

4 Aquí el *Lord Justice* parece aludir no tanto a la intención de un *bargain* como a la de hacer un *bargain* jurídicamente vinculante. V. supra, nota 2.

5 V. nota 2.

6 Esta expresión significa el poder de la mujer para obligar a su marido frente a terceros, que hayan prestado servicios a la mujer o que le hayan suministrado bienes para su mantenimiento.

7 Parece que quiera decirse que, cuando no consta una *express promise* o cuando no se puede presumir una *implied promise*, dada la naturaleza ordinaria del negocio y dadas las circunstancias, la carga de probar la intención de contraer un vínculo jurídico corresponde a quien la alega (en este caso a la mujer): v. supra nota 1 y vol. I, nota en apéndice al § 1.

8 Sobre el concepto de esta *implication* de *una consideration* o promesa por parte de la mujer, v. las notas 1 y 7. Sobre el concepto del consentimiento, acuerdo o *agreement*, como resultado de concesiones recíprocas entre las partes, v. vol. I, § 35, *a*.

9 La *cause of action* es aquel conjunto de hechos relevantes y suficientes para hacer que nazca una acción o un derecho, dada la equivalencia entre derecho y acción en el *common law*.

V. también el caso Bonacina.

10 Sobre esta prueba y sobre la parte a quien incumbe, v. supra nota 7.

11 "Con carácter absoluto", es decir, sin reservas o presupuestos limitativos; de manera que parece que quiera decirse que, en presencia de una promesa de esta naturaleza, deba presumirse, salvo prueba en contrario, que tal promesa se hizo por un *quid pro quo* o por una concesión de la otra parte.

12 Con ello, el juez parece admitir que pueda existir un *bargain* en sentido genérico, o la intención de hacer concesiones recíprocas, pero que tal intención no basta si de la naturaleza del negocio o de las circunstancias resulta, por lo menos, una presunción de ausencia de la intención de contraer un vínculo jurídico; v. supra notas 7 y 10.

13 V. nota 12.

14 He aquí el punto crucial: en este pasaje y en las frases que siguen, el juez parece admitir la tesis de que la presencia de un *bargain*, de una *consideration*, o de recíprocas concesiones o acuerdos, aunque sean expresos (v. vol. I, § 35, *a*), no es por sí misma suficiente para dar lugar a un *contract;* y que se requiere también la intención de contraer un vínculo jurídico, que puede resultar de la naturaleza del negocio o de una prueba *ad hoc*. V. vol. I, § 14, *b*, especialmente nota 2; y el caso Wyatt v. Kreglinger.

15-16 V. nota 14.
17-18 V. vol. I, § 38, notas 27 y sigts., y el trabajo mío que allí se cita.
19 Sobre el *writ*, palabra con la que el juez quiere aludir a la acción judicial, v. vol. I, § 26, *a*.
20 V. supra nota 7.

* * *

Después de leer estas notas el lector podrá darse cuenta de las dificultades que ofrece la interpretación del *case* y podrá decir cuál de las dos opiniones mencionadas al principio de esta nota, acerca del motivo predominante en la decisión, es la que prefiere. También convendrá confrontar este *case* con los otros estudiados en este mismo capítulo.

Una cuestión para el *civil law*:

¿Cómo se resolvería entre nosotros, y en virtud de qué concepciones, el caso Balfour, prescindiendo de la cuestión a que se refiere la nota 3?

KIRKSEY v. KIRKSEY

Supreme Court of Alabama, 1845. — 8 *Ala.*, 131

EL PROBLEMA DE LA INTENCIÓN DE CONTRAER UN VÍNCULO JURÍDICO EN RELACIÓN CON EL PROBLEMA DEL "BARGAIN". — ¿SIMPLE CONSEJO DEL PROMITENTE? ¿INTENCIÓN DE HACER UNA MERA "GRATUITY" O DONACIÓN CON UN MERO PRESUPUESTO O CONDICIÓN? ¿"RELIANCE"? — PROBLEMAS PARA EL "CIVIL LAW".

(*Case* en parte resumido y en parte transcrito textualmente.)

La actora, señora Kirksey, cuñada del demandado y que había quedado viuda con varios hijos, tenía en arrendamiento un inmueble en el que vivía y que tenía intención de adquirir.

El demandado, que residía a unas 60 millas, le escribió la siguiente carta con fecha 10 de octubre de 1840:

"Querida hermana: Con gran dolor por mi parte he sabido que mi hermano Henry y uno de sus hijos han muerto. Sé que tu situación es dolorosa y difícil. Has sido desgraciada y ahora todavía lo eres más; quisiera ir en tu busca pero no puedo hacerlo en este momento... No sé si tienes algún derecho de prelación sobre el inmueble en que vives. Si lo tienes, yo te aconsejaría que lo ejercitaras y que vendieras el inmueble y dejaras esa región que, según tengo entendido, es muy malsana y está habitada por mala gente. Si vienes aquí, te procuraré un sitio en el que puedas criar a tu familia; tengo mucha tierra libre, mucha más de la que pueda ofrecerte; y teniendo en cuenta tu situación y la de tu familia, deseo que tú y tus hijos salgáis adelante."

Uno o dos meses después de haber recibido esta carta, la señora Kirksey abandonó el inmueble en que habitaba, sin haber dispuesto de él, y se trasladó con sus hijos al lugar en donde residía su cuñado. Éste la instaló en una vivienda confortable y le dió tierra para que la cultivara. Pero dos años después, la hizo salir de allí y la instaló en una casa, en medio de los bosques, desprovista de toda comodidad; y, posteriormente, le hizo dejar también este lugar.

En vista de ello, la señora Kirksey demandó en juicio a su cuñado para obtener el *enforcement* de la promesa (de darle un sitio para criar a su familia, etc.), es decir, para obtener el resarcimiento de los daños.

En primera instancia, el demandado fué condenado al resarcimiento en la cantidad de 200 dólares.

En apelación, de acuerdo las partes sobre los hechos antes referidos, fué reformada la sentencia por mayoría. El juez Ormond, expresando la opinión de la mayoría y, a la vez, su propio desacuerdo, dijo:

"Yo me inclino a opinar que la pérdida y la molestia que la actora sufrió al abandonar el lugar en que vivía para trasladarse junto al demandado, a 60 millas de distancia, constituía una *consideration* suficiente para la promesa de procurarle una casa y tierra para cultivar, hasta que hubiera criado a su familia. Sin embargo, mis colegas estiman que aquella promesa constituía una mera *gratuity* por parte del demandado, de manera que la violación de dicha promesa no puede dar lugar a una acción."

NOTA Y CUESTIONARIO: v. la nota al caso Richards.

RICHARDS' EXECUTOR v. RICHARDS

Supreme Court of Pennsylvania, 1863. — 46 *Pa.* 68

PROBLEMAS IDÉNTICOS A LOS DEL CASO ANTERIOR, PERO DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL MERO CONSEJO Y DEL CARÁCTER SOCIAL O DE CORTESÍA DE LA RELACIÓN. — PROBLEMAS PARA EL CIVIL LAW.

(*Case* en parte resumido y en parte transcrito textualmente.)

Cierto señor Richards, cuyo ejecutor testamentario habría de ser después el demandado, había dicho al otro Richards, pariente suyo, que comprara una determinada heredad y que desistiera de trasladarse al Oeste como tenía proyectado, añadiendo que le pro-

porcionaría la diferencia entre el precio de la heredad y la cantidad de que el otro Richards podía disponer. Es más, el testador Richards había extendido a tal efecto varias *notes* o "pagarés" para abonar dicha diferencia, *notes* de las que, sin embargo, no se hizo uso, porque fueron devueltas y destruídas.

En estas circunstancias, el *Chief Justice* Lowrie dijo: "(Dada la suerte que corrieron aquellas *notes*)... lo único que tenemos, en este caso, es el consejo dado por el testador al actor de que comprara la heredad y de que no se trasladara al Oeste, consejo acompañado de un ofrecimiento del mismo testador, asegurando al actor que le proporcionaría la diferencia respecto al precio de adquisición. Pero esto no constituye un *legal contract.* Los ofrecimientos de ayuda que acompañan a un consejo desinteresado nunca son considerados (por las partes) como *contracts.* Y el hecho de seguir el consejo no se interpreta nunca (por las partes) como una *legal consideration* para los amables ofrecimientos (en este caso, de pagar dicha diferencia) que suelen acompañar a dicho consejo, aunque tal hecho pueda constituir un *motive* para el cumplimiento de dichos ofrecimientos. Sería extraordinariamente perjudicial para la libertad de las relaciones sociales el crear aunque sólo fuera una sospecha en la mente del público de que tales ofrecimientos desinteresados, de consejo y ayuda, que tienen lugar entre amigos y parientes, pudieran convertirse en *contracts* jurídicamente sancionables."

Nota y cuestionario comunes a los casos Kirksey y Richards. — V. la Introducción a este capítulo, y los pasajes del vol. I y los casos que en dicha Introducción se citan.

En el caso Bibb v. Freeman, 50 *Ala.* 612, en el que se adoptó como precedente la decisión del caso Kirksey, el Tribunal dijo: "Suele ser muy difícil trazar la línea de separación entre las *promises creating legal obligation* y los *mere gratuitous agreements.*

"La solución de cada caso depende de los hechos y de las circunstancias del mismo, hasta tal punto que tal solución apenas puede servir de ayuda para resolver otros casos en los que se den hechos distintos. La promesa o *agreement,* la relación entre las partes, las circunstancias en que se encuentran y su intención, tal como pueda deducirse de dichas circunstancias, deben determinar la solución. Si el fin propuesto es el de procurar un beneficio al promisario por afecto o generosidad, el *agreement* será *gratuitous.* Si lo que se persigue es obtener un *quid pro quo,* o sea, si el promitente espera obtener algo y a cambio de ese algo se hace la promesa, ésta no será *gratuitous* sino que contendrá una *legal obligation*" (v. sobre este mismo criterio, el caso Allegheny College, nota 19).

En el caso Bibb v. Freeman parece interpretarse el caso Kirksey en el sentido a que aludíamos en la Introducción a este capítulo, n. 1 *a*; es sugestiva, a este propósito, la alusión a la distinción entre *gratuitous promise* y *promise of legal obligation* (v. vol. I, § 28 b; § 29, nota 1 y § 31, nota 1). La "intención" de que se habla en el caso Bibb v. Freeman no es la intención de contraer un vínculo jurídico, sino la de considerar una determinada conducta del promisario como cambio o *inducement*, y no como mera condición o presupuesto (v. Introd. a este capítulo, número 1, *a*). Si en el caso Kirksey el Tribunal tuvo en cuenta la relación de parentesco entre las partes y el hecho de que el promitente hubiera dado un "consejo", lo hizo movido por ese criterio acerca de la "intención" a que acabamos de aludir.

Teniendo en cuenta todo esto y después de reflexionar sobre lo dicho en la Introducción a este capítulo, el lector estará en situación de poder valorar los casos Kirksey y Richards, y las dificultades para hacer una distinción clara entre los motivos de la decisión de uno y otro caso.

Probablemente, en el caso Kirksey la mayoría se inspiró en la concepción y en los criterios que señalábamos en la Introducción, núm. 1 *a* (sobre la opinión disidente del juez Ormond, v. la misma Introd.). *Probablemente*, la decisión del caso Richards se inspira en las concepciones y en los criterios que señalábamos en la misma Introducción, n. 1 *b*.

Adviértase en el caso Richards la observación que hace el juez a propósito de la suerte que corrieron aquellas *notes*, dando a entender que si éstas hubieran sido cursadas la solución habría sido distinta; es decir, aquellas *notes* (que por sí mismas no serían válidas sin una *consideration*, aunque revelaran claramente la intención de contraer un vínculo jurídico: v. vol. I, § 31, nota 4 y § 34 *d*) podían demostrar, *demostrando la existencia de esta intención*, que aquella *consideration* o la relación de *motive* o de *inducement* entre promesa y conducta de la otra parte, no había sido considerada por las partes en el terreno de las simples relaciones sociales, de afecto o de cortesía, sino en el terreno de un vínculo jurídico.

Si en los casos Kirksey y Richards el promitente hubiera dicho, después de haber dado su consejo: "si sigues mi consejo, te daré... etc.", ¿hubiera podido ser distinta la solución?

Adviértase que, a diferencia del caso Balfour, en los casos Kirksey y Richards la *consideration* que se alegaba o se podía alegar consistía en una conducta *(executed consideration)* y no en una contrapromesa o *executory consideration;* v. sobre esto la Introducción, n. 4.

El argumento del perjuicio que se causaría a la sociedad si se admitiera una solución distinta, argumento a que alude el juez en el caso Richards, presenta alguna analogía con los argumentos de los jueces Duke y Atkin en el caso Balfour (v. la nota 19 a este último caso).

Si se quiere distinguir entre los casos Kirksey y Richards por una parte y el caso Devecmon v. Shaw por otra, sólo se puede encontrar un criterio para hacer tal distinción en la circunstancia de que se tratara

de un mero "consejo", en las relaciones entre las partes y en otras circunstancias, ya que también existían relaciones de parentesco en el caso Devecmon.

V. también Pothier, cit., en el vol. I, § 5 *b* y § 31, nota 7.

Confróntense también los casos Kirksey y Richards (especialmente este último) con el caso Cattaneo cr. Milesi (que también en el *common law* hubiera sido resuelto como lo resolvieron los Tribunales de Torino, aunque con una técnica distinta); y véanse las diferencias en cuanto al supuesto de hecho.

Los casos Kirksey y Richards en el civil law.

Téngase en cuenta el distinto planteamiento que se daría a estos casos en el *civil law*; en nuestro sistema, aunque se hubiera demostrado la intención de contraer un vínculo jurídico o la intención de considerar la conducta del promisario como "causa" (secundaria) o *inducement* de la promesa, se trataría a lo sumo de una donación *cum onere*, cuando no de una donación sometida a una condición. Y para esta donación se exigiría siempre la forma del documento público; aquellas intenciones no bastarían, como bastan en el *common law*, para excluir la exigencia de forma (que en este último sistema sería la forma del *act under seal*).

A menos que en el caso Kirksey se quiera ver no una donación sino una promesa de comodato (lo cual no parece fácil: v. vol. I, § 7 y los casos Antoniucci cr. Scarazzato y Fellman cr. Mathebs), pues entonces se prescindiría de la cuestión de la forma de la donación y llegaría a tener relevancia, por sí misma, la cuestión relativa a aquellas intenciones (en cambio, para el *common law*, v. § 28 *b*).

Teniendo en cuenta esto, se proponen las cuestiones siguientes:

1) Suponiendo que en el caso Kirksey se tratara de una promesa de comodato, ¿qué función tendría en el *civil law*, en relación con el problema de la intención jurídica y con la sanción aplicable, la *cause juste* consistente en la confianza que había movido a la señora Kirksey a abandonar su residencia, sufriendo por ello el perjuicio correspondiente? V. vol. I, § 14 *e*; § 15; § 20 *e*; y en la primera parte de este vol. II, la Advertencia al cap. IV y el caso Fellman cr. Mathebs.

¿Habría que decir que en el *civil law* aquella *cause juste* hace que se presuma, salvo prueba en contrario, la intención jurídica del promitente? V. vol. I, nota al final del § 1.

2) Suponiendo que en el caso Kirksey, lo mismo que en el caso Richards, se tratara según el *civil law* de una donación para la que se exigiera la forma del documento público y suponiendo también que existiera en tal caso la intención de contraer un vínculo jurídico, ¿se podría sancionar, sobre la base de aquella confianza, la promesa del señor Kirksey o la del testador Richards? ¿Cómo podrían sancionarse? V. el caso Cattaneo cr. Milesi y la nota introductiva a la sección III del cap. II de la primera parte. Téngase en cuenta que si se tratara de una promesa de comodato sería revocable en caso de urgente necesidad de la cosa por

parte del señor Kirksey. ¿Lo sería igualmente si se tratara de una donación?

3) Suponiendo que, tanto en una hipótesis como en otra (comodato o donación), resulte la ausencia de intención jurídica, ¿podría reconocerse en el *civil law* a la señora Kirksey o al señor Richards (promisarios) una acción extracontractual para obtener el resarcimiento de los daños? V. los casos Pastorino cr. Pastorino y Humar cr. Zbogar, en los que, sin embargo, parece que existía tal intención.

4) ¿Sería posible invocar hoy en el *common law* la *doctrine* de la *reliance*? V. sobre esta *doctrine* el § 90 del *Restatement* americano sobre los *contracts*, y vol. I, § 27 *a*.

Téngase en cuenta que no sólo existía una simple previsión, por fundada que pudiera ser, de que la señora Kirksey observaría aquella conducta, sino la invitación o la condición de que la observara; y que, por otra parte, parece excluída en este caso, según el *common law*, la intención de contraer un vínculo jurídico. V. vol. I, § 31, nota 2.

5) Hágase una comparación, por lo que se refiere al medio técnico-jurídico y a sus resultados, entre la concepción de la "causa justa" y de la confianza, en el *civil law*, y la concepción de la *consideration* y de la *reliance* en el *common law*.

WYATT v. KREGLINGER and FERNAU

Court of Appeal, 7 febrero 1933. — 148 *The Law Times Reports*, 521

SOBRE LA INTENCIÓN DE CONTRAER UN VÍNCULO JURÍDICO, EN RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE "GRATUITOUS PROMISE". "CONTRACT IN RESTRAINT OF TRADE." — PROBLEMAS PARA EL "CIVIL LAW".

(Se transcribe textualmente el *report*, salvo algunos resúmenes y *omissis*.)

"Desde 1904 hasta 1923, el señor Henry Wyatt, actualmente de 71 años de edad, había sido empleado de los demandados señores Kreglinger y Fernau, una firma belga con sucursal en Londres; y con anterioridad había sido empleado de otra firma, de la que los demandados eran cesionarios.

En 1923 Wyatt era el director de la Oficina de importación y exportación de la firma demandada, con el sueldo de 400 libras al año y una comisión del 2,5 por 100; pero durante varios años no se le había encargado de los asuntos de dicha firma relativos al comercio de lanas.

El 25 de junio de 1923 los demandados escribieron al actor una carta en los términos siguientes: "Ante la proximidad de la

fecha de su retiro, que tendrá lugar el próximo 31 de julio, hemos decidido concederle una pensión de 200 libras al año, pagaderas por meses. Queda usted en libertad para aceptar cualquier otro empleo o para hacer negocios por cuenta propia, excepto en el comercio de lana, y la única condición que añadimos para que continúe recibiendo esta pensión es la de que en ningún momento haga usted nada que pueda perjudicarnos, excepto la competencia leal *(fair business competition excepted...)*.

La respuesta del actor se perdió y su contenido se desconoce.

El 26 de junio de 1923 los demandados escribieron al actor la carta siguiente: "Hemos recibido su carta. No teníamos noticia de que se hubiera pactado un preaviso de tres meses para su retiro; por consiguiente, recibirá usted el sueldo íntegro hasta el 30 de septiembre y a partir de dicha fecha recibirá una remuneración de 200 libras al año, en conformidad con los términos y las condiciones de nuestra carta de ayer. Hasta la fecha indicada, su sueldo le será pagado sin deducirle el *income tax* (impuesto sobre la renta)..."

El actor recibió el sueldo íntegro hasta el 30 de septiembre de 1923 y a partir de esta fecha la cantidad de 200 libras al año, en entregas mensuales. El 1 de abril de 1932 los demandados escribieron al actor lo siguiente: "Al examinar la contabilidad de la sucursal de Londres, mi socio y yo quedamos muy extrañados de que nuestra oficina de Londres hubiera pagado a usted una asignación de 200 libras, siendo así que al mismo tiempo se estaban tomando enérgicas medidas para reducir los gastos excesivos de la sucursal de Londres, que resultan insoportables teniendo en cuenta los valores actuales de la lana y de los productos. Después de considerar debidamente sus antiguos servicios y su situación actual, hemos llegado, no sin resistirnos, a la conclusión de que esta asignación debe dejar de pagarse a partir del próximo 30 de junio. Creemos que la situación de usted es tal como para permitirle pasarse sin esta asignación, sin que por ello deba padecer estrecheces a las que, en cambio, han quedado reducidos muchos otros de nuestros empleados de Londres, a consecuencia de la reducción de sus sueldos o de la pérdida de su empleo. Le rogamos que tome nota de nuestra decisión, etc."

De conformidad con lo dicho en esta carta, los demandados suspendieron los pagos mensuales.

El actor reclamó judicialmente los daños por violación del acuerdo *(agreement)* de pagarle 200 libras al año, acuerdo contenido en las cartas de 25 y 26 de junio de 1923 y, alternativa-

mente, mediante una enmienda de su defensa *(amendement)*, sostuvo que los demandados estaban obligados a pagarle las 200 libras anuales durante toda su vida.

Los demandados respondieron que no existía ningún contrato entre el actor y ellos y, mediante una enmienda de su defensa, sostuvieron que de haber existido un contrato resultaría:

a) que podía ser extinguido con un razonable preaviso;

b) que sería nulo por haberse hecho *in restraint of trade.*

El juez Macnaghten (en primera instancia) se expresó en la forma siguiente: (*Omissis*: en la parte omitida el juez repite los hechos tal como han sido expuestos y observa que en la respuesta del señor Wyatt a la carta de 25 de junio de 1923, respuesta que se perdió, habría hecho constar éste su derecho de preaviso. El juez observa, además, que el señor Wyatt debió responder también a la carta que los demandados le escribieron el 26 de junio de 1923, puesto que el 2 de julio del mismo año los demandados volvieron a escribirle acusando recibo de una carta de aquél, de fecha 28 de junio, por la que le daban las gracias).

"La cuestión a resolver *(at issue)* en este caso se centra en la recta interpretación de las cartas de 25 y 26 de junio de 1923. Y concretamente es la siguiente: si la promesa de pagar una cantidad de 200 libras al año en entregas mensuales — cantidad a la que en la primera carta se la llama *pension* y en la segunda se le da el nombre de *remuneration* — era una *gratuitous promise,* o si, por el contrario, era una promesa hecha por una *good consideration* y, por lo tanto, una promesa sancionada por el Derecho *(enforceable at law).*

Todos los hechos que pueden proyectar luz sobre la interpretación de la carta son los que ya he mencionado, y por lo tanto, me limito a considerar el tenor de las cartas.

La primera comienza así: "Ante la proximidad de la fecha de su retiro, que tendrá lugar el próximo 31 de julio, hemos decidido concederle una pensión de 200 libras al año, pagaderas por entregas mensuales".

Esta frase, tomada en sí misma, parece significar que la promesa era una *gratuitous promise of an ex gratia payment.* Un *contract* requiere el consentimiento de las dos partes. En la carta se decía: "hemos decidido..."; lo que equivale a decir que los demandados tomaron una decisión de conceder *(to grant)* alguna cosa por propia iniciativa y sin exigir ningún consentimiento[1] u obligación por parte del actor.

La palabra "*grant*" (conceder) no es muy distinta de la palabra "*give*" (dar) y, ciertamente, sería un término apropiado si se quería aludir a una asignación *voluntary*[2] hecha a un empleado o dependiente que se retira. Lo mismo puede decirse de la palabra "*pension*". Aunque una pensión pueda ser también una asignación a la que quien la recibe tiene derecho en virtud de un contrato, en muchos casos una pensión es un pago hecho espontáneamente y sin que el beneficiario tenga derecho a reclamarla en juicio *(omissis)*.

Por lo tanto, creo que las primeras palabras de esta carta, rectamente interpretadas, significan que la pensión era una *voluntary gratuitous pension,* que los demandados podían libremente conceder o negar a su arbitrio..

Pero la carta contiene un segundo párrafo que, según se nos dice, demuestra que el actor había asumido obligaciones, que existía una *consideration* procedente de él y que, dadas estas circunstancias, aunque la carta en la que se aceptó la "pensión" se perdiera, el hecho de que la pensión fuera aceptada[3] y aceptada en conformidad con lo que se decía en aquella carta, constituye un *contract enforceable in law.*

Ese segundo párrafo dice: "Queda usted en libertad para aceptar cualquier otro empleo o para hacer negocios por cuenta propia, excepto en el comercio de lana, y la única condición que añadimos para que continúe recibiendo esta pensión — aquí vuelve a usarse la palabra *pension* — es la de que en ningún momento haga usted nada que pueda perjudicarnos, excepto la competencia leal".

Respecto a la última parte de este párrafo, es decir, a la condición de que el actor no hiciera nada que pudiera perjudicar a los demandados, *fair business competition excepted,* no creo que en modo alguno pueda esto valer jurídicamente como *consideration.*[4] En relación con la primera parte, la frase "queda usted en libertad para aceptar cualquier otro empleo o para hacer negocios por cuenta propia", no puede implicar ninguna *consideration.* Después vienen las palabras "excepto en el comercio de lana"; y yo interpreto esto en el sentido de que el señor Wyatt no debe dedicarse a hacer negocios en el comercio de lana mientras reciba la pensión.

Me parece que esto podría constituir una *good consideration in law,* con la reserva propuesta por el abogado de los demandados de que se trataría de un pacto *in restraint of trade.* En efecto, observa el abogado de los demandados: aquí hay un señor que a la edad de 61 años se obliga, si se admite la opinión de que en

este caso existe un *contract,* a no dedicarse nunca a negocios de lanas en ninguna parte del mundo. Tal acuerdo es evidentemente *in restraint of trade*: con ello la sociedad quedará privada de cualquier beneficio que pudiera obtener de la actividad del señor Wyatt en el comercio de lanas, y esta limitación, dice el abogado de los demandados, es tan amplia que resulta completamente absurda, de manera que no puede constituir ninguna *consideration in law* y, por lo tanto, no es una *consideration.*

No necesito resolver el pleito sobre la base de este argumento, del que eventualmente podrá valerse el abogado de los demandados en la apelación, porque no creo que este segundo párrafo de la carta de 25 de junio de 1923 modifique la opinión que me he formado sobre el significado del primer párrafo; a saber, que se trataba de un *voluntary gratuitous payment,* ofrecido por los demandados y que éstos podían libremente conceder o negar en cualquier momento a su arbitrio. Creo que las palabras "queda usted en libertad para aceptar cualquier otro empleo o para hacer negocios por cuenta propia, excepto en el comercio de lanas" constituyen una simple advertencia *(intimation)* de que los demandados no deseaban que el señor Wyatt se dedicara al comercio de lanas y de que, en caso de que lo hiciera, no debía esperar que ellos continuaran pagándole la asignación.

Pero se objeta, y con razón, que la carta del 25 de junio no puede interpretarse separadamente de la carta del 26 del mismo mes, y que esta última apoya la tesis del actor de que se trataba de una obligación contractual.

Ahora bien, en primer lugar hay que observar que los demandados escribieron la carta del 25 de junio sin tener noticia del derecho del actor a un preaviso de tres meses, y tan pronto como el actor les llamó la atención sobre este punto, los demandados manifestaron su conformidad. Aunque ellos no requirieran los servicios del señor Wyatt (durante dicho período de tres meses) y aunque cuidaran de proveer a dichos servicios por otros medios, manifestaron su conformidad a pagarle el sueldo íntegro durante aquellos tres meses. Por lo tanto, no hay ninguna base para decir, y en verdad ni siquiera se ha sostenido tal cosa, que esta *pension* se hubiera concedido para saldar todas las obligaciones que los demandados tenían frente al señor Wyatt en virtud del contrato de empleo que en aquella época seguía en vigor todavía.[5] En efecto, es evidente que los demandados cumplieron plenamente todas sus obligaciones nacidas del contrato de empleo; y si en aquellas cartas se concluyó, como se sostiene, un nuevo contrato, se trataba

de un *fresh contract* o *new contract,* separado y distinto del contrato de empleo.

Ahora bien, la segunda carta dice: "no teníamos noticia de que se hubiera pactado un preaviso de tres meses; por consiguiente...", etc. (v. el texto completo al principio).

Así como la palabra *pension* alude generalmente a una asignación hecha por servicios prestados con anterioridad,[6] la palabra *remuneration* (usada en la carta de 26 de junio) implica, y en esto estoy de acuerdo con el abogado del actor, la asignación de alguna cantidad por un servicio, un *quid pro quo;* y esta llamada *remuneration,* que debe entenderse "en conformidad con los términos y las condiciones de nuestra carta de ayer", parecería aludir a alguna obligación por parte del señor Wyatt, a menos que se refiera a los términos de la misma *remuneration.*

Como antes he dicho, la única obligación que se puede deducir a la vista de la carta del 25 de junio es la de no dedicarse al comercio de lanas. Pero estimo que en la carta del 25 de junio y, por consiguiente, en la del 26, esto no significa más que una advertencia o notificación, por parte de los demandados, de que no deseaban que el señor Wyatt se dedicara al comercio de lana y de que éste debía tomar nota de que, en caso de que lo hiciera, ellos no le pagarían la *pension.* El resto de la carta no arroja ninguna luz sobre la cuestión. La conclusión a que he llegado es la que ya he expresado; a saber, que los demandados podían libremente conceder o negar la asignación de 200 libras anuales a su arbitrio; y por lo tanto, en mi opinión, la acción debe ser rechazada con las costas".

La decisión ha sido apelada por el actor.

Scrutton, *Lord Justice*: "Éste es un caso de cierto interés. El primero y principal punto que ha de considerarse es la interpretación de cuatro cartas, dos de las cuales no obran en nuestro poder; y una vez se haya resuelto este punto, surgirá una cuestión de importancia general, por tratarse de una cuestión de principio.

El supuesto es el siguiente: Kreglinger y Fernau, una firma antigua en el sentido de que durante cerca de 125 años había hecho negocios bajo distintos nombres y absorbiendo a otras varias firmas, contrató en 1900 a un señor, el actor, que con anterioridad había prestado servicios durante cerca de 20 años en otra casa, absorbida después por la firma demandada.

En 1923 esta última, que tenía una sucursal en Londres, se vió obligada a reducir sus gastos. Tenía derecho, según su contrato

con el señor Wyatt, a hacer cesar dicho contrato mediante un preaviso de tres meses. No tenía ninguna obligación de concederle una pensión, no existía ningún *contributory pension scheme,* de manera que dicho empleado no había entregado ninguna cuota ni sufrido ningún descuento de su sueldo para capitalizar una pensión; y la casa hubiera podido darle simplemente tres meses de preaviso y retirarle, sin que él hubiera tenido ningún derecho a recibir una pensión. Pero la casa demandada no deseaba comportarse de esta forma y escribió ciertas cartas al actor, a las que éste respondió a su vez con otras cartas. El actor dice ahora: "Habéis concluído conmigo un contrato obligándoos legalmente a pagarme una pensión y no tenéis ningún poder para negármela", debido a que, después de haber pagado tal pensión durante cerca de nueve años y encontrándose la firma demandada en nuevas dificultades financieras, había dejado de pagar la pensión alegando que no tenía ninguna obligación de continuar pagándola.

Aunque los miembros de este Tribunal están de acuerdo en cuanto al resultado de esta apelación, puede suceder que no estén de acuerdo en cuanto a los motivos que han sido discutidos *hinc et inde,* y yo he de apresurarme a decir que hago mía la opinión del docto juez de primera instancia: entiendo que estas cartas no son las cartas de un *contract*; ésta era la opinión del juez Macnaghten. Creo que mis colegas no están de acuerdo con dicha opinión. Ellos estiman que hubo un *contract* — yo diría un *agreement* — ;[7] pero todo el Tribunal opina que si hubo un *agreement* se trataba de un *agreement* que el Tribunal no puede sancionar, sea cual fuere la parte que lo pida; porque dicho acuerdo sería contrario a la *public policy*[8] por tratarse de un *agreement in restraint of trade.*

En primer lugar, y en cuanto a la interpretación de las cartas, comprendo que el Tribunal se encuentre en serias dificultades, ya que debe deducir la existencia de una *promise* y de una *acceptance,* ambas con efectos jurídicos, de cuatro cartas de las que sólo dos obran en poder del Tribunal; faltan las cartas escritas por el actor.

Las cartas que obran en poder del Tribunal son éstas: el 25 de junio de 1923 los demandados escribieron: "Querido señor Wyatt: Ante la proximidad de la fecha de su retiro, que tendrá lugar el próximo 31 de julio, hemos decidido concederle una pensión de 200 libras anuales, pagaderas por entregas mensuales".

Ahora bien, los demandados no tenían ninguna obligación de pagarle una pensión y todo el asunto parece haberse iniciado con una *voluntary gratuitous offer.* No hay nada que haga pensar en

un *agreement*. Las palabras utilizadas son: "Hemos decidido". Mi punto de partida es, pues, una carta que parece comenzar no como un *contract* sino como la notificación de una intención. La carta continúa diciendo: "Queda usted en libertad para aceptar cualquier otro empleo o para hacer negocios por cuenta propia". Tampoco esto parece un contrato. Con tales palabras, los demandados hacen constar simplemente la situación presente (en aquella época), o sea, que habiéndose extinguido el contrato de empleo, el actor quedaba en libertad para aceptar cualquier otro empleo o para hacer negocios por su cuenta. De momento prescindiré de las palabras que siguen; volveré sobre ellas, pero por ahora las omito. Estas palabras son "*except in the wool trade*".

La carta dice a continuación: "y la única condición que añadimos para que continúe recibiendo esta pensión es la de que en ningún momento haga usted nada que pueda perjudicarnos, excepto la competencia leal...".

Mi opinión en cuanto a esta cláusula es que carece de significado, que es demasiado vaga para que pueda formar parte de una *legal obligation*.[9] No obra en nuestro poder la respuesta a esta carta, pero yo deduzco de la carta que inmediatamente escribieron los demandados que aquella respuesta no contenía una *acceptance* a lo ofrecido en la primera carta. Me parece que está bastante claro que en su primera respuesta el actor diría: "no pueden ustedes dar por terminado mi contrato con la casa; tengo derecho a un preaviso de tres meses". Y así debió ser, porque la segunda carta de los demandados, escrita al día siguiente, o sea, el 26 de junio, estaba redactada en los términos siguientes: "No teníamos noticia de que se hubiera pactado un preaviso de tres meses para su retiro; por consiguiente recibirá usted el sueldo íntegro hasta el 30 de septiembre, y a partir de dicha fecha recibirá una remuneración — la palabra *pension* se sustituye por la palabra *remuneration* — en conformidad con los términos y las condiciones de nuestra carta de ayer". No hay nada más en las cartas que pueda tener alguna importancia. Nuevamente nos falta la respuesta a esta carta; de manera que no podemos deducir la existencia de un *contract* basándonos en ciertas cartas, mientras no conozcamos las cartas de una de las partes.

El 2 de julio de 1923 los demandados escribían: "Querido señor Wyatt: Hemos recibido su carta del 28 de junio por la que le damos las gracias". De manera que había algo por lo que el patrono creía que debía dar las gracias al empleado...

Las palabras en que el actor apoya especialmente su tesis de

que existía un *contract* que implicaba *legal obligations,* son las siguientes palabras de la carta: "Queda usted en libertad para aceptar cualquier otro empleo o para hacer negocios por cuenta propia excepto en el comercio de lana".

El docto juez de primera instancia ha expresado exactamente su opinión, a la que me adhiero, respecto a aquellas palabras contenidas en una carta que, a mi juicio, comienza como una carta en la que se hace una *gratuitous offer* que no impone ninguna *legal obligation.*[10]

El docto juez (de primera instancia) expresa su opinión sobre el significado del primer párrafo de la carta en la forma siguiente: "Se trataba de un *voluntary gratuitous payment* ofrecido por los demandados y que ellos podían libremente conceder o negar en cualquier momento a su arbitrio. Yo creo (decía aquel juez) que las palabras "queda usted en libertad... excepto en el comercio de lanas", constituyen una mera advertencia o notificación de que los demandados no deseaban que el señor Wyatt se dedicara al comercio de lanas y de que, en caso de que lo hiciera, no debía esperar que ellos continuaran pagándole la asignación".

Estas palabras (del juez de primera instancia) expresan exactamente su opinión, a la que yo me adhiero, sobre aquellas frases de la carta, por formar parte tales frases de un conjunto que se inicia con la notificación de haber concedido una asignación gratuita. Debe tenerse en cuenta que no todo lo que exteriormente se presente en forma de propuesta y aceptación puede constituir un *legal contract.*

"¿Quiere usted venir a cenar conmigo el martes?... Tengo el placer de aceptar su amable invitación." Propuesta y aceptación. Pero aquí no hay ningún *legal contract,* porque las partes nunca pensaron que aquello fuera un contrato. En cierta ocasión tuve el placer de presenciar, como juez de la *King's Bench Division,* una animada discusión sobre la cuestión de saber si un señor tenía derecho a un premio, en virtud de las condiciones de una competición deportiva celebrada en el Devonshire Club de Eastbourne; y yo decidí (sin que se apelara la decisión) que ninguna de las personas interesadas en aquella competición había pensado nunca que de las bases de la misma y de su aceptación por los participantes hubieran de derivarse efectos jurídicos.[10 bis]

Lo mismo pienso ahora de aquellas cartas.

Supongamos ahora, que exista (en el caso que nos ocupa) un *contract* y supongámoslo en los términos más favorables al actor, es decir, sin que él haya asumido una obligación, como la de no

dedicarse al comercio de lanas; sino que no exista más que una obligación contractual por parte de los demandados, en los términos siguientes: "Te pagaremos cierta cantidad, si no te dedicas al comercio de lanas".[11] Éste sería un *contract in restraint of trade,* y el Tribunal tendría que considerar este punto, porque se trata de una materia de orden público *(public policy)* y el Tribunal no sanciona acuerdos que sean contrarios al orden público. El abogado del apelante admite que, si se tratara de una obligación de no dedicarse al comercio de lanas en ningún tiempo ni lugar, tal obligación no sería *enforceable* por ser una obligación *in restraint of trade,* nociva para el orden público y contraria al principio que regula tales contratos entre patrono y empleado, distinto de los contratos entre cedente y cesionario de una empresa; v. el caso Atwood v. Lamont (1920) 3 K. B. 571.

Ahora bien, si esto es un *contract* y se establece en los términos más favorables para el actor, dirá lo siguiente: "Te pagaremos tanto al año si no te dedicas al comercio de lanas durante el resto de tu vida y en cualquier parte de este país o del mundo". Este contrato me parece que sería igualmente *in restraint of trade* y, por lo tanto, que no sería *enforceable,* lo mismo que el *contract* celebrado por un empleado en estos términos: "Yo no me dedicaré al comercio de lanas durante el resto de mi vida y en ninguna parte del mundo", en cuyo caso el país quedaría privado de los servicios de un hombre de sesenta años en el campo del comercio de lanas, de un hombre que es muy competente en ese campo, puesto que sólo se le permite (por parte de los demandados) que se dedique al comercio en cualquier otro ramo que no sea el de la lana; el país quedaría privado de sus servicios sin ninguna justificación legítima. Si esto es un contrato, no será *enforceable* por ser *in restraint of trade,* según resulta del principio declarado en el antes citado caso Atwood v. Lamont.

Por estos motivos, examinando el pleito en primer lugar como cuestión de interpretación y en segundo lugar como cuestión de Derecho, sin considerar si los patronos hubieran o no hubieran debido continuar pagando la pensión, llego a la conclusión de que el docto juez (de primera instancia) juzgó rectamente, y de que, por consiguiente, debe ser rechazada la apelación".

Greer, L. J.: "Cuando se planteó este caso ante el docto juez de primera instancia, implicaba una cuestión acerca de la recta interpretación de ciertos documentos cruzados entre las partes a finales de junio y a principios de julio de 1923; y, si tenían que ser

interpretados en el sentido de admitir la existencia de un *contract* entre las partes, implicaba otra cuestión acerca de la posibilidad o imposibilidad de sancionar tal contrato, teniendo en cuenta los principios sobre los *contracts in restraint of trade.* Ahora bien, yo me inclino a opinar que la interpretación dada por el docto juez (de primera instancia) no es exacta; pero no hemos creído que fuera necesario invitar al abogado del apelante a sostener aquella opinión; por lo cual no me considero autorizado a dar ninguna respuesta definitiva a la cuestión relativa a la interpretación de los documentos. Sin embargo, me inclino a opinar que el documento en el que se establecieron los derechos de las partes es una carta del 25 de junio de 1923, dirigida por los demandados, señores Kreglinger y Fernau, al actor señor Wyatt, y que cuando dichos demandados dijeron, como me parece que dijeron, que ponían dos condiciones al señor Wyatt, le pidieron con ello que les hiciera una *legal promise in consideration* a la pensión que le ofrecían.[12]

Sobre este punto no hemos oído al abogado de los apelados y, por tanto, no quiero expresar ninguna opinión definitiva sobre el particular; pero, suponiendo que sea cierto que la obligación creada en virtud de aquel acuerdo fuera una obligación contractual, en tal caso me adhiero a la opinión expresada por el *Lord Justice* Scrutton; o sea, la de que se trataría de un *contract in restraint of trade,* que, por lo tanto, no sería vinculante. En otros términos: la promesa en cuestión, por parte del señor Wyatt, era una promesa de no dedicarse al comercio de lanas y de no hacer en ningún momento ni en lugar alguno nada que pudiera perjudicar a sus patronos. Suponiendo que se hubiera obligado, se habría obligado a algo que sería jurídicamente nulo. De manera que, puesto que la *consideration* (contenida en tal promesa) era nula, el contrato caería en su totalidad, porque no cabe que exista un *contract* cuya *consideration* sea una promesa nula,[13] ya que tal promesa es inexistente. Por estos motivos, estoy de acuerdo en que la apelación debe ser rechazada".

Slesser, L. J.: "Estoy de acuerdo en que la apelación debe ser rechazada. Supongo que el actor, señor Wyatt, ha probado suficientemente a juicio del Tribunal que desde los días 25 y 26 de junio de 1923 existía un acuerdo *(agreement)* entre él y los demandados, señores Kreglinger y Fernau, considerado como acuerdo vinculante para ambas partes.[14] Me limito a hacer una suposición sobre este punto, para lo que después he de decir; porque

no hemos oído al abogado de los demandados sobre dicho punto, y puede ser que hubiera sido capaz de proyectar sobre el pleito una luz que hubiera podido dar lugar a una opinión distinta. Pero, suponiendo que en este caso existiera un *contract,* hay que considerar la naturaleza de la relación contractual entre las partes. A mi modo de ver, tal relación es la siguiente: los señores Kreglinger y Fernau pagarán 200 libras — calificadas como *pension* en la carta del 25 de junio y como *remuneration* en la del 26 de junio — bajo ciertas condiciones, de las cuales la más importante es ésta: "queda usted en libertad para aceptar cualquier otro empleo y para hacer negocios por cuenta propia, excepto en el comercio de lanas". Estimo que el resultado no es que el señor Wyatt quede obligado a no dedicarse al comercio de lana, sino que se le pone una condición para recibir aquel dinero, a saber, la de que si en cualquier momento se dedica al comercio de lanas, perderá todo derecho que pudiera corresponderle en virtud del acuerdo.[15]

En interés del señor Wyatt se ha sostenido que se debe hacer una distinción entre el caso de que se hubiera obligado expresamente a abstenerse de dedicarse a un determinado comercio, sin limitaciones de tiempo ni de lugar, y el caso de que se haya obligado en el sentido de que si se dedicaba a dicho comercio perdería un derecho que en caso contrario habría tenido.

En principio, no puedo ver ninguna diferencia entre estos dos casos. La *public policy,* que debe ser tenida en cuenta, es decir, el interés de la comunidad, parece que queda afectada tanto en el caso de un acuerdo directo, acuerdo que si fuera *enforceable* podría justificar la imposición de abstenerse (de dicho comercio) o una pretensión de resarcimiento de daños, como en el caso de que el señor Wyatt hubiera declarado que si se dedicaba a aquel concreto comercio perdería un beneficio que en caso contrario habría de recibir".

(El juez cita el caso Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunitions Co. (1894) A. C., pág. 565, en el que Lord Macnaghten dijo: "Toda interferencia en la libertad individual de comerciar y todos los *restraint of trade* en sí mismos, si no hay en ellos *algo más,* son contrarios a la *public policy* y, por lo tanto, nulos".)

Me parece (sigue diciendo el juez Slesser) que decirle a un hombre que quedará privado de un beneficio si no se abstiene de dedicarse a un determinado comercio, cuando tal abstención tenga carácter general, es tan contrario a la *public policy* como el caso de que él mismo se obligue expresamente a ello, y que, en cual-

quiera de los dos casos, la comunidad queda privada de sus servicios".

(El juez cita el caso Leather Cloth Co. v. Lorsont (1869), en el que el Vice-Canciller James dijo: "La *public policy* exige que todo hombre pueda libremente trabajar para sí mismo y que no tenga libertad para privarse a sí mismo y para privar al Estado, mediante un contrato, de su trabajo, de su habilidad o de su talento".)

"Esta máxima, continúa diciendo el juez Slesser, que me parece exacta, se extiende a todo contrato que necesariamente deba tener como resultado el privar a un hombre de la libertad de servir al Estado mediante su trabajo y su habilidad. Puede haber casos en los que, independientemente de aquella consideración, el *restraint* sea tan limitado que la comunidad no tenga ningún interés en que no sea sancionado; pero me parece evidente que en el presente caso se trata de un *restraint* ilimitado en el tiempo y en el espacio.

No se trata de un *restraint* en *consideration* a la venta de un negocio, como en el caso Nordenfelt, antes citado, en el que Lord Macnaghten dice: "¿Qué puede esperar el público, en cuanto a futuros servicios, de un hombre que vende su negocio y que ya no quiere volver a comerciar?".

En el presente caso existe una obligación contractual *(contract)* del señor Wyatt establecida en el mismo *agreement*, porque en él se contiene un pacto expreso en el sentido de que dicho señor queda en libertad para aceptar cualquier otro empleo o para hacer negocios por su cuenta, pero sin que deba hacer nada que perjudique a los señores Kreglinger y Fernau, excepto la competencia leal.

Es éste un caso en el que hay un *general restraint of trade* impuesto a una persona que, de no ser por ello, como dice el acuerdo, podría continuar sirviendo a la comunidad en el comercio de lanas.

En fin, quisiera decir una última palabra acerca de un precedente que ha sido citado y que no es fácil de comprender: el caso Bishop v. Kitchin (1868, 38, L. J., Q. B. 20). En este caso, según el brevísimo *report* de la decisión del Tribunal, parece que se dijo a propósito de un acuerdo *in restraint of trade*, que habiéndose cumplido el acuerdo y habiéndose abstenido el actor de ejercer el comercio, tenía derecho a la compensación debida por tal abstención.

No puedo creer que este *report* recoja exactamente la decisión del Tribunal. Si el acuerdo era nulo, es muy difícil admitir que una de las partes pudiera fundar en él una pretensión (sigue una

cita del juez Scrutton, que criticaba también en otro caso la decisión del caso Bishop, diciendo que la Ley no puede prestar su ayuda a un contrato nulo por ser *in restraint of trade,* como contrato viciado de ilicitud).

La apelación fué rechazada.

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. la Introducción a este capítulo y los §§ del volumen I que se citan en ella y en la nota a los dos casos anteriores.

Hemos transcrito íntegramente el *report* de este interesante caso para ofrecer un ejemplo (lo mismo que en el caso Bonacina) de la discusión de un *case* y de su correspondiente *report* en un país del *common law* (v. Advertencias a este vol. II, n. 5).

Antes de examinar el caso, creemos oportuno hacer algunas aclaraciones que faciliten su lectura, siguiendo las llamadas que hemos intercalado en el mismo texto del *report.*

1 Sobre el concepto del consentimiento en el *common law,* concepto que se repite varias veces en este *case,* v. vol. I, § 35, *a.*

2 *Voluntary* significa aquí, como en otros casos, "sin un *bargain*" o, como diríamos nosotros, sin una contratación de *do ut des;* y equivale prácticamente a *gratuitous:* v. vol. I, § 28, *b.*

3 Sobre la manera de entender la aceptación, v. la nota anterior, y vol. I, §§ 17 y 29.

4 ¿Por ser "demasiado vaga" (v. infra nota 9) o porque Wyattt ya estaba obligado por la ley a no hacer competencia desleal? (v. vol. I, § 30, *b*).

5 Si hubiera sido así, ¿existiría una *consideration* válida, aunque la apreciable cantidad de 200 libras al año hubiera sido prometida para poder extinguir el contrato tres meses antes de su fecha de caducidad? V. vol. I, § 30, *a, b,* nota 7.

6 *Past consideration,* v. vol. I, § 28, *a.*

7 La terminología técnica de *agreement* y *contract* (v. vol. I, § 25, *b,* núm. 11) no siempre se respeta en este y en otros *cases.*

8 *Public policy* no siempre corresponde exactamente a nuestro concepto de "orden público": v. Gutteridge, *Comparative Law,* Cambridge, 1946, pág. 98 y sigts.

9 V. el caso White v. Bluett y vol. I, § 30, *b,* nota 6.

10 Sobre este concepto, v. vol. I, § 28, *b;* § 29, nota 1; y § 31, al principio.

10 bis Scrutton alude al caso Lens v. Devonshire Club, que fué resuelto por él mismo *(London Times,* 4 dic. 1924).

11 Sobre esta distinción, v. vol. I, § 29.

12 Sobre el valor de tal *request,* v. vol. I, § 26, *d,* y § 29. Con ello quiere decirse que existía, por parte de los promitentes Kreglinger y Fernau, la petición de una contrapromesa *(executory consideration).*

13 V. vol. I, § 30, *b,* nota 6.

14 V. nota 12.

15 ¿Se quiere insinuar con esto que las partes habían pensado en una *executed consideration?* V. notas 11 y 12.

* * *

En este *case* se presentan dos cuestiones que, aunque estén ligadas entre sí, hemos de considerar separadamente: una de ellas es la cuestión

objeto de este capítulo (intención de contraer un vínculo jurídico); la otra, el problema de los *contracts in restraint of trade.*

En cuanto a la primera cuestión, las opiniones de los jueces que decidieron este *case* parecen oscilar, como de costumbre, entre la idea de una promesa que no obliga jurídicamente por ser *gratuitous* o sin *bargain,* implicando por lo tanto la ausencia de intención de contraer un vínculo jurídico (v. Introd. a este capítulo, n. 1 *a*) y la idea de que, aunque exista un *bargain* en sentido genérico, la promesa no vincula si de las circunstancias resulta que faltaba la intención de obligarse jurídicamente (v. Introd. n. 1 *b*).

Sobre la primera idea, v. la opinión del juez Macnaghten, desde su mismo planteamiento sobre la base de la distinción entre *gratuitous promise* y *legal obligation,* y del concepto de consentimiento (v. supra nota 1); v. también el pasaje que corresponde a la nota 2 y la conclusión que deduce el juez del carácter de *voluntary gratuitous pension,* o sea, la de que los demandados podían libremente concederla o negarla a su arbitrio. A esta misma idea parece responder también el pasaje en el que el juez Macnaghten interpreta la abstención de Wyatt no como una *consideration* sino como simple cumplimiento de un deseo o, como diríamos nosotros, como una donación *cum onere* o bajo condición (v. Introd. a este capítulo, n. 1 *a*), que por sí misma no excluiría en el *civil law* la intención del donante de vincularse jurídicamente.

También la opinión del *Lord Justice* Scrutton parece responder a este mismo orden de ideas, pero a la vez parece apuntar a la interpretación de la intención de vincularse o no jurídicamente, independientemente de la posibilidad de un *bargain,* al menos como relación social (véanse los ejemplos que propone el mismo juez Scrutton; el de la invitación a cenar, como obligación recíproca de dar la cena y de asistir a ella; y el de la competición deportiva, en el que también existía y existe un *bargain,* quedando en pie la pura cuestión de hecho de averiguar si las partes tenían intención de considerarlo como una *matter of law*). En este último sentido han interpretado también otros autores este pasaje de Lord Scrutton. V. Gloag. cit. en el vol. I, § 36, nota 36; Cockle and Hibbert, *Leading Cases in Common Law,* vol. I, *Contracts,* London, 1945, p. 124, en nota al caso Balfour v. Balfour; Williston, *Contracts,* § 21, nota 14. Gloag y Cockle and Hibbert citan aquel pasaje de Lord Scrutton al estudiar los casos: Balfour; Rose and Frank v. Crompton; Appleson v. H. Littlewood Ltd. (v. Introd. a este capítulo, n. 5).

Éste es el punto de vista desde el que Lord Scrutton parece también interpretar las palabras "hemos decidido"; pero después, siempre de acuerdo con la mentalidad a que aludíamos en la Introd. a este capítulo n. 1 *a,* Lord Scrutton acoge la opinión de Macnaghten sobre la "notificación" de una intención o deseo (donación bajo condición) con las consecuencias inherentes, lanzándose a averiguar si en este caso concreto existía o no un *bargain* o una *consideration,* una contraprestación, etc. (v. la parte que corresponde a las notas 9, 10 y 11).

El juez Greer, apreciando en el caso un *bargain* y una *consideration* consistentes en una contrapromesa, supera el problema o lo deja sin resolver (v. Introducción, n.º 4). La opinión del juez Slesser, al no distinguir claramente entre contrapromesa y *executed consideration* (v. supra nota 15), no nos permite sacar ninguna consecuencia.

El hecho de que, en apelación, los demandados se replegaran sobre la tesis de la nulidad del contrato como *contract in restraint of trade* (tesis que sólo podía resultar segura si se admitía una contrapromesa de Wyatt de no dedicarse al comercio de lanas), hace sospechar que los mismos demandados no estaban muy convencidos de la ausencia de una contrapromesa y, por lo tanto, de la ausencia de intención de contraer un vínculo jurídico o, en todo caso, de que se trataba de una mera *gratuity*.

* * *

Sin embargo, y si a un jurista del *civil law* le es lícito aventurar una opinión, el *case* podría ser explicado desde otro punto de vista.

Téngase en cuenta que, para vincular a Kreglinger y Fernau a mantener la promesa de pagar la pensión o a no revocarla, se necesitaba una contrapromesa por parte de Wyatt de no dedicarse al comercio de lanas, o sea, una *executory consideration*. Una *executed consideration* (v. volumen I, § 29) no hubiera bastado. Ésta hubiera podido considerarse cumplida por parte del señor Wyatt al final de cada mes o durante el período que correspondiera a cada una de las mensualidades. En cuanto a las mensualidades futuras, faltando la *executed consideration*, Kreglinger y Fernau hubieran podido siempre revocar su promesa (v. vol. I, § 29). Tampoco podía considerárseles vinculados en virtud de un comienzo de cumplimiento, por parte de Wyatt, consistente en una conducta (abstención) compuesta de una serie de actos interdependientes e inseparables (v. nota al caso Dunton v. Dunton). Al parecer, tal era en el fondo la tesis de los demandados cuando decían que si existía un *contract*, "podía ser extinguido mediante un razonable preaviso".

El caso habría sido distinto si Kreglinger y Fernau hubieran dicho: "Si no te dedicas al comercio de lanas durante cinco años, te pagaremos 1.000 libras cuando transcurran éstos, y a partir de esa fecha 200 libras al año".

De ahí que en el caso Wyatt, los jueces (prescindiendo de algún punto oscuro sobre la admisibilidad de una *executed consideration*: v. supra nota 15) se lancen a averiguar *si las partes habían pensado* en una contrapromesa de Wyatt que pudiera valer como *consideration*.

La averiguación de esta intención común a ambas partes podía, ciertamente, ser interesante para comprobar la intención de Kreglinger y Fernau de contraer un vínculo jurídico, ya que, según una idea muy extendida en los países del *common law*, una promesa hecha por una *executed consideration* no vincula al promitente mientras ésta no haya sido efectivamente cumplida; de manera que el hecho de que Kreglin-

ger y Fernau no hubieran solicitado una contrapromesa podía demostrar su intención de no vincularse jurídicamente.

Pero, prescindiendo de este aspecto de la intención, y aunque Kreglinger y Fernau hubieran querido vincularse jurídicamente, manteniendo o no revocando la promesa de pagar la pensión incluso antes de que Wyatt hubiera cumplido totalmente (¡al final de su vida!) la *executed consideration,* ello hubiera sido *irrelevante* en virtud del principio que estudiamos en el vol. I, § 29.

He aquí un caso en el que el promitente, que ha *solicitado* una *executed consideration* y no una *executory consideration,* tiene interés en que el promisario cumpla aquélla y no ésta. ¡Y he aquí la importancia de la *request*! V. vol. I, § 29 y la nota 24 al caso Allegheny College.

Sólo se podría apreciar una obligación por parte de Kreglinger y Fernau sobre la base de la *doctrine* americana de la *reliance,* en caso de que Wyatt se hubiera comportado, *in reliance,* en la misma forma en que se comportó el promisario en el caso a que nos referíamos en el vol. I, § 27, nota 1 *c* y nota 3 *d.*

Si las mensualidades hubieran debido pagarse *por adelantado* el día 1.º de cada mes, entonces quizá las partes ni siquiera hubieran pensado en una *executed consideration* (a menos que se estimara el pago anticipado como una mera facultad de los promitentes). Se trataría entonces de una mera condición *de futuro,* incluso para los pagos ya hechos o que hubieran de hacerse el día 1.º de cada mes. Con lo que la promesa de pagar la pensión, como mera *gratuity* sería nula (a menos que se hubiera hecho en forma de *act under seal*).

Pero, de todo este asunto, lo más interesante para un hombre de un país de *civil law* es la conducta de Kreglinger y Fernau, quienes consideraron como la cosa más natural del mundo el retirar la pensión por su carta de 1.º de abril de 1932 (que no parece inspirada en criterios técnico-legales), como simple *gift* o *gratuity,* sea porque la *gratuity* no vincula jurídicamente (es decir, porque no es un "negocio" reconocido por la ley), sea porque no se había hecho con intención de obligarse jurídicamente. Esto revela una mentalidad y una costumbre muy distintas de las nuestras. Un italiano o un hombre de un país de *civil law* quizá hubiera dicho: he prometido, he donado ("negocio" reconocido por el Derecho), pero, puesto que falta la forma de la donación, la promesa es nula.

* * *

Sobre el *contract in restraint of trade*: v. vol. I, § 19, en la parte que corresponde a las notas 18, 20, 35-36, 40.

Los jueces que decidieron el caso Wyatt acogen la tesis según la cual si existía un *contract* (es decir, una *consideration*), este contrato sería nulo aunque la *consideration* fuera *executed*; por ejemplo, promesa de pensión si Wyatt no se dedicaba al negocio de lanas (sin una obligación de no hacerlo), pensión que habría de pagarse después de un período

desmesuradamente largo de *restraint* o periódicamente, al final de cada mes. De manera que Wyatt, incluso después de cumplida la *consideration*, no podría pretender el pago de la pensión prometida. El contrato sería, en su totalidad, ilícito o inmoral o contrario a la *public policy*, incluso por parte de Wyatt, que se prestaba a no trabajar en el comercio de lanas para obtener un premio. Todo el negocio sería nulo por contener un incentivo o una presión (mediante la promesa de un premio) a no dedicarse a un determinado comercio. El Tribunal parece inspirarse, con ello, en la concepción a que aludíamos en vol. I, § 19, nota 20, contra lo que decíamos en el mismo § 19 *d*.

Esta tesis ha sido criticada como exagerada o como reveladora de un exceso de celo por el interés público: v. Cockle and Hibbert, *Leading Cases* cit., vol. I, págs. 145-146, donde se encontrarán los casos citados en Wyatt v. Kreglinger and Fernau. Adviértase que aquella solución podría ser distinta y más justa si, en caso de dedicarse al comercio de lanas, Wyatt hubiera tenido que restituir también las pensiones que hubiera percibido por los períodos anteriores durante los cuales se había abstenido de dicho comercio; entonces sería cuando verdaderamente podría decirse que sería ilícita la presión ejercida sobre Wyatt mediante la promesa de un premio. Pero no parece que fuera ésta la intención de las partes, ya que la misma carta de Kreglinger y Fernau del 25-6-1923 relaciona aquella condición consistente en abstenerse de dicho comercio con la "continuación" de los pagos de la pensión.

La idea dominante en el *common law*, en materia de *restraint of trade*, parece ser la de que si el *restraint* es razonable en relación con los intereses de cada una de las partes, lo es también en relación con el interés público (v. vol. I, § 19, nota 18, y apartado *c*, n.° 4; y las notas 26, 27 y 28).

Lo que es interesante advertir es que los Tribunales del *common law*, pese a que no mantengan el pretendido principio de la función económico-social del contrato, tienden a ser más severos que los nuestros en materia de *contract in restraint of trade*: v. vol. I, § 19, al final.

* * *

El caso Wyatt en el "civil law". — (Validez de la promesa de pagar la pensión, prescindiendo de la cuestión del *restraint of trade*). Para responder a las cuestiones que vamos a plantear el lector debe situarse en la posición de un juez o de un jurista del *civil law*.

1) Suponiendo que la promesa de pagar la pensión no contuviera ninguna limitación relativa al comercio de lanas o a otro comercio, ¿estimaría el lector que existía intención de contraer un vínculo jurídico? ¿En virtud de qué argumentos y por medio de qué técnicas se resolvería este problema?

2) En caso de que se responda afirmativamente a la cuestión anterior, ¿podrían constituir los servicios prestados durante tantos años y la

situación concreta del señor Wyatt una causa suficiente para excluir el esquema formal-causal de la donación? Respóndase separadamente para el Derecho francés y para el italiano; v. vol. I, §§ 9 y 11, y vol. II, cap. III de la primera parte.

3) En el supuesto concreto, es decir, tomando la carta de 25-6-1923 de Kreglinger y Fernau en su texto íntegro, ¿en qué sentido interpretaría el lector este contrato? ¿Como contrapromesa por parte de Wyatt de no dedicarse al comercio de lana, o en el sentido de que esta abstención constituyera una condición? (V. vol. I, § 10 *a*).

4) En cada una de las dos alternativas que acabamos de plantear, ¿cómo interpretaría el lector el contrato en cuanto a la cuestión de la existencia o inexistencia de la intención de contraer un vínculo jurídico?

5) Suponiendo que el hecho de abstenerse del comercio de lanas constituyera una condición y que la promesa de pagar la pensión debiera considerarse animada por la intención de contraer un vínculo jurídico, ¿cómo resolvería el lector el problema relativo a la existencia o inexistencia de una obligación por parte de los promitentes de pagar las mensualidades futuras y de permitir con ello que Wyatt fuera cumpliendo aquella condición? ¿Mediante qué argumentos o por qué caminos o *técnicas* se resolvería este problema? ¿Podría influir en él la distinción entre donación *cum onere* desprovista de forma, en la que aquella abstención constituiría una causa secundaria, y contrato de cambio, en el que dicha abstención sería la causa principal? V. vol. I, §§ 10 y 17 en relación con el § 29.

6) ¿La interpretación a que se refieren las cuestiones 1, 3 y 4 es libre o viene impuesta más o menos conscientemente por los principios jurídicos, por la mentalidad y por la costumbre, propios de un ambiente del *civil law*, y que se imponen también para la solución de las otras cuestiones que hemos propuesto? Para responder a esta pregunta, plantéese también este mismo problema en el *common law*.

El lector se dará cuenta de que todo este cuestionario implica un distinto planteamiento del caso Wyatt en el *civil law*, con las correlativas diferencias en el subsuelo histórico, sobre el cual han ido sedimentándose costumbres, mentalidades y técnicas diferentes.

En cuanto a la cuestión del *restraint of trade*, nos remitimos a los pasajes del vol. I, § 19, que hemos citado supra.

CAPÍTULO IV

LA *BUSINESS PROMISE* Y LA CONCEPCIÓN DEL *CONTRACT* EN EL *COMMON LAW*. — RELACIONES CON EL PROBLEMA DE LAS PROMESAS AL PÚBLICO. — LA FORMACIÓN DEL *CONTRACT: OFFER Y ACCEPTANCE*

ADVERTENCIA. — El objeto de este capítulo es mostrar que en el *common law* la concepción del *contract,* como *bargain,* constituye una exigencia difícilmente aceptable precisamente en el campo de los negocios, es decir, en muchos casos en los que la concepción de una promesa interesada, según la misma práctica y según la misma mentalidad de los hombres de negocios, justificaría una obligación contractual (v. vol. I, § 35 *c*). Y que dicha concepción obliga a los jueces del *common law* unas veces a negar la sanción jurídica, y otras a acudir a construcciones, rodeos, artificios y ficciones que distan mucho de nuestra mentalidad y del planteamiento que nosotros daríamos a esos mismos casos.

Se ha aprovechado también este capítulo para dar cierto relieve a la concepción de la *offer* y de la *acceptance* en relación con el problema de la formación del contrato (v. vol. I, § 29).

GREAT NORTHERN RAILWAY CO. v. WITHAM

In the Common Pleas, 1873. — *Law Reports,* 9 *Common Pleas,* 16

CONTRATO DE SUMINISTRO (SEGÚN EL "CIVIL LAW").

(Caso transcrito textualmente, tal como resulta del *Report,* salvo algunos *omissis* y resúmenes.)

"Los hechos eran los siguientes: En octubre de 1871, los actores (Great North. Ry.) publicaron un anuncio solicitando que se les hicieran ofertas *(tenders)* de mercancías, entre ellas de materiales de hierro, que habían de ser entregados en su estación de Doncaster, según cierta lista o catálogo. El demandado envió una oferta del tenor siguiente:

"Yo, el que suscribe, me obligo a suministrar a la Great

North. Ry. Company durante doce meses, desde el 1.º de noviembre de 1871 hasta el 31 de octubre de 1872, las cantidades de todos y cada uno de los artículos indicados en la adjunta lista, que el encargado del almacén de dicha Sociedad podrá solicitar al precio que se indica junto a cada artículo, y estoy dispuesto a observar las condiciones establecidas por la otra parte. Firmado: S. Witham."

El empleado de la Compañía respondió lo siguiente:

"Sr. S. Witham. Señor: He sido encargado de informarle de que mis directores han aceptado su oferta de fecha..., etc., de suministrar a esta Sociedad en la estación de Doncaster las cantidades de los artículos de hierro, mencionados en la lista que adjuntaba, que la Sociedad pueda encargar durante el período que terminará el 31 de octubre de 1872 y a los precios que se detallan en dicha lista. Los términos del contrato deben ser estrictamente cumplidos. En espera de su acuse de recibo de la presente carta, etcétera."

A lo que el demandado respondió:

"Le acuso recibo de su carta del 20 del corriente, en la que se acepta mi oferta de vigas de hierro, por la que le quedo muy agradecido. Sus encargos recibirán por mi parte la máxima atención. Firmado: S. Witham."

La Sociedad hizo varios pedidos de hierro que el demandado fué atendiendo debidamente; hasta que, por último, el demandado se negó a suministrar más mercancías, por lo que fué promovida esta acción. (*Omissis*: adviértase que la acción se refería al último pedido hecho por la Sociedad y rechazado por Witham, y no a los pedidos que eventualmente se hicieran en el futuro).

Keating, J.: ... (*Omissis*: el juez resume los hechos). "El demandado trata de excusar su incumplimiento del acuerdo alegando que éste era *unilateral,* ya que la compañía no se había obligado a hacer pedidos.[1] El motivo en el que el señor Seymour (abogado del demandado) fundaba tal argumento era la ausencia de una *consideration* para la promesa del demandado de suministrar la mercancía; en otros términos, que al no existir ninguna obligación de la sociedad de hacer un pedido de mercancías, no existía ninguna *consideration* por parte de dicha Sociedad, ni, por lo tanto, ninguna obligación del demandado de suministrar la mercancía.[2] Esta tesis se fundaba principalmente en el caso Burton v. Great North. Railway Co. (9 Ex. 507). Pero dicho caso no constituye un precedente en favor de aquella tesis. En él se trataba del supuesto

inverso: es decir, el Tribunal estimó que no había acción contra la Sociedad por no haber hecho ésta un pedido. En el presente caso, si antes de que se hubiera hecho el último pedido el demandado hubiera comunicado a la Sociedad que no estaba dispuesto a cumplir el acuerdo, es posible[3] que su conducta, al comportarse como lo hizo, hubiera estado justificada. Pero la Sociedad ya había hecho el pedido y, por consiguiente, había hecho algo que vale como *consideration* para la promesa del demandado..."[4]

Brett, J.: "La Sociedad publicó un anuncio para que se le hicieran ofertas de suministros, durante un año, en la cantidad que ella considerara oportuno solicitar. El demandado se ofreció a abastecer a la Sociedad durante dicho período, suministrando mercancías a determinados precios; y la Sociedad aceptó su oferta. Si no hubiera otra objeción, el *contract* entre las partes se encontraría en la oferta y en la carta que la aceptó.[5]

"La acción se ha promovido a consecuencia de haberse negado el demandado a entregar las mercancías encargadas por la Sociedad, y la objeción que el demandado opone frente al derecho de los actores al resarcimiento es la de que el contrato era *unilateral.* Pero yo no comprendo qué valor puede tener esta objeción frente a un *contract.* Muchos contratos están expuestos al mismo ataque. Si yo digo a otro "si vas a York, te daré 100 libras", éste es, en cierto modo, un *unilateral contract.* El otro no ha prometido ir a York. Pero si va, no cabe duda de que tiene un título para recibir las 100 libras. Su ida a York a petición mía *(at my request)* es una *consideration* suficiente para mi promesa.[6] Del mismo modo, si yo digo a otro "si me haces un pedido de materiales de hierro, o de otras mercancías, te las suministraré a tal precio", y si el pedido se hace, existe un *contract* perfecto *(complete)* que el vendedor está obligado a cumplir. En tal caso existe una *consideration* suficiente para la promesa.[7] Y por lo tanto, habiendo hecho la Sociedad un pedido al demandado, a instancia de este último, su aceptación de dicho pedido vincularía a la Sociedad (*omissis*: sobre el caso Burton, ya citado). Es éste un negocio muy frecuente en la práctica; y estimo que sería injusto admitir que quien se ofrece a suministrar mercancías en tal forma no estuviera obligado a entregarlas cuando se le hiciera un pedido. Estoy de acuerdo en que este juicio no resuelve la cuestión de si el demandado hubiera podido liberarse del cumplimiento ulterior del contrato mediante un aviso a la otra parte."

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 35 *c*, especialmente nota 9; v. también la nota 8 y el trabajo mío que en ella se cita; § 28 *b*; § 27, nota 2, al final.

Haremos alguna aclaración, con referencia a las llamadas que hemos intercalado en el texto del *case*.

1 Sobre la importancia de este argumento, o sea, sobre la posibilidad de revocar la promesa por parte de Witham, v. vol. I, § 29. Para la crítica de este argumento, es decir, en favor de la irrevocabilidad, v. infra nota 7.

Según la jurisprudencia americana, la *promise* de la Compañía se podría considerar como *implied:* v. vol. I, § 35, nota 9, y § 29, nota 6.

2 V. nota 1, en la que se aclara este argumento de la defensa del demandado.

3 Sobre este "es posible", v. vol. I, § 29, notas 6 y 7.

4 Para comprender este argumento, v. infra nota 7.

5 Es decir, el *contract* sería *bilateral:* v. vol. I, § 29.

6 V. el caso Devecmon v. Shaw, y la nota al caso Dunton, sobre la *consideration* como limitación de la *legal freedom of action,* prescindiendo de la cuestión relativa a los gastos del viaje, que se planteaba en el primero de aquellos casos. Pero para la crítica de este argumento en el caso que nos ocupa, v. infra nota 7.

7 El juez ve una *consideration (executed:* v. vol. I, § 29) en el simple hecho de hacer el pedido: v. vol. I, § 35, nota 9. Es decir, por un argumento análogo al de la nota 6. Pero parece evidente que el simple hecho de hacer un pedido es distinto del de hacer un viaje, del de observar una determinada conducta, o, en general, del de limitar la *legal freedom of action,* como en los casos Dunton v. Dunton, Hamer v. Sidway, De Cicco v. Schweizer, etc.

* * *

Verdaderamente, parece artificioso concebir el hecho de hacer el pedido como una limitación a aquella *legal freedom,* es decir, como una conducta que se observa a petición de otro y que se tendría derecho *(right)* a no observar: v. los casos que acabamos de citar.

Se trataría más bien de una *acceptance,* que puede constituir una *consideration* ya que la Compañía se obligaba a pagar el precio de aquel concreto pedido. En este aspecto, se daba lugar a un *bilateral contract* en relación con dicho pedido; es decir, la *consideration* consistía en la promesa de pagar el precio; existía una *standing* o una *open offer* que podía dar lugar a una serie de contratos mediante los pedidos que fuera haciendo la Compañía. (Cheshire and Fifoot, *Contracts,* cit., página 43; Anson, *Contracts,* cit., p. 41; v. también supra la nota 5; y el § 31 del *Restat.* americano sobre los *Contracts,* en relación con la presunción de un *bilateral contract;* v. vol. I, § 29, nota 5).

O bien podría tratarse de un *act* (el hecho de hacer el pedido) realizado *in reliance on the promise,* según la concepción de Lord Denning; v. vol. I, § 27, nota 2.

CUESTIONARIO:

1) ¿Significa aquel *acting in reliance on the promise,* o *on the faith of the promise,* que la Compañía, habiendo hecho el pedido a Witham

en vez de hacérselo a otro, podía sufrir o sufría un perjuicio si Witham se negaba a atender dicho pedido?

2) ¿Cómo se plantearía y resolvería este caso en el *civil law*? ¿Podía consistir la aceptación de la Compañía simplemente en su carta respondiendo a la oferta de Witham? Para obligar a éste a atender los pedidos que se le hicieran durante todo el período de un año que se había convenido, ¿era necesario que la Compañía se obligara a hacer algún pedido o a no abastecerse de otro proveedor? V. vol. I §§ 16 y 17 y arts. 1.559 y sigts. del C. c. ital., sobre el contrato de suministro.

3) ¿En el *civil law* podrían tales obligaciones de la Compañía considerarse implícitas *(implied)* en un caso como éste?

Martín y otros v. Meles y otros

Supreme Judicial Court of Massachussets, 1901. — 179 *Mass.* 114

Promesa de aportaciones a un "comité" encargado de la defensa de los intereses de un grupo de industriales. — Problemas para el "civil law".

(Caso en parte resumido y en parte transcrito textualmente. Dada la dificultad que ofrece su comprensión, hemos hecho algunas aclaraciones antes de transcribir la *opinion* del juez Holmes, y las hemos completado en la nota siguiendo las llamadas intercaladas en el texto del *case,* añadiendo además otras aclaraciones que figuran entre paréntesis dentro de dicho texto; recuérdese que, como hemos dicho en las "Advertencias" a este vol. II, número 8, lo que figura entre paréntesis no corresponde al *report,* sino que lo añadimos nosotros.)

La cuestión litigiosa se refería al pago de aportaciones prometidas en virtud del siguiente documento:

"21 de enero de 1896. Los abajo firmantes, industriales de cuero, prometemos entregar (al "Comité" a que después se alude) la cantidad de 500 dólares cada uno y las otras cantidades que podrá solicitar el "Comité" nombrado por la Massachussets Morocco Manufacturers Association; en ningún caso podrá el "Comité" solicitar de cada una de las firmas una cantidad total superior a 2.000 dólares. Tal cantidad deberá destinarse a los gastos legales y de otra clase que se hagan, bajo la dirección del "Comité", para defender y proteger nuestros intereses en todos los pleitos que surjan en relación con las patentes para el curtido al cromo, y en el caso de que surja un pleito contra uno o varios de nosotros, el

"Comité" se encargará del mismo y destinará la cantidad del fondo que sea necesaria para los gastos de dicho pleito."

Los actores eran los componentes del "Comité", que, por haber suscrito aquel documento, se habían obligado también a entregar sus aportaciones. Los demandados, que también habían firmado el documento, no eran miembros de la citada Asociación.

El "Comité" inició sus tareas, se encargó de la defensa en algunos pleitos y solicitó y reunió aportaciones, entre ellas 750 dólares que aportaron los demandados. En noviembre de 1896, la sociedad que formaban los demandados fué disuelta y dos de sus componentes, Meles y Auerbach, se retiraron de la industria del curtido de cuero. Los demandados notificaron tal disolución al "Comité" y el 23 de junio de 1897, al ser requeridos para que pagaran el resto de la cantidad suscrita, hasta la concurrencia de 2.000 dólares, se negaron a ello.

Al ser citados en juicio los demandados sostuvieron que no estaban obligados a pagar más de lo que ya habían entregado.

Para comprender la *opinion* expresada por el gran jurista Holmes (que después llegó a ser presidente del Tribunal Supremo Federal) conviene hacer alguna aclaración, dadas las dificultades que presentan la técnica y la mentalidad del *common law,* especialmente en relación con las tesis de los demandados no recogidas directamente en el *report.*

La cuestión fué planteada desde el punto de vista de una relación entre los miembros del "Comité" y los demandados, como promitentes de aportaciones frente a dicho "Comité"; y, conforme al espíritu y a la técnica del *common law,* fué centrada sobre el requisito de una *consideration* por parte del "Comité" para dicha promesa de pagar ciertas aportaciones. Tal *consideration* podía consistir: *a)* en una contrapromesa o contraobligación, por parte del "Comité", de desarrollar o llevar a término una actividad para la defensa de los suscriptores en materia de patentes *(executory consideration); b)* o bien, en la realización (sin que existiera una obligación de hacerlo) de los actos inherentes a tal actividad *(executed consideration*: v. vol. I, § 29).

a) En el primer aspecto, los demandados negaban, al parecer, que existiera una promesa o una obligación del "Comité"; esta obligación solamente habría nacido a raíz de las sucesivas aportaciones que fueron entregando los firmantes de aquel documento. Y en todo caso, aunque tal promesa se hubiera hecho, no estaría en relación de cambio, *bargain* o *consideration,* con la promesa de entregar aportaciones, hecha por los firmantes del documento.

Este argumento, como veremos, parece significar que, lo mismo que en nuestro mandato, la promesa de aportar fondos para la realización de un encargo no está en relación de reciprocidad o de cambio con la obligación de cumplir el encargo, sino que más bien se conexiona con los gastos o deudas en que pueda incurrir el encargado: viene a ser lo que en el *civil law* se llama contrato bilateral imperfecto. El argumento solamente puede ser superado cuando se trate de un encargo que se haya hecho también en interés de la persona encargada de cumplirlo, pues en tal caso la promesa, no ya de reembolsar sino de *anticipar* los fondos necesarios, puede engendrar un derecho en favor de la persona encargada y estar, por lo tanto, en relación de reciprocidad o de cambio con la promesa o la obligación de cumplir el encargo. Ésta parece ser la respuesta que, en un pasaje no muy claro de su *opinion,* dará el juez Holmes a este primer argumento de los demandados.

b) En el segundo aspecto, los demandados sostenían que, aunque los actos que constituían la tarea del "Comité" se consideraran como un todo indivisible o como una serie o conjunto de actos interdependientes, de tal manera que el hecho de iniciar dicha tarea mediante la realización de un acto de cierta importancia representara ya el cumplimiento de la *consideration,* no por ello existía una *consideration* válida. Porque el "Comité" habría cumplido sus funciones aunque los demandados no hubieran participado en el acuerdo ni hecho la promesa de aportar determinadas cantidades: por lo tanto, dicha promesa no podía representar el móvil o *inducement* de la actividad del "Comité", esa relación de móvil, *inducement* o cambio entre promesa y conducta o acto requerido a cambio de ella, que constituye un requisito de la *consideration* o del *bargain* (v. infra nota 5). Y además, añadían los demandados, ni siquiera puede decirse que los actos en que consistía la misión del "Comité" constituyeran un todo indivisible a estos efectos. En realidad, las aportaciones se debían a medida que el "Comité" iba realizando actos que implicaran gastos o deudas, y, por lo tanto, tales aportaciones tenían como *consideration (executed)* estos actos, en cuanto que ya se hubieran realizado. Tratándose de una *executed consideration,* resultaba que la denuncia o la revocación de la promesa de pagar aquellas aportaciones (a raíz de la disolución de la Sociedad que formaban los demandados) era legítima, ya que había tenido lugar antes de que el "Comité" realizara nuevos actos (véase volumen I, § 29).

Éstos eran, según parece, los términos de la cuestión, muy delicada para el *common law.* El *Chief Justice* Holmes estimó que los

demandados estaban obligados a pagar el resto de las aportaciones que se les reclamaba.

Holmes, C. J.: ... "Obsérvese que no se trata de una suscripción a una obra benéfica *(subscription to a charity)*.[1] Se trata, por el contrario, de un *business agreement* para fines en los que las partes tenían un interés común y en los que los demandados tenían interés incluso después de haber cesado en sus actividades (por disolución de la Sociedad que formaban), ya que todavía podían quedar expuestos a pleitos (en materia de patentes). Tal *agreement* contempla la asunción de funciones más o menos arduas por parte del "Comité", así como los gastos y deudas en que éste pudiera incurrir al cumplir lo convenido en dicho *agreement*. Al suscribir el *agreement*, el "Comité" prometió implícitamente, no sólo que aceptaría el dinero de los contribuyentes,[2] sino también que se encargaría de aquellas funciones. Es erróneo interpretar el acuerdo en el sentido de que aquella promesa o, mejor dicho, aquella obligación solamente había de surgir cuando la promesa de pagar las aportaciones convenidas hubiera sido cumplida mediante alguna entrega de dinero".

De esta forma, el juez Holmes viene a resolver el caso sobre la base de una *consideration* consistente en la promesa o en la obligación, de los miembros del "Comité" frente a los demandados, de desarrollar o llevar a cabo la misión que se les había confiado. Holmes añade que, a diferencia de una *charity subscription*, en la que la promesa de los *trustees* de hacer algo que ya correspondiera a las finalidades de la entidad no les impone una nueva carga,[3] la promesa o la obligación que existiría en este caso imponía una concreta carga o un concreto deber al "Comité", puesto que tal promesa u obligación nacía exclusivamente en virtud del acuerdo.

"Sin embargo, sigue diciendo el *Chief Justice*, la duda más grave se refiere al punto siguiente: si, según una recta interpretación del contrato, dicha promesa del "Comité" significa una *consideration* para las promesas de pagar las aportaciones."[4]

A este propósito observa Holmes: "Los casos más recientes en el Estado de Massachussets parecen haber dado relieve al hecho de haber incurrido un promisario (en este caso, el "Comité" al que habían sido prometidas aquellas aportaciones) en deudas y gastos confiando *(in reliance)* en la promesa, más que al hecho de existir una contrapromesa por parte de dicho promisario (que en este caso sería la contrapromesa del "Comité" al obligarse a llevar a cabo aquella concreta actividad)... Ciertamente, el mero

hecho de que, después de la promesa, el promisario confíe en ella, si la promesa se ha hecho sin una *consideration* no hace que sea válido lo que antes era nulo. Es necesario que pueda decirse con algún fundamento que los actos realizados por el promisario *in reliance upon the promise* habían sido contemplados, implícita o explícitamente, al celebrar el negocio, como *inducement,* móvil o cambio *(equivalent)* de la promesa (en este caso, de la promesa de pagar aquellas aportaciones).[5] Pero los Tribunales han llegado muy lejos en la deducción o implicación de tal *inducement* o cambio, encontrándolo algunas veces en situaciones que no parecen ser más que condiciones o consecuencias naturales de la promesa.[6] Cuando se trata, como en este caso, de un *business agreement,* hay razones decisivas para interpretarlo en el sentido de entender que la conducta del promisario fué el *inducement* o cambio de la promesa;[7] en la duda, un *business agreement* ha de ser interpretado en aquel sentido que permita considerarlo como jurídicamente válido".[8]

De manera que, concluye Holmes, la *consideration* para la promesa de pagar las aportaciones se encuentra o en una promesa del "Comité" (de encargarse de aquellas actividades), o bien en la conducta observada por dicho "Comité" al desarrollar su actividad, y observada precisamente a instancia o a petición de los suscriptores o como *inducement* para su promesa de hacer aquellas aportaciones.[9] No es pues necesario, sigue diciendo Holmes, preocuparse de ver cuál de las dos interpretaciones (*consideration* consistente en una promesa o en una conducta por parte del "Comité") sea la exacta. Sin embargo, observa, para reducir la alternativa a la primera interpretación (existencia de una promesa del "Comité"), se objeta que dicha actividad o conducta por parte del "Comité" habría sido realizada aunque los demandados no hubieran participado en el acuerdo y prometido sus aportaciones, y que, por lo tanto, dicha actividad o conducta carece de uno de los requisitos de la *consideration,* ya que no puede decirse que el "Comité" la haya observado sobre la base o *in reliance* de la promesa de pagar las aportaciones hecha por los demandados.

"Pero éste es un terreno en el que los Tribunales no pueden entrar. Cuando un acto (promesa) realizado con conocimiento de la otra parte se dirige expresamente a invitar a esta otra parte a que observe una determinada conducta, y tal conducta es efectivamente observada, sólo en circunstancias excepcionales o peculiares se podrá indagar hasta qué punto aquel acto (o promesa) ha sido, en realidad, el *motive* de dicha conducta[10] (aquí Holmes cita

el caso Williams v. Carwardine, que estudiamos más adelante, y otros casos)... En el presente caso, no cabe duda de que en el documento se invitaba al "Comité" a desarrollar aquellas actividades."

"Pero, cuando se afirma que la *consideration* consistía en una conducta (y no en una promesa del "Comité"), parece surgir una dificultad más grave, porque con ello se plantea el siguiente dilema: o todos aquellos actos, a realizar por el "Comité", tienen que haberse realizado para que pueda decirse que existe la *consideration*; o bien la promesa de pagar las aportaciones, hecha por los demandados, debe ser entendida aisladamente y subdividida en tantas promesas distintas de pagar determinadas cantidades a medida que las gestiones que vaya realizando el "Comité" hagan necesarias nuevas entregas y suministren, de esta manera (es decir, como actos ya realizados o *executed consideration*), una *consideration* para exigir dichas entregas. Esta última concepción es artificial y puede dejarse a un lado (a continuación se citan varios *cases*).

"En contra de la primera concepción, recurriríamos si fuera necesario a la afirmación de que el primer acto *substantial* (o sea, de una cierta importancia) realizado por el "Comité" en el cumplimiento de sus funciones, era lo único que se requería como *acts* (entiéndase, como *executed consideration*) para fundar la obligación de los demandados (de pagar la aportación total)... Pero si así fuera, resultaría que, en cuanto a la conducta posterior del "Comité", la promesa de observarla y no el hecho de haberla observado efectivamente *(performance)* sería la *consideration;* y si se llega a esta concepción cabe pensar si no será más sencillo y más razonable el contraponer puramente la promesa de los demandados (de pagar las aportaciones) a la promesa del "Comité".[11] Nos inclinamos a esta última solución, pero no creemos que haya que decidir sobre este punto de forma más detallada puesto que es evidente que estimamos que, por una razón o por otra, los demandados deben pagar."

"Lo dicho puede servir también para resolver una cuestión secundaria, suscitada por los demandados. Éstos afirman haber notificado una denuncia *(notice)* del acuerdo cuando todavía estaba pendiente el desarrollo de la actividad del "Comité"; y que, si bien antes de hacer tal notificación respondían (a título de daños) por los gastos o deudas en que pudiera incurrir el "Comité", al hacerla habían puesto fin al derecho de los miembros de dicho "Comité" a continuar sus actividades (por lo que se refería a los demanda-

dos) y a obtener ulteriores resarcimientos de daños (por aquellas deudas o gastos); de la misma manera que cuando la orden de llevar a cabo un determinado trabajo (como *executed consideration* en un contrato de arrendamiento de obra) es revocada antes de que haya comenzado a realizarse el trabajo, o cuando, una vez comenzada su realización, el comitente dice a la otra parte que no continúe realizando dicho trabajo" (se citan a continuación varios *cases*).[12]

"Creemos que esto es cierto en aquellos casos en los que la continuación del trabajo podría constituir una simple agravación de los daños (entiéndase, de la retribución, gastos, etc., que se debieran al trabajador). Pero esto no es aplicable al presente caso. En primer lugar, no consta que los demandados hayan hecho tal denuncia o revocación del acuerdo. La primera denuncia clara *(definite)*, que fué al mismo tiempo un incumplimiento del acuerdo, fué la negativa de los demandados a entregar el resto de los fondos reclamados por el "Comité" y objeto de esta contienda.[13] En aquella época, la responsabilidad por los actos que después pudiera realizar el "Comité" ya había sido fijada y los daños (entiéndase, los gastos y las deudas en que pudiera incurrir el "Comité") representaban precisamente la cantidad que ahora se reclama.

"En segundo lugar, aunque los demandados hubieran hecho en tiempo oportuno una clara denuncia del acuerdo...[14] no por ello habrían extinguido el derecho de los miembros del "Comité" a continuar cumpliendo sus tareas o funciones, que constituían el objeto del contrato, siendo así que existía un interés común en el cumplimiento del encargo y que lo que se había hecho estaba probablemente en estrecha relación de interdependencia con lo que todavía faltaba hacer (se citan a continuación varios *cases*).[15]

"Antes de terminar, es interesante recordar la concepción, justamente rechazada en el caso Cottage St. Church v. Kendall, 121, *Mass.* 528, según la cual la contribución de otras personas a una suscripción para una obra o una tarea determinada, puede constituir una *consideration* respecto a la promesa de aportaciones hecha por uno de los suscriptores.[16] Tal concepción parece que sólo se ha admitido sin discusión en el caso del convenio del concursado con sus acreedores."[17] (Se citan otros varios *cases*.)

"No se sostiene por parte de los demandados que, cualquiera que fuese el contrato concluído, no hubiera sido concluído con los actores."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 26 *d*, especialmente nota 16 y apartado *e*; § 27 *a*; §§ 29, 30 *a* y 35 *c*.

Según hemos advertido, incluímos a continuación algunas aclaraciones, que corresponden a las llamadas intercaladas en el texto del *case*.

1 V. nota 1 al caso Allegheny College.
2 Sobre este argumento, extraño para nosotros, v. la nota al caso citado en la nota anterior.
3 V. la nota al caso citado en nota 1.
4 Con esto, Holmes parece aludir a la tesis según la cual la obligación de proveer de fondos a un encargado o mandatario no está en relación de reciprocidad o *bargain* con la obligación de éste de llevar a cabo el encargo que se le ha confiado (a menos que, como ya hemos advertido, el encargo redunde también en interés del encargado).
5 V. vol. I, § 26, nota 16; v. también las notas 12 y 13 al caso De Cicco v. Schweizer.
6 Con esto, Holmes parece aludir a aquella *doctrine* que después se perfilará y se desarrollará, con el nombre de *doctrine* de la *reliance*, en el § 90 del *Restatement* americano sobre los *Contracts:* v. vol. I, § 27, *a*.
7 Y no en el sentido, quiere decir Holmes, de entender que aquella conducta sea simplemente una consecuencia natural o racionalmente previsible de la promesa.
8 Es interesante este pasaje, que podría significar que también nuestro "principio de conservación" (v. art. 1.367 C. C. ital.) en la interpretación de los contratos, se aplica principalmente a los *business agreements*, más que a los meros actos de liberalidad.
9 Como veremos, esta afirmación de Holmes presupone otra, a saber, la de que el "Comité" había ya *executed* la *consideration* con la realización de algún acto de cierta importancia, de los que correspondieran a la misión de dicho "Comité", misión que en este caso se concibe como una serie de actos interdependientes (v. también sobre el comienzo de cumplimiento, y quizá desde otro punto de vista, vol. I, § 29, notas 5, 6 y 7).
10 V. también la opinión de Cardozo en el caso De Cicco v. Schweizer y las notas 12 y 13 a dicho caso.
11 Promesa que Holmes también considera existente, como se desprende de la parte inmediatamente anterior de su *opinion*, prescindiendo de las dudas sobre el valor de dicha promesa como *consideration:* v. supra notas 4, 5 y 6.
12 Sobre este punto, v. vol. I, § 29.
13 Recuérdese, a este respecto, que tal negativa tuvo lugar el 23 de junio de 1897, mientras que la notificación pura y simple de la disolución de la sociedad que formaban los demandados se había hecho en noviembre de 1896.
14 Aquí Holmes parece salir al paso de la tesis según la cual la notificación de la disolución de la Sociedad implicaba tal denuncia.
15 En este pasaje toca Holmes uno de los puntos cruciales: en efecto, la concepción, varias veces aludida, de los actos interdependientes dentro de un todo indivisible no justificaría por sí misma la continuación de la actividad por el encargado, a menos que el encargo redundara también en su propio interés.
16 V. la nota 1 al caso Allegheny College.
17 V. vol. I, § 30, nota 5, y § 35, nota 10.

* * *

Con las alusiones, contenidas en la última parte de su *opinion* (v. supra notas 16 y 17), al valor de otras suscripciones como *consideration*, y al contrato con los miembros del "Comité", Holmes hace que surja

espontáneamente para un jurista del *civil law* la siguiente idea: la situación debe ser contemplada como un contrato entre los industriales que se comprometieron a entregar aquellas aportaciones, incluyendo a los miembros del "Comité"; un contrato que implicaba la obligación recíproca de proveer con sus aportaciones a un objeto de interés común — la defensa en los pleitos que pudieran surgir en materia de patentes — mediante un órgano encargado de tal defensa o mandatario común de todos los suscriptores, que sería aquel "Comité". Según esta concepción, dicho "Comité" podría exigir, en nombre propio y en representación de los otros suscriptores, el cumplimiento de aquella obligación recíproca de entregar las aportaciones prometidas que, precisamente por ser "recíproca", serviría de *consideration* para cada una de las promesas de entregar tales aportaciones. Cuando se trata de suscripciones en favor de una entidad benéfica, la tesis de una *consideration* consistente en las recíprocas suscripciones, tesis que también se ha sostenido en varios *cases* americanos (v. la nota 1 al caso Allegheny College), tropieza con serias dificultades porque el promisario, es decir, la entidad benéfica, no ha suministrado aquella *consideration*, ni puede pretender ser un representante de los otros suscriptores. Análogas dificultades se presentan en el convenio del concursado con sus acreedores, cuando el deudor se defienda frente a uno de ellos para hacer respetar dicho convenio (v. supra nota 17).

Para una verdadera y propia obligación recíproca entre suscriptores de una obra benéfica, v. supra el caso Mazzucchelli cr. Saluzzo.

Hemos incluído el caso Martin v. Meles en nuestra selección porque constituye un precedente citado con mucha frecuencia; pero, sobre todo, porque es interesante para poner de relieve la diversidad de mentalidades, de técnicas y de planteamientos entre el *common law* y el *civil law*.

Este caso revela también el enorme esfuerzo que un juez y jurista de la talla de Holmes ha tenido que hacer para resolver un caso como éste según le dictaba su sentido de la justicia y su sentido práctico. El mismo Holmes intenta construir su decisión sobre el *leit motiv* de una distinción entre promesas como las *charity subscriptions* (que en el *civil law* serían siempre a título gratuito) y las *business promises* o *business agreements* (v. vol. I, § 35 *c*, y la Advertencia que hacíamos al iniciar este capítulo). Pero, si se prescinde del argumento a que se refieren las notas 4 y 15, es decir, del interés común de las partes en el encargo, la discusión de Holmes se mantiene todavía en el terreno de los argumentos que se harían valer si se tratara de una *charitable subscription* (v. la nota al caso Allegheny College).

Probablemente, si se planteara este caso en el *civil law* se le daría la misma solución que le dió el juez Holmes en el *common law*: la condena de los demandados al pago de las aportaciones que se les reclamaban. Pero los caminos para llegar a este resultado serían muy distintos.

Si el lector cree que este caso debe resolverse en el *civil law* en el sentido indicado, queda invitado a decir por qué caminos, mediante qué

conceptos y técnicas se llegaría entre nosotros a dicha solución; y a hacer una comparación razonada entre estos caminos y los que ha seguido el juez del *common law*.

DE LA BERE v. PEARSON Ltd.

King's Bench (1908). — I *K. B.* 280

PROMESA AL PÚBLICO DE DAR CONSEJOS EN MATERIA FINANCIERA EN UNA SECCIÓN DE UN PERIÓDICO. — PROBLEMAS PARA EL "CIVIL LAW".

(Caso en parte resumido y en parte transcrito textualmente.)

La sociedad demandada, propietaria de un periódico, había anunciado en una de las secciones de dicho periódico que respondería a las consultas de los lectores que solicitaran consejos en materia de inversiones financieras, a través de su *city editor* encargado de aquella sección.

El demandante, lector de aquel periódico, había escrito una carta solicitando tales consejos en relación con la inversión de 800 libras y pidiendo que se le indicara también el nombre de un buen agente de bolsa *(a good stockbroker)*.

El *city editor*, encargado de aquella sección, contestó recomendando el nombre de una persona que, como él sabía muy bien, no era en realidad un agente de bolsa, sino un *outside broker* (es decir, una persona que se dedicaba a hacer operaciones de bolsa por cuenta ajena, pero que no estaba colegiado como agente de bolsa). El *city editor* ya había acudido a él durante algunos meses para obtener consejos relativos a las consultas de dicha sección, quedando satisfecho y sin tener ninguna razón para sospechar de su honradez.

El *outside broker* era, en realidad, un *undischarged bankrupt* (quebrado todavía no liberado, según una característica peculiar de la regulación inglesa de la quiebra); * circunstancia que ignoraba el *city editor*, quien, sin embargo, hubiera podido fácilmente conocerla si hubiera hecho averiguaciones sobre la situación financiera del recomendado.

El actor, confiando en aquella recomendación, envió al *outside broker* 1.300 libras y después otras 100 libras, para que las invirtiera. Inmediatamente, el presunto agente se apropió de estas cantidades.

* *Nota del traductor:* Sobre la institución llamada *discharge in bankruptcy*, v. la nota 6 en el comentario al caso BONACINA.

De ahí la acción contra la sociedad propietaria del periódico para obtener el resarcimiento del daño, o sea, las cantidades indicadas que se habían perdido.

El Tribunal estimó que se había celebrado un contrato entre la sociedad demandada y el actor, en virtud del cual la primera se había obligado a usar una diligencia razonable a fin de que el agente recomendado reuniera las condiciones de un "*good stock-broker*"; y que el *city editor*, y por él la sociedad demandada, había incumplido tal contrato al recomendar a aquella persona sin haber hecho averiguaciones sobre ella. En cuanto a la relación de causalidad respecto al daño cuyo resarcimiento se pedía (1.400 libras), los jueces rechazaron la objeción de que el actor no hubiera debido anticipar cantidades, observando que el anticipo era razonable y de acuerdo con la costumbre en la materia. Únicamente surgió una duda, suscitada por uno de los jueces (en minoría), sobre si debía limitarse el resarcimiento a 800 libras, cantidad indicada por el actor en la carta que escribió al periódico solicitando aquellos consejos.

La sociedad demandada fué condenada a pagar las 1.400 libras.

Para encontrar el *bargain* o la *consideration* del *contract*, el *Lord Justice* Vaugham Williams dijo:

"La sociedad demandada publicó un anuncio ofreciéndose a dar consejos en materia de inversiones. El actor, aceptando aquella oferta, solicitó estos consejos y a la vez pidió que se le indicara el nombre de un buen agente de bolsa. Las consultas y las respuestas podían ser publicadas en el periódico si quería hacerlo así la sociedad demandada; tal publicación podía indudablemente aumentar las ventas de dicho periódico. Estimo que aquella oferta, al ser aceptada, dió lugar a un contrato con una *consideration* válida."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 16 y 27, especialmente nota 14; §§ 28 *b*, 29, 30 *a* y 35 *c*.

Adviértase que, de no haber existido una *consideration*, la promesa de dar aquellos consejos sería un *gratuitous undertaking*, aunque el periódico tuviera un interés en el asunto, como *business promise*, o pudiera obtener directa o indirectamente un beneficio al recibir y contestar la correspondencia objeto de aquella sección: v. vol. I, §§ 27 *b* y 28 *b*.

No parece que la facultad de publicar las consultas y las respuestas, a que alude el juez Vaugham Williams, hubiera sido objeto de un permiso solicitado y concedido como *consideration*, es decir, que hubiera sido objeto de un *bargain* entre las partes (v. vol. I, § 26, nota 16); aparte de que tal facultad fuera o no una consecuencia natural o inherente

a la misma naturaleza de la carta, teniendo en cuenta también lo que se hacía en otras secciones del periódico, que el actor también leía. El beneficio resultante de la publicación de la carta, con la eventual consecuencia del aumento de las ventas del periódico, no era por lo tanto el *benefit* (o, para el actor, el *detriment* consistente en renunciar al carácter privado de su carta) convenido o *bargained for,* sino más bien un beneficio inherente al mismo negocio, como *business promisse* (v. volumen I, § 16).

Como acertadamente señalan Cheshire and Fifoot, *Contracts,* citado página 67, hay que prescindir del concepto de "negocio interesado" y examinar la solución a la vista de los términos de *offer* y *acceptance,* propios del *common law* (v. vol. I, § 29, especialmente nota 14). Y entonces, a no ser que se quiera considerar el anuncio publicado en el periódico como una invitación a contratar (en cuyo caso la carta del actor sería la oferta, y la respuesta del *city editor* la aceptación, sin que ni siquiera en este caso la carta contuviera el ofrecimiento de un *benefit*), la carta del actor constituiría el *act of acceptance* de la oferta hecha en el periódico. Pero este "acto de aceptación" no puede constituir ni un *benefit* para el periódico ni un *detriment* para el actor, a menos que el mero hecho de escribir una carta para obtener consejos gratuitos pueda ser considerado de esta forma, es decir, como una molestia, por mínima que sea, como una limitación de la *legal freedom,* como una interferencia en la esfera jurídica ajena, todo lo cual puede ser objeto de un *bargain* (v. vol. I, § 30, especialmente nota 1; y en este volumen las notas a los casos Dunton v. Dunton y White v. Bluett). Parece evidente también la artificiosidad de una construcción según la cual se estime que el periódico se obligó a dar consejos, solicitando, como contrapartida, el hecho de escribir la carta.

Williston, *Contracts,* § 112, nota 7, considera este caso como un *extreme case.*

Pollock, *Contracts,* cit., p. 140, se inclina a una solución en el terreno extracontractual de un *tort* (responsabilidad por negligencia en el cumplimiento de un *voluntary undertaking,* sin que exista un verdadero *contract* como *bargain*). Así, sería responsable del daño causado una persona que, como hizo el periódico, hiciera espontánea y seriamente una declaración, sabiendo que el destinatario obraría o podría obrar confiando en dicha declaración. Pero parece que a tal concepción se opone la jurisprudencia de los Tribunales ingleses: V. Cheshire and Fifoot, op. y loc. cits.

La *doctrine* de la *consideration* parece ser, pues, una exigencia difícilmente aceptable en casos como éste y en otros casos de *business promises* (v. vol. I, § 35 *c,* y los otros casos estudiados o citados en este mismo capítulo). Aunque, como observan Cheshire and Fifoot, el caso De La Bere v. Pearson visto en conjunto pueda presentarse desde el punto de vista corriente de un *business,* de manera que merezca el nombre de *bargain.*

Cuestionario para el *civil law*:

1) ¿Cabe pensar, en este caso, en una acción contractual fundada en una promesa interesada de dar esta clase de consejos? (V. vol. I, § 16).

2) ¿Qué importancia podría tener el hecho de que la promesa se hubiera dirigido al público? V. vol. I, § 12.

3) ¿Cabe pensar en una responsabilidad de carácter delictual?

4) ¿Cuál de las dos soluciones — responsabilidad contractual o delictual — sería más adecuada para estos casos, frecuentes en la práctica periodística actual?

Véase también el caso Rovatti-Sighinolfi y señálese en qué se diferencia del caso que estamos comentando, desde el punto de vista del *civil law*.

Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.

Court of Appeal, 1892 (1893). — I *Queen's Bench*, 256

Promesa al público a título de propaganda.

(Caso en parte resumido y en parte transcrito textualmente.)

La Sociedad demandada, que fabricaba un preparado contra la "gripe" y enfermedades similares, llamado "Carbolic Small Ball", había hecho publicar en varios periódicos el siguiente anuncio:

"La Sociedad Carbolic Small Ball pagará 100 libras a cualquier persona que contraiga la "gripe", resfriado u otra enfermedad ocasionada por el frío, después de haber usado el *smoke ball* tres veces al día durante dos semanas, según las instrucciones incluídas en cada *ball*. En prueba de nuestra seriedad, queda depositada en el Alliance Bank, de Regent Street, la cantidad de 1.000 libras" (a continuación se hacían elogios del producto, de sus efectos y de la duración de éstos).

La actora, señora Carlill, *basándose en este anuncio* adquirió un *smoke ball* en una farmacia y lo usó, según las instrucciones, tres veces al día durante cerca de dos meses, transcurridos los cuales cayó enferma de "gripe". En primera instancia, la actora obtuvo la condena de la Sociedad a pagarle las 100 libras. La Sociedad apeló ante la *Court of Appeal* de Londres.

Lindley, L. J.: ... (*Omissis*: contra la objeción de que no se trataba de una promesa sino de un simple *puff*, el juez observa que el hecho de que se hubieran depositado 1.000 libras en el Banco revela una intención seria de contraer un vínculo jurídico).

Contra el argumento de que la promesa no era vinculante por no haber sido hecha a una persona determinada, observa el juez que

esto mismo ocurre en todas las ofertas hechas al público o mediante anuncios.

"Se trata — dice el juez — de ofertas hechas a quienquiera que cumpla las condiciones indicadas en el anuncio, y quien las cumple *acepta* con ello la oferta... El cumplimiento de las condiciones constituye la aceptación de la oferta" (se cita el caso Williams v. Carwardine, que estudiaremos a continuación, y otros).

Contra el argumento de que, aun suponiendo que la aceptación consista en esto, hubiera debido ser notificada a la Sociedad que había ofrecido aquella cantidad, el mismo juez Lindley observa: es cierto que, en general, no solamente se requiere la aceptación sino también su notificación al oferente. Pero casos como éste constituyen una excepción o, por lo menos, dan pie para sostener que la notificación de la aceptación no debe necesariamente preceder al cumplimiento de las condiciones establecidas. Ahora bien, si la notificación es necesaria (cosa que dudo, dice el juez), tal notificación llega a conocimiento del oferente al mismo tiempo que la noticia del cumplimiento de las condiciones y antes de la revocación de la oferta (revocación que, en todo caso, sólo se habría hecho después de recibir tal noticia, es decir, después de la reclamación de las 100 libras por parte de la señora Carlill).

"Sin embargo — continúa diciendo el juez — estimo que en casos como éste hay que entender que el oferente revela, con su mismo lenguaje y por la misma naturaleza del negocio, que no solicita que se le notifique la aceptación separadamente de la notificación de haber cumplido aquellas condiciones... Paso ahora al último punto sobre el cual se ha llamado nuestra atención, o sea a la *consideration.* La defensa de la Sociedad demandada ha sostenido que éste es un *nudum pactum* y que no existe *consideration.* Frente a esta tesis hemos de aplicar los criterios jurídicos ordinarios. Veamos si no existe algún beneficio para la firma demandada. Se dice (por la defensa de la Sociedad demandada) que el uso de aquel preparado no produce ningún beneficio a dicha Sociedad y que lo que le produce beneficios es la venta del producto; se plantea la hipótesis de que se hubiera robado un lote de estos productos y se observa que el hecho de que fueran usados por los ladrones o por otras personas no produciría ningún beneficio a la Sociedad demandada. Me parece que la respuesta a este argumento es la siguiente: es completamente evidente que, en la mente de la persona que ha publicado aquel anuncio, el uso del remedio por parte del público dará lugar a cierta reacción y a una afluencia de compradores que producirá directamente un beneficio para dicha per-

sona, y para ello, basta con que se despierte en el público la suficiente confianza en el uso de aquel remedio. Por lo tanto, la Sociedad que publicó aquel anuncio ha sacado del hecho de que se usara el remedio un beneficio que es suficiente para constituir una *consideration.*

"Pero hay otro modo de ver las cosas. ¿Acaso no se somete a cierta molestia, a instancia de los demandados, la persona que observa una determinada conducta sobre la base de aquel anuncio, aceptando de esta forma la oferta? ¿No significa nada el uso de este producto tres veces al día durante dos semanas, de acuerdo con las instrucciones y a instancia de los anunciantes? ¿Acaso es esto una insignificancia? Me parece que hay una concreta molestia, por no decir un *detriment,* para quien use el *smoke ball.* Por lo tanto, mi opinión es que existe una *consideration* suficiente para la promesa."

Sobre el concreto problema de la notificación de la aceptación, otro de los jueces, el *Lord Justice* Bowen, observa que tal notificación se requiere para la formación del *consensus;* pero, por otra parte, si se requiere es en interés del oferente, quien puede dispensar de tal notificación al destinatario de la oferta. Y puede hacerlo exigiendo a este último, de manera explícita o implícita, un concreto modo de aceptación que puede consistir en observar una determinada conducta sobre la base de la oferta, sin necesidad de comunicar su aceptación. Para saber en qué casos sucede así, hay que tener en cuenta las circunstancias, la naturaleza del negocio o el sentido común, como cuando se trata de anuncios de esta clase, puesto que, observa el mismo juez Bowen, sería absurdo pensar que quien busca y encuentra el perro perdido tuviera que sentarse a escribir una carta aceptando la oferta de una gratificación.

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 12 *b,* 26 *e,* al final; § 28, nota 10; §§ 29 y 30 *a,* nota 1 y § 35 *c.*

Adviértase que en la decisión de este caso se presupone que la señora Carlill tenía noticia del anuncio antes de usar (si no antes de comprar) el remedio: v. vol. I, §§ 12 *b* y 29.

Sobre el argumento del *benefit* y del *detriment,* aducido por el juez Lindley, v. la nota al caso De La Bere v. Pearson. ¿No se trata quizá, también en este caso, de un *benefit* que no es objeto de un *bargain*? A diferencia del caso De La Bere, existe sin embargo un *detriment,* como limitación de la *legal freedom* de la señora Carlill.

Creemos que en el *civil law* se llegaría a una solución análoga a la que dió el Tribunal inglés, pero basada en motivos distintos (y por un camino más llano), lo mismo en cuanto al requisito de la *consideration*

que en cuanto al problema de la aceptación. La adquisición o el uso del remedio no sería, en el *civil law*, ni una aceptación ni una contraprestación o contrapartida, sino simplemente una condición para obtener las 100 libras, unida a la condición (simple condición y no *consideration* ni "aceptación") de contraer la "gripe". También un acto de liberalidad que se hiciera mediante una promesa al público, sería válido en el *civil law*.

Este caso es muy significativo para mostrar la diversidad de espíritu, de principios y de medios técnico-jurídicos de uno y otro sistema contractual, y para darse cuenta de que no hay que dejarse engañar por la semejanza de los resultados en la decisión de un caso, semejanza que, a veces, puede ser puramente ocasional.

WILLIAMS v. CARWARDINE

In the King's Bench, 1833. — 4 *Barnwall and Adolphus* 621

PROMESA AL PÚBLICO: PECULIARIDADES DEL "COMMON LAW". — RELACIONES ENTRE LA "CONSIDERATION" Y LOS MODOS DE FORMACIÓN DEL CONTRATO. — "CONSIDERATION" Y "MOTIVE".

(Caso en parte resumido y en parte transcrito textualmente.)

Cierto Walter Carwardine, hermano del actual demandado, había sido visto en una casa pública la noche del 21 de marzo de 1831 y había desaparecido después, hasta que se encontró su cuerpo el 12 de abril a la orilla de un río a 12 millas de la ciudad. En la encuesta, celebrada entre el 13 y el 19 de abril, resultó que la señora Williams había estado con W. Carwardine la noche en que se suponía que este último había sido asesinado; pero, al ser interrogada, la señora Williams no dió ninguna información que pudiera conducir a la detención del asesino. El 25 de abril el actual demandado, hermano de la víctima, hizo publicar un anuncio en el que ofrecía 20 libras a quien diera informaciones que condujeran al descubrimento y a la condena del asesino. A principios del verano de 1831 fueron procesadas dos personas, pero salieron absueltas.

Poco tiempo después, la actora, señora Williams, fué golpeada por cierto Williams que le causó lesiones graves y, en agosto de 1831, creyéndose a punto de morir y queriendo descargar su conciencia, hizo una declaración espontánea haciendo revelaciones que condujeron a la condena de aquel cierto Williams. Posteriormente, y habiéndose restablecido, dicha señora reclamó el pago de las 20 libras. El demandado se defendió alegando que la actora no

había dado aquella información movida por la promesa de la recompensa; y que, por lo tanto, según la ley no se podía deducir un *contract* por parte del demandado, que le obligara a pagar las 20 libras.

Interrogado expresamente por el juez, el jurado (que en aquella época intervenía también en las causas civiles en Inglaterra) estimó que la señora Williams no había sido inducida a dar aquella información por la promesa de una recompensa, sino por otros motivos; concretamente, por el remordimiento y por la necesidad de descargar su conciencia.

La defensa del demandado sostuvo que la promesa de recompensa sólo se había hecho a quien hiciera las revelaciones movido por dicha promesa y sólo frente a tal persona hubiera podido ser sancionada *(enforced)*; y que, por lo tanto, no podía hablarse de un *contract* en relación con quien había sido inducido por otros motivos.

Denman, C. J.: "Al dar la información que condujo a la condena del asesino de Walter Carwardine, la actora cumplió los términos del anuncio y tiene, por lo tanto, un título para obtener la recompensa prometida".

Littledale, J.: "El anuncio contenía una promesa al público de pagar una cantidad de dinero a quien diera la información que pudiera conducir al descubrimiento del culpable. La actora dió aquella información".

Parke, J.: "Existía un *contract* con cualquier persona que cumpliera la condición mencionada en el anuncio".

Patteson, J.: "Soy de la misma opinión. No podemos entrar en los motivos de la actora".

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 12 *b* y 29, especialmente nota 10 y § 30 *a*.

Parece que se parte del presupuesto de que la señora Williams tenía conocimiento de la promesa de una recompensa, pero se decidió a hacer aquellas revelaciones por un motivo distinto (sobre esta interpretación v. Cheshire and Fifoot, cit., en el vol. I, § 29, nota 10).

El limitarse, como hicieron los jueces, al simple hecho del conocimiento del anuncio y del cumplimiento de la "condición" señalada en él para recibir la recompensa prometida, rechazando todas las demás circunstancias por considerarlas como simples *motives* (irrelevantes), es una actitud típica del *common law* o de sus jueces (v. vol. I, § 30, nota 11 y § 32 *a*). Pero de esta manera, la noción del "consentimiento" (v. vol. I, § 35 *a*) y de la "aceptación" resulta excesivamente formal y extrínseca, especialmente en casos como éste. La promesa de pagar la recompensa debería considerarse, por lo menos, como uno de los *motives* o *induce-*

ments; y así parece que se presuponga implícitamente en el caso que comentamos (v. la interpretación que de este caso hace el juez Holmes en el caso Martin v. Meles).

¿Hay que pensar que, cuando hizo la revelación, la señora Williams recordaba o tenía presente la promesa de pagar aquella recompensa? También parece presuponerse esto en el caso que estudiamos.

Pero no es aventurado sospechar que, a través de todos estos presupuestos (conocimiento de la promesa y recuerdo de la misma en el momento de hacerse las revelaciones), presupuestos o pruebas difíciles de apreciar y de dudoso valor, la solución del caso Williams no es en sus resultados prácticos muy distinta de la que se le daría siguiendo el criterio de una corriente que recientemente se ha ido formando en el *civil law* (v. vol. I, § 12 *b*).

¿Cómo se resolvería este caso en el *civil law*? ¿El hecho de que las corrientes más recientes dentro del *civil law* no exijan una aceptación o un conocimiento de la promesa al público (y mucho menos una *consideration*) puede conducir al mantenimiento de la promesa aunque la información solicitada se haya dado en las circunstancias y por los motivos que indujeron a la señora Williams a darla?

Si es así, adviértase, lo mismo que en el caso Carbolic Small Ball, la diversidad de caminos y técnicas en uno y otro sistema, pese a la eventual semejanza de las soluciones que en ambos se darían a este caso concreto.

NOTA SOBRE LOS MODERNOS SISTEMAS DE PROPAGANDA. — Actualmente es muy frecuente el caso de ofertas hechas por el organizador de un espectáculo (pensemos en los concursos que se celebran en las emisoras de radio) o de un baile, ofertas que se hacen a título de propaganda o asociándose a determinadas empresas que quieren hacer propaganda de sus productos, etc.; se ofrecen premios que algunas veces han de sortearse entre los que asistan al espectáculo o a la fiesta (gratuitos), o entre los visitantes de unos almacenes, etc.

En el caso americano Maughs v. Porter (1931) 157 *Va* 415, el organizador de una subasta había publicado un anuncio prometiendo que se sortearía un automóvil nuevo entre las personas que asistieran a ella. Una de estas personas, el actor, había asistido a la subasta aunque sin intervenir en ella.

¿Cómo deben plantearse y resolverse en el *civil law* y en el *common law* los problemas relativos a la validez de tales promesas? Recuérdense las recientes corrientes del *common law* que toman en cuenta la ausencia de un *detriment* o la artificiosidad, en tales casos, de la construcción de un *bargain* entre promesa y limitación de la *legal freedom* (consistente en participar en la subasta, asistir al espectáculo, etc.) y ven el fundamento de la sanción de tales promesas más bien en un *acting on the faith of the promise* (v. vol. I, § 27 *a*, especialmente nota 2 y la cita de Lord Denning).

CAPÍTULO V

LOS «GRATUITOUS UNDERTAKINGS»

(Vol. I, § 27 *b*, *c*.)

COGGS v. BERNARD

K. B. 1703. — 2 *Lord Raymond's Reports*, 909

"GRATUITOUS UNDERTAKING" (PROMESA GRATUITA DE TRANSPORTE DE COSAS).

(Caso en parte resumido y en parte transcrito textualmente.)

El demandado se había comprometido *(undertaken)* gratuitamente a transportar algunos barriles de *brandy* desde una bodega a otra, es decir, a sacarlos de una y colocarlos en la otra. Los dependientes del demandado trataron los barriles con tan poco cuidado que uno de ellos se rompió, perdiéndose gran cantidad de *brandy*.

Al ser citado en juicio para resarcir el daño, el demandado alegó, entre otras cosas, que no existía una *consideration* para su promesa de transporte, promesa que, por lo tanto, constituía un *nudum pactum*.

El *Chief Justice* Holt aprovechó este caso, que ha llegado a ser célebre, para resumir la *doctrine* del *common law* en materia de *bailment* (v. vol. I, § 27 *b*). Y señala seis clases distintas de *bailments*:

1) Simple *bailment* gratuito (depósito), para la custodia de la cosa en interés del *bailor*: el *bailee* sólo responde de la *gross negligence*.

2) Comodato: deber de observar la más rigurosa diligencia, porque el contrato se celebra en beneficio del comodatario.

3) *Hire* o arrendamiento: obligación por parte del arrendatario de observar la *utmost diligence*, como el más diligente padre de familia.

4) Prenda: responsabilidad especial de *true diligence*.

5) Entrega de una cosa para su transporte, para su reparación, etc., mediante una retribución y con una responsabilidad especial cuando se trata de un servicio público; y, en todo caso, con la responsabilidad propia de un *contract* (v. vol. I, § 32) cuando se trata de un particular.

6) Entrega de una cosa a otra persona que tiene que transportarla, repararla o hacer en ella cualquier otra operación, gratuitamente.

Las cinco primeras clases nos interesan relativamente (ya que el concepto de la diligencia y de la responsabilidad en los casos 2.º a 5.º depende de concepciones y casuísticas peculiares del *common law*). En la sexta queda comprendido el caso que estamos estudiando.

El *Chief Justice* Holt, después de observar que la responsabilidad por *misfeasance,* realización negligente del transporte o *ill-management* de las cosas, se funda en una especie de *deceipt* por haber defraudado el *bailee* la confianza despertada en el *bailor* con su promesa de ser diligente (v. vol. I, § 26 *a,* nota 4), pasa a examinar la excepción del defecto de *consideration*:

"El hecho de que el propietario (de los barriles) confiara al demandado aquellas cosas *(trusting him with the goods)* constituye una *consideration* suficiente para obligarle a tratarlas con diligencia... Si se hubiera tratado de un *executory agreement,* es decir, de la promesa de transportar aquellos barriles en un determinado día, el demandado no estaría obligado a realizar el transporte. Pero nuestro caso es distinto, porque *assumpsit* no significa solamente la promesa de una prestación que ha de cumplirse en el futuro, sino que en un caso como éste significa empezar a cumplir efectivamente la prestación prometida y hacerse cargo del *trust (an actual entry upon the thing and taking the trust upon himself).* Y si una persona hace esto (la prestación) y se comporta negligentemente en el cumplimiento del *trust,* podrá ejercitarse una acción contra ella en virtud de tal hecho, aunque nadie pudiera obligarle a cumplir la prestación."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, § 27, *b. c.*

Es éste un *leading case.*

En él vemos la conocida distinción entre *misfeasance* y *nonfeasance.* Para situar el caso dentro del terreno del *assumpsit,* como *contract* o *bargain,* el juez Holt ve la *consideration* en el hecho de entregarse o confiarse la cosa a otro sobre la base de la promesa de transporte *(trusting him with the goods).* Es un argumento análogo, en cierto modo, al del caso Bainbridge v. Firmstone; pero en este último caso la entrega se

había hecho en interés del *bailee* (comodatario). El argumento del *bargain* entre promesa de transporte y entrega de la cosa resulta aquí más artificioso (v. vol. I, § 27 *b*). En realidad, el juez acude a otro argumento: el de la *actual entry upon the thing*, es decir, el de la *performance*, y el de la responsabilidad (¿contractual o extracontractual?) nacida de la *misfeasance*.

¿A quién corresponderá la carga de la prueba?

El argumento de la *actual entry* se repetirá con mucha frecuencia en materia de *gratuitous undertakings*: v. el caso Siegel v. Spear, y otros casos citados en la nota a éste. Pero cabe preguntarse si tal *actual entry* implicaría también la obligación de llevar a cabo el transporte, una vez iniciada la operación con la recepción de las cosas (v. la nota al caso Siegel v. Spear). Si así fuera, la *actual entry* tendría el valor de un elemento real o *res*, análogo al de los contratos reales, que revelaría la intención seria de contraer un vínculo jurídico, pudiéndose sufrir eventualmente un perjuicio por la no realización del transporte (v. también la introducción al cap. IV de la primera parte y las citas de Fragali). Sobre la naturaleza de este perjuicio y de su resarcimiento, v. vol. I, § 27 *b* y el núm. 3 del apartado *c*.

Cuestiones que pueden plantearse en el *civil law*:

1) ¿Existía en el caso Coggs la intención de contraer un vínculo jurídico?

2) ¿Podría resultar esta intención del hecho de haber recibido aquellas cosas para transportarlas?

3) En caso de que se responda afirmativamente a las cuestiones anteriores, ¿estaría obligado el promitente a realizar el transporte o sólo respondería (contractualmente) en caso de cumplimiento negligente?

4) En caso de que se responda negativamente a las cuestiones anteriores, ¿qué responsabilidad tendría el promitente? V. sobre todo esto el vol. I, §§ 14 *e*, 27 *c* y vol. II, caps. IV y V de la primera parte.

SIEGEL v. SPEAR and Co.

Court of Appeals of New York, 1923. — 234 *N. Y.*, 479

PROMESA DE ENCARGARSE DE CONCERTAR UN SEGURO DE COSAS AJENAS. — MANDATO GRATUITO Y PROBLEMAS FUNDAMENTALES PARA EL "CIVIL LAW".

(Caso transcrito textualmente, salvo algunos *omissis*.)

Crane, J.: "... En agosto de 1917 y en enero de 1918, el actor (Siegel) había comprado muebles al demandado por valor de 909,25 dólares y los había llevado al piso que habitaba en Nueva York. En garantía del pago del precio, Siegel constituyó dos *chattel mortgages* (traduciendo muy libremente, hipotecas mobiliarias), en las que se convino que el precio se pagaría por plazos mensua-

les y, además, que el mobiliario no podría salir del piso en que había sido instalado sin el consentimiento escrito del acreedor garantizado.

"En mayo de 1918 el actor había pagado 295 dólares. En dicha época, deseando alejarse de la ciudad durante los meses de verano y abandonar el piso que ocupaba, se presentó en el domicilio en Nueva York de la casa demandada para ver el modo de colocar el mobiliario en un almacén hasta su regreso.

"De acuerdo con el señor McGrath, encargado de la casa demandada para los asuntos de aquella clase, se convino que el actor transportaría el mobiliario en su propio camión al almacén de la Compañía demandada, y que ésta guardaría los muebles gratuitamente. El actor pretende que, en el momento de celebrarse el acuerdo de que se ha hecho mención, McGrath prometió y convino que aseguraría el mobiliario por cuenta del actor. Éste no había asegurado el mobiliario. La conversación (que tuvo lugar con tal motivo) se habría desarrollado, según el actor Siegel, en los términos siguientes:

"En aquella ocasión McGrath me dijo: debería usted (Siegel) dejar su póliza de seguro en nuestro almacén. Yo le respondí: no tengo ningún seguro. Ni siquiera he pensado en hacerlo porque nunca he tenido tiempo de ocuparme de ello. Y añadí: antes de traer aquí el mobiliario lo haré asegurar por el mismo agente de seguros con quien he concertado mi seguro de vida y depositaré la póliza en el almacén de ustedes. A lo que McGrath respondió: no es necesario que se encargue usted de concertar el seguro a través de ese agente: yo lo haré por usted; será mucho menos caro; yo hago muchos seguros; cuando reciba usted la próxima factura (para el pago de los muebles) puede mandar, junto con ese dinero, un cheque para ello (es decir, para reintegrarle de los gastos que hiciera al concertar el seguro).

"El mobiliario fué trasladado al almacén de la Compañía demandada hacia el 15 de mayo, y el 15 de junio quedó destruído por un incendio. No se había concertado ningún seguro. Sobre la base de estos hechos, el actor ha obtenido (en primera instancia) el resarcimiento por la pérdida sufrida. La Compañía demandada impugna esta decisión, alegando por lo menos dos motivos. Sostiene, en primer lugar, que no existía ninguna *consideration* en el *agreement* que, según el actor, se había celebrado con McGrath sobre el seguro del mobiliario; y, en segundo lugar, que aunque así hubiera sido, McGrath no tenía poderes para concluir tal *agreement*.

"Nos inclinamos a opinar que si se concluyó un *contract* — y hemos de pensar que así fué, ya que hay una prueba suficiente para sostener el veredicto del jurado — existía una *consideration* suficiente para que la promesa fuera válida. Naturalmente, hay el hecho de que la Compañía demandada se encargó de almacenar el mobiliario del actor sin recibir ninguna compensación. El hecho de que la Compañía demandada tuviera un *chattel mortgage* sobre los muebles, no modificaba la relación de depósito sin retribución. Ateniéndose a estas circunstancias, la Compañía demandada no era responsable de la destrucción de los muebles a consecuencia de un incendio, a menos que éste se hubiera producido por negligencia grave (*gross neglect;* se citan a continuación varios casos). No concurre en este caso tal elemento (la negligencia grave).

"Pero si, además de recibir en depósito el mobiliario, McGrath se comprometió voluntariamente (gratuitamente) a encargarse de asegurarlo por cuenta del actor, esta promesa pasó a formar parte integrante del negocio y quedó ligada al *gratuitous bailment.* Si tal contrato correspondía a las facultades que, como representante, tenía McGrath, el *bailee* estaba pues tan obligado a encargarse de concertar el seguro como lo estaba a custodiar el mobiliario.

"Cuando McGrath declaró que estaba dispuesto a encargarse de asegurar el mobiliario, éste se encontraba todavía en poder del actor. Fué después de las declaraciones y promesas de McGrath cuando el actor envió los muebles al almacén. La Compañía demandada, o su encargado McGrath, empezó a cumplir el encargo fiduciario. En este detalle está la diferencia con el caso Thorne v. Deas, 4 *Johns.* (N. Y.) 84, 99, sobre el que se apoya la Compañía demandada con tanta insistencia. En aquel caso, *A* y *B* eran copropietarios de un buque. *A* se comprometió gratuitamente a encargarse de asegurar el buque, pero después se olvidó de hacerlo. El buque naufragó y se estimó que *B* no tenía ninguna acción contra *A* por el incumplimiento de la promesa de éste, aunque *B* hubiera confiado en esta promesa y de tal confianza le hubiera resultado una pérdida. Se dijo, en aquel caso, que no existía ninguna *consideration* para la promesa (de asegurar el buque). Existía sólo una nuda promesa *(naked promise)* de *A* de encargarse de asegurar el buque. *B* no se despojó de ningún bien en favor de *A*. No entregó a *A* la posesión de ningún elemento de su patrimonio ni de ningún interés (o derecho) que le correspondiera sobre el buque. Sin duda, el caso hubiera sido resuelto de forma distinta si *B* hubiera hecho tal cosa.

"Como dijo el Canciller Kent refiriéndose a los antiguos precedentes judiciales: «no se discute ni se duda que correspondía una *action upon the case* (antigua *form of action* de carácter extracontractual) por la *misfeasance,* en caso de violación de un *trust* (encargo fiduciario o mandato) voluntariamente asumido».

"En el caso Rutgers v. Lucet, 2 *Johns. Cas.* 92, 95, la regla jurídica sobre este punto fué declarada en la forma siguiente:

"Es cierto que un simple acuerdo de asumir en el futuro un encargo fiduciario o mandato sin ninguna compensación no es obligatorio. Pero una vez asumido y una vez que se haya iniciado efectivamente el cumplimiento del encargo, el *bailee* está obligado a cumplirlo de acuerdo con los términos del *agreement.* La confianza depositada en él y el hecho de haber iniciado el cumplimiento del *trust,* hacen que surja una *consideration* suficiente. Una doctrina contraria, tendería a perjudicar y a defraudar al comitente, quien, en otras condiciones, podría no estar dispuesto a consentir en el *bailment.*

"En el caso Hammond v. Hussey, 51 *N. H.* 40, 50, el Tribunal, citando al profesor Parsons, dice:

"Si una persona hace una *gratuitous promise* y después empieza a cumplirla, está obligada a cumplir plenamente todo lo que se ha comprometido a hacer."

"Cuando una persona *(bailee)* se ha obligado gratuitamente a transportar a un determinado lugar y a entregar a otro una cantidad de dinero que se le ha confiado con tal fin, y después de haber recibido el dinero tal persona o *bailee* se lo ha dado a un vecino quien, a su vez, se ha obligado a transportar aquella cantidad y la ha perdido, se ha estimado que, al disponer en esta forma del dinero que se le entregó, el *bailee* ha violado el *trust* y es responsable de negligencia grave por no haber cumplido los términos del *bailment* (citas de otros *cases*).

"Desde este punto de vista estimamos que en el presente caso existía una *consideration* para el *agreement* de encargarse de concertar el seguro. Esto hace que no sea necesario comprobar si al abstenerse el actor, a consecuencia de lo que le dijo McGrath, de concertar el seguro a través de su propio agente, renunció a alguna facultad jurídica que pudiera suministrar una *consideration* para la promesa de McGrath.

"*Omissis* (el juez se refiere nuevamente al caso Thorne v. Deas, diciendo que si ese caso volviera a presentarse en la actualidad podría volver a discutirse; y rechaza la excepción basada en el defecto de poderes por parte de McGrath).

"La decisión anterior, favorable al actor, debe ser confirmada con las costas."

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 27 *a, b, c,* y el caso Coggs v. Bernard.

En el caso Thorne v. Deas, citado en la decisión del caso Siegel v. Spear, para absolver al demandado que se había obligado gratuitamente a asegurar el buque, el juez Kent dijo lo siguiente: "Una breve reseña de los *leading cases* revela que, según el *common law,* un mandatario que sin recibir ninguna compensación se compromete a realizar un acto por cuenta de otro, no responde en caso de que deje de realizarlo, sino que solamente es responsable si trata de realizarlo y lo hace de mala manera.

En otros términos, solamente responde por *misfeasance* pero no por *nonfeasance,* aunque de esta última puedan resultar daños".

Sin embargo, el caso Thorne v. Deas no fué resuelto en tal forma por defecto de *consideration* (que no constituía un requisito de la *action on the case,* por ser ésta una acción de carácter extracontractual), sino porque el demandado (mandatario) no había empezado a cumplir el encargo asumido y, por lo tanto, no había contraído ninguna obligación jurídica.

Este mismo principio fué acogido en el caso Brawn v. Lyford, *Supreme Judicial Court of Maine,* 1907, 103 *Me.* 362. En este caso se trataba de la venta de una factoría, venta en la que se había cedido también el seguro sobre la misma. Después de perfeccionados todos los actos de traspaso (y por lo tanto, mediante un *pactum adjectum ex intervallo*) el vendedor hizo observar que para el traspaso del seguro se necesitaba la aprobación de la Compañía aseguradora, y se comprometió a conseguirla. No lo hizo. La factoría fué destruída por un incendio y el comprador reclamó al vendedor la cantidad de 1.350 dólares, importe del seguro. La demanda fué rechazada por el Tribunal por estimar que se trataba de un *nudum pactum* (es decir, sin *consideration*) de conseguir la aprobación de la Compañía; tampoco el hecho de haber dejado la póliza en manos del vendedor podía constituir una *consideration,* porque la entrega de la póliza no había sido solicitada por el vendedor (mandatario) como *inducement* o motivo determinante de su promesa de conseguir la aprobación de la Compañía.

Por otra parte, faltaba aquel elemento consistente en la iniciación del cumplimiento del encargo *(entering upon the execution of the undertaking)* que hubiera podido obligar al mandatario por lo menos en caso de *misfeasance, deceit,* o en otros supuestos semejantes (v. Coggs v. Bernard y Rutgers v. Luce, citado en el caso Siegel v. Spear).

En la época en que se decidieron estos casos aún no se había establecido o aclarado la *doctrine* a que se refiere el § 90 del *Restatement* americano sobre los *contracts.*

Como puede verse, la materia de obligaciones nacidas de mandato

gratuito o de promesas gratuitas de servicios estaba todavía en estado flúido.

Según la *doctrine* clásica, citada por el juez Kent (v. el caso Coggs v. Bernard; Anson, *Contracts*, p. 113; y los casos ingleses Skelton v. L. and N. W. Railway, 1867, *L. R.* 2 *C. P.* 636, y otros citados por este autor), sólo hay responsabilidad cuando el mandatario, o el que asume el encargo, haya dado comienzo efectivamente al cumplimiento de dicho encargo, y tal responsabilidad alcanza solamente a la *misfeasance*, pero no a la *nonfeasance*. Anson equipara esta situación a la del mandato romano. Pero en el Derecho romano y en el *civil law*, el mandatario a título gratuito responde en caso de no cumplir el encargo cuando no haya hecho en tiempo oportuno la denuncia del mandato (v. vol. I, § 27 *c*).

Es cierto que, limitada la responsabilidad al supuesto de *misfeasance* de un encargo cuyo cumplimiento ya se haya iniciado, tal responsabilidad puede también presentar el aspecto extracontractual de un *tort of negligence*, como sucedía en la *action on the case* a que se alude en el caso Thorne v. Deas; e incluso puede presentar un aspecto equívoco (sea porque en la base de este supuesto hay siempre un encargo, sea porque se responde también en caso de haber realizado el encargo en forma contraria a las órdenes recibidas, como ocurre cuando se transmite a un tercero el encargo de transportar una cantidad de dinero, o como en el caso Elsee v. Gatward, 5 *T. R.* 143, citado por Anson, en el que una persona que se había comprometido a dirigir gratuitamente la construcción de un almacén, fué declarada responsable por haber aumentado los gastos usando materiales nuevos en vez de emplear materiales usados, como se había convenido al hacerle el encargo).

Sin embargo, en el caso Siegel v. Spear y en otros similares, el hecho de haber iniciado el cumplimiento del negocio o la ejecución del encargo parece producir un efecto que va más allá de una mera responsabilidad por *misfeasance*. También se hace derivar de tal hecho la obligación de llevar a término el negocio, salvo que el mandatario o el que asumió el encargo denuncien oportunamente el mandato. El abandono (sin una denuncia hecha en tiempo oportuno) del negocio cuya realización se ha iniciado se presenta, en el caso Siegel, como una *misfeasance*, o como algo *wrong*, que constituiría una *iniuria* o un *deceit* para la otra parte (sobre el *deceit*, v. también el caso Coggs v. Bernard). En cambio, en los casos Thorne v. Deas, Brawn v. Lyford y en los casos ingleses citados por Anson, no parece que se haya tenido en cuenta un abandono oportuno o inoportuno del negocio, ni la posibilidad de una denuncia más o menos intempestiva; parece que se excluya, en todo caso, la responsabilidad por *nonfeasance* (a menos que se piense que, al invocar Anson la analogía con el mandato romano, haya querido decir implícitamente que el mandatario no está obligado a cumplir el encargo, con tal de que denuncie el mandato en tiempo oportuno, y que el abandono del encargo que cause un daño al mandante queda comprendido, más o menos inciertamente, dentro de la idea del *tort*).

En el caso Siegel v. Spear, para llegar al resultado que hemos visto se invoca, de manera bastante vaga por cierto, la *consideration of confidence* (v. vol. I, § 27, nota 14), junto con el argumento de una *consideration* que consistiría en la entrega de la posesión de la cosa (depósito) con el previo pacto o condición de que la otra parte se encargara de asegurarla (contra este argumento v. vol. I, § 27 *b;* y el caso Brawn v. Lyford).

En el caso Siegel, este argumento parece presentarse también desde otro punto de vista: el hecho de recibir la posesión de la cosa (depósito, *bailment*) asumiendo previamente el encargo de asegurarla, significaría aquella "iniciación del cumplimiento" del encargo de la que, para evitar la *iniuria* y el *deceit,* nacería la obligación de llevar a término el encargo o de no abandonarlo sin hacer una denuncia en tiempo oportuno.

Como puede verse, la motivación del caso Siegel es bastante incierta y oscilante. En realidad, no existe en este caso una verdadera y propia *consideration,* tanto por las razones mencionadas en el vol. I, § 27 *b,* como porque Siegel *ya había decidido* entregar la cosa en depósito a Spear (por lo tanto, no hubo un *bargain*) y sólo después, aunque antes de depositar el mobiliario, cuando McGrath le señaló la conveniencia de asegurarlo, pensó en concertar el seguro y se abstuvo de hacerlo al ofrecerse McGrath a encargarse de ello. Por lo tanto, la decisión del caso Siegel puede apoyarse mejor sobre la base de la *reliance* por la que Siegel se abstuvo de concertar el seguro; *doctrine* de la *reliance* a la que se alude también en la parte final de la sentencia, aunque en el aspecto inexacto de una abstención que sería una *consideration* (pero que no lo es, porque se produjo sin que hubiera un *bargain* por parte de McGrath; tal abstención es, más bien, una conducta racionalmente previsible como consecuencia de haberse ofrecido McGrath a encargarse de concertar el seguro: v. vol. I, § 27 *a*). Sobre esta abstención, como abandono o *surrender* de un *right,* v. la nota al caso Dunton v. Dunton.

Pero volvamos al argumento de la "iniciación del cumplimiento" del encargo o del *opus coeptum* (que podría hacer pensar en un criterio análogo al que inspira nuestra gestión de negocios, pero que no corresponde a esta figura porque, en la gestión, la obligación de continuar gestionando el negocio no se conexiona con una denuncia no hecha en tiempo oportuno, sino con el presupuesto de que el *dominus* no esté en condiciones de gestionar personalmente el negocio).

Mientras se trate de *misfeasance* verdadera y propia, la iniciación del cumplimiento del encargo es un concepto claro, porque no se puede realizar mal un encargo sino cuando ya se esté efectivamente realizándolo.

Pero, respecto a la responsabilidad por *nonfeasance* o, mejor dicho, por abandonar el encargo de manera que se cause un daño al mandante (sin hacer una denuncia en tiempo oportuno), ¿cuándo se podrá decir que se ha iniciado el cumplimiento del encargo?

La sentencia del caso Siegel ve este elemento en el hecho de recibir

el mobiliario (posterior a la promesa de asegurarlo). Pero tal recepción, más que una iniciación del cumplimiento del encargo parece la demostración de una concreta confianza, teniendo en cuenta, además, que la entrega del mobiliario no se hizo para que éste fuera asegurado (o como medio para asegurarlo), sino con el fin de conseguir su custodia.

Respecto al problema de la llamada responsabilidad por *nonfeasance*, el criterio de la iniciación del cumplimiento del encargo parece traducirse en la cuestión, muy delicada, de ver si efectivamente el *dominus* había confiado el negocio a otra persona; es decir, de apreciar un conjunto de circunstancias que revelen de manera clara e inequívoca que una persona ha asumido efectivamente la obligación de cumplir el encargo y que la otra lo ha dejado efectivamente en manos de la primera. Ésta parece ser, en el fondo, la función del requisito de la iniciación del cumplimiento del encargo.

Por lo demás, el pasaje del caso Rutgers v. Lucet citado en el caso Siegel v. Spear, y también este mismo caso, son muy vagos y oscilantes, entre la idea de una efectiva iniciación del cumplimiento y la de una efectiva asunción del encargo. Si es así, este concepto podría presentar alguna analogía con el requisito romano del *suscipere mandatum* (v. los textos romanos citados en el vol. I, § 27, nota 24): un encargo real o entrega del negocio, que viene a tener un valor fiduciario análogo al de la entrega de la cosa en el depósito (v. vol. I, § 14 *d*); sobre la función del elemento real del *opus coeptum* en promesas de servicios a título gratuito que constituyen figuras distintas del mandato, v. en el cap. IV de la primera parte las citas de Fragali.

Planteada la cuestión en estos términos, parece que (incluso en el *civil law*) el presupuesto normal para que surja la responsabilidad por incumplimiento de un encargo asumido gratuitamente es que el encargo asumido se refiera a un negocio que el mismo *dominus* había decidido realizar o habría realizado directamente por sí mismo o a través de otras personas. Es decir, se presupone aquella confianza o *reliance* característica del mandato o de otros contratos análogos; como resulta de la definición del mandato más o menos implícita en nuestros códigos: "celebrar un negocio en lugar del mandante".

Por el contrario, si *A* se ofrece (gratuitamente) a hacer algo (celebrar un negocio, prestar un servicio, etc.) en favor de *B*, que *B* no hubiera hecho o no se habría decidido a hacer, no existe ninguna confianza: la finalidad de aquella oferta, aunque haya sido aceptada, es solamente la de aumentar, mediante el servicio que se presta gratuitamente, el patrimonio de *B* o, en general, los bienes de *B*, pues también un servicio es un bien. Una pura liberalidad, puesto que *B*, por su propia iniciativa, no hubiera decidido hacer aquella cosa ni la habría hecho.

Por ejemplo, si un amigo me aconseja que asegure mi casa contra incendios y, en vista de mi pereza o de mi resistencia a hacerlo, se ofrece a ser él quien lo haga por mí (es decir, a expensas mías pero sin que yo le anticipe el dinero) y yo se lo agradezco y le doy mi confor-

midad. O bien, si un amigo se ofrece a transportar mis cosas a otro lugar, advirtiéndome que se encuentran en un sitio peligroso; transporte que yo no tengo ninguna intención de hacer, por pereza o por otra razón, y que no haría si no lo hiciera por mí aquel amigo.

Sin duda, para el *common law,* en estos casos y en otros semejantes *A* no incurre en ninguna responsabilidad por el hecho de no haber cumplido lo que prometió. En el *civil law* cabe dudar si en tales situaciones existe la intención de contraer un vínculo jurídico; la prueba de esta intención sería muy difícil o casi imposible; y, en todo caso, aunque tal intención existiera, faltaría además de la *cause plausible,* la *cause juste* para una obligación jurídica (y por lo demás, aunque en otro aspecto, no existiría en este caso una responsabilidad por no haber llevado a cabo el encargo: en efecto, el abandono de éste por parte de quien gratuitamente se había ofrecido a realizarlo dejaría siempre la *res adhuc íntegra,* precisamente porque el *dominus* no hubiera tomado la iniciativa de realizar aquel negocio por sí mismo: v. vol. I, § 27 *c,* especialmente nota 24).

Sólo la existencia de una retribución o compensación haría surgir en casos semejantes una *cause,* que al mismo tiempo fuera *plausible et juste,* del mismo modo que haría surgir, como *consideration,* un *contract* de cumplir el encargo.

Desde este punto de vista (ausencia de confianza en la asunción de un encargo puramente gratuito para la realización de un negocio que el *dominus* no hubiera realizado si no lo hubiera hecho el que se comprometió a hacerlo) el caso Siegel v. Spear es muy significativo incluso para el *civil law.*

Supongamos que (en un país del *civil law*) la conversación entre Siegel y McGrath se hubiera desarrollado en la forma siguiente:

McGrath: ¿Has asegurado los muebles?

Siegel: No; ni he pensado nunca en hacerlo, ni quiero preocuparme de ello; no puedo perder tiempo.

McGrath: Bien; yo me encargaré de hacerlo por ti y tú me reembolsarás los gastos.

Siegel: De acuerdo. (Una conversación como ésta no hubiera sido absurda teniendo en cuenta que, como acreedor garantizado, la firma Spear tenía también interés en que se aseguraran aquellos muebles.)

Si este diálogo hubiera tenido lugar *después* de entregarse los muebles en depósito, sería muy dudoso que McGrath, o por él la firma Spear, fuera responsable en caso de no concertar el seguro (faltaría la *cause plausible* para la intención de obligarse jurídicamente y faltaría también la *cause juste* consistente en una confianza sobre cuya base pudiera decir Siegel que se había abstenido de encargarse por sí mismo de concertar el seguro).

Pero aún en el caso de que tal conversación hubiera tenido lugar *antes* del depósito, quedaría en pie la duda, porque si Siegel no quería asegurar la cosa, a menos que se encargara McGrath de hacerlo por él,

el encargo de concertar el seguro no constituiría una condición del depósito (que, por lo demás, ya habría sido decidido antes).

Por lo tanto, toda la cuestión gira en torno al hecho de que, al indicar McGrath la conveniencia de asegurar los muebles, respondiera Siegel que pensaba hacerlo y se abstuviera de concertar el seguro al ofrecerse a ello el mismo McGrath. En esto consiste aquel encargo (de realizar un negocio que Siegel hubiera podido realizar por sí mismo) que da lugar al mandato como vínculo jurídico o como fuente de responsabilidad en caso de incumplimiento. El depósito posterior de la cosa confirma tal confianza, en el *civil law*, y constituye a la vez un presupuesto del encargo asumido por McGrath (que, según resulta de las circunstancias, no hubiera asegurado los muebles si éstos no hubieran sido depositados en los almacenes de la casa Spear).

En el fondo, y especialmente si se admite la *doctrine* de la *reliance*, ese depósito no tiene prácticamente una función muy distinta en el *common law*.

Hasta aquí, hemos prescindido de un elemento que podría ser interesante para el *civil law* y que no lo es para el *common law* (como se dice en la misma sentencia del caso Siegel): a saber, el interés que la casa Spear tenía, como acreedor garantizado, en el seguro del mobiliario (v. vol. I, § 16). Pero es dudoso que, incluso en el *civil law*, tal interés pudiera tener un especial relieve dadas las circunstancias del caso concreto. ¿Podría tenerlo en caso de que Siegel no hubiera estado decidido a asegurar el mobiliario a menos que se encargara McGrath de hacerlo por él?

Sobre la obligación del depositario de asegurar las cosas depositadas (en el *civil law*) v. mi artículo *Conservazione di beni altrui e assicurazione contro i danni*, en la revista *Assicurazioni*, 1941, págs. 297 y siguientes, aunque se refiere sobre todo al depósito profesional y a los usos comerciales en la materia.

NOTA FINAL A LOS CAPÍTULOS ANTERIORES: LA "RELIANCE"

(V. vol. I, § 27 *a*)

No hemos estudiado ningún caso que trate concretamente de la concepción de la *reliance* según el § 90 del *Restatement* americano sobre los *Contracts*. Ello obedece a que de tal concepción tratan, de hecho o con expresa alusión, muchos de los casos que hemos estudiado; en efecto, más o menos conscientemente, muchos de estos casos se inspiran en la *reliance* como concepción básica de la misma *consideration*, que puede ser definida como una *reliance* cualificada (v. vol. I, §§ 26 y 27). Véanse, concretamente, los casos: De Cicco v. Schweizer, notas 12 y 17; Allegheny College, nota 1, *a*, y nota 8; Martin v. Meles, nota 6; y las notas a los casos Great North. Railway v. Witham, Siegel v. Spear y Devecmon v. Shaw.

Recientemente, algún caso americano ha adoptado expresamente en su motivación la *doctrine* de la *reliance* consagrada por el § 90 del *Rest.* americano sobre los *contracts*: v. por ej. el caso W. B. Saunders Co. v. Galbraith, *Court of Appeals of Ohio,* 1931, 40 *Ohio App.,* 155; Fried v. Fisher, *Supreme Court of Pennsylvania,* 1938, 328 *Pa.* 497; y otros casos citados en el artículo de Page, *Consideration genuine and synthetic,* citado en el vol. I, § 27, nota 1. Pero muchas veces se trata de casos cuya solución es clara para el *civil law* (remisión de deuda, etc.). Por lo demás, el § 90 del *Rest.* americano sobre *contracts,* más que una regla viene a representar una explicación de casos que tratan de mantenerse dentro de la *doctrine* de la *consideration,* aunque sea de modo no muy ortodoxo o contra ciertos requisitos técnicos, no siempre indiscutidos en la historia del *common law.*

En cuanto a la opinión de Lord Denning (v. vol. I, § 27 *a*), si no quiere ser también una explicación de casos resueltos sobre la base de la *doctrine* de la *consideration,* se trata en ella de prever su futuro desarrollo. De momento, estos casos apenas despiertan nuestro interés de comparatistas, ya que se refieren a los problemas del *pactum de non petendo,* de la remisión o reducción de una deuda, de la modificación de una relación contractual anterior, etc., casos que no plantean problemas en el *civil law* (v. vol. I, § 38 *b*).

Tercera Parte

JURISPRUDENCIA DE DERECHO COMPARADO

CAPÍTULO ÚNICO

ADVERTENCIA. — Esta tercera parte quiere ser un comentario al § 37 del vol. I. Por las razones que indicábamos allí, servirá también para comprender mejor los problemas estudiados en la primera y en la segunda parte de este volumen.

THOMAS (Eleanor) v. THOMAS (Benjamín)

Queen's Bench, 1842. — 2 *Q. B.* 851

CAUSA Y "CONSIDERATION". — DONACIÓN "CUM ONERE" Y "BARGAIN". — "ADEQUACY OF CONSIDERATION". — LA CAUSA EN EL "CIVIL LAW".

(Caso transcrito textualmente salvo algunos *omissis*.)

"*Assumpsit.* — La *declaration* de la actora (exposición de la pretensión y de los hechos alegados en su apoyo) afirma la existencia de un *agreement* entre ella y el demandado, en virtud del cual éste debía entregar a la actora cuando ella se lo pidiera y mediante los actos formales oportunos una determinada casa-habitación y los bienes anexos a la misma, en el Condado de Glamorgan, para que la actora la tuviera durante toda su vida o mientras permaneciera viuda. Y en virtud del cual la actora debía pagar, durante todo el tiempo que tuviera la posesión de dicha casa y de los bienes anexos, al demandado y a cierto Samuel Thomas (fallecido después) o a sus sucesores, la cantidad de una libra al año como canon de arrendamiento por el terreno, y quedaba obligada a mantener la casa y los anexos en buen estado de conservación."

(*Omissis*: en la *declaration* se expone que la actora cumplió por su parte todo aquello a que se había obligado, pero que el demandado no había cumplido sus obligaciones, ya que al ser reque-

rido por ella para formalizar el documento de cesión de la casa y anexos, documento preparado por la misma actora, el demandado se negó a formalizarlo.)

El demandado se defendió alegando, entre otras cosas, que la *consideration* que se mencionaba en la *declaration* de la actora no servía para su promesa.

"De la vista *(trial)* resultó que en la época de su fallecimiento en 1837, John Thomas, el difunto marido de la actora, estaba en posesión de un grupo de siete casas en Merthyr Tidvil, en una de las cuales, que era aquella sobre la que se litigaba, habitaba él mismo. Resultó también que en su testamento había nombrado ejecutores a su hermano Samuel Thomas, actualmente fallecido, y al demandado, a fin de que tomaran posesión de todas sus casas, etcétera, con la carga de pagar ciertos legados ordenados en el testamento, entre los que figuraban algunos legados de dinero en favor de la actora.

"La víspera del día de su muerte, el marido expresó oralmente su deseo de hacer alguna otra disposición en favor de su mujer; y a la mañana siguiente declaró verbalmente, en presencia de dos testigos, que su última voluntad era que su mujer tuviera la casa en que él vivía, con todo lo contenido en ella, o bien una cantidad adicional de 100 libras.

"Estas declaraciones (del causante) fueron comunicadas poco después a Samuel Thomas y al demandado, ejecutores y legatarios de todo el patrimonio del *de cuius,* y ambos accedieron a cumplir los deseos del testador de que se ha hecho mención. Después de varios días, ellos y la actora redactaron el *agreement* a que se alude en la *declaration,* en el que después de mencionar los nombres de las partes y el testamento, se decía:

"Teniendo en cuenta:

que dicho testador declaró, poco antes de su muerte, en presencia de varios testigos, que deseaba que su mujer tuviera y gozara durante su vida o mientras permaneciera viuda, la casa, etc., o bien 100 libras además de los legados que en favor de ella se habían ordenado en dicho testamento;

que tales declaraciones y deseos no fueron redactados por escrito ni leídos a John Thomas antes de que falleciera;

que, sin embargo, los referidos Samuel y Benjamín Thomas están plenamente convencidos de que tal era la voluntad del testador; y desean que tal intención sea cumplida plenamente.

Teniendo en cuenta todo esto, en el presente documento se da fe y se conviene y declara entre las partes que, en *consideration*

a aquel deseo (del causante) y a lo que se ha hecho constar, los ejecutores entregarán la casa a la actora (mediante los actos oportunos) para que conserve su posesión durante toda su vida o mientras permanezca viuda; a condición... de que dicha Eleanor Thomas, durante el tiempo en que conserve la posesión de la casa, pague a Samuel y Benjamín Thomas la cantidad de 1 libra al año como canon de arrendamiento del terreno... y mantenga tales bienes en buen estado de conservación."

"La actora quedó en posesión de la casa y anexos durante algún tiempo. Sin embargo, después de la muerte del otro *executor*, el demandado se negó a acceder a la formalización del documento formal de *conveyance* preparado por la actora y que le fué presentado por ésta; y poco antes de iniciarse el *trial* despojó de la posesión a la actora mediante una orden de *ejectment (omissis)*.

"El señor Williams, abogado del demandado, sostuvo que se trataba de una mera donación *cum onere* y que la única *consideration* del referido *agreement* era el deseo expresado (oralmente) por el testador. ¿Qué se entiende, dice Williams, por *consideration* de una promesa sino la *cause or inducement* para hacerla? Plowden, comentando el caso Sharington v. Strotton, dice: en el *civil law* el *nudum pactum* se define en la forma siguiente: *nudum pactum est ubi nulla subest causa praeter conventionem; sed ubi subest causa fit obligatio et parit actionem.* En Chitty, *Contracts*, se cita el siguiente pasaje del *Code Civil*: «La obligación sin causa o con una causa falsa o ilícita no puede producir ningún efecto». No puede decirse que el canon de arrendamiento y las reparaciones de la casa hayan sido la *cause or motive* que indujeron a los *executors* a celebrar este *agreement*...

... El *proviso* (la estipulación o condición; se refiere a la condición de pagar el canon de una libra y de hacer las reparaciones) significa simplemente que la donataria acepta la donación con la carga inherente (entiéndase que se alude a una carga en favor de un presunto tercero, propietario de la casa o *landlord*) de pagar el canon o *ground-rent* y de hacer las reparaciones; y la donataria no puede convertir tales condiciones en una *consideration*. Así se expresó el señor Williams, abogado del demandado."

Lord Denman, *Chief Justice*: "En este caso hay una buena dosis de ingenio y un poco de voluntaria ceguera respecto a los verdaderos términos del instrumento. No hay nada que demuestre que el canon de arrendamiento hubiera de pagarse a un *superior landlord*; y la estipulación de su pago no es un simple *proviso* (condi-

ción) sino un *express agreement* (a continuación el *Chief Justice* transcribe el *proviso*). Esto es, según sus términos, un *express agreement* y revela una *sufficient legal consideration* completamente independiente del sentimiento moral que movió a los *executors* a concluir aquel *contract*. La definición que el señor Williams ha dado de la *consideration* es demasiado amplia: la palabra *causa*, en el pasaje citado por él, significa una causa que confiere algo que el Derecho considera como un *benefit* para una de las partes. Y además, la obligación de hacer las reparaciones es de tal naturaleza que podría llegar a imponer una carga más grave que el valor del goce vitalicio de la casa *(life estate)*."

Patteson, J.: "Si tuviéramos que admitir la tesis que sostiene el demandado, ello significaría dar a la *causa* una interpretación demasiado amplia: significaría confundir la *consideration* con el *motive*. *Motive* no es lo mismo que *consideration; consideration* significa algo que tiene un valor a los ojos de la ley y que procede del actor (es decir, del promisario). Puede ser un *benefit* cualquiera para el demandado (promitente) o un *detriment* cualquiera para el actor (promisario); pero, en todo caso, debe proceder del actor *(moving from the plaintiff)*.

"Ahora bien, lo que según se pretende es aquí la *consideration*, a saber, un piadoso respeto hacia los deseos del testador, no procede en modo alguno de la actora sino que procede del testador; por eso, hablando en términos jurídicos, no forma parte de la *consideration*.

"Además se ha dicho (por el abogado del demandado) que, si es así, la *consideration* está completamente ausente; y se trata de una espontánea donación *(voluntary gift)*. Pero si se examina el *agreement* en cuestión, se verá que en él no se contiene un simple *proviso* en el sentido de que la donataria deba hacerse cargo de la cosa donada con las cargas que la gravan. Se trata, por el contrario, de un *express agreement* en el que se acuerda el pago de lo que parece ser una nueva atribución de un canon de arrendamiento que ha de pagarse no a un *superior landlord* sino a los mismos *executors*. De manera que es evidente que dicho canon no es algo accesorio o inherente a la cesión de la casa, porque, de ser así, en vez de tener que pagarse a los *executors* se pagaría al *landlord*.

Y en cuanto a las reparaciones, es muy posible que aquellas casas las hubiera obtenido el causante mediante una concesión *(lease)* que contuviera pactos relativos a la obligación de hacer

las reparaciones; pero no sabemos nada sobre esto; según parece, la obligación de hacer las reparaciones ha sido establecida por primera vez en el instrumento en cuestión.

"A primera vista me pareció que el *proviso* tenía el significado que le atribuía el señor Williams, es decir, que el canon y las reparaciones habían sido simplemente agregados a una donación hecha por los demandados; y si el instrumento hubiera sido redactado exclusivamente por éstos habría algún fundamento para tal interpretación; pero las cosas no han ocurrido de esta forma" *(omissis)*.

Coleridge, J.: "Lo que se ha admitido en el curso de la discusión del pleito ha decidido, en realidad, este caso. Se admite que el mero motivo no tiene necesidad de ser declarado en el documento; y para buscar la *consideration* no hemos de limitarnos a examinar una determinada parte del instrumento; *ut res magis valeat* podemos atender a cualquier parte de dicho instrumento. En cuanto al instrumento en cuestión, en la parte en que suele declararse la *consideration* lo único que se ha expresado es el deseo de cumplir las intenciones del testador; pero en otro lugar del mismo encontramos un *express agreement* de pagar una cantidad anual para un fin concreto y, además, otro *agreement* relativo a las reparaciones. Si esto se hubiera dicho en la primera parte del instrumento, difícilmente se hubiera podido sostener que la *declaration* (base de la acción que se ejercita) no había sido bien redactada y apoyada por la prueba.

En cuanto a la tesis según la cual se trata en este caso de un acto espontáneo de cesión *(voluntary conveyance)*, mi impresión es que ese pago de una libra al año es más que una *good consideration*; es una *valuable consideration*; es, evidentemente, algo nuevo que se ha creado mediante el instrumento y no una parte del antiguo canon de arrendamiento."

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 37 y también §§ 10, 11, 26 *d* y 30 *a*.

Para comprender bien este *case* téngase en cuenta lo que decimos en las Advertencias a este vol. II, núm. 5, sobre la terminología del *common law*, y mi trabajo citado en el vol. I, § 38, nota 29.

El caso es interesante por la comparación que en él se hace entre la *consideration* y nuestra "causa", así como entre el concepto de *bargain* y el de nuestra donación *cum onere*. De manera que, aunque el caso no se refiera a un contrato regido por el *civil law* y aunque las cuestiones que se planteen en él sean exclusivamente de *common law*, nos ha parecido oportuno incluirlo en este capítulo.

En cuanto a la afirmación de que el deber moral o la obligación

natural, en caso de testamento nulo, no pueden constituir una *consideration,* los jueces están de acuerdo con el señor Williams, abogado del demandado (v. vol. I, § 28 *a*). En el *civil law* la cuestión ofrece dudas y ha sido resuelta de manera distinta por la jurisprudencia francesa y por la italiana (v. vol. I, § 11 *b* y *d*; y vol. II, casos Cantelli cr. Cantelli; Gonzaga cr. Danani; Servain cr. Girardeau, y las correspondientes notas), a menos que se contemple el caso desde el punto de vista de una confirmación o ejecución voluntaria de testamento nulo: v. vol. I, § 11, notas 28 y 29. De manera que no parece exacta la observación de Corbin (*Cases on Contracts,* en una nota a este caso) de que, muy probablemente, aquel deseo del testador de procurar una especie de usufructo a su viuda y el deseo de sus hermanos y ejecutores testamentarios de cumplirlo, serían una "*sufficient causa*" en el *Roman and French Law* para el reconocimiento jurídico *(enforcement)* de la promesa de cumplir dicho deseo.

En lo que ya no hay acuerdo entre el abogado del demandado y los jueces es en la cuestión relativa al pago del canon anual de una libra y de las reparaciones.

El argumento del señor Williams, aunque no resulte claro, parece ser doble:

a) El canon y las reparaciones ya se debían al *landlord,* de manera que no constituían el objeto de una obligación especial de la viuda sino una carga inherente al bien prometido (hay que tener en cuenta la naturaleza del canon debido a un *landlord* en el *common law*); es decir, el bien, que venía a ser una especie de usufructo o *life estate,* se había prometido tal como existía, con las cargas inherentes al mismo. En todo caso, aunque la viuda hubiera prometido pagar el canon y hacer las reparaciones, el hecho de que ya existieran estas obligaciones frente a un *landlord* revelaría la intención de las partes de hacer una donación *cum onere,* en la que ni el canon ni las reparaciones constituirían el objeto de una *consideration,* es decir, no serían lo que *verdaderamente* había movido al promitente a hacer la promesa (de conceder dicho usufructo); la causa, *motive* o *inducement* habría sido cumplir el deseo del difunto. Sobre este argumento, v. la introducción al cap. III de la segunda parte y los casos estudiados en dicho capítulo.

b) Aun en el caso de que el canon y las reparaciones a cargo de la viuda no se debieran con anterioridad a un *landlord,* dicha carga no representaría la causa, *motive* o *inducement* verdaderos o determinantes de la promesa de procurarle dicho usufructo; porque el verdadero o principal *motive* de esta promesa era el de cumplir el deseo del difunto.

En cuanto al primer argumento, los jueces insisten en que el canon y las reparaciones no se debían o no consta que se debieran a un *landlord*; y la obligación asumida respecto a ellos por la viuda es una *consideration adequate,* aunque se reduzca a una libra anual y a reparaciones de valor muy inferior al del usufructo (aun cuando Lord Denman aluda al eventual elemento aleatorio implícito en el negocio).

En cuanto al segundo argumento (poco claro y quizá relacionado con el primero), los jueces observan que para el concepto de *consideration* y de *bargain* es suficiente que exista un *benefit* para el promitente, el demandado), algo "que tenga algún valor a los ojos de la ley" (v. vol. I, § 30 *a, b,* nota 4), aunque no haya sido el motivo determinante o el único motivo de la promesa: v. vol. I, §§ 28 *c,* y 30 *a* y nota 11; así como las opiniones de Holmes y Cardozo en los casos Martin v. Meles, nota 10, y De Cicco v. Schweizer, nota 13.

De no ser así se confundiría la *consideration* con la "causa" como *motive* (y se cunfundiría, añadimos nosotros, el concepto de *bargain* con el de nuestra donación *cum onere,* en la que en muchos casos la carga no se limita a un simple gravamen inherente al fundo o a una disminución, más o menos automática, del valor de la cosa donada: véase volumen I, § 10).

El pasaje de la *opinion* de Patteson (en el que dice que a primera vista le había parecido que la opinión de Williams era exacta) no significa que, incluso en presencia de una expresa y nueva obligación de la viuda, tal obligación no represente más que un simple *proviso,* condición o carga de una donación (y no una *consideration, inducement* o *bargain*), si tal es el *motive* o la verdadera intención de las partes; sino que significa, según parece, que a primera vista el juez se había dejado impresionar por el *proviso* como si éste aludiera a una carga inherente al fundo y debida al *landlord.*

El lector queda invitado a comprobar si son exactas las citas del *civil law* que se hacen en este *case,* sobre el *nudum pactum,* sobre la causa (art. 1.131 C. c. francés) y sobre el concepto de donación *cum onere,* y las correspondientes deducciones y consecuencias que sacan aquellos jueces y abogados.

Caso BONACINA

Court of Appeal, 1912. — 107 *The Law Times Reports,* 498

OBLIGACIÓN NATURAL (DEL QUEBRADO LIBERADO SEGÚN EL DERECHO INGLÉS) COMO CAUSA DE UNA PROMESA DE PAGO SEGÚN EL DERECHO ITALIANO. — COMPARACIÓN ENTRE EL DERECHO INGLÉS Y EL ITALIANO. — PROBLEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

(Caso transcrito textualmente, según el *report,* salvo algunos *omissis* y resúmenes.)

En 1897, el testador, Ludovico Carlo Bonacina, ciudadano italiano y comerciante en Londres, debía a su cuñado Giacomo Mina, también ciudadano italiano domiciliado en Monza, la cantidad de 1.350 libras esterlinas, por un préstamo hecho por Mina a Bonacina para el mantenimiento de las dos hijas de este último, para la asistencia a sus dos hijos y para ciertos gastos de funerales.

El 30 de agosto de 1897 Bonacina fué declarado en quiebra; pero en el procedimiento de la quiebra no declaró su deuda con Mina; este último tampoco tuvo ninguna noticia de la quiebra. El 10 de agosto de 1901 Bonacina obtuvo la liberación de todas sus deudas *(discharge)* en el procedimiento de la quiebra.[1]

El 31 de enero de 1906 Mina escribió a Bonacina una carta que contenía un extracto de cuenta según el cual la cuantía de la deuda en 31-1-1906 era de 43.959 liras italianas, cantidad cuyo pago le reclamaba. El 16 de diciembre de 1902 Bonacina había enviado a Mina 100 libras a cuenta de su deuda, y otras 150 libras en abril de 1904.

En octubre de 1906 las partes se encontraron en Monza (Italia) y discutieron el extracto de cuenta, discusión que dió como resultado que Bonacina redactara y firmara el 15 de octubre de 1906 un documento — "escritura privada" — válido según el Derecho italiano como documento público. En dicha escritura Bonacina reconocía que debía a Mina la cantidad de 43.959 liras — equivalentes a unas 1.760 libras esterlinas — y se obligaba por sí mismo, por sus herederos y sucesores, a pagar a Mina o a los herederos o sucesores de éste, dentro del plazo de cinco años a partir de enero de 1907, aquella cantidad de una sola vez o en varios plazos, con el interés del 4 por 100 anual, pago que se haría en moneda legal y en el domicilio de Mina o de sus herederos y sucesores.

Posteriormente, Bonacina pagó algunas cantidades a cuenta de esta deuda y de sus intereses y el 31 de marzo de 1908 falleció. Entonces (al procederse a la ejecución o liquidación del patrimonio hereditario del testador Bonacina) fué cuando Mina tuvo noticia de la quiebra de Bonacina.

En virtud de una providencia *(order)* del Tribunal,[2] el patrimonio del testador fué puesto bajo la administración del Tribunal; Mina formuló una petición solicitando que se incluyera en el pasivo un crédito a su favor por 1.760 libras y por los correspondientes intereses. El *Master* (juez de la *Probate Division*) rechazó tal petición. Mina impugnó esta providencia y la causa se discutió (en primera instancia) ante el juez Eve el 16 y 17 de abril de 1912.

En el juicio se presentó una *evidence* (en este caso, un informe pericial) sobre el Derecho italiano[3] en orden a la interpretación del documento otorgado en Italia — escritura privada — y para demostrar que tal documento era válido en Italia sin necesidad de una *consideration*, ya que la *moral obligation* de pagar era suficiente para fundar una *legal obligation*.

Clayton y Maughan, abogados del demandante (presunto acreedor): "Según el Derecho inglés, esta pretensión podría no ser jurídicamente reconocida a consecuencia de la liberación del quebrado de todas sus deudas en el juicio de quiebra,[4] si la promesa de pagar contenida en el documento fuera un *nudum pactum*. Pero aquí se trata de un *contract* jurídicamente sancionable *(enforceable)* ante los Tribunales italianos y, por lo tanto, *enforceable* también en Inglaterra. Además, este documento contiene una nueva promesa de pago *(new contract)* que es *enforceable*, según el Derecho inglés, si existe para ella una *good consideration*: Heather and Son v. Webb, 2 *C. P. Div.* I, 5.

"Una nueva promesa *(new promise)* de pago hace que resucite la antigua deuda. En el presente caso existe una nueva promesa de pago, un *new contract* respecto a la antigua deuda,[5] y este *contract* es *enforceable* porque se refiere a una nueva deuda: Jakeman v. Cook, 4 *Ex. Div.*, 26.

"Si éste no fuera un *new contract* según el Derecho inglés, sería en todo caso un *Italian contract*, celebrado entre ciudadanos italianos, en la forma establecida por el Derecho italiano y que habría de ser interpretado según dicho Derecho (siguen citas de *cases* y de Dicey, *Conflicts of laws*).

"Según el informe pericial, tal contrato sería *enforceable* en Italia (citas de *cases*).

"Por lo tanto, es aplicable la *lex loci contractus*. Según el Derecho italiano, una *moral obligation* constituye una base suficiente para una promesa de pago; no se requiere la *consideration* como en el Derecho inglés. El *contract* es jurídicamente vinculante, con tal de que tenga una "causa" o un *good motive* (motivo bueno o suficiente: citas de Hunter, *Roman Law*, 4.ª ed., p. 597, y de varios *cases*)."

Lawrence y Greenland, abogados del *executor* del patrimonio hereditario de Bonacina: "La única cuestión a resolver es la de si la actual pretensión (*claim*, de Mina) se refiere a una deuda de la que el deudor hubiera sido liberado. El art. 30, apartado 3, de la *Bankruptcy Act* de 1883 constituye una respuesta adecuada frente a dicha pretensión, ya que en virtud de dicho artículo tal pretensión se refiere a una deuda de la que el quebrado había sido liberado.[6] El caso Heather v. Webb, antes citado, es decisivo en esta materia. No existía (en el presente caso) ninguna nueva promesa y no existía ningún *agreement* que obligara al acreedor a no reclamar dentro de un determinado plazo[7] (citas del caso Kidson v. Turner, 3, *H. N.* 581).

"Se trataba de una mera obligación de pagar dentro de un determinado plazo. No hay nada que revele una intención de las partes en el sentido de que la deuda hubiera de renacer: se trataba del mero reconocimiento de una deuda existente.[8]

"El caso Jakeman v. Cook, antes citado, no puede ser considerado como fuente de derecho *(good law)* desde que fué resuelto el caso Heather v. Webb, también citado. En el presente caso no concurren los elementos de una novación. En el caso Jakeman v. Cook existía un *fresh contract;* en cambio, aquí solamente tenemos el reconocimiento de una deuda existente. Por lo tanto, éste no es un *contract* reconocido en Inglaterra como fuente de una deuda jurídicamente válida, sino que es un *contract* contrario a la *policy* (principios de política legislativa) del Derecho (se alude al Derecho inglés en materia de quiebras)... Uno de los fines de la ley inglesa sobre quiebras es que el quebrado obtenga la liberación de sus deudas; y otro de sus fines es evitar el fraude a los acreedores (citas de varios *cases*).

"Se trata, pues, en nuestro caso, de un mero *agreement* de pagar una antigua deuda dentro de un determinado plazo. El acreedor no se vincula para nada.[9]

"Por lo que se refiere al Derecho italiano sobre el punto en cuestión, hay disparidad de opiniones entre los dos abogados que han prestado declaración,[10] y cabe dudar de que la promesa contenida en el documento en cuestión pudiera ser jurídicamente sancionada *(enforced)* en Italia. Aquellos abogados no han dicho que hubiera una *consideration* para un *new contract,* sino solamente una *moral obligation* como base de un *fresh agreement.* Obsérvese que en el caso Jakeman v. Cook existía un *fresh contract.* Y adviértase, a este respecto, que para que se creara un *fresh contract* (según el Derecho inglés) debía existir una promesa por parte de Mina de no exigir el pago de la deuda si ésta se pagaba dentro de un determinado plazo.[11] Pero en el caso que nos ocupa solamente hay un *statement* por parte de Bonacina de que pagaría lo que ya estaba obligado a pagar.[12] Nos permitimos mantener la tesis de que en este caso no se plantea ninguna cuestión de Derecho italiano.[13]

Réplica de Clayton, abogado del actor: "La historia de las leyes inglesas en materia de quiebra revela que la liberación del quebrado *(discharge in bankruptcy)* constituía un *release* de las deudas y obligaciones contraídas antes de que se dictara la *receiving order* (orden de secuestro que inicia la fase preparatoria para una eventual declaración de quiebra y priva al deudor de la

facultad de contraer nuevas deudas). No daba lugar a ninguna prohibición de celebrar *futuros contracts*. En cuanto al caso Kidson v. Turner, antes citado, según el cual una obligación *released by a discharge in bankruptcy* solamente puede ser hecha renacer si existe para ello una *good consideration*, obsérvese que este caso fué resuelto sobre la base del art. 204 de la *Bankruptcy Act* de 1849, cuyos términos son muy distintos de los del art. 49 de la *Bankruptcy Act* de 1869 y de los del art. 30 de la *Bankruptcy Act* de 1883." [14]

El juez Eve interrumpe: "Si Mina hubiera obtenido una condena de Bonacina en Italia, ¿podría reclamar en Inglaterra basándose en tal condena?".

El abogado Clayton responde y continúa: "Sí. La obligación creada por el *new contract* o promesa de pago (contenida en la escritura privada) no quedaría afectada en Italia por el *discharge in bankruptcy* de la antigua deuda que se hubiera pronunciado en Inglaterra en aquel juicio de quiebra. En el caso que nos ocupa, se trata de un *new contract* de pagar una antigua deuda; y la petición de que se incluya esta deuda dentro del pasivo de la herencia de Bonacina debe ser admitida".

El juez Eve: ... (*Omissis*: el juez expone los hechos en la forma en que han sido referidos). "La defensa del acreedor Mina admite que la *order of discharge in bankruptcy* liberó al testador de la deuda originaria; pero sostiene que el negocio celebrado el 15 de octubre de 1906 constituía un *new contract to pay*, y daba lugar, por lo tanto, a una *cause of action*[15] nacida con posterioridad a aquel *discharge*.

"El *executor*, que se opone a esta pretensión, sostiene que se trata en sustancia de una acción para reclamar el pago de una deuda de la que el testador había sido liberado en virtud del *discharge in bankruptcy*, y que, por lo tanto, el art. 30, apartado 3, de la *Bankruptcy Act* de 1883 constituye una adecuada respuesta frente a tal pretensión.

"Estas tesis opuestas imponen ante todo la necesidad de comprobar la verdadera naturaleza del negocio celebrado el 15 de octubre de 1906. Para enfrentarse con este problema hay que tener en cuenta que el acreedor Mina no tenía en aquella fecha ninguna noticia de la quiebra ni del correspondiente *discharge;* y que el deudor Bonacina no tuvo nunca la intención de considerar su deuda o su obligación de pagarla como afectadas por aquella quiebra o por el *discharge*. Por lo tanto, en las mentes de

las partes no se planteaba ningún problema sobre la manera de hacer que renaciera aquella deuda: tanto las circunstancias como la correspondencia que dieron lugar a que se celebrara aquel negocio revelan que el único fin que persiguieron las partes fué el de hacer que constara por escrito el reconocimiento de una deuda ya existente.[16]

"Pasando ahora a examinar el documento redactado en aquella ocasión, hay que observar que no se trata de un documento en el que se imponga alguna obligación al acreedor;[17] éste ni siquiera lo firmó. El documento comienza con una certificación *(statement)* que tiene el carácter de una exposición *(recital)* de que las cuentas de las partes revelaban una deuda de 43.959 liras. A continuación, el deudor reconoce la deuda y promete pagarla en el plazo de cinco años a partir del 1.º de enero de 1907, de una sola vez o en varios plazos, y añadiendo que el capital que quede por pagar devengará intereses al 4 por 100. El documento termina con la firma de Bonacina, sobre la cual se encuentra, escrita por él, la frase: "reconozco mi deuda de 43.959 liras".

"A mi juicio, según el Derecho inglés tal documento no da lugar a ninguna *cause of action.*[18] Se trata de una *voluntary promise*[19] de pago, para la que no existe ninguna *consideration* y que, por lo tanto, no puede ser *enforced*. No comparto la opinión según la cual de los términos empleados en aquel documento se debe deducir forzosamente una promesa por parte del acreedor de conceder al deudor un plazo de cinco años para el pago de la deuda.[20]

"Pero el actor sostiene, además, que los señores Mina y Bonacina, ambos italianos, al celebrar este negocio en Italia y al incluir un pacto estableciendo que la deuda habría de pagarse en Monza y en moneda italiana,[21] quisieron evidentemente que los derechos resultantes de dicho documento fueran regulados por la ley italiana. Y añade también el actor que, según el Derecho italiano, la promesa de pago que de esta forma se había hecho sería *enforceable by action* (jurídicamente sancionable) pese a la ausencia de una *consideration*; y que, frente a tal *action*, el *discharge* obtenido en la quiebra según el Derecho inglés no podría constituir una excepción eficaz.

"Estimo que estas tesis, según las cuales el documento debe ser interpretado conforme al Derecho italiano,[22] son fundadas. Quiero suponer también — aunque no estimo que el demandante haya precisado bien este punto[23] — que la promesa de pago contenida en aquel documento es una promesa que puede dar lugar

a una condena del promitente ante los Tribunales italianos, a pesar del *discharge in bankruptcy* obtenido en Inglaterra.

"Pero, ¿qué tiene que ver esto? Suponiendo que Mina hubiera obtenido en Italia una condena de Bonacina sobre la base del reconocimiento de deuda hecho en octubre de 1906, y que sobre la base de esta condena hubiera intentado después obtener coactivamente en Inglaterra el pago de aquella deuda contra Bonacina o contra el patrimonio hereditario de éste, ¿no se le hubiera permitido a Bonacina, y no se le permitiría hoy a su *executor,* que se opusiera a aquella pretensión alegando que tal reclamación se refería a una deuda de la que el deudor había sido liberado por la ley? Creo que se le hubiera permitido, y que la decisión del presente caso se centra en una cuestión de hecho: la de ver si el negocio celebrado en octubre de 1906 era una nueva obligación *(new engagement)* de pagar una antigua deuda[24] de la que el deudor había sido liberado, o si era un simple intento de mantener viva la antigua deuda; deuda que ambas partes consideraban existente y que quizá según el Derecho italiano existía todavía, pero que según nuestro Derecho había quedado extinguida por la quiebra. Ahora bien, en relación con esta cuestión de hecho es evidente que las partes consideraron y trataron en el documento a aquella deuda como nacida antes del procedimiento de quiebra; y, por esta razón, estimo que toda pretensión *(claim)* que se haga valer en Inglaterra sobre la base del documento otorgado en octubre de 1906 debe ser considerada como una acción relativa a la antigua deuda y, por tanto, como una acción frente a la que el *discharge in bankruptcy* constituye una adecuada respuesta.

"Al entenderlo así, no creo ni pretendo decir nada que sea incompatible con la decisión del caso Jakeman v. Cook, antes citado. En aquel caso, el Tribunal llegó a su conclusión sobre la base de estos hechos: que existía — usando los términos del juez Cleasby — un efectivo *contract* celebrado de buena fe para hacer revivir la antigua deuda por una *valuable consideration* surgida después del *discharge in bankruptcy.* Y el Tribunal estimó que la promesa, hecha después del *discharge,* sobre la base de la cual el acreedor observó una determinada conducta[25] constituía una *cause of action.* Pero en el presente caso, como ya he señalado, no hubo nunca, desde el principio al final del negocio, ninguna idea de hacer revivir una antigua deuda o de hacer surgir de ella otra nueva; la única intención y el único fin que las partes se propusieron fué hacer que constara por escrito la cuantía de la

antigua deuda, y esta situación de hecho hace que este caso deba quedar incluído dentro de los principios que se aplicaron en los casos Jones v. Phelps y Heather v. Webbs, antes citados.[26]

"En conformidad, desestimo la demanda."

* * *

Contra esta decisión, el acreedor Mina interpuso apelación. Los mismos abogados discutieron por las partes e hicieron valer los mismos argumentos que habían utilizado en el juicio anterior, citando además otros *cases*...

El juez Cozens Hardy, M. R., se expresó en la forma siguiente: ...*(omissis:* aquí resume el juez los hechos, advirtiendo que el documento, llamado *escritura privada,* debía ser considerado como un *public instrument).*

"El *executor* ha sostenido que en virtud del art. 30, apartado 3, de la *Bankruptcy Act* de 1883, ninguna acción o procedimiento podría intentarse en Inglaterra para reclamar la deuda en cuestión; y el juez Eve admitió esta tesis.

"Es importante observar que el *discharge in bankruptcy* solamente libera al quebrado de las deudas que hubieran podido declararse en la quiebra (no de las que hubieran surgido posteriormente), y que el art. 30, apartado 3, sólo se refiere a las deudas de las que el quebrado haya sido liberado según el art. 37, apartado 3. De acuerdo con ello, se ha estimado en los casos Jakeman v. Cook y Aylmer (ex parte Cram, 70 *L. T. Rep.* 244) que una promesa, hecha después del *discharge,* de pagar una deuda extinguida en virtud de este último, es completamente válida si se apoya en una nueva y *valuable consideration.* Por lo tanto, si en 1906 se hubiera celebrado un contrato según el Derecho inglés mediante una *consideration* (válida), estimo que hubiera tenido que ser admitida, sin ningún género de dudas, la petición de que la deuda fuera incluída en el pasivo de la herencia de Bonacina.

"Sin embargo, la *escritura privada* es un documento sometido al Derecho italiano, y la prueba (pericial), ofrecida mediante abogados italianos, parece haber establecido que según el Derecho italiano la *doctrine* inglesa de la *consideration,* necesaria para fundar un *contract,* no tiene en aquel Derecho ninguna aplicación y, además, que una *moral obligation* de pagar una deuda es suficiente para fundar una obligación jurídica si para ello se ha formalizado un documento como aquella *escritura privada.* Por lo tanto, me parece que el demandante Mina se encuentra en Inglaterra pre-

cisamente en la misma situación en que se encontraría si existiera un *contract* conforme al Derecho inglés que llevara aquella misma fecha y tuviera una nueva y *valuable consideration.*[27] En resumen, el demandante se funda en un nuevo y *enforceable contract,* celebrado después del *discharge in bankruptcy* y que, por lo tanto, no está sometido en ningún caso a lo dispuesto en el art. 30, apartado 3.

"Durante algunos instantes quedé bastante impresionado por la decisión del caso Kidson v. Turner, antes citado. Sin embargo, aquella decisión se fundaba en el art. 204 de la *Bankruptcy Act* de 1849, que difiere notablemente del art. 30 de la ley de 1883, actualmente en vigor...[28]

"Tampoco creo que la decisión del caso Heather v. Webbs pueda tener aplicación en el presente caso. En aquel caso se trataba de un *contract,*[29] sin ninguna *consideration,* en el que se establecía la obligación de pagar una deuda extinguida en la quiebra. En cambio, aquí se trata de un válido y *enforceable* nuevo *contract,*[30] posterior al *discharge*... Por estas razones, estimo que la decisión del juez Eve debe ser modificada..."

Farwell, L. J.: "Soy de la misma opinión. Si se promoviera una acción en Inglaterra sobre la base del *agreement* de 15 de octubre de 1906 como sobre un *stated account* (extracto de cuenta reconocido) tal acción no prosperaría, porque las partidas del *stated account* revelarían inmediatamente la ausencia de una *consideration.* No se podría recurrir al deber moral *(moral duty),* que en la época de Lord Mansfield[31] constituía una base suficiente para una promesa, porque la *Bankruptcy Act* de 1883 libera al quebrado de todas las deudas que hubieran sido declaradas en la quiebra y le legitima para oponer como excepción dicha liberación frente a toda acción o procedimiento «relativo a cualquier deuda de la que haya sido liberado en aquella forma...».

"Pero, si bien la ley de 1883 rechaza la *consideration* consistente en una deuda *discharged,* dicha ley no declara sin embargo que sea ilegal, ni mucho menos inmoral, el pago o la promesa de pagar una deuda de la que el quebrado haya sido liberado. Por lo tanto, si después del *discharge* el quebrado celebra un nuevo *contract* con una *valuable consideration,* puede de esta manera obligarse a pagar la antigua deuda. Las personas honorables pagan sus justas deudas, cuando pueden hacerlo, tanto si están protegidas por la liberación *in bankruptcy* como si no lo están, del mismo modo que pagan las apuestas perdidas noblemente aun-

que no den lugar a un vínculo jurídico. Se ha establecido claramente la distinción entre un *contract* simplemente nulo *(void)* y un *contract* inmoral. El primero implica una simple nulidad que no afecta al bien o al mal. El segundo vicia y destruye todo el nuevo *contract,* como he tratado de explicar en el caso Hyams v. Stuart King.

"Por lo tanto, si un quebrado que ha obtenido el *discharge* desea celebrar negocios con aquellos que ya eran sus proveedores (antes de la quiebra) y se encuentra con que éstos se niegan a suministrarle más mercancías a precios normales mientras no les pague o garantice el remanente de sus créditos declarados en la quiebra, se permite al quebrado y a aquellos proveedores que celebren un *contract* válido para conseguir la finalidad propuesta: Jakeman v. Cook y Aylmer, antes citados.[32] Lo único que se requiere para la validez de tal *bargain* es que se haya hecho después del *discharge,* de buena fe y *for value (consideration).* No he de considerar si es válido un *act under seal* o un *bond*: el caso Kidson v. Turner, antes citado, podría volver a ser discutido si se presentara nuevamente.[33]

"En el presente caso, el nuevo *contract,* pese a haberse concluído mucho después del *discharge* (en octubre de 1906), no tiene según el Derecho inglés ninguna *consideration* que pueda apoyarlo. Sin embargo, se trata de un *contract* italiano (en el ámbito del Derecho italiano), celebrado en Italia entre italianos y regido, por lo tanto, por la ley de dicho país; la prueba pericial me ha convencido de que este *contract* es válido y *enforceable* en Italia. Si es así, el único obstáculo que podría oponerse a su validez en Inglaterra desaparece; no se plantea ninguna cuestión de procedimiento; un *contract* que en Inglaterra es nulo sin ser inmoral puede ser perfectamente válido en un país extranjero y, si es así, puede ser *enforced* en Inglaterra a menos que exista alguna norma procesal que se oponga a la acción (cita de un caso). Pero aquí no se presenta ninguna norma de esta naturaleza, a menos que el *discharge* pueda ser alegado eficazmente como una liberación; y no puede serlo en el presente caso, porque el *contract* (de octubre de 1906) es posterior al *discharge* y la cuestión de la *consideration* no afecta al procedimiento sino a la validez del *contract,* materia que queda confiada en este caso al Derecho extranjero.[34]

"Por lo tanto, estimo que la apelación debe ser admitida."

Kennedy, L. J.: "Después de haber escuchado los brillantes informes de los doctos abogados de ambas partes, me parece que

nuestra decisión en el presente caso ha de depender del carácter y de los efectos de la *«escritura privada»* como documento legal según el Derecho italiano. Si la pretensión *(claim)* del apelante Mina hubiera de considerarse simplemente como un *claim* para obtener el pago de una deuda que se podía declarar en la quiebra, en virtud del art. 37 de la *Bankruptcy Act* de 1883, y por lo tanto de una deuda *discharged* por aplicación del art. 30, apartado 2, sería evidente que el art. 30, apartado 3, permitiría al apelado, *executor* del deudor, oponer una excepción victoriosa frente a tal *claim;* en tal caso, la sentencia del juez Eve rechazando dicha pretensión sería completamente exacta. En efecto, la excepción que podría invocarse contra tal pretensión, excepción basada en el art. 30, apartado 3, sería de naturaleza procesal, y en todas las cuestiones de esta naturaleza prevalece la *lex fori.*[35]

"Sin embargo — y en esto lamento tener que apartarme de la opinión del juez de primera instancia — el problema es el siguiente: ¿debe el *claim* del apelante ser considerado *sic et simpliciter* como un *claim* que se refiere a una deuda declarable en la quiebra del difunto deudor? Me parece que no. El docto juez (Eve) ha considerado la «escritura privada» como un documento que merece tan poca atención por parte del Tribunal como la promesa del deudor a que se refiere el caso Heather v. Webbs, cuyo principio ha de aplicarse al presente caso, según aquel docto juez. No puedo compartir esta opinión. El efecto de la «escritura privada» en cuanto a la producción de un vínculo jurídico debe determinarse según el Derecho italiano; y, por lo que deduzco de la prueba pericial que se ha aportado sobre el Derecho italiano, esta «escritura privada» daba lugar por sí misma a una obligación válida y jurídicamente sancionable contra Bonacina, a partir del día 15 de octubre de 1906 en que fué firmada por Bonacina, cinco años, según creo, después de que éste hubiera obtenido el *discharge* en la quiebra inglesa, de la que el apelante no tuvo noticia hasta después de la muerte de Bonacina. En el caso Heather v. Webbs, antes citado, el *claim* del actor se refería a una antigua deuda que se podía declarar en la quiebra del demandado, y la mera promesa de pagarla hecha por el deudor, a pesar del previo *discharge in bankruptcy,* no podía crear ninguna nueva obligación según el Derecho inglés, ya que no existía ninguna *consideration* para dicha promesa. Si hubiera existido una *valuable consideration* para ésta, la decisión del Tribunal hubiera sido distinta, como lo demuestra el caso Jakeman v. Cook.

"La *doctrine* de la *consideration,* tal como se concibe entre

nosotros, es peculiar de nuestro *common law*; no se aplica esta doctrina en el Derecho italiano ni, que yo sepa, en el Derecho de otros países del continente cuyos principios en materia contractual derivan del Derecho romano. En el presente caso, la «escritura privada», al fundarse en la *moral obligation* de pagar una deuda justa, creó, según el Derecho italiano, una obligación nueva y válida, del mismo modo que en el caso Jakeman v. Cook se estimó que había creado tal obligación la promesa hecha por un deudor, con una *consideration* válida, de pagar una deuda de la que había sido liberado por el *discharge in bankruptcy*: v. también el caso Aylmer antes citado.

"La interpretación de la "escritura privada" y la obligación contenida en ella, como ha reconocido el mismo juez Eve, se rigen por el Derecho italiano, que es el que ha de aplicarse a aquel *contract*. Pero, si es así, la pretensión *(claim)* a que dió lugar la escritura privada era una nueva pretensión, como era nueva la pretensión basada en el acuerdo posterior a la clausura de la quiebra en el caso Jakeman v. Cook. Como tal, el *claim* del apelante no puede ser considerado como un *claim* que se refiera a una deuda declarable en la quiebra de Bonacina, de conformidad con la *Bankruptcy Act* de 1883. Por lo tanto, la apelación debe ser admitida."

Nota y cuestionario. — V. vol. I, §§ 11 *c*, 28 *a* y 37; v. también el caso francés Coureau y los tres que le siguen, estudiados en el capítulo V de la primera parte.

Hemos transcrito textualmente (salvo unos pocos *omissis*) todo el *report* de este *case*, tanto para dar al lector un ejemplo de la discusión entre jueces y abogados y del correspondiente *report* de un caso en un país del *common law*, como por el gran interés que este *case* presenta para el Derecho comparado y para el punto de vista considerado en el volumen I, § 37. La diversidad de principios, de técnicas y de mentalidades entre uno y otro sistema jurídico se pone de manifiesto señaladamente en este caso (prescindiendo de algún error) y quizá más por la actitud de los jueces y de los abogados que por sus mismas ideas. Es, por así decirlo, el Derecho comparado en acción.

El *case* es muy interesante también por los principios de Derecho internacional privado (conflictos de leyes) que juegan en él.

Pero para apreciar y, podríamos decir, para saborear el *case*, conviene hacer algunas aclaraciones que daremos en una serie de notas correspondientes a las llamadas que hemos intercalado en el texto del *report*.

1 Sobre el *discharge in bankruptcy*, v. infra nota 6.

2 El Tribunal a que se alude es la *Probate, Divorce and Admiralty Division*, de la *High* o *Supreme Court*, con jurisdicción en toda Inglaterra y con sede en Londres. Dicho Tribunal entiende, por una conexión que se debe

a puras razones históricas, de las causas de divorcio y de Derecho marítimo y, además, de las cuestiones testamentarias y de administración o liquidación de herencias, según el sistema propio del *common law* en esta última materia; sistema que no admite nuestro concepto de la sucesión, sino el de una liquidación del patrimonio relicto a través de un *executor*, para entregar después el remanente neto, si lo hay, a los "herederos y legatarios" (usando conceptos nuestros).

3 Para la invocación de un Derecho extranjero ante un Tribunal del *common law* se acude a un informe pericial, considerado como material probatorio o *evidence* oral (v. Advertencias a este vol. II, núm. 5).

4 V. infra nota 6.

5 Con esto, los abogados de Mina se refieren a la tesis según la cual la invalidez de la promesa de pagar una deuda extinguida por *discharge in bankruptcy* (v. infra nota 6) no se extiende al caso en que dicha promesa contenga un *new contract*, es decir, un *contract* u obligación contractual que tenga una propia y nueva *consideration*. Parece que, según aquellos abogados, tal *consideration* consistiría en este caso en la promesa más o menos implícita, del acreedor Mina, de no reclamar durante cierto plazo (el plazo dentro del cual Bonacina había prometido que pagaría en la escritura privada); sobre esta tesis y sobre su valor, v. infra notas 7 y 20.

6 Según el Derecho inglés (y lo mismo en el americano) la quiebra debe terminar con el *discharge in bankruptcy*, es decir, con la liberación de las deudas del quebrado (que se hubieran podido declarar o probar en la quiebra), incluso por la parte no pagada e incluso respecto a las deudas no declaradas; y lo mismo aun en el caso de que el acreedor, no habiendo intervenido en la quiebra, no hubiera tenido noticia del procedimiento. Sin embargo, el *discharge* puede quedar sometido a ciertas condiciones, como la de que el quebrado consienta en procurar un título ejecutivo (en forma de *judgment)* para las deudas no satisfechas en el momento del *discharge*. El *discharge* no produce efectos para las obligaciones nacidas de *fraud* o de violación fraudulenta de un *trust*.

Ahora bien, la tesis de los abogados del demandado es la siguiente: según el art. 30, apartado 3, de la ley de 1883, la simple promesa de pagar una deuda de las comprendidas en aquel *discharge*, no sirve de nada si tal promesa no constituye un *new contract*, ya que de no ser así se trataría todavía de hacer valer la misma deuda objeto del *discharge* (sobre el Derecho americano v. nota 14). La situación es distinta cuando existe un *new contract*, es decir, una promesa con una propia *consideration* (que no consista en la simple *moral obligation:* v. vol. I, § 28, *a*). Sobre este *new contract* y sobre sus varias *considerations*, v. supra nota 5 e infra notas 7 y 25.

7 La *consideration* para la promesa de pagar una deuda comprendida en el *discharge*, podría consistir también en una promesa del acreedor de no reclamar el pago dentro de un determinado plazo (v. supra nota 5). Aunque frente a la acción para reclamar el pago de una deuda comprendida en el *discharge* se puede oponer la extinción operada por dicho *discharge*, la promesa de no reclamar el pago de una deuda, aunque sea una obligación natural, puede constituir una *consideration* válida para la promesa de pagarla: v. los casos *ex parte* Martingell y Goodson v. Grierson, en la nota al caso Orr. v. Orr.

8 Es decir, de una deuda que las partes suponían o consideraban existente; lo mismo podría decirse si la deuda existiera efectivamente: v. vol. I, § 28, *a*.

Se acude a este argumento para excluir la idea de un *new contract*, para el que se necesitaría, además de la *consideration*, la intención de hacer que reviviera la antigua deuda objeto del *discharge*, prometiendo pagarla. Sobre este argumento v. también la opinión del juez Eve comentada infra en la nota 24.

9 Con una *consideration*, como aquellas a que se alude en la nota 7 y en la 32.

10 V. supra nota 3. Sobre el probable contenido de este desacuerdo entre los dos abogados peritos, v. vol. I, § 11, e infra notas 16 y 24.

11 V. nota 7.

12 Es decir, lo que estaba "obligado" a pagar, prescindiendo de la cuestión del *discharge in bankruptcy*.

13 Sobre esta tesis v. infra, en las notas 16 y 24, la opinión del juez Eve.

14 Sobre este punto v. en la parte que corresponde a la nota 28, la opinión del juez Cozens. Lo que quiere decir el abogado de Mina es que, mientras en la ley de 1849 se había previsto expresamente la nulidad de las promesas (es decir, de las simples promesas, dejando aparte los casos en que existiera una nueva *consideration)* de pagar una deuda comprendida en el *discharge*, en cambio, en las leyes de 1869 y 1883 no se habla expresamente de esta cuestión. Pero esta tesis, basada en el silencio de la ley, ha sido rechazada por los Tribunales ingleses: v. los casos citados y el mismo caso Bonacina, infra en el texto.

En este punto, es distinta la posición del Derecho americano, en el que se admite la validez de aquellas simples promesas: v. § 87 del *Restatement* americano sobre *Contracts*, y Williston, *Contracts*, § 158; v. también vol. I, § 28, *a*, especialmente la nota 4.

15 El concepto de *cause of action*, fundamental en el *common law* pero con el que un jurista del *civil law* no puede familiarizarse fácilmente, parece ser el de un conjunto de hechos, incluyendo en ellos un *contract*, que puedan dar lugar al derecho de obtener una decisión favorable del Tribunal, generalmente la decisión solicitada por el actor. V. Sereni, *Aspetti del processo civile negli Stati Uniti*, Milano, 1954, págs. 45-46.

16 Es decir, de la deuda verdaderamente existente o de aquella cuya existencia se supone: v. supra nota 8.

Esta observación del juez Eve es muy importante también para resolver la cuestión en el Derecho italiano y en el *civil law* en general: v. vol. I, § 11, nota 22, y el caso francés Coureau y los que le siguen, estudiados en el capítulo V de la primera parte. Todavía volveremos sobre este punto (v. nota 24).

17 V. supra notas 5 y 7.

18 V. supra nota 6.

19 *Voluntary promise*, como en otros casos que hemos estudiado, significa técnicamente "sin un *bargain*" , es decir, espontáneamente o también "*gratuitous*" en sentido técnico (v. vol. I, § 28, *b*).

20 V. notas 5 y 7.

21 Se mencionan aquí algunos de los criterios admitidos por el Derecho Internacional Privado inglés *(conflicts of laws)* para saber si un determinado contrato ha sido concebido por las partes dentro de la órbita de un determinado ordenamiento jurídico.

22 V. nota 21.

23 V. notas 10 y 16 y lo que diremos infra.

24 Para este *new contract* no parece que el juez Eve quiera exigir los requisitos de un *contract* inglés; lo trata como *contract* italiano; pero exige que, por lo menos, aunque se le considere así, sea un *new contract*, es decir, que esté animado por la común intención de las partes de prometer el cumplimiento de una obligación natural y no por la de reconocer simplemente una deuda que se supone existente y que tal vez exista según el Derecho italiano. De no ser así, dice el juez, se trataría de volver a "hacer valer la deuda anterior", lo cual queda prohibido por la ley inglesa de quiebras. V. también supra nota 16 para el *civil law*.

25 Sobre este *acting on the faith of the promise*, v. vol. I, § 27, *a*, es-

pecialmente nota 2. Dicho *acting* consistía en el caso Jakeman v. Cook, según parece, en suministrar nuevas mercancías al ex-quebrado. V. infra nota 32.

26 V. notas 16 y 24.

27 Sobre el concepto de *valuable*, v. vol. I, § 30, *a*, *b*, nota 4.

28 V. supra nota 14.

29 Es decir, de un *contract* regulado por el Derecho inglés y nulo, por lo tanto, al carecer de *consideration*.

30 Es decir, válido según el Derecho italiano, que era el que había que aplicar al caso Bonacina.

31 V. vol. I, § 28, *a*, nota 7.

32 V. nota 25.

33 En el caso Kidson v. Turner, resuelto bajo la vigencia de la ley de 1849 que, a diferencia de las leyes posteriores, había previsto la cuestión (v. supra nota 14), se declaró que ni siquiera era válido un *bond*, acto formal.

34 Sobre la delicada concepción de lo que son materias de procedimiento según el Derecho internacional privado inglés *(conflicts of laws)*, v. tambien lo que se dice en el pasaje que corresponde a la nota 35 y vol. I, § 34, nota 19.

35 V. nota 34.

* * *

Hechas estas aclaraciones, volvamos a la cuestión planteada en el caso Bonacina que es, a decir verdad, una cuestión de Derecho italiano.

Dejamos de lado la curiosa afirmación que se lee en el *case* de que "la *escritura privada* es un documento válido según el Derecho italiano *como documento público*" (error derivado de la acostumbrada cláusula de estilo: "la presente escritura privada valdrá a todos los efectos como documento público"; aunque entre nosotros todo el mundo sabe que no puede tener tal valor). Y con ello, dejamos de lado también la idea, igualmente curiosa, de que la escritura privada contenía un *Italian contract in Italian form*, cuando todos sabemos que la escritura privada no es una forma o, por lo menos, no es una de las formas exigidas para promesas de pago de esta naturaleza. A estas curiosas ideas o informaciones hay que añadir el pasaje en el que el juez Cozens Hardy, refiriéndose a la prueba pericial sobre el Derecho italiano, dice que en dicho Derecho "una *moral obligation* es suficiente para fundar una obligación jurídica, *si para ello se ha formalizado un documento como aquella escritura privada*". Todos sabemos que para hacer válida la promesa de cumplir una obligación natural, si se admite que tal promesa pueda ser válida, no se necesita ninguna forma escrita (pues si se exigiera la del documento público, el problema quedaría superado: v. volumen I, § 11).

El verdadero punto de la cuestión, para el Derecho italiano y para el *civil law* en general, es el que bosqueja el juez Eve: v. supra notas 16 y 24. Un punto que no deja de ser algo delicado. Lo desarrollaremos en forma de cuestionario, teniendo en cuenta que, como dice el juez Farwell, la promesa de pagar una deuda comprendida en el *discharge in bankruptcy* no es contraria a la *public policy* ni *inmoral*, y que lo único que se exige para tal promesa es que sea *enforceable* según la ley del lugar en que se hizo.

a) Suponiendo que el préstamo hecho a Bonacina para el mantenimiento de su familia, etc., quedara dentro del ámbito del ordenamiento jurídico italiano, por ser tanto Mina como Bonacina ciudadanos italianos o por otras circunstancias que no resultan del *case,* ¿podía producir el *discharge in bankruptcy* inglés la extinción de aquella deuda *según el Derecho italiano?*

Si se responde negativamente a esta pregunta, habrá que averiguar si la promesa de pago, contenida en la escritura privada y hecha sobre la base de la aprobación de un extracto de cuenta, podía producir en el *civil law* una nueva obligación independiente de la anterior, o si la única obligación que existía era la nacida de la llamada relación fundamental, averiguación que interesaría en orden a lo que decimos supra en nota 24 (v. también vol. I, § 22, nota explicativa núm. 4, y especialmente nota 36). Teniendo en cuenta que hubo una discusión sobre aquel extracto de cuenta y que las partes se pusieron de acuerdo para aprobarlo, parece que debió nacer una nueva obligación: v. vol. I, § 28 *a,* al final.

En caso de que se responda afirmativamente a aquella pregunta, es decir, si se admite que el *discharge* producía también efectos en el ámbito del ordenamiento jurídico italiano, surgen los problemas más delicados, de los que nos vamos a ocupar inmediatamente y que se refieren a la promesa de cumplir una obligación natural (v. vol. I, § 11).

b) Existía indudablemente, en la promesa que Bonacina hizo en aquella escritura privada, la intención de obligarse jurídicamente y no la de reconocer simplemente una obligación natural (v. vol. I, § 11, nota 22, y los casos franceses estudiados en el cap. V de la primera parte de este vol. II).

Así resulta del mismo texto de la escritura y de la cláusula según la cual ésta "tenía que valer como documento público", cláusula que probablemente se incluiría en dicha escritura (v. vol. I, § 14, nota 16). Pues si Bonacina no hubiera tenido tal intención, y teniendo en cuenta que en aquella época Mina no tenía noticia de la quiebra ni del correspondiente *discharge,* se habría planteado un problema de divergencia entre la intención de uno y otro, problema que habría que resolver acudiendo a los principios sobre la reserva mental.

Pero la intención de Bonacina, que, naturalmente, tenía conocimiento de su *discharge,* ¿era la de prometer (como vínculo jurídico) que cumpliría una obligación natural? Si así era, surgirían los dos problemas a que se refieren los dos apartados siguientes, *c* y *d.*

c) ¿Era válida según el Derecho italiano, o por lo menos según la jurisprudencia italiana de aquella época, la promesa hecha en cumplimiento de una obligación natural como la que existía en este caso? V. vol. I, § 11, notas 18 y sigts., especialmente la nota 22; v. también el cap. III de la primera parte de este vol. II.

d) En caso de que se responda afirmativamente a la pregunta que acabamos de hacer, ¿podría modificar la solución el hecho de que Mina

pensara que el fin o "causa" de la promesa era el hacer constar por escrito una obligación civil y prometer el pago de la misma?

e) Por el contrario, suponiendo que Bonacina, quien naturalmente tenía conocimiento de su *discharge* pero que tal vez no comprendía su alcance o pensaba que no había de producir efectos en el ámbito del ordenamiento jurídico italiano, en el que quedaba comprendida la escritura privada, tuviera la intención de hacer constar y prometer el pago de una obligación civil, ¿qué valor tendría este error *en el caso concreto*? (interesa saber qué valor tendría tanto por la naturaleza de aquel *discharge* como por el estado de ánimo de Mina). V. vol. I, § 11, nota 14.

Este problema puede traducirse en los términos siguientes: ¿la obligación natural, como *cause suffisante* en el sentido a que aludíamos en el vol. I, § 11, especialmente nota 1, juega de manera objetiva, es decir, como "causa" justificadora de un vínculo jurídico (prescindiendo del esquema formal-causal de la donación), o solamente de manera subjetiva, es decir, en cuanto que exista en ella la intención concorde de las partes, o por lo menos la del promitente, de hacer una promesa en cumplimiento de una obligación natural? ¿No debe admitirse la concepción objetiva, por lo menos en un caso tan grave como el presente, en el que según la ley italiana seguía existiendo la deuda *civil*, y teniendo en cuenta lo injusta que sería, según nuestra mentalidad, la solución contraria?

f) Probablemente, Bonacina ni siquiera se planteó el problema de si su promesa significaba la promesa de cumplimiento de una obligación natural o, por el contrario, el reconocimiento de una obligación civil (v. supra en la nota 16 la opinión del juez Eve). En tal situación, y teniendo en cuenta el estado de ánimo de Mina, ¿qué piensa el lector acerca del tratamiento jurídico que corresponde a tal promesa?

Si hubiera que pensar que existían dudas acerca de la intención de Bonacina (de prometer el cumplimiento de una obligación natural o, por el contrario, de reconocer una obligación civil), ¿en qué sentido habría que interpretar, en la duda, aquella promesa? V. arts. 1.131 y sigts. del Código civil italiano de 1865 y arts. 1.362 y sigts. del C. c. ital. de 1942.

g) ¿Qué piensa el lector de la opinión del juez Eve? (especialmente en lo que se refiere a la parte que comentamos en las notas 16 y 24).

¿Y qué piensa de la opinión de los jueces del Tribunal de Apelación, especialmente en relación con la cuestión que hemos planteado en el apartado *e*? Obsérvese también la definición que dan de la "causa" los abogados Clayton y Maugham, considerándola como un *motive* con el requisito de que sea *good*.

Ross, Hutchinson v. Royal Institution for the advancement of learning

Quebec Court of Appeal, 1931. — *K. B.* 107 *(Que. C. A.)*; *Supreme Court of Canada*, 1932. — *S. C. R.*, 57

Donación "cum onere" y por un deber moral; caso tratado desde dos puntos de vista: "civil law" y "common law".

(Caso en parte resumido y en parte transcrito textualmente.)

He aquí los hechos, tal como se refieren en el interesante trabajo de H. Newman, *The doctrine of cause or consideration in the civil law, The Canadian Bar Review*, 1952, p. 670 y sigts.

En 1914 el señor J. K. L. Ross prometió un donativo *(subscription)* de 150.000 dólares a la McGill University, cuyo nombre formal es "The Royal Institution...", etc. Dicha *subscription* se hizo para que se construyera un *Gymnasium* que debía llevar el nombre de "Ross Memorial Gymnasium", con la condición de que la Universidad destinara también a la construcción de dicho *Gymnasium* una cantidad de 100.000 dólares que había sido dejada por el padre del señor Ross a la Universidad (al parecer, sin imponerle aquel concreto destino).

En 1920 el mismo señor Ross hizo otra *subscription* de 200.000 dólares, en una campaña organizada por la misma Universidad para reunir fondos, pactándose que la anterior *subscription* de 150.000 dólares, todavía no pagados, debería incluirse en los 200.000 dólares que se prometían ahora, y pactándose también que el señor Ross dispensaba a la Universidad de la obligación de construir el *Gymnasium*.

El señor Ross entregó 100.000 dólares a cuenta de los 200.000 que había prometido, y posteriormente solicitó y obtuvo una moratoria de tres años para el pago del resto, otorgando al efecto en favor de la Universidad una letra o pagaré *(promisory note)* que vencía a los tres años de su fecha.

Poco antes de que venciera la letra el señor Ross fué declarado en quiebra. La Universidad reclamó al *trustee* (síndico) de su patrimonio la cantidad a que se refería dicha letra.

El *trustee* se negó a admitir tal petición, sosteniendo que, de conformidad con el art. 10 de la *Bills of Exchange Act* o ley cambiaria, se debían aplicar los principios del *common law* y que

no existía ninguna *valuable consideration* para la letra en cuestión, en contra de lo que exigía el art. 53 de dicha ley.[1]

El pleito llegó hasta el Tribunal de Apelación de Quebec, y en él la mayoría de los jueces estimó que el Derecho aplicable a este caso era el *civil law*[2] y que, según este Derecho, existía una *cause* para la promesa cambiaria, de manera que el contrato debía considerarse como contrato a título oneroso.[3]

Sobre este particular, el juez Dorion se expresó en la forma siguiente:

"En el Derecho inglés, con la palabra *consideration* se sobreentiende *valuable consideration,*[4] mientras que en el Derecho francés la causa o «consideración» no es más que el motivo que determina el consentimiento de las partes. Por lo tanto, hay siempre una causa o «consideración» en una donación, y esta causa es la intención de beneficiar al donatario; se trata de un contrato a título gratuito o contrato de beneficencia...[5] Con razón se sostiene que un simple interés moral puede ser una «consideración» válida en un contrato y que lo convierte en contrato a título oneroso. Pero todavía existe una diferencia entre la consideración moral y el deseo de beneficiar. Conocidas son las discusiones a que ha dado lugar el concepto de *cause ou considération;* ésta no es, en definitiva, más que el motivo que determina la voluntad del otro contratante; de esto no cabe duda, pues no se obra nunca sin motivo y el contrato sin «consideración» se reduciría a algo que no hubiera sido querido" (sobre esto v. nuestro vol. I, § 4, nota 20).

Sobre la base de estas consideraciones, el juez *Dorion* estima:

Que la primera *subscription,* hecha en 1914 por valor de 150.000 dólares, no tenía ninguna *considération* o *cause* (en el sentido de una causa distinta del simple "deseo de beneficiar"). Se trataba de una simple donación, que era nula por no revestir la forma del documento notarial.[6]

Que la segunda *subscription,* hecha en 1920 por valor de 200.000 dólares, constituía un simple reconocimiento de la *subscription* anterior, a la que se agregaba otra *subscription* por valor de 50.000 dólares, que también carecía de *considération* (en el sentido y con los efectos a que acabamos de aludir).

Pero que la *promissory note* representaba el cumplimiento de una deuda de honor, que imponía al señor Ross una obligación moral o natural, es decir, la de mantener la integridad de su honor.[7]

Este punto fué desarrollado también por el juez Berhier en la forma siguiente:

"No cabe poner en duda que para formar un contrato es suficiente una obligación de conciencia o una obligación natural." Y, sobre este particular, el juez cita a Pothier: "Se llama obligación natural a aquella que, en el fuero del honor y de la conciencia, obliga al que la ha contraído al cumplimiento de lo que por ella se debe".

Y terminaba diciendo:

"Si el simple deseo de obedecer a un sentimiento de equidad, de conciencia, de delicadeza o de honor, puede constituir una causa suficiente para obligarse, que tenga cabida en la categoría de los actos a título oneroso, ha de concluirse que las promesas hechas por Ross en favor de una Universidad de la que él era uno de los principales administradores y directores constituirían una *cause* o una *considération* suficiente para hacerlas obligatorias." [8]

De acuerdo con estas consideraciones, el juez Bernier estimó que no sólo la *promissory note* sino también las dos anteriores *subscriptions* eran válidas sin necesidad de la forma notarial exigida para las donaciones; porque todas aquellas promesas representaban "contratos a título oneroso", fundados en una *consideration* (causa o interés) moral.

El juez Bond, en minoría, discrepó de la opinión de sus colegas. Estimó que se debían aplicar al caso los principios del *common law*; y que, según dichos principios, faltaba una *consideration* (entendida aquí en el sentido técnico propio del *common law*) tanto en las dos *subscriptions* como en la *promissory note*; y que, por lo tanto, todas ellas eran nulas.[9] A este respecto, el juez Bond observa, citando a Pollock y a Leake, que "la *consideration* es aquello que se da y se acepta a cambio de la promesa. Pueden concurrir otros *motives*, propósitos o expectativas, pero desde el punto de vista jurídico son irrelevantes. La *consideration* ha de proceder del promisario.[10]

El *trustee* recurrió, y la *Supreme Court of Canada* confirmó la decisión del Tribunal de Apelación, favorable a la Universidad. Estimó que la mayoría del Tribunal de Apelación había juzgado rectamente, si en aquel caso había de aplicarse el *civil law*. Pero que aunque hubiera que aplicar el *common law* debería mantenerse la decisión favorable a la Universidad, ya que existía una *consideration* según los mismos principios del *common law*. Y ello por las razones siguientes:

La primera *subscription*, de 1914, por 150.000 dólares estaba asistida de una *consideration*, como contrato oneroso, ya que la Universidad se había obligado a construir el *gymnasium*.[11]

La *subscription* de 1920 también tenía una *consideration,* ya que la Universidad había accedido a cambiar el destino de aquella cantidad, que en la primera *subscription* se destinaba al fondo para la construcción del *gymnasium* y que después fué incorporada al fondo general de la Universidad.[12]

En cuanto a la *promissory note,* la moratoria de tres años obtenida mediante su otorgamiento constituía una *consideration* para dicha *note.* El Tribunal observa a este respecto que la *forbearance* (es decir, la renuncia o la abstención de hacer algo que se tiene derecho a hacer, en este caso el derecho a reclamar el pago de la *subscription*) constituye siempre una *consideration* suficiente para el *common law.*[13]

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 9, especialmente notas 8, 9 y 10; §§ 10 y 11, especialmente notas 10 y 17; v. también los capítulos II y III de la primera parte (donación *cum onere, causa praeterita* y donación en favor de una entidad).

En cuanto al *common law,* v. vol. I, §§ 26, 28 *a,* 30 *a* y 34 *a*; v. también la nota 1 al caso Allegheny College.

Incluímos a continuación algunas aclaraciones que corresponden a las llamadas que hemos intercalado en el texto del *case.*

1 V. vol. I, § 34, *d.* El *trustee* objetaba que las anteriores *subscriptions* no eran válidas por carecer de *consideration* y que, por lo tanto, la *promissory note* no tenía la *consideration* de una deuda anterior (v. vol. I, § 28, *a* y § 34, *d,* nota 27), ni tampoco tenía una *consideration* propia.

2 Quebec es país de *civil law* (v. vol. I, § 25, *b*). Pero la determinación del Derecho aplicable al caso debía ser dudosa, sobre la base de algún discutible criterio en materia de conflictos de leyes.

3 Aplicándose el *civil law,* si el contrato hubiera sido una donación se requeriría el documento notarial, por existir en Quebec la institución del notariado y por exigirse allí el requisito de forma en la donación.

Sin embargo, se planteaba la cuestión de la suficiencia de la forma cambiaria, tanto si se la consideraba como donación manual como si se veía en ella una donación "indirecta o disimulada" (v. vol. I, § 22, especialmente nota 37; y § 38, *d*).

Según dice Newman en el artículo citado, esta tesis fué rechazada por el Tribunal por considerarse que el hecho de otorgar aquella *note* no constituía una donación manual.

4 Sobre este concepto de *valuable consideration,* v. vol. I, § 30, *a, b,* especialmente la nota 4.

5 Sobre este pasaje y sobre el siguiente: v. vol. I, § 5; § 9, notas 8, 9 y 10; § 11, notas 10 y 17.

6 V. vol. I, § 10 y § 12, *a,* nota 1; v. también la nota al caso Hospital Mayor de Milán cr. Garovaglio, y las secciones I, II y IV del cap. II de la primera parte.

7 ¿Quiere aludir aquí el juez a una obligación natural de las que hemos considerado en vol. I, § 11, notas 25 y sigts.?

8 Este punto no resulta del todo claro (y tampoco parece exacta la idea de que la promesa hecha por una obligación natural es un acto a título

oneroso), teniendo en cuenta, además, lo que el juez Bernier dice inmediatamente después, refiriéndose a las anteriores *subscriptions* (v. vol. I, § 9).

9 Sobre este punto, v. la nota al caso Allegheny College.

10 Puede verse este mismo argumento en el caso Thomas v. Thomas; v. también vol. I, § 26, nota 26.

11 V. la nota al caso Allegheny College, también por lo que se refiere al "*Memorial*".

12 Argumento más dudoso: v. vol. I, § 30, *a*, y las notas a los casos Dunton v. Dunton y Allegheny College.

13 ¿Había existido un *bargain* entre el otorgante de la *promissory note* y la concesión de una moratoria? ¿No existía una deuda anterior que podía servir de *consideration* para aquella *note?* V. vol. I, § 34, *d*.

* * *

Leyendo los §§ del vol. I que citamos y los otros casos mencionados en las notas anteriores, el lector estará en situación de poder apreciar el caso Ross.

Sería éste un caso en el que el *civil law* (Derecho francés) y el *common law* llegarían al mismo resultado, pero *por caminos distintos*.

Sin embargo, reflexionando sobre las notas 5, 6, 7 y 8, el lector puede dudar de que también según el Derecho francés se pudiera llegar a considerar a aquellas promesas como válidas (dejando aparte la tesis sobre la validez de la letra, a que se alude en la nota 3).

Lo que sí es cierto es que no se llegaría a la misma solución según la corriente dominante en la jurisprudencia italiana: v. supra nota 6, y vol. I, §§ 10, 11 y 12 *a*; v. también la sección II del cap. II de la primera parte.

Berry Ruspoli cr. Berry Chigi

C. Appello Roma, 19 dic. 1933. — *Foro it.*, 1934, I, 609

Causa y "consideration". — Documento notarial y "act under seal". — Donación por causa de matrimonio y matrimonio como "consideration". — Donación "cum onere" y contrato de cambio.

(Sentencia transcrita tal como figura en el *Foro it.* con los correspondientes *omissis*.)

El Tribunal, etc. — *Hechos.* — En demanda de 20 de enero de 1931... la Princesa Doña Marian Berry de Chigi exponía:

Que para favorecer el matrimonio de la demandante con el príncipe Don Segismundo Chigi, celebrado en Roma el día 15 de julio de 1928 por el rito civil y al día siguiente, 16 de julio, por el rito religioso, su tía Doña Eugenia Berry, viuda de Ruspoli, en documento de 9 de julio de 1928 otorgado ante el Cónsul de los Estados Unidos de América en Roma, le había concedido una

renta de 120.000 liras al año durante toda la vida de la concedente Doña Eugenia Berry.

Que hasta el 31 de diciembre de 1928 esta última había pagado la renta, enviándosela a Roma por entregas mensuales, pero a partir del 1.º de enero de 1929 no había hecho ninguna otra entrega, resultando inútiles todas las reclamaciones que se le hicieron para inducirla a que cumpliera la obligación que había asumido *(omissis)*.

DERECHO. — El documento que constituye la base de la controversia es del tenor literal siguiente:

"Roma (Italia), 9 de julio de 1928.

"Por el presente documento hago donación a mi sobrina Marian Berry de mi participación en la propiedad situada en el condado de Floyd, Georgia, comprada por mi hermano L. J. Berry y conocida como la propiedad L. J. Berry.

Además, concedo a mi sobrina Marian Berry una renta de 120.000 liras al año, durante toda mi vida.

L. S. Jennie E. Berry Ruspoli.

Reino de Italia. — Ciudad de Roma.

Consulado General de los Estados Unidos de América.

Yo, Jorge B. Seawright, Vicecónsul de los Estados Unidos de América en Roma, Italia, debidamente comisionado, certifico que el día 9 de julio de 1928 ha comparecido ante mí Jennie E. Berry Ruspoli, a la que personalmente conozco y a la que conozco como la persona cuyo nombre figura en la firma, y que ha confeccionado el precedente instrumento, y habiendo sido informada por mí de su contenido ha reconocido debidamente ante mí que ha otorgado dicho instrumento libre y voluntariamente para el destino y los fines que en él se mencionan.

En testimonio de lo cual, he puesto aquí mi firma y aplicado el sello oficial en el día y año de la fecha.

Firmado: George Seawright, Vicecónsul de los Estados Unidos de América en Roma, Italia."

Es indudable que esta relación debe regularse por el Derecho americano, tanto por lo que se refiere a la forma como por lo que afecta al contenido y a los efectos; igualmente se ha admitido sin discusión que en el aspecto formal el documento es válido; la discusión se limita, por tanto, a su validez intrínseca y, concretamente, se sostiene que falta en el documento aquel elemento esencial a los negocios jurídicos[1] que el Derecho anglo-americano llama "*consideration*" y que, aunque no corresponda exactamente a la "causa" de nuestro Derecho, sustancialmente equivale a ella.[2]

Precisados así los términos en que se presenta la cuestión, se observa que la argumentación con la que la defensa de la apelada se opone al recurso puede resumirse en estas dos proposiciones:

a) La promesa se hizo en una forma que dispensa de la prueba de cualquier "*consideration*", es decir, por medio de instrumento sellado *(deed)*.

b) En todo caso, la promesa se apoya en una "*consideration*" válida, consistente en el matrimonio que Doña Marian Berry debía contraer, y que contrajo efectivamente pocos días después, con el príncipe Don Segismundo Chigi.

a) De la primera proposición el Tribunal de instancia no se ocupó para nada, de lo que se queja la apelada en una reclamación incidental. Y puesto que la cuestión tiene, evidentemente, carácter prejudicial, es necesario tomarla en consideración previamente.

A este respecto conviene recordar que en el Derecho anglo-americano los contratos se dividen en dos grandes categorías: contratos sellados y no sellados o simples *(Sealed* y *Unsealed)*.

Esta distinción se aproxima a la distinción romana entre contratos formales y no formales: en el instrumento sellado, las palabras solemnes de la *sponsio* en la *stipulatio* se sustituyen por el sello.[3] Pero, lo mismo que en la *stipulatio romana*, en el contrato sellado del Derecho anglo-americano la importancia de la forma ha sufrido una notable evolución con el transcurso del tiempo. En el antiguo "*Common Law*", el contrato sellado constituía un negocio abstracto[4] en su forma típica: la promesa integraba una obligación que existía por sí misma. El sello se elevaba a la categoría de "*consideration*" y, por lo tanto, bastaba con él para engendrar el vínculo y el correspondiente derecho, que quedaba al abrigo de cualquier ataque. Pero esta concepción fué atenuándose poco a poco hasta llegar a desvanecerse la abstracción de la "*consideration*".[5] En efecto, en el moderno Derecho anglo-americano los contratos sellados son, lo mismo que los contratos simples, contratos materiales[6] estrechamente ligados a la "*consideration*", y la diferencia entre las dos clases de contratos consiste solamente en que en la primera de ellas la "*consideration*" se presume.[7] Este principio ha sido formulado en la sección 342 del actual Código de procedimiento civil de Nueva York, llamado "*Civil Partice Act*", en los términos siguientes: "El sello colocado sobre un instrumento solamente significa una presunción de causa suficiente *(consideration)*, que puede ser impugnada como si el instrumento no estuviera provisto de sello".

A pesar de esta atenuación, el instrumento sellado no deja de tener cierta eficacia, como lo demuestra la cómoda posición procesal que adopta el actor en el juicio y la dificultad de la prueba de la *consideration* que incumbe al demandado.[8] Es pues importante precisar si en tal categoría de documentos puede incluirse el documento en cuestión, y a esta pregunta el Tribunal no vacila en responder que no. A tal efecto basta advertir que, según resulta del certificado del notario Urbani, en cuyo poder fué depositado el documento original, en el cuerpo de la escritura no existe ningún sello ni tampoco ninguna declaración que aluda a un instrumento sellado; figuran, ciertamente, unos sellos, pero son los del Consulado Americano y han sido colocados después de la firma de Doña Eugenia Berry y en la "certificación" del Cónsul.

Para sostener su tesis, la defensa de la apelada alega que es arbitrario escindir el documento en dos partes, la escritura de donación y el reconocimiento por parte del Cónsul; que, por el contrario, se trataría de un documento único y, precisamente, de un documento público otorgado según la ley americana, porque el fedatario público no se había limitado a declarar la autenticidad de la firma de Doña Eugenia Berry, sino que había certificado también que leyó la escritura a la otorgante y que ésta la declaró conforme con su voluntad libremente manifestada. Estando dicho documento, se dice, provisto de un sello, debe ser considerado como instrumento sellado. No importa, se añade, que el sello no sea el de la señora Berry, porque no es necesario que el sello sea el de la parte que se obliga, bastando con que figure el sello del fedatario público ante el que la parte otorgante haya reconocido su deuda.

Pero estos argumentos no resisten a la crítica.

Sobre el primer punto hay que observar que el documento público es aquel que confecciona el fedatario público; en este caso, el fedatario público, es decir, el Cónsul americano, sólo confeccionó el documento de reconocimiento de la escritura. Ésta, escrita y firmada por Eugenia Berry fuera de la presencia del Cónsul, tiene evidentemente carácter de escritura privada, y el reconocimiento no modifica en modo alguno su naturaleza, sino que únicamente le confiere autenticidad.

El hecho de que, después, el Cónsul no se haya limitado a reconocer la firma y haya recibido también la declaración de la otorgante manifestando la conformidad del documento con su voluntad, solamente significa que se está en presencia no de una simple autenticación de la firma de Eugenia Berry sino de un documento

que, en sí mismo, constituye un documento público. Precisamente se trata aquí del documento público que en el Derecho inglés y americano se denomina "certificación o reconocimiento del otorgamiento de instrumentos", al que la doctrina y la jurisprudencia anglo-americanas consideran como enteramente separado del contrato.[9] Así, en el caso Blaesi cr. Blaesi, 1888, 14 (dictamen de Battle) el Tribunal de apelación del Estado de Nueva York afirmó: "la certificación de un instrumento no hace prueba entre las partes sino que constituye solamente un medio de prueba del contrato". Y análogamente en el *Corpus Iuris,* una compilación generalmente admitida de las leyes de los Estados Unidos, p. 778 (dictamen citado) se lee: la certificación tiene la finalidad de mostrar que el concedente ha confeccionado el instrumento, y no dispensa de la obligación de llenar las formalidades esenciales para la válida confección de un instrumento.

En cuanto al segundo punto, es cierto que, según afirman los tratadistas, "hoy raras veces sucede que la parte que confecciona un *deed* (instrumento) lo selle con sus propias manos y con su propio sello; el sello se coloca o se imprime sobre el instrumento por la persona que ejerce esta profesión" (Addixon *on Contracts)*; pero sin embargo, aquellos mismos tratadistas añaden que es necesario que "la parte que otorga el instrumento declare en presencia de testigos que aquel sello es el suyo". Y la necesidad de este elemento, que precisamente vendría a faltar en el caso que examinamos, es evidente. Opinar lo contrario equivaldría a reducir la solemnidad del instrumento sellado a un hecho puramente material, reconociéndosela a cualquier instrumento en el que figurara un sello; lo cual no se puede admitir. El instrumento sellado, como todo negocio jurídico,[10] consta de dos requisitos fundamentales, material el uno: el sello, que puede reducirse también a un símbolo (las letras L. S., *locus sigilli,* o la palabra "*seal*") e incluso puede sustituirse por una marca hecha con un timbre; psíquico el otro: la intención de otorgar un instrumento sellado. Si, normalmente, el segundo elemento se identifica con el primero, ello no excluye que cuando el sello no sea idóneo para revelar por sí solo sin ningún género de dudas tal intención, como sucede precisamente cuando el sello que figura es el del fedatario público, sea necesario que la parte otorgante declare expresamente que el sello del fedatario público se ha usado como sello personal del otorgante, o que su voluntad resulte de otros hechos unívocos.[11]

b) Resulta, pues, en virtud de las observaciones que hemos hecho, que incumbe a la actora la prueba de la existencia de

la "*consideration*", de donde se deduce la necesidad de determinar en qué consiste precisamente ésta. Pero la "*consideration*" del Derecho angloamericano, lo mismo que la "causa" en el Derecho italiano,[12] si bien tomada en abstracto es un concepto unitario, tomada en concreto se presenta de manera distinta según los distintos tipos de negocios,[13] por lo que será conveniente delimitar el campo de la investigación si se quiere conseguir claridad.

Ante todo, quedan excluídos los contratos o negocios llamados *executed,* es decir, cumplidos; aquellos en los que nada queda por hacer por ninguna de las dos partes (*Corpus Iuris,* vol. XIII, página 245 citado en las comparecencias).[14] En éstos, en los que la tutela del ordenamiento jurídico no se actúa a través de la coacción y con la forma plena y directa de la acción, sino que, como en las obligaciones naturales del Derecho Romano y del nuestro, se concreta simplemente en la concesión de una defensa, la *soluti retentio,* para impedir la repetición y la restitución de la prestación ya cumplida,[15] no se requiere una verdadera y propia *consideration,* y es suficiente la existencia de una "*good*", buena o estimable *consideration.*[16]

Y pueden ser "buenas" *considerations* el parentesco natural, el amor y el afecto; motivos de deber natural o de generosidad y prudencia pueden quedar comprendidos en esta categoría (dictamen de Butterworth).

También quedan al margen de la controversia los contratos a título oneroso. Tal vez no careciera de interés un estudio doctrinal sobre la afinidad que pueda existir, por lo que se refiere a tales contratos, entre la *consideration* del sistema anglo-americano y la "causa" de nuestro sistema; pero este examen no conduciría a ningún resultado útil para la decisión del litigio.[17]

En el caso que nos ocupa, la investigación debe limitarse a las donaciones *executory,* es decir, todavía no cumplidas.[18] Es en esta categoría de negocios en la que queda comprendido el celebrado por Doña Eugenia Berry, y es precisamente en ella donde se hace más patente la diferencia entre el ordenamiento jurídico anglo-americano y los ordenamientos de los pueblos latinos. En efecto, mientras para las legislaciones más o menos derivadas del Derecho romano el simple ánimo de beneficiar *(animus donandi)* basta para que la obligación sea válida,[19] no ocurre lo mismo en el Derecho anglo-americano, que no concede acción para reclamar el cumplimiento de las simples promesas de donar, sino que exige algo además del puro espíritu de liberalidad, y esto que se exige es precisamente lo que se designa con el término *consideration.*[20]

Para dar la noción de la *consideration,* la defensa de las partes ha ofrecido un rico material de doctrina y de jurisprudencia; sin embargo, no parece necesario hacer un minucioso análisis ni una amplia exposición de ese material. En verdad, las numerosas definiciones que se han invocado, tomadas de autores o de sentencias, sólo se diferencian en la terminología; en cambio, en lo que afecta a la esencia de dicho elemento, que es lo que únicamente nos interesa, puede decirse que todas las definiciones están informadas por un mismo criterio. Por lo tanto, el Tribunal se limitará a reproducir una definición verdaderamente célebre, que ha sido universalmente aceptada en Inglaterra y en América, que se remonta a una antigua sentencia (del año 1875) de un Tribunal inglés, y que está concebida en los términos siguientes: "una válida *consideration* puede consistir en un derecho, interés, ventaja o beneficio para una de las partes o en una tolerancia, un detrimento, una pérdida o una responsabilidad concedida, sufrida o soportada por la otra".[21]

Como puede verse, la fórmula tiene un contenido amplio; en ella, pensando en las donaciones,[22] se ha incluído todo acto o hecho de la más variada naturaleza, positivo o negativo, que deba realizarse por el promisario o a consecuencia[23] de la promesa por la confianza que ésta ha despertado en él, sin otras limitaciones que las derivadas de los principios generales sobre la licitud, o de la necesidad de que el hecho se refiera al presente o al futuro, pero nunca al pasado.

Es indiferente que la acción o la omisión represente un beneficio para el donante, para un tercero o incluso un interés exclusivo del mismo donatario, ni tampoco tiene importancia la mayor o menor entidad de la "tolerancia" del promisario, teniendo pleno dominio en esta materia la autonomía individual.[24] Los jurisconsultos americanos se cuidan de advertir que el juez debe limitarse a comprobar si existe una *consideration*; pero le está prohibido declarar si ésta es más o menos adecuada o razonable. De ahí que un tratadista de Derecho americano haya podido afirmar que "en algunos casos la introducción de una *consideration* en el contrato se reduce a una mera formalidad, justificada, más que por una razón jurídico-económica, por una inveterada costumbre"[25] (Matteucci, *Principi di diritto privato degli Stati Uniti,* p. 22); y para comprender exactamente cuál es el valor que en la práctica tiene la presencia de la *consideration* en la donación, convendrá recordar el siguiente caso resuelto por la jurisprudencia inglesa y referido por Sarfatti (*Le obbligazioni nel diritto inglese,* p. 97).

"Uno exigía a otro un reloj, fundando su pretensión en el hecho de haber acudido en el día que se había fijado a la tienda del comerciante que le había indicado el demandado, quien había prometido que compraría el reloj para él; se declaró que el actor tenía derecho a exigirlo porque la otra parte había fundado expresamente[26] su promesa en el hecho de que el actor se encontrara en el lugar y en el tiempo fijados, es decir, porque este hecho constituía una *consideration*".

Por lo tanto, no parece correcta la afirmación de la defensa de la apelante cuando dice que "sólo una palabra puede traducir en italiano con suficiente exactitud el concepto de *consideration*, y es la palabra "contraprestación";[27] a menos que se amplíe su significado hasta hacerla capaz de designar una carga, un gravamen[28] impuesto al donatario, un hecho cualquiera, aunque sea de mínima importancia, que el donatario deba realizar en compensación de la donación que se le hace. Por el contrario, si se toma aquella palabra en el sentido técnico-jurídico de cambio de valores patrimoniales,[29] daría lugar a que se excluyera sin más del Derecho anglo-americano la institución de la donación,[30] tesis completamente absurda. Pues también en el Derecho anglo-americano existen las donaciones y no podría dejar de ser así teniendo en cuenta que mediante ellas se actúa una de las más esenciales necesidades de la vida social, y la exigencia de la *consideration* no corresponde al concepto de contraprestación o de retribución sino al de utilidad, al de satisfacción de una necesidad, al de consecución de un fin;[31] utilidad, necesidad y fin que alcanzan un valor autónomo y constituyen el fundamento racional y la justificación de la atribución patrimonial en favor del donatario que el acto implica. Para terminar y para dar todavía con más claridad la noción de la *consideration* en las donaciones[32] utilizando conceptos tomados de nuestro Derecho, puede decirse siguiendo a Sarfatti que la *consideration* corresponde al *modus*, pero con la fundamental diferencia de que, mientras el *modus* es un elemento accidental del negocio, la *consideration* representa un requisito esencial del mismo.[33]

Volviendo a la cuestión litigiosa, después de estas indicaciones hechas desde un punto de vista abstracto sobre la *consideration* en las donaciones del Derecho anglo-americano, se observa que las excepciones de la demandada apelante plantean tres cuestiones:

1) Si el matrimonio puede constituir una válida *consideration* de una donación.

2) Si, puesto que la ley americana prescribe el uso de la es-

critura para las convenciones matrimoniales,[34] hay que entender que la *consideration* de una donación por causa de matrimonio debe resultar también del mismo escrito en el que consta la promesa (tesis de la apelante); o si, por el contrario, puede probarse su existencia por cualquier medio de prueba e incluso con referencia a hechos ajenos al negocio (tesis de la apelada).

3) Si se ha probado la *consideration* de la donación hecha por Doña Eugenia Berry a su sobrina Doña Marian.

Tales son, pues, las cuestiones que han de examinarse separadamente para llegar a la solución de la controversia.

I. Y comenzando por la primera, su análisis puede hacerse brevemente, porque de lo que antes se ha observado se deduce directa y lógicamente la respuesta afirmativa. Sólo convendrá repetir que, de acuerdo con los criterios enunciados, para que el matrimonio pueda ser la *consideration* de una donación es necesario que constituya un acontecimiento presente o futuro, pero no pasado; que no represente la simple razón ocasional de la donación, sino precisamente la razón determinante o justificadora; en otros términos, que la donación se dirija a hacer posible o a facilitar el matrimonio, sirviendo para asegurar las bases económicas de la nueva familia.[35] Es más, el matrimonio ha sido considerado siempre en el Derecho anglo-americano como la *consideration* por excelencia de las donaciones; tanto es así que las donaciones *propter nuptias* se regulan por una antigua ley todavía en vigor, el "*Statute of Frauds*" de 1667, en la que precisamente se exige para ellas la forma escrita.

Por otra parte, el mismo Battle, que ha redactado un minucioso dictamen en interés de la apelante, no pone en duda "el hecho de que el matrimonio pueda ser una causa suficiente *(consideration)* para un contrato", y todavía más explícitamente reconoce que "da lugar a un vínculo la promesa hecha por causa del matrimonio o para facilitarlo"; y si excluye que el matrimonio que había de celebrarse entre Doña Marian Berry y el príncipe Chigi pudiera constituir una válida *consideration* de la donación hecha en su favor por su tía, llega a tal conclusión partiendo de los dos siguientes presupuestos: *a)* que la donante, Doña Eugenia, habría usado cualquier medio posible para impedir el matrimonio "en vez de causarlo o facilitarlo"; *b)* que la donación se habría hecho con posterioridad a la promesa de matrimonio, es decir, después de que la donataria Doña Marian se hubiera obligado a contraer el matrimonio en virtud del vínculo nacido con anterioridad.[36]

Por lo tanto, si se demostrara la falta de fundamento de dichos presupuestos, sería natural que cayera también desde su misma base el dictamen del jurisconsulto americano, con lo que vendría a desaparecer toda divergencia sustancial entre las partes.

Ahora bien, el primer presupuesto está en abierta contradicción con la realidad de los hechos, como veremos; y, en cuanto al segundo, se oponen a él dos consideraciones, cada una de las cuales es por sí sola decisiva:

1) Que también según el Derecho anglo-americano y, podríamos añadir, según la lógica, para que la promesa de matrimonio pueda impedir que éste constituya una posible *consideration* de una donación es necesario que tal promesa se haya hecho pura y simplemente, y no condicionándola, como ocurriría en este caso concreto, precisamente a la donación por parte de un tercero que había de estipularse antes de celebrarse el matrimonio.

En efecto, sólo en la primera hipótesis podría decirse que representando el matrimonio un *detriment* que el promisario ya estaba obligado a soportar en virtud de otra obligación, no podía constituir la *consideration* de una donación y, más concretamente, que no podía estar con ella en relación de causa a efecto.

2) Que, de todos modos, hay que tener en cuenta que en este caso los esponsales se celebraron de conformidad con el Derecho italiano, en el que se ha codificado el principio opuesto al sancionado por la ley anglo-americana, a saber, el de que "la promesa recíproca de futuro matrimonio no produce obligación legal de contraerlo" y que, concurriendo determinados requisitos, el promitente que sin justos motivos se niegue a cumplir tal promesa sólo queda obligado a resarcir los gastos que el prometido inocente haya hecho por causa del futuro matrimonio (arts. 53 y 54 del Código civil).[37]

II. Más delicada resulta la segunda cuestión.

Como ya se ha indicado, una antigua ley, el "*Statute of Frauds*", impone la forma escrita para las convenciones matrimoniales; parece, pues, que puede deducirse la consecuencia de que deben resultar por escrito todos los elementos esenciales de la relación, y entre ellos queda comprendida indudablemente la *consideration,* tratándose de un acto que, como la donación, no la revela por sí mismo. Las características de los instrumentos sellados, que hemos puesto ya de manifiesto, demuestran sin necesidad de más comentarios que sólo para tal categoría de contratos rige el principio, que el Derecho italiano establece con carácter general para todos los contratos, según el cual "el contrato es válido aun-

que en él no se exprese la causa" y "la causa se presume mientras no se pruebe lo contrario" (arts. 1.120 y 1.121 del C. c.).[38] En todo caso, este punto parece indiscutible para la jurisprudencia americana. El Tribunal de Apelación del Estado de Nueva York, en la causa Barney cr. Forbes (dictamen de Battle), afirmó: "Los Tribunales han declarado con gran uniformidad que todas las partes esenciales de los contratos deben figurar por escrito; la existencia o el reconocimiento de la existencia de la causa *(consideration)* legal en la que se apoya la promesa no solamente es esencial sino que es absolutamente indispensable". Y el mismo Tribunal tuvo ocasión de reiterarlo en otro caso, diciendo: "el defecto del contrato en cuestión es que no contiene una razón expresa ni resulta de él ninguna recíproca promesa de las partes de la que pueda deducirse tal razón".[39]

Pero, si la necesidad de la indicación escrita de la *consideration* en los contratos para los que se exige tal forma parece innegable, no puede estimarse que sea también indispensable la unidad de acto en el otorgamiento de la escritura. Este otro requisito no responde a la lógica y no deriva de los principios.

La ley americana, lo mismo que la nuestra, no impone ni determina la forma que debe revestir el documento escrito; de donde resulta que se considera suficiente cualquier escrito, incluso un simple "memorándum" o una carta, e igualmente, la única sentencia, entre las que se citan en los dictámenes presentados, que alude a esta materia, para justificar la declaración de nulidad de una donación por defecto de *consideration* motiva en la forma siguiente: "considerando la parte expositiva de dicho acuerdo, *la correspondencia cruzada entre las partes y las relaciones entre ellas,* nos parece claro que el acuerdo era una simple disposición voluntaria en favor del actor" *(omissis)*.

c) Con lo dicho hasta aquí, el pleito debería considerarse agotado. Sin embargo, la apelante acude todavía a otro distinto orden de argumentos sosteniendo que, en última hipótesis, aunque el documento fuera válido según la ley americana no podría nunca hacerse valer en Italia, en virtud de la prohibición expresa contenida en el art. 12 de las disposiciones preliminares al C. c.

El camino lógico a través del cual se llega a esta conclusión es el siguiente: la disposición del art. 1.056 del C. c., según la cual "todas las donaciones deben hacerse mediante documento público y de lo contrario son nulas", es de naturaleza prohibitiva y no admite ninguna derogación; según el art. 12 de las disposiciones preliminares, "en ningún caso las leyes, los documentos y

las sentencias de un país extranjero o las disposiciones y convenciones privadas podrán derogar las leyes prohibitivas del Reino que afecten a las personas, a los bienes o a los contratos, ni las leyes que de alguna manera afecten al orden público y a las buenas costumbres"; *ergo* la ley americana, que establece para las donaciones la simple escritura privada, no puede tener aplicación en Italia.

Con esto se vuelve a suscitar una antigua cuestión originada, más que nada, por una imperfecta dicción del mencionado artículo 12 de las disp. prel., pero que no cabe discutir seriamente. En efecto, contra el modo de argumentar de la apelante se ha observado con razón que, si para que fuera inaplicable en Italia una ley extranjera bastara con que estuviera en contradicción con una ley prohibitiva italiana, vendría a destruirse en gran parte el valor de todas las disposiciones que integran nuestro sistema de Derecho internacional privado. De ahí que el absurdo de tal resultado, que en modo alguno puede considerarse querido por el legislador, haya llevado a la doctrina a distinguir las disposiciones prohibitivas en dos categorías, una de las cuales comprende las disposiciones prohibitivas que solamente afectan a los ciudadanos, y la otra las que afectan a los ciudadanos y a los extranjeros (orden público interno e internacional), y a considerar sólo a estas últimas como límite para la aplicación del Derecho extranjero. En otros términos: para negar la aplicación de la ley extranjera no basta demostrar que está en contradicción con una disposición prohibitiva de la ley italiana, sino que hay que demostrar también que la aplicación en Italia de la ley extranjera ofendería los principios fundamentales del orden público y de las buenas costumbres. Ahora bien, a la vista de tales consideraciones, no es necesario decir ni una sola palabra para convencer de que la norma contenida en el art. 1.056 del C. c. ha sido dictada para los ciudadanos italianos pero no para los extranjeros, y de que la aplicación en Italia de la ley americana, que para la validez formal de las donaciones se conforma con exigir una simple escritura privada, no choca contra el orden público y mucho menos contra la moralidad.

Por estos motivos, etc., etc."

NOTA Y CUESTIONARIO. — V. vol. I, § 37, especialmente la parte final; véanse también los otros pasajes del vol. I y los casos estudiados en este volumen que se citarán a continuación.

Se trata de un caso célebre. Defensores de las partes eran, entre otros, Scialoja, Carnelutti y Chiovenda. Y la sentencia (anotada por

Franceschelli y por Matteucci) es extraordinariamente interesante porque en ella se afrontan directamente los problemas del Derecho comparado. Y es interesante, no sólo por lo que en ella se dice del Derecho anglo-americano (los jueces de nuestros Tribunales, como los de otros países y como casi siempre ocurre en casos semejantes, reflejan la opinión de los expertos), sino también, y sobre todo, por las comparaciones que en ella se hacen entre instituciones del *common law* e instituciones nuestras.

En las notas que siguen haremos remisiones a nuestro vol. I y plantearemos cuestiones siguiendo las llamadas que hemos intercalado en el mismo texto de la sentencia.

1 ¿Es exacto afirmar que la *consideration* es un elemento esencial de los "negocios jurídicos"? V. vol I, § 35, nota 18.

¿Existe en el *common law* una generalización que corresponda a nuestro concepto de negocio jurídico? *Legal transaction* es un concepto o término que no corresponde al de negocio jurídico; más bien se refiere a un negocio entre vivos que comprende nuestros conceptos de contrato obligatorio y de acto dispositivo (por lo que se refiere a su contenido material).

2 ¿Es exacta esta otra afirmación? V. vol. I, §§ 37, 26 y 33. ¿Queda claro qué es lo que el Tribunal entiende por "causa"?

3 V. vol. I, § 22, *e*, y § 34, *a*, *c*.

4 V. las citas de la nota anterior.

5 V. vol. I, § 34, *a*, *c*, especialmente nota 24. Pero no es en este sentido en el que la sentencia habla de "atenuación de la abstracción". V. infra nota 7.

6 ¿Es exacto aplicar nuestro concepto de contrato material al *contract* con *consideration?* V. vol. I, §§ 30, 31 y 32, *a*.

7 Esto no es exacto para el *common law* inglés y no lo es tampoco para el Derecho americano, en el que tal presunción sólo se admite en algunos estados de la Unión: v. vol. I, § 34, nota 9.

8 V. vol. I, § 22, nota explicativa núm. 4 y § 34, *d*.

9 A todos estos argumentos se podría añadir que *nuestra* institución del notariado, con la correspondiente institución de *nuestro* documento público, son desconocidas para el *common law:* v. vol. I, § 34, *a*.

10 V. nota 1.

11 Sobre todo este pasaje de la sentencia, verdaderamente notable, v. vol. I, § 34, especialmente nota 4.

12 V. nota 2.

13 V. notas 1 y 2, y vol. I, § 26, *d;* § 26, *e*; § 28, *c;* § 29, especialmente nota 1; § 30, *a*, *b*, *c;* § 31; § 33, *a*, *b*, *d*. De todos estos pasajes resulta, si no nos equivocamos, que el *bargain* con el correlativo concepto de *consideration* constituye un esquema abstracto que se presenta siempre en la misma forma cualquiera que sea su contenido, y que nuestra concepción del contrato típico es extraña al *common law*. V. también supra cap. II y en él especialmente las notas a los casos Hamer v. Sidway, Dunton v. Dunton, Orr v. Orr, Devecmon v. Shaw, De Cicco v. Schweizer y Martin v. Meles (al final de la nota).

14 V. vol. I, § 38, *c*.

15 ¿Es exacta esta equiparación entre la *ratio* de que no se requiera en los *transferts* "realizados" la *consideration*, y la *ratio* de nuestra *soluti retentio?* V. vol. I, § 38, *a*, *c*.

16 Sobre este concepto de la *good* (en el sentido de estimable) *consideration*, v. mi artículo *Causa, consideration e forma nell'atto d'alienazione*, etc., en *Riv. dir. com.*, 1952, I, pág. 272, nota 51, donde se indica que aquel con-

cepto no tiene nada que ver con la *consideration* del *contract (valuable consideration:* v. vol. I, § 30, nota 4).

17 Nos permitimos discrepar de esta opinión. Éste es precisamente uno de los puntos cruciales acerca de la diversidad entre el *contract* y nuestro contrato: v. nota 13. En el *civil law* uno de los problemas más graves es el de distinguir la donación *cum onere* (con el correspondiente requisito del esquema formal-causal de la donación) del contrato a título oneroso o, mejor dicho, del contrato de cambio (v. vol. I, § 10, y vol. II, cap. II de la primera parte): distinción que en el *common law* queda absorbida por el esquema abstracto del *bargain.* De manera que es erróneo prestar una especial atención a la *consideration* en las donaciones *cum onere* o bajo "condición" (v. volumen I, § 10, *a*) como se hace inmediatamente después en la sentencia. V. también, además de los casos citados en la nota 13, los casos Freeman v. Freeman; Allegheny College; las notas 2, 12, 13 y 14 al caso De Cicco; la nota 10 y las observaciones finales al caso Martin v. Meles.

18 V. la nota anterior.

19 Sería más exacto decir: la donación, como "negocio material", está reconocida en el *civil law,* pero para que sea válida se necesita la forma del documento público como esquema formal-causal: v. vol. I, § 8, especialmente nota 13; § 28, *c;* § 30; § 33, *d.*

20 También sobre este pasaje nos permitimos no estar de acuerdo; por lo menos requiere alguna aclaración: la *consideration* se exige en tales promesas como esquema abstracto del *bargain,* sin tener en cuenta el *motive* de donar (v. vol. I, § 30, nota 11; y los casos citados en la nota 17; v. también el caso Thomas v. Thomas).

Con mayor razón no existe un tratamiento o concepción especial de la promesa de donar, ya que la *gratuitous promise,* para la que se requiere el *act under seal,* es un concepto dentro del cual se incluyen también promesas que no son de "dar", sino de hacer, de no hacer, e incluso la *business promise* sin *consideration:* v. vol. I, § 28, *b, c,* y los casos estudiados en el cap. IV.

21 Es la definición dada en el caso Currie v. Misa: v. la nota al caso Hamer v. Sidway.

22 Esto no es exacto: v. las notas 13, 17, 18 y 20.

23 Mejor estaría decir "a instancia del promitente", para no confundirse con la *doctrine* de la *reliance not bargained for:* v. vol. I, § 27, *a.*

24 V. vol. I, § 26, *e,* y § 30, *a;* v. también las notas a los casos Hamer v. Sidway y Devecmon v. Shaw.

25 V. vol. I, § 31.

26 V. vol. I, § 31, nota 6 y § 26, nota 16; v. también la Introducción al cap. III de la segunda parte y los casos que en ella se citan.

27 V. sin embargo vol. I, § 26, notas 14, 15 y 16.

28 Pero, ¿qué habrá que hacer para saber si la intención de las partes era la de pactar una simple carga o condición? Para el *civil law,* v. vol. I, § 10, y vol. II, cap. II de la primera parte. Para el *common law,* v. los casos: Wyatt v. Kreglinger y Fernau; Allegheny College; Thomas v. Thomas; De Cicco v. Schweizer; v. también la Introducción al cap. III de la segunda parte y los casos que en ella se citan.

29 Aquí asoma, de acuerdo con la mentalidad de un jurista del *civil law,* el concepto de cambio, tradicional entre nosotros, que implica prestaciones o sacrificios típicamente económicos. V. vol. I, § 5, *d;* § 10, *b;* § 13, *a.* Concepto extraño al *common law:* v. vol. I, § 26, *d, e;* § 28, *c;* § 30, *a.*

30 Pero ésta, como "institución", es decir, como "negocio material" jurídicamente reconocido por su contenido o "causa", es extraña al Derecho angloamericano. V. supra notas 13, 17, 18 y 20. De hecho es posible hacer donaciones mediante el esquema abstracto del *bargain* o mediante la forma del *act under seal:* v. vol. I, § 31, al principio, y § 29, nota 1.

31 Tampoco este pasaje acaba de convencernos, teniendo en cuenta lo

que hemos dicho en la nota anterior. V. también sobre el concepto de "utilidad, fin", etc., vol. I, § 30, notas 1 y 11; § 32, *a*; y los casos que citamos en la nota 20 sobre la distinción entre la *consideration* y el *motive* (v. también vol. I, § 30, *a*, y el caso Haigh v. Brooks).

32 V. supra notas 20 y 22.

33 El lector podrá darse cuenta, después de lo que hemos dicho en las notas anteriores, de que "los conceptos tomados de nuestro Derecho pueden servir para dar todavía con más claridad la noción de la *consideration* en las donaciones".

En cuanto a la equiparación con el *modus* o carga, v. las notas 17 y 28. En realidad, para el *common law* si la carga no es una mera condición será un elemento de un contrato de cambio o *bargain* y no de una donación.

34 La ley a que se alude es el célebre *Statute of Frauds*, citado más adelante: v. vol. I, § 34, *b*.

35 V. el caso De Cicco v. Schweizer, especialmente las notas 2, 10 y 13 a 16.

36 V. sobre este argumento el caso De Cicco y el expediente adoptado por el juez Cardozo para rebatir dicho argumento.

37 El argumento es perfecto.

38 Sobre esta equiparación entre el *act under seal* y nuestro *billet non causé*, v. supra notas 7 y 8.

39 Sobre esta cuestión v. el caso Haigh v. Brooks.

* * *

Conclusión que se deduce de las anotaciones que hemos hecho a esta sentencia: ¡cuidado con las comparaciones y las transposiciones de conceptos, órdenes de ideas, técnicas y mentalidades, entre dos sistemas jurídicos como el *civil law* y el *common law*!

ÍNDICE ALFABÉTICO DE LOS CASOS

Los números que no van precedidos por ninguna indicación corresponden a páginas del vol. II.

Se indican solamente las páginas en que se transcriben o resumen los distintos casos. Las referencias al vol. I y a otros casos del vol. II figuran en la NOTA y CUESTIONARIO correspondientes a cada uno de ellos.

Las indicaciones *it.*, *fr.*, *am.*, *ingl.*, *canad.*, que figuran entre paréntesis a continuación de los nombres de las partes, señalan que se trata de un caso italiano, francés, americano, inglés o canadiense, respectivamente.

Abate Bresson (fr.): 198 ss.
Alcalde de Caen cr. Evrard (fr.): 370 ss.
Allegheny College v. National Chautauqua County Bank of Jamestown (am.): 519 ss.
Allen v. Bryson (am.): 466.
Antoniucci cr. Scarazzato (it.): 17 ss.
Appleton v. Littlewood (ingl.): 506.
Armenise cr. Moroni (it.): 42 ss.
Arrigoni-Ferrari cr. Mera-Pelitti (it.): 154 ss.
Asilo Infantil Belluomo cr. Bianchi (it.): 141 ss.
Ayuntamiento de Aglié cr. Tapparo (it.): 124 ss.

Bailly cr. Ciudad de Nancy (fr.): 212 ss.
Bainbridge v. Firmstone (ingl.): 470 ss.
Balfour v. Balfour (ingl.): 538 ss.
Balzac (dame de) cr. Alexandre Dumas (fr.): 218.
Banbury v. Bank of Montreal (ingl.): I, 409.
Barabino cr. Lupi (it.): 91 ss.
Baratta Prada cr. Faccioli (it.): 269 ss.
Bardet cr. Iglesia de Saint-Martin (fr.): 175 ss.
Bareille cr. Gallard y Métivier (fr.): 338 ss.
Bernardi cr. Bernardi (it.): 53 ss.
Berry Ruspoli cr. Berry Chigi (it.): 633 ss.
Bianciotto cr. Pignatelli (it.): 247 ss.
Bibb v. Freeman (am.): 548 ss.
Blanchard v. Haber (am.): I, 523.
Blin cr. Henry (fr.): 412 ss.
Bolelli cr. Frascarolli (it.): 293 ss.
Belton v. Madden (ingl.): 530 ss.
Bonacina (ingl.): 611 ss.
Bosco cr. Fogliatti (it.): 267 ss.
Bosio cr. Cappelletti (it.): 295 ss.
Brawn v. Lyford (am.): 598 ss.

Brooks v. Ball (am.): 461 ss.
Buridan cr. Rogelet (fr.): 417 ss.

Caccia cr. Caccia Nicolini (it.): 249 ss.
Cadeo cr. Iglesia Parroquial de Chiari (it.): 133 ss.
Cantelli cr. Cantelli (it.): 263 ss.
Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co. (ingl.): 586 ss.
Carozzi cr. Carozzi (it.): I, 110.
Carrari cr. Masiero (it.): 110 ss.
Casciabanca cr. Trigiani (it.): I, 292.
Casasola cr. Administración del fondo para el culto (it.): 126 ss.
Casey's Patent Stewart v. Lasey (ingl.): I, 427.
Cattaneo cr. Milesi (it.): 159 ss.
Cavezzali cr. Ayuntamiento de Crespiatica (it.): 136.
Cecchini cr. Giacomello (it.): 451.
Christiano cr. Raffat (fr.): 415 ss.
Cilloco cr. Sedda (it.): I, 143.
Ciudad de Marsella cr. Emperatriz Eugenia (fr.): 203 ss.
Cocchi cr. Marioni (it.): 66 ss.
Cochran v. Taylor (am.): I, 455.
Coggs v. Bernard (ingl.): 592 ss.
Cordepatre cr. Ayuntamiento de Monteleone (it.): 129 ss.
Coureau cr. Blaudin (fr.): 474 ss.
Curlewis v. Clark (ingl.): 478.
Currie v. Misa (ingl.): 480.

David cr. Ayuntamiento de Vaison (fr.): 184 ss.
Davis and Co. v. Morgan (am.): 510.
Debens cr. Dellarole (it.): 30 ss.
De Cicco v. Schweizer (am.): 510 ss.
De Filicaia Dotti cr. Guarducci (it.): 80.
De la Bere v. Pearson (ingl.): 583 ss.
De Lorenzi cr. De Lorenzi (it.): 59 ss.
De Loys cr. Dufay (fr.): 377 ss.
De Mailly cr. Chalon (fr.): 173 ss.
De Sanctis cr. Ayuntamiento de Roma (it.): 86 ss.
De Sangro cr. Marchetti (it.): 61 ss.
Devecmon v. Shaw (am.): 500 ss.
Dunlop Pneumatic Tyres Co. v. Selfridge and Co. (ingl.): I, 390.
Dunton v. Dunton (ingl.): 481 ss.
Dutiron cr. Paternelle (fr.): 419 ss.

Eastwood v. Kenyon (ingl.): 467 ss.
Elliott v. Northern Trust (am.): 503.
Elsee v. Gatward (ingl.): 599.
Embola v. Tuppela (am.): 502 ss.

Faenzi cr. Opera Pia Veralli Cortesi Todi (it.): I, 289-290.
Fantino cr. Pepino (it.): 94 ss.
Faure cr. Rougier (fr.): 309 ss.
Fellman cr. Mathebs (fr.): 335 ss.

Feraud cr. Campiglia (fr.): 429 ss.
Fernandez cr. Vitiello y Avitabile (it.): 448 ss.
Ferrario cr. Ferrario (it.): 20 ss.
Ferri cr. Sbei (it.): 116.
Fiammingo cr. Opera Nazionale Combattenti (it.): 22 ss.
Fiat cr. Carrain (it.): 442 ss.
Fontana cr. Congregación de Caridad de Roburent (it.): 81 ss.
Fooly and Preston's Case (ingl.): 459.
Freeman v. Freeman (ingl.): 463 ss.
Fried v. Fischer (am.): 604.

Garabello cr. Fusani (it.): 107 ss.
Gardner v. Denison (am.): 489.
Garrone cr. Foà (it.): I, 122.
Gasse cr. Saby (fr.): 346 s.
Gelardi cr. Tamburello (it.): 301 ss.
Gillet cr. Malkot et Vandencan (belga): 313.
Goodson v. Grearson (ingl.): 498.
Gonzaga cr. Danani (it.): 289 ss.
Graziani cr. Lo Gatto (it.): 278 ss.
Great Northern Railway Co. v. Witham (ingl.): 570 ss.
Grisley v. Lother (ingl.): 462 ss.
Guagliardo cr. Granà (it.): 105 ss.

Hacienda cr. Gentile (it.): 138 ss.
Haigh v. Brooks (ingl.): 472 ss.
Hamer v. Sidway (am.): 479 ss.
Harrison v. Cage (ingl.): I, 442.
Hospital Mayor de Milán cr. Garovaglio (it.): 96 ss.
Humar cr. Zbogar (it.): 120 ss.

Jamieson v. Renwick (ingl.): 488-489.
Jeremy v. Goochman (ingl.): 464 ss.

Kirksey v. Kirksey (am.): 546 ss.
Klobb cr. Le Figaro et Phoenix (fr.): 218.
Knight v. Rushworth (ingl.): 460 ss.

Lampleigh v. Braithwait (ingl.): I, 427.
Lapeyre cr. Ayuntamiento de Urrugne (fr.): 187 ss.
La Poumersouly cr. Voisin (fr.): 417 ss.
Lawes v. Pursar (ingl.): 478.
Lengrand cr. Lengrand (fr.): 417 ss.
Lens v. Devonshire Club (ingl.): 536.
Levi cr. Hacienda (it.): 69 ss.
Levy cr. Garnier (fr.): 190 ss.
Lima Locomotive and Machine Co. v. National Steel Casting Co. (am.): I, 498.
Limousin cr. Parry (fr.): 306 ss.

Magenis cr. Magenis (it.): 38 ss.
Maggi cr. Scattolini (it.): 92 ss.

Magnani cr. Presti (it.): 252 ss.
Martin v. Meles (am.): 574 ss.
Martingel — ex parte (ingl.): 498.
Mazzucchelli cr. Saluzzo (it.): 82 ss.
Maughs v. Porter (am.): 591.
McDevitt v. Stokes (am.): 508 ss.
Medici del Vascello cr. Rossi (it.): 396 ss.
Mulas cr. Tedde Serra (it.): 389 ss.

Nicolini cr. Nicolini (it.): 265 ss.
Notari cr. Navoni (it.): 352.

Orr v. Orr (am.): 495 ss.

Pastorino cr. Pastorino (it.): 117 ss.
Percival v. London County Council (ingl.): I, 498.
Perino cr. Rabezzana (it.): 391 ss.
Perrin cr. Damrosay (fr.): 348.
Peybernés cr. Moulis (fr.): 409 ss.
Pierfelici cr. Pierfelici (it.): 254 ss.
Pillans v. Mierop (ingl.): I, 447-448.
Pinnel's case (ingl.): I, 441, 442-443.
Poteliakhof v. Teakle (ingl.): I, 442.
Pressenda cr. Cagnassi (it.): 269.

R... cr. D... (fr.): 387 ss.
Rann v. Hughes (ingl.): I, 448.
Ranzato cr. Scarneo (it.): 34 ss.
Reverchon cr. Ayuntamiento de Morez (fr.): 171 ss.
Ricciardelli cr. Biondo (it.): 99 ss.
Richards' executor v. Richards (am.): 547 ss.
Richer et Goumarin cr. Richer (fr.): 303 ss.
Rolando cr. Rolando (it.): 261 ss.
Roscorla v. Thomas (ingl.): 466.
Rose and Frank Co. v. Crompton and Brothers Ltd. (ingl.): 537.
Ross, Hutchinson cr. Royal Institution for the Advancement of Learning (canad.): 628.
Rossi y Lanificio Rossi cr. Hacienda (it.): 71 ss.
Rovatti cr. Sighinolfi (it.): 284 ss.
Rubatto cr. Natta (it.): 426 ss.
Rutgers v. Lucet (am.): 597 ss.

Salini cr. Silva y Colegio Alberoniano (it.): 67 ss.
Saunders Co. v. Galbraith (am.): 604.
Schnell v. Nell (am.): 504 ss.
Servain cr. Girardeau (fr.): 311 ss.
Shadwell v. Shadwell (ingl.): 511-512.
Sidenham v. Worlington (ingl.): 465 ss.
Siegel v. Spear (am.): 594 ss.
Smith v. Smith (ingl.): 463.

Sociedad comercial de las Potasas de Alsacia cr. Aganoff (fr.): 349.
Sociedad "El automóvil de segunda mano" cr. Pélissol et Morel (fr.): 349.
Sociedad "The Gresham" cr. Ménage (fr.): 350.
Société Cultuelle de Secours Iraélite de Saint-Fons y Amicale Agoudah Ahim cr. Barouk-Bittoum (fr.): 341 ss.
Sordet cr. Bouquet (fr.): 347.
Spitalieri de Cessoles cr. Henn y Hargreaves (fr.): 193 ss.
Stella cr. Gangemi (it.): 296 ss.
Stevens v. Thecker (ingl.): 461.
Stilk v. Myrick (ingl.): 510.
Sturlyn v. Albany (ingl.): 458 ss.

Tessitori cr. Gagliardi (it.): 145 ss.
Thomas cr. Remond (fr.): 348.
Thomas v. Thomas (ingl.): 605.
Thorne v. Deas (am.): 598.

Urbanowsky cr. Valdmann (fr.): 379 ss.

Vento cr. Vento (it.): 302 ss.
Vergara cr. Etruschi (it.): 294 ss.
Vidal cr. Barrié (fr.): 414.

Webb's case (ingl.): 457.
White v. Bluett (ingl.): 489 ss.
Wild cr. Wild (it.): 25 ss.
Williams v. Carvardine (ingl.): 589 ss.
Wiatt v. Kreglinger (ingl.): 551 ss.

X... cr. Y... (fr.): 394 ss.

Zambaldo cr. Lavagnoli (it.): 78 ss.

ÍNDICE CRONOLÓGICO

de las sentencias estudiadas en los Apéndices de Jurisprudencia Española.

(Los números remiten a las páginas del vol. II).

5 — mayo — 1896: 327.
4 — julio — 1899: 46.
19 — octubre — 1901: 46.
6 — junio — 1908: 322-325, 328, 399.
4 — febrero — 1911: 46.
6 — junio — 1916: 319, 399-405.
25 — abril — 1924: 408.
31 — octubre — 1924: 404.
21 — diciembre — 1925: 46.
16 — diciembre — 1930: 234-238.
3 — noviembre — 1931: 227-234, 299.
3 — marzo — 1932: 436, 438-439.
17 — octubre — 1932: 226, 314-320, 321, 399, 404.
10 — diciembre — 1932: 369.
22 — febrero — 1940: 436, 439.
2 — abril — 1941: 226, 319.
19 — junio — 1941: 362-366.
8 — febrero — 1943: 226.
8 — julio — 1943: 50-52, 399.
12 — abril — 1944: 226.
29 — enero — 1945: 439.
18 — abril — 1945: 226.
21 — junio — 1945: 404-405, 407.
12 — abril 1946: 226.
4 — julio — 1947: 47-50.
6 — diciembre — 1947: 226.
7 — diciembre — 1948: 325-330.
21 — marzo — 1950: 367-369.
29 — noviembre — 1950: 44-46.
27 — noviembre — 1951 (Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central): 52, 320-322.
23 — junio — 1953: 434-441.
7 — abril — 1954: 231-233.
1 — diciembre — 1955: 405-408.
1 — febrero — 1956: 238-246.
24 — marzo — 1956: 223-226.
9 — abril — 1956: 46.
29 — octubre — 1956: 440.
5 — noviembre — 1956: 440.
16 — noviembre — 1956: 440-441.

ÍNDICE DE MATERIAS

Los números remiten a las páginas de los volúmenes I y II.

Los números que figuran en cursiva corresponden a las páginas en las que se estudia especialmente la materia respectiva.

La comparación entre *civil law* y *common law*, entre Derecho italiano y francés, etc., va incluída en cada una de las voces del índice. Solamente cuando ha parecido más oportuno se han indicado las páginas en las que se presta una especial atención al punto de vista comparativo.

ABSTRACCIÓN, acto, promesa, *transfert*, abstractos: I, *326-334* y 343-350; *475-479*, *483-485* y *485-489* (comparación con el *common law*); II, 634 y 644 (comparación con el *common law*); v. también Acto formal, *Act under seal*, Letra de cambio y títulos de crédito, *Cautio indiscreta*, *Negotiable instruments*, *Stipulatio*.

ABUSO DEL DERECHO: v. Interés del acreedor.

ACCEPTANCE: v. Aceptación.

ACCORD AND SATISFACTION: II, 478.

ACEPTACIÓN (*civil law* y *common law*): I, 20, *233-237*, 491-495; II, 169, 573.

— En el *common law*: I, 428, *430-437*; II, 513, 517, 527, 573, 585, *586-591*; v. también *Executed consideration*, Fianza, Formación del contrato.

ACT UNDER SEAL: I, 233, *446-455* (reformas), *475-479*, *482-485*, 490 (abstracción), 537 ss. *(conveyance)*, 542 (decadencia); II, 488, 494, 507, 634 (comparación con la *stipulatio*), 634, 644 y 646 (comparación con el acto abstracto y con el *billet non causé*).

— Comparación con el documento notarial: I, *477-479* y 485; II, 633-646, especialmente 645, nota 29; v. también: Acto formal, *Cautio indiscreta*, *Contract (formal contract)*, Forma.

ACTE SCELLÉ: I, 58, 476.

ACTIO PRAESCRIPTIS VERBIS: I, 313; v. también Derecho Romano.

ACTION OF DEBT: I, *387-388*; v. también *Quid pro quo* y *Consideration*.

ACTO ABSTRACTO: v. Abstracción, Forma.

ACTO FORMAL: v. Forma.

ACUERDO: v. Consentimiento (concepto del —).

ACUERDOS ENTRE FABRICANTES, MONOPOLIOS: I, 256 ss.

ADEQUACY OF CONSIDERATION: I, *437-446*; II, *457-463*, *470-508*, *510-533*, 610; v. también Equivalencia.

AGENCY: I, 406-419; v. también Mandato.

AGREEMENT Y CONTRACT: I, 382-383; II, 564; v. también *Contract*.

ALIMENTOS: II, 40 ss. (debidos al donante), 545 (entre cónyuges, regulación contractual); v. también Obligación natural.

ANIMUS DONANDI: v. Donación.

ARRAS: I, 22, 440-446 (*nominal consideration* y arras); v. también Derecho Romano, Derecho medieval.

ARRENDAMIENTO, como *bailment* en el *common law*: I, 406 ss.; II, 592-594; v. también Donación y arrendamiento.
ASIGNACIONES A LOS HIJOS, para el matrimonio, para procurarles una profesión, etc.: I, *162* ss.; II, *254* ss., *261* ss.; v. también Obligación natural.
ASSIGNMENT: v. Cesión de créditos.
ASSUMPSIT: I, *383-387* y *passim* 387-419, 467; II, *457-479*, 489-495, 528, 592 ss.
ASTREINTES: I, 266 y 282-301.
AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: I, 29, *94-101*, 253, 293-301; v. también Función económico-social, Libertad de contratación, Cláusula penal.
AVAL, en el *common law*: I, 485 y 500; v. también Fianza.

BAIL A NOURRITURE: v. Renta vitalicia.
BAILMENT: I, *406-412*; II, 470-472, *592-594*, *596* ss.; v. también Comodato, Depósito, Responsabilidad contractual y extracontractual, su moderación en las promesas gratuitas, etc.
BANKRUPTCY: v. Quiebra.
BARGAIN: v. *Consideration*, *Contract*.
BENEFICENCIA: v. *Charity Subscription*, Entidades públicas, Suscripción pública.
BENEFIT Y DETRIMENT: I, *385-398*, *437-446* y *passim* en vol. I. §§ 27-35; II, 457-464, 484, 585, 588, 608 (comparación con la causa) y *passim* en vol. II, segunda parte; v. también *Adequacy*, *Consideration*.
BILL OF EXCHANGE: v. Letra de cambio y títulos de crédito.
BILLET NON CAUSÉ: v. *Cautio indiscreta*, Abstracción.
BOLA DE NIEVE, contrato —: I, 361-367; II, *419* ss.; v. también Contrato aleatorio.
BUSINESS PROMISE o *Business agreement*: I, 202-203, 426, *452* ss. (reformas), 497-503 (inconvenientes de la concepción del *contract*); II, *570-591*; v. también Intención de contraer un vínculo jurídico, Interpretación, *Option*, Promesas interesadas, Propaganda.

CAMBIO, contrato de —, típico y atípico: I, 61-63, *129-139*, 168-171, 189-196, 368-370, 388-398, 437-446, 461-466, 491-495; II, 53-246, 457-533; v. también II, 110, 115 (contraprestación como criterio distintivo respecto a la donación *cum onere*); v. también Donación *cum onere*, *Pothier*, Responsabilidad contractual.
CAPRICHO, como "causa" fútil de la promesa: I, 257-258 y *269-279*; II, *178*, *179-183*, 200-202; v. también Función económico-social, Interés del acreedor.
CAUSA (de la promesa o del contrato, en general):
— *Adquirendi*: v. *Solvendi, adquirendi*, etc.
— Codificaciones, significado del término "causa" en las —: I, *196-197*, 311-343.
— Comparación con la *consideration*: I, *392-446*, *491-505*, *523-528* y *passim*; II, *605-646*.
— Concepción unitaria de la causa del contrato, crítica: I, *262-265*.
— *Condicio in praesens vel praeteritum relata, cause fausse*, presuposición, *Voraussetzung*, etc.: I, 318-324.
— Causa como condición impropia de la promesa, analogías con la *executed consideration:* I, *127*, *263-264*; II, 116-117, 148-154, 169, 171-212, 454-455.
— *Condictio causa data causa non secuta:* I, 311-318.

CAUSA: *Condictio indebiti*: I, 311-318.
— *Credendi*: v. *Solvendi, adquirendi*, etc.
— *Data*: v. Contrato innominado, Derecho Romano, Derecho medieval, *Executed consideration.*
— *Donandi*: v. *Solvendi adquirendi*, etc.; v. también Donación.
— Dudas que origina la ambigüedad del término "causa", confusión de problemas distintos: I, *308-343*; II, 426-429.
— Enriquecimiento sin causa: I, 356-357.
— Error; la causa y la teoría del error: v. supra *condicio in praesens vel praeteritum relata.*
— Falsa; *cause fausse* o *inexistante*: I, *311-324*; v. también Codificación, Error.
— *Finalis*: I, 315.
— *Finita*: I, 311 ss.
— Juristas del *common law*, su visión de la causa: I, 341, 424, 523-528; II, 605-646.
— Gratuita y onerosa: I, 402-409; II, *17-222* y *358-646*; v. también *Raisonnable, suffisante, juste*; y las voces Contrato, Donación, Interés del acreedor, Onerosidad, Promesa, Responsabilidad (moderación).
— Obligación natural como causa de una promesa: v. *Causa praeterita* y la voz Obligación natural.
— *Praeterita*, obligación natural, servicios prestados, donación remuneratoria: I, *151-189*; II, 33 ss., 41, 94, 157-158, 168 ss., *247-330*, 370-389, 628-633 (comparación); v. también las voces Derecho Romano, Derecho medieval, Obligación natural, *Past consideration*, Pothier.
— Presunción de causa: v. *Cautio indiscreta.*
— Principal y secundaria: v. Donación.
— Interés público, causa de —: I, *179-182.*
— *Raisonnable (Reasonable)*, en general: I, 66-71 y 522; v. infra.
— *Raisonnable, plausible et juste:* en las obligaciones distintas de la de dar: I, *200-219* y 412 ss.; II, 247-261, 331-362, 429 ss. (fianza), 601 ss. (mandato).
— Resolución por incumplimiento: v. las voces Resolución por incumplimiento y *Failure of consideration.*
— *Solvendi, adquirendi, credendi, donandi*, como finalidad (causa) no realizada o no realizable; distinción de la *cause suffisante, raisonnable* o *juste:* I, *311-318* y 326 ss.; 489-491 *(common law).*
— Suficiente, *suffisante*: I, *103-231;* II, 23, 30 ss., *53-314*, 331-399, 569, *605-633;* v. también las voces *Adequacy*, Donación, Equivalencia, y supra *Cause raisonnable.*
— *Suffisante, raisonnable et juste*, como indicio de ausencia de vicios del consentimiento: I, 298, *361-367;* II, 296, *409-434*, 499, 507.
— Sobre la causa, en general, v. también las voces: *Adequacy* (equivalencia), Abstracción, *Cautio indiscreta*, Domat, Donación, Función económico-social, Grozio, Motivos, Pacto nudo, Pothier, Promesa, Remisión, *Transfert.*
CAUSE OF ACTION: v. Derecho procesal.
CAUTIO INDISCRETA, *billet non causé*, promesa de pago sin mención de la causa, reconocimiento de deuda: I, 318-319, 326-334 y *343-354*, 485-489 *(common law);* II, 32, 170, 277, 278, 646 (comparación con el *act under seal*); v. también Abstracción, Letra de cambio y títulos de crédito.

CESIÓN DE CRÉDITOS: v. *Transfert.*
CIVIL LAW no codificado, sobre las distintas materias objeto del libro: I, 507-523; v. también Derecho escocés y *Roman-Dutch law.*
CLÁUSULA PENAL: I, 136, 142, 203-204, 255, 266, 269-279, *282-308, 469-474 (common law);* II, 344 ss., 362-369, 485, 487.
CODIFICACIONES, valor e influencia: I, 73-74, 94 ss.; valor de las fórmulas de los códigos: II, 222.
COMIENZO DE EJECUCIÓN o iniciación del cumplimiento: I, 435; II, 486, 566 ss., 581; v. también *Executed consideration.*
COMMON LAW, indicaciones generales e históricas: I, 374-383; v. también *Consideration, Contract, Equity,* Donación, *Reliance,* etc.
COMODATO: I, 103 (modal), 107 ss.; *210-217* (promesa de comodato); 421-423 *(common law);* II, 18, *332-338* (promesa de comodato); 470-472 *(common law);* 550 ss., 592-594; v. también *Bailment,* Contratos reales, Donación, Promesa de contrato real.
COMPAÑÍA o CONVIVENCIA, contrato de —: II, *109-124;* v. también Donación *cum onere.*
COMPLAINT: v. Derecho procesal.
COMPROMISE: v. Transacción.
CONCURRENCIA, pactos de no —: I, 255-265; II, *338-341,* 367-368, 567-568; v. también *Restraint of trade,* Función económico-social, Prohibiciones.
CONDICIÓN IMPROPIA, como causa: v. Causa.
CONSENSUALISMO: v. Pacto nudo.
CONSENTIMIENTO o ACUERDO, concepto: I, 491-495; II, 564, 590-591.
CONSIDERATION, en general; *bargain, contract* y comparación con la "causa": I, *383-455* y *passim;* II, 457-646 y *passim.*
— *Acceptance* (*consideration* como *acceptance*): I, 430-437; v. también la voz *Acceptance.*
— *Adequate:* v. *Adequacy.*
— *Benefit* y *Detriment:* v. estas voces.
— Condición; diferencias entre la — y la *consideration:* I, 450; II, 534-535; v. también Donación *cum onere.*
— *Confidence, consideration of confidence:* I, 409; II, 600.
— Deuda anterior, reconocimiento de una —: I, 425-430; v. también *Past consideration.*
— *Executed* y *executory:* v. estas voces.
— *Failure of consideration:* v. esta voz.
— *Forbearance:* I, 438-439; v. también *Legal freedom* y *legal right.*
— *Good:* II, 644-645.
— Intención de contraer un vínculo jurídico: v. esta voz.
— *Moral:* v. *Past consideration.*
— *Motives,* distintos de la *consideration:* v. en *Motives.*
— *Must move from the promisee:* I, 397, 432, 499.
— *Negotiable instruments:* v. la voz Letra de cambio y títulos de crédito.
— *Nominal:* I, *444-446,* 449 ss.; II, 500-508; v. también Derecho medieval.
— *Onere: consideration* y donación *cum* —: II, *53-222* (en las notas a los distintos casos); 479-495, 500-502, 510-530, *547-551,* 565 ss., 605 ss.; v. también la voz Donación.
— *Past consideration:* v. esta voz.
— *Preexisting duty,* cumplimiento de una obligación anterior, como *consideration:* I, *498;* II, *508-519;* v. también *Sufficient.*

CONSIDERATION *Real:* v. *Sufficient.*
— *Recital of consideration:* I, 444-446, 449 ss.; II, *500-508;* v. también Simulación.
— Reformas de la *consideration* y del *contract:* I, *446-455* y 459-460.
— *Sufficient:* I, *440-447.*
— *Valuable:* v. *Sufficient.*
V. también: Causa, *Contract, Promise, Transfert.*
CONSORCIO para la defensa de los intereses (patentes) de un grupo de industriales: II, 574-583.
CONSTITUTUM DEBITI: I, 65-66; II, 252 ss., 254 ss., 263 ss., 277; v. también *Pactum geminatum,* Fianza y Promesa de pagar una deuda ajena.
CONTRACT, *common law;* terminología: I, 382-383 y II, 557. Indicaciones históricas: I, *383-398.* — En general: I, 383-507; II, 457-646.
— *Bilateral* y *unilateral:* v. *Executed* y *executory consideration.*
— *Formal* e *Informal* o *simple:* I, 382, 475-482 y 485; v. *Act under seal.*
V. también: *Bargain, Consideration,* Contrato, *Promise* y *Undertaking.*
CONTRATO, en general y comparación con el *contract:* vol. I y II *passim.*
— Abstracto: I, 358-361 (Derecho español); v. Abstracción.
— Aleatorio: II, 409-419 (renta vitalicia), 419 ss. (contrato "Bola de nieve"), 502-504 *(common law);* v. también Renta vitalicia y en la voz Causa, *Cause raisonnable, plausible, suffisante,* como indicio de ausencia de vicios del consentimiento.
— Cambio (contrato de —): v. las voces Cambio y Donación *cum onere.*
— Consensual: v. las voces Pacto nudo y Derecho Romano.
— Formación: v. la voz Formación del contrato.
— Formal: v. la voz Forma.
— Función de la institución jurídica contrato: I, 243 ss.; v. también la voz Función económico-social.
— Gratuito y oneroso: I, *113-233,* 275-279; v. también las voces: Promesa, *Gratuitous promise,* Causa, Onerosidad, Responsabilidad.
— Ilícito, distinción del contrato "fútil": I, 255-265.
— Innominado: I, *24-25, 121-129, 129-151* y *189-205, 274-308, 461-466 (common law), 514* (Derecho escocés); II, *53-222,* 335-338 y *passim* en el vol. II; v. también infra Típico y atípico y las voces: Derecho Romano y medieval, Domat, Grozio y Pothier.
— Interesado: v. Promesas interesadas.
— Intereses no económicos (contrato de —): I, 194, *265-267,* 269-308.
— Mixto: I, 130 ss.; II, 218 ss.
— Modificativo: I, 535 ss.
— Obligatorio y traslativo o modificativo: I, 19; v. la voz *Transfert.*
— Preliminar o preparatorio: v. Promesa (de contrato real, de venta).
— Real: I, *205-217;* II, *334-338, 389* ss.; v. también Promesa (de contrato real), Derecho Romano y medieval.
— Sinalagmático: concepción unitaria, crítica: I, 262 ss.; II, 454.
— Socialmente dañoso: v. supra Ilícito.
— Terceros (contrato en favor de —): I, 274, 282 ss., 397-398 *(common law);* II, 84 ss., 144, 185 ss., 265, 303 ss., especialmente 305.
— Típico y atípico: I, *21, 22-24 25-28* (intención de contraer un vínculo jurídico), 66 ss. (Grozio), *249* ss. (función del tipo), *274-301, 461-466 (common law),* 514 ss. (Derecho escocés); v. también las voces Cambio, Donación, Función económico-social.

CONTRATOS DE SERVICIOS A TÍTULO GRATUITO: II, *331-362*.
CONVEYANCE: I, 537 ss.; II, 607; v. también *Transfert*.
CORTESÍA, relaciones sociales, de cortesía y, en general, no jurídicas: I, 25-29, *200-223;* II, 331-335, 346-352, 391-396, 396-399, *530* ss., *534-551*, 565 ss.; v. también: Intención de contraer un vínculo jurídico, Transporte.

CHARITY SUBSCRIPTION: I, 399-403; II, *519-530*, 577-583; v. también Entidades públicas, Suscripción pública.
CHARTA, *traditio chartae:* I, 117; v. también Derecho medieval.

DAMAGES: v. Daños.
DAÑOS:
— *Exemplary damages:* I, 468-474.
— Morales: I, 203, 269-308, 466-474.
— *Nominal damages:* I, 468, 474.
— *Punitive:* v. *Exemplary*.
v. también Sanciones.
DATIO VEL FACTUM: I, 22-24; v. *Causa data*, Contratos innominados, Derecho Romano y medieval.
DECEIT, *Tricherie*, dolo, como fundamento de responsabilidad contractual y extracontractual: I, 20, 215; II, 593-594, 598-599.
DECLARATION, *Complaint:* v. Derecho procesal.
DEED: v. *Act under seal*.
DEPÓSITO:
— Contrato real y promesa de —: I, *205-217;* II, *333-335*, *339* ss.
— Transporte y depósito: I, *206-209*.
V. también *Bailment*, Promesa (de contrato real).
DERECHO CANÓNICO: I, *63-66*.
DERECHO COMÚN: I, 61-93; v. también *Civil law* no codificado, Derecho medieval, Domat, Grozio, Pothier.
DERECHO ESCOCÉS, sobre las distintas materias objeto del libro: I, *507-520;* v. *Civil law* no codificado.
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: I, 482; II, 27, *611-628*, *633-646*.
DERECHO MEDIEVAL, sobre todas las materias objeto del vol. I (v. las voces correspondientes bajo el epígrafe Derecho Romano): I, *44-66* y 501-503 (comparación con el *common law*).
— Derecho medieval español: I, 53 ss.
DERECHO NATURAL: I, 22, 62-94.
DERECHO PROCESAL en el *common law:* II, 7 ss.
— *Cause of action:* II, 10, 545, 624 nota 15.
— *Complaint:* v. *Declaration*.
— *Declaration:* II, 10.
— *Evidence:* II, 612-613; v. también *Statute of Frauds*.
— *Forms of action:* I, 21, 376 ss., 394 ss.; II, 10 ss., 470-472.
— *Issues of fact* y *of law:* II, 10 ss.
— Organización judicial: I, 377 ss.; II, 11 ss., 622-623.
— *Plea, Pleadings:* II, 10 ss.
— *Statement of claim:* v. *Declaration*.
— *Writ:* v. *Forms of action*.
DERECHO ROMANO (sobre todas las materias objeto del libro y en particular: Arras, Causa, Causa data, *Causa praeterita*, Comparación con el *common*

law, Contrato en general, Contrato innominado, Dolo, Donación, Equivalencia, Intención de contraer un vínculo jurídico, Responsabilidad contractual y extracontractual, *Stipulatio*, *Synallagma*, etc.): I, *29-44*, 63 ss. (influencia en la evolución del *civil law*); 113, 333 ss. (evolución de la *stipulatio*, transformación de la promesa formal en promesa abstracta); 337-339 (significado de la palabra "causa" en los textos); 392 ss. (comparación con la evolución histórica del *common law*); II, 86, 131, 135, 169, 260, 263 ss., 277, 301, 472.

DESSAISINE-SAISINE: v. Pothier, *Transfert*.

DETRIMENT y BENEFIT: II, 457-464, 521, 585, 588; v. también *Adequacy*, *Consideration*.

DILIGENCIA: v. *Bailment*, Causa gratuita, Contratos a título gratuito, Depósito, Responsabilidad contractual y extracontractual, su moderación, Transporte gratuito.

DIRIGISMO CONTRACTUAL, economía dirigida, intervencionismo estatal: I, 265-267; v. también Función económico-social.

DISCHARGE IN BANKRUPTCY: v. Quiebra.

DOCUMENTO NOTARIAL: I, 113-117, 541-543; II, 633-646 (comparación con el *common law*); v. también *Act under seal*, Donación, Forma.

DOMAT: I, *77-80;* 93-94 (influencia en España).

DONACIÓN, en general: *animus donandi; cause suffisante; causa praeterita; cum onere* o modal y su distinción del contrato de cambio, especialmente del contrato innominado; comparación con la *consideration;* donación como esquema formal-causal; obligación natural; donación remuneratoria: I, *103-200;* II, *17-330*.

— *Affectation:* I, 126.

— Alimentos debidos al donante, regulación contractual: II, 40 ss.

— Arrendamiento de cosas o de servicios y donación: II, 17 ss., 41.

— Cálculo utilitario en las donaciones: I, 123, 230-231; II, *24*, *30*, *33*, *37*.

— Causa de la donación: I, 128-129.

— Causa principal y secundaria: I, *121-200;* II, *53* ss., especialmente 58; *117*, *171-222*, 449, 487.

— Cláusula arbitral: II, 197.

— *Common law*, concepto de la donación: I, 397, *429-430*, 437-440, *474;* II, *534-569*, *605-646;* v. también en voz *Gratuitous promise*.

— Comodato, distinción de la donación, forma: I, *107-111*, 211; II, 18 ss.

— Condición imposible o *contra legem:* II, 223-224.

— Contrato aleatorio: II, 192-193, 201-202.

— Contrato en favor de terceros: II, 84 ss., 144, 185, 264-265.

— Derecho internacional privado: II, 27.

— Disimulada: v. Simulación.

— Donaciones recíprocas: I, 123.

— Entidades públicas, donación hecha por —, forma: II, 203 ss.; donación en favor de —: v. *Charity subscription*, Entidades públicas, Suscripción pública.

— Evicción: I, 224-228.

— Forma de la donación (Derecho español): I, 112, 117-118, 197-198; II, 223 ss.

— *Honorem, ob honorem decretum:* II, 373.

— Insinuación: I, 113-114; v. también las voces Derecho Romano, Derecho común, Pothier.

DONACIÓN: Intención de contraer un vínculo jurídico: II, 370 ss., 534 ss.
— Interesadas: v. Cálculo utilitario.
— Letra de cambio: I, 541-543; II, 79 ss. 288; v. también Abstracción.
— Mandato y depósito: II, 98-99, 131, 135-136, 218 ss., 373 ss.
— Manual: I, *22*, *528-543;* II, 21.
— Matrimonio, donación por causa de —: v. Matrimonio.
— Motivo: I, 121-237; II, 24, 29, 30 ss., 58, 209 ss., 299, 450.
— Mutuo o promesa de mutuo y donación, forma: I, *106-113;* II, 20 ss.
— Obligatoria y donación manual (Derecho español): I, 118-121; II, 322 ss., 325 ss.
— *Onere*, donación *cum* —; si la carga debe constar en documento público: II, 42, 94, 96, 265.
— *Pactum de non petendo:* v. infra Remisión.
— Previsión de una conducta del donatario, no impuesta como carga: I, *491-495;* II, *24*, *30*, *33*, *38;* v. también supra Cálculo utilitario y la voz Consentimiento y acuerdo.
— Promesa de donación: II, 40-41.
— Registro, derechos o tasa de —: v. la voz Registro.
— *Règles de fond:* I, 107 ss., 139 ss., 157.
— Remisión, *pactum de non petendo* y donación: I, 535-537; II, 21-22, 40 ss., 77.
— Remuneratoria: I, 171 ss.; II, 325 ss.
— Renta vitalicia: v. en esta voz.
— Revocación por necesidad del donante, por superveniencia de hijos: I, 224-226; II, 41, 300.
— Soberano, donación al — o hecha por el —: I, 179-182; II, *203* ss.
— *Trust*, donación hecha mediante —: I, 474 y 539. Sobre los distintos problemas que plantea la donación, v. también las voces: Derecho común, Romano y medieval, Matrimonio, Patrimonialidad, Pothier, Cambio, *Transfert.*
DONANTES DE SANGRE a título gratuito y oneroso, contrato y responsabilidad: II, 451 ss.
DROIT COUTUMIER: v. Derecho común.

EDICIÓN, contrato de — sin contraprestación por parte del autor: II, 190 ss.
EJECUCIÓN en forma específica: I, 466-469; II, 334-338; v. también Promesa de contrato real, *Specific performance.*
ENAJENACIÓN, acto de — *inter vivos:* v. Transfert y Prohibiciones de enajenar.
ENRIQUECIMIENTO INJUSTO, como base de la evolución histórica del contrato: I, 21 y 23; v. también *Action of Debt*, Derecho Romano y medieval, *Quid pro quo.*
ENTIDADES PÚBLICAS, donación en favor de —: I, *138-139*, *179-182;* II, 86 ss., 96 ss., *124-148*, *171-190*, *212-222*, 519 ss., especialmente 530; v. también *Charity Subscription*, Suscripción pública.
— Donación hecha por una entidad pública: II, 203 ss.
ENTREGA DE UNA COSA o realización de una prestación, como base o razón justificadora de responsabilidad contractual y extracontractual: I, 22-24, 209, 215-216, *404-406*, 510 (Derecho escocés); II, 148-171, 173, 179 ss., 197, 202, 210 ss., 222, 249, 252, 305-309, 338, 487-488, 500-502, 550-551 (comparación con la *reliance*), 600-603 (en el mandato, comparación con el *civil law*); v. también Aceptación, Mandato, *Reliance* y *Rei interventus.*

EQUITY: I, 376, 380 ss., 398, 403, 457-474, 482-485, 495, 537 ss.
EQUIVALENCIA: v. *Adequacy, Cause suffisante,* Donación *cum onere,* Cambio.
ERROR: I, 49, 459 y 495 (*consideration* y error, interpretación del contrato); II, 458, 472-479 (comparación entre *civil law* y *common law*); v. también Causa, Motivos, Vicios del consentimiento.
ESCRITURA PRIVADA: I, 210-211, 446-448 y 452-455 *(common law);* II, 611-628 (comparación).
EVICCIÓN: I, 224-228, 493; II, 300 (en las donaciones y en los contratos a título gratuito); II, 333 (en el comodato).
EVIDENCE: v. Derecho procesal, Prueba, *Statute of Frauds.*
EXECUTED y EXECUTORY CONSIDERATION: I, 389, *430-437;* II, 483, 485-487, 493, 497 ss., 517, 527, 549, 566 ss., 573, 575, 578 ss., 589-591; v. también *Acceptance,* Comienzo de ejecución.
— Como prueba de la intención de contraer un vínculo jurídico: II, 536, 564-566.
EXECUTOR de una herencia: II, 479, 605-611, 611 ss.
EXPRESS e IMPLIED PROMISE: v. *Promise.*

FAILURE OF CONSIDERATION, distinta del *want* o *lack of consid.:* I, 482-485, 489-491; II, 525; v. también *Causa solvendi, adquirendi,* etc., Resolución por incumplimiento.
FIANZA y promesa, en general, de pagar una deuda ajena; causa suficiente o *raisonnable, consideration:* I, *217-218,* 499-500 *(civil law* y *common law);* II, 104, 106 ss., *352* ss., 429 ss., 472-479 *(civil law* y *common law).*
FIDUCIA, obligación natural como causa suficiente de una promesa no formal: I, *166-167;* II, *157-158,* 264-265, 289 ss., 294, 311 ss. (distinción del simple deseo o recomendación del testador), 507 (testamento nulo), 605-611; v. también *Causa praeterita,* Obligación natural.
FISIÓCRATAS y teoría de la función económico-social: I, 261.
FORBEARANCE: II, 479-500, 510 ss.; v. también *Consideration, Legal freedom* y *Legal right.*
FORMA, distinción entre los varios tipos de formas: acto formal puro, acto abstracto, forma de la donación en el *civil law,* forma en el sentido moderno *(civil law* y *common law):* I, *113-115, 237-243,* 326-334, *475-482,* 485; II, 44-46.
— *Ad probationem:* I, 58; v. *Statute of Frauds.*
— Como protección del promitente: I, 21, 118.
— Decadencia de la forma: I, 541-543.
— Escrita, valor de la forma escrita en el *common law,* reformas realizadas o en curso: I, *446-455.*
— Intención de contraer un vínculo jurídico: I, 25-28.
— Mera escritura, intención de contraer, etc.: I, 211; II, 457-463 *(common law).*
V. también: *Act under seal,* Derecho Romano y medieval, Documento notarial, Donación, *Formal* e *Informal contract, Stipulatio.*
FORMACIÓN DEL CONTRATO: II, 570, 585, 586-591; v. también: Aceptación, *Acceptance, Executed* y *Executory consideration.*
FORMS OF ACTION: v. Derecho procesal.
FRAUD: v. *Deceit,* Dolo, *Undue influence,* Vicios del consentimiento.
FUEROS: v. Derecho medieval español.

FUNCIÓN ECONÓMICO-SOCIAL DEL CONTRATO, teoría de la —, crítica: I, 111, 161-162, 197, *243-282*, 336, 341-343, 453-454 *(common law)*; II, 23, 104, 299, 344 ss., 393, *442-450*, 454; v. también Causa, Concurrencia, Limitaciones a la actividad económica y a la propiedad, Motivos, Prohibiciones de enajenar, *Restraint of trade*.

GARANTÍA DE LAS CUALIDADES DE LA COSA VENDIDA, distinción del error y de la causa como presupuesto: I, 318-324; II, 465 ss.; v. también Modificación del contrato.
GESTIÓN DE NEGOCIOS: II, *466-469*.
GRATUITOUS PROMISE y *Gratuitous Undertakings:* I, *427-429*, *398-423* y *passim*; II, 534 ss., 564 ss. (intención de contraer un vínculo jurídico), *592-603*, 645; v. también *Consideration*, Mandato, *Opus coeptum*, *Reliance*.
GRATUITOUS UNDERTAKINGS: v. *Gratuitous promise* y además: *Agency*, *Assumpsit*, *Bailment*, Depósito, *Reliance*, Transporte.
GRATUITY: v. *Voluntary agreement*, *payement*, etc.
GROZIO: I, 22, 26, 61, *66-74*, 80, 274, 276-277; v. también *Roman-Dutch Law*.

HIRE: v. Arrendamiento.
HONORARY PROMISE: I, 442.

ILICITUD: v. Contrato ilícito.
ILLUSORY PROMISE, condición potestativa: I, 442.
IMPLIED CONDITIONS: I, 456, 465.
IMPLIED PROMISE: II, 573, 577; v. también *Express promise*.
INALIENABILIDAD: v. Limitaciones al derecho de propiedad y Prohibiciones de enajenar.
INDEBITATUS ASSUMPSIT: I, 388-389; v. también *Pactum geminatum*.
INJUNCTION: v. Sanciones en el *common law*.
INSINUACIÓN DE LAS DONACIONES: I, 84-93, 105, 113 ss.; v. también Derecho Romano, Pothier.
INTEGRACIÓN DEL CONTRATO: I, 21, 28, *48-53*, 224-225; v. también: *Implied conditions*, Interpretación.
INTENCIÓN DE CONTRAER UN VÍNCULO JURÍDICO, en las distintas clases de contratos: típicos, atípicos, gratuitos, onerosos, etc. En general: I, 21, 23, *25-28*; II, 265, 277, 293, 305-306, 312.
— *Business promise:* I, 426; II, 534 ss.
— *Consideration*, como indicio de la intención de contraer un vínculo jurídico: I, *446-455* y 457; II, 486-487, 515, 530 ss., *534-569*, 594, 601-602.
— Cortesía, relaciones sociales, etc.: I, *200-217*. Contratos innominados o atípicos: I, *200-205* y 514 s.
— Escritura, como indicio de la intención... etc.: I, 211 *(civil law)*, 448-449 y 452-455 *(common law)*.
— Función económico-social, relación entre la teoría de la — y el problema de la intención de contraer..., etc.: I, 251.
— Grozio: I, 68 ss.
— Mandato: II, 601-602.
— Moderación de la responsabilidad asumida: I, *224-226*.
— Promesas de cumplir una obligación natural: I, 161; II, *374-389*.
— Promesas gratuitas de servicios o de contratos reales: I, *210-217*; II, *331-408*.

V. también las voces: Cortesía, *Executed consideration*, *Promise (Express promise)*, Transporte.
INTERÉS DEL ACREEDOR, apreciable, digno de protección, serio, etc., *cause juste*: I, *223-224*, 252-253, *259* ss., *269-282*, *282-301*, 458 *(in equity)*, 517 ss. (Derecho escocés); v. también *Cause juste*, Cláusula penal, Función económico-social, Patrimonialidad de la prestación.
INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO, *civil law* y *common law*: I, 21, 50 ss. (Derecho medieval), 92-93, *224-226* (en los contratos gratuitos), *455-457*, 484 *(act under seal)*, 495 (*consideration* e interpretación); II, 477, *569*, 577-578 y 581 (principio de conservación del contrato en las promesas interesadas y en las *business promises*), 609, 616 y 627 (Derecho internacional privado).
IUSNATURALISMO: v. Derecho natural.

JUEGO, obligación natural como causa suficiente de una promesa: I, 164.

LACK o WANT OF CONSIDERATION: I, 489-491.
LAUNEGILD y *Nominal consideration*: I, 46 y 444-445.
LAWFUL FREEDOM OF ACTION: v. *Legal freedom*.
LEGAL FREEDOM y LEGAL RIGHT: I, 438-439; II, 479-500, 517, 573, 585, 588, 591, 597; v. también *Consideration*, *Forbearance*.
LEGAL Y EQUITABLE RIGHTS: I, 537 ss.
LETRA DE CAMBIO y títulos de crédito: I, 449-450 y II, 549 (intención de contraer un vínculo jurídico); I, 541-543 y II, 79 ss., 288 (forma de la donación); I, 426, 485 y II, 628-633 *(common law, consideration)*, v. también Abstracción, *Cautio indiscreta*, *Negotiable instruments*.
LIBERTAD DE CONTRATACIÓN: I, 95-103; v. también Autonomía, Función económico-social.
LIMITACIONES a la actividad económica individual, a la propiedad, a la libre circulación de los bienes, etc.: I, *253-265*; II, 344 ss. *442* ss.; v. también Concurrencia, Función económico-social, *Restraint of trade*.

MANDATO:
— Base de la responsabilidad del mandatario: I, 205-210; II, 601-603 *(civil law* y *common law)*.
— Derecho Romano: II, 599.
— Gratuito: I, 205-210, 224-226, *406-420*; II, *594-603*.
— Interés del mandatario y contrato sinalagmático: II, 576, 581-583.
— Mero consejo y mandato: II, 284-289, 585-586.
— *Opus coeptum* y "entrega" del negocio: I, 216; II, 334 ss., *598-603*.
— Renuncia al mandato, *re adhuc integra*: I, 216, *412-420*.
— Responsabilidad del mandatario gratuito, carácter y moderación: I, 406-420. —V. también: *Agency*, Donación y mandato, *Gratuitous undertakings*, Seguro.
MARRIAGE SETTLEMENTS: v. Matrimonio.
MATRIMONIO, donación por causa o con ocasión o en *consideration* al —: II, *157* ss., *248-249*. Para el *common law* y comparación: I. 399-400; II, *463* ss., *510* ss., *633-646* (comparación con el Derecho italiano y Derecho internacional privado). V. también *Statute of Frauds*.
MATRIMONIO, promesa de —: I, 467; II, 641.
MISAS, donación con la carga de celebrarlas o sufragarlas: II, 92, 135-136, 138 ss.

MISFEASANCE y NONFEASANCE como base de responsabilidad contractual y extracontractual: I, 207, 210 ss., *410-423;* II, 332, 334, 351, 396, *593-594, 594-603.*
MISREPRESENTATION: I, 459; II, 477; v. también Vicios del consentimiento.
MODIFICACIÓN DEL CONTRATO o de la relación jurídica anterior, contrato modificativo: I, 441, 499, *528-541;* II, 466 (garantía posterior a la venta); v. también Remisión.
MODUS: v. Donación.
MORAL DAMAGES: v. Daños, Sanciones.
MOTIVES y *consideration:* I, 445, 449-450; II, 477, 487, *515, 516* ss., *578, 590-591,* 609-611 (comparación con el *civil law*), 645.
MOTIVOS: I, 50 ss., 224-226 (interpretación, contratos gratuitos); 250-251 (motivos y causa como función económico-social); II, 24, 29, ss., 58, 209 ss., 299; v. también Donación, *Motives.*
MUTUO, promesa de —: I, 106, *205-217;* II, 333-334; v. también Promesa de contrato real.

NATURALIA NEGOTII: I, 28.
NEGOCIO DE FIJACIÓN, reconocimiento de deuda, *civil law* y *common law:* I, 427; v. también *Cautio indiscreta.*
NEGOCIO JURÍDICO:
— *Common law* y *civil law:* II, 495 ss., 534, 634, *643* ss.
— Teoría general, generalizaciones: I, 10, 95-101, 253-254. V. también Autonomía, Función económico-social.
NEGOTIABLE INSTRUMENTS: v. Letra de cambio y títulos de crédito.
NOMBRE, carga consistente en asumir o dar el nombre en la donación: I, 33, 133; II, 489.
NONFEASANCE: v. *Misfeasance.*
NOTARIO, NOTARY: I, 476; II, 644; v. *Act under seal,* Documento público.
NUDUM PACTUM: v. Pacto nudo.

OBLIGACIÓN NATURAL, como causa suficiente de una promesa no revestida del esquema formal-causal de la donación. En general: I, *151-179, 423-427 (common law);* II, *247-330, 370-389.*
— Alimentos en favor de parientes necesitados: I, 424; II, *269-278.*
— Asignación a los hijos por razón de matrimonio, profesión, etc.: v. en esta voz.
— Conciencia, honor, distinción de la obligación natural. Derecho francés e italiano: I, 151-171 *passim;* II, 247-313 *passim,* especialmente 303-313.
— Cumplimiento de obligación natural ajena: II, 268.
— Daños causados por hijos o parientes: II, 69 ss., 267 ss.
— Daños no resarcibles: I, 167; II, *268, 284* ss., *308.*
— Deudas de un pariente: II, 303 ss.
— Derecho español: I, 176-179; II, 314 ss.
— Error en el pago o en la promesa de pago de una obligación: I, 157-159.
— Enriquecimiento injusto: I, 233, 424; II, *278-284,* 309-311.
— Fiducia, testamento nulo: v. en Fiducia.
— Hijos naturales: II, *294, 387* ss.
— Honor de la familia: II, 303 ss.; v. también supra Daños causados por parientes y Deudas de parientes.

OBLIGACIÓN NATURAL: Intención unilateral o bilateral de cumplir una obligación natural: II, 627.
— Juego: I, 164.
— Lesión, precio injusto: v. supra Enriquecimiento y la voz Modificación del contrato.
— Pacto nulo por defecto de forma: I, *164* ss.; II, 248, 265; v. también *Pactum geminatum.*
— Pago, distinción entre promesa de pago y pago de una obligación natural: I, *157-168.*
— Quiebra: v. esta voz.
— Relaciones amorosas, seducción: I, *167;* II, *252* ss., *294-296, 300, 387-389.* V. también las voces: *Causa praeterita,* Donación, *Constitutum debiti,* Intención de contraer un vínculo jurídico, *Moral consideration, Pactum geminatum, Past consideration.*
OFERTA y mera iniciativa contractual: I, 27.
OFFER Y ACCEPTANCE: v. *Consideration,* Formación del contrato.
ONEROSIDAD Y GRATUIDAD: I, 21, *103-125, 139-151* (teorías generalizadoras, crítica), 121-128 (Derecho francés).
ONEROSIDAD IMPLÍCITA, promesa implícita de una contraprestación: I, 425-427; II, *465* ss.
OPINION, en las sentencias del *common law*: II, 7 ss.
OPTION y OPCIÓN: I, *228* ss., *398-403, 427-429, 497* ss.; v. también Promesa unilateral de contrato y de venta.
OPUS COEPTUM: II, 592-594 y 594-603; v. también *Gratuitous Undertakings,* Mandato.
ORDENAMIENTO DE ALCALÁ: I, 55-56, 74, 371; II, 46, 316.
ORGANIZACIÓN JUDICIAL, en los países del *common law*: v. Derecho procesal.

PACTO NUDO, consensualismo, *solus consensus obligat,* etc.: I, 20, 51 y 61 (pacto nudo, criterios de interpretación y error), *57-94* (evolución histórica), 94 ss. (en las codificaciones), 113-243, *275-279,* 324-326 (influencia de las erróneas concepciones de la causa); 368 ss., 508 ss. (Derecho escocés); v. también Grozio, Domat, Pothier, *Transfert.*
— En el *common law*: I, 427-446; II, 465 ss., 481-484, 489-495, 596, 598, 607-611, 612 ss. (comparación entre *civil law* y *common law*).
— En el Derecho español: I, 101-103, 371-372; v. Ordenamiento de Alcalá.
PACTUM ADJECTUM *in continenti* y *ex intervallo*: I, 535-541; II, 598; v. también Modificación del contrato.
PACTUM DE NON PETENDO:
— *Civil law* y *common law:* I, 399 ss., 498, 533-541; II, 604, 611 ss., 623.
— Derecho Romano: I, 108.
— Donación: v. en esta voz.
V. también Remisión de deuda.
PACTUM GEMINATUM: I, 65, 72, 164-165, 388, 424; II, 254; v. *Constitutum debiti, Indebitatus assumpsit,* Obligación natural.
PALMATA: v. Derecho medieval.
PARTIDAS: v. Derecho medieval español.
PAST CONSIDERATION y *causa praeterita:* I, *423-427,* 452 ss. (reformas); II, 247-314 (en las notas a los distintos casos), *464-469,* 504 ss., 564, 605-633 (sentencias de Derecho comparado); v. también *Causa praeterita, Consideration,* Obligación natural, Onerosidad implícita.
PATENTES, nulidad: II, 478.

PATRIMONIALIDAD DE LA PRESTACIÓN: I, 130-151, *188-192*, *219* ss., *269-282*, principalmente *279*.
PENALTY: v. Cláusula penal.
PENSIÓN: v. Trabajo.
PERIÓDICO, promesas publicitarias (de dar consejos en materia financiera, etc.): II, 583 ss.
PIAE CAUSAE, donación en favor de —: I, 179-182; v. también Entidades públicas.
PLEADINGS: v. Derecho procesal.
POLLICITATIO: I, 233.
POTHIER: I, *80-92*, 159, 273 ss., 282-301, 339 ss., 414, 460.
— Influencia en España: I, 93-94.
POWER, PRIVILEGE, RIGHT, terminología comparada: II, 485; v. también *Forbearance* y *Legal Freedom, Legal Right*.
PREMIO prometido al vencedor de una carrera, de un concurso, etc.: I, *182-189*; II, *193* ss., 508-510, *591* ss.
PRESTACIÓN susceptible de valoración económica: I, *130-151*, *189-192*, *269-282*; v. Patrimonialidad.
PRESUPOSICIÓN: I, *318-324*; v. también "Causa" como *Condicio in praesens vel praeteritum relata*.
PRESUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD: v. Transporte gratuito.
PROCESO: v. Derecho procesal.
PROHIBICIONES DE ENAJENAR: I, *258-260*; II, *442-449*.
PROMESA:
— De contrato: v. Promesa unilateral de venta, *Option*.
— De contrato real: I, *210-217*, 222, 420-423 (moderación de la responsabilidad); II, *331-338*; v. también Comodato, Depósito, Mutuo, Contrato real, Derecho medieval y común.
— De pagar una deuda ajena: II, 104, 105 ss., 303 ss., 460 ss.; v. *Constitutum debiti*, Fianza.
— De pago, reconocimiento de deuda: v. Abstracción, *Cautio indiscreta*, Letra de cambio y títulos de crédito.
— Expresa: I, 66-74, 211; v. *Promise*, — *express*.
— Interesada: I, 81 ss., 92-93, 123 ss., *228-233*, *427-429*; v. Comodato, Promesa de servicios a título gratuito, *Option* y Promesa unilateral de venta, Propaganda, Transporte.
— Pública, promesa al público: I, *179-189*, *436*, 498; II, 193 ss., *583-591*; 399 ss. (Derecho español).
— Título gratuito: I, 24-25, *103-233*, *224-226*, *275-279*, *406-423*; II, 17-330; v. también Contrato, *Gratuitous promise*, Promesa de contrato real.
— Unilateral de venta: I, 228 ss., 398-404, 427-429, 497 ss.; v. Promesa interesada.
V. también Contrato, Obligación natural y *Constitutum debiti*, *Promise*.
PROMISE: I, 383-384; v. también *Contract*.
— *Express:* II, 544-546 (intención de contraer un vínculo jurídico).
— *Gratuitous:* v. *Gratuitous promise*.
PROMISSORY ESTOPPEL: I, *398-406*; II, 521 ss.; v. *Reliance*.
PROMISSORY NOTE: v. Letra de cambio y títulos de crédito.
PROPAGANDA: I, 124, 228-230; II, *583-591*.
PRUEBA, disponibilidad de la —; contratos sobre la —: II, 9, 460-462.
PUBLIC POLICY; distinción entre — y orden público: II, 530-533, 564, 567-568.

QUASI-CONTRACT: I, 491.
QUID PRO QUO: v. *Action of debt.*
QUIEBRA:
— *Common law:* II, 611-628.
— Convenio, ausencia de *consideration*, dificultades para su admisión en el *common law:* I, 498; II, 581.
— Promesa de pagar el residuo debido en virtud del convenio o de la quiebra, obligación natural, *civil law* y *common law:* I, 161, *424-425;* II, *374-379, 611-628.*
— Promesa de pagar en caso de llegar a mejor fortuna: II, 374-379.

RACIONALISMO: I, 5-11, 73-74.
RECONOCIMIENTO DE DEUDA: v. *Cautio indiscreta,* Obligación natural.
REGISTRO, derechos o tasa de — en las donaciones o en los contratos de carácter dudoso: II, 69 ss., 71 ss., 138 ss., 173-175.
REI INTERVENTUS: I, 510.
RELACIONES SOCIALES, de cortesía, etc.: v. Cortesía, Transporte.
RELIANCE: I, 207, 215, 233-236 (aceptación como *reliance*), 396-398, *398-423,* 452-455 (reformas del *contract*); II, 37, 66, 99, 119-120, 123, 126, 131, 145, *148-170,* 500-502, *517-518,* 519-530, 536, 551, 567, 573, *577-578* y *581,* 591, *603-604;* v. también Entrega de una cosa o realización de una prestación, *Rei interventus.*
REMISIÓN DE DEUDA: I, 441 (Pinnel's case), *535-537, 539-541,* 546-547; II, 374-379 (promesa de pagar en caso de llegar a mejor fortuna), 489 ss. V. también Donación, *Pactum de non petendo,* Quiebra.
RENTA PERPETUA Y DONACIÓN CUM ONERE: II, 136.
RENTA VITALICIA y donación *cum onere,* contrato de cambio: II, *409-419,* 413 *(bail a nourriture);* II, 47-50, 227-234 (Derecho español); v. también Causa, Contrato aleatorio.
REPORTS, organización y modo de hacer las citas: II, 12 ss., 551 ss., 611 ss. (ejemplos de *Reports*).
REQUEST OF CONSIDERATION, su valor en el *contract:* I, *390* ss., 398 ss., *430-437;* II, *567,* 572.
RES O CAUSA DATA: I, 22-24; v. también *Causa data, Executed consideration.*
RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: I, 311-324; v. también *Failure of consideration.*
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, su moderación:
— Contratos a título gratuito: I, *224-228,* 275-279, 437 ss.; v. también Promesas y Contratos a título gratuito, Responsabilidad contractual y extracontractual.
— Plena o típica, contratos de cambio y promesas interesadas, contratos formales, *civil law* y *common law* (garantía de un resultado o de un evento): I, 216, 278, 428-429, *455* ss., 492-494.
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL: I, 20, 30, 216-217, *398-423;* II, 120, 123, *148* ss., 331-362, especialmente 351-352, 393, 398, 455, 550, 583-586, 592-594, *594-603;* v. también *Misfeasance, Reliance.*
RESTATEMENTS: I, 380.
RESTRAINT OF TRADE: v. Concurrencia.
RIGHT: v. *Power, Legal right.*
ROMAN DUTCH LAW: I, 66-72; v. *Civil law* no codificado.

SAISINE-DESSAISINE: I, 528-539; v. también Pothier.
SANCIONES, sistemas de las — del contrato, *civil law* y *common law:* I, *269-308*, *461-474*, 517 ss. (Derecho escocés); II, 485, 487, *530* ss.
SEDUCCIÓN: v. Obligación natural.
SEGURO, promesa de asegurar cosas ajenas, mandato: I, 409; II, 594-603. Obligación de asegurar cosas depositadas: *ibídem.*
SIMULACIÓN, donación disimulada, *nominal consideration, recital of consideration*. I, 444-446, 493, *541-543;* II, *294*, *409-419*, *434* ss., *504* ss.
SOLUS CONSENSUS OBLIGAT: v. Pacto nudo.
SPECIFIC PERFORMANCE: I, 484; II, 335; v. también *Equity*, Sanciones.
STARE DECISIS: I, 378 ss.
STATUTE OF FRAUDS: I, 379, *479-482;* II, 472 ss., 646.
STIPULATIO: I, 29 ss., 211 (equivalentes modernos), *326-334* (evolución y transformación de acto formal en acto abstracto), 457 (*stipulatio* y *contract*), 484-485 (*stipulatio* y *deed*); v. también Derecho Romano.
SUMINISTRO, contrato de —: I, 498; II, *570-574.*
SUSCRIPCIÓN A UNA OBRA DE INTERÉS PRIVADO: II, 218.
SUSCRIPCIÓN PÚBLICA: II, *129* ss., *141* ss., *212* ss., *238-246;* v. *Charity Subscription*, Entidades públicas.

TORTS: I, 406-423, 465; v. Responsabilidad contractual y extracontractual.
TRABAJO, contrato de —, aumento de la retribución durante el contrato, pensión: II, 510 y 568-569.
TRADICIÓN FICTICIA, *brevi manu*, constituto posesorio, etc.: v. Pothier y *Transfert.*
TRADITIO CHARTAE: v. *Charta.*
TRANSACCIÓN, *Compromise:* II, 225, 475 ss., 507.
TRANSACTION, *legal* —: II, 644.
TRANSFERT, abstracción, causa, *consideration*, contrato traslativo, forma, nudo consentimiento: I, 62, 107, 157, 163, 165-166, 238, 346 ss., 488, 519, 520, *528-547;* II, 103, 110, 294.
TRANSPORTE:
— Amistoso o de cortesía: I, *205-217*, 228-230; II, 331-335, *346-352*, 391-396.
— Depósito y transporte: I, 207-209.
— Gratuito e interesado: I, 406-423; II, *592-594.*
— Presunción de responsabilidad (art. 1.384 Cód. civ. francés): II, 332, 346-352, 391 ss.
— Responsabilidad contractual y extracontractual: II, 331 ss., *346-352*, *391-396*, 592-594; v. también en la voz Responsabilidad contractual y extracontractual.
TRIAL: II, 8 ss.
TRUST:
— Como *transfert* y como donación: I, 429-430, 474, 539 ss.
— Como mandato o *agency:* I, 406-410.

UNDERTAKINGS: v. *Assumpsit*, Gratuitous undertakings.
UNDUE INFLUENCE: I, 361-367, *457-461.*
UNILATERAL CONTRACT: I, *430-437;* II, 571, 573-574; v. también *Acceptance*, *Contract bilateral*, *Executed consid.*
UNUSUAL CONTRACT: I, *514* ss.; v. también Contrato típico y atípico e Innominado.

Venta de cosa perecida: II, 478.
Vermögenszusetzung: I, 311-318.
Vicios del consentimiento o de la voluntad: I, 311-324, 361-367, *457-461;* II, *409-434*, 457-460, *472-479*, 495-504; v. también *Adequacy*, Equivalencia, Error, *Fraud*, *Misrepresentation*, *Undue influence*.
Voluntary agreement, *payement*, *undertaking:* II, 564, 585, 609, 624; v. también *Gratuitous promise*.
Voraussetzung: v. Causa, como *condicio in praesens vel praeteritum relata*.

Wadiatio: v. Derecho medieval.
Widerdonum: v. Derecho medieval y *Consideration (nominal —)*.
Writ: v. Derecho procesal.

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