UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Profesor Andrés Jana Linetzky
Primer semestre año 2016
Derecho Civil II

MATERIALES VIII

CAUSA

1. LEÓN HURTADO, Avelino. *La Causa.* Editorial Jurídica de Chile, 1983, pp. 13-40, 59-75.
2. PEÑA, Carlos. *Apuntes sobre la Causa*.
3. VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, quinta edición. Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 189-214.
4. ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. *Tratado de Derecho civil, Partes preliminar y general*, tomo segundo. Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 369-373.
5. LÓPEZ, Jorge. *Causa y "Consideration" en los contratos*. En RDJ, primera parte, 1981, pp71-81.
6. LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato*, volumen I, traducción de Jorge Guerrero R., Editorial Temis, 1993, pp. 349-405.
7. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen primero, *Introducción*, *Teoría del contrato*, quinta edición. Editorial Civitas, 1996, pp. 215-245.
8. FLUME, Werner, *El negocio jurídico, Parte general del Derecho civil*, tomo segundo, traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, cuarta edición, Fundación Cultural del Notariado, 1992, pp. 193-226.
9. ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein. *La libertad de contrato y sus límites*. En: "Introducción al Derecho Comparado", pp. 401-421.
10. Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 03 de julio de 2008, Rol N° 2195-2007.
11. Fallo de la Corte Suprema de fecha 12 de noviembre de 1968, caratulada "Palma c. Blanca y otros con Ravanal G. Ismenia".

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© SUCESION AVELINO LEON HURTADO
© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago de Chile

Inscripción N° 23.238

Se terminó de imprimir esta reimpresión de la primera edición de 1.000 ejemplares en el mes de abril de 1990

IMPRESORES: Salesianos

IMPRESO EN CHILE/PRINTED IN CHILE

I.S.B.N. 956-10-0836-9

AVELINO LEON HURTADO

LA CAUSA

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Capítulo I

LA CAUSA LICITA

"La teoría de la causa tiene reputación bien ganada de ser abstracta y oscura; la responsabilidad de ello incumbe al legislador, que sólo ha consagrado a esta importante materia tres disposiciones sumamente lacónicas (art. 1.131 a 1.133), y a la tradición, que es indecisa y a veces contradictoria, como también a la jurisprudencia, que ha realizado aquí una excelente labor, pero en forma completamente empírica, mientras los autores se ingenian para edificar, por su parte, una teoría supuestamente lógica, pero estrecha e insuficiente para encuadrar con la construcción jurisprudencial que la desborda por todas partes". LOUIS JOSSERAND.

1. LEGISLACION POSITIVA.—El título Segundo del Libro IV del Código Civil trata "De los actos y declaraciones de voluntad". El art. 1.445[1], primero de este Título, dispone: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

1º Que sea legalmente capaz;
2º Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio;
3º Que recaiga sobre un objeto lícito;
4º Que tenga una causa lícita."

Y, en seguida, dos artículos de este mismo Título II vienen a complementar estas escasas disposiciones sobre la doctrina de la causa dentro del Código. En efecto, el art. 1.467 prescribe; "No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesaria expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por *causa* el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

[1] Las referencias al Código y las citas de artículos que contiene esta obra sin otra indicación, son del Código Civil chileno.

Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe carece de causa y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita". Y el art. 1.468 agrega: "No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas".

Los dos primeros artículos —1.445 y 1.467— reproducen en sustancia lo prescrito por los arts. 1.108, 1.131, 1.132 y 1.133 del Código Civil francés, que disponen:

Art. 1.108: Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención. El consentimiento de la parte que se obliga; la capacidad de contratar; un objeto cierto que forme la materia de la obligación (engagement); una causa lícita en la obligación".

Art. 1.113: "La obligación sin causa, o sea, con causa falsa, o con causa ilícita, no puede tener ningún efecto";

Art. 1.132: "La convención no es menos válida porque la causa no se haya expresado"; y, finalmente, el art. *1.133* dice: "La causa es ilícita, cuando es prohibida por la ley, cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público".

En cuanto a nuestro art. 1.468, que agrava la sanción de nulidad impidiendo la repetición de lo dado o pagado por objeto o causa ilícita a sabiendas, la jurisprudencia francesa, cuando se trata de causa inmoral, aplica un criterio semejante, siguiendo el principio "meno auditor propiam turpitudinem allegans". Puede decirse, pués, que nuestra legislación es casi igual a la francesa en esta materia.

2. CAUSA DEL CONTRATO Y CAUSA DE LA OBLIGACIÓN.—La lectura de estas disposiciones de la legislación chilena y de la francesa nos demuestra que no aparece claro si este requisito de la causa lícita se exige que concurra en todo acto o declaración de voluntad, en el contrato o convención, o en las obligaciones, pues ambos códigos después de referirse a la "convención" o al "acto o declaración de voluntad" se remiten a "la obligación".

Esta falta de precisión de la ley se advierte también en la

doctrina. Así, algunos autores[2] estiman que la causa es requisito de la declaración de voluntad, del acto o contrato, como se desprende de la colocación del art. 1.467 en el título que trata de los requisitos internos de los actos o declaraciones de voluntad. La causa de la obligación será la fuente de donde emana, y la causa del contrato es el interés jurídico que induce a cada una de las partes a contratar.

Este criterio ha sido impugnado y la doctrina dominante se refiere a la "causa de la obligación", confirmando lo que expresa el art. 1.467: "No puede haber obligación sin una causa...[3].

Claro Solar estima que el asunto no tiene importancia práctica, "ya que afectando la causa esencialmente a la manifestación de voluntad, al consentimiento, tiene que referirse al contrato o al acto jurídico, así como a la obligación que en ellos se genera. H. Capitant[4] sostiene que es un error hablar, como lo hacen ciertos autores, de la causa del contrato, porque la causa de un contrato nada significa. No nos parece, sin embargo, agrega Claro Solar, que pueda prescindirse de la necesidad de la existencia de la causa de todo acto o declaración de voluntad de que emana una obligación, porque el hombre no se compromete a dar, hacer o no hacer algo, sino en virtud de un motivo, es decir, de una causa que lo mueve a contratar y que la obligación deberá realizar"[5].

Esta solución intermedia, ecléctica, no resuelve el problema, y mantiene la confusión de la legislación positiva.

[2] Arturo Alessandri R., "Los contratos", pág. 50; Arturo Alessandri Besa, "La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno", Nº 200, pág. 189; Leopoldo Urrutia, "Explicaciones de Código Civil", pág. 9; Coviello, "Doctrina General del Derecho Civil", Nº 130, pág. 445, etc.

[3] Marcel Planiol, "Traité Elementaire de Droit Civil", París, 1949, Tomo II, Nº 282, pág. 102; Henri, León y Jean Mazeaud, "Leçons de Droit Civil", París, 1956, Tomo II, Nº 255, pág. 205; Jorge E. Mera Molina, "Exposición de la doctrina de la causa", Nº 12, pág. 27, y Nº 113, pág. 101, y los autores que cita; Giorgi, "Teoría de las Obligaciones", Nº 437, pág. 462, etc.

[4] "De la causa de las obligaciones", Nº 5, pág. 26, París, 1924.

[5] Luis Claro Solar, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", Tomo X, Nº 906, pág. 505.

La doctrina de la causa sólo tiene cabida en materia de obligaciones que emanan de actos jurídicos, vale decir, en general, de obligaciones contractuales, que nacen por voluntad del deudor. Por eso se habla de *causa del contrato* para significar la *causa de la obligación contractual.* Así aparece, además, de la doctrina originaria de la causa, pues Domat y Pothier si bien hablan indistintamente de causa del compromiso u obligación (engagement) y causa del contrato, refieren el concepto a la obligación contractual. Dice Pothier que cuando la obligación no tiene causa, o lo que es lo mismo, cuando la causa es falsa la obligación es nula, "y el contrato que la contiene es nulo"[6].

Otros autores expresan con mayor precisión que la causa del contrato son los motivos que mueven a cada contratante a celebrar el acto. Estos móviles concretos, personales de cada contratante, constituyen la *causa ocasional* que, como veremos más adelante, no tienen influencia en la validez del contrato.

En cambio, la causa de la obligación sería la razón jurídica por la cual el contratante asume su obligación. Esta *causa final* es idéntica en contratos de la misma especie y es ajena a la personalidad del contratante. Es una noción abstracta de técnica jurídica[7].

[6] Pothier, "Obligations", Cap. I, Nº 42. Este autor dedica un párrafo especial a la "falta de causa en el contrato"; pero al mismo tiempo habla de "carencia de causa de la obligación".

[7] La legislación y la doctrina italiana, distinguen también la causa del contrato de la causa de la obligación en la siguiente forma: el Código Civil italiano de 1942 reglamenta específicamente la causa del contrato (arts. 1.325, 1.343 a 1.345 y 1.418 de ese Código). La doctrina dominante ha precisado que la causa es el fin económico-social perseguido en el contrato y que "consiste en la modificación de una situación existente que el derecho objetivo considera importante para sus propias finalidades". La causa de la obligación, en cambio, es el fundamento jurídico del deber de cumplimiento (causa debendi).

Y así puede haber causa del contrato y no haber causa de la obligación, como ocurre con la compraventa en que la causa para el vendedor es la promesa del pago del precio —causa del contrato—, pero una vez perfeccionado el contrato, el vendedor no estará obligado a entregar la cosa si el comprador se niega a pagar el precio, pues la causa de la obligación del vendedor viene a faltar por ese incumplimiento. La causa del contrato obra, pues, antes que el contrato se forme, o a lo sumo durante su formación; la causa de la obligación obra después que el contrato se ha formado (y formado regularmente, porque tiene su causa) y cuando la obligación debe cumplirse (F. Messineo, "Doctrina General del Contrato", Cap. II, Nº 92, págs. 116 y sigtes.). No es aceptable este criterio por las razones que damos en el Nº 11, pág. 26.

Nuestros Tribunales han empleado indistintamente los conceptos de causa del contrato y causa de la obligación. Un fallo dice: "Nuestro Código Civil exige para que pueda haber *obligación o contrato válido,* fuera de otras condiciones, la existencia de una causa lícita..."[8]. Pero, agrega a continuación, siguiendo a Colin y Capitant, que la causa se encuetra en todas las *obligaciones* que tienen su fuente en la voluntad del individuo, "ya sean contractuales, ya provengan de una disposición testamentaria".

En resumen: la causa se refiere a la obligación y no al contrato. La causa del contrato, en el sentido de *motivo* que induce a contratar, corresponde al concepto de *causa ocasional,* según la clasificación que veremos más adelante, y no tiene influencia en la validez del acto. La causa de la obligación, en cambio, corresponde a la *causa final*[9], En este sentido la aborda el presente trabajo.

No obstante, para mayor comodidad de expresión, diremos **en esta obra, indistintamente, causa de la obligación, o del acto o contrato.**

3. LA CAUSA SE APLICA SOLO A LAS OBLIGACIONES DE ORIGEN VOLUNTARIO Y ESPECIALMENTE CONTRACTUALES.—Cuando se habla de causa en relación con la obligación, ésta debe tener su origen en la manifestación de voluntad del deudor. La ley se refiere a la causa en los "actos y contratos" (arts 1.445, 1.467). Y esta con-

[8] R. D. y J., Tomo XXX, Secc. 2ª, pág. 1.

[9] Véase Nº 12, pág. 28.

clusión la corrobora el origen histórico de la causa, pues Domat creó esta doctrina a propósito de los contratos sinalagmáticos[10].

En las obligaciones de otro origen no cabe referirse a la causa en el sentido que la estamos estudiando. Por eso, se ha fallado que "no tratándose de una obligación emanada de un contrato, sino de una obligación legal ("de un acto de autoridad cuya fuente y causa está en la ley misma") no es aplicable el art. 1.467 del Código Civil. Por tanto, no puede existir la infracción consistente en que la obligación carecería de causa real y lícita"[11,12].

4. ORIGEN Y EVOLUCION DE LA DOCTRINA DE LA CAUSA[13].—La causa no fue creada por el Derecho Romano ni tuvo aplicación en él de acuerdo con el concepto que le fija el derecho actual.

Para los romanos la causa era la formalidad (verba), la entrega de la cosa o el cumplimiento de la fórmula (factum) que daba origen al contrato; es decir, la palabra causa se empleaba en el sentido de *causa eficiente,* de generadora del contrato. En igual sentido hablaban de la causa como fuente de las obligaciones: contrato, cuasicontratos (variae causarum figurae) delitos, etc.

[10] Véase el número siguiente sobre "Origen y Evolución de la doctrina de la causa".

[11] R. D. y J., Tomo XXXV, Sec. 1ª, pág. 417.

[12] El Código Civil italiano de 1942 menciona la causa como requisito del contrato (art. 1.325). Pero de acuerdo con el art. 1.324 del mismo Código, "salvo disposiciones contrarias de la ley, las normas que regulan los contratos se observarán en cuanto fueren compatibles respecto de los actos unilaterales entre vivos que tengan un contenido patrimonial". Igualmente, por analogía pueden aplicarse esas normas al "negocio unilateral patrimonial *mortis causa*", es decir, al testamento (F. Messineo, "Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomo I, pág. 275, y Tomo II, Párrafo 38, Nº 5, pág. 372).

[13] Von Jhering, "El espíritu del Derecho Romano", Tomo III, pág. 233; Capitant, "La causa", N.os 40 y sigtes.; y Planiol, obra cit., N.os 284 y sigtes. Planiol y Ripert, Tomo VI, N.os 250 y sigtes., págs. 342 y sigtes. Henri León y J. Mazeaud, "Leçons de Droit Civil", París, 1956, Tomo II, N.os 258 y sigtes, págs. 206 y sigtes.

Veremos, no obstante, las vinculaciones que tiene esta doctrina con el Derecho Romano.

En los primeros tiempo de Roma existieron los contratos verbales, formalitas, en que, por ejemplo, la promesa de pagar una suma de dinero, hecha solemnemente, obligaba al que hacía, aun cuando el prometiente no hubiera tenido motivo alguno para contraer ese compromiso. La obligación surgía, expresándonos en la terminología actual, "abstraída de su causa", es decir, era una *obligación abstracta.* Esta obligación daba el máximo de seguridades al acreedor y una gran estabilidad a la relación jurídica, pues probado el cumplimiento de la fórmula, esto es, probada la existencia formal de la obligación, el deudor no podía excusarse de cumplir a pretexto de error, de falta de contraprestación por parte del acreedor, etc. En el antiguo Derecho Romano el formalismo llegó pues al extremo de hacer del contrato, originariamente solemne, un acto abstracto, pues el deudor se obligaba por el cumplimiento de la fórmula jurídica elegida, con prescindencia absoluta de la voluntad real, aunque ésta fuera evidente. La razón que movía a contratar era ajena a la formación del contrato. Y, consecuencialmente, los vicios de la voluntad no influían en la validez del acto. Así se explica también que las obligaciones del vendedor y del comprador, fueron independientes durante un largo período del Derecho Romano.

Pero como esta obligatoriedad rigurosa conducía a evidentes injusticias, verbigracia, cuando el deudor no había recibido el dinero que se obligó a restituir, o si se obligó en consideración a la prestación u obligación recíproca del acreedor que éste no cumplía, los pretores crearon acciones destinadas a proteger al deudor, sea mediante acciones de repetición para impedir el enriquecimiento injusto, sin causa, sea para excusarse de cumplir. Nacieron así las *conditiones sine causa, la querela non numeratoe pecuaia, la exceptio doli, la condictio liberationis,* etc. Estas acciones *no tendían a invalidar el acto* por defectos de la volun-

tad que los creó, pues, en esencia, el acto nacía por el cumplimiento de la fórmula, *sino a privar de eficacia a un acto injusto,* sea impidiendo que se cumpliera —exceptio doli, condictio liberationis— o bien obteniendo la restitución de lo pagado para evitar el enriquecimiento sin causa —condictio indebiti, etc. No era, pues, la validez la que se atacaba sino los *efectos* contrarios a la equidad. La técnica contractual se mantuvo, pero, se impidió el enriquecimiento injusto por estos medios indirectos, ajenos al contrato.

En los contratos nominados se aplicaron con mayor razón estos principios de elemental justicia conmutativa. Así, en la compraventa, la obligación de una de las partes se sabe que se ha contraído por la recíproca que contrae la otra. "La causa de la obligación de uno, es la obligación que el otro contrae a su favor. No obstante, los romanos no aplicaron en toda su extensión estos principios, y así el riesgo de la cosa vendida pesa sobre el comprador; éste debe pagar el precio aun cuando no reciba la cosa por haber perecido. O sea, una obligación debe cumplirse aunque la otra desaparezca. Esta situación que se mantiene hasta nuestros días (arts. 1.550 y 1.820) se debió a que los romanos no lograron desprenderse totalmente del formulismo de la época primitiva; el solo consentimiento no era bastante para crear la obligación. Aun en el Derecho Romano clásico se necesitaba cumplir con ciertos elementos formalistas. Más tarde en los contratos sinalagmáticos —excluidos los consensuales: venta, arrendamiento, sociedad y mandato— se creó una *conditio* para lograr la repetición de lo entregado por una parte.

Una razón de equidad fue, pues, exigiendo que la fórmula, para ser eficaz, tuviera un contenido, correspondiera a una realidad. En suma: había que probar, aparte del cumplimiento de la fórmula, la *causa;* esto es, el contrato mismo.

La evolución de la doctrina de "la causa", en el concepto romano, guarda también estrecha relación con el desarrollo y validez de los *pactos nudos,* pues dar valor al solo consentimiento (solus consensut obligat) importa un progreso en la idea de finalidad y un alejamiento del valor de la simple fórmula[14].

Los romanistas de la Edad Media y especialmente los canonistas de esa época, dieron un mayor valor a los actos celebrados sin sujeción a fórmulas preestablecidas, esto es, se dio valor al solo consentimiento. Además, la eficacia de la obligación contratada se subordinaba como norma a la contraprestación en miras de la cual el deudor se hubiere obligado, salvo que se tratara de una donación. En este punto tuvieron, como decimos, una participación destacada los canonistas, pues el deudor que no cumplía pasaba a ser *culpable* de una *falta* y para ver si merecía una sanción había que estudiar su voluntad al obligarse, a fin de saber si en conciencia el deudor debía respetar la palabra dada. Así, en general, la justicia conmutativa vino a determinar el valor moral de esa obligación. En el análisis del consentimiento, los canonistas concluyen que sin una causa, no hay obligación; y la causa es la obligación correlativa, conexa, que contrae la otra parte. Por eso ya en el siglo XIII surge la fórmula "non servandi fidem, non est fidem servanda" (no debe mantenerse la palabra propia respecto del que no mantiene la suya), que viene a ser la excepción de contrato no cumplido (art. 1.552) y el nacimiento de la causa como elemento independiente de validez del contrato. Y al analizar la moralidad de los motivos que inducen a contratar, los canonistas llegan inicialmente a la noción de *causa lícita.*

Los canonistas fueron aún más allá de la apreciación conmutativa de las obligaciones y establecieron, olvidando la estabilidad del contrato, que el juez debía juzgar también la moralidad de la relación jurídica, es decir, la causa del contrato, los *móviles* que determinaron a contratar.

5. DOCTRINA DE DOMAT.—Llegamos, pues, al inicio de la doctrina de la causa, desarrollada en cierta medida por los postglosadores

[14] Capitant, "La cause des obligations", Cap. I, Nº 57, págs. 127 y sigtes.

(Bartolo) y sistematizada por primera vez por el jurista francés Jean Domat (siglo XVII) al tratar "De la naturaleza de los contratos y su modo de formación".

Primeramente clasifica Domat los contratos en cuatro categorías y dice: "las personas pueden estar relacionadas por servicios de ellas o de uso de ciertas cosas y estas relaciones cristalizan en cuatro especies de convenciones. Hay casos en que dos individuos se dan recíprocamente cosa por cosa, como sucede en la venta, y en la permuta, o se prestan mutuamente algún servicio, como ocurre al encargarse cada uno de los asuntos del otro. Ese servicio puede prestarse también por una remuneración, como en el arrendamiento de servicios, o suceder por último, que sólo una de las partes dé o haga, sin contraprestación alguna, como sucede en el desempeño gratuito de negocios ajenos, o en las donaciones por pura liberalidad. En las tres primeras especies se trata de un comercio en el que nada es gratuito y la "obligación de uno es el fundamento de la del otro"[15]. Y aun en las convenciones en que uno solo aparece obligado, como en el préstamo, la obligación del deudor ha nacido en razón de la obligación del acreedor de entregar la cosa prestada. La obligación de uno tiene su *causa* en la del otro. Si el acto es gratuito, el solo deseo de donar, de hacer el bien, "toma el lugar de causa"[16].

De lo expuesto aparece que Domat trata de explicar que la forma no tiene valor en sí, como originariamente aceptaron los romanos, si no hay un contenido en el contrato, *una causa,* que consiste en haber recibido, recibir o esperar recibir una contraprestación, o en el solo propósito de hacer el bien. Esta "causa" no viene a ser otra cosa, entonces, que el contenido de cada contrato; éste surge y es válido cuando las obligaciones que crea tienen una justificación, una causa, lo que aparece muy claro en los contratos onerosos, por oposición a los gratuitos, en que la mera liberalidad "toma el lugar de la causa"[17].

[15] Domat, "Les lois civiles (dans leur ordre naturel)", Libro I, Tít. I, Sec. 1ª, N.os 4 y sigtes.

[16] Cita anterior.

[17] Pero aunque Domat se refiera a los contratos gratuitos (con cierto

6. DOCTRINA DE POTHIER.—Pothier, siguiendo a Domat, formula después la doctrina en estos términos: "Toda obligación (engagement) debe tener una causa honesta. En los contratos interesados, la causa de la obligación que contrae una de las partes, es lo que la otra le da o se compromete a darle, o el riesgo que tome de su cargo. En los contratos de beneficencia, la liberalidad que una de las partes quiere hacer en favor de la otra, es *causa suficiente*[18] de la obligación que contrae en favor de ella. Pero cuando una obligación no tiene causa alguna, o lo que es lo mismo, cuando la causa por la cual ha sido contraída, es falsa, la obligación es nula; y el contrato que la contiene es nulo". Y agrega que si se cumple una obligación sin *causa,* hay acción de repetición; y esta acción se llama *conditio sine causa*[19].

Esta es la fuente de donde los redactores del Código francés tomaron la doctrina de la causa, y de ahí pasó a nuestro Código, sin perjuicio de que el concepto de *causa* de Domat ha evolucionado, pues para este autor la causa no era un elemento de validez del contrato distinto del consentimiento y del objeto. El propio Capitant que es el mejor defensor de esta doctrina, así lo reconoce al juzgar la individualidad propia de este nuevo requisito del acto jurídico. Surge de este modo la noción de *causa-final* que difiere sustancialmente de la *causa ocasional* y de la *causa eficiente.*

7. ACEPCIONES DE LA PALABRA CAUSA.—La causa se puede con-

circunloquio), la idea de la doctrina de la causa, surgió a propósito de los contratos innominados y sobre la base de la fórmula romana *do ut des, facio ut facias.* Por eso dice Dabin ("La doctrina de la causa", Nº 64, pág. 67) que esta teoría nació de los contratos sinalagmáticos "y de su seno se la quiso hacer irradiar sobre campos extraños y hostiles..." Y agrega que Domat habría confundido los contratos innominados del Derecho Romano con los sinalagmáticos.

[18] Pothier, precisando la idea de Domat, establece como causa *suficiente* de los actos gratuitos, la *mera liberalidad.*

[19] Pothier, "Obligations", Cap. I, N.os 42 y 43.

siderar, en tres acepciones distintas: *causa eficiente, causa final* y *causa ocasional.*

8. CAUSA EFICIENTE.—Corresponde al concepto lógico de la palabra: es causa eficiente el elemento generador del efecto. Es el antecedente u origen de algo. Por consiguiente, en esta acepción la causa de las obligaciones es la fuente de donde emanan: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley.

Como adelantábamos en páginas anteriores, en este sentido entendían la causa los jurisconsultos romanos. Y así, se distinguían las obligaciones que tenían por causa el contrato, o que nacían *ex variae causarum figurae,* es decir, *quosi ex contractu, quosi ex maleficio* (que comprende al cuasicontrato, delito y cuasidelito). Esta *causa de la obligación* —causa civilis— era la fuente capaz de crear el *vinculum juris,* pues como hemos dicho más arriba, el solo consentimiento, el simple pacto, no podía generar la obligación. El cumplimiento de la fórmula era más fuerte que el consentimiento.

No es ésta la acepción que nos interesa para nuestro estudio, pues si el legislador exige como condición de validez del acto o contrato que éste tenga una causa lícita (art. 1.445), no se está refiriendo evidentemente a las fuentes de las obligaciones, entre las que se encuentra el contrato, pues la causa sería requisito del contrato y a la vez el contrato mismo, lo que es un absurdo[20].

9. CAUSA FINAL.—En esta acepción la causa es el fin o propósito inmediato e invariable de un acto[21]; "la razón o interés jurídico que induce a obligarse"[22]. "La finalidad típica y constante, cualquiera que sea el sujeto empírico que se valga del negocio

[20] Un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago toma la palabra causa en esta acepción, pues dice: "si el decreto que ordena al ejecutante pagar su honorario al tasador *no nació de una resolución dictada con arreglo a la ley* ni de acto o contrato entre las partes, carece de causa". R. D. y J., Tomo XVII, Sec. 2ª, pág. 5 (letra F), pág. 7.

[21] Claro Solar, Tomo X, Nº 910, pág. 308.

[22] Jorge E. Mera, obra cit., Nº 32, pág. 37.

y cualesquiera que sean sus móviles individuales[23]. "Es la razón por la cual el contratante asume su obligación"[24].

En este sentido es el fin que se propone lograr el deudor al obligarse y que es idéntico siempre en contratos de la misma especie. Por ejemplo, el mutuario siempre estará obligado a restituir en razón de que el mutuante le hizo entrega de la cosa prestada. La *causa* de su obligación será invariablemente ésta, en todos los contratos de mutuo que se celebren. O sea, asume su obligación de restituir, porque se le ha hecho entrega. Pero este fin inmediato, directo y uniforme en contratos de la misma especie, no debe confundirse con otros móviles, que también determinan a contratar y que, generalmente, son distintos en cada contratante y en cada contrato aunque sean de la misma especie. Estos motivos lejanos y distintos constituyen la causa *ocasional* (o impulsiva). En el ejemplo anterior, el mutuario puede haberse obligado porque necesitaba pagar una deuda, hacer una compra, etc.

Si se trata de contratos sinalagmáticos, como si dos personas celebran sucesivamente dos o más contratos de compraventa de automóviles, la *causa final* será también siempre la misma: para el vendedor, la obligación que contrae el comprador de pagar el precio; para el comprador, la obligación del vendedor de entregar el automóvil. La "causa-fin" es, pues, común a ambos contratantes e idéntica en contratos de la misma especie. Esta noción de causa es esencialmente técnica y pasa a ser "la pieza maestra del mecanismo del contrato"[25]. La causa impulsiva, en cambio, los motivos, son individuales y varían en cada contrato y en cada contratante, sin afectar a la validez de la relación jurídica.

10. CAUSA OCASIONAL.—La causa ocasional son los motivos individuales, personales de cada parte, son los resortes de su volun-

[23] F. Messineo, "Derecho Civil y Comercial", Bs. Aires, 1954. Tomo II, pág. 372.

[24] Henry, León y Jean Mazeaud, "Leçons de Droit Civil", París, 1956, Tomo II, Nº 255, pág. 205.

[25] Henri, León y Jean Mazeaud, cita anterior.

tad que la determinan a contratar. Estos motivos o causas ocasionales varían hasta el infinito y, a menos que se expresen, permanecer en el fuero interno de cada parte sin que puedan determinarse objetivamente[26]. Como dice la doctrina francesa, la causa queda dentro del campo contractual; los motivos son ajenos, quedan fuera del acto jurídico, son adventicios. Así, en cada contrato de compraventa, mientras la causa final es siempre igual, la *causa ocasional* será —o puede ser— siempre distinta: el comprador. habrá adquirido un automóvil para usarlo; otro para donarlo, para arrendarlo, etc., y el vendedor habrá vendido el primero porque necesitaba pagar una deuda, el segundo porque necesitaba adquirir para sí otro más moderno, etc.

Estos conceptos los ha precisado nuestra jurisprudencia diciendo que "la causa de un contrato es el interés jurídico que induce a las partes a contratar, interés que es distinto e independiente del móvil utilitario o subjetivo que hayan podido tener en cuenta al momento de celebrar el contrato[27].

11. DOCTRINA DEL FIN ECONOMICO.—Esta doctrina ha sido expuesta por Henri Capitant[28] y en esencia puede considerarse como un derivado de la doctrina de la *causa final*. En efecto, dice Capitant, que el fin que se persigue al celebrar un acto jurídico es de caracter económico y no puramente jurídico. La causa es así un fin económico que las partes persiguen al contratar y esto, sin duda, está más de acuerdo con la voluntad real del que se obliga. Así, el fin perseguido aun en un acto gratuito, es de carácter económico: el donante desea hacer pasar una parte de sus bienes a otro sin contraprestación. Se mantiene

[26] Si se expresan y son aceptados por las partes, estos motivos pueden pasar a ser una condición del contrato, una estipulación obligatoria para los contratantes, pero en ningún caso, la causa del acto en sentido técnico. Véase Raymond Salailles, "De la declaration de volonté", Nº 8, pág. 254.

[27] R. D. y J., Tomo XXIII, Sec. 1ª, pág. 669; Tomo XXIV, Sec. 1ª, pág. 678.

[28] "De la cause des obligations", N.os 1 y sigtes., págs. 18 y sigtes.

el criterio de causa final; no se cae en los motivos, pero se da al fin perseguido el carácter constante de fin económico.

Coviello sigue también esta doctrina y dice que "el acto jurídico es la manifestación de voluntad de una o más personas, cuyas consecuencias jurídicas van encaminadas a realizar el fin práctico de aquellas"[29]. Y atendido este fin práctico, la causa es "la razón económico-jurídica del negocio"[30].

Conforme con esta doctrina, la causa se identifica con el fin práctico y, en consecuencia, en un contrato bilateral la causa que determina a obligarse, no es la obligación recíproca, sino el deseo de obtener la ejecución de la prestación que se le ha prometido en cambio[31]. No es la obligación (concepto jurídico) sino la prestación, el objeto de la obligación (concepto económico).

Si el contrato es aleatorio, cada parte persigue la prestación completa de la otra parte, pero por el "álea", que es otro factor que aquí interviene, puede en definitiva la contraprestación ser insignificante o no existir.

Se ha criticado y con razón esta nueva concepción de la causa, que es ajena al Código Civil francés, a Domat y a Pothier, puesto que si de no cumplirse la prestación prometida en cambio, la obligación desapareciera por carecer de causa, "estaríamos abandonando el terreno de los requisitos de validez de las obligaciones (arts. 1.108 y sigtes. del Código Civil francés) para pasarnos al de la resolución de los contratos (art. 1.184 Código Civil)". La obligación que tiene una causa al momento de nacer, no puede convertirse después en obligación sin causa[32].

12. ACEPCION DE LA PALABRA CAUSA A QUE SE REFIERE EL CODIGO: a) *Causa final*.—De lo expuesto más arriba aparece que la ley al

[29] Coviello, "Doctrina General del Derecho Civil", pág. 344.

[30] Cita anterior, pág. 446.

[31] Capitant, obra citada, Nº 14, pág. 42.

[32] Véase J. Dabin, "La teoría de la causa", pág. 13. Henri, León y Jean Mazeaud, "Leçons de Droit Civil", Nº 266, pág. 212.

hablar de causa del acto o contrato, o de causa de la obligación (arts. 1.445 y 1.467), se está refiriendo a la causa final. En efecto, como hemos dicho, no se ha referido a la *causa eficiente;* y tampoco ha podido referirse a la *causa ocasional,* pues si se atiende a los móviles o motivos psicológicos de cada contratante, a sus representaciones psíquicas, que varían hasta el infinito, se crearía la total inestabilidad jurídica. Así, lo resuelve la generalidad de la doctrina[83].

O sea, en cada tipo de contrato, habrá siempre una misma causa de valor constante y abstracto, precisada de antemano por el Derecho.

Nuestro Código, a diferencia de su modelo francés, definió la causa y dijo que es "el motivo que induce al acto o contrato". Sin duda esta definición no es feliz, pues parece confundir la causa con los motivos[84]. Claro Solar trata de justificar esta definición diciendo que se ha dado a la palabra *motivo* una acepción diversa de la que le corresponde generalmente. En efecto, la expresión legal es exacta, en cuanto la *causa* es el motivo determinante de la voluntad contractual, la razón suficiente para que la voluntad se produzca y obre el fin, el propósito perseguido en la convención"[85].

Lo cierto es que por las razones ya dadas, debemos entender que este artículo se refiere a la causa de la obligación, a la *causa final* y, en consecuencia, cuando habla de *motivo,* quiere decir la razón jurídica que determina a obligarse. Lo dicho, con la salvedad que veremos en seguida, sobre causa ilícita.

b) *Causa ocasional.*—Pero aún aceptando como válido el

[83] Claro Solar, Tomo X, N.os 912 y sigtes, págs. 509 y sigtes.; Jorge E. Mera Molina, obra cit. Nº 22, pág. 32; Alessandri R., Arturo, "Contratos", pág. 53; Alessandri B., Arturo, obra cit., Nº 198, pág. 187; Véase también: Giorgi, "Teoría de las Obligaciones", Tomo III, Nº 437, pág. 460, y los autores citados por estos tratadistas.

[84] Amunátegui Reyes, "Imperfecciones y erratas manifiestas del Código Civil Chileno", pág. 98; Alessandri R., Arturo, "Los contratos", pág. 53.

[85] Claro Solar, Tomo X, Nº 913, pág. 510.

principio general de que el Código se refiere a la causa final, es forzoso reconocer que cuando se plentea un problema de causa ilícita debe atenderse a la intención real de las partes, es decir, a los motivos individuales, a la *causa ocasional,* que determinó a contratar.

Quien pide un préstamo para instalar un prostíbulo, o hace una donación para iniciar o mantener relaciones sexuales extramatrimoniales, no podrá invocar la causa final, abstracta, de todo préstamo o donación y pretender que tales actos se consideren válidos. El juez invalidará el contrato si comprueba los móviles concretos ilícitos que determinaron a las partes a contratar. O sea, debe juzgar la causa ocasional.

Durante el siglo XIX, gran parte de la doctrina francesa pretendió que el juez no podía entrar a juzgar los motivos por encontrarse éstos en una esfera distinta de la *causa,* ajena al contrato. Pero la jurisprudencia no aceptó este criterio y juzgó los motivos individuales del contratante, cuando le parecieron ilícitos. Henri Capitant pretende demostrar —sin lograrlo a nuestro juicio— que la jurisprudencia al resolver estos casos no se ha apartado de la *causa final,* pues "las partes que contratan pueden introducir a la convención cualquiera consideración que se convierte entonces en elemento constitutivo", y en las liberalidades, que no son enteramente gratuitas, el *animus donandi* "es sólo un medio para lograr un fin, que es elemento esencial de la voluntad del disponente"[86].

Esta causa *adjunta,* como la denomina Dabin, no puede inducir a error, pues se trata simplemente de la *causa ocasional,* de los *motivos,* pese al esfuerzo dialéctico de Capitant. Porque, ¿cómo pretender que se trata de la causa final, abstracta, invariable en cada contrato si está constituida por motivos individuales de cada contratante? Podrá ser una condición del contrato, pero jamás la *causa* en sentido técnico.

La búsqueda de la intención real del contratante, cuando

[86] Henri, Capitant, "De la cause des obligations", Nº 112, pág. 244, y Nº 196, pág. 438.

se trata de causa ilícita, es indispensable y está permitida por la ley puesto que si define la causa ilícita como la que la ley prohibe, o es "contraria a las buenas costumbres o al orden público" (art. 1.467) hay que establecer los motivos concretos que tuvo el autor para celebrar el acto o contrato. *Esta es la causa impulsiva y determinante, el* "Móvil-fin".

La jurisprudencia tanto francesa como chilena así lo han entendido. *O sea, cuando se trata de causa lícita, el legislador sólo se refiere a la causa final, a la causa preestablecida, constante, invariable y abstracta en contratos de un tipo determinado. Pero cuando los motivos que determinan a contratar (causa impulsiva y determinante) son ilícitos (contrarios a las buenas costumbres o al orden público) el juez tiene que considerarlos en concreto, es decir, juzgar los motivos individuales" que inducen al acto o contrato": la causa ocasional.*

No hay, pues, en el Código una doctrina unitaria de la causa, sino dual. Es ésta la única solución posible, atendidos nuestros confusos textos legales. Así lo ha resuelto también la jurisprudencia, como lo veremos más adelante.

Sin duda, el sistema del Código es equivocado, pues la doctrina de la causa final se desvirtúa totalmente cuando se la confunde con los motivos. De consiguiente, si debe invalidarse un acto por motivos ilícitos, no es necesario hablar de *causa ilícita*, sino, específicamente, de *motivos ilícitos*, y disciplinar esta materia fuera de la causa, como se hace, por ejemplo, con los motivos falsos o equivocados que se sancionan en el error[37]. De esta manera se reglamenta en los Códigos más modernos[38].

13. LA CAUSA FINAL EN LOS DIVERSOS ACTOS Y CONTRATOS.—La causa final es idéntica en los contratos de la misma especie. Des-

[37] Véase Nº 61 y pág. 84.

[38] Además, Domat, que es el verdadero creador de esta doctrina, no hace referencia alguna a la *causa ilícita*, sino a la nulidad de las convenciones contrarias a las buenas costumbres o al orden público. Pothier fue el primero que habló de *convenciones* que tienen *una causa ilícita e inmoral*.

de los tiempos de Domat, es decir, conforme con la doctrina clásica, se han precisado esos móviles que inducen a obligarse, según la naturaleza de los contratos: gratuitos u onerosos y bilaterales y unilaterales.

14. LA CAUSA EN LOS CONTRATOS BILATERALES.—El contrato oneroso bilateral persigue la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro. La causa de la obligación de una de las partes es la contraprestación recíproca de la otra. Se consideran separadamente las obligaciones que surgen del contrato y se ve entonces cual es la causa de que el deudor asuma su obligación. Esta razón abstracta, jurídica, de la obligación es siempre igual en contratos de una misma especie. Es aquí donde aparece el fundamento primero de la doctrina de la causa, "el principio de justicia elemental del dando y dando"[39]. La obligación de una de las partes tiene por fundamento la obligación correlativa o, según algunos autores, el cumplimiento o ejecución de la obligación de la otra parte. La *causa debendi* se haya pues en la justicia conmutativa[40].

En estos contratos bilaterales, la causa de la obligación de cada una de las partes es la *consideración* de la obligación que asume el otro contratante. Es la *consideración* de la prestación que el obligado debe recibir al mismo tiempo de cumplir su compromiso (pago del precio de la cosa comprada y entregada en el acto) o que deberá hacerle después (entrega de la cosa vendida a crédito)[41].

De acuerdo con estos principios, el art. 1.814 dice que "la venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no produce efecto alguno". O sea, la obligación del comprador carece de causa (la del vendedor por su parte, carece de objeto). Dicho de otro modo: "en los

[39] Planiol y Ripert, Tomo VI, Nº 252, pág. 349.

[40] Así lo entendió Domat cuando afirma que "la obligación de uno es el fundamento de la del otro". Véase Nº 11, pág. 26.

[41] Planiol y Ripert, Tomo VI, Nº 253. Giorgi, obra citada, Nº 438, pág. 463.

contratos bilaterales cada parte se obliga teniendo como fin jurídico, como causa, el obtener la prestación consentida por la otra"[42].

Por la misma razón, si no existe precio en la compraventa, la obligación del vendedor carece de causa[43].

Se ha fallado que si el precio consiste en: "a) cierta suma que el vendedor deja en poder del comprador para que cumpla después de sus días ciertos encargos que se indican en la escritura y, b) una renta vitalicia que no sólo consiste en dinero, sino también en un derecho de habitación, talaje para animales...", el contrato es nulo, pues no hay precio y, consiguientemente, el acto carece de causa para el vendedor. La razón de la falta de precio está en que "la primera de dichas prestaciones importa el establecimiento de disposiciones de última voluntad, para que, ajustándose a ellas, el comprador distribuya parte del predio que no paga en vida del vendedor sino que lo conserva en su poder, disposiciones que carecen de valor por no haberse sujetado a las solemnidades del testamento; de lo que resulta que siendo ineficaz e ilusoria parte del precio, no existe este elemento esencial de la compraventa y falta entonces la *causa* de la obligación del vendedor. La renta vitalicia que señala como parte de precio de la compraventa adolece, asimismo, del vicio de nulidad que se deriva del precepto prohibitivo del art. 2.267 del Código Civil que establece que la pensión no podrá ser sino en dinero"[44].

[42] R. D. y J., Tomo XXI, Sec. 1ª, pág. 973; Tomo XXX, Sec. 2ª, pág. 1. La causa puede aparecer de dos escrituras que se complementan. "No carece de causa la obligación por la cual se reconoce un crédito a favor de una persona si la escritura por la cual se hace el reconocimiento forma un todo con otra posterior, en que el acreedor transfiere una propiedad al deudor, ya que ambas dan testimonio de las condiciones en que se efectuó esa transferencia". Misma revista, Tomo VII, Sec. 1ª, pág. 175.

[43] R. D. y J., Tomo XXXIII, Sec. 1ª, pág. 91.

[44] R. D. y J., Tomo XXI, Sec. 1ª, pág. 973. En la misma forma se ha fallado en un caso de arrendamiento sin renta, pues ésta se fijó en parte de las utilidades que produjera la finca de modo que si éstas no se producían no había precio y el derecho del arrendador "se frustra por *falta de causa*". La estipulación anterior importaba dejar la fijación del precio o renta al arbitrio de uno de los contratantes, puesto que al arrendatario no se le impuso obligación alguna de trabajo, inversión, etc., y tal estipulación está prohibida (arts. 1.809, inc. 2º, y 1.918, C. Civil). R. D. y J., Tomo LI, Sec. 1ª, pág. 622.

[45] Los ingleses dicen que un grano de pimienta puede constituir una *consideration* (noción cercana de nuestra causa) suficiente para una obligación de cien libras. Planiol y Ripert, Tomo VI, Nº 252, pág. 349; Giorgi, obra cit., Nº 438, y 463; H. Capitant, "De la cause des obligations", Nº 88.

[46] Gaceta de los Tribunales, año 1919, Tomo I, Sent. 1.180, pág. 551.

Lo dicho respecto de la compraventa rige para otros contratos bilaterales, como el arrendamiento de cosas, en que "el contrato termina por la destrucción total de la cosa arrendada", y "por la extinción del derecho del arrendador (art. 1.950, N.os 1 y 3). Para el arrendatario el contrato carecería de causa en el período correspondiente, ya que es un contrato de tracto sucesivo.

Igualmente en la transacción puede haber falta de causa real y lícita para una de las partes si versa "...sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen" (art. 2.452) o "si al tiempo de celebrarse la transacción... estuviera ya terminado el litigio por sentencia..." (art. 2.455).

Nótese que en estos contratos bilaterales, basta con la existencia de obligaciones recíprocas, sin que deba considerarse el valor de ellas para establecer una equivalencia. Es la consecuencia de que la lesión no es causa de rescisión, sino excepcionalmente. El valor de las cosas es a veces muy relativo y son las partes las que deben fijarlo resguardando sus intereses[45]. Por eso se ha fallado que "la desproporción de las prestaciones en un contrato sinalagmático no implica una falta absoluta de causa y no afecta, desde este punto de vista, a la validez de la convención; ninguna disposición legal existe para fundar una aseveración contraria[46].

Lo dicho anteriormente rige también para los contratos en que las partes persiguen una utilidad común de la que se repartirán en seguida, como la sociedad y la asociación o cuentas en participación. En estos casos la contraprestación para cada socio

es el dinero o servicios prestados o prometidos por los otros[47]. En la sociedad, si uno de los socios no pone en común aquéllo a que se obligó, los otros podrán dar la sociedad por disuelta (arts. 2.055 y 2.101), pues faltaría la causa de la obligación de éstos.

15. AUSENCIA PARCIAL DE CAUSA. REDUCCIÓN EN EL MONTO DE LAS PRESTACIONES CONVENIDAS.—Si la cosa ha perecido parcialmente antes de perfeccionarse el acto y éste puede subsistir por decidir los jueces del fondo que la pérdida no es de consideración[48], debe decidirse igualmente que no hay falta de causa. Por eso se ha fallado: "en una compraventa de un fundo y unos derechos sobre ciertos regadores de agua, la causa de las obligaciones contraídas por el vendedor es no sólo la adquisición de los regadores, sino también muy principalmente, el fundo, que era la cosa de mayor importancia en el contrato. En consecuencia, en la hipótesis que no hubieran existido los derechos a los regadores de agua a la fecha de la venta por haberse extinguido con anterioridad los derechos del vendedor por el cumplimiento de la condición a que estaban sujetos, no puede decirse en absoluto que la venta carecía de objeto y de causa para el comprador ya que su objeto y causa sólo serían inexistentes en la parte constituida por los derechos que se suponían existentes y que no lo eran en realidad[49].

Hemos dicho en el número anterior que existiendo una causa no interesa el monto de la contraprestación. La lesión no es causa de rescisión sino excepcionalmente, y, en consecuencia, el acto será válido y las prestaciones serán exigibles aunque haya una evidente desproporción entre ellas. Y así, deberíamos

[47] Cabe observar que el *intuitu personae* de la sociedad no se relaciona con la teoría de la causa. "Es sólo un móvil especial tomado en consideración en ciertos contratos". Planiol/y Ripert, obra cit., Nº 253, pág. 358. (En contra Capitant, Cause des obligations, Nº 20).

[48] Véase nuestro trabajo sobre "El objeto en los actos jurídicos", Nº 6, pág. 21.

[49] R. D. y J., Tomo XXVII, Sec. 1ª, pág. 163.

sostener que contratados los servicios de una persona, aunque éstos sean de valor insignificante, habría que pagar el honorario prometido, pues aplicaríamos el principio de la autonomía de la voluntad: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales" (art. 1.545). No obstante, si consideramos que hay ausencia parcial de causa, podría reducirse el monto del honorario, pues el contrato adolecería de este vicio, y no estaría, entonces, "legalmente celebrado". La equidad, justifica ampliamente esta interpretación.

Debemos, sí, observar que en este punto la doctrina de la causa se aproxima mucho a la lesión, que normalmente no es causa de rescisión, aun cuando en la mayoría de las legislaciones actuales la lesión se extiende a la generalidad de los contratos[50]. Dabin limita por esta razón los casos de causa insuficiente a los de lesión sancionados por la ley y concluye que se trata de consiguiente de una creación artificial[51].

Los tribunales franceses, sin hablar de "falta parcial" o de "insuficiencia" de la causa, reducen el monto del honorario estipulado con *médicos, mandatarios o agentes de comercio* (no en otros casos), cuando existe una manifiesta desproporción entre el servicio realmente prestado y la remuneración convenida[52]. De este modo, como dicen algunos autores, esta noción

[50] Véase nuestro trabajo "La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos", Nº 179, pág. 257.

[51] "Teoría de la causa", Nº 125, pág. 135. Henri, León y Jean Mazeaud piensan que teóricamente puede distinguirse entre causa insuficiente y lesión. En efecto, los tribunales al rebajar los honorarios no juzgan el valor, sino la extensión e importancia de los servicios; no se dice que "la ciencia y celebridad de tal hombre de arte sean insuficientes para justificar los honorarios demandados, sino que los servicios prestados no son los considerados al momento del contrato" (Leçons de Droit Civil, Nº 276, pág. 222). No obstante, la verdad es que en ambos casos se juzga el valor de los servicios, sea que se atienda a la calidad (ciencia y celebridad del profesional) o a la cantidad (extensión) de los servicios prestados.

[52] Pero algunos fallos antiguos, franceses y belgas, expresan que "la retribución carecería de *causa juri-*

de falta parcial de causa mira más que a la conexión jurídica de las obligaciones, a la equivalencia económica de las prestaciones, como establecía el derecho canónico[53].

Esta interpretación tiene, además, la particularidad de que la sanción a la falta —parcial— de causa no es la nulidad, sino la rebaja en el monto de la prestación. Pero en última instancia viene a ser lo mismo si consideramos que la estipulación de honorarios queda "anulada" en lo que exceda del monto fijado por el juez[54].

16. LA CAUSA EN EL CONTRATO DE PERMUTA.—Nuestra Corte Suprema ha resuelto que "no puede estimarse que la adquisición de las acciones que se reciben en permuta de un inmueble, sea la causa única de la celebración del contrato para los dueños de éste, ya que dentro del carácter de doble compraventa que jurídicamente se reconoce a la permuta, debe tenerse también como causa determinante para ellos, el propósito de desprenderse del inmueble en condiciones que se estimaron convenientes[55].

Este fallo, creemos, se aparta de la doctrina generalmente aceptada, pues la causa para el que contrata no está en la prestación a que se obliga, sino en lo que debe recibir en cambio. Y esta prestación que va a recibir es la que determina si "son convenientes las condiciones en que el contratante va a desprenderse de su inmueble".

dica si fuese desproporcionada al servicio prestado" (Dabin, La teoría de la causa, Nº 123, pág. 132).

[53] Henri, León y Jean Mazeaud, Leçons de Droit Civil, Tomo II, Nº 276, pág. 222.

[54] Los redactores del Código Civil francés entendieron que ninguna obligación puede existir sin causa; más aún: "que ninguna obligación puede existir sin una causa *razonable* y *proporcionada*". Y entendieron por "proporcionada" "que exista un racional equilibrio entre lo que se da y lo que se recibe" (Portalis. Exposición de motivos del título relativo a la venta. Véase Dabin, La doctrina de la causa, Nº 55, pág. 57).

[55] R. D. y J., Tomo XLIV, Sec. 1ª, pág. 397.

17. CONTRATOS UNILATERALES.—Si el contrato es unilateral, la causa de la obligación está en la prestación que el otro contratante ha hecho ya al prometiente, o que éste espera recibir. Es la obligación de restituir la cosa ya recibida en mutuo, depósito, renta vitalicia, prenda, etc., o la promesa de un préstamo, tratándose de contratos consensuales unilaterales.

Por eso se ha fallado que si en un contrato de mutuo "no ha existido entrega de dinero, el acto no se perfecciona; el contrato no queda legalmente celebrado y adolece de nulidad absoluta por falta de causa"[56].

Pero si no se prueba por el mutuario que no se le entregó el dinero y "constituyendo plena prueba en su contra la declaración de haberlo recibido hecha en escritura pública, la obligación de pagar esa suma tiene causa", y es válida[57]. También la causa de una obligación proveniente de un contrato consensual unilateral —no real— puede ser la existencia de una obligación anterior, civil o natural, que el deudor desea extinguir. En esta hipótesis la causa está en la liberación del deudor de la obligación anterior —*causa solvendi*.

Así, el responsable del daño causado a un tercero se obliga en favor de éste a pagarle una suma de dinero[58]; el heredero suscribe un pagaré en favor del legatario de una suma de dinero; el obligado naturalmente contrae una obligación civil en favor de su acreedor. Nótese que no es necesario que haya intención de novar; pueden subsistir las dos obligaciones, sin perjuicio de que la ejecución de una excluirá la ejecución de la otra[59].

18. LA CAUSA EN LOS ACTOS A TITULO GRATUITO.—Nuestra ley dispone que "el contrato es *gratuito o de beneficencia* cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo

[56] R. D. y J., Tomo XXXIX, Sec. 1ª, pág. 505; Tomo XXXVI, Sec. 1ª, pág. 361; Tomo XXXVIII, Sec. 1ª, pág. 149.

[57] R. D. y J., Tomo XXVII, Sec. 1ª, pág. 693 (cons. 20).

[58] Véase N.os 29 y 52.

[59] Colin y Capitant, "Curso de Derecho Civil", Tomo III, pág. 673.

la otra el gravamen (art. 1.440). En estos contratos, como la donación entre vivos, el mandato gratuito, etc., es el *animus donandi,* la causa de la obligación. "La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente (art. 1.467, inc. 1º)[60]. Y agregan los causalistas que la causa es la intención liberal, separada de los *motivos* que hayan impulsado al donante[61].

La donación puede ser puramente gratuita o con causa onerosa. Si es puramente gratuita, rige lo que acabamos de expresar. "La causa de un acto de beneficencia, está en la beneficencia misma"[62]. Si, por el contrario, la donación es con causa onerosa, hay un acto complejo en que junto al animus donandi **está el deseo de lograr un resultado específico[63]. La doctrina** considera, en general, que hay aquí "simultáneamente un acto a título gratuito y una operación sinalagmática. De ahí la existencia y simultaneidad de una doble causa[64].

Creemos, por nuestra parte, que en tal caso la donación sólo conserva el nombre de tal. Y se aproxima más que al contrato unilateral y gratuito al bilateral y oneroso. Esto lo confirma el art. 1.426 cuando dispone: "si el donatario estuviere en mora de cumplir lo que en la donación se le ha impuesto, tendrá derecho el donante o para que se obligue al donatario a cumplirlo, o para que se rescinda (resuelva) la donación". O sea, se aplica el efecto propio de los contratos bilaterales, esto es, se concede la acción resolutoria que señala el art. 1.489. Y el inciso final agrega: "Se abonará al donatario lo que haya invertido hasta entonces en desempeño de su obligación, y de que se aprovechare el donante"[65].

[60] R. D. y J., Tomo XXXIII, Sec. 1ª, pág. 91.

[61] Véase Nº 60, pág. 82.

[62] Portalis, citado por Josserand, obra cit., Nº 129, pág. 95. Para los autores anticausalistas esto es una tautología, pues equivale a decir "que se dona porque se desea donar".

[63] Igual solución rige para saber cuál es la causa en los legados, que "será puramente gratuita o con causa onerosa, con la diferencia de que la manifestación de voluntad es unilateral en el legado, mientras que en la donación es contractual". Claro Solar, obra cit., Nº 929, pág. 529.

[64] Josserand, obra cit., Nº 130, pág. 96.

19. CONTRATOS ALEATORIOS.—Si el contrato oneroso es aleatorio, es la suerte, el álea, "la contingencia incierta de ganancia o pérdida" la causa de las obligaciones recíprocas. La contraprestación puede resultar insignificante (seguros, renta vitalicia, venta de derechos litigiosos) y aun no existir, como ocurre en el juego y la apuesta, en que el objeto de una de las obligaciones es el álea, la suerte exclusivamente y, en consecuencia, es también el alea la causa de la obligación del perdedor.

Repugna a la conciencia y atenta al ordenamiento jurídico dar valor a contratos en que no hay contraprestación o en que éste puede ser insignificante, y por eso la ley concede validez a esos contratos con muchas limitaciones y asegurando en todo caso que el álea —que es la causa— exista realmente (arts. 2.259 y sigtes., 1.913, 2.266, 2.270, 2.279, Código Civil, y 517, 574, etc., Código de Comercio).

20. CONTRATOS ACCESORIOS.—Contrato accesorio es el que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella (arts. 1.442, y 46). La causa de estas cauciones (fianza, hipoteca, prenda, anticresis) varía según sea prestada la garantía por un deudor o por un tercero, con excepción de la fianza, como se verá más adelante.

Si el propio deudor constituye una prenda, hipoteca o anticresis, la causa de la obligación de garantía, es la misma de la obligación principal, si se constituye conjuntamente con ella. Si es poterior, la causa será alguna ventaja concedida por el acreedor (plazo, reducción de intereses, mutación del lugar del pago, etc.) o bien la mera liberalidad, para favorecer al acreedor.

[65] Un principio semejante informa el precepto del art. 1.367 que al resolver sobre la responsabilidad de los legatarios por las deudas de la herencia dispone: "Los legados con causa onerosa que pueda estimarse en dinero, no contribuyen sino con deducción del gravamen...". Igual criterio se aplica también en materia de donaciones remuneratorias, etc.

Si es un tercero el que presta la garantía, lo que siempre sucede en la fianza, la causa puede ser la mera liberalidad, si el obligado nada recibe por el servicio que le presta al deudor, o bien la obligación que el deudor contrae en su favor en compensación. De este modo la causa de la obligación del tercero debe buscarse en sus relaciones con el deudor y no con el acreedor. Frente a éste, la obligación está desligada de su causa, es una obligación abstracta, a la que nos referiremos en el número siguiente.

Si el acreedor promete o da al tercero una contraprestación por la caución que le otorga, ahí está la causa de la obligación de éste y se tratará generalmente de una especie de seguro.

Capítulo II

CAUSA ILICITA

34. CAUSA ILICITA.—La causa además de ser real, debe ser lícita de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.467. Esta exigencia permite a los tribunales mantener el control de la moralidad de los contratos. La autonomía de la voluntad, que permite a los particulares la absoluta libertad contractual, está limitada necesariamente por el interés general que exige la represión de la inmoralidad. El análisis de los motivos que determinan a contratar acarrea sin duda cierta inestabilidad en los contratos[119] pero en la escala de valores, antes que la estabilidad jurídica, está el mantenimiento de las normas morales esenciales.

Según nuestro Código, es causa ilícita "la prohibida por ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público (art. 1.467)"[120].

"Así la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita (art. 1.467)".

Hay, en consecuencia, causa ilícita cuando el acto está prohibido, cuando es contrario a las buenas costumbres (inmoral), y, finalmente, cuando sea contrario al orden público.

Hemos analizado en otra oportunidad los conceptos de ley prohibitiva, buenas costumbres y orden público, al tratar el objeto moralmente imposible y las limitaciones a la autonomía de la voluntad[121]. Nos remitimos a lo dicho en esos trabajos, sin

[119] Cuando los motivos son equivocados rigen las reglas del error y pueden ser vicios del consentimiento en ciertos casos. Véase nuestro trabajo "La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos", Nº 123 y sigtes., pág. 173 y sigtes.

[120] Como este inciso es copia del art. 1.133 del C. Civil francés, la doctrina y jurisprudencia francesas tienen en esta materia gran valor para nosotros.

[121] "El objeto en los actos jurídicos", Nº 22 y sigtes., págs. 46 y sigtes. "La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos", Nº 41, pág. 72 y sigtes.

perjuicio de dar aquí algunas nociones generales indispensables para la unidad de este estudio.

Los conceptos antedichos se aplican tanto al objeto como a la causa del acto jurídico (arts. 1.461 y 1.467). Pero si bien coinciden generalmente el objeto ilícito con la causa ilícita, no es necesario que así ocurra siempre. Además, cuando en los contratos bilaterales hay objeto ilícito, la obligación que tiene ese objeto, es causa para el otro y será ilícita, pero no debido a esta circunstancia, no como reflejo de esta ilicitud, sino porque esa causa es ilícita aplicando el art. 1.467, propio de la causa[122].

Por otra parte, en los contratos bilaterales el objeto puede ser lícito y, en cambio, ser ilícita la causa. Así, el arrendamiento de un inmueble destinado a instalar una casa de tolerancia, tiene un objeto lícito[123]; pero adolece de causa ilícita, como veremos más adelante[124].

Si el contrato es unilateral, la causa será ilícita si el fin perseguido al contratar es prohibido por la ley, o es contrario a las buenas costumbres o al orden público. Será el caso, por ejemplo, de un préstamo de dinero destinado específicamente a continuar un juego de azar.

Si el contrato unilateral es gratuito (donación, mandato sin remuneración) la causa ilícita estará también en el fin perseguido al contratar, como se verá en varios supuestos que analizaremos en los números siguientes.

35. LEYES PROHIBITIVAS.—Se entiende por leyes prohibitivas las que impiden ejecutar un acto, sin que sea posible realizarlo en modo alguno. Así, el guardador no puede comprar o arrendar para sí bienes raíces de su pupilo —art. 412—; no puede condonarse el dolo futuro —art. 1.465—; no puede estipularse pro-indivisión por más de cinco años —art. 1.317—, etc.

[122] Arturo Alessandri B., obra cit., Nº 211, pág. 200.

[123] Nuestro art. 1.937, cuando habla del inquilino que emplee la casa o edificio en un *objeto ilícito* no se refiere a la acepción técnica de objeto, ni tampoco a la formación del contrato, sino a su terminación por el uso inmoral que se dé a la casa arrendada.

[124] Véase Nº 41, pág. 68.

También se incluyen entre estas leyes, las imperativas cuando sus requisitos se han establecido por razones superiores de conveniencia general, porque estos preceptos, en esencia, imponen la *prohibición* de celebrar el acto en forma distinta de la señalada por la ley (la venta de bienes raíces debe hacerse por escritura pública —art. 1.801— lo que equivale a decir que está prohibido celebrarla en otra forma; el padre que se obliga a no inscribir a su hijo recién nacido, contraviene a una ley imperativa y tal pacto debe considerarse *prohibido* (arts. 28 y 29 Ley sobre Registro Civil) [125].

36. ACTOS CONTRARIOS AL ORDEN PUBLICO.—Sin pretender definir el orden público —concepto tan difícil de precisar, no obstante que a todos nos parece entenderlo claramente— diremos que se trata de principios, normas o reglas que miran a los intereses generales de mayor importancia para la sociedad. Por eso "interés general o interés de orden público son nociones muy semejantes"[126].

Nuestra jurisprudencia ha declarado que "el orden público es la organización considerada como necesaria para el buen funcionamiento general de la sociedad"[127].

El concepto de orden público varía de una época a otra, de un país a otro, considerando principalmente el régimen político de cada Estado. Se atenta al orden público, por ejemplo, en toda convención que cambie o modifique el estado o capacidad de las personas[128]; o la organización de la familia (matrimonio,

[125] En cuanto a los actos celebrados en fraude de la ley, véase nuestro trabajo sobre "El objeto en los actos jurídicos", Nº 24, pág. 49 y sigtes.

[126] Planiol y Ripert, obra citada, Nº 226, pág. 305. Sobre la extensión del concepto de orden público, véase el interesante trabajo de Raymond Saleilles "De la declaration de volonté", Nº 41 y sigtes., pág. 269 y sigtes.

[127] Gaceta, año 1946, 2º semestre, Nº 70, pág. 391.

[128] Salvo el pacto de separación total de bienes (art. 1.723) ya que

patria potestad, autoridad paterna, etc.) o que atente a la libertad de conciencia; o que imponga una prohibición absoluta y perpetua de enajenar; y en los contratos que se celebren durante épocas de restricción en el "mercado negro" o "paralelo"[129,130].

Las leyes de Derecho Público que organizan el Estado y señalan los derechos y atribuciones de los distintos Poderes en relación con los particulares, y las que fijan las garantías fundamentantes de éstos, son leyes de *orden público* y, en consecuencia, el acto jurídico que las contraríe adolece de cauca ilícita[131].

Será el caso de cualquier pacto que tienda a derrocar al Gobierno legalmente constituido, que atente a la libertad de sufragio, comercio, trabajo o cualquiera garantía constitucional.

Por eso en un antiguo fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago se declaró que "adolecen de causa ilícita las erogaciones hechas para sostener una situación revolucionaria: contrarían al orden público"[132].

Igualmente habría causa ilícita en toda transacción sobre una acción criminal[133].

37. CONVENCIONES RELATIVAS A LA MONEDA EN QUE DEBAN CUMPLIRSE LAS OBLIGACIONES.—El estudio de las estipulaciones sobre

dicho pacto es permitido y hace cesar la incapacidad de la mujer, casada bajo el régimen de sociedad conyugal.

[129] Puede consultarse en mayor extensión, nuestro trabajo sobre "El objeto en los actos jurídicos", Nº 26 págs. 58 y sigtes.

[130] En Francia se ha fallado que hay una causa ilícita por contravención al orden público si en una donación, el donante impone como condición que el Municipio donatario funde o mantenga una escuela servida por congregacionistas, por ser contraria al carácter laico del Estado y de las personas de derecho público. Esto confirma la mutabilidad del concepto de orden público, según sea el país, la época y su organización política (Colin y Capitant, obra cit., pág. 679; Roger Dorat des Monts, "La cause inmorale". París, 1956, Nº 5, pág. 3).

[131] A. Alessandri Besa, obra cit., Nº 208, pág. 198.

[132] Gaceta de los tribunales, año 1866, Sent. 114, pág. 56.

[133] Véase Nº 52, pág. 73.

cláusula oro o moneda extranjera, necesitaría ser desarrollado en un trabajo independiente, dada la amplitud y complejidad de las cuestiones que suscita. Bástenos, entonces, decir que esas convenciones tienen estrecha relación con el concepto de orden público y que en los períodos de nuestra historia en que no hubo una reglamentación clara sobre el particular, los tribunales, considerando los intereses generales del país —el orden público— fueron, en general, contrarios a dar validez a estas convenciones.

Nuestras leyes vigentes sobre esta materia disponen que la cláusula oro no tiene valor, pues tales obligaciones pueden pagarse peso a peso (art. 16, Ley Nº 8.405 de 29 de diciembre de 1945).

En cuanto a la estipulación de pago en moneda extranjera, a partir de la Ley Nº 9.839 de 21 de noviembre de 1950, creemos que nuestro legislador le ha reconocido valor, situación que ha sido confirmada expresamente por la Ley Nº 13.305 de 6 de abril de 1959 (arts. 200 y 201).

38. ACTOS CONTRARIOS A LAS BUENAS COSTUMBRES.—Como en el caso del orden público, considerado más arriba, es muy difícil precisar el concepto de buenas costumbres. Diremos que se entiende por buenas costumbres todos los hábitos que se conforman con las reglas morales de un estado social determinado. Es, un concepto esencialmente relativo si se consideran distintos lugares dentro de un país, o distintas épocas o países.

El derecho, la religión, la moral y las buenas costumbres nacieron confundidas en un solo conjunto de normas, usos y preceptos. El derecho formó en seguida una disciplina independiente, íntimamente vinculada con la moral y las buenas costumbres, todas las cuales a su vez conservaron estrechos vínculos con la religión. Es decir, el derecho, la religión, la moral y las buenas costumbres han alcanzado una individualidad propia, pero mantienen siempre entre sí una unión esencial.

Las buenas costumbres son los hábitos que se conforman con

la moral y por eso el derecho se remite a ellas para regular la moralidad de los actos jurídicos.

Escapa a los límites de este trabajo precisar cómo debe juzgarse cuales son las normas morales imperantes en cada colectividad: si aquellas que se conforman con una religión, o con un sistema filosófico determinado o con la práctica reiterada, etc.[134]. Lo que sí debemos dejar establecido es que el problema para nuestros jueces es más teórico que real, porque como dicen Planiol y Ripert, hay un cuerpo común de doctrinas morales que la civilización occidental ha tomado de la filosofía antigua y de la tradiciones cristianas, en las cuales las divergencias son mínimas y se van atenuando con el tiempo. *Estas reglas morales esenciales* concuerdan en todas las naciones civilizadas. Para conocer esas normas los jueces no deben sujetarse siempre a la opinión de la mayoría ya que muchas veces existen prácticas inmorales toleradas e incluso favorecidas por la mayoría[135].

Además, el concepto de buenas costumbres es lo suficientemente flexible como para que los jueces con sano criterio sepan determinarlo en cada caso.

Para confirmar lo dicho anteriormente sobre la precisión y evolución de estos conceptos, analizaremos en seguida los principales casos de jurisprudencia extranjera y nacional en que los Tribunales han invalidado actos y contratos contrarios a las buenas costumbres, vale decir, inmorales y, que, en consecuencia, adolecen de causa ilícita[136]. Y otros en que, por el contrario, han declarado su moralidad.

[134] En el derecho alemán (art. 138 Código Civil alemán) se juzga la moralidad del acto con un criterio puramente experimental, práctico, ajeno a deducciones o principios teóricos. El juez debe resolver siguiendo "el ideal común de la colectividad", "el sistema admitido por la conciencia pública". Saleilles, "De la declaration de la volonté", N.os 64 y sigtes., pág. 281.

[135] (Obra citada Nº 229, págs. 309 y sigtes.). Incluso hay delitos que no son tales en la conciencia de muchos. Tal sucede con el contrabando practicado en pequeña escala.

[136] En el derecho alemán, que no contempla la doctrina de la causa, se sanciona la inmoralidad en el acto jurídico disponiendo expresamente que "será nulo todo acto jurídico contrario a las buenas costumbres" (art. 138 C. Civil alemán). Véase Raymond Saleilles "De la declaration de volonté", París, 1929, págs. 251 y sigtes.

Pero estos móviles ilícitos deben ser siempre determinantes, es decir, que sin ellos el contrato no se habría celebrado. La represión de la inmoralidad no puede ir más allá, pues, de otro modo se llegaría a la inestabilidad jurídica, toda vez que son raros los contratos en que impera una moralidad absoluta.

39. DONACIONES ENTRE PERSONAS QUE VIVEN EN CONCUBINATO.—El Derecho francés anterior al Código Civil[137] prohibía toda donación a la concubina. Pero el Código Civil de 1804 no mantuvo esta prohibición debido a que se consideró que daba origen a juicios escandolosos. Y así, el art. 902 dispuso que todas las personas pueden disponer y recibir por donación entre vivos o por testamento, excepto aquéllas que la ley declara incapaces. Esta disposición es el antecedente de nuestro art. 1.389 que dice: "Es capaz de recibir entre vivos toda persona que la ley no ha declarado incapaz".

Pero esto no significa que las donaciones a la concubina sean válidas siempre, pues se anularán cuando tengan una causa inmoral, es decir, contraria a las buenas costumbres.

Y aunque según la doctrina clásica, las liberalidades tienen por causa la sola intención de donar, la jurisprudencia juzga en concreto, en cada caso, si en ese *animus donandi* va envuelto un *motivo* inmoral. Con este criterio, la jurisprudencia del siglo XIX, dio valor por excepción a las donaciones entre concubinos cuando tenían por objeto facilitar la ruptura de relaciones inmorales o cuando tenían un carácter indemnizatorio, es decir, cuando el concubinario deseaba reparar el daño que había causado a su ex amante. Su monto era susceptible de reducción por el juez. Sólo se invalidaban, pues, las que tuvieran por obje-

[137] Art. 132 de la Ordenanza de enero de 1629 (Código Michaud). Roger Dorat, obra citada, Nº 19, pág. 13. Dabin, obra citada, Nº 248, págs. 266 y sigtes.

to iniciar o continuar las relaciones inmorales (Salario del vicio, "pretium estupri") [138].

Además, siempre se invalidaban tales donaciones cuando el concubinario era casado e igualmente si la concubina era adúltera[139].

Después de la primera guerra mundial, y debido a la subsiguiente relajación de las costumbres, la jurisprudencia dio valor a las donaciones aunque fueren hechas por el concubinario adúltero. La Doctrina atacó estos fallos, pues aparte de la causa inmoral, había además causa ilícita por ser el acto contrario al orden público, en cuanto se atacaba a la familia (a la cónyuge y a los herederos legítimos del donante). Además, algunos fallos —no muchos— aceptaron demandas de concubinas abandonadas y fijaron sumas más o menos elevadas de dinero por el daño que se les había causado[140].

Pero aun cuando uno de estos fallos es de la Corte de París y muy reciente —4 de enero de 1952— se puede afirmar que la jurisprudencia actual de los tribunales franceses es casi uniforme en cuanto considera *como causa inmoral toda convención que tenga por objeto favorecer la unión libre.*

Los tribunales hoy día dan validez a las *promesas* del concubinario a su ex amante —no a la simple demanda de indemnización de perjuicios— cuando tienen por objeto reparar los daños que reconoce haberle causado[141]. Esta promesa no es ya

[138] Roger Dorat, obra citada, págs. 14 a 22, en que se transcriben los fallos más importantes a este respecto.

[139] Hubo también otros sistemas ideados para anular todas las donaciones entre concubinos, pero tuvieron limitada aplicación. Así, por ejemplo, se presumía que la concubina se apropiaba de la herencia o donación, por captación, lo que importaba hacer revivir la antigua prohibición de liberalidades entre concubinos. Puede consultarse Hto. Pinto. "El concubinato y sus efectos jurídicos", Editorial Nascimento, 1942, Stgo., Nº 50, págs. 84 y sigtes.

[140] Roger Dorat, obra citada, Nº 30, pág. 24.

[141] La jurisprudencia francesa considera que en este caso hay pago de una obligación natural, pues se repara el perjuicio que causa la ruptura del concubinato. El sistema jurídico francés es distinto del nuestro en esta materia. Véase Hugo Tapia A. "De las obligaciones naturales". Concepción, 1941, N.os 79 y siguientes, págs. 57 y sigtes. Henri León y Jean Mazeaud, "Leçon de Droit Civil", Nº 280, pág. 224.

[142] Humberto Pinto Rogers, "El concubinato y sus efectos jurídicos", 1942. Ed. Nascimento, N.os 79 y sigtes., págs. 159 y sigtes. Arturo Alessandri R., "De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno", Nº 138, pág. 211, Nº 383, pág. 462, Nº 384, pág. 465; Mazeaud, Savatier y los demás autores que se citan en este trabajo.

[143] Puede consultarse Claro Solar, Tomo XI, N.os 941 y sigtes., págs. 335 y sigtes. Humberto Pinto, obra cit., Nº 60, pág. 109.

[144] Los últimos fallos de las Cortes de Apelaciones que han sido confirmados por la Corte de Casación son de 1944 (Roger Dorat, obra cit., Nº 43, pág. 43).

inmoral y es exigible, sujeta, sí, a ser regulada por el juez en su monto.

Finalmente, los Tribunales rechazan las demandas en que las concubinas solicitan reparación del daño que les causa la muerte de su amante. No invocan un interés legítimo, jurídicamente protegido[142].

Todas estas conclusiones actuales de la jurisprudencia francesa son perfectamente aplicables entre nosotros[143].

40. CORRETAJE O PROXENETISMO MATRIMONIAL.—Como su nombre lo indica, en este contrato un individuo —corredor— se encarga, mediante un pago u honorario, de buscar a otra una persona con quien pueda casarse.

Durante el siglo XIX, la jurisprudencia francesa consideró que este contrato tenía una causa inmoral y, por consiguiente, no podía nacer obligación alguna para las partes. Pero a partir de 1900[144] los tribunales advirtieron que la simple declaración de nulidad de este contrato traía más inconvenientes que beneficios. En efecto, este contrato era cada vez más frecuente pese a su nulidad, y cuando el corredor actuaba correctamente facilitaba la celebración de matrimonios y, consiguientemente, lejos de ser inmoral era un contrato lícito y útil a la buena organización de la familia. Por otra parte, si no mediara el pago del

corredor, se trataría sólo de una costumbre inmemorial socialmente aceptada, especialmente en las grandes ciudades, en cuanto siempre hay personas de *buena voluntad* que se encargan de poner en relación a los futuros contrayentes[145].

Además, la actitud de la jurisprudencia hacía que los corredores inescrupulosos tomaran todos los resguardos en su favor, haciéndose pagar de antemano sumas excesivas, sin que el acto se pudiera revisar posteriormente, pues los tribunales se concretaban a declarar que era ilícito y "nemo auditur propiam turpitudinem allegans", nadie puede invocar su propia culpa, con lo que una de las partes quedaba en la indefensión.

La reacción de la jurisprudencia fue, entonces, declarar válido el contrato en general, si se cumplía con los requisitos de moralidad que los mismos tribunales fueron fijando.

Estas condiciones son las siguientes:

a) El corredor deberá limitarse a presentar a las partes. Se evita así que la opinión del corredor sobre las cualidades y méritos de las partes degenere en maniobras dolosas que induzcan a consentir, y

b) El honorario debe fijarse con prescindencia del resultado de la gestión o del monto de la dote o aportes de las partes al matrimonio. Además, los tribunales se reservan el derecho de revisar y fijar el monto de los honorarios cuando, atendidas las circunstancias, pareciere excesivo[146].

Las condiciones anteriores son aplicables entre nosotros, incluso la última, pues si bien la ley del contrato impide a los jueces alterar lo convenido por las partes (art. 1.545), en este caso habría ausencia parcial de causa que autorizaría a los jueces para rever el contrato[147].

41. ACTOS Y CONTRATOS RELATIVOS A CASAS DE TOLERANCIA.—Se señala en primer término como inmoral la convención que tenga por objeto la cesión, el arrendamiento o transferencia de la casa

[145] Véase Dabin, obra cit., N.os 184 y sigtes., págs. 197 y sigtes.

[146] Roger Dorat, "La cause immorale", N.os 35 y sigtes., págs. 34 y sigtes.

[147] Véase Nº 12, pág. 27.

misma con sus *instalaciones (negocio)* o del sólo inmueble destinado a este efecto y que el adquirente recibe *con esa finalidad*[148].

Debe observarse que la destinación de la casa arrendada a prostíbulo u otro objeto inmoral, debe ser convenida por las partes, para que opere la causa ilícita. Si, por el contrario, no hay tal convención y posteriormente el arrendatario destina la casa a prostíbulo, el arrendador podrá pedir la terminación del contrato —no la nulidad— conforme con el art. 1.973, por el incumplimiento de sus obligaciones por parte del arrendatario. Así, se ha fallado que en "todo contrato de arriendo va implícito que el arrendatario no puede destinar la cosa a un objeto inmoral, como lupanares o mancebías". En consecuencia, reconocido por el demandado el hecho de que en la casa que arrienda tiene establecido un lupanar, procede la acción de terminación inmediata del arrendamiento ejercida por el arrendador y fundada en el derecho que le concede el art. 1.973 para expeler al inquilino que empleare la casa o edificio en un objeto ilícito"[149].

Tienen causa inmoral los contratos de prestación de servicios en dichos establecimientos y los préstamos que se hagan para adquirir una casa de tolerancia e incluso los contratos que tengan por objeto abastecer o proporcionar suministros a tales establecimientos, en conocimiento de los vendedores[150].

En cambio, no se anula un contrato de seguro de la casa de tolerancia, pues con él no se facilita este comercio inmoral.

En suma, todo contrato que tenga por finalidad crear o mantener una casa de tolerancia o proveer a las necesidades de

[148] No se opone a esta conclusión, la autorización administrativa que se dé para el funcionamiento de casas de tolerancia, pues tal intervención "no es tanto para legitimar su existencia como para asegurar su vigilancia en interés general". Dabin, "La teoría de la causa", Nº 202, pág. 214.

[149] R. D. y J., Tomo XVI, Sec. 2ª, pág. 33.

[150] Véase nuestro trabajo sobre "El objeto en los actos jurídicos", Nº 25, pág. 55.

ésta, es contrario a las buenas costumbres, tiene causa ilícita y es nulo absolutamente[151].

42. CONTRATO DE CLAQUE.—El contrato de claque celebrado entre un director de teatro y un empresario de éxitos dramáticos encargado de suscitar la admiración del público, se consideró primeramente que era ilícito e inmoral, en cuanto se perturbaba el criterio del público. Pero desde hace ya varios años estos contratos se aceptan como válidos y eficaces, pues "tolerados por el público de los espectáculos, la claque no puede rechazarse en una época en que la propaganda ha tomado tal desarrollo y en que los contratos encaminados a organizarla son indiscutiblemente lícitos"[152].

43. CONTRATOS DE GESTORES ADMINISTRATIVOS.—Tiene causa inmoral el contrato en que una persona mediante una remuneración se compromete a obtener para otra un beneficio del Fisco o de una Corporación de Derecho Público, si para lograr este beneficio se hace valer la autoridad o influencia del gestor. Se atenta aquí a las buenas costumbres y al orden público. La ley no puede permitir el tráfico de influencias[153].

Se ha fallado que siendo de presumir que la causa de un mutuo "fue una transacción celebrada por un Inspector de alcoholes con particulares, denunciados como infractores de la ley de alcoholes, sobre la responsabilidad que pudiera afectarles, dicho mutuo es nulo y de ningún valor"[154].

[151] En Francia, la ley de 13 de abril de 1946 ha prohibido expresamente las casas de tolerancia, consagrando de este modo, las conclusiones a que había llegado la jurisprudencia. (Véase Roger Dorat, obra cit., Nº 50, pág. 48. Dabin "La teoría de la causa", Nº 202, págs. 214 y sigtes. Henri, León y Jean Mazeaud, "Leçons de Droit Civil". Nº 280, pág. 224).

[152] Planiol y Ripert, obra cit., Nº 234, pág. 314; Dabin, obra cit., Nº 173, págs. 183 y sigtes.

[153] Dabin, "Teoría de la causa", Nº 168, pág. 177.

[154] R. D. y J., Tomo VIII, Sec. 2ª, pág. 7.

44. CONTRATOS SOBRE DICOTOMIA.—Se entiende por dicotomía el pago que hace un médico especialista al colega que le ha recomendado su cliente. Un contrato sobre esta materia es inmoral, tiene causa ilícita[155]. Igual sanción tiene la cesión de la clientela; es claro que el médico puede presentar su sucesor a sus clientes y, entonces, como expresa Josserand, se obtiene el propósito procediendo en *detalle* y no globalmente.

45. CONTRATOS RELACIONADOS CON EL COHECHO.—Sin considerar el cohecho mismo, que importa un delito, tiene también causa inmoral e ilícita el contrato que tienda a facilitar su ejecución. Así, el contrato que celebra un candidato con un proveedor para que éste suministre gratuitamente comidas y bebidas a los electores, tiene una causa inmoral y es, en consecuencia nulo[156].

46. CONTRATOS PARA IMPEDIR LA LIBERTAD DE LAS SUBASTAS PUBLICAS[157].—Toda convención que tenga por objeto impedir la libertad de las subastas (se paga la abstención de algunos postores) tiene una causa inmoral e ilícita[158].

Igualmente, es inmoral, contrario a las buenas costumbres y hay, en consecuencia, causa ilícita en el contrato "celebrado entre el deudor ejecutado y un tercero para alterar el verdadero precio de la subasta del bien embargado, por medio de maniobras extrañas y perjudiciales para el acreedor ejecutante convenidas y llevadas a cabo subrepticiamente"[159].

[155] Josserand, obra cit., Nº 122, pág. 91.

[156] Roger Dorat, obra cit., Nº 55, pág. 52. Dabin, "La teoría de la causa", Nº 216, págs. 226 y sigtes.

[157] Roger Dorat, obra cit., Nº 56, pág. 52. Dabin, "La teoría de la causa", Nº 172, pág. 182.

[158] Además constituye un delito penal. El art. 287 del C. Penal dispone: "Los que emplearen amenaza o cualquiera otro medio fraudulento para alejar a los postores en una subasta pública, con el fin de alterar el precio del remate, serán castigados con una multa del 10 al 50% del valor de la cosa subastada; a no merecer mayor pena por la amenaza u otro medio ilícito que emplearen".

[159] R. D. y J., Tomo XVI, Sec. 1ª, pág. 257.

47. CONVENCIONES CON OCASIONES DE SEPARACION DE HECHO ENTRE MARIDO Y MUJER.—La jurisprudencia francesa anula igualmente las convenciones que reglan relaciones pecuniarias entre cónyuges con motivo de una separación de hecho, especialmente las donaciones para obtener esa separación amistosamente[160].

48. PRESTAMOS CON CAUSA INMORAL.—No sólo en los contratos bilaterales puede existir la causa inmoral. Así, todo préstamo de dinero destinado a favorecer relaciones ilícitas, a permitir a un jugador que continúe la partida, etc., tiene una causa inmoral y es, consiguientemente, nulo[161]. Igualmente, el préstamo concedido a una mujer para que huya con su amante, es nulo por causa inmoral[162].

49. EL JUEGO Y LA APUESTA: REFERENCIA.—Respecto del juego de azar y la apuesta relativa a este juego, nuestro Código dispone que hay objeto ilícito (arts. 1.466 y 2.259). Técnicamente, lo ilícito en el juego y la apuesta es la causa y no el objeto[163]. Así también lo ha declarado nuestra Excma. Corte para invalidar apuestas sobre juegos de azar[164]. Nos remitimos a lo que hemos manifestado sobre el particular al tratar del objeto en los actos jurídicos[165].

50. MANDATARIOS QUE OBRAN EN PROVECHO PROPIO.—Se ha declarado igualmente que los contratos de compraventa que celebra un mandatario en el ejercicio de su encargo a fin de adquirir para sí la diferencia de precio de una compra de acciones que se

[160] Josserand, derecho Civil, Tomo II, Vol. I, Nº 146, pág. 109.

[161] Josserand, obra citada, Nº 147.

[162] Henri, León et Jean Mazeaud, "Leçons de Droit Civil", Tomo II, Nº 280, pág. 224.

[163] En el Proyecto de Código de 1853 el art. 1.467 disponía: "Hay asimismo causa ilícita en las deudas contraídas en juegos de azar". La Comisión Revisora fue la que introdujo la modificación y con ello el error que comentamos.

[164] R. D. y J., Tomo XXXIII, Sec. 1ª, pág. 136 (considerandos 5 y 6).

[165] "El objeto en los actos jurídicos", N.os 48 a 55, págs. 88 a 99.

le había recomendado, adolecen de causa ilícita por ser inmorales[166].

51. PROMESAS PARA OBTENER EL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACION YA EXISTENTE.—"Prometo una determinada cantidad para que me sea devuelta la cosa que entregué en depósito, o para que se deje de calumniar a una persona; o para que no se provoque un escándalo o no se cometa un chantage". "Un padre promete a la querida de su hijo una remuneración si deja de mantener relaciones con éste; un acreedor del fisco promete a algunos de sus empleados una recompensa, si despacha prontamente la liquidación de su crédito"[167]. En todos estos casos que han sido resueltos por tribunales extranjeros, se promete una recompensa por el cumplimiento de una obligación ya existente, jurídica y moralmente inobjetable. Si se consideran asiladamente ambas obligaciones, nada tienen de inmoral, pero la relación de ambas hace resaltar la inmoralidad: que una parte se haga pagar para cumplir aquello a que está obligado legal y moralmente. Por eso en todos estos supuestos hay causa ilícita y el acto es nulo absolutamente. Es éste un caso en que la doctrina de la causa tiene especial significación, pues un acto semejante sería inatacable por objeto ilícito, toda vez que el objeto de ambas obligaciones es lícito y moral.

52. TRANSACCIONES SOBRE LA ACCION CIVIL QUE NACE DE UN DELITO.—Hemos dicho ya que adolece de causa ilícita toda transacción sobre una acción criminal[168]. En cambio, el contrato en que se transige sobre la acción civil emanada de un delito tiene causa lícita, aunque la persona inculpada no sea tomada en cuenta en la sentencia del juicio criminal, o su cónyuge procesado por el supuesto delito, sea absuelto de la acusación[169].

[166] R. D. y J., Tomo XIV, Sec. 1ª, pág. 261.

[167] Dabin, obra citada, Nº 191, pág. 209.

[168] Véase Nº 36, pág. 62.

[169] R. D. y J., Tomo III. Sec. 1ª, pág. 330.

Por igual razón se ha fallado que "si con motivo de una transacción en que una de las partes se comprometió a no perseguir judicialmente al hijo de la otra por sustracción de especies, la última firma un reconocimiento de deuda, la obligación no carece de causa ni puede decirse que es ilícita"[170].

53. ¿QUE PARTE DEBE OBRAR POR MOTIVOS ILICITOS PARA QUE SURJA LA CAUSA ILICITA? ACTOS A TITULO GRATUITO Y CONTRATOS ONEROSOS.—La jurisprudencia francesa dominante distingue entre contratos a título gratuito y a título oneroso.

Si el acto es gratuito, basta que el disponente obre por motivos ilícitos para que surja la causa ilícita. Si, en cambio, el acto es oneroso, es necesario que ese motivo ilícito sea compartido.

Así, quien presta dinero a interés al que lo solicita para un fin ilícito, contrata participando del motivo ilícito y, en consecuencia, el contrato será nulo por ilicitud de su causa. Pero si hace el préstamo ignorando el destino que se dará a ese dinero, el acto será válido.

Pero el conocimiento real de los motivos ilícitos no será necesario probarlo por otros medios cuando según las circunstancias deba normalmente presumirse. Tal sucederá con el que presta dinero a otro dentro de una casa de tolerancia o de una sala de juego. El prestamista no podrá pretender que ignoraba el fin ilícito perseguido por el prestatario.

El criterio de la jurisprudencia francesa parece bastante justo, pues si el acto es oneroso, la ilicitud debe ser compartida para que ambas partes sufran la sanción. En cambio, si es gratuito, el beneficiado en ningún caso reporta perjuicio ya que

[170] Gaceta de los tribunales, año 1890, Tomo II, Sent. 3.966, pág. 887. No obstante, en este caso el asunto es discutible, pues debe entenderse que la transacción no recayó solamente sobre la acción civil, sino también sobre la acción penal que nace del hurto o robo, la cual no es susceptible de transacción, por lo que habría causa ilícita. Véase voto disidente Ministro señor Boizard.

nada da en cambio. Es decir, se aplica el mismo criterio que sigue la ley en caso de acción pauliana o revocatoria (art. 2.468).

En nuestro derecho, la acción de nulidad absoluta sólo corresponde al contratante que no ha participado en la ilicitud de la causa, pues no puede intentar dicha acción "el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba" —art. 1.683[171].

Además, cabe recordar que de acuerdo con el art. 1.468 "no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas".

La jurisprudencia francesa aplica también esta norma por el principio "nemo auditur propiam turpitudinem allegans", y, en consecuencia, esta sanción, aparte de la nulidad, es aplicable al contratante que obra conociendo la ilicitud de la causa o de los móviles[172].

54. CONCLUSION GENERAL.—De los diversos casos analizados precedentemente, aparece en forma clara que los tribunales invalidan por causa ilícita, todo contrato que atente al orden público o que pueda tacharse de inmoral, y para juzgar, aprecian solamente *los motivos* que determinaron a contratar, apartándose así de la doctrina de la causa en su sentido técnico.

[171] La nulidad podrá declararse de oficio, excepcionalmente, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato o cuando ministerio público solicite su declaración en interés de la moral o de la ley-art. 1.683.

[172] Véase nuestro trabajo sobre "La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos", Nº 130 (Repetición de lo pagado por objeto o causa ilícita), págs. 186 y sigtes.

La Causa.

Profesor Carlos Peña González

1. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario -expresa el artículo 1445 del Código Civil- que tenga una "causa lícita". Una exigencia similar -según es bien sabido- establece el artículo 1108 del Code, el Código Civil Francés: para la validez de una convención es esencial, expresa, una "causa lícita en la obligación". Desde el punto de vista puramente conceptual, y haciendo pie en la regla que se acaba de citar, suele señalarse que la causa plantea dos exigencias al negocio. Por una parte, *ha de haber causa*, en cuyo caso se trataría de un requisito de existencia; de otra parte, la causa que comparece en el negocio *debe ser lícita*, caso éste en el que se trataría de un requisito de validez. Si el acto carece de causa, debe estimarse que no hay, propiamente hablando, acto alguno. Si posee causa, en cambio, queda abierta la cuestión de si el negocio es válido (si la causa es lícita) o si, en cambio, es inválido (si es ilícita).

Todo lo anterior exige, sin embargo, dilucidar qué ha de entenderse por causa del negocio. Una precisión lingüística puede ayudar a despejar el asunto.

2. En el lenguaje del derecho civil, la palabra causa suele utilizarse en, al menos, tres sentidos distintos (Claro Solar, XI, 908; Terré, 316; Guzmán Brito, VI, agrega varios otros provenientes de la tradición romana, como, por ejemplo, fundamento de la entrega de una cosa, causa como modo de adquirir el dominio, etc..). En consonancia con el uso lingüístico habitual usamos la palabra causa para aludir a un evento que se encuentra -a la luz del conocimiento disponible- ligado coexistencialmente con otro: "x" es causa de "y" si es el caso que verificado "x" sucede "y". Podemos llamar a este uso de la palabra causa, "causa eficiente". Pero junto con ese uso lingüístico habitual, utilizamos también la palabra "causa" para aludir al telos o fin de algún evento o acción. Si, como sugiere Aristóteles en la Etica Nicomaquea, todo acontece por mor de algo, entonces puede afirmarse que es también causa de la acción el propósito que tuvo en vista el agente al tiempo de ejecutarla: así la causa final de la estrategia, dice el mismo Aristóteles, sería la victoria. Hablaremos en este caso de "causa final". En fin, todavía la palabra causa es utilizada para aludir al motivo o impulso de la voluntad. Dos estrategas quieren la victoria -tal es la causa final de sus respectivas acciones- pero uno de ellos la quiere para mayor gloria de su patria y el otro por mera vanidad. Ambos apetecen lo mismo; pero lo apetecen por *motivos* distintos. En este caso suele hablarse de causa ocasional o impulsiva. Así "x" -donde "x" es una obligación- puede tener tres causas distintas: la causa eficiente (las denominadas fuentes de las obligaciones); la causa final (el telos de "x"); o la causa ocasional (el motivo que impulsa al agente para ejecutar "x").

Suponga usted que Pedro está obligado a pagar una cierta suma de dinero. ¿Cuál es la causa de esa obligación?. Al responder esa pregunta usted puede identificar *la causa eficiente* (Pedro celebró un contrato de compraventa y esa es la causa eficiente de su obligación); usted puede, todavía, identificar *el telos* de la obligación contraída por Pedro (el comprador se obliga a pagar el precio para obtener que el vendedor se obligue a entregar la cosa); en fin, usted puede identificar la *causa ocasional* (Pedro desea la cosa para lucrar con ella vendiéndola, luego, a un tercero).

3. Establecido -como lo acabamos de hacer- que la palabra "causa" posee tres sentidos o significados distintos, podemos ahora preguntarnos ¿en qué sentido se utiliza esa palabra en los artículos 1445 y 1467 del Código Civil cuando se exige por el legislador una "causa lícita"?.

Parece evidente -como lo subraya Claro Solar (Claro Solar, 909)- que la exigencia de una causa lícita no puede referirse a la causa eficiente. Si la causa eficiente alude -como hemos visto- a las fuentes de las obligaciones, y si dentro de estas se encuentra el contrato, parece evidente que no resultaría lógico exigir del contrato la previa existencia del.....contrato. En el derecho romano -expresa Terré (Terré, 316)- era posible, en cambio, hablar de causa eficiente del contrato. El formalismo de los juristas romanos -que subsiste, como veremos, en cierta forma en el derecho inglés- los llevó a sostener que la causa del contrato era la formalidad (verba). Si la formalidad no se configuraba, entonces el contrato carecía de causa (en el sentido eficiente). No era, en algún sentido, la voluntad sino el rito ejecutado por el agente aquello que configuraba la obligación. En el derecho contemporáneo, en cambio, donde el negocio es, de manera predominante, consensual, este uso del concepto de causa (como un elento externo y adicional a la voluntad) pierde fuerza. Posee algún interés, sin embargo, como se insistirá luego, en el derecho inglés.

Ha de descartarse, también, expresa Claro Solar, que la exigencia de causa aluda a la causa ocasional. El derecho, expresa, ha de poner en paréntesis los motivos psicológicos que el juez no podría dilucidar. Toda declaración de voluntad, de otra parte, ha de poseer algún motivo, de manera que entendido en este sentido la exigencia del requisito estaría de más (un acto carente de motivo -como el movimiento corporal de un sonambúlico o la anuencia de un sujeto hipnotizado- no sería, en sentido técnico, un acto).

El Código Civil no pudo referirse sino a la causa final, expresa Claro Solar. Es esta una opinión que, sin embargo, no es compartida del todo. Avelino León Hurtado (León Hurtado, 30) sugirió que el Código Civil usaba la palabra causa en dos sentidos: como causa ocasional para juzgar su licitud; como causa final para juzgar su existencia. Pescio (Pescio, 256 y ss.) parece ser de la misma opinión. Un panorama semejante se observa en la doctrina francesa.

4. Dejemos pendiente, por ahora, esa disputa, y detengámonos en el concepto de causa final. ¿Cómo ha de ser entendida en este caso la causa y qué consecuencias de siguen de ella?.

El concepto de causa final alude a un elemento -a un telos o fin, dijimos- que pertenece a la estructura del negocio y no a la subjetividad de los sujetos que lo celebran. Cuando, como Aristóteles, decíamos denantes que la causa final de la estrategia era la victoria, estábamos aludiendo al telos o propósito que esa *actividad* poseía con independencia de los estrategas que la ejecutaban. La causa, en este preciso sentido, es intrínseca a la actividad y no pertenece a la subjetividad del sujeto que la lleva a cabo. Así, como se recuerda, era posible distinguir la causa final del motivo ocasional o impulsivo del agente. Así las cosas, parece evidente entonces que si entendemos la palabra causa en el sentido de causa final, debemos darnos a la tarea de identificar la estructura de los negocios jurídicos para dilucidar, en cada caso, cuál es su causa. En otras palabras, si, como va dicho, la causa final pertenece, de modo intrínseco, al negocio, es en la estructura de éste donde debemos buscar la causa.

Suele entonces –con apoyo en la obra de Domat (vid. Guzmán Brito, XXX)- distinguirse tres tipos de contratos o negocios atendiendo a su estructura. Atendiendo a la estructura del negocio del caso, podremos identificar la causa.

Se encuentran, en primer lugar, los *negocios onerosos*. Es propio de los negocios onerosos que ambas partes obtengan alguna utilidad de su celebración. Habitualmente los negocios onerosos son, por eso, bilaterales[1]. En la compraventa, por ejemplo, ambas partes se obligan (el vendedor a entregar la cosa y el comprador a pagar el precio) y ambas obtienen utilidad económica del negocio (el comprador paga el precio porque estima que la cosa vale más y el vendedor entrega la cosa porque el dinero posee para él más valor que la cosa que entrega). Atendida esa estructura, cabe preguntarse cuál es la causa de la obligación en ese tipo de negocios. Parece evidente –sostuvo Domat- que en este tipo de negocios el telos de la obligación de cada contratante es la obligación recíproca del otro. El vendedor se obliga a entregar la cosa porque el comprador, a su turno, se obliga a pagar el precio y viceversa. El telos de cada obligación está entrelazado con el telos de la otra. La causa (final) de la obligación de una de las partes, es la obligación recíproca de la otra. En otras palabras, en la esfera de los negocios onerosos la causa final asegura la reciprocidad de las prestaciones (este es, como se verá de inmediato, el sentido de la "consideration" inglesa). Si usted pretende que yo le debo el precio de una cosa y yo pruebo que usted no se obligó a entregarme cosa alguna, entonces mi pretendida obligación carece de causa, puesto que no hubo reciprocidad alguna y faltó, entonces, el telos de mi propia obligación. Parte del derecho civil nacional ha visto, por eso, en el artículo 1552 una aplicación del concepto de causa final. En el ámbito de los contratos bilaterales, ninguno de los contratantes está en mora (es decir, se encuentra en un atraso culpable en el cumplimiento de su obligación) mientras el otro contratante no cumple o no se allana a cumplir en la forma y tiempo debidos. Si usted alega que yo no he pagado el precio habiendo vencido el plazo, usted debe haber cumplido o estar llano a hacerlo para que su reclamo sea atendible. De otra forma carecería de causa la obligación cuyo cumplimiento tardío usted pretende imputarme. Se ha visto también una aplicación de la causa final en el cuasicontrato del pago de lo no debido. Si Pedro pagó a Diego una obligación que no existía -aunque haya pagado en virtud de un error de derecho- tiene derecho a ser reembolsado. Su obligación carecía de causa (vid. Artículo 2.297).

Los alcances del concepto de causa final en el ámbito de los contratos onerosos (por regla general, bilaterales) se aprecia bien cuando se lo compara con la *consideration* del derecho inglés. En el derecho inglés no existe, como ocurre en el derecho de la europa continental, una teoría sistemática y deductiva del acto jurídico; aunque mediante el precedente y una fuerte influencia del derecho romano se han alcanzado resultados semejantes. En términos generales, en el derecho inglés no todos los acuerdos son obligatorios y susceptibles de ser amparados por la fuerza (enforceable). En algunos casos el acuerdo pierde obligatoriedad porque alguna de las partes incurrió en una mala representación de la realidad (mistake) o porque fue inducido a error o estuvo bajo la influencia indebida del otro contratante (misrepresentation and undue influence). Ciertos acuerdos pierden, además, obligatoriedad cuando les falta reciprocidad en el intercambio. Si Pedro pretende que Diego le adeuda diez mil pesos, pero él no tiene prestación alguna que ejecutar, entonces no hay consideration y la promesa (aunque exista) no es enforceable. En general, la consideration subraya que los contratos suponen intercambio, algún tipo de ventaja económica perseguida por ambas partes (Koffman, 45). La doctrina de la consideration no supone tutelar o cuidar la equidad de las ventajas recíprocas; pero supone que tiene que haber prestaciones mutuas y recíprocas para que el acuerdo sea obligatorio. Con todo, la doctrina de la consideration es restringida a los contratos de índole simple (en nuestra terminología, consensuales). Hay contratos, como una donación, por ejemplo, donde si la forma se cumple (it was in writing by deed), hay obligatoriedad sin entrar a averiguar si existió o no consideration. Pero si el negocio es simple, entonces debe haber reciprocidad para que sea enforceable. Así, si Hudson prometió pagar 4.000 libras al año a la Iglesia, durante cuatro años, y muere, sus herederos podrían resistirse a seguir pagando. Aquí no hubo consideration para el acto de Hudson. La promesa, se falló en el caso, fue gratuíta y no hubo contrato en el sentido legal del término (vid. Re Hudson, 1885, en: Koffman, 1). Si, en cambio, usted se obligó a entregarme su casa y yo a pagar una suma de 10.000 pesos al año por ella, hay consideration y el acuerdo es obligatorio; aunque la falta de equidad en las prestaciones recíprocas sea manifiesta. La doctrina de la consideration cuida el aspecto negocial de los contratos y no la equidad. La Consideration representa el elemento de negociación, según el cual cada parte entrega algo a cambio de otra cosa que recibe o espera recibir y posee también una dimensión de bienestar: la parte se obliga porque espera estar mejor después que antes del negocio (Atiyah, 6).

Hay fuertes analogías entre la consideration y la causa final en el ámbito de los negocios onerosos y bilaterales. Tanto la consideration como la causa final, tutelan que los contratos sean acuerdos de intercambio, que uno de los contratantes de algo a cambio al otro; que una de las prestaciones suponga una prestación recíproca. Pero como observa Atiyah (Atiyah, 6) la consideration cumple la función de distinguir entre los gratuíto y lo que no lo es o, como sugiere Koffman (Kofmann, 46), la de distinguir entre los acuerdos que son enforceable y aquellos que no lo son. Si hubo forma (deed) no es necesario recurrir a la consideration. Sólo cuando el acto es simple cabe preguntarse si es genuino contrato o no: ahí, entonces la consideration recobra toda su importancia. La situación es, sin embargo, distinta con la doctrina de la causa. En el moderno derecho de contratos, la regla general (por influencia iusnaturalista) es el consensualismo: es la voluntad la que obliga. Así las cosas, y supuesta la regla consensualista, no se requiere la causa para dotar de obligatoriedad al contrato: ¿por qué habría de exigirse algo externo a la voluntad cuando el consensualismo la estima suficiente para que haya obligación y acto?. (Guzmán Brito, XXVIII). Aquí radican, con toda seguridad, los orígenes de la proclamada oscuridad que poseería el tema de la causa.

¿Qué ocurre, sin embargo, con los *negocios gratuitos* como la donación?.

Enfrente de ese caso, la doctrina de la causa final y la doctrina de la consideration se separan. Si no hay reciprocidad, para que la promesa sea enforceable (esto es, sea obligatoria y sea susceptible de ser exigida coactivamente) se requiere, en el derecho inglés, haber cumplido con las formas escritas. En tal caso, el juez no entra a examinar la consideration. Si la promesa es simple -carece de formalidades- entonces se examina su consideration. La doctrina de la consideration, se ha dicho, tiene por objeto distinguir entre promesas gratuítas y aquellas que, en cambio, no lo son (Atiyah, 6). La doctrina de la causa final alcanza, en este caso, una solución distinta. En efecto, la doctrina de la causa

[1] Sin embargo no debe ser confundidos. El criterio en virtud del cual se califica a un negocio de unilateral o bilateral, es el número de partes que, a resultas del negocio, quedan obligadas. Si ambas partes quedan obligadas –como en la compraventa- el negocio es bilateral. El criterio –por su parte- para calificar a un negocio de gratuíto u oneroso es el número de partes que reportan utilidad económica de su celebración. Si ambas partes reportan utilidad económica, entonces el negocio es oneroso. Suele ocurrir que los negocios bilaterales son onerosos. Es decir, es regla general que los contratos en que ambas partes se obligan, son, además, contratos en que ambas partes reportan utilidad económica. Nada impide, sin embargo, que contratos en los que nada más una parte resulta obligada (y que son, por eso, unilaterales) sean, al mismo tiempo, onerosos (es decir, reporten utilidad económica a ambas partes). Así ocurre con el mutuo con interés. En este caso hay nada más un sujeto obligado (el mutuario a devolver la suma de dinero); pero dos sujetos económicamente beneficiados: el mutuario que recibió un dinero que no tenía, el mutuante que ganará intereses.

final afirma que en el caso de los negocios gratuítos –como, v.gr., la donación- la causa, o el telos, ha de encontrarse en la mera liberalidad. Es fácil observar, sin embargo, que aquí se fuerzan un tanto las cosas: la mera liberalidad se acerca más a la acepción de motivo que, en estricto rigor, de causa final.

En fin, si el negocio posee una *estructura unilateral* (es decir, si a resultas del negocio nada más una parte resulta obligada), entonces la causa final de esa única obligación ha de estimarse que fue la prestación ya ejecutada del acreedor. Así, el comodato, o préstamo de uso, es un negocio unilateral, puesto que una vez celebrado sólo el comodatario que recibió la cosa, está obligado (a devolverla). Así si usted celebró un comodato (prestó su casa de veraneo para que fuera usada gratuítamente), el único obligado a resultas de ese contrato es quien se vió favorecido con su generosidad (el comodatario). Sólo el comodatario quedó obligado: a devolver la cosa. Una cuestión similar ocurrirá en el mutuo: si usted dio cosas fungibles o consumibles –haciendo nacer el contrato- el mutuario queda obligado a devolver otras tantas del mismo género y calidad. Hay, entonces, un único obligado: el mutuario. Cabe entonces preguntarse ¿cuál es la causa final de esa única obligación?. La respuesta de la doctrina de la causa final es que la causa de esa única obligación es la entrega que de la cosa hizo el comodante. Como se observa, al igual que la doctrina de la consideration, la doctrina de la causa final tutela el aspecto de intercambio recíproco que poseen los negocios. Si hubo entrega, entonces, usted debe devolver: su obligación tiene una causa suficiente. Desde el punto de vista técnico, sin embargo, la solución alcanzada en este tipo de contratos es obviamente defectuosa. Ocurre que si el negocio es unilateral, entonces hay nada más una obligación (en nuestro ejemplo, la obligación del comodatario de devolver). El acto de entrega permite que el contrato se perfeccione, puesto que el comodato, como sabemos, es real. Al ubicar la causa de la obligación de devolver en la entrega, Domat (que a él se debe esta afirmación) abandona la causa final y vuelve sobre la causa eficiente (Guzmán Brito, XXX).

Parece obvio que es el concepto de causa final el que utiliza el Código Civil chileno. Así lo dan a entender los ejemplos utilizados por el propio Código (en el artículo 1467). La promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa, expresa el artículo. La mera liberalidad o beneficiencia es causa suficiente, agrega más tarde. Esos ejemplos dan a entender que el Código entendió por causa lo que hemos denominado causa final. Es verdad que el Código establece que se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; pero ya hemos visto que se trata de lo que pudiéramos llamar un motivo estructural, un telos que pertenece a la índole del negocio que se ejecuta más que a la subjetividad del agente. Así las cosas, surge, sin embargo, un problema obvio (Pescio, 256). Si la causa es un elemento estructural, un rasgo que pertenece a la índole del negocio que usted celebró y no a su subjetividad, ¿cómo entonces pretender, como el propio Código lo pretende, que esa causa pueda ser lícita o ilícita?. Si la causa es un elemento estructural, entonces es siempre la misma (ya hemos dicho que así entendida pertenece a la estructura típica del negocio y no a la subjetividad de quien lo celebra); pero, en tal caso, ¿como cumplir con el mandato legal de juzgar su licitud o ilicitud en cada caso?.

5. El problema precedentemente expuesto ha llevado a algunos autores (v.gr. León Hurtado, 30) a sostener que el Código recoge dos conceptos de causa distintos. Uno de ellos –el concepto de causa final- adquiere relevancia para juzgar si la causa existe o no. El otro concepto –el de causa impulsiva- debe ser utilizado para juzgar si la causa es lícita o si, en cambio, es ilícita. Mientras la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe (uno de los ejemplos que usted puede ver en el artículo 1467) utiliza el concepto de causa final; el otro ejemplo que el mismo artículo formula (recompensa por un crimen o un hecho ilegal o inmoral) parece mostrar que se trata allí de la causa ocasional o impulsiva.

Lo que parece ocurrir es que el concepto de causa cumple dos funciones técnicas que son distintas. Por una parte, y como hemos visto, el concepto de causa pretende cautelar la dimensión de intercambio y de reciprocidad que poseen los negocios (esto, como vimos, resulta contradictorio con el consensualismo que asigna a la voluntad el poder de obligar). Si no hay reciprocidad, entonces no hay, propiamente hablando, un negocio jurídico cuya obligatoriedad pueda ser amparada coactivamente. Hasta ahí, como vimos, la causa cumple una función semejante a la consideration inglesa. Por otra parte, y de manera simultánea con lo anterior, el concepto de causa pretende cautelar la moralidad del negocio, es decir, pretende que los negocios no sean utlizados para alcanzar fines que al propio ordenamiento le resultan reprochables. Parece evidente que dos funciones tan distintas, requieren técnicas también distintas. Eso es lo que se pretende lograr cuando –como sugiere León Hurtado (León Hurtado, 30)- se argumenta a favor de dos conceptos de causa en el Código Civil chileno. En otras palabras, parece sensato pensar que el derecho no puede prestar su apoyo a promesas en las que un mínimo de justicia (la reciprocidad) no se satisfaga. Tampoco puede apoyar promesas o negocios que transgreden los fines generales del ordenamiento. Ambas funciones, sin embargo, no puede cumplirlas un único concepto. La jurisprudencia si bien ha declarado conceptualmente su adhesión a la doctrina clásica de la causa final (R. T. 78, secc 2, p. 1, Temuco, 1980), en el conjunto de sus decisiones ha controlado, también, la moralidad de la causa impulsiva. Así, ha declarado que las erogaciones para sostener una causa revolucionaria adolecen de causa ilícita por atentar contra el orden público (G. 1866, N·114, p. 56, Corte de Santiago); también poseen causa ilícita los negocios que se simulan con el fin de burlar a terceros (R.t.55, sec 1, p. 188) o un contrato de arrendamiento sobre una casa para que en ella se ejerza la prostitución (Corte de Iquique, 1918). En todos estos casos, para juzgar que ha habido causa ilícita se ha tomado en consideración la causa ocasional o impulsiva.

6. Desde el punto de vista de sus consecuencias, dos cuestiones merecen destacarse. La causa ilícita, o la ausencia de causa, conducen a la nulidad absoluta o la inexistencia del negocio en que incide. La declaración de nulidad del negocio, sin embargo, no dará lugar a la restitución de lo que se dio o pagó en virtud del contrato si se celebró con causa ilícita a sabiendas (vid. Artículo 1468).

Actividades.

1. Luego de haber leído atentamente el texto precedente, seleccione del Código Civil negocios onerosos y bilaterales y procure identificar la causa.
2. Imagine casos de causa ilícita y examine si acaso la nulidad –en esos casos- podría alcanzarse esgrimiendo que hay objeto ilícito.
3. Compare brevemente la causa con la consideration, a la luz de lo explicado en el texto.
4. ¿Le parece a usted que el control de la moralidad del negocio –mediante la técnica de la causa ilícita- podría lesionar algunos derechos constitucionales?. Imagine situaciones en que ello podría ocurrir.

Bibliografía.

Atiyah, P.S. An Introduction to the Law of Contract, Oxford, 1995.
Alessandri, Somarriva, Tratado de Derecho Civil, Tomo II, Santiago, 1998.

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© VICTOR VIAL DEL RIO

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Carmen 8, 4° piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 133.965, año 2003
Santiago - Chile

Se terminó de reimprimir esta quinta edición
de 500 ejemplares en el mes de marzo de 2006

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1488-2

VICTOR VIAL DEL RIO

Profesor de Derecho Civil
de la Facultad de Derecho
de las Universidades de Chile,
Católica de Chile y Andrés Bello

TEORIA GENERAL DEL ACTO JURIDICO

Quinta edición actualizada
y aumentada

UNIVERSIDAD ADOLFO IBAÑEZ
BIBLIOTECA

EDITORIAL
JURIDICA
DE CHILE

91052

CAPITULO IV

LA CAUSA

I. GENERALIDADES

123. CONCEPTOS GENERALES

La doctrina clásica considera que todo acto o contrato requiere como elemento esencial para su existencia jurídica no sólo la manifestación de voluntad y un objeto, sino que también una causa, y que requiere para la validez del mismo que dicha causa sea lícita. Tal es el pensamiento de la doctrina llamada causalista, en contraposición al de la que considera suficiente para la existencia del acto jurídico la manifestación de voluntad y el objeto sobre el cual ésta recae, y que estima que la exigencia de una causa impone un requisito artificial y prescindible (doctrina anticausalista).

La principal dificultad que presenta la causa para los intérpretes y tratadistas, está constituida por el hecho de ser un término que admite diversas y variadas acepciones. Las más importantes son las siguientes:

A) *Causa eficiente*

Se llama causa eficiente al elemento generador del efecto, al elemento que da vida a lo que antes no existía. En este sentido se puede afirmar que las fuentes de las obligaciones, esto es, los hechos jurídicos que les dan origen, son su causa eficiente. Por ejemplo, la causa eficiente de la obligación del vendedor de entregar la cosa es el contrato de compraventa mismo.

Se dice que el de causa eficiente era el sentido que los romanos daban a la causa; agregándose, a mayor abundamiento,

que nunca éstos pretendieron erigir a la causa como un requisito de los actos y contratos.

B) *Causa final*

Como dice un autor, "la causa final es el fin inmediato o invariable de un acto, o sea, el fin próximo que determina la voluntad a obrar y que siempre es posible encontrar en la estructura misma del contrato y que es siempre idéntica para todos los actos pertenecientes a la misma especie".[228]

En este sentido, la causa o fin del comprador, en todos los contratos de compraventa, es incorporar a su patrimonio una cosa; y la causa o fin del vendedor, asimismo, en todas las compraventas, es procurarse dinero, a cambio de las cosas que entrega.

C) *Causa ocasional*

"Está constituida por el fin lejano y variable de un acto y es de carácter estrictamente personal y psicológico. Es diferente para cada individuo, ya que es el móvil, la razón que lo impulsa a celebrar un acto o contrato en determinadas circunstancias. De ahí que una misma especie de acto pueda tener infinitas causas, según sean los fines que hayan perseguido las partes".[229]

Así, la causa ocasional para el vendedor puede ser la necesidad de cumplir una obligación, para lo cual necesita dinero; y causa ocasional para el comprador puede ser la necesidad de hacer un regalo de matrimonio con la cosa comprada.

124. Evolución histórica de la noción de causa

Se dice que la teoría de la causa encuentra su origen en el pensamiento de los canonistas medievales, quienes estiman que para que una convención engendre obligaciones no es suficiente el consentimiento de las partes, sino que es menester, además, que dicha convención encuentre su razón de ser en un motivo lícito y moral.

Los canonistas medievales facultan al juez para indagar los móviles que determinan a las partes a contratar, sin que se vea inhibido para dicha labor por el hecho de que, formal y aparentemente, la convención se exhibe como exenta de cualquier

[228-229] E. Velasco L., op. cit., págs. 49 y ss.

vicio. De esta manera, cautelan que la declaración de voluntad no persiga un fin reprobable o inmoral.

Con posterioridad y ya en los tiempos modernos un hito importante en la elaboración de la teoría de la causa lo marca el jurista francés Jean Domat.

Domat construye los elementos o piezas fundamentales de la denominada teoría clásica o tradicional de la causa, para lo cual se centra exclusivamente en la causa de la obligación que contrae una de las partes que celebra un contrato, y descarta por completo la causa del contrato que engendra la obligación.

Dicha teoría, perfeccionada y complementada en el siglo XVIII por el tratadista Pothier, es la que orienta a los redactores del Código Civil francés o Código Napoleón.

Como decíamos antes, en la actualidad existen en materia de causa dos corrientes doctrinarias antagónicas: la causalista y la anticausalista.

Entre los seguidores de la doctrina causalista hay quienes consideran que la causa debe configurarse con un criterio estrictamente objetivo. Esta es la posición que sustenta Domat y que en la actualidad recogen importantes juristas italianos. Otros la consideran con un criterio eminentemente subjetivo. Estos son los seguidores de la teoría del móvil o motivo determinante.

La concepción anticausalista rechaza la noción de causa por estimarla conceptualmente falsa e inútil, a la vez, en su aplicación práctica.

II. CRITERIOS O DOCTRINAS ELABORADOS EN RELACION CON LA CAUSA

125. Doctrina tradicional o clásica de la causa

Se da la denominación de doctrina o teoría clásica de la causa a la que surge del pensamiento de Domat y que recoge los agregados que aporta Pothier.

Lo determinante para comprender lo que postula la teoría clásica es tener en consideración que ésta requiere que la obligación que nace de un contrato tenga una causa, con lo que se centra en la causa de las obligaciones que emanan de los con-

tratos, descartando así la causa de la obligación que emana de otra fuente de las obligaciones que no sean el contrato y la causa del contrato mismo.

La pregunta que se formula la teoría clásica es cuál es la causa de la obligación que contrae una de las partes en un contrato, o lo que es lo mismo, por qué se obliga una de las partes que celebra un contrato. La respuesta a dicha pregunta es lo que constituye, precisamente, la causa de la obligación.

El planteamiento de la antedicha pregunta y su adecuada respuesta hacen necesario distinguir entre las distintas clases o categorías de contratos, porque la causa de la obligación que surge de los contratos que se encuentran en un determinado grupo o categoría es distinta de la causa de la obligación que nace de los contratos que se encuentran en uno diferente.

Con tal efecto, la teoría clásica agrupa a todos los contratos en tres categorías: los bilaterales o sinalagmáticos; los reales y los gratuitos. En cada una de las categorías puede haber contratos de las más variadas especies; lo que importa es que todos presenten el elemento común que permite incorporarlos a la respectiva categoría. Por ejemplo, en la categoría de los contratos bilaterales, que son aquellos en que se obligan ambas partes recíprocamente, se incorporan contratos tan diversos entre sí como son, por ejemplo, la compraventa, el mandato, el arrendamiento, la permuta, etc. Lo que los vincula es que todos ellos engendran obligación para cada una de las partes. En la categoría de los contratos reales, que son aquellos que se perfeccionan por la entrega de la cosa, figuran, por ejemplo, el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda. En la categoría de los contratos gratuitos, que son aquellos que se celebran en consideración a la utilidad o beneficio de una sola de las partes contrayendo la otra un gravamen, figura la donación y todos aquellos en que una sola de las partes se obliga a dar, hacer o no hacer algo en beneficio de la otra, que no contrae obligación alguna.

A) *Causa de la obligación de una de las partes en los contratos bilaterales*

La causa de la obligación de una de las partes en el contrato bilateral es la obligación correlativa de la otra parte. Esta es la regla que con un criterio rigurosamente objetivo y ajeno a las

motivaciones personales o subjetivas que pudieran haber tenido las partes obligadas asienta la teoría clásica y que es aplicable a todas las obligaciones que emanan de contratos bilaterales, sea cual fuere el contrato específico de que se trata, lo que determina que para establecer la causa de la obligación que emana de todos los contratos bilaterales basta aplicar la regla antes mencionada.

Si, por ejemplo, la teoría clásica analiza el contrato de compraventa que celebran A y B, lo primero que hace es prescindir de cualquiera connotación subjetiva que pudiera haber inducido a las partes a su celebración, y una vez establecido que el contrato es bilateral, atiende a las obligaciones que éste engendra y se pregunta si la obligación de cada una de las partes tiene o no causa. En aplicación de la regla general para establecer la causa de la obligación de una de las partes en los contratos bilaterales, la obligación de A de dar la cosa vendida a B no tendría causa si B no se hubiera obligado, a su vez, a pagar el precio, lo que trae como consecuencia que no se pueda exigir el cumplimiento de la obligación que no tiene causa al primero. Por el contrario, si B se obligó a pagar el precio de venta, dicha obligación sirve de causa a la obligación de A, a quien B puede exigir su cumplimiento.

Recíprocamente, la obligación de B de pagar el precio no tendría causa si B no se hubiera obligado, a su vez a dar la cosa vendida.

En la situación antes referida como ejemplo, se aprecia claramente que las obligaciones de las partes se sirven recíprocamente como causa.

Finalmente, y dado que la causa de la obligación se analiza con un criterio objetivo, no cabe sino concluir que en todos los contratos de compraventa y, en general, en todos los bilaterales, la causa de la obligación de las partes va a ser siempre la misma: la obligación recíproca de la otra parte.

B) *Causa de la obligación en los contratos reales*

La teoría clásica, al analizar la causa de la obligación de restituir la cosa que contrae la parte obligada en el contrato real y luego de preguntarse por qué se obliga dicha parte, establece que la causa de la obligación de restitución de la cosa que con-

trae una de las partes en el contrato real es la entrega que de la misma se le hizo por la parte en virtud de un título que obligaba a su restitución. Si no se hubiera efectuado la entrega de la cosa, la obligación de restituirla que contrae una de las partes que celebran el contrato carece de causa, por lo que dicha obligación sería ineficaz.

Así, por ejemplo, el comodatario se obliga a restituir la cosa porque se le entregó en comodato, lo que determina que la entrega de la cosa constituye la causa de la obligación de restitución que contrae una de las partes en todo contrato de comodato y, en general, en todo contrato real que se celebrare.

C) *Causa de la obligación en los contratos gratuitos*

Señala Domat que "en las donaciones y en los otros contratos en que sólo una de las partes hace o da, y en que la otra no hace ni da nada, la aceptación forma la convención. Y la obligación del que da se funda sobre algún motivo racional y justo, como algún servicio prestado, o como algún otro mérito del donatario, o por el solo placer de hacer el bien. Y este motivo desempeña el papel de causa por parte de quien recibe y no da nada".[230]

Como puede apreciarse de la lectura del párrafo anterior, para Domat, la causa de la obligación de una de las partes en el contrato gratuito se encuentra en el motivo racional y justo en que se funda la obligación, colocando el autor citado como ejemplo de motivo racional y justo que sirve de causa a la obligación del donante de dar la cosa, esto es, hacer la tradición al donatario, la existencia de algún servicio que ha prestado el donatario al donante, o el solo placer que tiene éste de hacer el bien.

La concepción original de Domat es modificada posteriormente por Pothier, quien señala que la causa de la obligación en los contratos gratuitos es la intención liberal, es decir, el propósito de hacer una liberalidad.

Al separar Pothier la intención liberal de los móviles o motivos concretos del donante, permite que se formule una regla

[230] Citado por Ricardo Hevia Calderón: *Concepto y función de la causa en el Código Civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, año 1981, pág. 24.

objetiva común a toda obligación que emana de un contrato gratuito: la causa de la obligación en dichos contratos es la intención liberal o el propósito de hacer una liberalidad.

Si tomamos como ejemplo de contrato gratuito la donación, en el cual sólo una parte reporta beneficio o utilidad del contrato y se obliga solamente el donante, a la pregunta de por qué se obliga el donante se responde porque tenía el propósito de hacer una liberalidad, sin que se entre a considerar los móviles concretos o particulares que impulsaron al donante. Este se obliga porque quiere hacer una liberalidad al donatario.[231]

126. Doctrina italiana

Los autores italianos contemporáneos, si bien coinciden con la doctrina clásica en cuanto a que debe existir una causa y que ésta debe analizarse con un criterio objetivo, estructuran un concepto totalmente distinto del elaborado por aquélla, que surge sobre la base de considerar que la causa es un requisito del acto jurídico y no de la obligación que éste puede engendrar. Los autores mencionados concluyen que la causa del negocio –o acto jurídico, según la denominación tradicional– es la función económico-social que caracteriza al tipo de negocio.

Para Betti, "la causa del negocio es, propiamente, la función económico-social que caracteriza al tipo de negocio como acto de autonomía privada (típica en este sentido) y determina su contenido mínimo necesario".[232]

"La causa exigida por el derecho no es el fin subjetivo, cualquiera que éste sea, perseguido por el contratante en el caso concreto (que entonces no sería pensable ningún negocio sin causa), sino que es la función económico-social que el derecho reconoce como relevante para sus fines."[233]

"La causa de todos los negocios onerosos es su función consistente en producir un cambio de prestación y contraprestación; es causa de la compraventa, en particular, su función de producir un cambio de *res* por *praetium;* es causa de la donación su

[231] Henri Mazeaud, *et al.*, op. cit., págs. 297 y ss.
[232] E. Betti, op. cit., pág. 143.
[233] L. Cariota Ferrara, op. cit., pág. 487.

función consistente en producir un enriquecimiento para el donatario; es causa del testamento su función consistente en producir una destinación de los propios bienes para después de la muerte, etc."[234]

127. Doctrina del móvil o motivo determinante

La doctrina del móvil o motivo determinante –llamada también de la causa ocasional o impulsiva– difiere sustancialmente de las anteriores, pues estructura un concepto de causa con un criterio eminentemente subjetivo.

A diferencia de la tradicional, la doctrina del móvil o motivo determinante refiere la causa al acto o contrato y no a la obligación.

Causa del acto o contrato es el móvil o motivo determinante que impulsó al autor o a las partes a su celebración.

Según la doctrina del móvil o motivo determinante, no es posible formular un concepto de causa abstracto, aplicable a una misma especie o categoría de actos jurídicos. Al estar la causa constituida por los móviles o motivos psicológicos del individuo, ésta podrá ser distinta en cada acto o contrato, pues lo que puede inducir a una persona a vender una cosa, por ejemplo, puede ser completamente diferente de lo que puede inducir a otra a celebrar el mismo contrato.

Para la doctrina en análisis, todo acto jurídico requiere no sólo la existencia de un móvil o motivo determinante para su celebración, sino que dicho móvil se conforme con el derecho, pues, de lo contrario, el acto puede invalidarse.

En los contratos gratuitos basta que el móvil ilícito exista en el autor de la liberalidad para que pueda anularse el contrato, sin que se requiera que el móvil ilícito sea conocido o compartido por el destinatario.

En cambio, en los contratos onerosos, el móvil ilícito que determinó a una de las partes a contratar debe ser, si no compartido por la otra parte, al menos conocido por ésta, ya que el desconocimiento por una de las partes del motivo ilícito de la otra impediría anular el contrato.

[234] L. Cariota Ferrara, op. cit., pág. 489.

128. Doctrina anticausalista[235]

La teoría clásica de la causa ha sido objeto de duras críticas.

El tratadista francés Planiol se rebela contra la noción de causa de la teoría clásica, a la cual tilda de "falsa e inútil a la vez".

Según Planiol, la falsedad de la causa abstracta de la obligación se advierte en cada una de las diversas especies o categorías de contratos que distingue Domat, según resulta de observar que en los contratos sinalagmáticos, éste olvida que las obligaciones que recíprocamente se sirven de causa nacen al mismo tiempo, por lo que mal puede una de ellas ser causa de la otra si se considera que la causa debe, necesariamente, preceder al efecto.

Agrega el autor citado que en los contratos reales, Domat no tiene en cuenta que la entrega de la cosa no es causa de la obligación, sino que es un requisito esencial para que el contrato se perfeccione. Luego, decir que la causa de la obligación en los contratos reales es la entrega de la cosa, viene a ser igual que decir que la causa de la obligación es el contrato mismo.

Concluye señalando que en los contratos gratuitos, la teoría clásica confunde la causa de la obligación con los motivos que han impulsado al disponente, siendo imposible, en la práctica, separar la intención de efectuar una liberalidad de los motivos que tuvo el contratante para obligarse.

Según el mismo autor, la doctrina tradicional en materia de causa es inútil, por las siguientes razones: lo que constituye la causa de la obligación de una de las partes no es otra cosa que el objeto de la obligación de la otra, de manera que la falta de causa de una de las obligaciones implicaría necesariamente la falta de objeto de la otra. Por eso, por falta de objeto y no por falta de causa, la obligación será ineficaz.

En la compraventa, por ejemplo, según la teoría clásica, la causa de la obligación del comprador de pagar el precio es la obligación del vendedor de dar la cosa o, lo que es lo mismo, la cosa que el vendedor se obliga a dar. Si el vendedor no quedara obligado a dar la cosa porque ésta, que las partes suponen existente, no existe, según dicha teoría la obligación del compra-

[235] Ver Henri Mazeaud, *et al.*, op. cit., págs. 279 y ss.

dor carece de causa. Para Planiol la situación es diferente, tomando en cuenta que el objeto de la obligación del vendedor es la cosa que debe dar. Si la cosa que el vendedor se obliga a dar y que las partes suponen existente no existe, cabe concluir que falta el objeto de la obligación del vendedor. Por esta razón la obligación es ineficaz, lo que revela en concepto de Planiol la inutilidad de la causa.

Explicando por qué es inútil el concepto de causa de la teoría clásica en los contratos reales, considera Planiol que de nada sirve la consideración de que si la cosa no ha sido entregada, la obligación de restituirla carece de causa, ya que la ineficacia de tal obligación resulta simplemente del hecho que por faltar la entrega el contrato real no se perfecciona, lo que implica que no produce efectos ni engendra la obligación.

Finalmente, en los contratos gratuitos la falta de intención liberal vendría a constituir, en la práctica, falta de consentimiento, sin que el contrato produzca efectos por esa sola circunstancia.

Advierte, por otra parte, Planiol que en el terreno de ilicitud la teoría clásica también es inútil, ya que, en la práctica, la ilicitud de la causa se confundiría con la ilicitud del objeto.

129. Evolución de la doctrina y jurisprudencia en Francia[236]

Nos parece interesante destacar la evolución que en materia de causa revelan la doctrina y la jurisprudencia en Francia, que sin dejar de considerar que el Código Napoleón requiere una causa para la obligación, estiman que el acto jurídico o el contrato que engendra la obligación requiere también una causa, de lo que resulta la necesidad de distinguir, por una parte, la causa del contrato o del acto jurídico en general; y, por otra, la causa de la obligación, como dos conceptos diferentes y que deben analizarse con distintos criterios.

La causa del contrato debe encontrarse en el móvil individual principal que determina su celebración, es decir, en el motivo psicológico relevante que se tuvo para contratar.

[236] Ver Henri Mazeaud, *et al.*, op. cit., págs. 297 y ss.

En lo relativo a la causa de la obligación, se mantienen los postulados de la doctrina tradicional.

Este nuevo concepto de la doctrina y jurisprudencia surge a raíz de la observación de que la aplicación de la teoría clásica de la causa de la obligación, que se centra exclusivamente en ésta, no siempre permite formular el reproche de ilicitud a ciertas obligaciones, a pesar de que éstas emanan de un contrato que atenta contra la ley o la moral. Piénsese, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento de un bien raíz, en el cual el motivo que induce al arrendatario a su celebración es instalar en el inmueble un fumadero de opio, motivo que es conocido por el arrendador, quien percibirá por concepto de renta de arrendamiento un porcentaje de las utilidades que deje el negocio.

La doctrina clásica, enfrentada a un contrato de esta naturaleza, no puede reprochar ilicitud alguna a las obligaciones que se sirven recíprocamente de causa. En efecto, ¿qué presenta de ilícito que el arrendador se obligue a entregar el inmueble o que el arrendatario se obligue a pagar la renta de arrendamiento? Evidentemente, dicho ilícito se encuentra en el contrato, mas no en las obligaciones que éste engendra.

Para superar la deficiencia que presenta la aplicación de la teoría clásica a situaciones como la expuesta, la doctrina y la jurisprudencia en Francia atienden al móvil determinante que impulsó a las partes a contratar. Si dicho móvil es ilícito, el contrato tendrá una causa ilícita y será anulable por tal razón.

III. LA TEORIA DE LA CAUSA EN EL CODIGO CIVIL CHILENO[237]

130. Disposiciones legales relativas a la causa

Se refieren a la causa los artículos 1445, 1467 y 1468 del Código Civil.

Dice el artículo 1445: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario ... 4° que tenga una causa lícita".

[237] Ver Avelino León Hurtado: *La causa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 14ª edición, año 1961.

Expresa, por su parte, el artículo 1467: "No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita".

Y agrega el artículo 1468: "No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas".

Las disposiciones transcritas han hecho surgir varios problemas de interpretación, que analizaremos en los números siguientes.

131. ¿QUÉ ES LO QUE DEBE TENER CAUSA? ¿EL ACTO O CONTRATO O LA OBLIGACIÓN?

En concepto de algunos, el Código Civil requiere que las obligaciones tengan una causa. Otros piensan que el acto o contrato es el que debe tener una causa:

A) *Argumentos de quienes sostienen que la obligación y no el acto del cual ésta emana requiere causa*

1°. Tal sería el sentido que emana del tenor literal del artículo 1445, que requiere para que una persona *se obligue* a otra una causa lícita y del inciso primero del artículo 1467, cuando dice "no puede haber *obligación* sin una causa...".

2°. Es necesario tener presente que el Código Civil se dictó en pleno auge de la doctrina tradicional o clásica que refiere la causa a la obligación y no al acto mismo, y que "ese sentido tiene la causa en su génesis histórica y en su estructura tradicional".[238]

B) *Argumentos de quienes sostienen que el acto o contrato debe tener una causa:*

1°. El N° 4° del artículo 1445, si bien en apariencia vincula la causa a la obligación, está exigiendo, en realidad, una causa

[238] R. Hevia C., op. cit., pág. 70.

lícita para el acto que engendra la obligación. En efecto, al decir el Código "para que una persona se obligue a otra por un acto o *declaración de* voluntad es necesario ... que tenga una causa lícita", está requiriendo una causa lícita para el acto mismo y no para la obligación, como la misma construcción de la frase lo revela.

2°. La redacción del artículo 1467, que define la causa, disipa toda posibilidad de duda: causa es el motivo que induce al acto o contrato; o sea, es el acto o contrato el que requiere una causa.

3°. Corrobora esta interpretación el artículo 2057, que se refiere a las sociedades nulas por ilicitud de la causa, del cual se desprende que la sociedad, esto es, el contrato es lo que debe tener una causa lícita.

132. ¿QUÉ CRITERIO ADOPTA EL CÓDIGO EN MATERIA DE CAUSA? ¿UNO OBJETIVO U OTRO SUBJETIVO?

Existen también dos respuestas a esta pregunta.

Algunos piensan que en materia de causa el Código siguió fielmente el criterio objetivo de la doctrina tradicional, sin innovar en lo más mínimo.

Otros creen que al reglamentar dicha materia el Código se apartó de los postulados de la doctrina tradicional, y que analiza la causa con un criterio subjetivo.

A) *Argumentos de quienes sostienen que el Código sigue el criterio objetivo de la doctrina tradicional*

1°. El primero es un argumento histórico: la doctrina clásica o tradicional era la que imperaba en la época de dictación del Código Civil. Asimismo, el Código Civil francés, que sirve de modelo al nuestro, sigue constantemente los postulados de Domat y de Pothier, sin apartarse de ellos en materia de causa.

2°. Si el artículo 1467 requiere una causa real y lícita, es porque pueden existir obligaciones que no tengan causa. Este hecho revela que el Código sigue la teoría clásica, pues según ella es posible que falte la causa de la obligación. Por ejemplo, si la cosa vendida que las partes suponen existente no existe –de lo que se infiere que el vendedor no tiene obligación alguna res-

pecto de dicha cosa–, la obligación del comprador de pagar el precio carece de causa.

En cambio, si el Código hubiera abordado la causa con un criterio subjetivo, mal podría haber requerido la existencia de causa, pues jamás falta el motivo psicológico que puede inducir a una persona a realizar un acto o contrato, salvo que éste sea realizado por un enajenado.

3°. Los ejemplos que coloca el Código en el inciso final del artículo 1467. En efecto, el hecho de que la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe carece de causa resulta de la aplicación de la teoría clásica, toda vez que la obligación que contrajo el prometiente no tiene como causa la obligación de la otra parte, o la entrega de una cosa que hubiera engendrado la obligación de restituirla, ni menos la intención liberal, porque el prometiente se obligó en la errada creencia de que debía algo. Si el prometiente se obligó a dar algo en pago fue porque creía que la otra parte había contraído a su vez una obligación con él o que la cosa que se obligó a dar se le había entregado por un título que impone su restitución, lo que revela que la obligación del prometiente tiene una falsa causa, lo que es equivalente a ausencia de causa.[239]

A mayor abundamiento, al decir el Código en el inciso primero del artículo 1467 que la pura liberalidad es causa suficiente, transcribe textualmente el pensamiento de Pothier en lo relativo a la causa de la obligación en los contratos gratuitos.

4°. Cuando el legislador define la causa como el motivo que induce al acto o contrato, por una simple omisión que se debe a que seguramente no lo estimó relevante no señala que dicho motivo es abstracto o con exclusión del que pudiera tener el sujeto, lo que hubiera resultado, por ejemplo, si hubiera dicho que causa es el motivo jurídico que induce al acto o contrato. Sin embargo, tal omisión no constituye un obstáculo para dar a la palabra motivo que emplea la disposición el sentido de motivo abstracto con que ésta debe interpretarse y que refleja el espíritu de la ley.

[239] A. León H., op. cit., pág. 51.

B) *Argumentos de quienes sostienen que el Código Civil innovó en materia de causa, apartándose de la doctrina tradicional*

1°. Si bien es cierto que en la época de dictación del Código Civil estaban en boga los postulados de la teoría clásica, no lo es menos que el concepto de causa-motivo existía desde la Edad Media. No cabe duda de que esta concepción era conocida por Bello, constituyendo, de seguro, su fuente de inspiración.

2°. A diferencia del Código Civil francés, el chileno define la causa y expresa que ella está constituida por los motivos, término que, según su sentido natural y obvio, se refiere a los móviles psicológicos, individuales y subjetivos. Tal es, a mayor abundamiento, el alcance de la palabra motivo en los artículos 1454 y 1455, que hacen sinónimos motivo y causa.

3°. Efectivamente el Código dice que la mera liberalidad es causa suficiente; pero con ello no está significando que adopta la doctrina tradicional, sino que en las donaciones o demás actos gratuitos basta como motivo la intención de efectuar una liberalidad.

4°. Al exigir el Código una causa real y lícita, está facultando al juez para indagar por el motivo que realmente determinó a la celebración del acto o contrato, establecido el cual podrá concluir si es o no lícito. Realidad de la causa "significa que el motivo que se postula como causa sea el que concretamente ha inducido a contratar o a celebrar el acto, imponiéndose a los demás motivos que no serán, realmente, la causa".[240] Mal podría el juez determinar la ilicitud de la causa si no estuviera facultado para investigar el motivo que real y efectivamente indujo a contratar. Por eso, cuando el Código requiere una causa real, agrega inmediatamente a continuación que la causa debe ser lícita, toda vez que la licitud de la causa sólo se puede apreciar en relación con el motivo real o verdadero.

5°. En la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, que constituye el ejemplo de falta de causa, no es posible desconocer el motivo que induce a formular la declaración y que está constituido, precisamente, por la creencia de que exis-

[240] R. Hevia C., op, cit., pág. 85.

te una obligación. Sin embargo, tal motivo es equivocado, lo que determina que a consecuencia del error la causa que se representó el declarante sea falsa, y la falsedad de la causa es equivalente a falta o ausencia de un motivo que hubiera tenido realmente justificación para inducir a la declaración. Por tener una causa falsa debe estimarse que la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe carece de causa real.

133. NUESTRA OPINIÓN

En nuestra opinión, para analizar la causa se hace necesario distinguir previamente entre causa del acto o contrato y causa de la obligación, como lo hacen la doctrina y jurisprudencia en Francia, distinción que no resulta extraña a nuestra legislación toda vez que el Código Civil la contempla implícitamente.

A) *Causa del acto o contrato*

De acuerdo con la propia definición que da la ley, la causa del acto o contrato es el motivo que induce a su celebración. La palabra motivo, según el uso general que ésta tiene, es la causa o la razón que induce a algo, y la razón que induce a algo son los móviles psicológicos, individuales y subjetivos que se ha representado el sujeto y que lo inducen a actuar.

B) *Causa de la obligación*

De varias de las disposiciones del Código Civil referidas a la causa se desprende que si bien el acto o contrato debe tener una causa, también debe tenerla la obligación que el contrato crea. La interpretación que corresponde dar a la causa de la obligación es la que sustenta la teoría clásica, lo que determina la necesidad de analizar la causa de la obligación con un criterio objetivo, que lleva a un concepto de causa abstracto e idéntico para cada categoría de contratos.

La distinción entre causa del contrato y causa de la obligación no presenta nada de novedoso, pues, como hemos visto, aparece formulada por la doctrina y la jurisprudencia en Francia. Sin embargo, es interesante tener en consideración que el intérprete del Código Civil francés no encuentra sustento en ninguna disposición que le permita fácilmente llegar a la noción de causa del acto o contrato, y ésta referida a los motivos o móviles del sujeto. La situación es radicalmente diferente para el intérprete del Código Civil chileno, pues cuenta con un elemento poderoso en que apoyar la tesis de que la causa no sólo se requiere para la obligación, sino que también para el acto, y que en este último caso se la encuentra el motivo: la propia definición que de causa contiene el artículo 1467 y que constituye una de las disposiciones en que no se puede menos que admirar el espíritu innovador del redactor del Código Civil, quien se anticipa a los postulados de la teoría de los motivos psicológicos con anterioridad a su formulación.

IV. RELACIONES DE LA CAUSA CON OTROS ASPECTOS DEL ACTO JURIDICO

134. RELACIÓN ENTRE LA CAUSA Y EL ERROR

Existe vinculación entre la causa y las hipótesis de error relevante o error-vicio, como también se le denomina, que contempla el Código Civil.

En efecto, la causa de que la víctima del error haya contratado –motivo determinante– es la creencia de que la cosa tenía una determinada sustancia o cualidad, o la consideración de una persona determinada.

En las mencionadas hipótesis existe lo que la doctrina conoce con el nombre de error-motivo, el cual consiste en "un conocimiento equivocado de la sustancia –identidad, materia– de la cosa objeto del contrato, de las condiciones –cualidades– de la misma o de la persona. No se yerra sobre las motivaciones, éstas no son objeto de representación defectuosa; simplemente hay un conocimiento equivocado de cosas, objeto, cualidades, personas que, a posteriori, da motivo principal (conexión etiológica) a la celebración del contrato".[241]

Otra cosa distinta es el llamado error sobre los motivos, el cual "se traduce en una intelección defectuosa de hechos extraños al esquema negocial. Supone inexacta representación de las razones o móviles personales que inducen a contratar; las pro-

[241] V. Pietrobon, op. cit., págs. 504 y 505.

pias creencias, propósitos individuales y fines personales buscados son objeto de yerro y equivocación".[242] Por ejemplo, la creencia de que debo dinero a X me induce a prometerle el pago de la supuesta deuda. Aquí el motivo que me determina a la declaración de voluntad es equivocado; en realidad, no debo nada a X; no existe motivo alguno para la declaración, pues no tenía, tampoco, el *animus donandi.*

La doctrina cita varios ejemplos de error sobre los motivos: alguien dona sus bienes a un establecimiento de beneficencia creyendo que va a recibir un elevado caudal hereditario; una persona reconoce a un hijo de filiación no matrimonial en la creencia de que cohabitó exclusivamente con la madre al tiempo de la concepción; una persona compra un reloj porque ha creído equivocadamente que ha perdido el suyo; un funcionario público cree erradamente que va a ser trasladado a otra ciudad y arrienda en ésta una casa.

La regla general es que el error sobre los motivos es irrelevante, salvo en ciertos actos como los gratuitos o de beneficencia, en los cuales el disponente, por un motivo equivocado, se desprende de una cosa de su patrimonio en beneficio de otra persona, sin recibir nada a cambio. Así el Código Civil italiano declara anulable la disposición testamentaria cuando se ha errado sobre el motivo único determinante que llevó al testador a disponer y declara impugnable, asimismo, la donación por error sobre el motivo, sea de hecho o derecho, cuando el motivo resulte del acto y sea el único que ha determinado al donante a realizar la liberalidad.[243]

Estimamos, no obstante, que en la mayoría de los actos gratuitos que la doctrina permite impugnar no existe propiamente error sobre los motivos, sino que error sobre la persona. Por ejemplo, A dona a B una cosa porque está convencido de que B le salvó la vida, cuando en realidad no fue B sino C. O bien, A dona a B una cosa en reconocimiento a las supuestas gestiones hechas por éste en su ausencia, cuando, en realidad, las gestiones las hizo C; o dona la cosa a B como premio que ha instituido para el mejor alumno de un curso, en circunstancias que tal calidad la tenía C y no B.

[242] V. Pietrobon, op. cit., pág. 505.
[243] V. Pietrobon, op. cit., pág. 507.

En estos casos no hay en el donante una falsa representación de los motivos; por el contrario, existe realmente el motivo que induce a la donación. Dicho motivo puede ser el sentimiento de gratitud, de reconocimiento o admiración. El error se ha producido en la persona del donatario, que carece de las condiciones o cualidades que cree ver en él el donante. Tal error, que es el que ha motivado la declaración equivocada, no es otro que el denominado error-motivo que vicia el consentimiento en los casos en que la consideración de la persona del otro contratante es determinante, y no un error sobre los motivos.

135. Relación entre la causa y la fuerza o dolo

Hemos visto que la fuerza y el dolo vician la voluntad cuando son determinantes, esto es, cuando constituyen el motivo principal y directo que induce a la víctima a prestar su consentimiento.

Desde el momento que la fuerza y el dolo surgen como el motivo principal o determinante del acto o contrato, quiere decir que constituyen la causa del mismo; causa que por no conformarse con el derecho tiene el carácter de ilícita.

Ahora bien, ¿a cuáles normas debe acudir la víctima de la fuerza o del dolo para impugnar el acto? ¿A las relativas a los vicios del consentimiento o las relativas a la causa ilícita?

Esta cuestión es importante, pues la sanción por los vicios del consentimiento es la nulidad relativa y la sanción por la causa ilícita es la nulidad absoluta, rigiéndose una y otra clase de nulidad por un estatuto jurídico diverso en lo que respecta, principalmente, a las personas que la pueden demandar y al saneamiento de la misma. Creemos que no puede quedar al arbitrio de la víctima elegir si demanda la nulidad por vicio del consentimiento o por causa ilícita, y estimamos que en esta hipótesis debe hacerse primar las normas relativas a los vicios del consentimiento, que son especiales, por sobre las relativas a la causa ilícita.

V. CAUSA REAL Y LICITA

136. CONCEPTOS GENERALES

La ley señala que no es necesario que el autor de un acto jurídico o las partes de una convención expresen la causa, esto es, el motivo que los induce al acto o contrato. Y ello porque, a nuestro juicio, la ley presume que todo acto o contrato tiene una causa, constituida por los motivos que normal y ordinariamente inducen a celebrar las diversas especies o tipos de actos jurídicos.

Por ejemplo, frente a un contrato de compraventa, la ley presume que las partes tuvieron como motivo principal y determinante para su celebración, la necesidad del vendedor de procurarse dinero y la necesidad del comprador de obtener la cosa.

Asimismo, la ley presume que el motivo que induce a la celebración del acto jurídico es lícito, en el sentido de que no se opone ni contraviene a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

Ahora bien, consecuencia de que la ley presume que todo acto tiene una causa, y que lo anormal es que no la tenga, la prueba de la falta de causa corresponde a aquel que la alega.

Es difícil, en verdad, que no exista un motivo que induzca a las personas a celebrar un acto jurídico; pero no es imposible, como algunos creen.

En nuestra opinión falta la causa en dos casos: en los actos jurídicos simulados y en los actos que tienen como único motivo la creencia errada de que existe una obligación, que constituye, por lo mismo, una causa falsa.

A) *Falta de causa en los actos simulados*

Como se ha mencionado al estudiar la simulación, ésta se produce como consecuencia de la concertación o acuerdo entre las partes en orden a ocultar su voluntad real bajo la sombra de un contrato meramente aparente, de lo que se infiere que es posible distinguir dos fases o etapas –que pueden producirse casi simultáneamente en el tiempo– en el procedimiento que supone la simulación: la primera, aquella en que las partes se ponen de

acuerdo en ocultar su voluntad real a través de la figura de la simulación; y la segunda, la celebración del contrato simulado, con la cual aquélla se consuma.

El acuerdo de voluntades por el que las partes convienen celebrar un contrato simulado, y ocultar su voluntad real tiene un motivo que le sirve de causa, y que no es otro que el de engañar a terceros. En lo que respecta al contrato simulado la situación no es la misma, ya que si la simulación es absoluta, no existe ningún motivo real que pueda inducir a las partes a su celebración, entendiendo por motivo real la representación de una necesidad que induzca a una regulación de intereses a través de un determinado contrato; y si la simulación es relativa, si bien existe un motivo real para el contrato disimulado o encubierto que corresponde a lo que realmente las partes quieren, no existe un motivo real para el contrato simulado. Por ejemplo, si recurriendo a la simulación absoluta A vende a B una cosa, el hecho mismo de que no quieran realmente celebrar contrato alguno revela que no existe ninguna necesidad que sirva como motivo para celebrar la compraventa, que no es más que una cáscara vacía. Podría argumentarse que sí existe un motivo para el contrato simulado, cual es el engaño a terceros; pero, como decíamos antes, tal motivo es lo que induce a la convención que necesariamente precede al contrato simulado y que no forma parte de éste. Lo mismo ocurre en el caso de que recurriendo a la simulación relativa A vende a B una cosa en $ 100, en circunstancias que el precio real es $ 200, pues no existe motivo para la compraventa en $ 100 y sí existe para la compraventa en $ 200.

Estimamos que la compraventa del ejemplo sería inexistente por falta de causa y que dicha falta de causa es la causal de ineficacia de todos los contratos simulados.

B) *Falta de causa en los actos que tienen como único motivo la creencia errada de que existe una obligación*

De la sola lectura del inciso final del artículo 1467 se desprende que el Código Civil considera relevante el error sobre los motivos en el caso que dicha disposición describe, consistente en la declaración que formula una persona comprometiéndose a dar, hacer o no hacer algo en beneficio de otra, inducida por la creencia equivocada de que existe una obligación que justifi-

que tal compromiso. En otras palabras, el declarante se representa como motivo determinante de la declaración una obligación que, en realidad, no existe.

La declaración presenta una causa falsa, lo que equivale a decir que carece de causa real, y por faltar este requisito debe considerársela inexistente.

137. Labor del juez en relación con la determinación de la causa real y lícita

Hemos expresado antes nuestra opinión en lo que constituye la presunción de causa, y que consiste en que la ley presume que todo acto jurídico tiene una causa y que ésta es lícita. Hemos señalado, asimismo, que la causa que la ley presume, constituida por el motivo que generalmente induce a celebrar el acto o contrato específico de que se trata, bien puede no coincidir con el motivo individual, principal y directo que la parte tuvo en consideración para celebrar dicho acto o contrato y que constituye el motivo o causa real. Dicha falta de coincidencia carece, por lo general, de relevancia; para la ley es suficiente como motivo el que es posible presumir de la naturaleza del contrato, lo que explica que considere innecesario que la causa se exprese en el acto o contrato.

Al legislador no le interesa conocer el motivo o móvil determinante que en un caso concreto y específico induce a la o las partes a celebrar el acto o contrato, a menos que éste sea ilícito. En efecto, cada vez que se alegue la ilicitud de la causa, corresponde al juez indagar por el motivo individual que indujo a celebrar el acto jurídico y que constituye la causa real. Sólo dicho motivo real puede ser lícito o ilícito, a diferencia del motivo que presume la ley, que siempre es lícito.

Para establecer cuál es el motivo real no es suficiente la expresa mención al motivo que determina a contratar que pudiera contener el contrato, ya que no necesariamente dicha constancia o mención es un reflejo de la realidad, más todavía si la causa fuera ilícita; como tampoco lo es la mera deducción que permita desprender un motivo de la naturaleza del contrato. El juez –sobre la base de las pruebas allegadas en el proceso, una de las cuales está constituida por las presunciones que éste

pudiera constituir– debe llegar al motivo real para sólo entonces apreciar si éste es contrario a la ley, a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

138. Sanción para la falta de causa y para la causa ilícita

El acto jurídico en que falta la causa es, doctrinariamente, inexistente, pues se ha omitido un requisito esencial para su existencia jurídica. Dice Claro Solar que "si todo acto o declaración de voluntad requiere esencialmente una causa, la falta de causa se opone al perfeccionamiento jurídico del acto, por lo mismo, no existe; no es un acto nulo, sino un acto que no ha podido nacer a la vida jurídica. Sucede a este respecto con la falta de causa, lo mismo que con la falta de objeto. El acto en que falta la causa no puede existir...".[244]

Para los autores nacionales que niegan cabida a la inexistencia jurídica como máxima sanción dentro del Código Civil, el acto en que falta la causa se sanciona con la nulidad absoluta.

En lo que respecta a la causa ilícita, el Código la sanciona expresamente con la nulidad absoluta (art. 1682).

VI. EL ACTO EN FRAUDE A LA LEY

139. Conceptos generales

Se dice que el fraude a la ley consiste en procedimientos en sí lícitos, o en maniobras jurídicas a veces ingeniosas, que tienen la apariencia de legalidad y que, sin embargo, permiten realizar lo que la ley prohíbe o no hacer lo que la ley ordena.[245]

Los particulares, frente a una norma que prohíbe, por ejemplo, la realización de un acto jurídico en ciertas circunstancias, pueden adoptar una de estas actitudes: acatar la ley, absteniéndose de celebrar el acto que ella prohíbe; o infringirla, pudien-

[244] L. Claro S., op. cit., tomo XI, pág. 339.

[245] Juan de Dios Vergara Baeza: *Fraude a la ley en Derecho Privado interno*, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1958, pág. 16. Vergara Baeza cita la definición de Alexander Ligeropoulo.

do la infracción ser abierta o manifiesta, como si se celebra a la luz pública el acto prohibido, o bien, velada o encubierta. A este último efecto, pueden seguir dos caminos, uno diverso del otro: "Recurrir a la simulación relativa, escondiendo el negocio contra legem bajo la apariencia de uno lícito. Descubierta la simulación, arrancada la careta, el negocio disimulado es nulo, porque es contra legem". Otro camino, "más tortuoso, más difícil de recorrer, por lo general menos satisfactorio, pero más seguro: servirse no del negocio prohibido (aunque sea cubierto de falsas apariencias), sino de otro, o de un sistema consistente en un complejo de negocios y actos, unos y otros adaptados y plegados en modo de poder conseguir un resultado análogo al del derecho negocio prohibido. Se tiene así fraude a la ley".[246]

Según un autor, "hay fraude a la ley cada vez que un acto es hecho con la intención de sustraerlo a la aplicación de las normas a las que el legislador entendió someterlo".[247]

Otro expresa que "el fraude a la ley puede concebirse de dos maneras: como una derogación indirecta de una regla imperativa o prohibitiva expresa; o como una violación del espíritu de tal regla al abrigo de una redacción demasiado absoluta".[248]

Un ejemplo que cita la doctrina de actos en fraude a la ley es la enajenación que hace de sus bienes una persona, ante la inminencia de la interdicción por disipación o prodigalidad. En este caso, lo que la ley no quiere es que dicha persona administre sus bienes, porque revela en ésta una falta total de prudencia. Sin embargo, el resultado que la ley no quiere se consigue si el disipador se anticipa al decreto de interdicción y a la designación de un curador.

Como puede observarse, en los actos en fraude a la ley existe un aparente respeto a la norma, porque no se la infringe abiertamente; pero, en realidad, "se elude su aplicación en cuanto se realiza un resultado final que, si no es y no puede ser idéntico, en especial en el terreno estrictamente jurídico (o sea, de los efectos jurídicos), es análogo, particularmente en el terreno práctico".[249]

[246] L. Cariota Ferrara, op. cit., pág. 518.
[247] J. de Dios Vergara B., op. cit., pág. 30.
[248] J. de Dios Vergara B., op. cit., pág. 31.
[249] L. Cariota Ferrara, op. cit., pág. 518.

140. ELEMENTOS DEL FRAUDE A LA LEY

En el acto en fraude a la ley pueden advertirse dos elementos: uno material u objetivo y otro intencional o subjetivo.

a) El elemento material u objetivo es el resultado que la ley no quiere. Dicho elemento se encuentra constituido por la similitud o equivalencia práctica del resultado que persigue el acto jurídico en fraude a la ley con el resultado prohibido por la norma.

b) El elemento intencional o subjetivo es la intención de defraudar o burlar la ley, lo que significa que el sujeto realiza el acto en fraude a la ley con el propósito de burlar la norma y obtener con su realización el resultado que ésta no quiere. A este propósito se le llama ánimo fraudatorio.

Se discute en doctrina si ambos elementos deben necesariamente coexistir para que se configure un fraude a la ley.

Para algunos, el elemento intencional no sería de la esencia del fraude a la ley porque se dan casos en que no existe dicha intención. En concepto de quienes sustentan esta interpretación, "hay fraude a la ley cada vez que a través de actos reales voluntarios, aunque, a veces, no intencionales, se crea una situación conforme a la ley, tomada y en su letra, pero violándola, sin embargo, en su espíritu".[250-251]

Para otros, de la esencia del fraude a la ley es el ánimo fraudatorio, que es el móvil que induce a adoptar una determinada

[250] J. de Dios Vergara B., op. cit., pág. 30.
[251] En este sentido, N. Coviello, op. cit., pág. 454, quien dice que "basta el hecho de la oposición a la ley, para que el negocio sea nulo, aunque su autor haya errado sobre la existencia o alcance de la norma prohibitiva y hasta creído obedecer un precepto moral o jurídico; como, por el contrario, la creencia de realizar un acto contrario a la ley no anula el acto que no es tal por sí mismo. Por esto será también nulo el acto verificado en fraude a la ley sólo cuando objetivamente choca contra la prohibición legal, aunque el autor haya creído erróneamente que no era posible la extensión de la prohibición, y su respeto a la ley sea real y sincero, no simulado y farisaico. Pero será válido, a pesar de la intención de hacer algo contrario a la ley, cuando, objetivamente considerado, no pueda reputarse contrario a la prohibición, aunque interpretada extensivamente. El elemento intencional podrá, a lo más, tener eficacia demostrativa del fraude, cuando éste exista, pero no podrá constituirlo".

postura jurídica; vinculándose, de esta manera, el concepto de fraude a la ley con el de causa.

Según esta interpretación, en el acto en fraude a la ley existe una causa ilícita: la intención fraudulenta.

141. SANCIÓN DEL FRAUDE A LA LEY

En el acto en fraude a la ley o en el complejo de actos jurídicos que configuran un procedimiento en fraude a la ley, la ilicitud se encuentra no en el acto mismo, que no infringe abiertamente a la ley, sino que en los motivos perseguidos con la realización del acto o procedimiento en fraude a la ley, que evidencian la intención de burlar una norma jurídica.

Doctrinariamente hay coincidencia en que el fraude a la ley se sanciona con la nulidad absoluta del acto o complejo de actos fraudulentos. Dicha nulidad es consecuencia del hecho que tales actos se equiparan a los actos contra legem.

CAPITULO XLV

ACTOS ANALOGOS A LA SIMULACION

1515. Enunciación de ellos

Los actos concluidos en fraude a la ley, los actos indirectos y los fiduciarios presentan ciertos caracteres comunes con la simulación; pero no son propiamente actos simulados.

1516. Fraude a la ley

El fraude a la ley se diferencia de la simulación, porque ésta supone una apariencia de realidad en tanto que el fraude a la ley consiste, según Ligeropoulo (que tiene una obra expresamente consagrada al tema), en actos *reales* queridos y realizados efectivamente y combinados de tal manera que aun siendo lícitos en sí, aisladamente considerados, permiten, como resultado de la combinación, burlar la ley y hacerla producir efectos contrarios a su espíritu y a su fin. Mediante el fraude a la ley los interesados persiguen librarse de obligaciones impuestas por ella o un contrato, realizando actos ajustados aparentemente a la misma, pero que suponen una contravención o un falseamiento de su espíritu. Ejemplo: con el fin de burlar la prohibición del artículo 1796, según el cual el contrato de compraventa no puede celebrarse entre cónyuges no divorciados perpetuamente, uno de ellos vende efectivamente un bien a un tercero, y éste, a su vez, vende la cosa, también efectivamente, al otro cónyuge. No hay simulación porque las dos operaciones han sido reales y no aparentes.

Algunos autores no admiten el fraude a la ley como un medio de anular absolutamente los actos ejecutados, porque dicen que es difícil y peligroso entrar en la intención de las partes. Otros, por el contrario, piensan que, una vez determinada en forma clara la intención fraudulenta, no hay inconveniente para declarar dicha nulidad, ya que el artículo 10 del Código Civil al sancionar con la nulidad absoluta los actos jurídicos prohibidos por la ley, sanciona el resultado que la prohibición quiere impedir, cualesquiera que sean las formas de que se hubieren valido las partes. Lo que a la ley le interesa es el fondo, las consecuencias de los actos, y no su forma, aunque ésta se ajuste a la letra de la misma ley. "El legislador –dice un tratadista–, al dictar una orden o una prohibición, quiere que produzca sus efectos aun en contra de combinaciones que tratan de eludirla y aun cuando éstas adopten formas legales; aquél no puede

tolerar que la norma sea burlada por maniobras ingeniosas que adopten formas o vestiduras de esta naturaleza".

El problema del fraude a la ley –dice el autor español Valverde– es un caso de *interpretación del derecho* en el que corresponde al juez determinar el propósito de las partes de violar la norma legal y los perjuicios que con esta violación indirecta se causan. El problema es, por tanto –termina el mencionado profesor–, de arbitrio judicial, más bien que de norma legislativa.

Entre el fraude a la ley y la simulación cabe destacar las siguientes *diferencias:*

1) El acto jurídico simulado produce sólo una apariencia de contrato; el acto concluido en fraude a la ley es real y verdadero;

2) El acto simulado cuando es ilícito, viola directamente la ley; el fraudulento, sólo en forma indirecta; este último en sus formas externas respeta la ley, pero viola en el fondo su espíritu.

3) La simulación puede ser lícita o ilícita; el fraude a la ley es siempre ilícito.

1517. Acto jurídico o negocio indirecto

Hay acto jurídico o negocio indirecto o, más exactamente dicho, procedimiento indirecto, cuando se emplea en determinados casos concretos un acto o negocio para producir, en última instancia, un fin práctico diverso de los que son propios del tipo a que ese acto pertenece. A través del acto jurídico que utilizan, las partes indirectamente consiguen fines diversos de los que "podrían deducirse de la estructura del negocio mismo".[1] Ejemplos habituales: a) en vez de pagar al acreedor, el deudor le cede un crédito que, a su turno, tiene contra un tercero por una suma equivalente; b) una persona quiere donar a otra un bien y, para evitar pago de impuestos o para eludir una prohibición o por cualquiera otra razón, en vez del contrato a título gratuito que corresponde hacer, elige la vía indirecta de conferir mandato a quien desea beneficiar, mandato que lo extiende en forma irrevocable para administrar y enajenar dicho bien; c) un deudor, para garantir una deuda, vende al acreedor una cosa con pacto de retroventa. En todos estos casos se crean los actos para un fin práctico diverso del que les corresponde por su función propia.

La diferencia entre el acto simulado y el indirecto es evidente. En el último nada es fingido, todo es real y efectivamente querido; ningún desacuerdo hay entre la voluntad y la declaración; lo único que ocurre es que las partes, con el ánimo de lograr indirectamente sus fines, usan un acto jurídico cuya función es diversa. Nótese que ellas "quieren efectivamente el negocio que celebran; desean someterse efectivamente a su disciplina jurídica y repugnaría a sus propósitos la aplicación de una disciplina contraria; quieren también constantemente los efectos que son típicos del negocio adoptado, sin los cuales no obtendrían su fin, que no se identifica con la consecuencia de aquellos efectos, pero que, sin embargo, los presupone".[2]

---

[1] Ascarelli, "Il negozio indiretto e le società commerciale", en *Studi per Vivante,* Roma, 1931, p. 23.

[2] Idem.

El acto jurídico indirecto no constituye una categoría jurídica, pues el motivo que lo determina permanece extraño al acto mismo y a su causa.

En general, el procedimiento indirecto se considera válido, como quiera que las partes no excluyen los efectos típicos del acto o actos utilizados, sino que los hacen servir a otros fines diversos de los típicos de éstos, a lo sumo ellas agregan otros efectos compatibles con los mencionados para lograr mejor los fines que los mueven a emplear la vía oblicua. No hay en todo esto, como alguien ha subrayado, sino simplemente una consecuencia de la autonomía de la voluntad concedida a las partes. Sólo si el procedimiento se dirige a fines ilícitos, el acto o los actos empleados serán nulos. Pero en verdad en estos casos no se sanciona la existencia del fin indirecto, sino el fin ilícito mismo.[3]

La especie más importante o representativa del acto jurídico o negocio indirecto es el acto fiduciario que, en seguida, pasamos a estudiar.

1518. Actos jurídicos fiduciarios

Concepto. Hay un acto jurídico fiduciario cuando una persona (el fiduciante) traspasa el derecho de propiedad de un bien a otra (el fiduciario), no para incrementar el patrimonio de la última, sino para que ejercite ella el derecho con determinadas limitaciones dirigidas a lograr ciertos fines prácticos, respecto de los cuales el acto tiene una eficacia *mayor* que la necesaria para alcanzarlos. En realidad, al menos de presencia, hay dos actos diversos en que se actúa o desarrolla el fin práctico que con el procedimiento fiduciario se persigue: uno amplio, que por tener efectos sobre la cosa se llama real; *liga* a las partes y es el único que interesa a los terceros y despliega su eficacia propia y típica; el otro acto, de efectos puramente *obligatorios,* sólo se circunscribe a las partes, sin que cuente para nada respecto de terceros; mediante este otro acto el fiduciario se obliga a no usar la cosa o el derecho traspasado, sino únicamente para los fines establecidos.

Un ejemplo hará comprender más fácilmente el concepto. Con acierto decía Séneca que el camino de la doctrina es largo; breve y eficaz, el del ejemplo. Un acreedor, que quiere una garantía expedita y sin complicaciones, en vez de exigir por la deuda la prenda de una cosa mueble o la hipoteca de un bien raíz, celebra con el deudor la compraventa de la cosa seguida de la respectiva tradición, y conviene devolver el bien en cuanto se le pague la deuda obligándose a no disponer de la cosa entretanto, en el ínterin, como gustan decir los arcaizantes. Salta a la vista que, para el fin de garantía, la transferencia del dominio es *excesiva,* pues habría bastado constituir prenda o hipoteca. Con razón se dice, muy gráficamente, que en el acto o negocio fiduciario las partes quieren un más para conseguir un menos.

Fines más usuales que se persiguen con los actos fiduciarios. Son los que a continuación se indican.

[3] Además del estudio especial de Ascarelli citado en las notas precedentes, puede consultarse Rubino, *Il negozio giuridico indiretto,* Milano, 1937.

1. Fines de garantía, como el que fluye del ejemplo recién expuesto, o sea, transferencia de la propiedad al acreedor, obligándose éste a restituirla una vez satisfecho su crédito.

2. Fines de administración o gestión; se transfiere la propiedad, pero sólo para que la administre el adquirente o fiduciario, obligándose a devolverla cumplida que sea la misión.

3. Fines de mandato, como si se cede un crédito para que con su producto el fiduciario compre un terreno a nombre del fiduciante.

4. Fines de cobro. Por ejemplo, soy el beneficiario de una letra de cambio girada y aceptada por un amigo; con delicadeza y eficacia cedo plenamente el título de crédito a otro para que éste lo cobre y me entregue después la suma percibida.

5. Fin dirigido a privar a un acreedor del tradente de una cosa sobre la cual el primero podría hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del segundo. Un acto de esta especie, como oportunamente se estudiará, puede impugnarlo el acreedor por los medios adecuados.

Estructura del acto fiduciario. El acto fiduciario es una forma compleja que resulta de la unión de dos actos, igualmente queridos y efectivos; ningún fingimiento hay como en la simulación.

El primer acto se dirige a traspasar el derecho de propiedad o el crédito, que se realiza de modo perfecto e irrevocable. El acto produce plenamente sus efectos entre las partes y respecto de terceros.

El segundo acto, de efectos meramente obligatorios, sólo vincula a las partes y "corrige" el exceso de eficacia del primer acto, fijando las limitaciones con que se atribuye el bien al fiduciario que, en resumen, suele ser alguna de éstas: a) restitución de la cosa al fiduciante; b) transferencia o transmisión de la misma a la persona que se indica, y c) hacer un determinado uso del bien o darle un destino prefijado.

Que las anteriores limitaciones las cumpla o no el adquirente de la propiedad queda sujeto a la fe *(fiducia)* de éste. De aquí el nombre del acto o negocio fiduciario. Si el fiduciario burla las limitaciones y, por ejemplo, vende el bien que se le traspasó con la obligación de que lo conservara para devolverlo más tarde, el fiduciante nada puede hacer contra los terceros. Estos adquieren válidamente, porque las cláusulas limitativas no tienen alcance real o absoluto, sino puramente obligatorio en las relaciones internas entre fiduciante y fiduciario; aquél sólo podrá intentar contra éste la indemnización de perjuicios por incumplimiento de la obligación.

Validez del acto fiduciario. Una parte de la doctrina es contraria a admitir la validez del acto fiduciario, porque a través de éste se desvirtúa o cambia la causa propia del acto de que se trata. Así, por ejemplo, la compraventa, seguida de la tradición, tiene por fin o causa la transferencia de la propiedad y no la constitución de una garantía o una causa fiduciaria, como resulta si se mira el negocio en toda su complejidad. Nadie niega que las partes, en virtud de la autonomía de su voluntad, pueden celebrar todos los actos que les plazcan, aun crear innominados; pero no están facultadas ni tienen poder para cambiar los efectos propios de cada uno de ellos y tampoco está en sus manos alterar ni siquiera en parte la causa que los caracteriza. Sólo los actos abstractos se

realizan sin relación con una causa determinada, y aquí no se trata de ellos sino de actos causales, respecto de los cuales no puede haber una abstracción de causa, aunque sea parcial.[4]

Empero, la mayoría de los autores considera válido el acto fiduciario siempre que no se dirija a una finalidad ilícita o fraudulenta. Adúcese que el llamado acto fiduciario no es una categoría jurídica, un contrato que se apoye sobre una causa propia, la llamada "causae fiduciae"; como quiera que representa una especie de acto jurídico indirecto, constituye también un procedimiento indirecto, que resulta de un contrato traslaticio, que tiene su propia y característica causa, y de una cláusula agregada de efecto obligatorio, que junto a este efecto, que es el adecuado y directo efecto negocial, expresa también el motivo del contrato traslaticio. De aquí deriva que la validez del contrato y de la "cláusula fiduciaria", o sea, la hipótesis o situación entera, debe considerar, además, de las respectivas causas, los motivos que han determinado dicha situación compleja. Si nada ilícito o fraudulento hay, el procedimiento debe aceptarse.[5]

Bibliografía

1) FERRARA, *La simulación en los negocios jurídicos,* traducción castellana, Madrid, 1953.
2) DIEZ, *La simulación ante la jurisprudencia,* Santiago, 1944; hay 2ª edición.
3) VALENZUELA, *Simulación ante el derecho,* Valparaíso, 1942.

[4] Véanse, dentro de la corriente que niega validez al negocio fiduciario: SANTORO PASSARELLI, ob. cit., p. 212, y GIUSSEPPE STORFI, *Teoría del negocio jurídico,* traduc. española, Madrid, 1959, p. 154, nota 3.

[5] En favor de la validez del negocio fiduciario, véanse: BARBERO, ob. cit., t. I, pp. 431 a 433; TRABUCCI, *Instituciones de Derecho Civil,* traducción de la 15ª edición italiana, tomo I, Madrid, 1967, p. 166, nota 31; TORRENTE, *Manuale di Diritto Privato,* Milano, 1965, pp. 151 y 152. También se pronuncia a favor del acto fiduciario el autor español ALBADALEJO, *Instituciones de Derecho Civil,* Barcelona, 1961, p. 394; según él, la validez del negocio fiduciario se apoya en la validez de la atribución patrimonial fiduciaria, cuya causa sería la *"causae fiduciae".*

Fundadores

Aldunate, Luis
Aldunate B., Santiago
Aldunate Solar, Carlos
Alessandri Palma, Arturo
Alfonso, Paulino
Arlegui, Juan de Dios
Ballesteros, Manuel Egidio
Barros Borgoño, Luis
Barros Méndez, Luis
Bordalí, Emiliano
Cabieses, Ricardo
Campillo, Cosme
Campo, Máximo del
Claro Lastarria, Samuel
Claro Solar, Carlos
Claro Solar, Luis
Coo, Ramón
Cruchaga, Miguel
Dávila Baeza, Juan M.
Dávila I., Oscar
Dávila Larraín, Luis
Fabres, José Clemente
Fabres, José Francisco
Figueroa L., Javier
Gandarillas, José Antonio
Guerrero, Adolfo
Gutiérrez, José Ramón
Hübner, Ernesto A.
Huneeus, Antonio
Irarrázaval, José Miguel
Lagos, Dagoberto
Letelier, Valentín
Lira, Alejandro
Lira, José Antonio
Mac Iver, Enrique
Muñoz, Fidel
Noguera, Francisco
Pinto Izarra, Federico
Richard, Enrique
Río, Raimundo del
Risopatrón, Carlos V.
Rivera, Guillermo
Roldán, Alcibíades
Romero, Alberto
Santa Cruz, Vicente
Santa María, Ignacio
Sotomayor, Rafael
Subercaseaux P., Antonio
Tagle A., Juan Domingo
Toro, Gaspar
Urzúa Gana, Luis
Valdés, Miguel Luis
Valdés Riesco, Alejandro
Valdés Vergara, Ismael
Valenzuela Carvallo, Aurelio
Varas, Antonio
Varas, Miguel A.
Vergara, Luis Antonio
Vergara, Ramón Antonio
Yáñez, Eliodoro

REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES

JUNTA DIRECTIVA

Hugo Rosende Subiabre
Presidente Editorial Jurídica de Chile

Armando Alvarez González
Delegado del Consejo
del Colegio de Abogados de Chile

Enrique Correa Labra
Delegado de la Corte Suprema

REDACCION
Carlos Ducci Claro
Director

Jorge Flisfisch Bronstein
Redactor
(sentencias civiles)

Guillermo Ruiz Pulido
Redactor
(sentencias penales)

Davor Harasic Yaksic
Redactor
(sentencias civiles)

Juan Carlos Soto Calderón
Redactor
(sentencias del trabajo)

Eduardo Soto Kloss
Redactor
(sentencias derecho público)

Rubén Mera Manzano
Redactor
(sentencias Comisión Resolutiva Fiscalía Libre Competencia)

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

1 9 8 1

CAUSA Y "CONSIDERATION" EN LOS CONTRATOS *

JORGE LOPEZ SANTA MARIA

Profesor de Derecho Civil Universidad Católica de Valparaíso
y Universidad de Chile en Santiago
Doctor de la Universidad de París

1. Algunos antecedentes históricos. 2. La doctrina de la causa en Francia y en Chile. 3. El anticausalismo. Síntesis de argumentos y refutación parcial. 4. La "consideration" del Derecho inglés. 5. A manera de conclusión.

1. ALGUNOS ANTECEDENTES HISTORICOS

Aunque con alcance diverso al que hoy tiene (como causa final o como causa ocasional), la causa se presenta en el Derecho Romano principalmente bajo dos ángulos. Por un lado, la causa actúa como *causa eficiente* identificándose con la fuente de la obligación de que se trate. En este sentido las causas o fuentes de las obligaciones son el contrato y el delito. En el Derecho Justinianeo, además del contrato y del delito, hay, según el Digesto, una tercera causa, que es una fuente de obligaciones anómala o en blanco: *variis causarum figuris*. Empero, en el mismo *Corpus Iuris Civilis*, en un texto de las Institutas, ya aparece desdoblada dicha fuente o causa anómala en dos: el cuasicontrato y el cuasidelito.

Por otro lado, la causa se manifiesta en las *condictio*, que, como es bien sabido, permiten heterogéneas restituciones. Al lado de la *condictio indebiti* (para obtener devolución del pago de lo no debido) y de la *condictio sine causa* (que suple los vacíos de las restantes *condictio*, actuando como noción de cerramiento al amparar las restituciones no contempladas en aquéllas), tenemos la *condictio ob turpem CAUSA*, para la restitución de una suma obtenida de manera reprochable, v.gr. mediante chantaje; la *condictio ex injusta CAUSA*, para conseguir restitución de lo pagado contra la ley, v. gr. los intereses usurarios; y la *condictio CAUSA data CAUSA non secuta*, que impone la devolución de las prestaciones si el fin o resultado perseguido no se obtuvo por los contratantes.

Los antecedentes históricos sobre el surgimiento del hoy tradicional concepto de la causa (causa final) son oscuros. Es muy probable que el origen esté en el Derecho medieval francés, pero como éste fue consuetudinario y

* Versión escrita de las clases pronunciadas en diciembre de 1980, en el ámbito del Programa de Magíster, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en Santiago, sobre contratación comparada e internacional.

muy fragmentario, variando las costumbres de una comarca a otra, no es fácil ir más lejos en la búsqueda de precisiones. Autores, como David, trazan el desarrollo de la causa final en conexión con las primeras manifestaciones del consensualismo en suelo galo, pero tal planteamiento es poco convincente pues, como ya se vio, y como lo ha puesto de relieve el comparatista italiano Gino Gorla, es altamente improbable que el consensualismo haya tenido vigencia en Francia durante el medievo.

Está, en cambio, fuera de dudas, que la doctrina de la causa final recibe concreción en los trabajos de los dos principales inspiradores del *Code de Napoleón:* Domat y Pothier.

A mediados del siglo XVII, Domat formula la doctrina de la causa en la obra epigonal "Las Leyes Civiles en su Orden *Natural*". Allí Domat distingue la causa en diversos tipos de convenciones. Simplificando su pensamiento, para fines didácticos y en función de la evolución doctrinaria ulterior, con él emerge la precisión de la causa final en los contratos reales y en los contratos bilaterales. En aquéllos consiste en la *datio-rei;* en éstos, en la interdependencia de las obligaciones. En cuanto a los contratos gratuitos, que no fuesen reales, Domat es ambiguo, siendo recién Pothier, en el siglo siguiente, quien llega a afirmar (lo que es hoy lugar común, a pesar de su inconsistencia) que la causa consiste en "la mera liberalidad". De los dos autores mencionados, a través del Código de 1804, el Derecho francés toma la noción de causa final en su perspectiva tridimensional: la causa final en los contratos reales es la entrega de la cosa; en los contratos bilaterales, es la obligación de la contraparte; en los contratos gratuitos no reales (como la donación o la fianza, o la hipoteca de un bien propio para seguridad de una obligación ajena) es la mera liberalidad.

La noción de *CAUSA-final*, en su sólo enunciado, es otro contrasentido del lenguaje jurídico. No es razonable llamar causa al fin perseguido. Ni bautizar una noción con dos términos que desde el punto de vista semántico se hallan polarmente opuestos: uno *(causa)* que se ubica en el pasado; y otro *(final)* que se ubica más tarde en el tiempo.

La aparición de la causa ocasional o causa-motivo sólo tiene lugar en el siglo XX, y es, actualmente, la que asume mayor trascendencia en la jurisprudencia francesa.

En cuanto a los orígenes de la *consideration*, se sitúan a fines del siglo XV. Al margen de la doctrina, son los jueces británicos quienes crean esta noción; lo hacen en la necesidad de encontrar el criterio que permita decidir cuándo un contrato obliga y cuándo, en cambio, no va a recibir tutela jurídica. Ninguna especulación filosófica o de teoría general sustenta esta creación, sino que exclusivamente las exigencias prácticas del tráfico jurídico; simples razones utilitarias.

La *consideration*, propia del *simple contrat*, se vincula con la idea de sinalagma o de bilateralidad de los efectos. Los contratos en que una sola parte se obliga, es decir los contratos gratuitos (la noción del contrato real no existe en el Common Law), sólo valen si se otorgan bajo sello —habitualmente como *deed*— y en éstos, como ya sabemos, la *consideration* no juega rol alguno. Unicamente en los contratos que permiten un intercambio económico aparece la *consideration:* como "la contrapartida", como un *quid pro quo* objetivo; pero cuidado, la *consideration* es contrapartida y no equivalente la contrapartida de un Rolls-Royce pueden ser unos granos de pimienta.

Si la causa final (francesa y chilena) es, desde sus orígenes, tridimensional, la *consideration* aparece históricamente y se mantiene como noción unitaria. Además, la causa final estaba predestinada a entrar en ebullición; en este siglo surge a su lado una noción completamente diferente, como es la causa-motivo, de carácter subjetivo. La *consideration*, en cambio, jamás adquirirá connotación subjetiva.

La historia del Derecho británico, como la del Derecho romano, es la historia de las acciones. En relación con los contratos, las primeras acciones que reciben protección por las Cortes Reales son la *action of debt* y la *action of covenant*. Según Anson, la *action of debt* presupone en el demandante haber suministrado un *quid pro quo;* a través de ella se reclama por ejemplo el pago del precio, pues se había entregado la cosa; o el pago de la renta, pues se había suministrado el goce de la cosa. La *action of covenant*, aunque también se emplea a propósito de relaciones contractuales, es ajena al surgimiento de la *consideration*, ya que presupone la presentación del documento en que conste la respectiva promesa bajo sello.

Con el correr de los siglos, adquiere especial importancia la acción llamada *assumpsit*. Surge como una síntesis de acciones extracontractuales *(torst)*, pero termina admitiéndose por los Tribunales del Rey como remedio contractual respecto de casos antes propios de la *action of debt*. Luego del *Slade's Case*, que en palabras de Sir William Anson es la jurisprudencia más importante en toda la historia del Derecho británico de los contratos, la acción *assumpsit* pasa a ser la acción contractual por excelencia. El Sr. Slade demanda en virtud del incumplimiento en el pago de £ 16, correspondientes a una venta de cereales que él hiciera. El demandado (Morley) se excepciona diciendo que la acción correspondiente era la *debt* y no *assumpsit*. La Corte decide que el demandante podía escoger entre ambas, agregando que *"todo contrato implica un assumpsit"*. René David explica cómo la *consideration* nace concretamente en el terreno de la acción de *assumpsit*, pues para los tribunales resultó más fácil admitir la acción contractual concreta, cuando el demandante había pagado un precio o suministrado una contrapartida a cambio de la promesa del demandado. Este precio o esta cosa suministrada es la *consideration* (*"Les Contrats en Droit Anglais"*. Nº 115).

En 1875, al dictarse *The Judicature Act*, queda definitivamente abolido en Inglaterra el sistema procesal de las acciones formales particulares; a partir de entonces, como en el Continente, existe un sistema jurídico general para los contratos. Sólo que este sistema general en Inglaterra es jurisprudencial, al menos preferentemente. Los esfuerzos hechos en los últimos años para la Codificación del Derecho de los contratos no han prosperado. La Comisión Mixta de las Leyes (Inglesa-Escocesa), constituida oficialmente en 1965, fracasó en la tarea de elaborar un Código de los Contratos. Primero se retiraron los escoceses, y luego los ingleses decidieron que era previo a la codificación decidir si los principios generales de los contratos debían ser revisados. Esto no impide que, en los últimos años, se hayan dictado en Gran Bretaña varias importantes leyes especiales sobre tópicos específicos de la contratación. En la preparación de estas leyes ha intervenido la Comisión precitada. Por ejemplo: *The Supply of Goods Acts* de 1973; *The Fair Trading Act* del mismo año; *The Consumer Credit Act* de 1974; *The Unfair Contract Terms Act* de 1977.

Dos observaciones sobre tales leyes. Primera: ellas dan testimonio de la simbiosis que se viene operando entre derecho continental y derecho insular. Bajo la influencia del *Civil Law* ya no es exacto sostener que el *Common Law* sea un Derecho jurisprudencial. Lo es preferentemente, mas no íntegramente. De manera correlativa, la influencia del precedente o *dictum* de los fallos sobre los casos futuros es hoy una realidad en el Continente. Ya no hay Universidad seria de Bélgica, Francia o Alemania, por ejemplo, adonde se formen juristas sin un minucioso adiestramiento en el manejo y comprensión de las sentencias de los Tribunales. Segunda: tales leyes, en especial las dos últimas, están destinadas a proteger al consumidor. En los países de economía social de mercado de Euro-

pa se advierte en la última década un enérgico movimiento, en buena medida legislativo, para cautelar los intereses de los consumidores. Si la competencia debe ser libre y efectiva, es preciso que sea leal y sana, y no un instrumento de abusos. El Presidente Valéry Giscard D'Estaing ha dicho que no hay que creer que la protección del consumidor sea una medida social: no se le protege por ser débil, sino que en virtud de una exigencia intrínseca de la propia ley económica de la oferta y de la demanda y para que ésta logre un buen funcionamiento.

En USA, la codificación se manifiesta de modos informal y formal: El *Restatemant of the Law of Contracts,* compilación de carácter privado, producida en 1932 por el *American Law Institute,* que se ha ido actualizando después, tiene enorme impacto en la práctica de los abogados de empresas y en los tribunales; además, desde 1962 existe un Código legal que rige en casi todos los Estados de la Unión, y que parcialmente ha unificado el Derecho de los contratos. Es el *Uniform Commercial Code.*

2. LA DOCTRINA DE LA CAUSA EN FRANCIA Y EN CHILE

Por razones de tiempo no podemos tratar de la causa en el Derecho Comparado; únicamente nos referiremos a Chile y a Francia. El tema de la causa es en nuestro país profundamente dependiente del Derecho francés. De modo que al hablar de nuestro país, hablamos de Francia. Los textos del Código de Bello provienen del Código de Napoleón. La evolución doctrinaria de Francia ha inspirado directamente a todos los expositores chilenos del tema. También en la jurisprudencia nacional, aunque escasa, hay huellas de los fallos de los tribunales franceses. En otros lugares, como en Italia, la causa asume un perfil bien distinto al galo-chileno. Pero no nos es posible ahora ocuparnos de él.

El art. 1445 de nuestro C. Civil indica los requisitos de los actos jurídicos diciendo: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:.... 4º que tenga una causa lícita".

Otros dos artículos del Código completan la base normativa general, sobre la cual se ha elaborado la doctrina chilena de la causa.

El art. 1468, que dispone que "no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o por una causa ilícita a sabiendas", podemos hoy soslayarlo. Es uno de los artículos que consagran la regla *nemo auditur;* el interés del precepto legal reside en los efectos de la nulidad de los actos jurídicos, siendo excepción al principio del efecto retroactivo de esta sanción (art. 1687), ya que impide, una vez declarada la nulidad civil, obtener devolución de lo pagado a sabiendas de que el acto anulado padecía del vicio de ilicitud de la causa.

El tercer artículo, y el más importante, es el 1467 (que corresponde a los artículos 1131, 1132 y 1133 del Código Civil francés): "No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita".

Se exige tanto que la causa sea real, cuanto que sea lícita. De ahí deriva, en Chile al igual que en Francia, la bifurcación de la causa. En relación con la formación del contrato, y apreciada *objetivamente* se exige que la causa exista. En relación con el devenir del contrato, y apreciada *subjetivamente,* se exige que la causa sea lícita. Pasemos revista a estas dos proyecciones de la causa.

a) *La causa debe ser real.* Toda obligación contractual debe tener una causa. Esta causa es invariable o constante en los actos jurídicos de igual naturaleza. Así, en toda compraventa, en todo comodato, en toda donación encontramos causas idénticas. Esto permite predicar de la causa su carácter objetivo. Es la tesis de la *Causa Final,* derivada de la sistematización de Domat y Pothier.

En los *contratos bilaterales,* la causa de la obligación de una parte es siempre la obligación de la otra parte. La causa de la obligación del vendedor de entregar la cosa es la obligación del comprador de pagar el precio. Por eso el art. 1814 dice que al venta de una cosa que al perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe no produce efecto alguno. Claro, la obligación del vendedor carece de objeto y, correlativamente, la obligación del comprador carece de causa.

En los *contratos reales,* la causa de la única obligación que en principio ellos generan (la de restituir) es la *datio-rei.* La entrega de la cosa que determinó el nacimiento del contrato, es causa de la obligación de devolver la misma cosa (depósito, comodato, prenda con desplazamiento, anticresis) u otra cosa fungible del mismo género y calidad (mutuo).

En los *contratos gratuitos* no reales, como la donación, la causa es la mera liberalidad; el *animus donandi.*

Este es a grandes rasgos la doctrina tradicional de la causa, que fuera el blanco de las fustigaciones de los anticausalistas, según veremos un poco más adelante.

La ausencia de causa se sanciona con la inexistencia, según los partidarios de esta sanción (v. gr. don Julio Philippi... citado por don A. León, pág. 58). O bien con nulidad absoluta.

b) *La causa debe ser lícita.* En este sentido la causa del contrato es el *motivo* que induce a celebrarlo. Motivo subjetivo, psicológico, variable en los negocios jurídicos de igual naturaleza. Este carácter de la causa permite a los tribunales controlar la moralidad de los actos jurídicos, indagando los motivos que lo sustentan. En el Derecho contemporáneo este es el aspecto más interesante de la causa. Así visualizada, la causa pertinente no es ya la causa final, sino que la causa ocasional, llamada por los franceses causa impulsiva y determinante o causa remota, por oposición a la causa final o causa próxima. Lo que interesa es el móvil individual, que habitualmente permanece en el fuero interno, en virtud del cual tal o cual persona se decidió a celebrar tal o cual acto. La sanción por ilicitud de la causa es indudablemente la nulidad absoluta.

Veamos unas pocas aplicaciones de la faceta subjetiva de la causa; de la ilicitud de la causa. Las más interesantes conciernen a la inmoralidad del motivo. Al ser éste contrario a las buenas costumbres, los tribunales declaran la nulidad absoluta del contrato. Así, múltiples fallos franceses declaran nulas las donaciones y liberalidades para iniciar o proseguir relaciones de *concubinato,* validando sin embargo las destinadas a ponerle fin. Varios autores chilenos afirman que la elaboración francesa en materia de concubinato es plenamente aplicable entre nosotros (Claro Solar, Avelino León Hurtado, Humberto Pinto). Así, se declaran nulos por causa ilícita los arrendamientos, ventas y otros contratos sobre *inmuebles* que se destinen a *usos deshonestos,* como la instalación de un prostíbulo. Hay algún fallo chileno en este sentido. Son también nulos, por causa ilícita, los contratos por los cuales se encomienda a determinado gestor, el *tráfico indebido de sus influencias* ante la autoridad, para que ella adopte determinada decisión, como, por ejemplo, adjudicar una propuesta pública a fulano de tal. Los *préstamos* en una mesa *de juego de azar,* para permitirle al prestatario que prosiga la partida, son nulos. La Excma. Corte Suprema, por lo demás, ha declarado

que si bien el C. Civil, artículo 1466, dice que hay objeto ilícito en las deudas contraídas en juegos de azar, técnicamente lo ilícito es la causa y no el objeto. En este sentido se pronunciaba, expresamente, el Proyecto de 1853.

La definición de la causa, en el artículo 1467-2, como motivo que induce al acto o contrato, se aviene mucho mejor con la causa ocasional que con la causa final. Algunos autores, como don Carlos Ducci Claro, en su Manual editado hace pocas semanas (*"Derecho Civil. Parte General"* Nº 328), celebran la definición de la causa del art. 1467.

Don Avelino León Hurtado, en cambio, en su conocida monografía sobre la causa, editada en 1961, afirma que la definición en comento es "infeliz" (Nº 12). Valga esta discrepancia, de dos distinguidos profesores de la Facultad, como una ilustración de las profundas divergencias de la doctrina en el tema de la causa. Las divergencias de los especialistas alcanzan máxima intensidad a propósito del movimiento denominado *anticausalismo*.

3. EL ANTICAUSALISMO. SINTESIS DE ARGUMENTOS Y REFUTACION PARCIAL

El anticausalismo es una corriente contra la doctrina tradicional de la causa final. (La causa ocasional se ha ido imponiendo empíricamente, a través de aplicaciones prácticas de los tribunales, sin el embate de los anticausalistas, quienes o soslayan el asunto o lo enfocan calificándolo como extraño o ajeno al ámbito propio de la causa: los motivos ilícitos podrían ser controlados, pero nada tendrían que ver con la causa).

Ya en la primera mitad del siglo XIX surgen los anticausalistas, sobresaliendo entre ellos el profesor belga Ernst. Pero la doctrina anticausalista sólo adquiere notoriedad a fines del siglo pasado y, especialmente, en las primeras décadas de este siglo, con Baudry-Lacantinerie y con Marcel Planiol.

En un apretado resumen, los principales argumentos anticausalistas (y su refutación parcial) son los siguientes:

a) *La causa sería falsa.* En los actos gratuitos, afirmar que la causa es el *"animus donandi"*, considerado en abstracto, resulta una noción hueca, carente de sentido. Estoy de acuerdo.

En los contratos reales, afirmar que la causa de la obligación restitutoria es la *datio-rei*, implica confundir la causa final con la causa eficiente, con la fuente de la obligación. También estoy de acuerdo.

En los contratos bilaterales, afirmar que la causa de una obligación consiste en la obligación correlativa es irracional, pues como ambas obligaciones nacen simultáneamente, no se concibe que una sea causa de la otra; el efecto y la causa no pueden surgir al mismo tiempo. Esta crítica anticausalista, acaso cautivante en el plano de la lógica, me parece inadmisible. Antes que nada, aunque la lógica sea relevante en el Derecho como en toda disciplina, es obvio que el Derecho no siempre se articula en torno a ella. El ámbito de lo normativo se contrapone con frecuencia al de la lógica. Baste si no evocar, un momento, las presunciones de derecho o *"iure et de iure"*, a veces contrarias a la realidad. O las ficciones, abundantes en las explicaciones de tantos juristas. Pero, además, aplicar el principio de la causalidad en el terreno de la causa final como pretenden los anticausalistas, es equivocado, pues dicho principio universal corresponde a otra perspectiva de la causa: a la causa eficiente (y no a la causa final). En la primera perspectiva, la de la causa eficiente, se afirma, justamente, que la causa de una obligación es su fuente (contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito o ley); así queda satisfecha la causalidad lógica. Pero la causa final no es un *por qué*, situado en el pasado, sino que un *para qué*, un fin, situado en el porvenir.

b) *La causa sería inútil*, ya que haría doble empleo con los otros requisitos del acto jurídico: con la voluntad o con el objeto. Dicen los anticausalistas que siempre que se quiere afirmar la nulidad de un contrato so pretexto de la causa, igual logro puede alcanzarse mediante las doctrinas de la voluntad o del objeto. De modo que la causa se superpondría a otras exigencias, apareciendo como un pleonasmo jurídico. Esta crítica, lo mismo que la anterior, es válida para los contratos gratuitos y para los contratos reales, mas no respecto a los bilaterales.

En la donación y demás contratos gratuitos, si la causa es la mera liberalidad, nunca podría faltar, pues entonces el contrato sería nulo por ausencia de voluntad. No se concibe, por otro lado, que sea ilícita; pues, abstractamente considerado, el ánimo de donar, la mera liberalidad, jamás puede merecer un juicio de valor adverso. (Sólo podría cuestionarse el motivo subjetivo *personal* que induce a donar; pero los motivos personales no entran en juego en el ámbito del causalismo tradicional, ni tampoco, por ende, en la crítica anticausalista).

En los contratos reales, si no se entregó la cosa, es cierto que no hay causa, pero tampoco hay objeto. A su turno, en estos contratos la causa ilícita se confunde con el objeto ilícito: si el contrato real recae sobre una cosa incomerciable no es preciso recurrir a la causa para anularlo, basta el objeto.

Hasta aquí tienen razón los anticausalistas cuando afirman que la causa es inútil. Pero no ocurre lo mismo en los contratos más frecuentes: los bilaterales o sinalagmáticos.

Planiol, en su anticausalismo, postula que basta la doctrina del objeto para lograr iguales fines que con la causa. Se equivoca. Si en la permuta, por ejemplo, una de las cosas permutadas no existe, porque se incendió *antes* del contrato, es cierto que la obligación de quien se obligó a dar dicha cosa es nula por falta de objeto, pero a la luz de la sola teoría del objeto la obligación del cocontratante debería cumplirse. Sólo la doctrina de la causa final impide semejante absurdo.

Defendiendo la validez de la causa final en los contratos sinalagmáticos, la Corte de casación francesa anula, por falta de causa, los contratos en los cuales la prestación de una de las partes pierde todo interés para la otra. Tal es el caso de un contrato de revelación de sucesión, que celebró un genealogista con el heredero, si éste de todas maneras hubiese descubierto la delación en su favor de determinada asignación hereditaria (1ª Sala Civil, 18-4-1953. D. 1953. 403). La obligación de remunerar al genealogista es nula por falta de causa. Con el objeto es imposible llegar a tal resultado.

También se pronuncia la nulidad por falta de causa, en ciertos casos en los cuales la contraprestación es irrisoria. Por ejemplo, cuando la convención se celebra a vil precio. Es característica la declaración de nulidad de contratos de renta vitalicia, cuando el inmueble dado como precio por el acreedor de la renta, habría podido producir un canon de arrendamiento superior a la renta vitalicia pactada (1ª Sala Civil. 7-10-1957. Bull. civ. I, Nº 257).

Posiblemente el defensor más ardiente de la causa final haya sido Henri Capitant. La primera edición de su obra *"De la Cause des Obligations"* es de 1923. No sólo en cuanto dio oportuna y enérgica réplica a los argumentos anticausalistas, sino que, además, al haber enriquecido la doctrina de la causa final con una nueva aportación, a saber: que la idea de la causa final se proyecta en todo el iter contractual. Vale decir que, a la luz del llamado neocausalismo de Capitant, la causa, fuera de intervenir en la formación o nacimiento del contrato, tiene un importante papel que jugar en la fase de cumplimiento del mismo: la *exceptio non adimpleti contractus*, la resolución por inejecución y la teoría de los riesgos, tres instituciones características del contrato sinalagmático, se explican, así, en razón de la causa final.

Comparto la conclusión a que llega don Avelino León H., cuando dice

(Nº 61 de su libro): la causa final, abstracta e invariable en un mismo acto jurídico, es necesaria y útil. "Esa necesidad y utilidad de técnica jurídica son manifiestas en los contratos bilaterales. La causa justifica la interdependencia de las obligaciones que surgen del contrato sinalagmático. En los actos gratuitos, en cambio, el valor de la doctrina de la causa desaparece".

En 1980, ningún privatista francés es anticausalista. Hay distintas maneras de aquilatar la causa, atribuyendo más relevancia a tal o cual aspecto, pero el movimiento anticausalista está pasado de moda en Francia.

Al menos en apariencia, no ocurre lo mismo en todas partes. En el Código Civil alemán de 1900 y en el Código Suizo de las Obligaciones de 1911, la causa no figura como exigencia de los actos jurídicos. Sin embargo los especialistas afirman que igual la causa opera; en particular a través de la *actio in Rem verso*, es decir a través de las acciones restitutorias para obtener devolución en razón de enriquecimiento ilícito o sin causa. El artículo 812 del B.G.B. dispone: quien obtiene algo sin causa jurídica por la prestación de otro... está obligado a la restitución. Y el artículo 62, del mencionado Código Suizo, prescribe: quien sin causa legítima se hubiese enriquecido con detrimento ajeno, queda obligado a restituir. La restitución en especial se debe respecto de aquello recibido sin causa válida o en virtud de una causa que no se cumpliera o de una causa que cesara de existir. Por otro lado, reaparece también la causa, en tales Códigos, a través de normas particulares sobre efectos de la contratación (v. gr., arts. 320 y 323 del B. G. B. sobre excepción de contrato no cumplido y sobre riesgos).

En el Proyecto del nuevo Código Civil para Québec (Canadá francés), que ha sido sometido por la Comisión respectiva al juicio crítico de la doctrina canadiense y extranjera, en una expresión admirable de lo que debe ser el trabajo coordinado entre el legislador, la Universidad y los medios profesionales, se suprime el requisito de la causa "en razón del escaso empleo de esta noción en el derecho positivo de Québec y a fin de simplificar la legislación". Pero en el Proyecto (art. 60), se reintroduce tácitamente la causa, cuando se establece que el Tribunal podrá denegar una acción restitutoria, si el *fin* perseguido por las partes hubiese sido ilícito. En mi Informe, de 1976, a la Oficina de Revisión del Proyecto de nuevo C. Civil, Informe que fuera publicado en el Nº 9 de la Revista de Ciencias Sociales, que edita la Universidad de Chile en Valparaíso, manifesté mis reservas ante la idea de eliminar la causa. El profesor Gérard Cornu, de la Universidad de París 2, en su curso de Doctorado, en 1977, demostró con detalles que la tentativa de eliminar la causa no es convincente, pues una serie de artículos del Proyecto de Québec redundan, a pesar del silencio respecto a la palabra "causa", en su mantención lisa y llana.

4. LA "CONSIDERATION" DEL DERECHO INGLES

En palabras de un comparatista, el díptico oferta-aceptación es reemplazado en derecho inglés por un tríptico: oferta-aceptación-*consideration*. La promesa hecha por una persona de ejecutar una prestación en favor de otra que acepta, no vale sino en la medida que haya *consideration*.

Como viéramos en la primera sesión, la *consideration* es el criterio que sirve para determinar cuáles acuerdos de voluntad son obligatorios en el Common Law. La idea-fuerza de la *consideration* es la idea de contrapartida objetiva.

La *consideration* sólo concierne a la formación del contrato, sin entrar en juego en el cumplimiento del mismo.

Los autores (por ejemplo, Anson pág. 97 y David pág. 115) definen la *consideration* sobre la base de la decisión judicial de 1875, en el caso *Currie v. Misa:* "La *consideration* puede consistir en un derecho, interés, provecho o beneficio de una parte o en un detrimento o pérdida sufrida o asumida por la otra parte". *Ventaja del demandado o detrimento del demandante.*

Recientemente se ha criticado esa definición, en razón de no dejar en claro que la ventaja o el detrimento pueden situarse en el futuro. Por ello hoy se prefiere la definición de Pollock, en su obra sobre los contratos; definición que cuenta con sobreviniente aceptación jurisprudencial en la Cámara de los Lores: contrapartida *entregada* o *prometida* al demandado por el demandante.

De ahí la distinción entre *executory* y *executed consideration*. Háblase de *executed consideration (present consideration)* cuando la contrapartida fue suministrada por el demandante al momento de la celebración del contrato. *Executory consideration (future consideration)*, en cambio, es la contrapartida que se promete al nacer el contrato, para su pago ulterior.

No debe confundirse la *executed consideration* con la *past consideration*. Esta última es insuficiente. La *past consideration* es una contrapartida que se ubica antes del momento de la celebración del contrato. La *executed consideration*, en cambio, supone que el demandante al momento de la oferta o de la aceptación cumple o efectúa todo cuanto le corresponde según el contrato, de modo que la responsabilidad ulterior queda íntegramente a cargo de la otra parte.

Si A salva a B de ahogarse y después B promete a A una recompensa, aunque éste acepte no puede ejercer una acción contra B para el pago. El salvamento no es *consideration* suficiente puesto que se sitúa antes del contrato. La promesa de B es gratuita, no siendo jurídicamente vinculante. Así está esclarecido desde 1842 (caso *Roscorla v. Thomas*).

La privación de tutela jurisdiccional a la *past consideration* es chocante para nosotros, pero es una realidad. Otro ejemplo, fallado en 1951: una dama mejora la casa en la cual vive con su marido y su suegra. Esta última fallece. Los hermanos del marido le prometen a la cuñada reembolsarle aproximadamente 500 libras por los trabajos efectuados en la casa. Como las mejoras se efectuaron antes del convenio, la Corte rechaza la acción de la acreedora por ausencia de *executed or executory consideration*, admitiendo la excepción *"confession and avoidance"*: el demandado reconoce la deuda, pero dice que no tiene valor.

Esta regla, en cuya virtud se repudia la *past consideration*, paulatinamente se ha ido atenuando con algunas excepciones. Así, la *consideration* se presume en la *letra de cambio*. Además, si en ésta se expresa un *past consideration*, vale, y no sólo en las relaciones iniciales entre librador y aceptante, sino respecto a cualquier endosatario. De esta manera no hay diferencias, desde el punto de vista de la provisión de fondos, entre Common Law y Civil Law. Otra excepción al sistema de la ineficacia de la *past consideration*, ésta de origen legal (*Limitation Act* de 1939): la promesa contractual de pagar una deuda prescrita vale y da acción.

La *consideration*, por otro lado, no debe ser vaga. Los tribunales exigen que esté bien determinada. Si un padre le promete a su hijo, mayor de edad, tomar a su cargo determinada deuda de éste, siempre que él cese de disgustarlo con sus quejas de que no lo ha tratado tan bien como a sus hermanos, el compromiso no es vinculante jurídicamente, en razón de la vaguedad de la *consideration*.

Técnicamente es indispensable una *present or future consideration* determinada. No es empero necesaria una *consideration* adecuada. *Consideration* significa contrapartida, no equivalencia. La lesión enorme es ajena al Common Law. En numerosos fallos los jueces han dicho que no les corresponde *sopesar* las prestaciones. El siguiente caso fue resuelto en 1933 *(Wyatt v. Krelinger)*: un empleador escribe a su empleado que debe dejar su trabajo

y que en compensación le pagará una pensión anual, manteniéndole la libertad para que labore en lo que desee, salvo en el comercio de la lana. El trabajador acepta. Después de unos años demanda el cumplimiento forzado; el empresario se excepciona *(confession and avoidance):* la promesa carecería de efecto (void) por su carácter gratuito. Los tribunales admitieron la acción, juzgando que hubo *consideration:* la promesa o contrapartida de no ejercer el comercio de la lana.

Para ilustrar la idea de que basta una contrapartida, sin que se precise una equivalencia, dije que unos granos de pimienta son *consideration* de la obligación de entregar un Rolls-Royce. No exageré. En Gran Bretaña, la *consideration* puede ser inadecuada en grado extremo. Tan es así que en *"Thomas v. Thomas"* el pago de una libra esterlina al año se juzgó *consideration* suficiente del derecho a gozar de una casa de por vida.

Algunas consecuencias *de la doctrina de la* consideration:

a) Los actos gratuitos no valen en el ámbito del *simple contract;* que es donde opera la *consideration.* Es indispensable, para que sean vinculantes, que se otorguen bajo sello.

b) El mandato no es válido como contrato (aunque podría haberse estimado que la remuneración pagada o prometida al mandatario sería la *consideration*). El mandato se ha desarrollado como rama autónoma del Derecho, distinta a los contratos: *the law of agency.* Ultimamente, sin embargo, los autores tratan el mandato en apéndice de las obras sobre contratos.

c) La oferta o policitación, en Derecho inglés es siempre revocable. Aunque se haya fijado un plazo durante el cual el oferente promete esperar respuesta o no disponer del objeto ofrecido. Ello pues no hay *consideration.*

d) En principio, la remisión o condonación de una deuda es ineficaz (salvo que se haga bajo sello). Así se ha resuelto por la Cámara de los Lores en 1884, reiterando el *Pinnel's case* de 1602. En la práctica, esto se morigera a través de la idea de que un par de granos de pimienta son bastante *consideration;* o sea mediante una contrapartida nominal. Otro paliativo se ha encontrado a través de una variante de la doctrina llamada del *estoppel* (nadie puede ir contra sus propios actos). No es posible decepcionar o frustrar la confianza que una promesa ha generado en otro. Esta variante se denomina cuasi-*estoppel* y ha permitido a la jurisprudencia validar actos gratuitos extintivos de obligaciones como la condonación, y también actos modificatorios de obligaciones, mas nunca creativos... pues entonces, como más de un autor señala, se extendería la partida de defunción de la *consideration.*

El cuasi-*estoppel* es una interesante manifestación del principio de la buena fe. Su desarrollo se ha efectuado a partir de un caso resuelto en 1947, el *"High Trees Case"*: por contrato bajo sello de 1937, el demandante entregó al demandado un edificio de departamentos, por 99 años, a cambio de una renta anual de £ 2.500. Como en 1940 la guerra impide arrendar, las partes mediante simple *contract* convienen en rebajar la renta a £ 1.250, es decir, a la mitad. Terminada la guerra, el mercado de la locación inmobiliaria mejora sensiblemente. El demandante reclama que nuevamente se le paguen £ 2.500 anuales. La demanda es acogida, pues el acuerdo modificatorio de 1940 es *"not binding"*: no vincula por falta de *consideration.* Pero no procede un pago complementario por los cinco años durante los cuales sólo se canceló la mitad de la renta, ya que acoger una pretensión en este último sentido sería *estoppel;* es decir que el demandante habría actuado en contra de sus propias declaraciones, frustrando la confianza que éstas generaron en la contraparte.

Esta materia del *estoppel* y/o cuasi-*estoppel* comienza a penetrar en el Derecho Continental. Hay, por ejemplo, importantes publicaciones en España sobre el tema, realizadas por los distinguidos catedráticos madrileños Luis Diez-Picazo y Eduardo García de Enterría (civilista y publicista, respectivamente). Aunque tengan parentesco, no es lo mismo el tema del *estoppel* que nuestra regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans,* consagrada en los arts. 1683, 1685 y 1468 del C. Civil. La regla *nemo auditur* impide alegar una situación inmoral o contraria a derecho en beneficio propio. En el *estoppel,* estamos ante un grado menos intenso del problema: impide alegar actos o declaraciones que generaron una legítima expectativa en otra u otras personas. Ojalá alguna de vuestras tesis, en este Programa de Magíster, versara sobre dicho tema, todavía inédito en Chile.

5. A MANERA DE CONCLUSION

Voy a concluir, antes de ofrecer la palabra, leyendo un trozo que ofrece un breve e ilustrativo paralelo entre la noción de causa (franco-chilena) y la noción inglesa de la *consideration.*

Se trata de un texto de René David, que figura en la obra en homenaje al profesor Jacques Maury, otro eminente causalista francés. Esta obra, en 2 tomos, fue editada en París, por Dalloz-Sirey, en 1960.

Tomo 2, página 120:

"La teoría de la *consideration* se diferencia de la teoría de la causa en cuanto aquélla no es una teoría de aplicación general a todos los actos jurídicos. También se diferencia por el carácter eminentemente objetivo de la *consideration* y por su sujeción a ciertas reglas técnicas que le impiden jugar el rol de regulador moral que tiene hoy la doctrina de la causa. En tercer lugar, la *consideration* difiere de la causa por el hecho de que, a diferencia de esta última, aquélla es una teoría exclusiva de la formación de los contratos, extranjera por ende a la vida del contrato y a su ejecución o inejecución. En este último sentido, la *consideration* sirve para decidir si el compromiso asumido por una persona es o no es un vínculo obligatorio, sancionado por el Derecho. Pero no se ocupa de determinar si el vínculo es lícito o ilícito, ni de dirimir otras interrogantes que surgen después de la conclusión del contrato, como la cuestión de los riesgos o la de la inejecución".

CHRISTIAN LARROUMET
Profesor en la Universidad de Derecho,
Economía y Ciencias Sociales de París - Assas

TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

Volumen I

Reimpresión

EDITORIAL TEMIS S. A.
Santa Fe de Bogotá - Colombia
1999

Sección III. *La causa**

440. *Motivación de la voluntad.* Para que un contrato sea válido no basta que las voluntades de los dos contratantes existan y se pongan de

---

directa del art. 35 de la ley. Cualquiera que sea su voluntad de proteger a un consumidor contra una cláusula de la cual podemos pensar que es abusiva, la aplicación directa del art. 35 está en forma clara en contradicción total con una ley cuyos términos no son sino de habilitación. Esto demuestra, una vez más, que el método elegido por el legislador de 1978 no es el mejor. No hay duda que el art. 6° de la ley del 5 de enero de 1988 autoriza una intervención judicial directa para suprimir las cláusulas abusivas; pero esto no es posible sino por iniciativa de una asociación inscrita de consumidores y no se trata sino de una prevención, de donde se infiere que si esa acción no ha sido incoada, el juez no puede sancionar *a posteriori* una cláusula abusiva que no haya sido considerada como tal por el reglamento.

* *Bibliografía:* CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3ª ed., 1927; JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques*, 1928; CASSIN, *La cause des obligations d'après le livre de Capitant*, en *Ann. Dr. Com.*, 1923, pág. 332; DABIN, *Les récentes destinées de la théorie de la cause*, en *Belgique Judiciaire*, 1929; MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence*, tesis, Toulouse, 1920; ROUAST, *A propos d'un livre sur la cause des obligations*, en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1923, pág. 395; LOUIS-LUCAS, *Lésion et contrat*, 1926; IONASCO, *Les récentes destinées de la théorie de la cause*, en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1931, pág. 29; HEBRAUD, *Rôle respectif de la volonté et des éléments objetifs dans les actes juridiques*, en *Mélanges Maury*, t. II, pág. 419; MAURY, *Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence*, en *Rev. Intern. Droit Comparé*, 1951, pág. 485; DABIN, *La théorie de la cause*, tesis, Liège, 1919; DORAT DES MONTS, *La cause inmoral*, tesis, Paris, 1956; HAMEL, *La notion de cause dans les libéralités*, tesis, Paris, 1920; DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, tesis, Toulouse, 1955; IONASCO, *L'évolution de la notion de cause dans les actes à titre onéreux*, tesis, Paris, 1923; TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, 1959; LOUIS-LUCAS, *Volonté et cause*, tesis, Dijon, 1918; LARROUMET, *Les opérations juridiques a trois personnes*, tesis, Bordeaux, 1968; RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, 1963; HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans i'acte juridique*, 1972; ASCONI, *La cause dans les donations entre vifs*, en *Mélanges Capitant*, pág. 39; SEILLAN, *La cause des obligations en droit comparé*, en *Mélanges Laborde-Lacoste*, pág. 379; CATALA, *The cause of obligations en French Law*, en *Tulane Law Review*, 1958, pág. 475; VIVANT, *Le fondement juridique des obligations abstraites*, D. 1978, *Chronique*, pág. 39; SACCO, *Un cryptotype en droit français, la remise abstraite*, en *Mélanges Rodière*, pág. 273; WEILL, *Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité*, en *Mélanges Marty*, pág. 1164; MARTIN, *Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux*, en *J.C.P.*, 1983, I, 3100; GOUNELLE, *La motivation des actes juridiques*, 1980; MAYER, *Jeu et exception de jeu*, en *J.C.P.*, 1984, I, 3141; DEFOSSEL, *Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause de l'obligation*, en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1985, pág. 521; RIVES-LANGE, *Existe-il en droit français des engagements abstraits pris par le banquier?* en *Rev. Banque*, 1985, pág. 502; CIGOJ, *La cause en droit yougoslave*, en *Rev. Intern. Droit Comparé*, 1985, pág. 1023; *Rép. Dalloz de Droit Civil*, voz *Cause*, por MAURY, *Institut de Droit Comparé de Paris, Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché comun, objet, cause et lésion du contrat*, 1980; PERROT-MOREL, *L'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, tesis, Grenoble, 1961; DE PAGE, *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, Bruxelles, 1957.

acuerdo; es preciso también que hayan sido motivadas y que estén válidamente motivadas. Y la motivación de la voluntad constituye la teoría de la causa.

A comienzos del siglo la teoría de la causa fue uno de los problemas más controvertidos del derecho civil francés. El problema se complicó hasta el extremo y al respecto se formularon numerosas opiniones. Sobre este asunto se han escrito muchas obras y artículos. Sin embargo, una de estas obras, entre las más célebres, abrió el camino hacia la teoría moderna. Se trata de la obra de HENRI CAPITANT, *De la cause des obligations*, que apareció en 1923. En efecto, las ideas de CAPITANT permitieron salir de los caminos trillados en que se enfrentaban los autores de comienzos de siglo.

Cuando se trata de acto jurídico, la causa es la motivación de la voluntad, esto es, la razón por la cual un deudor se compromete en virtud de un contrato. En efecto, la causa siempre es considerada por el aspecto de la deuda para justificarla y no por el del crédito. El crédito es la contraprestación de la deuda en una relación de obligación y en cuanto esté justificada la deuda lo estará también el crédito, por consiguiente.

441. *Causa eficiente y causa final.* Sin embargo, no hay que confundir dos nociones muy diferentes de la causa. En efecto, en la teoría general de las obligaciones, el término causa se emplea en dos sentidos diferentes. En un primer sentido, se trata de lo que se denomina la causa eficiente y en un segundo sentido, se trata de lo que se denomina la causa final.

La causa eficiente es la fuente de una relación de obligación. Es por esta razón por la que, por ejemplo, el contrato, lo mismo que un hecho jurídico perjudicial, se consideran como la fuente de una relación de obligación entre un acreedor y un deudor. En efecto, no hay relación de obligación contractual sino en la medida en que hay contrato y el contrato aparece entonces como la causa de la relación de obligación, al igual que en la responsabilidad civil, el hecho perjudicial es la causa de una relación de obligación entre el responsable designado por la ley y la víctima del daño.

En cambio, la causa final es la razón del compromiso del deudor, esto es, la respuesta a la pregunta que se dirige a saber por qué un individuo ha consentido ser deudor en virtud de un contrato. Como lo dicen ciertos autores, la causa final es el porqué de la obligación, es el *cur debetur*.

La causa final, y únicamente esta, es la que debemos estudiar, o sea, la razón de ser de la obligación contractual. En efecto, parece evidente que nadie se comprometerá válidamente sin una razón. Por lo tanto, la causa es un elemento fundamental de la obligación contractual a través de la justificación de la voluntad. Si la causa es inexistente o si, aunque exista, no es válida (por ejemplo, porque es contraria a la ley y a las buenas costumbres, como lo dice el Código Civil en su art. 1133), el contrato será nulo.

El art. 1108 del C. C., que enuncia las condiciones de validez del contrato, considera que no hay contrato válido sin una "causa lícita de la obligación". Esta idea la repite el art. 1131 según el cual, "la obligación sin causa o sobre una causa falsa o sobre una causa ilícita, no puede tener ningún efecto". Sin embargo, la causa no siempre se ha considerado en varios sistemas jurídicos como una condición de validez del contrato.

442. *Derecho romano.* En primer lugar, el derecho romano ignoraba la noción de causa final. El contrato era válido en derecho romano por fuera de cualquier referencia a su causa. Es lo que se denomina un acto abstracto, esto es, un acto separado de su causa, un acto jurídico para el cual la causa no es una condición de validez. Por lo tanto, en derecho romano no era posible anular un contrato con el pretexto de que no había causa o de que la causa del contrato no era válida porque era ilícita o inmoral[332]. En esto hay una diferencia notable con el derecho francés. Sin embargo, el derecho romano comprendía bien que no podía forzar a un deudor a ejecutar su obligación si su compromiso se había adquirido sin razón o sin razón válida. Por esta razón se admitía un correctivo en favor de ese deudor. Sin embargo, este correctivo, que reemplazaba la actual teoría de la causa, no se situaba en absoluto en el terreno de las condiciones de formación del contrato, sino en el de una acción no contractual de repetición[333] de lo que se había ejecutado sobre el fundamento de un contrato que se consideraba como perfectamente válido, aun cuando no hubiera causa o la causa fuera ilícita o inmoral.

Este correctivo consiste en la teoría de las *condictiones*. De esta teoría se deduce que cuando el compromiso del deudor estaba desprovisto de causa o cuando la causa de este compromiso era ilícita o inmoral, el deudor que era obligado a cumplir, puesto que, por hipótesis el contrato era válido independientemente de cualquier referencia a su causa, se empobrecía injustamente en provecho del acreedor, quien también se enriquecía injustamente en detrimento del deudor. Había, pues, un enriquecimiento injusto, es decir, enriquecimiento sin razón válida, en una palabra, enriquecimiento sin causa. Por consiguiente, en tales casos, se le permitía al deudor invocar una *condictio*, es decir, un procedimiento que le permitía obtener la restitución de lo que había pagado, en la medida en que la ejecución de la obligación había ocasionado un enriquecimiento y un empobrecimiento injustificados. Cuando había falta de causa del enriquecimiento del acreedor en virtud del contrato, se hablaba de *condictio sine causa*. Cuando esta causa existía, pero era ilícita o inmoral, se hablaba de *condictio ob turpem vel injustam causam*.

443. *Sistemas jurídicos extranjeros. Derecho alemán.* A diferencia del derecho francés, el derecho alemán no hace de la causa final una condición de validez del contrato. Muy por el contrario, los §§ 780 y 781 del B.G.B. o Código Civil admiten la validez de la promesa abstracta (promesa de deuda

332 En su origen, en el derecho romano, los contratos eran contratos formales en el sentido de que la obligación nacía no del acto de voluntad, sino de que este se expresaba en una forma determinada. El cumplimiento de la forma y solo esta constituía el vínculo obligatorio. Más tarde, cuando se admitieron los contratos consensuales, la causa final no se consideró en derecho romano como una condición de validez del contrato. El espíritu del derecho romano, que no estaba impregnado de la autonomía de la voluntad, no se prestaba para esto.

333 El término repetición es equivalente al de restitución.

del § 780 y reconocimiento de deuda del § 781), aunque esta debe hacerse constar necesariamente por escrito. El Código Civil francés no tiene disposiciones equivalentes, lo que, de todas maneras, no significa que no pueda haber compromiso abstracto en derecho francés[334].

Cuando en derecho alemán la promesa de ejecutar una prestación se basa únicamente en un compromiso adquirido por escrito, sin que sea necesario investigar si corresponde a una causa final, de ello no se deduce, sin embargo, una injusticia, cuando falte la causa, porque el derecho alemán corrige la falta de causa, como condición de validez del contrato, acudiendo a la teoría del enriquecimiento sin causa, esto es, permitiendo que el deudor, lo mismo que en derecho romano, obtenga, la restitución de lo que ha pagado, echando mano de una *condictio*[335].

En realidad, el derecho romano y el derecho alemán llegan a un resultado equivalente al que admite el derecho francés, pero en virtud de un procedimiento técnico diferente. En efecto, en derecho romano y en derecho alemán se llega a exonerar a un deudor comprometido sin razón válida, utilizando un procedimiento ajeno al mecanismo contractual. En efecto, la teoría de las *condictiones* permitirá a un deudor comprometido sin causa escapar a la ejecución de su obligación contractual. Es en el terreno de la ejecución del contrato y por una acción extracontractual como se va a sancionar la noción de causa. Por el contrario, en derecho francés, la teoría de la causa se sitúa en el terreno de la formación del contrato: si no hay razón para el compromiso de un deudor, el contrato se debe considerar como nulo y, por lo tanto, las obligaciones que ha creado no se deben cumplir.

Sin embargo, si el derecho alemán se separa radicalmente del derecho francés, por cuanto admite de una manera general la validez de la promesa abstracta, lo que permite comprender que el B.G.B. no coloca la causa entre las condiciones de validez de las promesas y, más generalmente, de los contratos, no va tan lejos como el derecho romano. En efecto, se ha sostenido que el derecho alemán, aunque en el B.G.B. no haya disposición relativa a la causa, no ignoraría esta noción, en el caso en que del acto no se dedujera que el deudor tuvo la intención de comprometerse de una manera abstracta. Si las estipulaciones del acuerdo de voluntad permiten pensar que el compromiso se ha causado porque el deudor lo ha querido, la causa, tal como la concibe el derecho francés, en el sentido de causa de la obligación[336], sería una condición de validez del compromiso. Además, el derecho alemán admite la nulidad de los actos jurídicos que son contrarios a las buenas costumbres (B.G.B., § 138, inciso 1). Si es cierto

334 V. *infra*, núms. 481 y ss.

335 Si la obligación no se ha ejecutado aún, el deudor puede rechazar la ejecución invocando una excepción de enriquecimiento sin causa (B.G.B., § 821). Si la obligación se ejecutó, dispone de una acción de restitución (B.G.B., § 812).

336 V. *infra*, núms. 448 y ss.

que esta nulidad afecta el acto cuyo objeto es contrario a la moral, los jueces se basan también en el § 138, inciso 1, del B.G.B., para anular los actos jurídicos en virtud de los cuales se persigue un fin inmoral, aun cuando el objeto no parezca en sí como inmoral. Por lo tanto, a falta de referencia a la causa en el Código, esta no deja de utilizarse en la jurisprudencia, esta vez en el sentido de causa del contrato[337].

444. *Common law.* Los sistemas jurídicos del *common law* ignoran la noción de causa en la doble función que cumple en derecho francés, es decir, no solo para justificar económicamente la obligación originada por un contrato (causa de la obligación), sino también para controlar la conformidad del contrato con lo que está permitido por la ley y por la moral (causa del contrato). La búsqueda de un fin ilícito o inmoral se sanciona en los sistemas del *common law* sin recurrir a la noción de causa en el sentido francés del término. En cuanto a la justificación económica de la obligación contractual, ella se garantiza mediante una noción diferente de la causa, la *consideration*. Esta no es una condición de validez de una promesa, a diferencia de la causa, sino un elemento de la definición de la promesa. La razón de esto consiste en que en los sistemas del *common law*, una promesa de cumplir una prestación no es jurídicamente obligatoria y, por lo tanto, no se sanciona sino cuando la promesa reposa sobre una *consideration*, ya que esta es la contrapartida de la promesa y esta contrapartida consiste, ya sea en un beneficio en favor del deudor o en una desventaja en contra del beneficiario de la promesa[338], ya sea en el precio de la promesa, lo cual es mucho más amplio[339]. Si no hay *consideration*, no hay promesa contractual[340]. Así, pues, en el sistema del *common law*, los contratos

337 V. *infra*, núms. 485 y ss.

338 En Inglaterra se insiste, en efecto, sobre el *benefit to the promissor* [beneficio al promitente] y el *detriment to the promisee* [perjuicio al beneficiario de la promesa], lo que ha conducido a considerar (ATIYAH, *Introduction to the law of contract*, págs. 91-92) que "*the promisee changes his position in reliance of the promise in such a way that he would be worse off if the promise is broken than he would have been if the promise had never been made at all*" [el beneficiario de la promesa o promisario cambia de parecer en cuanto a la promesa, de tal manera que saldría peor librado si dicha promesa es incumplida que si nunca se hubiera hecho].

339 Este es el concepto predominante en los Estados Unidos, pues el derecho norteamericano admite la *bargain theory of consideration* [teoría contractual de la consideration], según la cual la *consideration* es *something that is baragained for in exchange for the promise* [algo que es pactado en cambio por la promesa] y *something bargained for in exchange for the promise may lie in a return promise on the part of the promisee or in a performance of doing something by the promisee* [algo pactado en cambio por la promesa puede consistir en una contrapromesa de parte del promisario o beneficiario de esta, o en una manifestación de hacer algo por el promisario].

340 Sin embargo, el derecho inglés particularmente admite la validez de promesas abstractas, en las cuales no cabe buscar si hay alguna *consideration*, cuando el compromiso fue contraído según ciertas formalidades [*deed*].

a título gratuito no existen en razón de la falta de *consideration*. Aunque la *consideration* sea diferente de la causa, por cuanto ella no solo es propia de los contratos a título oneroso sino también porque no corresponde a la razón de ser del compromiso, hay no obstante ciertas semejanzas entre el concepto de *consideration* y el de causa de la obligación, por oposición a la causa del contrato, porque en los contratos a título oneroso, la causa de la obligación debe buscarse en la contraprestación o el precio de la promesa[341].

445. *Derecho francés y sistemas jurídicos de la misma tradición*. En derecho francés y en otros sistemas de igual tradición, los códigos civiles hacen de la causa una condición de validez del contrato. Por ejemplo, el Código Civil del Bajo Canadá exige una "causa o consideración lícita" entre las condiciones de validez del contrato (art. 984, cuya solución repite el art. 989 cuando dice que "el contrato sin consideración o basado en una consideración ilegal no surte efecto"[342]. El art. 1325 del Código Civil italiano menciona la causa entre las condiciones de validez del contrato, al lado del acuerdo de las partes, del objeto y de la forma cuando esta ha sido prescrita por la ley. Los arts. 1343 a 1345 del Código Civil italiano precisan la noción de causa ilícita del contrato y las condiciones en las cuales ella implica nulidad. El Código libanés de las obligaciones y de los contratos exige que "el consentimiento sea determinado por una causa" (art. 177), cuya noción, inspirada en las concepciones predominantes en Francia, es doble, pues el Código distingue entre la causa de la obligación (arts. 195 y ss.) y la causa del contrato (arts. 200 y 201). Al contrario de la mayor parte de los códigos que ordinariamente no definen la causa, y por lo tanto, no distinguen entre causa de la obligación y causa del contrato, el Código libanés repite por su cuenta las definiciones de causa de la obligación y de causa del contrato, propuestas en Francia por la doctrina y consagradas

[341] V. *infra*, núms. 452 y ss. y 468 y ss., en lo relacionado con la causa de la obligación en los contratos a título oneroso. Sobre la comparación de la causa y la *consideration*, cf. MARKESINIS, *La notion de "consideration" dans la common law, Vieux problémes et nouvelles théories*, en *Rev. Intern. Dr. Comparé*, 1983, pág. 735; DAVID, *Cause et "consideration"*, en *Mélanges Maury*, t. II, pág. 111; LARROUMET, *Detrimental reliance and promissory estoppel as the cause of contracts in Louisiana and comparative Law*, en *Tulane Law Review*, 1986.

[342] La equiparación de los términos *causa* y *consideration* por el Código Civil del Bajo Canadá es desacertada por cuanto el concepto de causa no corresponde al de *consideration*, en el *common law*. El proyecto de Código Civil de Quebec, inspirándose a este respecto en la solución alemana, no menciona la causa entre las condiciones de validez del contrato (art. 9, De las obligaciones). Las controversias referentes a la noción de causa se encuentran en el origen de esta exclusión, ya que los redactores del proyecto del Código Civil consideraron que la función que cumple la causa se podía lograr de otra manera, lo cual no es cierto en absoluto. Prueba de ello es que el derecho alemán volvió a introducir la causa sin nombrarla.

por la jurisprudencia. El Código Civil de Louisiana, modificado en 1984, dice que "una obligación (contractual) no puede existir sin una causa lícita" (art. 1966) mientras que la causa la define como "la razón por la cual una parte se obliga" (art. 1967, inciso 1)[343]. En cuanto al Código Federal Suizo de las Obligaciones, si es cierto que, como el B.G.B., no menciona la causa entre las condiciones de validez del contrato, no es menos cierto que el concepto de causa no se desconoce en el derecho positivo suizo[344].

Por último, el derecho francés, tal como se deduce de los arts. 1131 y 1133 del C. C., se vincula a la tradición de los sistemas causalistas de derecho civil. Y es en Francia, más que en ninguna otra parte, en donde la doctrina ha perfeccionado el concepto de causa, con motivo de las controversias de que fue objeto a fines del siglo pasado y comienzos del presente.

La jurisprudencia francesa no se ha visto influida por la doctrina anticausalista y continúa muy aferrada a la causa. Por muchos aspectos, el derecho francés constituye el modelo de los sistemas jurídicos causalistas.

446. *Evolución histórica*. Es en el derecho francés antiguo donde hay que buscar los orígenes de la causa como condición de validez del contrato. Son esenciales dos etapas, cuya culminación se refleja en los arts. 1131 y ss. del C. C.

La primera es la influencia que ejerció el derecho canónico sobre la formación del derecho francés de los contratos. Fueron los canonistas de la Edad Media los primeros que despejaron la noción de causa. Después de haber puesto en evidencia el respeto de la palabra empeñada fuera de cualquier condición de forma (*pacta sunt servanda*), en contraste con el derecho romano, lo que condujo a la autonomía de la voluntad y al consensualismo, destacando el elemento sicológico en la formación de la relación contractual, ellos consideraron que la voluntad no podía obligar válidamente sino cuando se basara en una razón. Uno se obliga porque lo quiere, pero no puede querer sin razón. Ahora bien, esta razón no es igual según se trate de un contrato a título gratuito o de un contrato a título oneroso; la razón no es tampoco la misma según que se trate de un contrato unilateral o de uno sinalagmático. Especialmente en los contratos sinalagmáticos los canonistas fueron los primeros en demostrar la interdependencia de las obligaciones originadas por el contrato a cargo de cada una de las partes (una

[343] Sin embargo, la coherencia de la concepción del derecho de Lousiana en lo referente a la causa queda destruida con la absorción en la teoría de la causa de una técnica del *common law*, apta para obtener la sanción de un compromiso sin *consideration* (art. 1967, inciso 2). Es perfectamente concebible que el derecho de Lousiana consagre un texto extraño a los sistemas civilistas, pero no deja de ser discutible integrarlo a la teoría de la causa, con la cual no tiene nada que ver.

[344] La única mención de la causa en el Código suizo se hace en el art. 17, exclusivo del reconocimiento de la deuda, que dice que esta "es válida aun cuando no manifieste la causa de la obligación". Este artículo, que no deja de recordar la disposición del art. 1132 del C. C. francés, puede ser considerado, ya como si solo regulara la cuestión de la prueba de la causa, ya como si admitiera la validez de un reconocimiento de deuda abstracta (cf., B.G.B., § 781).

se compromete para con la otra porque esta se compromete para con la primera). De esta manera se justificaba económicamente la voluntad contractual. Sin embargo, también era preciso tener en cuenta elementos morales que integraban en la causa, más allá de la función económica, ciertas razones mucho más precisas que autorizaban permitir no garantizar la ejecución cuando el fin perseguido no estaba conforme con la moral. Ya los canonistas, por lo tanto, habían puesto de relieve la doble función de la causa, aunque rápidamente surgieron las controversias sobre si no había un límite para tomar en consideración todas las razones particulares que una de las partes podía tener para celebrar un contrato.

La segunda etapa fue resultado de la labor de DOMAT en el siglo XVII, la cual completó POTHIER en el siglo XVIII. El mérito de DOMAT estriba en haber sistematizado las concepciones de los canonistas sobre la función económica de la causa. Para DOMAT la causa es siempre una misma en una determinada categoría de contrato y se distingue del motivo, que es variable de un contrato a otro (por ejemplo, yo compro un inmueble para disfrutarlo como propietario, lo que constituye la causa de mi obligación de pagar el precio; pero no hay que tomar en consideración las razones por las cuales yo pienso convertirme en propietario del inmueble pues estos son motivos que no influyen en la validez del contrato). POTHIER adoptó las demostraciones de DOMAT relativas al papel de la causa como justificación económica de la obligación contractual, pero, desarrollando más los conceptos de los canonistas en cuanto a la causa inmoral, pretendió integrar los motivos a la causa.

447. *Derecho moderno.* El Código Civil en verdad no puso en claro lo concerniente a la distinción entre causa y motivos. En efecto, si bien es cierto, a la luz de los trabajos preparatorios, que el Código quiso acoger por su cuenta la causa considerada como la justificación económica de la obligación conforme a la tradición de los canonistas, de DOMAT y de POTHIER, también tuvo la intención de permitir al juez ejercer un control sobre el fin perseguido por las partes al pronunciar la nulidad del contrato en los casos en que ese fin era ilícito o inmoral (cf. C. C., art. 1133). Pero no solamente no distinguió las dos funciones que la causa debe cumplir, sino que tampoco decidió en qué medida los motivos podían integrarse a la causa. Por esta razón, desde comienzos del siglo XIX surgieron arduas controversias sobre la distinción entre causa y motivos, para culminar a fines del siglo XIX con una fuerte doctrina anticausalista. Fue solo en los primeros años de la tercera década del siglo XX cuando los autores dejaron de enfrentarse.

Aunque ciertos autores en el siglo XX aún han estado aferrados a una concepción monista de la causa, lo que de todas maneras no les impide a veces pensar que la causa puede tener una doble función, la doctrina francesa mayoritaria actual admite, con la jurisprudencia, que la noción de causa es doble (cf. Civ. 1ª, 12 de julio de 1989, D. 1989, IR, pág. 216, en *J.C.P.*, 1989, IV, pág. 348). Más precisamente, la noción no es la misma

según que se trate de verificar la existencia de la causa, o según que se trate de apreciar su conformidad con el orden público o con las buenas costumbres.

Si se trata de la existencia de la causa, se habla de la causa de la obligación o también de la causa abstracta. La causa constituye un medio de protección de un contratante que se comprometió sin ninguna razón para con el otro. Se trata de buscar la justificación económica de la obligación, y si la obligación no está económicamente justificada, el contrato no será válido. Si se trata de la validez de una causa que existe, se habla de causa del contrato o de causa impulsiva y determinante o también de motivos principales y determinantes. Aquí no se trata simplemente de proteger a un contratante cuyo compromiso no está justificado económicamente, se trata de hacer un juicio de valor sobre el fin perseguido por las partes o por uno de los contratantes. En otras palabras, se aprecia el contrato mediante las exigencias del orden público y de las buenas costumbres y si el fin perseguido es ilícito o inmoral, el contrato será nulo.

§ 1. EXISTENCIA DE LA CAUSA (LA CAUSA DE LA OBLIGACIÓN)

448. *Obligación contractual.* La causa de la obligación debe entenderse como si fuera la causa de una obligación contractual exclusivamente. En efecto, cuando ya no se trata de un contrato, la causa de la obligación corresponde a la causa eficiente y no a la causa final[345].

Ante todo, es conveniente poner en claro la noción antes de ver cómo se puede probar, y luego cuál es su utilidad.

A) Noción de causa de la obligación

449. *Doctrina clásica de la causa.* La causa de la obligación fue explicada por los canonistas de la Edad Media, cuyas opiniones fueron corroboradas por DOMAT en el siglo XVIII, y de este modo pasaron a los autores del siglo XIX[346]. Esta es la doctrina clásica de la causa, la única admitida hasta la época moderna, porque la doctrina clásica no concebía la noción moderna de causa, tal como lo estudiaremos más adelante a propósito de la validez de la causa[347]. La noción de causa en la doctrina clásica gira en torno a dos ideas. La primera idea, consiste en que la causa de la obligación es siempre la misma para una determinada categoría de contrato. La segunda idea consiste en que la causa de la obligación es distinta de los motivos, también llamados móviles.

1. *La causa de la obligación es siempre una misma en una categoría de contratos*

450. *Razón abstracta de orden económico del compromiso.* Puesto que la causa de la obligación es siempre una misma para determinada categoría de contratos, ciertos autores la califican de causa abstracta.

345 V. *supra*, núm. 441.
346 V. *supra*, núm. 446.
347 V. *infra*, núms. 485 y ss.

En efecto, la causa no varía para cada contrato aisladamente considerado entre este y aquel contratante, sino que siempre es idéntica en cada categoría de contratos, y esto porque la razón por la cual nos comprometemos es siempre una misma en determinada categoría de contratos. Ahora bien, la causa no es una misma según se trate de un contrato a título gratuito o de un contrato a título oneroso[348].

a) Contratos a título gratuito

451. *Intención liberal*. En esta clase de contratos, el deudor siempre se compromete a procurar una satisfacción sin contraprestación para el acreedor, sea que se trate de contratos de beneficencia o de donación[349]. Esta misma razón siempre la encontraremos en los contratos a título gratuito. Por consiguiente, en los contratos a título gratuito, la causa de la obligación del deudor, o sea, la razón por la cual el deudor se obliga con el acreedor, es la intención liberal del deudor: ya sea la voluntad de prestar un servicio, a otro, en los contratos de beneficencia o contratos de servicios gratuitos, ya sea la intención de gratificar a otro emprobreciéndose, en las donaciones y legados[350].

b) Contratos a título oneroso

452. *Existencia de una contraprestación*. En esta clase de contratos, lo que justifica el compromiso del deudor es la existencia de una contraprestación. En efecto, si suponemos que el contrato es a título oneroso, el que se compromete en virtud del contrato, tiene derecho a esperar alguna utilidad por parte del acreedor[351]. Es entonces la contraprestación o retribución la que constituye la razón de su compromiso. Solo que esta contraprestación no se presenta siempre de la misma manera según que se trate de un contrato sinalagmático o de un contrato unilateral.

[348] Según el art. 195 del Código Libanés de las Obligaciones y los Contratos cuyas disposiciones relativas a la causa se sabe que fueron inspiradas por la doctrina francesa y especialmente por JOSSERAND, "la causa de una obligación reside en el móvil que la determina directa y uniformemente y que hace parte integrante del contrato, esto es, en los contratos sinalagmáticos, la obligación que asume la otra parte; en los contratos reales, la prestación efectuada; en los actos onerosos unilaterales, una obligación preexistente, civil o natural".

[349] Sobre la distinción entre los contratos de beneficencia o de servicios gratuitos y las donaciones, v. *supra*, núms. 189 y 190.

[350] La diferencia es radical con los sistemas del *common law*, en los cuales el concepto de contrato a título gratuito no existe, debido a la falta de *consideration* (v. *supra*, núm. 44), por lo menos en los casos en que no se exige ninguna condición de forma (*parol contracts*, que corresponden a los contratos consensuales). Cuando es la forma la que fundamenta la relación contractual, no se requiere la *consideration*, lo cual permite hacer obligatoria y sancionar una promesa a título gratuito (*gratuitous promise*).

[351] La contraprestación que constituye la causa del compromiso del deudor en virtud de un contrato a título oneroso, autoriza una comparación entre la causa de la obligación y la *consideratio* del *common law* (v. *supra*, núm. 444).

Sin embargo, no es menos cierto que a diferencia de la causa de la obligación, la *consideration* no se considera como la razón que justifica el acto de voluntad del deudor. Es un elemento integrado a la noción misma de contrato.

a') Contratos sinalagmáticos

453. *Obligaciones recíprocas*. En un contrato sinalagmático el deudor se compromete porque el acreedor, en virtud del mismo contrato, también tiene una obligación con el deudor. En efecto, en un contrato de esta clase, cada uno de los contratantes es acreedor y deudor del otro[352]. Por consiguiente, la causa de la obligación de una de las partes se encuentra en la satisfacción que le debe procurar el otro contratante, es decir, que al fin y al cabo, la causa de la obligación de una de las partes reside en el objeto de la obligación del otro contratante, y más concretamente, en la existencia y la ejecución de su obligación por parte del otro contratante (cf. Civ. 1ª, 12 de julio de 1989, C. 1989, IR, pág. 216, en *J.C.P.*, 1989, IV, pág. 348, sentencia según la cual la causa de la obligación del comprador de pagar el precio reside en la transmisión de la propiedad y en la entrega de la cosa vendida).

Vemos, pues, que si en un contrato a título gratuito la causa es siempre una misma y que ella reside en la intención liberal, en un contrato sinalagmático a título oneroso, la causa de la obligación de un contratante es también siempre una misma: se trata de la existencia y de la ejecución de la obligación que pesa sobre el otro contratante.

b') *Contratos unilaterales*

454. *¿Se necesita una contraprestación?* Cuando un contrato unilateral es al mismo tiempo un contrato a título oneroso, parece necesario exigir una contraprestación para el compromiso del deudor, puesto que es la existencia de una contraprestación lo que caracteriza el contrato a título oneroso[353].

En realidad, si la contraprestación en un contrato unilateral a título oneroso, permite determinar la causa del compromiso del deudor cuando ella existe, es posible que la causa de la obligación se pueda buscar a veces en otro elemento distinto de la existencia de una contraprestación, porque esta no siempre es necesaria para que haya un compromiso a título oneroso. En realidad, es conveniente distinguir según se trate o no de un contrato real.

455. *Contrato real*. Un contrato real es un contrato en virtud del cual la entrega de una cosa es necesaria como condición de validez del contrato, es decir, que mientras la cosa que es objeto de una obligación de restitución por parte del deudor no haya sido entregada a este deudor por el acreedor, el contrato no existe[354]. Esto ocurre, por ejemplo, en el contrato de prenda, en el contrato de préstamo o en el contrato de depósito. Si el deudor está obligado a restituir una cosa a su acreedor, simplemente es porque el acreedor le ha entregado esta cosa en el momento de la formación del contrato.

En consecuencia, la causa de la obligación del deudor reside en la entrega, material de la cosa. Por esto es por lo que el deudor tiene una obligación

[352] V. *supra*, núm. 195.

[353] V. *supra*, núms. 181 a 183 y 196.

[354] V. *infra*, núms. 519 y ss.

de restitución y diferentes obligaciones accesorias (por ejemplo, en el préstamo de uso, la obligación de conservar la cosa en buen estado).

Al fin y al cabo, en un contrato real, la obligación de restitución tiene por causa una contraprestación que consiste en el hecho de que la cosa le haya sido entrega en el momento de la formación del contrato, sin importar que dicha entrega no haya consistido en la ejecución de una obligación a cargo del otro contratante.

456. *Contrato no real.* Si bien la doctrina del siglo XIX vio muy claramente que en un contrato real había una contraprestación a la obligación del deudor, cuando se trata al mismo tiempo de un contrato a título oneroso, sin embargo no se preocupó mucho por los contratos unilaterales a título oneroso que no son al mismo tiempo contratos reales. Se trata esencialmente de promesas de pagar una suma de dinero, entendiéndose que lo que vale para ellas vale también para toda promesa de cumplir una prestación cualquiera (prestación de servicios, promesa de transferir un derecho real sobre un cuerpo cierto o de constituir ese derecho). Precisamente a propósito de estas promesas el B.G.B. afirma la validez de las promesas abstractas[355]. En derecho francés, todo compromiso debe tener una causa, ya que la promesa abstracta es mucho más excepcional que en derecho alemán. ¿Cuál es, pues, la causa de la promesa de pagar una suma de dinero o de cumplir alguna otra prestación?

Puede tratarse de una contraprestación. Sin embargo, en virtud de que el contrato es unilateral esa contraprestación no podrá consistir en una obligación creada por el contrato a cargo del otro contratante. Es necesariamente ajena al contrato y muchas veces anterior a este. Esto es lo que ocurre cuando una persona se compromete a remunerar un servicio que se le ha prestado. El beneficio que se saca de este servicio constituye la contraprestación de su compromiso de remunerarlo[356].

Cuando una persona se compromete a cumplir una prestación y no ha recibido, sin embargo, ningún favor como contraprestación a ese compromiso, no se trata necesariamente de un contrato a título gratuito. En efecto, a falta de intención liberal, el contrato necesariamente es a título oneroso. Sin embargo, a falta de contraprestación que resulte de algún beneficio recibido, o inclusive de un beneficio esperado, ¿en qué consiste la causa del compromiso del deudor?

[355] V. *supra*, núm. 443.

[356] En los sistemas del *common law*, a pesar de que una *past consideration* [consideración anterior] no constituye una *consideration* válida, se ha admitido que una ventaja procurada al deudor por el acreedor equivalía a una *consideration* en caso de que la ventaja se hubiera concedido con el fin de obtener el compromiso del deudor, lo que manifiesta la interdependencia necesaria entre la ventaja (*benefit to the promisor*, beneficio al promitente) y la promesa. En derecho francés esa interdependencia no se toma en cuenta sino cuando el contrato a título oneroso es al mismo tiempo sinalagmático. Cuando se trata de un contrato unilateral, cualquier ventaja anterior y exterior al contrato basta para constituir una contraprestación válida del compromiso del deudor.

No puede tratarse sino de una obligación anterior a cargo del que promete ejecutarla en virtud de un compromiso adquirido con el acreedor[357]. Eso es lo que ocurre con la promesa de pagar una suma de dinero a título de indemnización, porque el deudor sabe que las condiciones de la responsabilidad civil se cumplen en sus relaciones con el acreedor. En tal caso, el deudor trasforma en obligación contractual una obligación puesta a su cargo por la ley en virtud de un hecho jurídico.

De la misma manera, los herederos que aceptan pura y simplemente la herencia pueden comprometerse con los acreedores de la sucesión a pagar lo que ellos deben. Aquí también, la causa de su obligación se encuentra en una disposición legal que considera que los herederos que aceptan pura y simplemente una sucesión se obligan a responder de las deudas de la sucesión con su propio patrimonio.

Igualmente, una persona puede comprometerse a pagar una pensión a otra sobre la base de una obligación alimenticia que existe independientemente de su voluntad. Además, no parece necesario exigir una obligación civil. Una obligación natural puede perfectamente constituir una causa válida del compromiso de cumplir con una prestación[358].

En resumidas cuentas, se debe admitir que hay uniformidad de la causa de la obligación cuando se trata de un contrato unilateral que no es un contrato real. Se trata de una contraprestación que resulta de un beneficio extraño al contrato o de una obligación ajena al compromiso del deudor que impide ver en este una promesa a título gratuito.

2. *La causa de la obligación es distinta de los motivos*

457. *Variabilidad de los motivos.* En todo contrato, al lado de una razón invariable y uniforme de comprometerse para la categoría a la cual pertenece un contrato, hay motivos que varían de un contrato a otro y que explican por qué se ha comprometido el deudor. Por ejemplo, en un contrato sinalagmático como la venta, el vendedor se compromete a entregar la cosa y cree que el comprador se convierte en propietario porque quiere realizar un capital para hacer otra inversión o para gastarlo, o para asegurar su subsistencia, si lo necesita, o para hacer una donación del precio de la venta, etc. En cuanto al comprador, él se compromete a pagar el precio porque piensa hacer un buen negocio, porque se propone instalarse en un inmueble del cual es propietario, porque el inmueble vendido está situado en un lugar que le agrada, o porque quiere realizar una operación de construcción, etc.

En un contrato real, el prestatario se compromete a restituir la cosa o la suma de dinero porque él la ha recibido, pero la ha recibido para

[357] En los sistemas del *common law*, la existencia de una obligación a cargo del deudor puede constituir una *consideration* válida, a condición de que esta obligación no resulte ya de su voluntad.

[358] V. *supra*, núm. 41, en lo referente a la falta de intención liberal en la ejecución de una obligación natural.

utilizarla, utilización que puede variar de un contrato de préstamo a otro. En una donación entre vivos las razones por las cuales el donante está animado de una intención liberal para con el donatario también pueden ser infinitamente diversas.

Por consiguiente, fuera de la causa de la obligación, existen motivos numerosos y variables.

Ahora bien, según los autores clásicos, no es posible hace depender la existencia de un contrato de motivos confesados o no por una parte contratante a la otra. Esto sería contrario a la seguridad de las relaciones jurídicas. Los motivos hacen parte del fuero interno y en la formación del contrato no se debe permitir el sicologismo. Únicamente debe tomarse en cuenta la razón de ser económica de la obligación que constituye la causa, excluyendo las motivaciones de tipo sicológico que son profundamente variables de un caso al otro.

B) Prueba de la causa de la obligación

458. *Causa expresada.* Siendo la causa de la obligación una condición de la validez del contrato, puesto que el acto abstracto solo se admite excepcionalmente en derecho francés, el problema consiste en saber sobre quién recae la carga de la prueba de la existencia de la causa y cómo se probará. En realidad, el problema no siempre se presenta. En efecto, cuando se deduce de los términos del contrato que este tiene necesariamente una causa, no hay problema de prueba. Por ejemplo, cuando el escrito en que se hace constar un acuerdo de voluntades dice concretamente que una de las partes dona determinado bien a la otra, no hay que probar la intención liberal, porque ella se deduce claramente de las estipulaciones del contrato. De la misma manera, cuando se dice concretamente en un documento que tal persona vende determinado bien a otra por cierto precio que esta se compromete a pagar, la existencia de una causa se deduce suficientemente de las estipulaciones del acto. En estos casos se considera que la causa se ha expresado en el documento en que consta la celebración del contrato. Suponiendo que la causa no se deduzca expresamente de las estipulaciones del documento, tampoco habrá problema si las partes están de acuerdo en cuanto a la determinación de la naturaleza del contrato. Por ejemplo, si dos personas están de acuerdo en considerar que su contrato es una venta, de esto resulta necesariamente que ellas creen que sus obligaciones recíprocas tienen su causa. Lo mismo ocurre cuando el deudor reconoce que su compromiso tiene por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa a título gratuito o el cumplimiento de una prestación sin retribución. De allí se deduce necesariamente la intención liberal.

459. *Causa no expresada.* Pero es posible que la causa no quede expresada en el documento en que consta el acuerdo de voluntades. Por ejemplo, una persona se compromete a cumplir una prestación en beneficio de otra sin concretar a qué título adquiere este compromiso. Esto sucede con frecuencia en un escrito en que se hace constar la promesa de pagar una suma de

dinero, lo cual recibe el nombre de pagaré no causado. En esta hipótesis sí hay un problema de prueba de la causa. Se trata entonces de saber si esa promesa tiene una causa y en qué consiste (¿se trata de una liberalidad o de una prestación de servicios gratuitos o bien de un compromiso que supone una contraprestación?). En realidad, la prueba de la naturaleza de la causa (¿el compromiso se adquirió a título gratuito u oneroso?) no se hace en forma distinta de la prueba relacionada con la existencia de la causa. Las dos preguntas se relacionan necesariamente entre sí, debido a que cuando se aporta la prueba de la existencia de la causa, por la misma vía se prueba la naturaleza de la causa. La jurisprudencia admite que la prueba de la existencia de la causa se puede suministrar por todos los medios. En efecto, no se trata de probar la existencia de un acto jurídico, lo que solo puede conseguirse por medio de un escrito (C. C., art. 1341), sino que se trata de probar la razón económica de ser de este acto jurídico cuya existencia no se discute. Cuando no hay duda sobre la existencia de un contrato, no tiene que presentarse por escrito la prueba de sus elementos constitutivos, puesto que no se trata de probar "contra y fuera del contenido de los documentos" (C. C., art. 1341)[359].

460. *Carga de la prueba.* El art. 1132 del C. C. dice que "la convención no es menos válida aunque la causa de ella no se haya expresado". Si la jurisprudencia lo hubiera querido, perfectamente hubiera podido basarse en este artículo para admitir en derecho francés la validez del acto abstracto, siguiendo el modelo del § 780 del B.G.B. (o Código Civil alemán)[360] , aunque esta última disposición sea, por otra parte, más precisa a este respecto que el art. 1132 del Código francés. Por lo demás, esta ha sido la interpretación propuesta por ciertos autores. Pero esta interpretación nunca ha sido acogida por la jurisprudencia, para la cual el art. 1132 del C. C. no se refiere sino a una cuestión relativa a la carga de la prueba de la causa. Esta posición está conforme con la tradición jurídica francesa según la cual el acto abstracto no puede admitirse sino excepcionalmente en las operaciones jurídicas complejas.

Sobre la base del art. 1132 del C. C., la jurisprudencia considera que corresponde al deudor probar que su compromiso está desprovisto de causa y no al acreedor probar que la obligación cuya ejecución reclama es causada. Por consiguiente, el art. 1132 del C. C. establece una presunción de existencia de la causa (cf. Civ. 1ª, 15 de junio de 1967, en *Bull. civ.* 1, núm. 213 en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1968, pág. 357, con obser. de CHEVALIER; Civ. 3ª,

[359] Pero si la causa se expresa en el documento (por ejemplo, me comprometo a devolver $ 100.000 a determinada persona que me los dio en calidad de préstamo), la prueba contraria de la no entrega de la suma de dinero por parte del prestamista y, por consiguiente, de la falta de causa de la obligación de restitución, no podrá ser aportada sino con un escrito o documento, pues que se trata de probar contra el contenido del documento, que dice que la suma prestada fue entregada por el prestamista al prestatario.

[360] V. *supra*, núm. 443.

14 de diciembre de 1982, en *J.C.P.*, 1983, IV, 74; Civ. 1ª, 12 de octubre de 1986, en *J.C.P.*, 1986, IV, pág. 318, *Bull. civ.*, 1, núm. 230, en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1987, pág. 755, con obser. de MESTRE. Véase también, Com., 15 de julio de 1987, en *J.C.P.*, 1987, IV, 331, en lo que concierne a la prueba de la falta de causa de la relación fundamental entre el girador y el beneficiario de un cheque[360 bis]. Una presunción así, que naturalmente solo puede ser simple y no absoluta, se justifica perfectamente. Desde el momento en que una persona reconoce ser deudora de otra, se debe suponer que su compromiso no es contrario a la razón. Si lo es, le corresponde entonces probarlo. (cf. Civ. 1ª, 20 de octubre de 1987, *Rép. not.*, 1988, 492, con obser. de VERMELLE). Toda presunción reposa sobre una verosimilitud. Y en este caso es verosímil deducir la existencia de una causa de la comprobación del compromiso adquirido. Cuando la causa no se expresa en el documento en que consta la obligación, la prueba contraria de la falta de causa por el deudor podrá ser aportada por todos los medios, puesto que, por hipótesis, no se trata de probar contra el contenido de un documento[361].

461. *Prueba de la falsedad de la causa.* Por el contrario, en el caso en que la causa se menciona en el documento, la prueba contraria de la falta de causa se deberá presentar por escrito[362]. Sin embargo, en este caso, no se trata de probar la falta de una causa sino la falsedad de la causa. En efecto, una causa se puede expresar aun cuando no corresponda a la realidad que las partes han pretendido ocultar (por ejemplo, ellas declaran vender y comprar mientras que en realidad se trata de dar). Esta hipótesis corresponde a la simulación y es la razón por la cual se habla de causa simulada. Ahora bien, la causa simulada no es una causa que falte. Cuando la realidad se vuelva a establecer por escrito (por ejemplo, por quien pretende no estar obligado a pagar un precio, puesto que se trata de una donación), es la causa real la que deberá tenerse en cuenta en las relaciones de las partes[363]

[360 bis] Desde el momento que la existencia del contrato puede ser probada por un medio distinto de un documento o escrito, por ejemplo por un principio de prueba por escrito (C. C., art. 1347), no es necesario en lo que concierne a la aplicación de la presunción del art. 1132 del C. C. que del contrato se haya dejado constancia en un escrito regular en la forma, por ejemplo desde el punto de vista de los requisitos del art. 1326 del C. C. (cf. Civ. 1ª, 14 de junio de 1988, en *Bull. civ.*, 1, núm. 190, D. 1989, Somm. 230 con obser. de AUBERT, D. 1990, pág. 241, con nota de MARGUINAUD, en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1989, pág. 300, y obser. de MESTRE).

[361] V. *supra*, núm. 459.

[362] V. *supra*, núm. 359.

[363] En cuanto a la simulación, v. *infra*, núms. 766 y ss. Sin embargo una vez ha sido probada la simulación por el deudor, la causa real no podrá autorizar la ejecución del compromiso sino cuando ha sido probada por el acreedor, al cual también le incumbe probar que no está prohibida por la ley (cf. Civ. 1ª, 20 de diciembre de 1988, en *Bull. civ.*, 1, núm. 369 en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1989, pág. 300, con obser. de MESTRE, D. 1990, pág. 241, y nota de MARGUINAUD, en *Rép. not.*, 1989, pág. 759 con obser. de AUBERT, a propósito de un reconocimiento de deuda que afirma falsamente que había sido suscrita para el pago de un préstamo). La solución es lógica, porque si se presume que existe la causa y que esta es lícita y no simulada, cuando la simulación haya sido probada por el deudor, su compromiso debe desaparecer, salvo si el acreedor prueba que este corresponde a una razón seria y lícita.

(sobre la necesidad de probar por escrito la causa simulada, cf. París, 17 de mayo de 1988, D. 1988, IR, pág. 171).

Fuera de cualquier simulación, también puede haber falsedad de la causa de la obligación en caso de error sobre la causa (por ejemplo, una parte cree que celebra un contrato de donación cuando para la otra se trata de celebrar una venta)[364]. En este caso, corresponde a quien quiere eludir la ejecución de la obligación a su cargo probar, en contra del contenido del contrato, que no debe nada. Sin embargo, a causa del error cometido por ambas partes, el error sobre la causa no tendrá como efecto sustituir una calificación por otra, sino acarrear la nulidad del contrato.

La causa falsa que resulta de un error compartido por las partes sobre la naturaleza del contrato corresponde a una hipótesis teórica, aunque haya escasos ejemplos en la jurisprudencia. En efecto, uno no se puede imaginar a un donatario que firma un documento que lo obligue a pagar un precio, si está convencido de recibir a título gratuito, de la misma manera que es muy poco probable que una persona se comprometa a remunerar un servicio si piensa que este se le ha proporcionado a título gratuito. De todas maneras, es normal exigir que la prueba se suministre por escrito, puesto que se trata de contradecir el contenido del instrumento en el cual se expresa la causa. Sin embargo, hay también casos en los cuales el error sobre la causa de la obligación lo podrá probar por todos los medios el deudor que se comprometió por error. Hay que suponer un contrato unilateral a título oneroso en virtud del cual el deudor prometió pagar una deuda a la cual se había obligado, fuera de cualquier compromiso de su parte y de cualquier intención liberal[365]. El compromiso contractual, por lo tanto, tiene por objeto confirmar una obligación legal o natural. Por ejemplo, una persona se compromete a pagar una suma de dinero a otra como reparación de un daño causado a esta o también como pensión alimentaria en favor de un menor.

Si el compromiso de pagar no expresa la causa y constituye por lo tanto, un pagaré no causado, el deudor no estará obligado a pagarlo si prueba por todos los medios que la obligación externa falta (por ejemplo, las condiciones de su responsabilidad no se cumplen mientras que él cree que sí se cumplían; el vínculo de filiación que justifica la obligación alimentaria no se ha establecido, mientras que el deudor lo ignoraba). Pero lo mismo ocurre en el caso en que la promesa de pagar expresa la causa del compromiso. En efecto, la referencia expresa a la obligación externa al contrato no cambia nada. Todo lo contrario. El compromiso no obliga sino cuando está causado y si después del momento en que se adquirió, nos venimos a dar cuenta de que la obligación que la justifica no existe, lo que puede probarse por todos los medios, la obligación queda sin causa. Más concretamente, la causa es falsa, ya que el deudor había creído que existía, cuando no era así.

[364] En lo relacionado con el error sobre la causa, v. *supra*, núms. 321, 346 y 347.

[365] V. *supra*, núm. 456.

C) Utilidad de la causa de la obligación

462. *Querellas alrededor de la causa.* Varios autores han negado que la causa, tal como la había concebido la doctrina clásica, prestara alguna utilidad. Sin embargo, contrariamente a lo que han pretendido los anticausalistas, la causa de la obligación es útil.

Si la doctrina anticausalista ya ha pasado de moda, ello no impide que haya sido esencial para rehabilitar la causa y para permitir delinear mejor su concepto. La doctrina francesa contemporánea es esencialmente causalista. En cuanto a la jurisprudencia, parece que nunca se ha mostrado inclinada a las opiniones de los anticausalistas. Después de haber considerado las críticas de los anticausalistas, veremos cuál es el papel de la causa en el derecho moderno.

1. *La doctrina anticausalista*

463. *Falsedad e inutilidad de la causa.* Grandes maestros del derecho civil de fines del siglo pasado y comienzos del presente, como LAURENT, PLANIOL y BAUDRY-LACANTINÈRIE sostuvieron que la teoría clásica de la causa se apoyaba sobre bases falsas y que no tenía ninguna utilidad, tanto en los contratos a título gratuito como en los contratos a título oneroso.

464. *Contratos a título gratuito.* En los contratos a título gratuito, la doctrina clásica considera que la causa de la obligación es la intención liberal. Pero esto es pura y simplemente confundir la causa con el consentimiento. No se puede anular un contrato a título gratuito por falta de causa. Si no hay intención liberal, se le debe anular por falta de consentimiento. En efecto, lo que caracteriza un contrato a título gratuito es la intención liberal y si no hay voluntad de gratificar a otro, no hay contrato a título gratuito. En consecuencia, la noción de causa no aporta nada más con respecto a la noción de consentimiento. Solo sería útil si se considerara que la causa se debe reducir al motivo y se pudiera entonces anular una liberalidad por perseguir un fin ilícito o inmoral. Pero, puesto que, conforme a lo establecido por la doctrina clásica de la causa, es preciso no confundir la causa y los motivos, la causa uniforme para las liberalidades —la intención liberal— no aporta nada en relación con el consentimiento. Es, pues, una noción perfectamente inútil en los contratos a título gratuito.

465. *Contratos a título oneroso.* En los contratos a título oneroso, se sabe que la causa es la contraprestación, o a veces, para contratos unilaterales que no son contratos reales, la existencia de una obligación externa que pesa sobre el deudor. Ahora bien, según los anticausalistas, en primer lugar en el contrato real, la formación del contrato se realiza por la entrega de la cosa. Por consiguiente, se confunde pura y simplemente la causa final y la causa eficiente y eso prueba, sin lugar a dudas, que la noción de causa final no existe, pues se confunde con una condición de formación del contrato, que es una condición de forma. Si no se ha entregado ninguna cosa, no hay contrato, y, por lo tanto, ninguna obligación de restitución. Esta obligación está prevista por el contrato a partir del momento en que no

ha habido trasmisión definitiva de la propiedad. No se ve lo que pueda aportar de más la causa.

Si se trata de un contrato sinalagmático, en la doctrina clásica, la causa de la obligación de una de las partes se encuentra en el objeto de la obligación de la otra. Ahora bien, cuando falta el objeto de la obligación de una parte, no hay causa de la obligación de la otra. Por consiguiente, basta acudir a la inexistencia del objeto para anular un contrato sinalagmático. Aquí también, la noción de causa es perfectamente inútil y no aporta nada.

Por otra parte, los anticausalistas pretenden que es ilógico considerar el objeto de la obligación de una de las partes como la causa de la obligación de la otra, porque las obligaciones recíprocas originadas por un contrato sinalagmático son efectos del contrato y no se puede tomar el efecto como causa, ya que esta necesariamente preexiste a aquella[366].

2. *La causa de la obligación en derecho moderno*

466. *Reconstrucción de la causa.* La causa de la obligación ocupa un lugar que actualmente no puede desconocerse en muchos sistemas jurídicos de tradición civilista y, particularmente, en derecho francés. La rehabilitación de la causa de la obligación por parte de la doctrina francesa a partir de 1920, especialmente con las obras de CAPITANT, MAURY y JOSSERAND, ha sido fundamental, y las ideas expresadas por esos autores han traspasado las fronteras y han influido en los legisladores y en las jurisprudencias extranjeras[367]. La jurisprudencia francesa, que no ha juzgado aceptables las críticas anticausalistas, ha experimentado el influjo de la reconstrucción de la doctrina clásica de la causa de la obligación. Esta reconstrucción ha tenido en cuenta los puntos débiles de la doctrina clásica, puntos que han facilitado las críticas de los anticausalistas.

Los autores de la década de 1920, seguidos por la doctrina moderna mayoritaria, fueron más lejos de lo que lo hicieron los autores del siglo XIX, al precisar más la noción de causa.

Sin embargo, si en derecho común la causa de la obligación es una condición de validez del contrato, ello no impide que haya cierto lugar para el acto abstracto en derecho positivo francés. Después de haber estudiado la rehabilitación de la causa, veremos qué sitio ocupa el acto abstracto en el sistema jurídico francés.

a) Rehabilitación de la causa de la obligación

467. *Refutación de la doctrina anticausalista.* Las críticas de los anticausalistas se referían ante todo a los contratos sinalagmáticos y a los contratos a título gratuito. Pero la refutación de la opinión de los anticausalistas no

[366] En cuanto a los contratos unilaterales que no son al mismo tiempo contratos reales, los anticausalistas no han profundizado en la crítica de la causa. En realidad, la doctrina clásica se prestaba mucho menos a la crítica, en cuanto a esta categoría de contratos.

[367] El Código libanés de las obligaciones y contratos de 1932 constituye el ejemplo más notable de la influencia de los trabajos de la doctrina francesa, v. *supra*, núm. 445.

tiene el mismo alcance en lo referente a los contratos sinalagmáticos y a los contratos a título gratuito. En efecto, es mucho más fácil refutar la doctrina anticausalista en lo atinente a los contratos sinalagmáticos que en lo referente a los contratos a título gratuito. Sin embargo, en lo concerniente a los contratos a título gratuito, la doctrina anticausalista ha tenido un mérito grande como es el de haber logrado que la doctrina clásica abandonara los límites en que había encerrado la noción de causa, para llegar a concebir la noción de causa del contrato, por oposición a la causa de la obligación.

a') Los contratos a título oneroso.

468. *Utilidad de la causa.* Debemos admitir que la noción de causa tal como la concibió la doctrina clásica es útil tanto en los contratos sinalagmáticos como en los contratos unilaterales e inclusive en los contratos interdependientes.

469. *Contratos sinalagmáticos: existencia y ejecución esperada de una obligación a cargo del otro contratante.* No es conveniente decir que la causa de la obligación de un contratante en un contrato sinalagmático consista en el objeto de la obligación del otro contratante, sino más bien en la existencia de una obligación del otro contratante en el momento de la conclusión del contrato y en la ejecución esperada de esta obligación. En otras palabras, si una de las partes se compromete con la otra, es porque esta se compromete al mismo tiempo con la primera. Es este compromiso el que constituye la causa de la obligación de aquel que a su vez se compromete. Si hay compromiso, hay ejecución esperada de este compromiso, ya que todo compromiso se adquiere evidentemente para ser ejecutado. De ello se deduce que en un contrato sinalagmático, la causa preside no solamente las condiciones de formación del contrato sino también la ejecución de este. La razón de ello está en que las obligaciones creadas a cargo de cada contratante no se superponen simplemente. No hay duda de que tienen el mismo hecho generador en el sentido de causa eficiente, puesto que resultan de un mismo y único contrato. Sin embargo, más allá de esta comunidad de origen, el acto de voluntad crea una interdependencia entre las obligaciones originadas por el contrato. Únicamente la noción de causa de la obligación permite explicar esta interdependencia, no solo en el momento de la conclusión del contrato, sino también durante todo el período de ejecución de las obligaciones, lo cual no había sido bien captado por la doctrina clásica de la causa. En efecto, la causa de la obligación es la que explica que el uno se compromete porque cuenta con la ejecución del compromiso del otro. De ello se infiere no solo que debe existir la interdependencia en el momento de la formación del contrato, sino también en el momento de su ejecución. Si se rompe la interdependencia, ya sea porque no hay obligaciones recíprocas desde el principio o si la una no es cuantitativamente suficiente en relación con la otra, ya sea porque una de las obligaciones no se cumple o no se puede cumplir, el contrato debe ser rescindido, porque ha faltado el fin que debía alcanzarse.

470. *En el momento de la celebración del contrato: ausencia total de causa.* Cuando una de las partes se compromete con la otra y cuando el

compromiso de esta está desprovisto de objeto, es evidente que a la nulidad por ausencia de objeto con toda razón se puede superponer una nulidad por ausencia de causa. Pero no es porque puede ser invocada la nulidad por ausencia de objeto por lo que es dable no admitir la nulidad por ausencia de causa (cf. Civ. 1ª, 25 de abril de 1990, D. 1990, IR, pág. 119, a propósito de la obligación de pagar el precio de la cesión de una clientela inexistente).

Por el contrario, esta puede invocarse desde que no haya contraprestación (cf. Civ. 1ª, 12 de febrero de 1975, en *J.C.P.*, 1976, II, 18463, nota de LARROUMET, en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1977, 116, con obser. de LOUSSOUARN, a propósito de la venta de un vehículo que no se había comercializado en Francia y la falta de causa de la obligación del comprador; Com., 5 de febrero de 1981, en *J.C.P.*, 1981, IV, 399, pues se admitía que era sin causa la obligación de un arrendatario de pagar una suma como contraprestación del compromiso de exclusividad adquirido por el arrendador para con él, mientras que la legislación vigente en el momento del contrato hacía imposible la ejecución del compromiso de exclusividad; en el mismo sentido Reims. 14 de abril de 1987, en *J.C.P.*, 1988, IV, 37; Civ. 3ª, 4 de mayo de 1983, en *J.C.P.*, 1983, IV, 214, que sostiene que una convención está desprovista de objeto y que la obligación de pagar el precio es nula por falta de causa, cuando la cesión de una licencia de explotación de una escuela de automovilismo, que constituye el objeto de la convención, es imposible). Pero si hay una contraprestación la obligación no está desprovista de causa (cf. Com., 10 de junio de 1986, en *J.C.P.*, IV, pág. 244, en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1987, pág. 93, con obser. de MESTRE, quien considera que la cesión de uno solo de sus clientes por una empresa a otra pone a cargo del cedente la obligación de proceder de modo que dicho cliente entre en relaciones con el cesionario, lo que se había realizado, aunque evidentemente el cliente no estaba obligado a ello).

Sin embargo, puede haber ausencia total de causa de la obligación sin que haya, con todo, ausencia de la obligación puesta a cargo de la otra parte. Esto sucede sobre todo en los contratos aleatorios, y, en particular, en las enajenaciones como contraprestación de una renta vitalicia. En efecto, la aceptación de un álea constituye la causa de la obligación, es decir, que la eventualidad de la falta de objeto, en caso de realizarse esa circunstancia aleatoria no podría ocasionar la nulidad del contrato, puesto que el desequilibrio de las prestaciones ha sido aceptado. Si el álea es inexistente, el contrato es nulo por falta de causa y no por falta de objeto al mismo tiempo, ya que este ha sido aceptado[367 bis].

Así, en el caso en que fallezca el acreedor de una renta vitalicia, poco tiempo después de la celebración del contrato, no hay álea y el contrato

367 bis En el caso que dio lugar a la sentencia de la sala comercial, del 10 de junio de 1986, citada en el texto, se puede considerar que el contrato era aleatorio. En efecto, el único cliente cedido no estaba en manera alguna obligado a establecer relaciones con el cesionario. El cedente simplemente estaba obligado a actuar de manera que el cliente entrara en relaciones con el cesionario. En otras palabras, las partes habían aceptado el riesgo que consistía en que el cliente se negara a establecer relaciones con el cesionario.

se puede anular sobre la base del art. 1131 del C. C., aun cuando las condiciones del art. 1975 (que declara el contrato no válido si el acredor de la renta muere dentro de los veinte días siguientes a la celebración del contrato) no se cumplan (cf. Civ. 3ª, 4 de noviembre de 1980, en *Bull. civ.*, 3 núm. 169, en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1981, 630 con obser. de CHABAS).

471. *Ausencia parcial de causa.* Cuando estudiamos la lesión precisamos no solamente que la jurisprudencia había sancionado un desequilibrio flagrante entre las prestaciones, más allá de las disposiciones restrictivas del Código Civil y de leyes posteriores concernientes a la lesión[367 ter], sino también que ella había adoptado una concepción objetiva de la lesión según la cual ésta se relacionaba mucho más con la causa de la obligación que con un vicio del consentimiento[368]. Es evidente que en estos diversos casos, no solo el objeto de la obligación de una de las partes no falta, inclusive si no es cuantitativamente importante, sino también que no hay ausencia total de causa, puesto que la contraprestación del compromiso no es inexistente. Para anular este compromiso con base en el art. 1131 del C. C., o para proceder a una reducción de honorarios excesivos, la jurisprudencia considera que hay falta parcial de causa, lo cual es perfectamente lógico, puesto que la causa de la obligación es la justificación económica de esta, lo que en un contrato a título oneroso, supone que sea suficiente (cf. también con respecto al arrendamiento de un salón provisto de cierta manera para una reunión, París, 17 de marzo de 1987, D. 1987, pág. 219, con nota de MIRBEAU-GAUVIN, en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1988, pág. 535, con obser. de MESTRE, que admite que el arrendatario puede proceder unilateralmente a una modificación del contrato consistente en una reducción del precio a causa de los malos servicios prestados y de su insuficiencia, aun cuando la sentencia no se basa expresamente sobre la ausencia parcial de causa). Esta es una comparación entre las obligaciones a cargo de cada uno de los contratantes, comparación que supone la noción de causa y que permite la anulación de la convención o la reducción de los honorarios. La sola comprobación de la existencia del objeto, inclusive mínimo, no lo permite. Sin embargo, no cualquier desequilibrio podría sancionarse acudiendo a la ausencia parcial de causa. El desequilibrio debe ser importante, pues de lo contrario, se pondría en peligro la seguridad de las transacciones.

Sin embargo, en cuanto a la falta parcial de causa, como en cuanto a la falta total se debe excluir la nulidad cuando el contrato es aleatorio, ya que el álea que ha sido aceptada no permite comparación entre las obligaciones originadas de una parte y de otra (cf. Civ. 1ª, 26 de abril de 1988, D. 1988, IR, pág. 130, en *J.C.P.*, 1988, IV, pág. 230, en relación con un contrato de alimentación y cuidado, esto es, de una venta en contraprestación

[367 ter] V. *supra*, núm. 411 en lo relacionado con la lesión en los contratos aleatorios y especialmente la nulidad de la venta como contraprestación de una renta vitalicia, cuando la renta estipulada es igual o inferior a la renta del bien vendido. V. *supra*, núm. 412 en lo referente a la reducción de los honorarios estipulados por los mandatarios, por los agentes de negocios y por los miembros de las profesiones liberales.

[368] V. *supra*, núms. 415, 416 y 418.

de una obligación de alimentar y cuidar al vendedor por parte del comprador, pues la Corte de Casación aprobó a los jueces de fondo por haber librado ese contrato de la nulidad por vileza del precio, en acción adelantada por los herederos del vendedor).

472. *En el momento de la ejecución del contrato.* La interdependencia entre las obligaciones originadas por un contrato sinalagmático no se quebranta después de la formación del contrato. Subsiste hasta el momento en que cada una de las partes haya obtenido de la otra lo que se le debe. El gran mérito de CAPITANT consiste en haber demostrado que la causa de la obligación, puesto que justifica la interdependencia de las obligaciones originadas por el contrato a cargo de cada una de las partes, regula los efectos del contrato como lo hace en cuanto a su formación. En efecto, si la obligación de una de las partes no ha sido cumplida, la otra que aun no ha cumplido con su obligación está en su derecho de no proceder a la ejecución mientras la primera no le dé satisfacción. Este derecho de no cumplir, que se califica de *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de inejecución[369], se deriva de la interdependencia entre las obligaciones creadas por el contrato sinalagmático, la cual conduce a una ejecución simultánea de cada obligación, si las partes no han decidido otra cosa. Por la misma razón, cuando una de las partes no ha ejecutado su obligación, la otra tiene el derecho de solicitar la resolución, es decir, la aniquilación retroactiva del contrato, especialmente cuando hay certeza de que no obtendrá satisfacción. Este derecho se lo reconoce el art. 1184 del C. C.[370] Igualmente, en caso de que una de las obligaciones sea objeto de una imposibilidad de ejecución, de parte de uno de los contratantes por alguna razón que no se le puede imputar, el otro contratante no estará obligado a ejecutar su obligación, aplicando la teoría de los riesgos propia de los contratos sinalagmáticos[371]. La excepción de inejecución, la resolución y la teoría de los riesgos, no tienen ninguna explicación satisfactoria si no se acude a la causa de la obligación. En efecto, la desaparición del contrato a causa de la resolución o de la teoría de los riesgos, como el derecho de un contratante de no ejecutar su obligación mientras el otro no ejecute la suya, no son posibles sino en virtud de la interdependencia de las obligaciones que no se rompe una vez celebrado el contrato. En otras palabras, la causa permite asegurar el equilibrio contractual dentro de un contrato sinalagmático, no solo en la etapa de su formación sino también en la de su ejecución.

473. *Nulidad, resolución y teoría de los riesgos.* Sin embargo, no es solo mediante la excepción de inejecución, la resolución y la teoría de los riesgos, como se debe tomar en cuenta la causa de la obligación después de la formación del contrato. No se podría declarar la nulidad del contrato por ausencia de causa, si esta existiera en el momento de la formación del

[369] Sobre la *exceptio non adimpleti contractus*, v. *infra*, núms. 697 y ss.

[370] En cuanto a la resolución de los contratos sinalagmáticos, v. *infra*, núms. 701 y ss.

[371] En torno a la teoría de los riesgos, v. *infra*, núms. 734 y ss.

contrato y llegare a desaparecer después. Esta solución la admite la Corte de Casación al afirmar que "la existencia de la causa debe apreciarse en el momento de formación del contrato". (Cf. Com., 21 de octubre de 1974, en *Bull. civ.*, 4, núm. 255; Civ. 3ª, 16 de noviembre de 1977, en *Bull. civ.*, 3, núm. 391). Sin embargo, esto no impide admitir que la desaparición del contrato se puede comprobar en caso de desaparición de la causa de una obligación después de la formación de un contrato, cuando las condiciones de la resolución o de la teoría de los riesgos se cumplen. En realidad, el contrato será aniquilado, pero no se trata de nulidad por ausencia de causa en el momento de la formación del contrato (cf. Com., 30 de junio de 1987, en *J.C.P.*, 1987, IV, pág. 311, en *Rép. not.*, 1988, pág. 372, con obser. de AUBERT, en *Bull, civ.*, 4 núm. 163, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1988, pág. 346, con obser. de MESTRE, que casa la decisión de una Corte de Apelación que había pronunciado la nulidad de un contrato fundándose sobre el hecho de que no había sido ejecutado). Pero el aniquilamiento del contrato por desaparición de la causa después de la formación de la relación contractual, cuando es posible sobre la base de la resolución o de la teoría de los riesgos, tiene que ver tanto con los contratos de ejecución instantánea como con los contratos de ejecución sucesiva[372]. Esta es la razón por la cual es perfectamente discutible la solución de una sentencia que consideró que es para los contratos sinalagmáticos de ejecución instantánea para los que se debe apreciar la existencia de la causa en el momento de la formación del contrato, lo cual puede permitir pensar que la causa se toma en consideración después de la formación únicamente en los contratos de ejecución sucesiva (Civ. 3ª, 8 de mayo de 1974, D. 1975, 305, con nota de LARROUMET). En efecto, la extinción del contrato en virtud de la resolución o de la teoría de los riesgos no es exclusiva de los contratos de ejecución sucesiva, pues también tiene que ver con los contratos de ejecución instantánea[373].

Si la falta de causa en el momento de la formación del contrato se sanciona con la nulidad, mientras que la desaparición de la causa a consecuencia de la inejecución de su obligación por una de las partes se sanciona con la resolución, que no puede coexistir con la nulidad, a veces puede suceder que la ausencia de causa se sancione indiferentemente con la nulidad o con la resolución. La razón de ello es que cuando la falta de causa de una obligación, desde un comienzo ha tenido como consecuencia que la otra obligación, que nunca ha existido, no haya podido, por consiguiente, ser ejecutada, el acreedor de esta tiene derecho a reprochar al deudor esta inejecución

[372] Sobre la distinción entre contratos de ejecución instantánea y los contratos de ejecución sucesiva, v. *supra*, núms. 203 y ss.

[373] Sin embargo, en lo relativo a los contratos de ejecución sucesiva, la desaparición de la causa durante la ejecución del contrato normalmente no debe ser retroactiva, por cuanto la causa ha existido hasta el momento en que ya no se ejecuta una de las obligaciones como consecuencia de un hecho imputable al deudor (resolución) o de una imposibilidad de ejecución (teoría de los riesgos). Por esta razón se pudo considerar en este caso que había *causa sucesiva* de la obligación, v. *infra*, núm. 714.

para hacer pronunciar la resolución, como habría tenido derecho de invocar también la nulidad por ausencia de causa de su propia obligación. Por ejemplo, si una persona se compromete a cumplir una prestación que no está en condiciones de cumplir desde el mismo instante del acuerdo de voluntades, el acreedor de dicha prestación puede obtener la nulidad del contrato, sobre la base del art. 1131 por falta de causa de su propia obligación en el momento de la celebración del contrato, o exigir la resolución del contrato con base en el art. 1184 por inejecución de su obligación por el otro contratante. En un caso de estos, lo que impide la formación de la relación contractual, impide también la ejecución de la obligación; de donde se deduce que desaparece la distinción entre lo que depende de la formación y lo que depende de la ejecución. Solo en el caso en que la razón por la cual no se ejecute una obligación haya aparecido después de haberse celebrado el contrato, el campo de acción de la resolución no podrá confundirse con el de la nulidad.

474. *Contratos unilaterales: promesa de pagar una suma de dinero o de cumplir una prestación de servicios.* Si se trata de un contrato unilateral que no es un contrato real, hay que admitir que únicamente la noción de causa de la obligación permite comprender la nulidad de este contrato a falta de contraprestación. Ciertamente esta no es la noción de objeto porque, por hipótesis, no se trata de un contrato sinalagmático y, por tanto, es conveniente buscar en otra parte que no sea el contrato mismo, la causa de la obligación del deudor. En efecto, se sabe que la causa debe buscarse en una contraprestación ajena al contrato[374]. Si esta contraprestación en realidad no existía, la obligación del deudor carece de causa. Más concretamente, habrá una falsa causa, es decir que el deudor creyó en la existencia de una contraprestación (por ejemplo, creyó en un servicio que el acreedor le había prestado o iba a prestarle), cuando esta faltaba.

Sin embargo, con mucha frecuencia no es en una contraprestación ajena al contrato donde se debe buscar la causa de la obligación, sino en una obligación anterior y ajena al contrato[375]. Si por una u otra razón, esta obligación no existe o llega a desaparecer después que el deudor contrajo el compromiso de cumplirla, hay falta de causa de la obligación. En ningún caso la nulidad por falta de objeto podría autorizar que se declarara la nulidad del compromiso. En efecto, este tiene un objeto que está constituido por la prestación que contractualmente se prometió. Es la noción de causa de

[374] V. *supra*, núm. 456; véanse algunas explicaciones en Aix, 24 de octubre de 1983 y Saint-Denis de la Reunión, 2 de diciembre de 1983, (*Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1985, 380, con obser. de MESTRE). V. también París, 16 junio de 1989, D. 1989, IR, 215 a propósito de la fianza de un dirigente social.

[375] V. *supra*, núm. 456. También puede tratarse de una obligación posterior, siempre y cuando sea efectivamente ante la posibilidad de la existencia de esta obligación por lo que el deudor se comprometió (cf. Civ. 1ª, 13 de diciembre de 1988, en *Bull. civ.* 1, núm. 352, en *J.C.P.*, 1989, IV, 61, D. 1989, Somm. 230, con obser. de AUBERT, en *Rép. not.*, 1989, pág. 758, con obser. de AUBERT, que considera que el compromiso futuro a título de fianza de una persona puede servir de causa a su compromiso inmediato para con un acreedor de aquel en favor del cual será contratado el compromiso del fiador).

la obligación, y es ella únicamente la que permite establecer un nexo de causalidad entre la obligación anterior y el compromiso contractualmente adquirido de ejecutarla. Tal es la posición de la jurisprudencia. Por lo demás, de las decisiones se deduce que prácticamente siempre es la creencia errada en la existencia de esta obligación anterior la que justifica la nulidad por falta de causa. En otras palabras, esta se basa en la causa falsa, en el sentido de error sobre la causa de la obligación (cf. Req. 7 de julio de 1931, D. H. 1931, 445, a propósito del compromiso de proveer al mantenimiento de un menor sobre la base de una obligación natural que no existía, pues el deudor había creído sin razón que era el padre del niño. La misma solución la admite Civ. 1ª, 13 de febrero de 1985, D. 1985, 462, con nota de J. M. a propósito, no de un compromiso contractual, sino de una obligación que resulta de una decisión judicial por la cual se condenó a una persona a dar alimentos a un menor. Como una decisión posterior admitió que el deudor de los alimentos no era el padre, este se hizo reconocer el derecho a que le reembolsaran lo que había gastado, sobre la base de falta de causa de su obligación. V. también un interesante fallo del Trib. de Inst. de Montmorillon, 19 de mayo de 1982, en *J.P.C.*, 1984, II, 20219, con nota de MONTANIER, que declaró la nulidad por falta de causa del compromiso contraído por una persona de reparar un daño creyendo erróneamente en la existencia de un vínculo de causa y efecto entre la falta y el daño sufrido por aquel para con el cual se había contraído el compromiso)[375 bis].

De ello resulta que cuando un compromiso ha sido contraído con conocimiento de la ausencia de la obligación ajena al contrato que le puede servir de causa, no habrá que admitir un error sobre la causa. En este caso, a falta de la obligación natural, el compromiso será justificado por la intención liberal (cf. Civ. 1ª, 21 de julio de 1987, D. 1987, IR, pág. 186, en *J.C.P.*, 1987, IV, pág. 350, en *Rép. not.*, 1988, pág. 212, con obser. de MASSIP, en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1988, pág. 134, con obser. de MESTRE, que, habiendo sido decretada la separación de cuerpos y habiendo sido anulado el reconocimiento por el marido de un hijo de la mujer, legitimado por el matrimonio subsiguiente, aprueba la decisión en que una Corte de Apelación rechazó la demanda del autor del reconocimiento en la cual este pedía que se le

375 bis En cambio, la Corte de Casación confirmó un fallo de un tribunal de apelación que consideró que no estaba desprovisto de causa el compromiso que resultaba de una transacción concluida entre un acusado y la víctima, compromiso en virtud del cual el primero asumía la obligación de reparar al segundo, mientras que con posterioridad fue exonerado por la jurisdicción represiva sobre el fundamento de la inexistencia de la infracción penal (Civ. 1ª, 8 de diciembre de 1987, en *Bull. civ.*, núm. 345, en *J.C.P.*, 1988, IV, pág. 69, en *Rép. not.*, 1988, pág. 92, con obser. de VERMELLE). Si se debe admitir que la falta de infracción penal permite que subsista una responsabilidad civil de pleno derecho o fundada sobre una culpa civil distinta de la infracción penal, la solución debe ser aprobada. Pero si, por tratarse de una responsabilidad civil fundada sobre la culpa, se admite que la culpa civil es idéntica a la culpa penal, la ausencia de la segunda entraña la de la primera y la solución será entonces discutible. En cuanto al problema de la identidad de la culpa civil y de la culpa penal, véanse las obras sobre la responsabilidad civil.

reembolsaran las pensiones alimentarias invertidas en el sostenimiento del menor. En efecto, el marido se había comprometido a sostener al menor, mientras que él sabía que no era su padre, lo que no le había impedido reconocerlo de una manera mentirosa).

475. *Contrato real.* Si se trata de un contrato unilateral que sea un contrato real, se sabe que en esta clase de contratos, la causa de la obligación del deudor que debe restituir la cosa al acreedor, consiste en la entrega material de esta cosa, que fue hecha por el acreedor al deudor[376]. Pero, en primer lugar, decir que la causa eficiente, esto es, la entrega material, condición de la formación del contrato, se confunde con la causa final[377], no es una crítica fundada, porque la causa eficiente y la causa final, que casi siempre son distintas, eventualmente se pueden confundir. En segundo lugar, veremos más adelante que la doctrina moderna critica la noción de contrato real y su supervivencia en el derecho actual. La doctrina moderna pretende considerar los contratos reales como contratos consensuales sinalagmáticos. En estas condiciones, la causa de la obligación será tan útil como en los demás contratos sinalagmáticos[378].

En consecuencia, una de dos cosas: o el contrato que se considera como real es solo un contrato sinalagmático consensual, y en este caso, si la cosa no fue entregada, la obligación de restituirla carece de causa[379], o el contrato es verdaderamente un contrato real a título oneroso[380] y en este caso, si la cosa no fue entregada, la obligación de restituirla no puede nacer no solo porque estaría desprovista de causa final, sino también porque estaría desprovista de causa eficiente. De todas maneras, cuando se ha contraído la obligación de restituir, se presume que existe la causa de esta obligación y al deudor le corresponde destruir tal presunción, ya sea por todos los medios, si el contrato no expresa la causa, ya sea mediante escrito, si en este hay constancia de que la cosa le fue entregada al deudor por el acreedor de la obligación de restitución[381].

476. *La causa de la obligación y la interdependencia entre dos contratos.* Prolongando la concepción clásica de la causa, la doctrina contemporánea ha pensado en utilizar la noción de causa de la obligación para justificar un vínculo jurídico entre dos contratos que estén relacionados económicamente. Este vínculo jurídico manifestaría una interdependencia entre estos contratos en tal forma que cuando uno llegara a no existir o se extinguiera, el otro a su vez debería desaparecer. En efecto, cada uno de estos contratos

376 V. *supra*, núm. 455.

377 V. *supra*, núm. 465.

378 V. *infra*, núm. 522.

379 V. *supra*, núms. 453 y 470.

380 En efecto, hay también contratos reales a título gratuito. Tal es el caso de la donación manual. Pero en este caso, la causa de la obligación es la intención liberal. V. *supra*, núm. 451, e *infra*, núm. 480.

381 V. *supra*, núms. 458 y ss.

puede considerarse como la causa del otro, de la misma manera que en un contrato sinalagmático, la existencia y la ejecución de la obligación de una de las partes es la causa de la obligación de la otra parte. Más concretamente, en cuanto a las partes de estos contratos se trata de realizar una operación económica que supone la celebración de contratos, no entre las mismas personas, sino entre personas diferentes, ya que una de ellas es parte en los dos contratos.

Por ejemplo, se trata de adquirir la propiedad de un bien por medio de un préstamo hecho con una persona distinta del vendedor, mientras el comprador forma parte a la vez del contrato de venta y del contrato de préstamo. En estas circunstancias, si el préstamo y la venta están vinculados económicamente y tienden a la realización de una operación económica única que es una adquisición a crédito, no hay duda de que están también jurídicamente vinculados en razón de que la venta está subordinada a la obtención del préstamo y de que este no presenta interés sino en la medida en que la venta efectivamente se concluya en forma válida y no se resuelva ni se anule. Si por una u otra razón no se obtiene el préstamo, la venta ya no tiene ningún interés económico para el adquirente. De la misma manera, si no se celebra la venta o llega a ser anulada o resuelta, el préstamo ya no tiene interés para el comprador. Por lo tanto, es perfectamente legítimo pensar que los dos contratos son interdependientes.

Otro ejemplo es el del arrendamiento financiero con opción de compra (*leasing*). Se trata de una operación financiera en virtud de la cual un establecimiento de crédito adquiere un bien que va a alquilar a su usuario, quien podrá, al cabo de determinado tiempo, comprarlo mediante el pago de un precio que corresponde a un valor llamado residual. El contrato de arrendamiento financiero supone una venta a la cual se viene a agregar un arrendamiento adicionado con una promesa unilateral de venta concedida por el arrendador financiero al arrendatario financiero[382]. Aquí, también, la unidad económica de la operación se puede traducir jurídicamente por un vínculo de interdependencia entre los contratos que ella supone y especialmente entre la venta y el arrendamiento. De esta manera, en caso de que no se concluya la venta o también en caso de que sea anulada o se resuelva, el arrendamiento ya no tendría razón de ser.

Si una gran parte de la doctrina francesa contemporánea estima que cada uno de los contratos económicamente relacionados es la causa del otro, ella no siempre es seguida por la jurisprudencia, que ha preferido permanecer en una concepción estrecha de la causa de la obligación, pues se niega a considerar que el vínculo económico pueda ir acompañado de un vínculo de orden jurídico.

477. *Venta y préstamo. Jurisprudencia.* En lo relacionado con el préstamo destinado a financiar la adquisición de un bien, la Corte de Casación

[382] En cuanto al arrendamiento con opción de compra, véase el vol. sobre *Les contracts spéciaux*.

se ha negado a relacionar jurídicamente la venta y el préstamo. Más concretamente, si del acuerdo de voluntades se deduce que las partes en la venta han subordinado expresamente esta a la obtención del préstamo utilizando el mecanismo de la condición suspensiva, su voluntad deberá respetarse. En este caso, la venta aparece como la causa del préstamo por medio de la condición suspensiva estipulada. Pero si los contratantes en la venta no han previsto nada a este respecto, la jurisprudencia se niega a considerar que la venta se hizo bajo una condición suspensiva implícita de la obtención del préstamo, o, lo que viene a ser lo mismo, que el préstamo es la causa de la venta. Por consiguiente, si el préstamo no se obtiene o no es válido, la venta no deja de existir (cf. París, 19 de marzo de 1981, D. 1981, IR, 443, con obser. de LARROUMET). Lo cierto es que casi siempre las partes habrán tenido el acierto de estipular una condición suspensiva.

De la misma manera que el préstamo no es la causa de la venta, esta tampoco es considerada por la jurisprudencia como la causa del préstamo, de lo cual se deduce que si la venta es nula o es susceptible de ser resuelta a causa de la inejecución de las obligaciones del vendedor, el préstamo no es menos válido y el comprador —prestatario— está obligado por consiguiente a reembolsar, según las estipulaciones del préstamo. (Cf. Civ. 1ª, 20 de noviembre de 1974, en *Bull. civ.*, 1, núm. 311 y Com., 14 de diciembre de 1977, en *Bull. civ.*, 4 núm. 293, en *Rép. not.*, 1978, 999, con obser. de AUBERT, ambos rendidos en casos en los cuales el vendedor había faltado a su obligación de entregar la cosa vendida, lo que justificaba la resolución de la venta; Com., 29 de mayo de 1980, en *J.C.P.*, 1980, pág. 301, 17 de diciembre de 1980, en *J.C.P.*, 1981, IV, pág. 90, 21 de diciembre de 1981, en *J.C.P.*, 1981, IV, pág. 96, a propósito de la nulidad de la venta hecha en contra de la reglamentación vigente)[383]. Para la Corte de Casación, la venta no es la causa del préstamo en razón de que este se justifica económicamente por el hecho de que el prestatario piensa lograr que los fondos se pongan a su disposición sin que se deba tomar en cuenta la razón por la cual él crea que ha de ser así. En otras palabras, la venta hace parte de los motivos y no de la causa de la obligación del prestatario. Estos motivos no son susceptibles de tener influencia sobre la validez del préstamo. Sin embargo, suponien-

[383] Cuando la venta se anula por infracción a la reglamentación de las ventas a crédito (decr. del 20 de mayo de 1955) y cuando el prestamista se asoció a esta infracción, la venta y el préstamo son igualmente nulos (cf. Com., del 26 de enero de 1971, en *Bull. civ.*, 4, núm. 27, 17 de octubre de 1977, en *Gaz. Pal.*, 1978, 37, 25 de febrero de 1986, en *J.C.P.*, 1986, pág. 130). Por lo tanto solamente en el caso en que nada se pueda reprochar al prestamista la jurisprudencia afirma la independencia del préstamo en relación con la venta. Sin embargo, inclusive en esta hipótesis, se admite que el prestamista, especialmente para escapar a la ejecución del préstamo o para obtener el reembolso inmediato de la suma dada por él al vendedor por cuenta del prestatario, tiene derecho a exigir la nulidad de la venta, como que se trata de una nulidad absoluta que puede ser invocada por cualquier persona interesada (cf. Com. del 1° de marzo de 1983, en *J.C.P.*, 1983, IV, pág. 159, D. 1983, IR, 268; Com., 13 de noviembre de 1984, en *J.C.P.*, 1985, IV, 33). Esto demuestra suficientemente la interdependencia entre la venta y el préstamo.

do que se rechace integrar la venta en la categoría de la causa de la obligación, eso no quiere decir sin embargo que no se pueda considerar por lo menos como la causa impulsiva y determinante del contrato de préstamo, puesto que este se hace con miras a la venta y no tiene razón de ser sin ella. De ahí por qué la mayoría de los autores han criticado, con justa razón, las soluciones de la jurisprudencia, tanto en el terreno de la causa de la obligación, como en el de la causa impulsiva y determinante[384].

478. *Leyes del 10 de enero de 1978 y del 13 de julio de 1979.* La jurisprudencia hostil a la interdependencia del préstamo y de la venta fue rota por el legislador en el campo particular del crédito para el consumo y en el del préstamo para la adquisición de inmuebles.

En efecto, en primer lugar se deduce de una ley del 10 de enero de 1978 relativa a la información y a la protección de los consumidores en el terreno de ciertas operaciones de crédito, que los contratos de venta y de préstamo están jurídicamente relacionados. Así, el contrato de venta o de prestación de servicios[385] debe precisar que el pago está asegurado por medio de un préstamo o de un crédito y que el comprador no está válidamente obligado con el vendedor mientras la oferta del préstamo que se le ha hecho no haya sido aceptada por él[386], de la misma manera que el vendedor no puede recibir ningún pago de parte del prestamista que actúe por cuenta del comprador mientras esta oferta no haya sido aceptada por este y que él no pueda estar obligado a entregar la cosa mientras no haya tenido aviso del otorgamiento del crédito al comprador (ley del 10 de enero de 1978, arts. 11 y 12). Así también, el contrato de venta o de prestación de servicios se extingue si el préstamo llega a no existir, especialmente porque el prestatario renunció a él dentro de los siete días siguientes, como tiene derecho a hacerlo (ley de 1978, art. 13)[387]. Con el fin de evitar que no se eludan estas disposiciones que vinculan la venta con la efectividad del préstamo, el art. 14 de la ley del 10 de enero de 1978 afirma la nulidad del compromiso de pagar al contado en caso de rechazo del préstamo. En la misma forma en que la ley de 1978 hace depender la venta del préstamo, ella también hace depender el préstamo de la venta, lo cual realiza una interdependencia entre los dos contratos. En efecto, por una parte, cuando se menciona en la oferta previa de préstamo que este tiene por objeto el financiamiento de una adquisición o de una prestación de servicios, "las obligaciones del prestatario no surten efecto sino a partir de la entrega del bien o del suministro de la prestación" y "cesan en caso de interrupción de esta" (ley del 10 de enero de 1978, art. 9°, inciso 1). De ello se infiere

[384] Sobre la causa impulsiva y determinante, v. *infra*, núms. 485 y ss.

[385] Las disposiciones de la ley del 10 de enero de 1978 no son adecuadas, en efecto, para la venta a crédito, en especial cuando el préstamo lo otorga una persona distinta del vendedor, pero ellas se refieren también a los contratos de arrendamiento de obra o de prestación de servicios cuando el precio se paga con la ayuda de un préstamo.

[386] En lo relativo a esta oferta de préstamo, v. *supra*, núm. 242.

[387] Sobre esta posibilidad de retractación, v. *supra*, núm. 243.

que el prestatario no está obligado a ejecutar sus obligaciones para con el prestamista mientras que el vendedor no haya procedido a la entrega de la cosa y de sus accesorios, en el sentido del art. 1615 del C. C. (cf. París, 29 de abril de 1987, D. 1987, IR, pág. 132, a propósito de la falta de entrega por el vendedor del certificado de matrícula del vehículo comprado mediante un préstamo). Por otra parte, el contrato de crédito "se resuelve o se anula de pleno derecho cuando el contrato con miras al cual se ha celebrado también se resuelve o se anula judicialmente", con la condición de que el prestamista haya intervenido en el proceso que enfrenta al vendedor y al comprador o que haya sido citado judicialmente por uno de los dos (ley del 10 de enero de 1978, art. 9°, incisos 2 y 3)[387 bis].

Aunque no consagra la misma técnica que la ley del 10 de enero de 1978, la ley del 13 de julio de 1979, relativa a la información y a la protección de los prestatarios en el campo inmobiliario, admite, sin embargo, la interdependencia entre el préstamo y la venta o el arrendamiento de obra cuando se trata de un préstamo destinado a financiar una adquisición inmobiliaria o un contrato de arrendamiento de obra, a condición de que este préstamo no sirva para el financiamiento "de un actividad profesional y especialmente la de personas físicas o jurídicas que, a título habitual, inclusive accesorio a otra actividad o en virtud de su objeto social procuran, bajo cualquier forma, inmuebles o fracciones de inmuebles, construidos o no, terminados o no, colectivos o individuales, en propiedad o en usufructo" (ley del 13 de julio de 1979, art. 2°). En efecto, del art. 9° de esta ley se deduce que "la oferta de préstamo siempre se acepta bajo la condición resolutoria de la no celebración, en el plazo de cuatro meses contados a partir de su aceptación, del contrato para el cual se ha solicitado el préstamo". De esta manera, el préstamo es dependiente de la venta, tanto más cuanto hasta la aceptación por parte del prestatario de la oferta hecha por el prestamista, este no puede hacer ningún pago al prestatario o por cuenta de este (ley de

[387 bis] En vez de utilizar un préstamo y una venta, las partes en la operación de crédito pueden concluir un arrendamiento acompañado por una promesa de venta en provecho del arrendatario. Se trata de un arrendamiento financiero que se inspira en el arrendamiento-venta, figura que es muy semejante al arrendamiento con opción de compra (*leasing*), acerca de lo cual véase *supra*, núm. 476 e *infra*, núm. 479. Un comprador A arrienda a un arrendatario B el bien comprado a un vendedor C, pero B puede comprar el bien a A, si utiliza la opción. Se debe admitir, por la misma razón que se aplica en cuanto al préstamo y a la venta, un vínculo entre la venta de C a A y el arrendamiento de A a B, de donde se infiere que si la venta es resuelta o anulada, el arrendamiento debe desaparecer, con fundamento en el art. 9° de la ley del 10 de enero de 1978. Sin embargo, en contra de lo que ha admitido la Corte de Casación (Civ. 1ª, 11 de febrero de 1986, D. 1986, pág. 541, con nota de GROSS, en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1987, 100, con obser. de MESTRE) la interdependencia entre los dos contratos no basta para permitir al arrendatario solicitar directamente la resolución de la venta contra el vendedor originario, si el bien tiene algún vicio o no está conforme con lo que debía ser. En efecto, fuera de la interdependencia, el principio del efecto relativo de los contratos no lo permite de ninguna manera. Ciertamente este principio pudo ser descartado en los acuerdos contractuales (v. *infra*, núm. 752). Pero no se trata de admitir la responsabilidad contractual entre partes extremas en un grupo de contratos.

1979, art. 8°). Pero la venta o el arrendamiento de obra también es dependiente del préstamo. Esto lo dispone el art. 17 de la ley del 13 de julio de 1979, en virtud del cual el acto en que se hace constar la adquisición o el arrendamiento de obra "se realiza bajo la condición suspensiva de la obtención del o de los préstamos que aseguran su financiación", condición suspensiva que no puede ser inferior a un mes (Crim. 27 de mayo de 1986, D. 1987, pág. 39, con nota de AUBERT)[387 ter]. Por consiguiente mediante la utilización del mecanismo de la condición suspensiva o resolutoria implícita se asegura la interdependencia de los dos contratos; de allí resulta que cada uno es la causa del otro.

479. *Arrendamiento financiero (leasing).* En el contrato de arrendamiento financiero, o arrendamiento con opción de compra, como en la venta cuyo pago del precio se financia por medio de un préstamo hecho por el comprador, hay una interdependencia manifiesta entre dos contratos que se sirven mutuamente de causa[388]. Por lo tanto, si la venta del bien al arrendador financiero se extingue a causa de su nulidad o de su resolución, el arrendamiento de este bien, otorgado por el arrendador financiero al arrendatario financiero, ya no tiene causa. En efecto, la obligación del arrendatario financiero de pagar el arrendamiento convenido ya no tiene contraprestación si, como consecuencia de la nulidad o de la resolución de la venta, el arrendador financiero está obligado a restituir la cosa al vendedor, lo que no le permite ejecutar su obligación de ponerla a disposición del arrendatario financiero. A la jurisprudencia se le ha planteado el problema de saber si el arrendamiento financiero debía ser anulado o resuelto por falta de causa en el caso en que la venta se anulara en razón de la no conformidad de la cosa con lo que buscaba su usuario o en razón de un vicio oculto que la hacía inadecuada para el uso a que estaba destinada. Es conveniente observar que la resolución de la venta por culpa del vendedor se fallará,

[387 ter] La condición suspensiva debe admitirse, en virtud del art. 18, inciso 2, inclusive si no se mencionó expresamente en el documento en que consta la venta o el arrendamiento de servicios, salvo si ella fue descartada en las condiciones previstas por el art. 18, inciso 1° (cf. Civ. 3ª, 10 de diciembre de 1986, en *J.C.P.*, 1987, IV, pág. 65, en *Rép. not.*, 1987, pág. 783, con obser. de AUBERT; Civ. 1ª, 10 de marzo de 1987, D. 1987, IR, 71; Crim., 10 de junio de 1987, en *J.C.P.*, 1987, IV, pág. 285). En cuanto a la noción de obtención de un préstamo, que constituye el objeto de la condición suspensiva en virtud del art. 17 de la ley del 13 de julio de 1979, v. Civ. 3ª, 18 de julio de 1986, en *J.C.P.*, 1986, IV, pág. 286, D. 1986, IR, pág. 418, en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1987, pág. 109, con obser. de RÉMY, que confirma una decisión del Tribunal de Apelación por la cual se consideró que la cláusula de un contrato que estipulaba que la falta de notificación por el comprador al vendedor de la negativa de préstamo equivalía a la obtención de este, es contraria a las disposiciones de orden público de la ley de 1979. Cf. AYNÈS, *La condition d'obtention d'un prêt dans une promesse unilatérale de vente*, D. 1988, *Chronique*, 283. En cuanto a la posibilidad de aplicar el art. 1178 del C. C. que presume cumplida la condición cuando el comprador no ha aceptado el préstamo o también cuando ha actuado de manera que sea rechazado por el prestamista (cf. Civ. 3ª, 4 de febrero de 1987, en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1988, pág. 543, con obser. de MESTRE).

[388] V. *supra*, núm. 476.

no a solicitud del comprador, es decir el arrendador financiero, sino a solicitud del arrendatario financiero. A decir verdad, este no es parte en el contrato de venta. Sin embargo, a causa de que el contrato de arrendamiento con opción de compra tiene que ver con una cosa que ha sido previamente escogida por el arrendatario financiero en cuyo interés la ha adquirido el arrendador para alquilársela con el beneficio de una promesa unilateral de venta, casi siempre se estipula que todos los derechos y acciones del arrendador financiero contra el vendedor relativos a la cosa vendida se transfieren al arrendatario financiero, quien se obliga a no intentar ningún recurso contra el arrendador financiero en razón de la no conformidad o de un vicio oculto de la cosa. La Corte de Casación ha respondido afirmativamente basándose en el art. 1131 del C. C. Esto se deduce en primer lugar, de una decisión de la sala comercial de la Corte del 4 de febrero de 1980 (*Bull. civ.* 4, núm. 52, D. 1980, IR, 565 con obser. de LARROUMET), según la cual "si el contrato de venta queda resuelto, como el contrato de arrendamiento financiero concluido para financiar la venta se extingue retroactivamente a consecuencia de esta resolución, es nulo por falta de causa". En segundo lugar, la primera sala civil ha casado decisiones de tribunales de apelación que se habían negado a decretar la resolución del arrendamiento financiero en virtud de la resolución de la venta; pues los jueces de fondo habían afirmado la independencia de cada contrato con relación al otro, mientras que para la Corte de Casación "la resolución de la venta tiene como consecuencia privar de causa al contrato de arrendamiento financiero que recae sobre el bien vendido, puesto que el pago del alquiler ya no tiene contraprestación". (Civ. 1ª, 3 de marzo de 1982, en *J.C.P.*, 1983, II, 20115, D. 1982, IR, pág. 268, en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1983, pág. 152, con obser. de RÉMY. V. también, Civ. 1ª, 11 de diciembre de 1985, en *J.C.P.*, 1986, IV, pág. 71, en *Rép. not.* 1986, pág. 591, con obser. de HONORAT; París, 12 de julio de 1988, D. 1988, IR, pág. 235)[389].

Sin embargo, decisiones más recientes de la sala comercial ponen de manifiesto un viraje de la jurisprudencia de esta sección de la Corte de Casación. En efecto, basándose en que como contraprestación de la cláusula de no recurrir contra el arrendador financiero en razón de la no conformidad o de los vicios de la cosa estipulada frente al arrendatario financiero, el arrendador financiero había trasferido a este último sus derechos y acciones contra el vendedor, la sala comercial consideró que las obligaciones del arrendatario financiero no estaban desprovistas de causa en caso de que la venta se hubiera resuelto (Com., 15 de marzo de 1983, *Bull, civ.*, 4, núm. 103, en *J.C.P.*, 1983, II, 20115 en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1983, 758 con obser. de

[389] Para la sala comercial, la resolución de la venta implica la *nulidad* del arrendamiento financiero, mientras que para la primera sala civil implica la resolución de este. La diferencia es formal, ya que los efectos de la nulidad y de la resolución son los mismos. Sin embargo, la solución de la sala comercial parece más ortodoxa en virtud de que, como consecuencia de la extinción retroactiva de la venta, el arrendamiento financiero viene a carecer de causa desde el principio, mientras que la resolución sanciona la inejecución imputable a una de las partes, de su obligación, lo cual no es el caso, puesto que se trata más bien de una imposibilidad de ejecución.

RÉMY; Com., 15 de enero de 1985, en *J.C.P.*, 1985, IV, 119; Com., 9 de enero de 1990, D. 1990, IR, pág. 46). Esta solución no se puede justificar si conforme a la opinión predominante, que es la de la Corte de Casación, se ve en el arrendamiento financiero una venta seguida de un arrendamiento acompañado por una promesa unilateral de venta. En efecto, la transmisión de los derechos y acciones del arrendador financiero contra el vendedor, al arrendatario financiero, no será suficiente para caracterizar la contraprestación del arrendamiento, si el usuario está privado del goce de la cosa y de la posibilidad de comprarla al término del contrato de arrendamiento, conforme a la estructura del contrato (cf. Dijon, 2 de septiembre de 1986, en *J.C.P.*, 1987, II, 20865). Este ya carece de finalidad y solo hay una operación en blanco. La cláusula de no recurso del arrendatario financiero contra el arrendador financiero no podrá cambiar nada, porque si ella tiene por objeto no poner a cargo de este las obligaciones que pesan normalmente sobre un arrendador, ella no podrá abarcar la nulidad del contrato por falta de causa ni, por consiguiente, prohibirle al arrendatario financiero accionar contra el arrendador para hacer constar la extinción del arrendamiento financiero después de la resolución de la venta. Como la venta se resuelve y la cosa se restituye al vendedor, y el precio se restituye al comprador, es decir al arrendador financiero, el pago de los arrendamientos se hace sin contraprestación, de lo cual se deduce que la causa de la obligación del arrendatario financiero viene a faltar, porque el contrato de arrendamiento financiero solo se justifica económicamente cuando una cosa se pone a su disposición.

Sin embargo, las partes contratantes del arrendamiento financiero pueden mediante estipulaciones adecuadas, poner a cargo del arrendatario financiero las consecuencias de la resolución de la venta por su iniciativa sin poner, no obstante, en discusión la desaparición del arrendamiento financiero en virtud de la resolución de la venta (cf. a propósito de una cláusula en virtud de la cual el arrendatario financiero se compromete a garantizar al arrendador financiero la cantidad de todo lo que le es debido por el vendedor a consecuencia de la resolución de la venta, sala mixta, 3 de marzo de 1989, en *Bull. civ.*, sala mixta, núm. 1, D. 1990, pág. 301, con nota de DUPUIS-TOUBOL)[389 bis].

[389 bis] La nulidad del arrendamiento con opción de compra por falta de causa, en razón de la resolución de la venta, deberá ordinariamente acarrear la ineficacia de la cláusula de garantía estipulada en el contrato de arrendamiento financiero. En efecto, la nulidad de un contrato implica, en principio, la extinción retroactiva de todas las estipulaciones que contiene (v. *infra*, núm. 572). No obstante, es conforme con la voluntad de las partes contratantes en el arrendamiento financiero hacer producir efecto a la cláusula de garantía estipulada a cargo del arrendatario financiero, a pesar de la extinción del arrendamiento, puesto que la cláusula no debe funcionar sino en el caso de la resolución de la venta por iniciativa del arrendatario-financiero. Así, pues, ella debe ser autónoma en relación con el contrato en el cual se ha estipulado, en el sentido de que la nulidad de este no debe implicar, salvo alguna excepción, la nulidad de aquella.

b') Contratos a título gratuito

480. *Causa del contrato y causa de la obligación.* Es especialmente con respecto a los contratos a título gratuito que las críticas de los anticausalistas han tenido mayor resonancia. En efecto, si la causa de la obligación en tales contratos se debe reducir a la intención liberal, es evidente que basta comprobar la ausencia de voluntad para anular el contrato y que no es necesario recurrir a la noción de causa. De donde se deduce que si existe la voluntad, la causa existe obligatoriamente; si, por el contrario, falta la intención liberal, no hay voluntad de hacer un contrato a título gratuito.

Con todo, las críticas de los anticausalistas en lo tocante a la noción de causa en materia de contratos a título gratuito, han permitido, por una parte, profundizar este concepto y salir del estrecho marco de la causa de la obligación y de sus evidentes deficiencias para deducir la noción de causa del contrato. Sin embargo, no se trata ya de comprobar la existencia o la falta de la causa para pensar que el contrato es nulo, sino que se trata de apreciar la validez de una causa que existe[390].

Por otra parte, la intención liberal no es simplemente la voluntad de contratar. Es la voluntad de contratar a título gratuito, lo que no es lo mismo. Por lo demás, la voluntad de contratar considerada en abstracto no tiene ningún significado. O uno de los contratantes se compromete a título oneroso, porque espera una contraprestación o porque quiere confirmar contractualmente una obligación preexistente; o piensa comprometerse para prestar un servicio a otro o para gratificar a otro. Es la noción de causa de la obligación la que permite determinar la naturaleza del compromiso contraído. La voluntad de contratar no calificada no lo permite en realidad. Por consiguiente, la causa de la obligación es un instrumento de calificación de los contratos que es irremplazable[390 bis]. Ella permite determinar cuándo un contrato es a título oneroso y cuándo a título gratuito[390 ter], de la misma

[390] V. *infra*, núms. 485 y ss.

[390 bis] De este modo, el recurso del fiador contra el deudor principal es impuesto por la naturaleza de su compromiso para con el acreedor, cuya causa debe buscarse en las relaciones del fiador con el deudor principal (v. *infra*, núm. 484). Si el fiador ha querido empobrecerse al pagar la deuda ajena, todo recurso debe excluirse, porque hay intención liberal, característica de una donación indirecta (cf. Civ. 1ª, 17 de noviembre de 1987, en *Bull. civ.* 1, núm. 297, D. 1988, Somm. 275, con obser. de AYNÉS, en *Rép. not.*, 1988, 1251, con obser. de CHAMPENOIS). Si se tiene la voluntad de prestarle un servicio a otro sin empobrecerse, hay contrato de servicios gratuitos o de beneficencia, y el recurso debe admitirse. También se debe admitir si el fiador se comprometió a título oneroso, salvo si este compromiso tiene por objeto extinguir una deuda del fiador para con el deudor principal.

[390 ter] La calificación de un acto a título gratuito y, en particular, de una donación depende de la prueba de la intención liberal. A quien la invoca corresponde probarla. Cuando la donación está disfrazada con la apariencia de un acto a título oneroso (sobre la simulación, v. *infra*, núms. 766 y ss.), corresponde a quien invoca la intención liberal no solamente probarla, sino también probar la simulación, ya que la intención liberal no puede deducirse de la sola abstención de la otra parte en reclamar el pago del precio estipulado en el acto o documento aparente (cf. París, 8 de abril de 1987, D. 1987, IR, 120). Puede ocurrir que los jueces excluyan la intención liberal de una manera demasiado laxa o conciliadora, en

manera que permite decidir cuándo el contrato es sinalagmático y cuándo no lo es.

b) El acto abstracto en derecho francés

481. *Operaciones bilaterales y operaciones entre tres personas.* Sabemos que ciertos sistemas jurídicos extranjeros admiten la validez de una promesa separada de su causa; de esto se deduce que no solamente la posible ausencia de causa no impide considerar que el compromiso se haya contraído válidamente, sino también que lo ilícito o lo inmoral de la causa no se sanciona con la nulidad del compromiso. Además del derecho alemán[391], es también el mismo caso del *common law* inglés[392]. Al contrario, en derecho francés, las disposiciones del art. 1131 del C. C., respecto a las cuales no hay duda de que son imperativas, como todas las referentes a las condiciones generales de la validez de los contratos, no permiten aceptar la validez del compromiso abstracto en caso de que los contratantes decidan separar el compromiso del deudor, de su causa. No hay duda que la aceptación generalizada del acto abstracto convertiría en letra muerta el art. 1131 del C. C., lo cual no se puede concebir. Por lo demás, en derecho alemán, la aceptación del acto abstracto no se deriva tanto de la ausencia de disposición del Código Civil en lo que atañe a la causa, sino más bien de los textos particulares que la consagran en ciertos casos, de donde se deduce que la promesa abstracta constituye una excepción a los principios del derecho común. En derecho francés, esas disposiciones especiales derogatorias del derecho común no existen. Por otra parte, en derecho alemán, las consecuencias injustas del acto abstracto se corrigen con la teoría de las *condictiones*[393]. Pero esta teoría no se conoce en derecho francés, el cual solo ha consagrado en la

---

el sentido de que el interés de quien dispone en favor de otro los conduce a considerar que no obró a título gratuito, mientras que cuando falta una contraprestación avaluable en dinero es difícil negar la intención liberal (cf. Civ. 1ª, 1° de marzo de 1988, en *Bull. civ.* I, núm. 52, D. 1988, IR, 73, *Rép. not.*, 1988, 1402, con obser. de HONORAT, en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1988, pág. 800, con obser. de PATARIN, en *J.C.P.*, 1989, II, 21373, con nota de BEHAR-TOUCHAIS, con respecto al aporte de un inmueble a una asociación, habiendo renunciado el aportante a su derecho de devolución en caso de que la asociación fuera disuelta, lo que podía constituir una liberalidad o donación. Los jueces se fundaron, de una manera muy deficiente, sobre la ventaja o provecho que el aportante podía encontrar en el hecho de que la asociación administrara una escuela libre, conforme a sus convicciones, para negar la intención liberal. Por lo tanto, la intención liberal no existe por sí misma y aislada de su contexto. El provecho no valorable en dinero que se puede alcanzar con una liberalidad no permite descalificarla como acto a título oneroso).

391 V. *supra*, núm. 443.

392 En derecho inglés, el *deed*, que es un compromiso unilateral de voluntad contraído en una forma determinada y sancionado una vez puesto en circulación, es al mismo tiempo un compromiso abstracto. Es cierto que la noción de causa de la obligación no existe según el *common law*; pero, por una parte, el *deed* corresponde a la noción de compromiso abstracto en los sistemas civilistas, y, por otra parte, la exigencia de una *consideration* no se requiere en cuanto al *deed* ya que este consiste en un compromiso formal (*under seal*).

393 V. *supra*, núms. 442 y 443.

jurisprudencia y no en la ley, el enriquecimiento sin causa, cuya noción es sumamente estrecha[394].

Sin embargo, si no hay duda de que el acto abstracto no existe en derecho francés en lo tocante a la promesa que supone relaciones exclusivamente bilaterales, esto es, entre un acreedor y un deudor y cuya causa se debe buscar solo en las relaciones que existen entre las dos partes del acto jurídico, de ninguna manera es cierto que ocurra lo mismo en lo tocante, sea a las operaciones entre tres personas[395], sea inclusive en lo referente a un acto jurídico bilateral en el cual la causa de la obligación del deudor se debe buscar en las relaciones de este con una tercera persona que no es parte del acto jurídico. En efecto, en tres situaciones el acto abstracto podría explicar que el deudor no puede invocar para con el acreedor medios de defensa que dependan de la causa de su compromiso los cuales se derivarían de sus relaciones con una tercera persona. Es lo que se denomina la inoponibilidad de las excepciones. De allí se deduciría que el acto abstracto, a pesar de no estar expresamente consagrado por la ley, no sería desconocido en derecho francés, aunque sus aplicaciones sean muy limitadas. Estas aplicaciones se refieren a la delegación, al compromiso del deudor en un título negociable y, más específicamente, a los títulos valores, y finalmente, a la fianza. Se trata de operaciones complejas de las cuales unas suponen un entrelazamiento de las relaciones jurídicas entre varias personas, aunque el compromiso del deudor resulte de un acto puramente bilateral (fianza) y otras constituyen una variedad particular de operaciones entre tres personas (delegación, título negociable). Sin embargo, por una parte, no todos los contratos que suponen relaciones jurídicas entre varias personas engendran compromisos abstractos[396] y, por otra parte, no todas las operaciones jurídicas entre tres personas son operaciones abstractas[397].

482. *La delegación.* La delegación fue descrita anteriormente y será estudiada después en el marco de los procedimientos que llevan a cabo la extinción de una relación obligacional[398]. Por el momento, nos bastará considerar su carácter abstracto. La gran mayoría de los autores franceses afirman, en efecto, que la delegación es una operación abstracta. En cuanto

394 Sobre el enriquecimiento sin causa véase tomo 4.

395 En cuanto a las operaciones jurídicas entre tres personas, v. *supra*, núms. 78 y ss.

396 Así, en el financiamiento de una adquisición por medio de un préstamo, hay un entrelazamiento o una superposición de relaciones jurídicas entre el prestamista, el prestatario-comprador y el vendedor (v. *supra*, núms. 476 y ss.). Pero la operación económica que resulta de la superposición de dos contratos no entraña ningún compromiso abstracto, aunque la jurisprudencia se haya negado a vincular jurídicamente los dos contratos. De la misma manera, en el arrendamiento financiero o *leasing* hay entrelazamiento de relaciones jurídicas entre el vendedor, el arrendador financiero y el arrendatario financiero. (V. *supra*, núms. 476 y 479). Sin embargo, el compromiso del arrendatario financiero con el arrendador financiero no es abstracto.

397 Por ejemplo, la estipulación en favor de un tercero (sobre la cual, v. *supra*, núm. 82 e *infra*, núms. 796 y ss.) no es una operación abstracta y el promitente puede prevalerse frente al beneficiario de las excepciones y medios de defensa que saca de sus relaciones con el estipulante en las cuales se encuentra la causa de su compromiso.

398 V. *supra*, núm. 79 y t. 4.

a la jurisprudencia, esta considera que las excepciones y los medios de defensa que surgen de las relaciones entre delegado y delegante son inoponibles por el primero al delegatario, lo que concuerda perfectamente con la noción de compromiso abstracto del delegado. En efecto, la causa del compromiso del delegado para con el delegatario se debe buscar en las relaciones del delegado con el delegante. Por lo tanto, si por una u otra razón el delegado dejare de ser el deudor del delegante, él no debería serlo tampoco del delegatario. Por ejemplo, si el contrato celebrado entre el delegado y el delegante quedara nulo o resuelto, la obligación del delegado para con el delegatario vendría a carecer de causa. Ahora bien, no se admite que el delegado pueda hacer nugatoria la ejecución de su obligación para con el delegatario obteniendo un medio de defensa originado en sus relaciones con el delegante. Tenemos, pues, que este compromiso es válido fuera de cualquier referencia a su causa. Se trata de un compromiso abstracto.

Es evidente que esta solución no está en armonía con la exigencia del art. 1131 del C. C. Sin embargo, el carácter abstracto de la delegación está conforme con la tradición. En derecho romano era un contrato abstracto como muchos otros. El derecho antiguo lo tomó del derecho romano y POTHIER proclama (*Obligaciones*, núm. 566) el principio de la inoponibilidad de las excepciones. Ahora bien, la tradición ha sido más fuerte que la generalidad del principio enunciado en el art. 1131 y nuestro derecho ha reafirmado la inoponibilidad de las excepciones, aunque ella no se encuentre enunciada en ningún artículo del Código Civil. A la costumbre *contra legem* vienen a agregarse otros argumentos que militan en favor del carácter abstracto de la delegación. Se trata de una operación que casi siempre se utiliza para conceder al acreedor una situación inatacable y esto por varias razones.

En primer lugar, la delegación sirve esencialmente para realizar una operación de crédito. El delegatario no consiente dar crédito al delegado y al delegante sino cuando puede tener la certeza de que se le pagará al vencimiento, sin que se le opongan excepciones surgidas de las relaciones entre delegado y delegante. En segundo lugar, el delegatario ignora el grado del vínculo jurídico que une al delegado con el delegante. Pero la delegación supone, para que se forme válidamente, que el delegatario acepte el compromiso que ha adquirido para con él el delegado por orden del delegante. No hay ninguna razón para aceptar si sabe que el pago por parte del delegado corre el riesgo de ser aleatorio y debe depender de las relaciones que existen entre el delegado y el delegante. Por consiguiente, si el derecho moderno ha conservado el carácter abstracto de la delegación, esta ya no corresponde a las mismas razones del derecho romano. Ya no se trata de pensar que el compromiso contraído según la forma prescrita, lo que en derecho romano no era exclusivo de la delegación, es siempre serio y, por tanto, válido. Por fuera de toda forma, se trata de garantizar una situación segura al acreedor, por las razones que se han analizado.

433. *El título negociable abstracto.* El ejemplo más perfecto de título negociable abstracto es el de la letra de cambio[399], en virtud de la cual el girador da la orden al girado de comprometerse con el beneficiario o con cualquier otra persona que lo sustituya mediante la negociación del título, es decir, mediante su transmisión por medio de la cláusula a la orden o de la cláusula al portador. Si el girado queda obligado así al pago de la letra de cambio en favor del beneficiario, de un portador o un endosatario, todo endosante o portador que trasmita el título quedará obligado de la misma manera con los endosatarios o portadores posteriores. Ahora bien, estamos más o menos de acuerdo en considerar que la aceptación de una letra de cambio por parte del girado constituye un compromiso abstracto lo mismo que el compromiso de un endosante o de un portador para con el endosatario o un portador posterior. La inoponibilidad de las excepciones o por lo menos de algunas de ellas se justificará de este modo con la noción de acto abstracto. En efecto, el girado no puede deducir de sus relaciones con el girador medios para anular su compromiso con el beneficiario o con un portador de la letra. De la misma manera, un endosante o un portador anterior no puede aprovechar sus relaciones con aquel a quien ha traspasado el título para no cumplir con un endosatario o un portador posterior. Sin embargo, aquí también, como en la delegación, la causa del compromiso del girado para con el beneficiario se debe buscar en sus relaciones con el girador y la causa del compromiso de cada portador o endosante para con un portador posterior o un endosatario, también debe buscarse en las relaciones del primero con aquel a quien ha traspasado el título. Hay, pues, una cadena de compromisos abstractos que se manifiesta en la medida en que va circulando el título.

No obstante, la letra de cambio y más generalmente el título negociable abstracto no se puede reducir pura y simplemente a la delegación, como a veces se ha pretendido. En efecto, el mecanismo relativamente simple de la delegación es impotente para explicar las creaciones sucesivas de obligaciones cambiarias[400]. La obligación cambiaria es, pues, una obligación compleja. En efecto, el deudor cambiario tiene una obligación abstracta en sus relaciones con los que ignoran el contenido de sus relaciones con el que ha provocado su compromiso y, a este respecto, es indiscutible que hay una analogía entre el compromiso cambiario y el compromiso del delegado. Pero el deudor cambiario está también obligado según las reglas del derecho cambiario para con el acreedor inmediato a quien se entrega el título y por este aspecto la obligación cambiaria no es una obligación abstracta. Así, la emisión de una letra de cambio por parte del girador obliga al girado que acepte con respecto al beneficiario. El compromiso del girado que acepta es un compromiso abstracto con el beneficiario, que ignora el contenido

[399] Sobre la cual v. *supra*, núm. 82.

[400] La palabra viene de *cambium*, que significa cambio. El compromiso cambiario es el compromiso que resulta de una letra de cambio o de un título negociable que se le asemeja.

de las relaciones entre el girador y el girado. Pero la emisión de la letra de cambio obliga cambiariamente al girador con el beneficiario. El girador estaba de antemano obligado con el beneficiario y por esta razón le procuró el compromiso del girado; de donde se deduce que la emisión de un título tiene por objeto extinguir dos deudas, la del girado con el girador y la del girador con el beneficiario[401]. Con todo, a la obligación anterior del girador para con el beneficiario viene a superponerse una obligación cambiaria de este mismo girador con el beneficiario, de donde se deduce que queda obligado de dos maneras diferentes con respecto a él. Ahora bien, la obligación cambiaria del girador es más severa que su obligación anterior. Pero ella no es, sin embargo, una obligación abstracta, pues queda afectada por las excepciones y por los medios de defensa de la obligación anterior. Únicamente la obligación del girado con el beneficiario que también es una obligación cambiaria, proviene de un compromiso abstracto. Así también, cuando el beneficiario trasmite el título a uno de sus acreedores, trasmite no solo el compromiso del girado, sino también el del girador. El compromiso del girado sigue siendo para con el nuevo portador un compromiso abstracto como lo era con el beneficiario endosante. Pero el compromiso del girador, que no era abstracto en relación con el beneficiario, llega a serlo con el endosatario que ignora el contenido de las relaciones entre el girador y el primer beneficiario. En cuanto al beneficiario endosante, estará obligado cambiariamente con el endosatario, pero su compromiso ya no será abstracto en sus relaciones con este. No llegará a serlo sino con un nuevo endosatario al cual le será trasmitido el título por el endosatario anterior, quien estará obligado cambiariamente, pero no abstractamente, con el nuevo endosatario. La letra de cambio es un título destinado a circular. Todos los que estampan su firma en el título quedan obligados con un compromiso cambiario. Pero el compromiso cambiario no es al mismo tiempo un compromiso abstracto sino cuando se trata de relaciones diferentes de las que existen entre el acreedor y el deudor inmediatos.

Si la emisión de un título negociable constituye una operación mucho más compleja que la delegación, no es menos cierto que las razones por las cuales la delegación aparece como una obligación abstracta valen también para el compromiso cambiario cuando es abstracto. Sin embargo, a diferencia de la delegación en la cual la supervivencia de un anacronismo permitió considerarla simple y llanamente como abstracta, en los títulos negociables la regla de la inoponibilidad de las excepciones se estableció por sí misma con arreglo a las necesidades de la práctica y del crédito y solo posteriormente se pensó en recurrir a la noción de acto abstracto para justificarla.

484. *La fianza.* El contrato de fianza[402], contrariamente a lo que parece, no es una operación jurídica entre tres personas. Se trata de un contrato

[401] El crédito del girador contra el girado es la *provisión* de la letra de cambio, mientras que el crédito del beneficiario con el girador es el *valor suministrado*.

[402] En relación con el cual v. el vol. sobre *Les sûretés*.

en virtud del cual una persona, a saber, el fiador, se compromete con el acreedor de otra persona a garantizar el pago de la deuda de esta última, que recibe el nombre de deudor principal. Ahora bien, el deudor principal no solo no es parte en el contrato de fianza, sino que tampoco llega a ser ni deudor ni acreedor en virtud de este contrato. Sin embargo, esto no impide pensar que el fiador se compromete con el acreedor teniendo en cuenta sus relaciones con el deudor principal. Por consiguiente, es en las relaciones entre el fiador y el deudor principal en donde se debe buscar la causa del compromiso del fiador con el acreedor. Se ha admitido que el fiador no puede prevalerse para con el acreedor de sus relaciones con el deudor principal para sustraerse a la ejecución de su obligación de garantía. De aquí se deduce también una inoponibilidad de las excepciones. La mayoría de los autores justifican la inoponibilidad al acreedor de las excepciones surgidas de los vínculos entre el fiador y el deudor principal por el carácter abstracto del compromiso del fiador, puesto que el acreedor ignora el contenido de estas relaciones y mientras que la fianza es un contrato al servicio de una operación de crédito. En efecto, es porque el acreedor da crédito al deudor principal por lo que él piensa que la deuda de este queda garantizada con el compromiso del fiador. Efectivamente, aquí encontramos de nuevo las razones que justifican el carácter abstracto de una obligación.

No basta, como se ha pretendido[403], pensar que la relación entre el fiador y el deudor principal es *res inter alios acta* con relación al acreedor. El principio del efecto relativo a los contratos[404], no puede justificar la inoponibilidad al acreedor de las excepciones surgidas en las relaciones entre el fiador y el deudor principal. Por una parte, este principio tiene solamente como consecuencia no permitir, salvo alguna excepción, que un tercero se convierta en acreedor o deudor en virtud de un contrato del cual no hace parte este tercero. Aquí se trata de un problema totalmente diferente; en efecto, se trata de buscar en las relaciones entre el deudor principal y el fiador la causa del compromiso de este con el acreedor. Por otra parte, si el principio del efecto relativo de los contratos tuviera como consecuencia impedir prevalerse de una relación contractual en la cual se sitúa la causa del compromiso que resulta de otro contrato, nunca sería posible afirmar una interdependencia implícita entre dos contratos; pero sabemos que esto no es así[405]. Al fin y al cabo, justificar la inoponibilidad de las excepciones en el contrato de fianza por el efecto relativo de los contratos, es confundir el efecto relativo con la oponibilidad del contrato a terceros[406]. Por lo general, un contrato es oponible a terceros, y de ahí se deduce que

[403] Esta era la opinión que habíamos defendido en otra época en *Les opérations juridiques à trois personnes*, tesis, Bordeaux, 1968, núm. 8, pág. 16 y núm. 220, nota 1, pág. 525.

[404] Sobre el cual v. *infra*, núms. 742 y 775.

[405] V. *supra*, núms. 476 y 479 en lo relativo al arrendamiento financiero especialmente.

[406] Sobre la distinción entre el efecto relativo del contrato y su oponibilidad a terceros, v. *infra*, núms. 742, 743 y 744.

un deudor puede prevalerse de estipulaciones de un contrato concluido con otra persona para oponerse a la ejecución de su compromiso. Otra cosa ocurre cuando se trata de la fianza, porque el compromiso del fiador es un compromiso abstracto. La noción de obligación abstracta es la que impide al fiador oponer al acreedor el contenido de sus relaciones con el deudor principal.

Sin embargo, si el compromiso del fiador es un compromiso abstracto, es también un compromiso accesorio y a veces subsidiario[407]. Del carácter subsidiario de la obligación del fiador se deduce que este está obligado a pagar solamente cuando el deudor principal es insolvente. En cuanto al carácter accesorio del compromiso del fiador de ello se deduce que el fiador solo está obligado con el acreedor cuando el deudor principal está igualmente obligado y únicamente en la medida de la obligación del deudor principal. Por lo tanto, el fiador tiene derecho a oponer al acreedor las excepciones y medios de defensa surgidos de las relaciones entre este y el deudor principal, aunque ciertas excepciones personales del deudor principal no puedan ser invocadas por el fiador[408]. En otras palabras, no hay que confundir, en cuanto concierne a las excepciones que puede o no puede oponer el fiador, las que son inoponibles, en virtud del carácter abstracto de su obligación y que se refieren a sus relaciones del acreedor con el deudor principal, con las que son oponibles en virtud del carácter accesorio de su obligación y que se refieren a las relaciones del acreedor con el deudor principal. El carácter accesorio de la fianza no desaparece, y, por consiguiente, las excepciones surgidas de las relaciones del acreedor y del deudor principal no son inoponibles por el fiador, sino cuando su compromiso se separe de la obligación principal, que es lo que ocurre en la carta de garantía, también llamada garantía autónoma o independiente o garantía a primera solicitud [*garantie à premièr demande*][409]. En esta situación, el compromiso del garante sigue siendo un compromiso abstracto, pero ya no es un compromiso accesorio.

§ 2. APRECIACIÓN DE LA CONFORMIDAD DE LA CAUSA CON EL ORDEN PÚBLICO Y CON LAS BUENAS COSTUMBRES (LA CAUSA DEL CONTRATO)

485. *Causa ilícita o inmoral.* Cuando una obligación contractual está provista de una causa que la justifica económicamente, de ello no se deduce, sin embargo, que el contrato esté válidamente formado. En efecto, según el art. 1131 del C. C., no basta que la obligación tenga una causa que no sea falsa, sino que es necesario también que la causa no sea ilícita. El art. 1133 precisa qué se debe entender por causa ilícita. De este artículo se deduce que "la causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público". A la causa ilícita

[407] Cuando la fianza es solidaria, la obligación del fiador no es subsidiaria pero sigue siendo accesoria, en principio.

[408] Véase el vol. sobre *Les sûretés*.

[409] Sobre esta garantía, véase el vol. sobre *Les sûretés*.

propiamente dicha, o sea aquella que está prohibida por la ley o que es contraria al orden público, se opone la causa inmoral, o sea, la que es contraria a las buenas costumbres. La distinción entre causa ilícita y causa inmoral no tiene consecuencias en lo tocante al régimen jurídico de la acción de nulidad y de las condiciones de la nulidad. Independientemente de que las consecuencias de la nulidad por causa inmoral puedan no siempre ser las mismas de la nulidad por causa ilícita[410], el interés esencial de la distinción de la causa inmoral y de la causa ilícita consiste en determinar la extensión del poder de control del juez en cuanto a la validez de la causa. En efecto, el juez controlará la licitud de la causa no solamente a la luz de lo que permite la ley y de lo que prohíbe el orden público, sino también a la luz de las buenas costumbres, es decir, de consideraciones de orden moral. Por lo demás, el art. 1133 del C. C. autoriza al juez para ejercer un control completo de la licitud de la causa.

Según los autores modernos, aprobados por la jurisprudencia, cuando se trata de apreciar la licitud de la causa, ya no se trata de la causa de la obligación, sino de otra noción de la causa cuya función no es la misma que la de la causa de la obligación. Es la causa del contrato, que también se llama a veces causa impulsiva y determinante o motivos principales y determinantes. (Cf. Civ. 1ª, 12 de julio de 1989, D. 1989, IR, 216, en *J.C.P.*, 1989, IV, 348). Vamos a ver primero, como se ha deducido la noción de causa del contrato y luego determinaremos en qué condiciones la causa ilícita o inmoral implica la nulidad del contrato.

A) Noción de causa del contrato

486. *Insuficiencia de la doctrina clásica de la causa de la obligación.* Dentro de la doctrina clásica sabemos que se hacía una distinción fundamental entre causa y motivos, y mientras se debía tener en cuenta la primera, se debían pasar por alto los segundos, que de ninguna manera tenían que influir en la validez del contrato[411]. Ahora bien, la causa de la obligación que acabamos de estudiar, por sí sola no puede ser ilícita o inmoral, a menos que evidentemente el objeto de la otra obligación, en un contrato sinalagmático, sea, él mismo, ilícito o inmoral. Sobre todo, en un contrato a título gratuito, la causa de la obligación que constituye la intención liberal, no puede ser jamás en sí misma ilícita o inmoral. En efecto, una de dos cosas: o se quiere gratificar o no se quiere gratificar. La simple intención liberal no tiene en sí misma ningún matiz moral. Por lo tanto, la doctrina clásica, que se niega a tener en cuenta los motivos, no permite de ninguna manera formular un juicio de valor sobre la causa de la obligación para saber si está conforme con la ley, con el orden público o con las buenas costumbres.

[410] En efecto, la distinción podría tener interés en lo relativo a la aplicación de la regla *nemo auditor propiam turpitudinem allegans*, la cual tiene que ver con las consecuencias de la nulidad, v. *infra*, núms. 580 y 581.

[411] V. *supra*, núm. 457.

En consecuencia, al contrario de la causa de la obligación, que no abarca los motivos, es en ellos donde debe buscarse la causa del contrato. En esta forma se pondrá en claro la utilidad de la noción.

1. *Motivos y causa del contrato*

487. *Integración de los motivos a la causa.* Para apreciar la validez de la causa frente a la ley o la moralidad pública, hay que ir más allá de la causa de la obligación, para tomar en cuenta los motivos, yendo en contra de lo que estableció la doctrina clásica. En efecto, únicamente los motivos que impulsan a un individuo a comprometerse son los que pueden tener matices morales. Esto es lo que hace la jurisprudencia cuando anula contratos con el pretexto de que uno de los contratantes o ambos persiguen un fin inmoral[412]. La jurisprudencia efectivamente va más allá de la causa de la obligación tal como la hemos explicado, para tener en cuenta los motivos. Ahora bien, son precisamente estos motivos los que constituyen la causa del contrato, por oposición a la causa de la obligación.

¿Se pretenderá que el hecho de tomar en cuenta los motivos es un factor de inestabilidad del contrato que va contra la seguridad de las transacciones? En efecto, a la inversa de la causa de la obligación que es siempre la misma para una categoría de contratos, los motivos son infinitamente variables. Esta es precisamente la razón por la cual la doctrina clásica de la causa se negaba a incluirlos en la causa. En esto nunca la ha seguido la jurisprudencia.

Sin embargo, es preciso ver, en primer lugar, que de nada serviría afirmar en el Código Civil que la obligación sobre una causa ilícita no puede tener ningún efecto, si los motivos no se deben incluir en la causa, puesto que no es la causa de la obligación en sí la que puede ser ilícita o inmoral. Ella es neutra desde el punto de vista de la moral o del orden público. Ciertamente, hemos visto que en un contrato sinalagmático, cuando el objeto de una obligación era ilícito o inmoral, la causa de la otra obligación podía también aparecer como ilícita o inmoral. Pero en un caso de estos, la nulidad por ilicitud de la causa no aporta nada nuevo en relación con la nulidad por ilicitud del objeto, y tanto más en cuanto que la nulidad es de orden público y cada uno de los contratantes tiene derecho a invocarla. Sobre todo, el imperativo de la seguridad de las transacciones debe ser puesto en dificultades cuando la celebración del contrato corresponde a la persecución de un fin ilícito o inmoral. Este imperativo no constituye un dogma intangible contra el cual nunca se debe atentar. Ya no tiene razón de ser cuando conduce a resultados contrarios a los que permite la ley o la moralidad pública.

En segundo lugar, cualquier motivo de un contratante no puede constituir la causa del contrato. Si las razones que se pueden tener para celebrar el contrato son múltiples, ello no significa que todas puedan situarse en un

[412] V. *infra*, núms. 489 y ss.

mismo plano. Hay una jerarquía necesaria entre los motivos, pues algunos de ellos son más importantes que otros. Ahora bien, únicamente los motivos principales y determinantes del acto de voluntad se pueden tomar en consideración para constituir la causa del contrato; de ahí su nombre de causa impulsiva y determinante que a veces emplea la jurisprudencia. En realidad hay que reconocer que no siempre es fácil establecer una jerarquía entre los motivos. Con todo, corresponde a los jueces a la luz de todas las circunstancias propias de cada caso, determinar lo que es esencial y lo que es secundario.

En fin de cuentas, a diferencia de la causa de la obligación que no confiere al juez ningún poder de investigación, la causa del contrato le confiere un poder de apreciar los motivos. Ya no se trata de un instrumento de calificación del contrato para determinar si es a título gratuito o a título oneroso, y, en el segundo caso, si se trata o no de un contrato sinalagmático con todas las consecuencias que esto implica. La justificación económica de la obligación contractual, su razón de ser inmutable según la categoría a la cual pertenece el contrato, ya no es atinente. Se trata para cada contrato, cualquiera que sea su categoría, de determinar cuáles son las razones de orden sicológico que han regido su concertación. Ya no analiza más la causa por el lado de la obligación del deudor. Se le analiza en función de todas las circunstancias particulares que han determinado el acto de voluntad de cada uno de los contratantes[413].

2. *Utilidad de la causa del contrato*

488. *Doble función.* La utilidad más evidente de la causa del contrato consiste en permitir un control judicial de la conformidad del contrato con el orden público y con las buenas costumbres. Pero la noción de causa del contrato sirve también para justificar la nulidad por vicio del consentimiento y especialmente por error.

a) Control de los motivos ejercido por el juez

489. *El juez puede controlar todos los contratos.* El control de los motivos principales y determinantes por parte del juez se admite no solamente en los contratos a título gratuito, sino también en los contratos a título oneroso. En efecto, si es la insuficiencia de la causa de la obligación en los contratos a título gratuito lo que fundamentalmente ha llevado a la doctrina moderna a crear el concepto de causa del contrato, este concepto no

[413] El art. 200 del Código Libanés de las Obligaciones y Contratos, del cual se sabe que es el producto de la doctrina francesa que rehabilitó la causa después de 1920, da una definición de la causa del contrato que corresponde perfectamente a su oposición a la causa de la obligación. En efecto, según el art. citado "la causa del contrato reside en el móvil individual que ha incitado a la parte a celebrarlo y que no forma parte integrante del acto: ella varía de un caso a otro para una misma categoría de contratos". Los otros sistemas jurídicos de tradición civilista aunque no definen la causa del contrato, adoptan una noción idéntica. Aún en los sistemas que, como el derecho alemán, pasan en silencio la causa, el control judicial de la conformidad del contrato con el orden público y las buenas costumbres se hace mediante la investigación de los motivos que inspiraron a las partes.

es, sin embargo, exclusivo de esta categoría de contratos y tiene un interés no menos evidente en todos los contratos a título oneroso, sean o no sinalagmáticos. Después de todo, la distinción entre los contratos a título gratuito y los contratos a título oneroso no tiene interés en lo concerniente a la causa del contrato, contrariamente a la causa de la obligación. Sin embargo, volveremos a referirnos a esta distinción para explicar las aplicaciones del control de los motivos por parte del juez.

490. *Contratos a título gratuito*. Si el deudor, en un contrato de servicios gratuitos, se compromete a cumplir un servicio cuyo objeto es ilícito o inmoral, la nulidad por falta de objeto basta para impedir la ejecución de la prestación prometida. Pero puede suceder que el contrato sea ilícito o inmoral, no por su objeto, sino por el fin perseguido por quien se compromete. Por ejemplo, si una persona promete prestar un servicio a otra con la esperanza de obtener en cambio favores que reprueba la moral, lo cierto es que ella podrá pedir al juez no ejecutar la prestación prometida en caso de que no la haya ejecutado todavía, porque si ella ha proporcionado satisfacción al acreedor, es evidente que ya no hay nada más que anular.

Fundamentalmente es a propósito de las liberalidades en relación con las cuales la jurisprudencia ha utilizado la causa del contrato para anular donaciones o testamentos inspirados en motivos inmorales del disponente. Así, cuando un hijo adulterino, cuya filiación no se podía establecer judicialmente antes de la ley del 3 de enero de 1972, había sido gratificado, la jurisprudencia anulaba la liberalidad sobre la base de la ilicitud de la causa impulsiva y determinante de ella (cf. Civ. 1ª, 6 de enero de 1970, en *J.C.P.*, 1970, II, 16215, conclusiones de LINDON en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1970, 335, con obser. de NERSON). Es cierto que desde la ley del 3 de enero de 1972 ya no se prohíbe la investigación de la filiación adulterina y se reconoce al hijo adulterino una capacidad limitada para recibir a título gratuito. Sin embargo, el hijo adulterino no puede recibir nada más allá de lo que permite el art. 908 del C. C. Por consiguiente, si se concede una donación o legado a un hijo adulterino, cuya filiación no se ha establecido, más allá de lo que permite el art. 908 del C. C., se debe conservar la solución del derecho anterior. Esto es lo que admite el art. 908-1 del C. C., en virtud del cual es aplicable la capacidad limitada de recibir a título gratuito "aunque la filiación de los gratificados no se haya establecido legalmente, si mediante los indicios deducidos del mismo acto, se prueba que ella fue la *causa* de la liberalidad". En realidad, la extensión de la incapacidad de recibir a los hijos adulterinos cuya filiación no se ha establecido, se hace en virtud de la causa del contrato y se debe sostener que el art. 908-1 del C. C. consagra en la ley la noción de causa del contrato[414].

[414] En contra del principio que pretende que la prueba de la inmoralidad de la causa sea aportada por todos los medios, (v. *infra*, núm. 498), el art. 908-1 del C. C. exige que esta prueba se deduzca de indicios sacados del mismo acto. No se trata verdaderamente de una excepción a la prueba por todos los medios, puesto que la ley se contenta con indicios. Pero estos indicios no podrán ser deducidos sino de ese mismo acto. Es lo que se denomina una prueba intrínseca. Con respecto al art. 908-1, véase el vol. sobre *Les liberalités*.

Una de las aplicaciones más frecuentes de la causa impulsiva y determinante en las liberalidades la constituyen las donaciones entre concubinos de sexo opuesto o del mismo sexo. Si la donación tiene por objeto el establecimiento o la conservación de las relaciones extramatrimoniales e inclusive si no hay adulterio, la jurisprudencia la anula a solicitud del disponente sobre la base de la causa inmoral (cf. Civ. 1ª, 8 de noviembre de 1982, D. 1983, IR, pág. 207, en *J.C.P.*, 1983, IV, pág. 31, a propósito de un seguro de vida contratado en favor de una concubina por su concubino y que tenía por objeto la prolongación de la relación adulterina; París, 3 de junio de 1987, D. 1987, IR, 172; e igualmente a propósito de un seguro de vida en favor de un concubino; T.G.I., París, 28 de junio de 1985, *Rép. not.*, 1985, pág. 1161, obser. de CHAMPENOIS, a propósito de una donación entre homosexuales que tenía por objeto la prosecución de las relaciones sexuales). Por el contrario, si la liberalidad no está inspirada por el establecimiento, la conservación o la remuneración de las relaciones extramatrimoniales, no es criticable (cf. sentencia de la sala civil 1ª, 12 de mayo de 1982, en *J.C.P.*, 1982, IV, 255, que advierte "que ninguno de los hechos alegados estaba encaminado a establecer que la causa impulsiva y determinante de las liberalidades en litigio hubiera sido la formación, la continuación o la reanudación de las relaciones adulterinas o también su remuneración"; Civ. 1ª, 4 de noviembre de 1982, en *J.C.P.*, 1983, IV, 27, según el cual "la liberalidad hecha a una amante puede ser lícita si constituye la satisfacción de un deber de conciencia y la señal de un reconocimiento por los cuidados y el afecto prodigados en circunstancias difíciles". V. también Civ. 1ª, 11 de febrero de 1986, en *J.C.P.*, 1986, IV, pág. 109; París, 2 de junio de 1986, D. 1986, IR, pág. 310; Civ. 1ª, 17 de noviembre de 1987, D. 1987, IR, 244). Esta jurisprudencia es sociológicamente interesante en la medida en que las razones que la inspiran muestran no solo la evolución de las mentalidades en cuanto a las relaciones extramatrimoniales, sino que también dependen de consideraciones cuyo objeto es la protección de la institución del matrimonio, al cual no se le puede equiparar el concubinato, así como la prohibición de una forma velada de prostitución[414 bis].

491. *Contratos a título oneroso*. En un contrato a título oneroso, lo mismo que en un contrato a título gratuito, no se admite la persecución de un fin ilícito o inmoral. Yendo más allá de la causa-contraprestación, es decir, de la causa de la obligación, la jurisprudencia ha utilizado la noción de causa impulsiva y determinante para sancionar con nulidad los contratos

[414 bis] Estas consideraciones, que limitan la validez de las donaciones entre concubinarios, no imspiran siempre, por lo menos en apariencia, la jurisprudencia (cf. París, 9 de junio de 1987, D. 1987, IR, pág. 166 fallo según el cual "suponiendo aún que una donación haya tenido por causa el mantenimiento de las relaciones extramatrimoniales, esta causa no ofrece un carácter ilícito a causa de la evolución de las costumbres, que hoy ven en el concubinato una fuente de derechos y de deberes entre los concubinos". Pero el fallo corrije esta afirmación al aclarar que en el caso de autos lo que legitimaba la liberalidad era la participación de la concubina en la actividad profesional de su compañero y el cumplimiento de un deber de reconocimiento por los servicios prestados, que excedían su participación en las cargas del hogar).

a título oneroso cuya celebración se hubiera inspirado en un motivo ilícito o inmoral. En efecto, la única referencia al objeto no lo habría permitido, por cuanto este puede ser perfectamente lícito, ya que su ilicitud no aparece sino en los motivos perseguidos por las partes o por una de ellas. Así, pues, la causa del contrato es un excelente instrumento para anular una convención que tiene por objeto hacer un fraude a la ley. Supongamos la venta de un lote en un inmueble en copropiedad. Una venta de esta clase tiene un objeto perfectamente lícito. Respecto a la causa de la obligación, ella no falta, puesto que como contraprestación de la entrega del lote, el adquirente está obligado al pago del precio. Sin embargo, esta venta puede ser nula si las partes persiguen un fin ilícito. Esto fue lo que admitió con justa razón la Corte de Casación en un caso en que la venta se había realizado para permitir al comprador y al vendedor tener la mayoría en las decisiones de la asamblea general, haciendo fracasar las disposiciones de las leyes protectoras de los intereses de los otros copropietarios (Civ. 3ª, 6 julio de 1982, *Bull. civ.*, 3, núm. 169, *Rép. not.*, 1983, pág. 388, con obser. de SOULEAU). Solo la investigación de los motivos principales y determinantes del contrato permite decretar la nulidad excluyendo el objeto y la causa de la obligación. En la misma forma, según una jurisprudencia tradicional es nulo el contrato de venta o el contrato de arrendamiento que se haga con el fin de instalar en el inmueble vendido o alquilado una casa de lenocinio (cf. Civ. 27 de diciembre de 1945, en *Gaz. Pal.*, 1946, 1, 88). Aquí también solamente un control de los motivos es apto para fundamentar la nulidad del contrato. Un contrato de trabajo celebrado para la explotación de un establecimiento de este género sería nulo por la misma razón (cf. Soc., 8 de enero de 1964, D. 1964, 267).

La remuneración de quien sirvió de intermediario para hacer el negocio se funda sobre una causa ilícita, lo que, por motivo de la nulidad de la convención que prevé esta remuneración, tiene por efecto impedirle exigir el pago (Civ. 1ª, 22 de julio de 1987, *J.C.P.*, 1987, IV, pág. 350, D. 1988, pág. 172, con nota de MASSIP, *Rép. not.*, 1988, pág. 317, con obser. de MASSIP). Es también nulo por causa ilícita el compromiso de un comprador que no pagó la comisión a un agente inmobiliario, mandatario del vendedor, cuando la venta no se realizó, puesto que la ley del 2 de enero de 1970 y el decreto dictado para la aplicación de ella prohíben no solo toda percepción de cualquier suma de dinero con motivo de una operación no realizada, sino también cuando el deudor es una persona distinta del mandante del agente inmobiliario (Civ. 1ª, 7 de junio de 1988, D. 1988, IR, pág. 177). La compra de un material para el ejercicio de una profesión ilícita es nula por causa ilícita (Civ. 1ª, 12 de julio de 1989, D. 1989, IR, pág. 216, en *J.C.P.*, 1989, IV, pág. 348).

492. *Deudas de juego*. La nulidad por causa ilícita o inmoral afecta las convenciones que tengan por objeto favorecer el juego. Del art. 1965 del C. C. se infiere que "la ley no concede ninguna acción por una deuda de juego o por el pago de una apuesta". Tradicionalmente se considera

que las deudas de juego son deudas de honor sobre la base de este texto, es decir, obligaciones naturales y no obligaciones civiles. Por lo tanto, la acción para el pago de una deuda de juego se paraliza con una excepción que se basa en el art. 1965 del C. C., o sea, la excepción de juego. En otras palabras, el juego se tolera, pero no se sanciona civilmente en favor del ganador y en contra del perdedor. La prohibición de la acción de pago se justifica por la inmoralidad de la causa que viene a afectar el contrato generador de una deuda de juego. Por lo tanto, los artículos 1131 y 1133 del C. C. fundamentan la excepción del juego en el art. 1965.

Durante mucho tiempo, la jurisprudencia aplicó la excepción de juego a cualquier deuda de juego, sea que se tratara de un juego tolerado y no autorizado o de un juego como el que se practica en ciertos casinos autorizados para este efecto por la autoridad administrativa. Posteriormente ella estableció una distinción entre la acción por pago de la deuda de juego (por ejemplo, la acción por pago de un cheque girado para cubrir una deuda de juego) y la acción de responsabilidad por culpa cometida por un jugador cuando la acción la intenta el ganador contra el perdedor (por ejemplo, la acción por indemnización por el giro de un cheque de juego, sin fondos). Mientras que la excepción de juego era oponible a la primera, porque se trataba de una acción de ejecución del contrato de juego, ella no era oponible a la segunda, que muy lejos de ser una acción contractual, era solamente una acción de responsabilidad civil que tenía por objeto la reparación de un daño que resultaba de una infracción, en este caso el giro de un cheque sin fondos (cf. Crim. 1ª, 6 de junio de 1977, en *J.C.P.*, 1977, IV, 193, D. 1978, IR, pág. 82). Sin embargo, si una argumentación de esta naturaleza es perfectamente lógica, no es menos cierto que abre una seria brecha en el mecanismo de la excepción de juego. Posteriormente, la jurisprudencia de la Corte de Casación admitió que la excepción de juego no podía ser invocada no solamente contra la solicitud de indemnización por el giro de un cheque de juego, sin fondos, sino tampoco contra la solicitud de pago de la propia deuda de juego, cuando se trata de juegos autorizados por la ley y reglamentados por los poderes públicos, tales como los juegos de azar en los casinos de los balnearios, los termales y las zonas de veraneo (sala mixta, 14 de marzo de 1980, *Bull. civ.*, sala mixta, núm. 3, *Gaz. Pal.*, 1980, 1, pág. 290, con concl. de ROBIN).

En efecto, para el Estado no se trata simplemente de tolerar sino de organizar el juego. No era, pues, posible considerarlo ilícito, del mismo modo que no podía ser inmoral (¿los poderes públicos no pueden organizar lo que es inmoral?). Actualmente la excepción de juego no se admite en contra de la acción de pago de una deuda que resulta de un juego autorizado y reglamentado (cf. Civ. 1ª, 18 de enero de 1984, *Bull. civ.*, 1, núm. 26, en *J.C.P.*, 1984, IV, 95). Ya no se considera que una deuda de esta naturaleza tenga una causa ilícita o inmoral. No solamente las costumbres han evolucionado sino que

esto está conforme con la lógica de la reglamentación y la autorización de ciertos juegos. Sin embargo, únicamente la deuda de juego en favor del ganador ya no está tachada de oprobio[414 ter].

En efecto, la Corte de Casación mantiene la excepción de juego del art. 1965 del C. C. cuando se trata, no ya del pago del crédito del ganador, sino del pago de un préstamo otorgado a un jugador. (Cf. Civ. 1ª, 31 de enero de 1984, en *J.C.P.*, 1984, IV, pág. 112, D. 1985, pág. 40, con nota de DIENER). En otros términos, si se considera que el contrato de juego en un establecimiento autorizado y reglamentado no tiene una causa ilícita o inmoral, no ocurre lo mismo con el préstamo otorgado a una persona para permitirle jugar. (Cf. Civ. 1ª, 3 de mayo de 1988, D. 1988, IR, pág. 141, en *J.C.P.*, 1988, IV, pág. 237, en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1988, pág. 732, con obser. de MESTRE; Civ. 1ª, 20 de julio de 1988, D. 1988, Somm. 88, con obser. de CABRILLAC, en *J.C.P.*, 1988, IV, pág. 343, *Bull. civ.*, 1, núm. 257; T.G.I., Pontoise, 29 de junio de 1988, D. 1990, pág. 42, con nota de DIENER). La distinción es aceptable en virtud de que, si el orden público y la moral no se oponen a que una persona utilice sus fondos como ella quiera, y de que no hay razón válida para no permitirle hacer valer ante la justicia su crédito de ganancia, no es sin embargo conforme con la moral impulsar a una persona a jugar concediéndole anticipos para la satisfacción de su pasión o de su distracción. La excepción de juego debe tener a este respecto un efecto disuasivo.

493. *Causa del contrato y condiciones ilícitas e inmorales.* Cuando en un contrato se establece una condición ilícita o inmoral, la cual se debe considerar por lo tanto como nula, el problema que se plantea es el de saber si la nulidad de la condición acarrea la del contrato. El C. C. contiene dos disposiciones contradictorias a este respecto. En virtud del art. 1172, "toda condición de una cosa imposible o contraria a las buenas costumbres o prohibida por la ley es nula y hace nula la convención que de ella depende". Por el contrario, según el art. 900, "en toda disposición entre vivos o testamentaria, las condiciones imposibles, las que son contrarias a las leyes y a las buenas costumbres se considerarán como no escritas". Mientras que el art. 1172 tiene un carácter general, el art. 900 es propio de las liberalidades o donaciones. La razón por la cual el Código Civil no ha querido que la nulidad de una condición ilícita o inmoral se extienda a la liberalidad que la contiene es de orden histórico. Se trataba de disuadir a un disponente de subordinar la liberalidad que otorgaba a una condición contraria a los

[414 ter] Si, de acuerdo con la jurisprudencia actual, las deudas de juego no dan lugar a la excepción prevista por el art. 1965 del C. C., cuando se trata de juegos organizados por establecimientos autorizados, es difícil comprender que la Corte de Casación (Civ. 1ª, 22 de noviembre de 1988, D. 1989, IR, 6, en *J.C.P.*, 1990, IV, pág. 29) haya distinguido entre el pago inmediato de la deuda, que es válido, y el reconocimiento de una deuda de juego, que no lo sería y se desplomará ante el ariete del art. 1965 del C. C. Sin embargo, la sentencia dictada en virtud del reenvío después de la casación (París, 14 de marzo de 1990, D. 1990, IR, pág. 100) consideró que, en este asunto, la excepción de juego podía ser opuesta por el deudor puesto que el reconocimiento de la deuda con el camino se refería al pago de un préstamo para alimentar el juego.

principios nacidos de la revolución de 1789, cuando en el derecho antiguo se insertaban en las liberalidades[415] múltiples condiciones, en adelante incompatibles con el nuevo orden.

Por el contrario, en los contratos a título oneroso, no había razón para temer un regreso al antiguo orden y, por lo tanto, en la medida en que la condición a la cual se subordinaba la celebración del contrato era ilícita o inmoral, su nulidad debía acarrear la del contrato. Sin embargo, el art. 1172 del C. C. no aceptó la extensión de la nulidad sino en contra "de la *convención que dependa*" de la realización de la condición. En otras palabras, cuando la condición es accesoria, esto es, cuando los consentimientos de las partes no se han subordinado a su realización, no hay razón para considerar como nulo el contrato que contiene una condición ilícita o inmoral. En realidad, la teoría de la causa del contrato es la que explica esta solución. En efecto, si la existencia de un contrato está subordinada a la realización de una condición, es porque las partes solo se han comprometido bajo esta condición. La condición que entra en el campo contractual constituye la causa impulsiva y determinante del compromiso. Es cierto que, muy a menudo, la condición constituirá la causa impulsiva y determinante del compromiso. Sin embargo, en los contratos a título oneroso, no es imposible subordinar la existencia de una obligación accesoria al cumplimiento de una condición. En este caso, no es el contrato el que depende de la condición, sino solamente una obligación originada por el contrato. La condición no es la causa del contrato y, por lo tanto, no hay lugar a anular este último si la condición es imposible, ilícita o inmoral.

Contrariamente a lo que se admite para los contratos a título oneroso, ¿debemos considerar que en las liberalidades la condición nunca es, según las disposiciones del art. 900, la causa impulsiva y determinante de la liberalidad? Ciertamente no, porque esto sería forzar la voluntad de las partes y especialmente la del disponente. En efecto, tanto en las liberalidades como en los contratos a título oneroso, la condición puede constituir la causa impulsiva y determinante de la liberalidad. Solo que, como el legislador quiso frustrar las previsiones del disponente, el art. 900 admitió una solución que deroga el derecho común tal como se deduce de la teoría de la causa del contrato. Sin embargo, las razones de la regla enunciada en el art. 900 del C. C. terminaron debilitándose. Una vez consolidado el nuevo orden, ya no había necesidad de temer las condiciones inspiradas en el orden antiguo. Esto es lo que explica que la jusprudencia haya terminado admitiendo en cuanto a las liberalidades las mismas soluciones que en lo relativo a los contratos a título oneroso. En efecto, si la condición no constituye la causa impulsiva y determinante de la liberalidad, se aplicará la solución del art. 900. Lo mismo ocurre con respecto a los actos a título oneroso según el derecho común. Pero si la condición es la causa impulsiva y determinante de la liberalidad, su carácter ilícito o su inmoralidad acarrea la de la liberalidad.

[415] V. vol. sobre *Les libéralités*.

La utilización de la noción de causa del contrato es la que permitió llegar a este resultado (cf. Req., 3 de junio de 1863, D. P., 1863, 1. 429, S 1864, 1, 269; Req., 28 de diciembre de 1938, D. H., 1939, 132; Civ. 1ª, 25 de noviembre de 1986, en *Bull. civ.*, 1, núm. 280, en *J.C.P.*, 1987, IV, 42, *Rép. not.*, 1987, pág. 1199, con obser. de CHAMPENOIS, en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1987, pág. 753, con obser. de MESTRE, a propósito de una donación cuyo cumplimiento dependía de una condición potestativa nula).

b) Causa del contrato y error-vicio del consentimiento

494. *El error-vicio del consentimiento es un error sobre la causa del contrato.* Cuando se estudió el error que vicia el consentimiento de un contrato analizamos las estrechas vinculaciones que existen entre el error y la causa del contrato[416]. En realidad, el tener en cuenta el error por cuanto vicia el consentimiento no se puede comprender si no nos referimos a la causa del contrato. En efecto, sabemos que la nulidad del contrato no puede ser declarada, sobre la base de un error cometido por un contratante, sino cuando este error ha recaído sobre un elemento sustancial del contrato[417]. Ahora bien, un elemento solo se puede considerar como tal cuando corresponde a lo que busca una de las partes mediante la celebración del contrato. En otros términos, es el fin perseguido por un contratante lo que permite determinar lo que es un elemento sustancial. Este fin no es más que la causa impulsiva y determinante[418]. Por lo demás, el error debe haber sido determinante del consentimiento para producir la nulidad del contrato[419]. Cuando el error determinante del consentimiento ha recaído sobre un elemento sustancial del contrato, ocasiona la nulidad de este. En otras palabras, la nulidad por error sobre la sustancia no es más que una aplicación de la teoría de la causa del contrato[420]. Que no se pretenda, pues, que mientras el error se sanciona con la nulidad relativa, la causa del contrato se sanciona con la nulidad absoluta. El argumento no vale, porque no se trata de sancionar con la nulidad por error un contrato contrario al orden público. En efecto, únicamente cuando la causa del contrato es ilícita o inmoral, la nulidad es absoluta. La teoría de la causa del contrato, como por lo demás la teoría de la causa de la obligación[421], puede perfectamente justificar una nulidad

416 V. *supra*, núms. 340 y 349 especialmente.

417 V. *supra*, núms. 338 y ss. y 345 y ss.

418 Por lo demás, es la solución consagrada expresamente por el Código Civil en lo tocante al error sobre la persona, y el art. 1110 afirma que el error sobre la persona es una causa de nulidad solamente cuando "la consideración de esta persona es la causa principal de la convención", lo que corresponde a los contratos celebrados *intuitu personae*. V. *supra*, núms. 337, 340 y 348.

419 V. *supra*, núm. 354.

420 El vínculo entre la causa del contrato y el error se pone especialmente en evidencia en el Código Civil de Louisiana, cuyo art. 1949, en su redacción, que se remonta a 1984, dice que "el error vicia el consentimiento solo cuando recae sobre una causa sin la cual no se habría estipulado la obligación".

421 V. *infra*, núms. 533, 534 y 540.

relativa, puesto que no se trata sino de proteger los intereses de un contratante frente al otro.

Sin duda, la nulidad por error sobre un elemento sustancial del contrato, solo se admite cuando este elemento ha entrado en el campo contractual[422]. Pero este tampoco es un obstáculo para la explicación del error por la causa del contrato. Cuando se trata de pronunciar la nulidad del contrato por causa ilícita o inmoral, la jurisprudencia, por lo menos en lo relativo a los contratos a título oneroso, exige igualmente que los motivos principales y determinantes que han inspirado a un contratante, hayan entrado al campo contractual[423]. De la misma manera que en lo tocante al error, se trata de hacer lo posible para que la nulidad no implique una amenaza demasiado grande para la seguridad de las transacciones.

Es más: la concepción subjetiva de los elementos sustanciales[424] no puede obtener ninguna justificación satisfactoria si no se recurre a la causa impulsiva y determinante. Por ejemplo, yo quiero comprar un objeto porque es auténtico. La autenticidad es una cualidad sustancial de la cosa que pienso adquirir. Pero esto solo es así, porque la autenticidad es la razón por la cual yo concluyo el contrato. En otras palabras, la autenticidad constituye la causa impulsiva y determinante del contrato, en lo que me concierne. Al fin y al cabo, todo error sobre un elemento sustancial del contrato es un error sobre la causa del contrato[425].

495. *Causa falsa y error sobre la causa del contrato.* Si todo error sobre un elemento sustancial se puede reducir a un error sobre la causa impulsiva y determinante, de ello no se infiere, con todo, que la causa falsa de que trata el art. 1131 del C. C.[426] se deba considerar como un error sobre la causa impulsiva y determinante. En efecto, la causa falsa es, ya la causa simulada, que normalmente no produce la nulidad del contrato, ya el error no sobre la causa del contrato, sino más bien sobre la causa de la obligación, lo que no es, en absoluto, una misma cosa. En efecto, el error sobre la causa de la obligación no es, en realidad, sino un caso de falta de causa. El deudor, al comprometerse, ha creído en la existencia de una causa, la cual en realidad no existía.

Se trata de un error sobre la existencia de la contraprestación o sobre la de una obligación anterior. Es cierto que cuando el deudor se ha equivocado de ese modo en cuanto a la causa de su obligación, se equivocará al mismo tiempo sobre la causa del contrato, lo que demuestra que no siempre es posible separar claramente la causa de la obligación y la causa del contrato[427].

422 V. *infra*, núms. 342 y 343.

423 V. *infra*, núms. 500 y ss.

424 Sobre la cual v. *supra*, núms. 341 y 342.

425 Cf. los ejemplos sacados de la jurisprudencia, *supra*, núm. 339.

426 Sobre la cual v. *supra*, núms. 461 y 474.

427 V. *supra*, núm. 346 en lo relativo al error sobre la naturaleza del contrato y núm. 347, en lo relativo al error sobre la causa de la obligación.

Pero esta no es una razón para confundir los dos conceptos y, como consecuencia, confundir el error sobre la causa del contrato y el error sobre la causa de la obligación. Más concretamente, el error sobre la causa del contrato no es otra cosa que el error-vicio del consentimiento, de que trata el art. 1110 del C. C. No puede ser de otra manera, puesto que los elementos sustanciales, sobre los cuales recae el error, se determinan haciendo referencia a la causa del contrato[428]. Por lo tanto, el error sobre la causa del contrato, que se confunde con el error del art. 1110, tiene un campo de aplicación muy amplio. En cambio, el error sobre la causa de la obligación, que solo es una variedad de causa falsa, al lado de la causa simulada, es un concepto infinitamente más estrecho[428 bis].

B) Condiciones de la nulidad por causa ilícita o inmoral

496. *Condiciones de prueba y de fondo.* La nulidad del contrato por causa ilícita o inmoral obedece, por una parte, a condiciones de prueba, y, por la otra, a condiciones de fondo.

1. *Condiciones de prueba*

497. *Carga de la prueba.* El que invoca la nulidad debe probar que la causa del contrato es contraria al orden público y a las buenas costumbres. Esto no es sino la aplicación del derecho común de la prueba (*actori incumbit probatio*). En efecto, no corresponde a la parte que exige la ejecución del contrato probar que este está provisto de una causa lícita o moral. La presunción establecida por el art. 1132 del C. C. en cuanto a la existencia de la causa, se debe extender a la licitud y a la moralidad de la causa. Esta es la solución de la jurisprudencia, según la cual la causa se presume verdadera y lícita (cf. Civ. 3ª, 14 de diciembre de 1982, en *J.C.P.*, 1983, IV, 74; Civ. 1ª, 1° de octubre de 1986, en *J.C.P.*, 1986, IV, pág. 318).

[428] V. *supra*, núm. 494.

[428 bis] Un buen ejemplo de la confusión entre el error acerca de la causa del contrato y el error sobre la causa de la obligación o falsa causa lo proporciona una sentencia de la sala civil, 11 de febrero de 1986 (en *Bull. civ.*, I, núm. 25, *Rép. not.*, 1986, pág. 523, con obser. de CHAMPENOIS, en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1987, pág. 586, con obser. de PATARIN, en *J.C.P.*, 1988, II, 21027, con nota de DAVID). La Corte de Casación aprueba la decisión de los jueces de fondo que anuló una donación-partición por falta de causa; ya que las partes celebraron el contrato bajo el imperio del derecho anterior a una ley fiscal del 3 de agosto de 1981, la cual había sido declarada expresamente retroactiva, de donde se deducía que debía aplicarse a la donación-partición litigiosa. Ahora bien, la aplicación de esta ley tenía como consecuencia contradecir el fin que las partes pretendían alcanzar con la donación-partición. Por lo tanto, esta ya no tenía razón de ser. En realidad, si se debe aprobar la solución, es decir, que la donación se debía anular, la razón de esto no es la ausencia de causa porque hay una causa de la obligación que consiste en la intención liberal, sino más bien el error sobre la causa del contrato, pues las partes, en virtud de la retroactividad de la ley fiscal, ya no podían alcanzar el fin que se habían fijado. Por lo demás, la sentencia para justificar la nulidad de ausencia de causa, insiste en que la donación ya no estaba justificada por el móvil que había inducido a las partes a recurrir a ella.

498. *Modos de prueba.* De la misma manera que la prueba de la falta de causa, la prueba sobre la ilicitud o sobre la inmoralidad de la causa puede presentarse por todos los medios, puesto que no se trata de probar más allá del contenido de un acto o contra el contenido de este. En efecto, el documento en que se hace constar la celebración del contrato es casi siempre mudo en lo concerniente a los motivos principales y determinantes. De todas maneras, si el documento debe contener indicaciones que revelen la persecución de un fin ilícito o inmoral, la prueba será fácil para el demandante de la nulidad. Pero es evidente que tales indicaciones en el documento son raras.

Sin embargo, en el siglo XIX, la jurisprudencia había exigido que la prueba de la causa ilícita o inmoral de una donación se presentara únicamente de conformidad con las indicaciones contenidas en el escrito o documento en que constaba la liberalidad. Es lo que se denomina prueba intrínseca. Esta jurisprudencia era tanto más difícil de justificar si se tiene en cuenta que siempre se ha admitido que el fraude a la ley o la persecución de un fin prohibido se podía probar por todos los medios. Hace tiempo que la Corte de Casación abandonó esta jurisprudencia, excepto en lo concerniente a las donaciones o legados concedidos a hijos adulterinos, antes de la ley del 3 de julio de 1972. La razón de ello estribaba en que antes de dicha ley estaba prohibida la investigación de la filiación adulterina. Por consiguiente, hubiera sido contrario a esta prohibición establecer la filiación adulterina para hacer caer la liberalidad. En forma muy extraña, esta solución tenía como efecto mantener, en contra de los intereses de la familia legítima, las liberalidades otorgadas a hijos adulterinos, cuando estas no incluían ninguna indicación sobre los motivos de la disposición a título gratuito. En adelante, ya no está prohibida la investigación de la filiación adulterina. Sin embargo, el art. 908-1 del C. C. ha sostenido la necesidad de recurrir a una prueba intrínseca, cuando la liberalidad se ha hecho a un hijo adulterino cuya filiación no se ha establecido. Es difícil justificar lógicamente esta disposición y solo podría tratarse de una medida de favor para con el hijo adulterino. Así y todo, difícilmente se comprende por qué el legislador reservó a los hijos cuya filiación no se ha establecido, un tratamiento más favorable que para aquellos cuya filiación sí se ha establecido[429].

2. *Condiciones de fondo*

499. *Acto abstracto.* Cuando la causa no es necesaria para la formación válida de una relación contractual, lo que corresponde al acto abstracto, del cual ya se sabe que no es desconocido en derecho francés[430], no se debe permitir al deudor pedir la nulidad del contrato por causa ilícita o inmoral. En efecto, si la causa de la obligación no es una condición de validez del acto jurídico, lo mismo ocurre en lo tocante a la causa impulsiva y determinante. Un acto abstracto es un acto que es válido por el solo fundamento

[429] V. el vol. sobre *Les libéralités*.

[430] V. *supra*, núms. 481 y ss.

de una expresión de voluntad, sin que sea necesario buscar las razones por las cuales el deudor se comprometió con el acreedor. De esta manera, en la delegación, el delegado no puede dejar de ejecutar su obligación para con el delegatario con el pretexto de que la razón por la cual él obedeció la orden que le dio el delegante era ilícita o inmoral. Sin embargo, de la misma manera que si la causa no existiera, habrá un recurso contra el delegante para reclamarle la devolución de lo que se le pagó al delegatario. En realidad se trata de la aplicación del mecanismo de la *condictio sine causa* o de la *condictio ob turpem vel injustam causam*[431]. La primera corresponde a la falta de causa de la obligación, mientras que la segunda corresponde a la causa ilícita o inmoral.

500. *¿Necesidad de motivos ilícitos o inmorales compartidos?* En los contratos que no son abstractos, surge el problema de saber si es necesario que los dos contratantes persigan un fin ilícito o inmoral, o si basta que solo uno de los contratantes persiga dicho fin. En realidad, nunca se ha pretendido que sea necesario un fin ilícito o inmoral común[432], porque la moralización de las relaciones jurídicas mediante la noción de causa del contrato tendría con frecuencia solo un alcance teórico. Hay que admitir entonces que basta que uno solo de los contratantes persiga un fin ilícito o inmoral. Pero entonces de allí podrá resultar que la nulidad del contrato se imponga al contratante que no tiene nada que reprocharse, lo que evidentemente puede conducir a una injusticia. La jurisprudencia ha tenido en cuenta estas observaciones y parece adoptar una solución equitativa distinguiendo según que estemos ante un contrato a título oneroso o a título gratuito.

501. *Contrato a título oneroso.* Si se trata de un contrato a título oneroso, es injusto imponer la nulidad a un contratante que no ha conocido el fin reprensible perseguido por el otro contratante, cuando el contrato era económicamente favorable para el primero que no tiene nada de qué ser reprochado. Ahora bien, parece que la jurisprudencia exige para tomar en cuenta la causa inmoral o ilícita, que un contratante haya conocido la búsqueda del fin inmoral que tenía el otro contratante. Por lo tanto, si es la parte que no tiene nada que reprocharse la que demanda la nulidad, una vez conocido el fin perseguido por el otro (por ejemplo, sabe que el arrendatario de un inmueble que él le alquiló explota una casa de lenocinio), no se le debería prohibir actuar, puesto que la iniciativa de la nulidad le corresponde y porque acepta, por consiguiente, sufrir el posible perjuicio que resulte de la anulación, quedándole a salvo el derecho de pedir la reparación al demandado, conforme al derecho común de la responsabilidad extracontractual, en caso de nulidad del contrato.

[431] V. *supra*, núms. 442 y 443 en lo relativo a las condiciones.

[432] Aunque la jurisprudencia a veces haya dejado entender lo contrario (cf. Civ. 1ª, 4 de diciembre de 1956, en *J.C.P.*, 1957,II,10008, con nota de MAZEAUD, en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1957, pág. 329, con obser. de MAZEAUD, según la cual la nulidad no debe admitirse si no se ha establecido que las partes habían convenido una explotación inmoral o ilícita del inmueble que la una le alquiló a la otra).

Si, por el contrario, el que persigue un fin ilícito o inmoral es el que invoca la nulidad frente al otro contratante, a saber, la parte inocente, no se podrá imponer la nulidad a este último, puesto que la nulidad terminaría causándole un daño, en razón de que el contrato celebrado pudo haberle sido favorable. En efecto, la parte inocente *certat de damno vitando* y, por lo tanto, no se debe admitir la nulidad.

En estas circunstancias, la seguridad de las transacciones prevalece sobre el imperativo relacionado con el orden público y las buenas costumbres, de la misma manera que en lo que concierne a un elemento sustancial del contrato que no ha entrado al campo contractual[433].

Por el contrario, si la parte llamada inocente, o sea la que no persigue ningún fin ilícito o inmoral, conoce, no obstante, el fin perseguido por el otro contratante, ella no podía ignorar que por ese conocimiento estaba vinculada a una operación reprensible y no hay ninguna razón para no hacerle sufrir los efectos de la nulidad del contrato. En esta situación y habiendo entrado el motivo en el campo contractual, con la nulidad no se atenta contra la seguridad de las transacciones (cf. Civ. 1ª, 12 de julio de 1989, D. 1989, IR, pág. 216, en *J.C.P.*, 1989, IV, pág. 348, *Bull. civ.*, 1, núm. 293, en *Rép. not.*, 1990, pág. 358, con obser. de AUBERT)[434].

502. *Contrato a título gratuito.* Si se trata de un contrato a título gratuito, el problema es asaz diferente, porque la parte contratante que ignora el fin ilícito o inmoral perseguido por la otra, *certat de lucro captando*, esto es, que no se trata para ella de no sufrir la nulidad para evitar que le ocurra un daño. En efecto, ella no tiene más que perder sino un enriquecimiento que encuentra su origen en la persecución de un fin ilícito o inmoral. Por lo demás, es conveniente reconocer que, en la mayoría de los casos, el beneficiario de un acto a título gratuito será cómplice de esa persecución de un fin ilícito o inmoral hecha por el que se empobrecerá en su favor, en la medida en que rara vez ignorará la persecución de este fin por parte del otro contratante. Pero suponiendo aún que haya esa ignorancia, la nulidad no debe dejarse de decretar, dado que no hay que proteger los intereses de un contratante, en un contrato a título gratuito, que ignora el fin inmoral o ilícito perseguido por el otro, pues la seguridad de las transacciones no tiene importancia cuando se trata de una liberalidad.

[433] V. *supra*, núm. 496.

[434] En efecto, no solamente no parece que haya decisión que autorice al contratante inocente a pedir la nulidad (pero tampoco hay en sentido contrario), sino que también la sentencia antes citada, en la nota 432, ha hecho de la persecución de un fin común a las partes, una condición de nulidad, de donde resultaría tomándola al pie de la letra, que el simple conocimiento no será suficiente para autorizar la nulidad. Sin embargo, por una parte la sentencia es antigua, y por otra parte, se trataba de un caso en el cual el demandante que pedía la nulidad, pretendía imponer en virtud del fin inmoral que perseguía, la nulidad a la otra parte, que no se había asociado a este fin por haberlo ignorado. La fórmula empleada por la Corte de Casación (según la cual el fin inmoral no se había convenido) hubiera podido exceder su pensamiento.

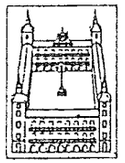
LUIS DIEZ-PICAZO
Catedrático de Derecho Civil

FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

VOLUMEN PRIMERO

INTRODUCCION
TEORIA DEL CONTRATO

QUINTA EDICION



EDITORIAL CIVITAS
MADRID, 1996

CAPITULO IX

LA CAUSA DEL CONTRATO

§ 1. EL PROBLEMA CONCEPTUAL DE LA CAUSA DEL CONTRATO

1. Planteamiento: Las cuestiones implicadas en la idea de «causa»

El concepto de «causa» dentro de la teoria del contrato es, seguramente, uno de los más oscuros, confusos y difíciles de aprehender, de la doctrina y de la técnica del Derecho Civil. Es justa y merecida esta fama de oscuridad que la teoría de la causa viene tradicionalmente arrastrando consigo. No es

BIBLIOGRAFÍA: ALBALADEJO, *La causa*, «RDP», 1958, pág. 315; ALBIEZ DORHRMANN, *El reconocimiento de deuda: aspectos contractuales y probatorios*, Granada, 1987; ALONSO PÉREZ, *El error sobre la causa*, «Estudios Castán Tobeñas», III, Pamplona, 1969, pág. 9; ALVAREZ SUÁREZ, *El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945; AMORÓS GUARDIOLA, *Los antecedentes del Código Civil respecto a la presunción de existencia de la causa*, «Centenario del Código Civil», I, Madrid, 1990, pág. 101; AMOROS GUARDIOLA, *La causa del crédito hipotecario*, Madrid, 1990; AMORÓS GUARDIOLA, *Comentario a los arts. 1.274 a 1.277*, «Comentario del Código Civil», Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991, pág. 478; ANGEL YAGÜEZ Y ZORRILLA, *La frustración del fin del contrato: obligaciones de medios y obligaciones de resultados*, «ADC», 1985, pág. 184; ATARD, *La causa ilícita*, «RCDI», 1957, pág. 352; BARCIA, *La causa ilícita en las obligaciones y en los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1962; BONET RAMON, *La prestación y la causa debitoria*, «RDP», 1968, pág. 205; CÁMARA, *Meditaciones sobre la causa*, «RDCI», 1978, pág. 637; CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, Traducción española, s.f.; CASTRO Y BRAVO, *El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto*, «RDN», 1966, pág. 7; CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967; CASTRO Y BRAVO, *El negocio fiduciario*, «AAMN», XVII, 1972, pág. 5; CERDA OLMEDO, «*Nemo auditur propiam turpitudinem allegans*», «RDP», 1980, pág. 1187; DABÍN, *La teoría de la causa*, Traducción española por PELSMAEKER, Madrid, 1929; DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVII-2, Madrid, 1981; DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario a los arts. 1.305 y 1.306*, «Comentario al Código Civil». Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991; pág. 555; DE LOS MOZOS, *La causa del negocio jurídico*, «RDP», 1960, pág. 282; DE LOS MOZOS, *La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción de su concepto*, «RDN», 1961, pág. 274; DE LOS MOZOS, *Negocio abstracto y reconocimiento de deuda*, «ADC», 1966, pág. 369; DE LOS MOZOS, *Causa y tipo en la teoría del negocio jurídico*, «RDP», 1970, pág. 739; DE LOS MOZOS, *La renovación del concepto de causa del negocio en Emilio Betti y su recepción en la doctrina española*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 7, 1978, pág. 421; DÍEZ-PICAZO, *El concepto de causa en el negocio jurídico*, «ADC», 1963 pág. 3; DÍEZ-PICAZO, *El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación*, en «Estudios de Derecho Privado», Madrid, 1980; D'ORS, *Una relación sobre la causa en «De la guerra y de la paz»*, Madrid, 1954; D'ORS, *Sobre la causa de los actos jurídicos*, «ADC», 1956, pág. 578; DUALDE, *Concepto de causa en los contratos: La causa es la causa*, Madrid, 1949; ESCRIVÁ DE ROMANI, *El reconocimiento abstracto de deuda y la STS 8-III-56*, «RCDI», 1965, pág. 487; ESPERT SANZ, *La frustración del fin del contrato*, Madrid, 1968; ESPÍN CÁNOVAS, *Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado*, «AUM», 1954; ESTIBALEZ, *La causa de la obligación*, «RJC», 1960, pág. 45; FERRARA, *La simulación en los negocios jurídicos*, Traducción

solamente su tradicional dificultad lo que dota a la teoría de la causa de un relieve singular dentro de las instituciones jurídico-civiles. Es que, aunque otra cosa a primera vista pueda creerse, lo que está empeñado en ella no es un mero juego conceptual, sino algo que tiene una honda repercusión práctica. Una pluralidad de conflictos típicos de intereses tiene, en la teoría de la causa, el centro de gravedad de su solución normativa.

española por ATARD y DELA PUENTE, Madrid, 1931; GARCIA MONGE, *Contratos con causa ilícita*, «RDP», 1964, pág. 856; GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, 2.ª ed., Madrid, 1976; GAVIDIA SÁNCHEZ *Presuposición y riesgo contractual*, «ADC», 1987, pág. 525; GETE-ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979; GETE-ALONSO, *Reflexiones acerca de la función que cubre la relación obligatoria previa en el reconocimiento de deuda*, «Estudios Vallet de Goytisolo», II, Madrid, 1988, pág. 413; GETE-ALONSO, *Reconocimiento de deuda: aproximación a su configuración negocial*, Madrid, 1989; GOROSTIAGA, *La teoría de la causa ante el Derecho civil comparado*, Buenos Aires, 1942; HECK, *El negocio jurídico real abstracto*, «RCDI», 1965, pág. 1443; JORDANO, *Causa, motivo y fin del negocio (STS 30-VI-48)*, «ADC», 1949, pág. 749; JORDANO, *Contratos mixtos y unión de contratos*, «ADC», 1951, pág. 332; JORDANO, *Los contratos atípicos*, «RGLJ», 1955, pág. 51; JORDANO, *El negocio fiduciario*, Barcelona, 1959; JORDANO, *Dictamen sobre recuperación de bienes transmitidos fiduciariamente*, «ADC», 1966, pág. 619; JORDANO, *Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria*, «ADC», 1983, pág. 1435; JORDANO, *La causa en el sistema del Código Civil español*, «Centenario del Código Civil», I, Madrid, 1990, pág. 1041; JOSSERAND, *Los móviles en los actos jurídicos de Derecho Privado*, Traducción española, Méjico, 1946; LACAL, *El tema del negocio fiduciario*, «RDP», 1950, pág. 777; LACRUZ, *Notas para el estudio de la «promisio sine causa» en los Fueros de Aragón*, 1944; LACRUZ, *La causa en los contratos de garantía*, «RCDI», 1981, pág. 709; LAJE, *La noción de causa en el Derecho civil*, Buenos Aires, 1954; LALAGUNA, *Sobre la causa en los contratos*, «La Ley», 1988-4, pág. 1016; LALAGUNA, *Sobre la causa de los contratos*, «Centenario del Código Civi»l (coord. por RICO-PÉREZ), I, Madrid, 1990, LARENZ, *Base del negocio y cumplimiento de los contratos*, Madrid, 1956; LÓPEZ VILAS, *Estudio sobre el reconocimiento de deuda*, «RDP», 1965, pág. 845; LÓPEZ VILAS, *Los llamados negocios jurídicos abstractos*, «RDP», 1965, pág. 478; MARTÍN BALLESTERO, *De la causa en los negocios jurídicos contractuales*, «RGLJ», 1956, pág. 705; MARTÍN BERNAL, *La causa, «el interés» y la equidad en el contrato a favor de tercero*, «RDN», 1978, pág. 172; MELICH ORSINI, *La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones*, «ADC», 1984, pág. 3; MEZQUITA DEL CACHO, *Negocio aparente y negocio fiduciario*, «RDEA», 1960, pág. 37; MORALES MORENO, *Intimidación, ausencia de causa, causa ilícita y culpabilidad de los contratantes. Anotaciones a la STS 11-XII-86*, «ADC», 1988, pág. 607; NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria (la fiducia histórica)*, Barcelona, 1950; NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934; ONECHA SANTAMARÍA, *Finalismo en la voluntad de los contratantes*, «RGLJ», 1977, pág. 119; OSSORIO MORALES, *La doctrina de la «consideration» en el Derecho contractual inglés*, Madrid, 1932; PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Causa ilícita y fraude de acreedores (STS 26-IV-62)*, «ADC», 1962, pág. 1086; PORRAS IBÁÑEZ, *La causa*, «RDN», 1962, pág. 141; PORRAS IBAÑEZ, *El negocio jurídico y su causa*, «RDP», 1973, pág. 601; ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU, *La causa en el negocio jurídico*, en «Estudios de Derecho Privado», I, Barcelona, 1948, pág. 49; RIERA AISA, *La promesa abstracta de deuda en el antiguo Derecho de Aragón*, «RDP», 1942, pág. 43; SANAHÚJA, *Estudio del reconocimiento de deuda. La Notaría*, 1945, pág. 204; SANCHO REBULLIDA, *Notas sobre la causa de la obligación en el Código Civil*, «RGLJ», 1971, pág. 663; SAPENA, *Actualidad de la «fiducia cum creditore»*, «RDN», 1957, pág. 125; SOTO NIETO, *La titularidad del fiduciario en la fiducia «cum creditore»*, «RJC», 1970, pág. 529; STORCH DE GRACIA, *Acerca de la «causa impulsiva» en la formación y cumplimiento de los contratos*, «La Ley», 1986-1, pág. 1431; TORRALBA, *Causa ilícita. Exposición sistemática de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, «ADC», 1966, pág. 661; TRAVIESAS, *La causa de los negocios jurídicos*, «RGLJ», 1919, pág. 28; VERDERA, *Algunos aspectos de la simulación*, «ADC», 1950, pág. 22; ZUMALACÁRREGUI, *Causa y abstracción causal en el Derecho civil español*, Madrid, 1977.

2. El problema de la admisibilidad o inadmisibilidad de los negocios abstractos

Se habla de negocio abstracto para designar a un negocio jurídico que aparece desligado e independizado de su «causa» y que funciona con completa independencia de ella, es decir, que funciona abstracción hecha —de aquí su nombre: «abstracto»— de cuál sea esta causa. Cuando hablamos, por ejemplo, de una transmisión abstracta del dominio significamos que el dominio se transmite por medio de un negocio formal y abstracto de transmisión, sin tener en cuenta los actos jurídicos a que esta transmisión, en definitiva, obedece —v. gr.: compra, donación, etc.—, de tal manera que, aunque en estos negocios exista una anomalía, una irregularidad o un vicio, el efecto traslativo se produce; y el accipiente adquiere el dominio y el tradente lo pierde. Cuando hablamos, por ejemplo, del carácter abstracto de un título valor significamos que el portador legítimo del título puede exigir el crédito o ejercitar el derecho incorporado en el título con independencia de los actos o negocios que dieron lugar a la creación de dicho título, v. gr., aunque el «deudor cartular» no esté, según ellos, obligado a pagar.

Todo el problema de la admisibilidad del negocio abstracto y de sus relaciones con el llamado «negocio causal» depende —la razón es obvia— del concepto de causa en el negocio jurídico.

3. El problema de la tipicidad y el de la atipicidad de los contratos

Tipicidad significa adecuación del negocio jurídico concreto celebrado en la vida real, del negocio real, por tanto, con el negocio jurídico tal y como es contemplado por el ordenamiento jurídico —el que podríamos llamar «negocio hipotético normativo»—. Lo que define y lo que delimita los tipos contractuales o los tipos negociales es la función que realizan, la finalidad que desempeñan dentro de la vida social, el resultado o los resultados empíricos que con ellos tratan las partes de obtener.

Se comprende, en seguida, que la tipicidad —y por tanto también la atipicidad— se encuentran en función de algo que, entre nosotros, se viene denominando «causa» del negocio. El mismo entronque con el tema de la «causa» presenta la figura del negocio jurídico indirecto, donde se utiliza un tipo negocial para obtener una finalidad diversa o un resultado empírico distinto del asignado a dicho tipo.

4. El problema de la relevancia jurídica de la intención individual perseguida con el negocio y su tratamiento jurídico

Es sabido que existen determinados negocios jurídicos en los cuales el ordenamiento jurídico necesita dar relevancia a los fines o a las motivaciones individuales con el fin de condenarlos a la ineficacia, porque por otro camino estos negocios gozarían de plena y completa validez. Es el caso de las donaciones o atribuciones patrimoniales realizadas para obtener o para recompensar una unión sexual ilícita o para obtener o para recompensar un acto ilícito (v. gr.: cohecho, soborno, pacto con un sicario, etc.). Se habla en este caso, para justificar la inexigibilidad de la promesa, de una ineficacia del negocio. Pero como los presupuestos y los requisitos —voluntad, declaración, capacidad, objeto, forma, etc.— se encuentran en regla es menester hablar entonces de un vicio causal y así se dice que hay en ellos una causa inmoral o una causa ilícita que es determinante de la ineficacia.

5. La simulación como problema causal

Con la simulación las partes pretenden crear, para sus propios fines o intereses, una apariencia negocial, que puede encubrir un negocio real distinto, caso de la llamada simulación relativa (v. gr.: se encubre una donación simulando que es una compraventa) o que puede no encubrir ningún otro negocio, sino simplemente una situación real, caso de la simulación absoluta (v. gr.: se simula vender para no aparecer como propietario).

Una parte importante de la doctrina del Derecho Civil ha tratado de situar el problema de la simulación dentro de la teoría del consentimiento negocial y de sus vicios, como un caso de discordancia entre la voluntad y la declaración entre lo querido y lo declarado. Pero, con mayor rigor, se ha observado que aquí no hay realmente un vicio de consentimiento, ni un consentimiento viciado, ni tampoco una discordancia o una divergencia entre la voluntad y la declaración. Existe lo que podríamos llamar la «voluntad negocial de crear la apariencia» y esta es una voluntad enteramente libre y sin vicios. Lo declarado concuerda perfectamente con esta voluntad. El problema no radica en la voluntad sino en la «causa». Lo que las partes no han querido —más aún, lo que han excluido de una manera expresa— es la efectiva producción del resultado empírico que normalmente de su negocio debía derivar. No hay causa en el negocio. El negocio se funda, según esto, en una «causa inexistente».

6. Otras cuestiones relacionadas con la figura de la causa

Toda una serie de cuestiones, muy amplia y compleja, que sería prolijo enumerar, guarda una relación directa o indirecta con el concepto de causa. 1) Pensemos, por un momento, en los contratos sinalagmáticos, donde cada prestación o cada obligación es causa de la prestación o de la obligación recíproca y, por tanto, en la resolución de los contratos sinalagmáticos por incumplimiento que se produce, según una vieja máxima, *causa data causa non secuta*. 2) Pensemos también en el equilibrio de las prestaciones y en los mecanismos ideados por el ordenamiento jurídico para resolver las cuestiones que suscita la ruptura de este equilibrio (lesión, rescisión, frustración y base del negocio).

Toda esta gama amplísima de cuestiones, tiene su centro de gravedad en la idea de causa. Lograr un concepto claro de lo que la causa sea parece esencial para fundar adecuadamente la solución de todos estos problemas prácticos, de todos estos conflictos de intereses. Se justifica también de esta manera el retorno al problema secular de la causa del contrato.

§ 2. LA EVOLUCION HISTORICA

7. Causa en el Derecho Romano

En las fuentes romanas la palabra «causa», utilizada en un sentido jurídico o referida a un fenómeno o a una situación jurídica, ofrece una variedad de significaciones y de matices que apenas permiten llegar a resultados definitivos sobre una idea unitaria. Las fuentes no han sido, en realidad, objeto de un estudio definitivo en este punto. Contamos, sin embargo, con una serie muy estimable de datos recogidos en el Diccionario de HEUMANN SECKEL y con los referidos en un trabajo de GEORGESCO, de los que, entre nosotros, se ha ocupado U. ALVAREZ al estudiar el tema de la causa de la tradición. No es posible, repito, con base en estos textos, llegar a unos resultados definitivos, pero es sumamente conveniente un examen de los mismos, aunque sea somero, porque puede arrojar alguna luz sobre el debatido y confuso problema con que nos enfrentamos. ¿Cuáles son estos significados de la palabra «causa» en los textos romanos?:

a) Causa es, o puede ser, ante todo, un supuesto de hecho o una *facti species* que origina u ocasiona una consecuencia jurídica o una situación jurídica. La situación jurídica o la consecuencia jurídica son entonces un efecto que el ordenamiento jurídico liga a la producción del supuesto de hecho. Desde este punto de vista se dice, por ejemplo, que el contrato es causa de la obligación y, en un texto famosísimo de GAYO, entre las «fuentes» de donde proceden las obligaciones o relaciones obligatorias se mencionan «varias figuras de causas» *(ex variis causarum figuris)*. La causa de la *obligatio* es el hecho productor, el hecho constitutivo, la fuente: aquel o aquellos supuestos de hecho a los cuales el ordenamiento liga el nacimiento de una relación obligatoria y que, por tanto, se presentan como fuente a la que se atribuye el valor de evento creador de la obligación.

b) En materia de servidumbres se habla de una *causa perpetua servitutis*. La servidumbre ha de tener, se dice, una «causa perpetua». Ahora bien, ¿a qué obedece esta perpetuidad de la servidumbre y, sobre todo, cuál es la «causa de la servidumbre»? Parece claro que al hablar de «causa perpetua» de la servidumbre se quiere indicar que la necesidad que viene a llenar y el fin empírico o práctico que con ella se trata de obtener, no puede ser transitorio, ni temporalmente limitado, sino, por el contrario, eminentemente duradero, intransitorio. Causa de la servidumbre será, por tanto, la finalidad práctica que la servidumbre viene a llenar, la función económica que ha de desempeñar y a la que sirve.

c) Otras veces «causa» es un motivo subjetivo, de entre los que impulsaron a las partes a verificar un acto o un negocio jurídico, pero que no siempre tienen que poseer trascendencia para el Derecho. A veces este motivo impulsor del acto o del negocio jurídico es una representación mental, es decir, una *vorstellung*, de un resultado jurídico. Así, por ejemplo, un aforismo muy conocido repite secularmente que *falsa causa non nocet.*

Cuando este motivo impulsor influye de alguna manera o posee trascendencia en la suerte del acto o del negocio jurídico, este influjo o esta trascendencia tampoco son uniformes. En ocasiones la «causa» así entendida es una causa irregular, que hace al negocio nulo o anulable; otras, en cambio, la causa lo hace invulnerable a toda impugnación. En el primero de estos sentidos se habla en las fuentes de un negocio *quod metus causa gestum erit*, es decir, un negocio que fue realizado a causa del miedo. El miedo puede ser así la causa de la celebración o de la realización de un negocio jurídico. Es una causa irregular, inadmisible y el negocio puede por ello ser impugnado. En el segundo de los sentidos antes mencionados se dice también en las fuentes de algo que vale y es invulnerable *quia justa et honesta causa est*, porque está fundado, porque obedece a una causa justa y honesta.

d) En algún momento «causa» en los textos es lo que en lenguaje moderno denominaríamos base o fundamento del negocio, es decir, aquella situación que ha sido tomada en cuenta por las partes al celebrar el negocio y también la finalidad perseguida o la finalidad que se ha tratado de obtener. PAULO, al distinguir las diversas posibilidades de un *dare*, mencionaba la figura de un *dare ob causam*, es decir, de una *datio* o entrega, que se hace con el fin de obtener una contraprestación o teniendo a la vista, contemplando o esperando un evento futuro.

e) En una relación muy estrecha con la idea anterior se encuentra el sentido de la palabra causa, cuando es amplia y reiteradamente utilizada dentro de la teoría de las *condictiones*.

f) En un sentido hasta cierto punto semejante se emplea de una manera frecuente y reiterada en las fuentes la palabra «causa» en materia de *traditio*. *«Sive venditionis causa, sive ex donationis sive quavis alia causa»*, se dice en un texto de GAYO, también famosísimo. Y en otro texto, igualmente famoso de PAULO, se dice que *«nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit»*. Causa de la *traditio* es un hecho antecedente que justifica un traslado o una transmisión del dominio y que determina la eficacia o la ineficacia de esta transmisión. Prescindamos ahora de si este hecho antecedente, que se toma como justificación del traslado del dominio, es alguno de los tipos negociales clásicos *(solutio, emptio, donatio, dos, creditum)* o simplemente el acuerdo sobre la transmisión *(animus transferendi et adquirendi dominium)*. Lo que parece cierto es que causa de la *traditio* es un cierto negocio jurídico antecedente que determina y justifica esta especial forma de *datio* en que la *traditio* consiste.

El Derecho Romano no llegó nunca más allá. La idea de «causa» no parece haber tenido nunca, ni parece haberse utilizado en un sentido técnico definido. Por el contrario, la impresión que se extrae contemplando los textos con imparcialidad y sin prejuicios doctrinales, es precisamente la contraria, esto es, la de una absoluta falta de fijeza, la de una total carencia de significado técnico y una radical equivocidad o plurivocidad del término. Causa es, a veces, causa eficiente (v. gr.: causa de la obligación); otras, causa final (v. gr.: *causa non secuta);* otras, motivo impulsor (v. gr.: *metus causa);* otras, en fin, base del negocio (v. gr.: *causa finita)*. Causa es a veces causa del contrato o del negocio (v. gr.: *mortis causa)* y otras, causa de una atribución patrimonial (v. gr.: *datio ob causam)*. ¿Cabe extraer de todo ello un sentido unitario? La respuesta es dudosa,

pero parece en principio que este sentido unitario no puede encontrarse en las fuentes romanas, sino en la elaboración llevada a cabo por la doctrina posterior.

8. Causa en el Derecho Intermedio

DOMAT, como señala agudamente PLANIOL, provoca un cambio subversivo en la doctrina. El nombre de DOMAT, dice DUALDE, marca una era en la historia de la doctrina de la causa. A él se le ha atribuido la cualidad de creador de esta doctrina por él explicada o sustentada, y lo cierto es, añade el autor citado, que es, por lo menos, el responsable del mal giro que la teoría toma. ¿Cuál es la razón de este hecho sorprendente? Henri CAPITANT, en su clásica monografía, lo explica de una manera brillante: DOMAT es uno de los más ilustres representantes de la escuela del Derecho Natural racionalista, hasta el punto de haber sido llamado el restaurador de la razón en la jurisprudencia. Sus predecesores, se dice, se habían contentado con interpretar; glosar y comentar los textos y las leyes romanas, pero sin emprender la tarea de separarse del *Corpus Iuris Civilis*, ni intentar un sistema nuevo y racional del Derecho Civil. DOMAT, en cambio, trata de exponer las leyes civiles *dans un ordre naturel*. Es, pues, el racionalismo cartesiano aplicado a la Ciencia del Derecho lo que constituye la novedad metodológica que DOMAT aporta y, de paso, lo que subvierte el problema de la causa en el Derecho Civil.

Examinando los textos clásicos, DOMAT llega a la conclusión de que la causa —la existencia de una causa— es un requisito esencial de toda obligación, hasta el punto de que puede decirse que no hay obligación sin causa: *nulla obligatio est sine causa*. Retengamos esto porque es muy importante: lo que a DOMAT le interesa fundamentalmente es la *causa obligationis*, la causa de la obligación. Lo que ocurre es que en DOMAT la diferencia conceptual entre obligación y contrato —entre *contractus y obligatio contracta*— es confusa. Por ello causa de la obligación y causa del contrato parecen ideas sinónimas. Se confunden. Se produce así por obra de esta confusión la gran novedad conceptual. La idea de causa, que hasta entonces ha vivido fundamentalmente en el terreno de las atribuciones patrimoniales (adquisición, *datio, traditio,* etc.), penetra y se sitúa en la teoría general del contrato.

El defecto de origen está probablemente, como decía hace un momento, en la confusión entre la obligación y contrato, de la que DOMAT no se ha liberado todavía, de la que no se liberará fácilmente la doctrina posterior y de la que aun en nuestros días hay muestras abundantes a lo largo de nuestro mismo Código Civil. Bastaría recordar el art. 1.098, cuando habla del «tenor de la obligación», el art. 1.100 —«cuando la obligación lo declare»— o el art. 1.104 —«cuando la obligación lo exprese...»—, etc. Se confunden así, como decíamos, *contractus* y *obligatio contracta*, es decir, el contrato como negocio jurídico bilateral creador de la relación obligatoria y la relación jurídica que deriva o que emana de este acto, pero que puede nacer de actos distintos. La confusión, sin embargo, se produce; y causa de la obligación y causa del contrato serán en adelante la misma cosa o, por lo menos, cosas cuya distinción no es fácil ni se realiza nítidamente.

La solución que DOMAT da al problema de cuál sea la causa de una obligación es la siguiente. En los contratos, dice, en los que dos individuos se dan recíprocamente cosa por cosa o se prestan mutuamente algún servicio, la obligación de cada una de las partes constituye el fundamento o la causa de la obligación del otro; en aquellos contratos en que una sola de las partes parece obligada, como el préstamo, pero en que ha precedido una entrega, esta entrega es la causa de la obligación de restituir; en las donaciones y en los demás contratos, en que uno solo hace o da, es decir, aquellos contratos donde hay una obligación única, la causa de ésta no puede consistir en el hecho actual del otro

contratante, cuyo papel se limita a la mera aceptación. ¿Cuál es entonces la causa? La causa, dice DOMAT, es «un motivo justo y razonable». Este motivo hace las veces de causa. DOMAT señala algunos ejemplos de estos posibles motivos: un servicio prestado al donante, cualquier mérito del donatario y, finalmente, «el mero placer de realizar un bien».

La crítica del pensamiento de DOMAT sobre la causa ha sido tan reiterada y exhaustivamente realizada por la doctrina, que no parece necesario repetirla en este lugar. Aparte su error inicial y más grave —la aplicación de la idea de causa a la figura del contrato, que es lo que trastorna completamente toda la teoría— cabe hacer a la construcción de DOMAT las siguientes observaciones:

No hay un concepto unitario de causa, sino tres conceptos enteramente distintos, como son la prestación y la contraprestación en los contratos sinalagmáticos, la entrega en los contratos reales respecto de la obligación de restituir y, finalmente, un motivo justo y razonable en las donaciones y en los demás contratos con obligaciones unilaterales.

No hay paralelismo ninguno entre los tres tipos de causas así delineados. Por una parte, se subjetiviza radicalmente la idea de causa en los negocios gratuitos, hasta el punto de poder considerarse como causa cualquier motivo, con tal que sea justo y razonable. Y por otra, en cambio, se objetiviza totalmente cuando se señala como causa de una obligación la obligación recíproca en el contrato sinalagmático.

La tipificación de las causas se hace atendiendo a una clasificación que no guarda interna armonía. Hubiera sido lícito oponer la causa de los contratos sinalagmáticos a la causa de los contratos unilaterales; la causa de los contratos onerosos a la causa de los contratos gratuitos; y la causa del contrato consensual a la del contrato real. Lo que no es lícito es implicar y mezclar, confundiéndolas, tres clasificaciones distintas y escalonar unidos contratos sinalagmáticos, contratos reales y contratos gratuitos.

Existen todavía contratos que escapan a la tipificación. Pensemos, por ejemplo, en el contrato de sociedad, en el de transacción o en el de compromiso en árbitros. En los mismos contratos unilaterales la cosa no es tan sencilla como parece pensar DOMAT. Un mandato sin retribución puede ser hecho por pura liberalidad del gestor o mandatario, pero puede ser hecho también en atención a otros fines (v. gr.: en atención a un interés del mandatario).

Cabe que coincidan en un mismo supuesto dos de los tipos contractuales enunciados. Por ejemplo, que el contrato sea real y sinalagmático. En un depósito retribuido, ¿cuál sería la causa de la obligación de restituir del depositario? ¿La anterior entrega de la cosa depositada o la retribución que va a obtenerse a cambio del servicio de depósito?

La clasificación o tipificación propuesta sólo contempla los contratos constitutivos de relaciones obligatorias, pero no los contratos modificativos o los contratos extintivos. ¿Qué decir de ellos? ¿Es que no tienen causa? Y si la tienen, ¿cuál es esta causa?

POTHIER recoge e interpreta las ideas de DOMAT en su *Traité des obligations*. Comienza allí POTHIER exponiendo «lo que pertenece a la esencia de las obligaciones» (capítulo I) y dice:

> «Es de esencia en las obligaciones: 1.°, que exista una causa de donde nazca la obligación.»

Y añade a renglón seguido:

> «Las causas de las obligaciones son los contratos, los cuasi contratos, los delitos, los cuasi delitos y algunas veces la ley o la simple equidad.»
>
> «Nosotros trataremos —sigue diciendo POTHIER—: 1.°, de los contratos que son la causa más frecuente de donde nacen las obligaciones; 2.°, de las otras causas de obligaciones; 3.°, de las personas que contratan entre sí, y 4.°, de las cosas que pueden ser objeto del contrato.»

Con base en este razonamiento inicia POTHIER el estudio de lo que es un contrato, de en qué difiere de la policitación y de las cosas que principalmente deben distinguirse en cada contrato: enumera aquí los *essentialia, naturalia* y *accidentalia negotii*, pero no menciona para nada la causa. Pasa después a estudiar (art. 2) las diferentes divisiones de los contratos y más tarde (art. 3) los «vicios generales que pueden encontrarse en los contratos», mencionando el error (§ 1), el defecto de libertad (§ 2), el dolo (§ 3), la lesión (§ 4), la lesión entre menores (§ 5) y el defecto de causa en el contrato.

Todo compromiso —dice POTHIER, desarrollando este último punto— ha de tener una causa honesta. En los contratos onerosos, la causa del compromiso —añade— que contrae una de las partes, está en lo que la otra parte le dé, o se compromete a darle, o en el riesgo que asume. En los contratos de beneficencia, la liberalidad que una de las partes quiera ejercer para con la otra es una causa suficiente del compromiso para con ella. Cuando un compromiso no tiene causa o, lo que es la misma cosa, cuando la causa por la cual ha sido contraído es falsa, el compromiso es nulo y el contrato que lo contiene es nulo también. Y aduce POTHIER el siguiente ejemplo:

> «Si creyendo lúcidamente deberos 10.000 libras, que os habían sido legadas en el testamento de mi padre, pero que habían sido revocadas en un codicilo del que yo no tenía conocimiento, me he comprometido a daros una heredad en pago de dicha suma, ese contrato es nulo, por cuanto que la causa de mi compromiso, que era el saldo de dicha deuda, es una causa que ha resultado falsa; y por eso mismo, una vez acreditada la falsedad de la causa, no sólo no podéis tener acción alguna para haceros entregar la heredad, sino que, si os la hubiese ya entregado, yo tendría entonces acción para hacérosla devolver y esa acción se llama *condictio sine causa.*»

La doctrina de POTHIER sobre la causa presenta los mismos inconvenientes, ya apuntados, que la de DOMAT, de donde deriva. Pero, en aquella parte en que POTHIER modifica el pensamiento de DOMAT, merece su tesis alguna consideración o alguna observación adicional:

Por de pronto resulta muy curioso que POTHIER distingue ya entre la causa de la obligación y la causa del contrato. «Es de esencia de la obligación —decía POTHIER— que exista una causa de donde nazca la obligación.» En este sentido, añadía, las causas de las obligaciones son los contratos, los cuasi contratos, los delitos, los cuasi delitos, y en algunas ocasiones la Ley o la simple equidad. Se equiparan así las ideas de «causa» de la obligación y de «fuente» de la obligación en el supuesto de hecho constitutivo, al cual el ordenamiento jurídico liga el nacimiento de la relación obligatoria.

Como algo enteramente distinto de la causa de la obligación entendida en el sentido que queda expuesto, aparece la causa del contrato. La idea de causa se liga ya —a partir de este momento— definitivamente con la teoría general del contrato. Pero es muy curioso en este punto observar que para POTHIER la causa no es un elemento integrante del contrato, ni tampoco un requisito a un presupuesto del mismo. No menciona la causa entre los *essentialia negotii*. Unicamente el defecto de causa es un vicio del contrato, como el error, el dolo o la lesión. En relación con este problema POTHIER nos dice dos

cosas que son, a mi juicio, enormemente sugestivas: una, que todo compromiso ha de tener una causa honesta, con lo cual, implícitamente, se está admitiendo la posibilidad de una causa no honesta o deshonesta, que, sin embargo, sería causa también; otra, que la causa puede ser falsa y que esta falsedad de la causa provoca la nulidad del contrato.

La idea de POTHIER sobre la falsedad de la causa es también profundamente aleccionadora. Recordemos el ejemplo. Hay causa falsa —dice— cuando una dación en pago se hace sobre la presuposición errónea de la existencia de la deuda, lo cual parece dar a entender que la causa de la dación en pago es la deuda anterior —el legado en el ejemplo de POTHIER—. Ello es incongruente con su propia doctrina, pues una causa semejante no resulta, de ningún modo, de la tipificación que él mismo hace. Y demuestra, además, el sutil nexo, que todavía continúa existiendo, entre la idea de causa y la teoría de las *condictiones*. Puede reclamarse, por *condictio*, dice POTHIER, lo dado en pago de una deuda inexistente, porque no existía causa o la causa era falsa.

En cuanto a la tipificación de las causas, POTHIER trata de perfilar y modificar sustancialmente las ideas de DOMAT. Por de pronto en los contratos de beneficencia, en las donaciones, la causa no es ya «un motivo justo y razonable», como había dicho DOMAT, sino abstractamente la liberalidad del donante o del bienhechor.

Además, ya no se habla, como hacía DOMAT, de contratos en los que dos individuos «se dan recíprocamente o se prestan mutuamente», es decir, de contratos sinalagmáticos, sino de contratos onerosos. Y vale la pena recordar que el carácter sinalagmático y la onerosidad son cosas enteramente distintas; que onerosidad significa cambio o trueque de prestaciones, mientras que el sinalagma afecta a la reciprocidad de las obligaciones y, por tanto, a la estructura y al funcionamiento de la relación obligatoria *(exceptio inadimpleti contractus,* etc.). Caben por ello contratos onerosos que no sean al mismo tiempo sinalagmáticos (v. gr.: mutuo con interés, depósito retribuido, etc.).

Respecto de los contratos onerosos ya no se dice que la «obligación de cada una de las partes constituya el fundamento o la causa de la obligación del otro», como había dicho DOMAT. En los contratos onerosos, dice POTHIER, la causa del compromiso, que contrae una de las partes, está en lo que la otra parte le da, o se compromete a darle, o en el riesgo que asuma. En la primera parte de esta proposición —lo que le da, lo que se compromete a darle— se encuentra todavía la idea del juego de las prestaciones, pero en la segunda parte —el riesgo que asume— aparece un elemento enteramente nuevo. Con ello parece haber querido POTHIER aludir a la subdistinción, que usualmente se efectúa, dentro de los contratos onerosos, entre contratos conmutativos y contratos aleatorios. Pero, de momento, retengamos esto: que para POTHIER «el riesgo que se asume» también puede ser la causa de un contrato.

Finalmente, se puede observar que en su estructura interna, la clasificación de POTHIER es más lógica que la de DOMAT. Ya no se yuxtaponen tres subtipos diversos de contratos (sinalagmático, real, gratuito), sino que la tipificación se realiza con base en la dualidad de lo oneroso y lo gratuito, que es, en sí misma, enteramente lógica. Desaparecen de la tipificación los contratos reales, cuya causa se determinará en cada caso, con arreglo a su carácter oneroso o gratuito.

Hasta aquí, muy sucintamente expuesta, la doctrina de POTHIER sobre la causa, que suministrará los materiales con que se tejen los ordenamientos civiles del grupo latino.

9. La idea de causa en los ordenamientos latinos

La teoría de la causa de los contratos ha sido hasta este momento —finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX— una mera opinión o construcción doctrinal. Sin embargo, el influjo que, tanto DOMAT como POTHIER, ejercen en los redactores del Código Civil francés hará que esta construcción doctrinal se convierta en un elemento normativo y que lo que hasta ese momento fue sólo postura científica pase a ser una norma jurídica de indeclinable aplicación.

El Código Civil francés, en su art. 1.108, establece que:

«Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención:

El consentimiento de la parte que se obliga.

Su capacidad de contratar.

Un objeto cierto que forme *la matiere de l'engagement.*

Una causa lícita en la obligación (*dans l'obligation*).»

En los arts. 1.131 a 1.133, dentro de una Sección que lleva por rótulo «De la causa», se desarrolla el tema muy brevemente en estos tres puntos:

«1.° La obligación sin causa, o sobre una causa falsa, o sobre una causa ilícita no puede tener ningún efecto (art. 1.131).»

«2.° La convención no es menos válida, aunque la causa no se exprese en ella (art. 1.132).»

«3.° La causa es ilícita cuando está prohibida por la Ley o es contraria a las buenas costumbres o el orden público (art. 1.133).»

Tampoco el Código Civil francés llega más allá. Hay una evidente, una indudable influencia de DOMAT y de POTHIER, que lleva a los codificadores, como antes decíamos, a introducir la idea de causa como elemento normativo, y a elevarla a la categoría de requisito legal del contrato. Pero el Código Civil francés se mantiene todavía dentro de unos límites muy moderados. Como observaciones generales cabe hacer las siguientes:

a) En el Código Civil francés no se define, con muy buen acuerdo, lo que se entiende o debe entenderse por causa del contrato y se deja este punto a la elaboración doctrinal y jurisprudencial. Tampoco se recoge la tipificación de DOMAT y de POTHIER, que, sin embargo, aflorará más tarde en nuestro Código Civil.

b) El Código Civil francés vuelve a confundir las ideas de causa del contrato y de causa de la obligación, pues, si por una parte la causa se considera como requisito de validez del contrato, este requisito se concreta en que exista una «causa lícita en la obligación».

c) El problema fundamental que el legislador francés parece haber querido resolver a través de la idea de causa es el de la repulsa o condena y, por tanto, de la invalidez de los contratos ilícitos o inmorales.

Del Code Napoleón pasan los preceptos sobre la causa a nuestro Proyecto de Código de 1851 y al Código Civil italiano de 1865.

10. La idea de causa en el Código Civil español

«No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1.° Consentimiento de los contratantes.

2.° Objeto cierto que sea materia del contrato.

3.° Causa de obligación que se establezca» (art. 1.261).

Y en el art. 1.274, bajo la rúbrica «de la causa en los contratos», se dice que:

«En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.»

A la técnica de nuestro Código Civil se le han hecho por la doctrina muchos reproches, que pueden resumirse así:

a) Vuelve a la tipificación de los autores clásicos franceses, con lo que no suministra un concepto de causa, sino que se limita a ofrecer tres tipos o tres criterios distintos.

b) Estos criterios son entre sí incongruentes e inarmónicos; mientras en los contratos onerosos se busca un elemento objetivo (la obligación de cada parte tiene su causa en la obligación de la otra parte), en los contratos gratuitos se acude a un elemento puramente subjetivo y psicológico como es la «mera liberalidad».

c) La distinción entre «contratos remuneratorios» y «contratos de pura beneficencia» es enteramente falsa, artificiosa y arbitraria, pues ambos son sólo subtipos o subespecies del género donación (cfr. art. 622), como lo demuestra el hecho de que se hable de «pura beneficencia» y de «mera liberalidad», con lo que implícitamente se admite una beneficencia que no es pura y una liberalidad que no es simple.

d) Limitándonos a los contratos onerosos, la explicación del art. 1.274 sirve para los contratos sinalagmáticos y conmutativos, pero no para los demás. El mutuo con interés es un contrato oneroso donde existen dos obligaciones a cargo del mutuatario —restitución y pago del interés— y ninguna a cargo del mutuante. Lo mismo cabe decir de los contratos aleatorios.

e) Todavía en el terreno de los contratos sinalagmáticos, la línea tradicional decía o hablaba de «obligación como causa de obligación». Nuestro Código desvirtúa esta idea y dice «prestación o promesa como causa de obligación».

f) Finalmente, puede señalarse que mientras en materia onerosa *(do ut des)* la idea de causa se emplea en el sentido de causa final *(ut:* para que), en cambio, tratándose de actos gratuitos, causa se entiende como causa eficiente: el ánimo liberal.

§ 3. LOS PLANTEAMIENTOS DOCTRINALES

11. La causa como elemento normativo: El concepto «legal» de causa

A partir del Code Napoleón, como hemos visto, la idea de causa se convierte en un elemento normativo, en un requisito legal de la validez de los contratos. Esta conversión de la causa en elemento normativo y esta elevación a la categoría de un requisito legal de validez del contrato hacen que los intérpretes se vean forzados a investigar y a buscar la noción de causa, con el fin de aplicar rectamente la ley. Comienza así el penoso camino de las teorías.

12. La línea tradicional

Trata de perfilar y de perfeccionar las ideas de DOMAT y de POTHIER y, en definitiva, de los redactores del Code Napoleón. La jurisprudencia francesa, por ejemplo, ha dicho en alguna ocasión que en los contratos gratuitos la causa es la liberalidad del donante y que en los contratos sinalagmáticos la obligación de cada contratante encuentra su causa en la obligación contemplada por él como debiendo ser ejecutada por el otro. Esta misma línea es sostenida por los comentaristas de nuestro Código Civil.

La crítica de la línea tradicional ha quedado ya hecha líneas atrás y no creo que sea necesario insistir sobre el tema.

Modernamente se ha registrado una tentativa muy brillante de reconstruir, sobre los elementos del pensamiento tradicional, una original teoría. Me refiero a la postura doctrinal de D'ORS.

Un contrato, dice D'ORS, es un negocio jurídico en el que intervienen dos declaraciones conexas. Lo que caracteriza al contrato es que estas declaraciones bilaterales que lo componen, tienen fuerza vinculante para quien las emite (por esto, se distingue contrato y convención). Pues bien, si a esas «declaraciones vinculantes» las llamamos promesas, resulta que un contrato se compone de dos promesas interdependientes. Llegados a este punto, la conclusión es lógica. El negocio que llamamos donación no es un verdadero contrato, pues en él no hay más que una sola promesa. Una promesa aislada en una declaración primaria, sin causa jurídica. En cuanto a las «promesas independientes» pueden ocurrir dos cosas: que sean mera forma de cumplir una promesa anterior, y entonces tiene en ésta su causa, o bien, que aparezcan aisladas. En este caso

tienen un motivo (económico, psicológico), pero no una causa jurídica. Causa hay sólo en los contratos, en las promesas interdependientes. La causa jurídica de toda promesa contractual es siempre la contrapromesa. Cada promesa contractual es causa de la otra con la que se halla conectada. La gran aporía del contrato real se salva negando valor dogmático a esta figura que se considera como un mero lastre histórico.

13. La dirección objetivista: Causa como función económico-social

Generalizada entre los civilistas italianos, encontró en BETTI su más adecuada y fina expresión. Ante todo, una observación: la causa no se predica ya exclusivamente de los contratos, sino en general de todos los negocios jurídicos, con lo cual la teoría sufre un nuevo y profundo viraje.

Hay que superar, dice BETTI, una visión unilateral y atomista que ha podido llevar, a veces, a identificar la causa con singulares elementos del negocio y darle de esta manera una configuración dogmática inadecuada. Para BETTI, la idea jurídica de «causa» hay que iluminarla desde la idea de la filosofía hegeliana de «razón» *(Grund)*, contemplando el negocio entero. La «razón del negocio» es su «función económico-social». El negocio, como acto de ejercicio de la autonomía privada, es ante todo un fenómeno social. Lo que hay que buscar entonces es la función típica de este fenómeno social que es lo que el Derecho valora y tutela hasta el punto de elevarlo a la categoría de fenómeno jurídico preceptivo para sus autores. La causa, razón o justificación objetiva del negocio se encuentra en su función. Quien promete, dispone, renuncia o acepta, dice BETTI, no tiende pura y simplemente a obligarse, despojarse de un bien, transmitirlo o adquirirlo, sin otro fin, por el puro placer de realizar un acto que es fin en sí mismo, sino que mira siempre a alcanzar una de las finalidades prácticas típicas que rigen la circulación de los bienes y la prestación de los servicios en la vida de relación; obtener un equivalente, cambiar, dar crédito, terminar un litigio.

Esta idea fue acogida en la redacción del nuevo Código Civil italiano, según se expresa en la *Relazione Ministeriale:* la causa, se decía allí, no es el fin subjetivo perseguido por el contratante en el caso concreto, sino la función económico-social que el Derecho reconoce como relevante para sus fines y que justifica la tutela jurídica de la autonomía privada.

La teoría objetiva es hoy criticada sobre todo porque no explica cómo un negocio típico, por tanto, con una función económico-social típica también, puede en ocasiones quedar afectado por el propósito o por la intención específica perseguida por las partes (por ejemplo, donación con fin de unión sexual, etc.). Por otra parte, se ha señalado con una gran agudeza que la función económico-social del negocio puede ser un gran hallazgo científico, pero que en ningún caso cabe confundir esta idea con la causa. La función económico-social no actúa como causa. Lo único que puede ser, se piensa, causa del negocio es el intento o la voluntad de las partes de obtener esta función económico-social. Esto explica también que el intento práctico de las partes tenga en muchas ocasiones relevancia jurídica y que esta relevancia jurídica del intento práctico, del resultado empírico perseguido, no pueda encauzarse a través de la idea de causa, entendida con arreglo a una concepción objetivista. Se hace, pues, necesario valorar las

motivaciones, sobre todo las motivaciones comunes a ambas partes; y esta valoración sólo encuentra su adecuado cauce a través de la figura de la causa. Es la causa la que permite tildar de nulo a un negocio inmoral o ilícito.

14. La dirección subjetivista: Causa como fin del contrato

Toma aquí su punto de partida. La jurisprudencia francesa había encontrado insuficiente muchas veces la antigua teoría para proteger la moralidad de las relaciones jurídicas y descendió, por ello, en ocasiones a examinar la intención concreta perseguida por las partes al realizar el negocio, el propósito específico que las ha guiado a celebrarlo. A este propósito y a esta intención se llamará causa. La idea se consagra en la monografía ya clásica de CAPITANT y en las últimas ediciones de la obra PLANIOL-RIPERT. Causa, se dirá, es el motivo determinante de la obligación.

Ahora bien, el campo de las motivaciones de la voluntad es amplísimo (móviles psicológicos, individuales, personales) y, por ello, necesariamente irrelevante desde el punto de vista jurídico. No todo móvil del negocio es causa, sino sólo el móvil determinante. Pero ¿cuál es el móvil determinante? Para PLANIOL sería una especie de móvil abstracto y general conforme la naturaleza del contrato (por ejemplo, se compra para adquirir, se arrienda para usar, etc.). Pero así situados, estamos al lado de la misma teoría objetiva, mirándola desde otro ángulo. Cuando ROTONDI dice que la causa es «la representación subjetiva del resultado empírico que ha de conseguirse con el negocio» está pensando en la función económico-social como motor del autor del negocio. Concibiendo la causa como «motivo general determinante», no se comprende cuándo hay que atender, como antes señalábamos, a la intención concreta, que fue, como sabemos, el punto de arranque de la teoría. Se dirá que este móvil específico hay que buscarlo siempre que el contrato tenga un propósito ilícito o siempre que se suscite un problema de ilicitud, pero con ello se incide en flagrante contradicción, pues llegamos a dos conceptos distintos de causa, según la licitud o ilicitud del negocio. Por otra parte, la ilicitud de la intención no siempre daña al contrato (por ejemplo, compraventa de un arma de fuego).

15. La dirección sincrética: Combinación de la causa subjetiva y la causa objetiva

Combinando las dos teorías anteriores, objetiva y subjetiva, se nos dice que no se agota el tema de la causa del negocio con la determinación y descripción de su función, que es sólo la premisa de la indagación o el primer momento de ésta, sino que es necesario, además, confrontar la voluntad concreta de los sujetos y los fines que persiguen con la función jurídica del negocio, para ver si existe aquella coincidencia esencial que pueda justipreciar el nacimiento y normal existencia del negocio. El problema de la causa —dice PUGLIATTI— radica en la armonía entre la voluntad específica y concreta de los sujetos y el esquema preestablecido en la norma. A una fórmula unitaria se ha tratado de llegar también, fundiendo en una sola idea el resultado práctico objetivo con el propósito de las partes sobre este resultado. Según esta idea, la causa —razón que dota de sentido al

negocio— sería el común propósito de las partes de alcanzar la finalidad práctica tutelada por el ordenamiento jurídico y explicaría el negocio sin causa (apariencia de negocio), el negocio con causa falsa (negocio que encubre otro distinto) y la ilicitud que es la disconformidad del resultado o de la intención con la ley y con la moral (legalidad y moralidad del resultado; legalidad y moralidad del propósito).

16. Causa en los ordenamientos germánicos

La idea de causa sigue una evolución completamente distinta de la hasta ahora examinada en los ordenamientos jurídicos de tipo germánico. Ante todo, hay que tener en cuenta que el Código Civil alemán se construye sobre una interpretación característica y muy especial de las fuentes romanas —el pandectismo—, lo que explica la absoluta falta de influjo que en el Derecho alemán tiene la línea de pensamiento procedente de DOMAT y de POTHIER y que el problema de la causa se centre por los pandectistas en torno sobre todo al estudio de las *condictiones*.

Nada tiene, pues, de extraño que en el Código Civil alemán la idea de causa no se mencione para nada en la teoría del negocio jurídico, ni en la teoría general del contrato y que, en cambio, aparezca en el título dedicado al *ungerechtfertigte Bereicherung*, esto es, al enriquecimiento injustificado.

Es sumamente significativo que el Código alemán evite cuidadosamente hablar de causa al tratar de la nulidad del negocio jurídico inmoral o ilícito (§ 138 BGB) e incluso al hablar de la promesa abstracta de deuda y del reconocimiento abstracto de deuda (§§ 780 y 781).

Con todo ello «causa» en el Derecho alemán es siempre causa de una atribución patrimonial genéricamente entendida o, más estrictamente, de un negocio jurídico de atribución patrimonial. Por causa se entiende, según esta idea, aquella situación o aquel fenómeno jurídico que permite justamente un desplazamiento patrimonial, la situación antecedente que lo justifica.

17. Replanteamiento. Necesidad de una diferenciación

Todo cuanto hasta aquí llevamos dicho nos ha ido proporcionando una serie de datos de inestimable utilidad para tratar de reconstruir y de fijar el concepto de causa. De todo este examen hay algo que llama en seguida la atención y algo que nos produce una cierta perplejidad. Esto es, una absoluta falta de homogeneidad no sólo en las diversas concepciones científicas o en los diversos puntos de vista, sino también en los supuestos contemplados. Parece como si la idea de causa se estuviera aplicando a realidades diversas y como si se predicaran por ello conceptos diversos de causa. Lo que más ha contribuido probablemente a oscurecer el concepto de causa es la radical equivocidad con que tanto la doctrina como la jurisprudencia han empleado esta expresión. La equivocidad, esto es, el empleo de los términos o de las expresiones en sentidos distintos, es una vez más uno de los más graves peligros de la ciencia del derecho.

Por de pronto deslindemos dos acepciones que en Derecho se da a la palabra causa: *a)* Causa como aquel hecho o fenómeno al cual el ordenamiento jurídico liga automáticamente otro hecho o fenómeno distinto o liga un poder de una persona de implantar este nuevo fenómeno (hablamos, v. gr., de causas de extinción del usufructo, de la servidumbre; de causas de nulidad, de revocación, de rescisión; de causas de incumplimiento de una obligación etc.); *b)* en un sentido diverso hablamos de causa para referirnos al fundamento de un negocio jurídico, esto es, a la razón que justifica el que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y la protección del ordenamiento jurídico. La doctrina razona de la siguiente manera: el ordenamiento jurídico no reconoce cualquier voluntad de las personas; es necesario que la voluntad se dirija a realizar una finalidad que el derecho objetivo considere merecedora de tutela.

Ahora bien, al tratar de encontrar el fundamento de un negocio jurídico, al que denominamos causa, podemos todavía establecer una distinción, que parece importante, a saber: *a)* la idea de causa cuando se presentan dos situaciones negociales coligadas, y *b)* la idea de causa referida de negocio jurídico en sí mismo considerado.

Es frecuente que entre dos actos jurídicos exista un nexo de causalidad jurídica: uno de ellos se realiza como consecuencia del otro y tiene por ello su base y su fundamento en él, su misma razón de existir. No es extraño entonces que se emplee la expresión «causa» para referirse al acto básico.

Veamos algunos ejemplos que ilustran este fenómeno:

1.° Se habla de causa de una letra de cambio para aludir a la serie de negocios que dan origen a la emisión o al endoso del título valor. Hay un negocio jurídico entre el librador y el librado por virtud del cual éste admite que se gire a su cargo la letra (v. gr.: una compraventa para pago del precio; un préstamo para su restitución; fin de garantía, etc.). Cuando decimos, usualmente, que la letra funciona como un negocio abstracto, sobre todo para el tercero portador de buena fe del título, aludimos a la irrelevancia de estos negocios causales en relación con el derecho de crédito del portador, pero es evidente que aquí causa está expresando un determinado nexo entre situaciones negociales diversas.

2.° Algo muy parecido acontece cuando hablamos de la *iusta causa traditionis* y del valor causal o abstracto de la *traditio* como negocio de transmisión del dominio. También aquí hay por lo menos dos situaciones negociales diversas, aunque ligadas: una compraventa, una donación, una permuta, etc., y un acto traslativo del dominio. La *traditio* regular fundada sobre un negocio inválido o inexistente transmite el dominio, el *tradens* lo pierde y el *accipiens* lo adquiere. Lo que importa retener ahora es precisamente esto: que hay dos diversas situaciones negociales ligadas por un nexo causal.

3.° La misma similitud existe en materia de pago indebido (causa del pago; *condictio sine causa;* idea de causa en el 1.901). La causa de una *solutio* es una *obligatio*. Se paga porque hay obligación de prestar. Una prestación sin *obligatio* origina una pretensión de restitución. Pero también aquí las situaciones contempladas son dos *(obligatio* y *solutio)*, ligadas por un nexo causal.

4.º Algo parecido ocurre cuando tratamos de averigurar la causa de la transmisión de un crédito. La transmisión de un crédito encuentra siempre su explicación en una situación anterior. Un crédito se cede para hacerle una liberalidad al cesionario, para hacerle pago, porque ha comprado el crédito. La misma idea es aplicable en la asunción de deudas: se asume la deuda por puro favor hacia el deudor, porque el que asume la deuda es un *debitor debitoris,* etc. La misma idea vuelve a ser aplicable en materia de contratos en favor de tercero. Se estipula en favor del tercero, porque se le quiere hacer una liberalidad, un pago, etc.

Todo ello conduce a pensar que la delimitación del concepto de causa sólo es posible partiendo de una diferenciación y considerando como cosas distintas:

a) Causa de la atribución.

b) Causa de la obligación.

c) Causa del negocio.

18. Causa de la atribución

Causa de la atribución es para nosotros aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al atributario para recibir el desplazamiento patrimonial. En otras palabras, el atributario está jurídicamente facultado para recibir la atribución. Tiene derecho a ello. Ahora bien, este derecho le puede venir de un negocio jurídico o de una expresa disposición legal. En el primer caso, la causa de la atribución es todo el negocio jurídico anterior que, a su vez, tiene también su causa (causa del negocio). Recordemos los casos que antes mencionábamos de la causa de la *traditio* o de la causa de una letra de cambio. La causa de la atribución es el negocio jurídico válidamente celebrado. Una atribución puede hacerse, por ejemplo, *donandi causa* o *solvendi causa,* pero entonces la causa de la atribución es la donación o un negocio respecto del cual atribución sea *solutio* (v. gr.: compraventa). A su vez estos negocios tendrán su propia causa y esta causa del negocio repercute, si es irregular, en la irregularidad del negocio, de tal manera que si el negocio se hace nulo la atribución no tendrá causa. Pero la nulidad del negocio puede provenir de otras muchas razones.

El problema de la causa de la atribución es especialmente importante en las atribuciones abstractas. La atribución es abstracta cuando queda desligada del negocio jurídico originador. Lo abstracto por tanto no es tanto el negocio como la atribución. En las atribuciones no abstractas la invalidez del negocio ocasiona la invalidez de la atribución. Como consecuencia de ello el atribuyente puede recuperar las cosas atribuidas donde quiera que estén. Un sistema como éste hace enormemente inseguro el tráfico jurídico: la validez de mi adquisición no depende sólo de la validez de la adquisición del que me transmite, sino de toda una serie de transmisiones anteriores.

Todo adquirente puede, en este sistema, verse expuesto a una ineficacia de su adquisición por razones completamente extrañas a él. En un sistema de atribución abstracta el desplazamiento patrimonial es eficaz, cualesquiera que sean los vicios de los negocios subyacentes. Si en algún momento faltó la causa, el atribuyente dispone de una pretensión de resarcimiento contra el atributario injustamente enriquecido. Las diferencias son notables: en el primer caso, el atribuyente recupera la cosa y su acción se dirige —de una manera real— contra quien la tenga; en el segundo caso sólo tiene un crédito indemnizatorio dirigido contra quien se haya enriquecido injustamente.

La causa de la atribución era, decíamos, el derecho del atributario a recibir el desplazamiento patrimonial. Esto lo ha captado magníficamente la jurisprudencia al decir que sólo se da la *condictio* cuando no compete un «derecho a la ejecución del acto» y que no hay enriquecimiento sin causa cuando la atribución patrimonial nace de «un derecho que se ejercita sin abuso». Este derecho tiene su origen, lo hemos dicho también, en un negocio válidamente celebrado o en una expresa disposición legal que expresamente consagra la atribución (por ejemplo, 358, etc.).

Cuando una atribución patrimonial carece de una válida causa el atribuyente dispone de una pretensión de resarcimiento. Es lo que se denomina la teoría del enriquecimiento injusto.

19. Causa de la obligación

Al exponer la doctrina tradicional sobre la causa en DOMAT y en POTHIER hemos insistido en la inicial confusión entre causa de la obligación y causa del contrato y hemos señalado cómo algo que, en principio, quiso referirse únicamente a la obligación, se refirió también al contrato probablemente como un fruto de la confusión entre *contractus* y *obligatio contracta.* Todavía hoy, entre nosotros, el requisito legal del contrato (art. 1.261) es una «causa de la obligación» que en el contrato se establece. Nosotros, sin embargo, debemos tratar de deslindar ambos conceptos: causa de la obligación y causa del contrato o, en general, del negocio jurídico.

GIORGI observaba agudamente cómo ambas ideas se encuentran en planos separados y contestan a interrogantes diversos. La causa de la obligación contesta a la pregunta *cur debetur,* esto es, por qué se debe *(causa debendi, causa obligationis).* La causa del contrato responde a la pregunta *cur contraxit,* es decir, por qué se contrajo, por qué se celebró el contrato *(causa contractus, causa negotii).*

Pues bien, limitándonos ahora al primero de estos temas, es decir, a la determinación de cuál es la causa de la obligación, nosotros deberíamos volver a POTHIER, en su más auténtico sentido. Evidentemente tiene que existir una causa de donde nacen las obligaciones, pero es claro que «las

causas de las obligaciones son los contratos, los *cuasi* contratos, los delitos, los *cuasi* delitos, etc.». Causa de la obligación o *causa debendi* es el fundamento jurídico de la existencia de una deuda, entendida como deber jurídico de realización de una prestación; es lo que justifica el deber de prestación. Pues bien, el fundamento justificativo de un deber de prestación es un supuesto de hecho o una *species facti* a la cual el ordenamiento jurídico liga la obligación. Causa es el hecho constitutivo de la obligación, la fuente de la obligación. Se está obligado porque ha acaecido uno de estos supuestos de hecho a los cuales el ordenamiento jurídico liga la obligación. Se está obligado porque se ha celebrado válida y eficazmente un contrato, porque se ha realizado una conducta social típica, porque se ha dictado un acto administrativo o judicial o, finalmente, porque se ha presentado la hipótesis normativa de una obligación *ex lege*.

A la pregunta por la causa de la obligación nosotros no podemos contestar más. Causa de la obligación coincide con fuente de la obligación, como en el fondo habían ya entrevisto POTHIER y los autores clásicos. No creo necesario insistir sobre ello.

20. Causa del negocio

La pregunta es mucho más difícil si trasladamos el problema desde la causa de la obligación a la causa del negocio. Aquí la pregunta tiene sentidos diversos según que el tema del interrogante se refiera a la causa determinante o eficiente del negocio o a la razón que justifica la tutela jurídica o la fuerza vinculante del negocio. Enseguida nos damos cuenta de que ambas cuestiones enfilan perspectivas completamente distintas. La primera pregunta es por qué se realiza un negocio; la segunda, por qué un negocio vale como tal, cuál es la causa de que reciba la protección, como tal negocio, del ordenamiento jurídico. Las teorías objetivas enfilan sólo este segundo orden de cuestiones al equiparar la causa con la función económico-social. Un negocio jurídico es protegido porque es un cauce idóneo para alcanzar una serie de finalidades prácticas, empíricas, que son serias y merecen la tutela del ordenamiento. Pero esto no es «causa del negocio», sino «función del negocio». Valdría la pena situar junto a la causa en sentido estricto la función como elemento distinto. Desde el punto de vista de la función se explican algunos de los problemas del negocio indirecto, fiduciario y del negocio simulado. En todos estos casos hay empleo de un tipo de negocio para realizar una función que corresponde a un negocio distinto. Pero esto nada tiene que ver en rigor con la causa, porque según hemos dicho causa y función son cosas distintas, que conviene mantener separadas.

La pregunta por la causa era, en rigor, la primera, esto es, cuál es la causa eficiente o determinante de que un negocio se realice, por qué se realiza el negocio. Planteado así el problema, parece que hay negocios que tienen su causa en otros negocios anteriores y negocios que tienen su causa en sí mismos.

Esto lo habían visto nítidamente los juristas clásicos. GIORGIANNI recuerda un pasaje de BALDO, donde se contraponen, precisamente, unos negocios que tienen su causa en sí mismos *(sunt causa sui ipsius)* y otros negocios que tienen su causa fuera de ellos *(sunt aliunde tamen causandus)*. Contrapone en ese pasaje BALDO la *stipulatio* y los contratos consensuales y piensa que mientras la causa de la *stipulatio* hay que buscarla fuera de la *stipulatio* misma en un hecho, en una situación o en un negocio antecedente o, como usualmente se dice entre nosotros, subyacente; en cambio, los negocios consensuales como la compraventa y la donación son causa de sí mismos.

Esta observación nos lleva, de la mano, a la distinción entre los *Leistung* o *Erfüllungsgeschäfte* y los *Grundgeschäfte*. A los primeros los podríamos llamar en un sentido muy amplio «negocios ejecutivos», y son negocios que presuponen siempre un negocio o una situación anterior o antecedente. Los segundos, en cambio, son negocios que inician, que abren la relación entre las partes, por lo que, también muy libremente, cabría designarlos como «negocios iniciales». Pues bien, el problema de la causa tiene un cariz completamente diverso en uno y otro tipo de negocios.

En los negocios que acabamos de llamar ejecutivos, el problema de la causa exige investigar y conocer la situación básica y subyacente, que les sirve de antecedente y de soporte y que los justifica. Exige determinar la existencia de tal situación y su licitud o corrección. Ello explica que la inexistencia o la ilicitud de esta causa determine la ineficacia del negocio. Explica también el problema de los negocios abstractos, que después examinaremos, por cuanto que todo negocio abstracto es siempre un negocio ejecutivo que cuando menos externamente se presenta como desligado del negocio antecedente. La situación es clara en la emisión de títulos valores, en las promesas o reconocimientos de deuda y en la tradición como modo de transmisión del dominio. En todos estos casos hay siempre un negocio antecedente entre el emitente del título y el tomador del mismo, entre el promitente y el destinatario de la promesa, entre el *tradens* y el *accipiens*. El nuevo negocio se realiza para desarrollar, cumplir o ejecutar el negocio anterior, con el cual se encuentra causalmente enlazado, por lo cual la investigación causal tiene que trasladarse al momento inicial. Sin embargo, conviene advertir que el enjuiciamiento causal no se agota con la investigación de la situación previa o subyacente, aunque la englobe. Es preciso que se valore también el sentido y el alcance que se quiere dar al nuevo negocio que es ejecución o desarrollo del anterior. Por este punto de sutura, el problema de la causa de los negocios que hemos llamado ejecutivos se liga con la causa de los negocios iniciales, aunque deba insistirse en que aquélla es siempre más amplia.

El problema central de la causa, tal como nosotros lo entendemos, es el problema de un control social —o si se prefiere: un control por el ordenamiento jurídico— de la autonomía privada. Las partes no se obligan, no se vinculan, no establecen entre ellas una reglamentación o una organización

de sus intereses sólo porque quieren hacerlo libre y espontáneamente. Es preciso que, al hacerlo, den cauce a intereses que el ordenamiento jurídico considere como legítimos y que los resultados que buscan establecer lo sean también desde el punto de vista del ordenamiento jurídico. Por eso, como enseñaba CASTRO, la función que nuestro Derecho atribuye a la causa es una valoración del negocio o contrato. Esta valoración puede ser doble. Lo es, en primer lugar, respecto del tipo negocial al que las partes acuden. En este caso, la respuesta se encontrará implícita en el ordenamiento jurídico siempre que se utilice un tipo legislativamente preordenado, pues tal preordenación significa un reconocimiento de la tutela jurídica que merece. El problema será entonces de valoración de los tipos socialmente reconocidos en los contratos atípicos, que inevitablemente tendrá que ser realizada. Mas en segundo lugar, se hace precisa, como también decía CASTRO, una valoración de cada negocio atendiendo al resultado que con él se busca o que se hayan propuesto quienes hagan las declaraciones negociales. En este caso será preciso valorar las desviaciones respecto del tipo legal si éste existe, pero también considerar lo que se ha llamado la «causa concreta». Por causa concreta se entiende el propósito empírico o práctico que las partes tratan de conseguir y el resultado social que pretenden instaurar. Las doctrinas rígidamente objetivistas, al borrar completamente todos los posibles móviles de las partes, contradicen la regulación sobre la causa ilícita. Ello obliga, inevitablemente, a valorar, por lo menos, algunas de las finalidades perseguidas. Es cierto que los móviles internos, individuales, psicológicos, no trascienden al contrato: la compraventa de un arma de fuego no es causalmente ilícita por el hecho de que el comprador tenga un propósito delictivo. Hay, sin embargo, casos en que el resultado perseguido o buscado, cuando se incorpora al contrato, por la vía de una condición, de una disposición modal o de otro tipo, adquiere una relevancia que despliega su influjo respecto del contrato. Lo vimos en su momento para decidir la esencialidad del error. Debe jugar igualmente para resolver esa valoración social que el contrato debe recibir como trámite previo a su tutela jurídica. Cuando las finalidades se incorporan al contrato, pasando a formar parte de él, constituyen lo que llamamos una causa concreta. Por ejemplo, se compra un solar para llevar a cabo sobre el mismo una edificación; se arrienda un piso para convertirlo en refugio de delincuentes o en lo que ahora se llama «cárcel del pueblo», por no citar el viejo ejemplo de los arrendamientos para casas de lenocinio.

§ 4. CONTRATOS CAUSALES Y ABSTRACTOS

21. La distinción entre los contratos causales y los contratos abstractos

Una consecuencia inmediata de la dificultad del tratamiento conceptual de la causa es la falta de claridad que ofrece la distinción entre los contratos causales y los contratos abstractos. Para algún sector de la doctrina, contrato

causal es aquel que tiene causa y contrato abstracto, por el contrario, aquel en que la causa falta. Esta conceptuación, sin embargo, no es aceptable. Los contratos tienen una causa siempre. Los contratos no se celebran sin razón alguna y sabemos ya que causa es la razón que dota de sentido a un contrato. Para otros autores, la abstracción radica en el hecho de que el contrato no expresa la causa a que obedece. Habría así contratos causales cuando expresan su causa, y contratos abstractos cuando la causa no aparece mencionada en ellos. Pero con mayor acierto se ha señalado que en estos casos la «abstracción» es puramente formal, o «procesal», como dicen algunos civilistas italianos. La distinción de que tratamos se funda, en rigor, en la vinculación que existe entre la existencia y licitud de la causa y la validez y eficacia del contrato. El contrato se llama causal cuando la existencia y la licitud de la causa opera como un presupuesto de la validez y de la eficacia del contrato. Si la causa no existe o es ilícita, el contrato es nulo y por consiguiente no puede reclamarse lo prometido en virtud del contrato y puede repetirse lo que como consecuencia del contrato se haya dado.

Por el contrario, se habla de contrato abstracto para designar un negocio jurídico que aparece desligado e independizado de su «causa», es decir, un contrato que funciona con completa independencia de su causa, abstracción hecha —de aquí su nombre: abstracto— de cuál sea su causa.

El negocio abstracto constituye un intento de independizar el efecto jurídico de las posibles vicisitudes, anomalías o irregularidades de que pueda adolecer el *iter* contractual causante de este efecto. Se trata, en definitiva, de que el efecto jurídico se produzca a pesar de estas irregularidades, anomalías o vicisitudes y que el destinatario o beneficiario del efecto jurídico no tenga que contar con ellas o se vea afectado por ellas.

Se comprende, enseguida, que desde este ángulo el llamado contrato abstracto no es una simple entelequia o un juego de conceptos, sino el eje cardinal de toda una manera de concebir el tráfico jurídico fundado sobre una idea de seguridad.

La teoría de los contratos abstractos encuentra su aplicación más importante en dos campos fundamentales, que son: la transmisión de la propiedad o del dominio y las promesas o reconocimiento de deuda.

22. Los contratos abstractos de transmisión del dominio

Cuando la transmisión del dominio se opera en un sistema causal, el acto de transmisión *(traditio)* debe ir precedido de una justa causa *(iusta causa traditionis)* que lo configura de una determinada manera. La justa causa es un negocio obligatorio antecedente —venta, donación, dación en pago— que debe ser válido y lícito. De esta manera la invalidez o la ilicitud de la justa causa repercute en el efecto traslativo, que no se produce. Por

consiguiente, aunque se realice el acto traslativo, el tradente sigue siendo el dueño y puede ejercitar una acción real reivindicatoria, no sólo contra el accipiente, sino cualquier tercero que traiga causa de éste.

Cuando hablamos de una transmisión abstracta del dominio significamos que el dominio se transmite por consecuencia de un contrato formal y abstracto de transmisión, sin tener para nada en cuenta la causa a que la transmisión obedece —venta, donación, dación en pago, etc.—, de tal manera que, aunque en cualquiera de esos negocios que funcionan como causa exista una anomalía, una irregularidad o un vicio, el efecto traslativo se produce, el tradente pierde el dominio, el accipiente lo adquiere y con mayor razón las personas que deriven su derecho de éste. Si la pérdida del dominio careció de causa, el tradente dispone sólo de una acción de enriquecimiento contra quien se haya enriquecido. La acción de enriquecimiento no es real, como la reivindicatoria, sino personal y no permite la recuperación de la cosa, cuando ésta no se encuentra en manos del demandado, sino únicamente la entrega de un equivalente pecuniario.

23. La promesa abstracta de deuda y el reconocimiento abstracto de deuda

Toda promesa y todo reconocimiento de deuda es siempre consecuencia de una previa causa que los justifica y explica. Aunque D, promitente, se obliga a entregar a A, promisario, la suma de mil pesetas, en un documento en que no se dice otra cosa (v. gr.: pagaré), la promesa está siempre precedida de una causa. D promete entregar la suma porque entiende que con ello cumple una obligación anterior —v. gr.: restituye una suma prestada o paga el precio de una mercancía ya recibida—, en cuyo caso se habla de *causa solvendi*; o bien entiende que le hace una liberalidad al promisario —*causa donandi*—; o bien espera que el promisario en contraprestación realice en su favor alguna atribución —*causa credendi*.

Pues bien: cuando la promesa es causal, la inexistencia o la ilicitud de la causa —v. gr.: no existía obligación de pagar, se pagaba una deuda nacida de un juego ilícito, etc.— determinan la invalidez y la ineficacia de la promesa, D puede defenderse mediante una *exceptio* fundada en la inexistencia o en la ilicitud de la causa, no sólo frente a A, sino también frente a cualquiera de los posibles eventuales cesionarios del crédito derivado de la promesa (A', A", etc.). Por el contrario, si la promesa es abstracta, la promesa es válida y eficaz aunque la causa sea inexistente o ilícita. Por consiguiente, frente a la demanda de A, de A' o de A", D no puede oponer la inexistencia o la ilicitud de la causa y tiene que pagar. Si el pago ha carecido de causa podrá después repetir por medio de una *condictio* o de una acción de enriquecimiento, pero no frente al que recibió el pago —v. gr.: A"—, sino sólo frente al que se enriqueció sin causa —v. gr.: A.

24. La admisibilidad de los contratos abstractos en el Derecho español

La figura de los contratos abstractos ha sido creada por la técnica jurídica alemana con el fin de facilitar el tráfico jurídico. Es claro después de lo que hemos dicho que una concepción causal es más favorable para los transmitentes del dominio y para los deudores-promitentes, mientras que en una concepción causal resultan más protegidos los adquirentes del dominio y los acreedores-promisarios. Una economía mercantil parece pues que debe inspirarse más en un sistema abstracto que en un sistema causal y ésta fue probablemente la razón de la creación de un sistema de contratos abstractos por la pandectística en el siglo pasado.

¿Hasta qué punto son admisibles los contratos abstractos en el Derecho español? No obstante los esfuerzos muy notables y meritorios de algunos autores —arrancando sobre todo de las páginas que al tema dedicaron los anotadores españoles de ENNECERUS, para aclimatar en nuestro sistema los contratos abstractos—, la respuesta a la pregunta antes formulada tiene que ser negativa.

Ante todo, hay que decir que no puede fundarse la admisibilidad de los contratos abstractos en el principio de autonomía privada, pues la ley para dar validez y abrir cauce a la autonomía privada exige como requisito el enjuiciamiento causa, que es algo que desde el punto de vista de la autonomía privada debe considerarse imperativo y no disponible por ella.

En nuestro Derecho es posible lo que algunos han llamado con terminología italianizante una abstracción puramente formal o procesal, por los efectos que en el proceso produce. Se trata de una declaración de voluntad que no expresa su causa. Por ejemplo, reconozco la obligación que tengo de destinar a mi hermano una parte de los beneficios que produzca mi empresa. El art. 1.277 CC dice que «aunque la causa no se expresa en el contrato se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario». Mas es claro que ello no significa admitir el contrato abstracto, que determina una total independización del contrato respecto de su causa y, por consiguiente, una total eficacia del mismo. En un sistema abstracto, el emitente de la antes mencionada declaración estaría obligado siempre y, frente a la demanda del acreedor, el juez tendría que condenarlo. El sistema del art. 1.277 lo que hace es invertir la carga de la prueba, pero no da eficacia al contrato abstracto. El acreedor demandante puede fundar su demanda en el contrato celebrado sin expresión de la causa, pero el deudor demandado es libre para oponer a la demanda la falta de causa o la ilicitud de la causa y, proponiendo tales excepciones y soportando la carga de la prueba, si tiene éxito, el juez deberá rechazar la demanda.

Por ello, hay que insistir en la proposición inicial. En nuestro Derecho civil no hay rastro de contratos abstractos. Puede afirmarse que el Derecho

español no ha aceptado un sistema abstracto de transmisión del dominio, sino un sistema causal (cfr. art. 609 CC). Por lo que se refiere a las promesas y reconocimientos de deuda, que no incorporen su causa, aunque algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia haya hablado de contratos abstractos, ello está condicionado por una idea equivocada de la genuina abstracción, pues, en tales casos, lo único que hay es aplicación de la regla del mencionado art. 1.277 CC.

Se ha querido encontrar algún rastro de abstracción en nuestro Derecho positivo en el régimen jurídico de algunos títulos valores (v. gr.: letras de cambio). Sin embargo, tampoco la conclusión parece exacta, pues lo único que hay es una limitación de la facultad de oponer excepciones derivadas de la situación subyacente frente a los terceros adquirentes de buena fe del título valor.

§ 5. LOS REQUISITOS CAUSALES DEL CONTRATO

25. Los requisitos causales del contrato

El art. 1.275 CC establece que los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno y el art. 1.276 preceptúa que la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a su nulidad si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y válida. Relacionando los dos preceptos citados, se deduce que son tres los requisitos causales del contrato: 1.° La existencia de la causa, puesto que los «contratos sin causa» no producen efecto alguno. 2.° La licitud de la causa, puesto que los contratos con causa ilícita tampoco producen efecto. 3.° La veracidad de la causa, puesto que el Código sanciona, al menos en línea de principio, la expresión de una causa falsa.

26. El requisito de la existencia de la causa y el problema de los contratos sin causa

Dentro de la teoría tradicional de la causa, tal y como aparece configurada por el art. 1.274 CC, es muy difícil de concebir la inexistencia de causa como un supuesto autónomo, pues o se reconduce a la simulación absoluta, o se reconduce a la falta de objeto, es decir, a la falta de la «prestación» de una cosa o servicio por la otra parte (cfr. art. 1.274 CC). La falta de causa no puede ni siquiera admitirse, partiendo de los postulados de las teorías objetivas y subjetivas radicales, pues el contrato siempre cumplirá alguna función económico-social y los contratantes siempre perseguirán alguna finalidad empírica, de manera que el problema no es tanto de falta de causa, como de valoración en orden a la licitud y a la moralidad de la causa realmente existente. Sin embargo, como señala CASTRO, la práctica ha mostrado la importancia social de que los jueces puedan negar la protección

jurídica a promesas cuyo carácter obligatorio resulta socialmente injustificado o cuyo fundamento verdadero por cualquier razón las partes han preferido mantener oculto. Esto indica que, cualesquiera que sean las dificultades de una construcción teórica rigurosa, la técnica normativa de la falta de causa es útil para eludir la investigación y la valoración, a veces imposible de la licitud y moralidad de las causas verdaderas. CASTRO cita el ejemplo del abogado que recibe retribución anual de una empresa, sin que se le atribuya y encomiende trabajo alguno y sin que se pueda saber si existe pago de influencias o de presiones incalificables.

En ocasiones, se utiliza la categoría de los contratos sin causa para resolver el problema que denominamos más arriba de causa de las atribuciones (p. ej., prestación realizada en vista de un contrato que no se llega a celebrar o ineficacia de un «vendí» de acciones que se califica de proyecto que no pasó de la fase preparatoria; cfr. STS 8 de enero de 1964). En otras ocasiones, cuando se trata de lo que nosotros llamábamos contratos sucesivos o ejecutivos, puede hablarse de inexistencia de causa, por inexistencia de la situación antecedente (v. gr.: inexistencia de deuda que pagar en la dación en pago; inexistencia de litigio que resolver en la transacción).

En todo caso, doctrina y jurisprudencia consideran como supuestos de falta de causa todos aquellos en que el resultado obligatorio de la convención es jurídica o socialmente injustificado. Por eso pueden aislarse como supuestos de falta de causa, los que CASTRO puntualiza del siguiente modo: 1.° En los negocios típicos habrá falta de causa cuando el negocio carezca de algunos de los elementos esenciales de su estructura formal. Por ejemplo: no será tenida por compraventa la celebrada sin precio cierto, por transacción, la no establecida para evitar o terminar un pleito, por negocio aleatorio aquel en que no juegue el azar; faltando también la causa cuando dichos elementos se den sólo nominalmente. 2.° En los negocios atípicos faltará la causa: *a)* del que se pretende oneroso cuando no exista verdadera reciprocidad de prestaciones; *b)* del que se pretende gratuito cuando no medie ánimo de liberalidad; *c)* del que se pretende remuneratorio, cuando no hay servicio que remunerar (se actuó cumpliendo la obligación que se tenía como funcionario público). Añade, además, CASTRO que la consideración de la causa concreta ha permitido a los tribunales considerar sin causa contratos en que no se da el propósito negocial, la condición o finalidad determinante, situación que en la mayor parte de los casos, coincidirá con un error sobre la causa

Un problema distinto del de la genuina falta de causa es el que se plantea en la doctrina acerca de las posibles consecuencias de una falta sobrevenida de la causa, pensando en lo que se ha llamado una continuada influencia de la causa sobre el contrato. En el Derecho romano, como sabemos, en estos casos se daba la llamada *condictio causa data causa non secuta*, de manera que el contratante que había tenido a la vista para obligarse la prestación que el otro había de hacerle cuando ésta no se seguía, podía

recuperar la suya. En el Derecho moderno, sin embargo, sin discutir su inicial enlace con problemas causales, las hipótesis contempladas no se ligan en rigor con la doctrina de la causa, sino con la figura de la resolución de la relación contractual.

27. La licitud como requisito causal del contrato y el problema de los contratos con causa ilícita

Según el art. 1.275 CC, la causa ha de ser lícita y se entiende que es ilícita cuando se opone a las leyes o a la moral. Al hablar de causa ilícita hay que empezar por distinguir la ilicitud de la causa de la ilicitud misma del contrato. El contrato que choca con una prohibición legal o contrato *contra legem* queda fuera de los límites de la autonomía privada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.255 CC y le es aplicable la sanción de nulidad establecida en el art. 6. En estos términos podríamos preguntarnos por la necesidad de hablar explícitamente de causa ilícita. Dicho de otra manera: ¿Qué añade el art. 1.275 al 1.255?

En principio, se puede señalar que en aquellos casos en que el contrato, considerado como un todo, contraviene una disposición de ley, la nulidad vendrá dada por el carácter de contrato prohibido. En cambio, en aquellos casos en que las diferentes promesas constitutivas del contrato aparezcan externamente desligadas entre sí será necesario acudir a la ilicitud causal para decretar su nulidad. Cuando un *dare* o la promesa de una *datio* aparezcan externamente independizadas del contrato en el que han nacido, su ilicitud es evidentemente una ilicitud causal. Por ejemplo, la promesa desvinculada es recompensa o retribución de una prestación ilícita. Además de ello, es posible aplicar la idea de causa ilícita en aquellos supuestos en que el contrato en sí mismo sea ilícito y la ilicitud provenga de la finalidad empírica que las partes se proponen alcanzar con él.

La jurisprudencia del TS ha hecho muchas aplicaciones de la idea de la causa ilícita, que estudió en su momento V. TORRALBA *(Causa ilícita: exposición sistemática de la jurisprudencia del TS,* «ADC», 19, 3, 1966). Así, se ha dicho que es lícita la causa en los casos en que existía fraude de derechos legitimarios y, en algunas ocasiones, fraude de acreedores. También se ha encontrado causa ilícita en los contratos dirigidos a lesionar los derechos de un tercero o a causar daños a éste; en las transacciones sobre el ejercicio de acciones penales y en los contratos realizados con infracción de normas legales, con lesión de intereses generales, especialmente en los casos de violaciones del control administrativo de la comercialización de determinados productos.

Puede cuestionarse si dentro de la licitud causal han de colocarse los contratos que contravengan el orden público, aun cuando no exista una expresa disposición de ley que los prohíba. Por orden público entendemos

las reglas centrales y básicas de organización de la comunidad. En el sistema de Estado social y democrático de derecho constituyen también materia indeclinable del orden público los derechos fundamentales y las libertades públicas. No puede reconocerse validez a un convenio privado por el cual quedan lesionadas tales libertades o derechos fundamentales.

28. La moralidad como requisito causal del contrato y el problema de la causa torpe

El mismo art. 1.275 considera ilícita la causa que se opone a la moral, que en la tradición jurídica y en el art. 1.306 recibe el nombre de causa torpe. Se trata, como dice CASTRO, de la conducta moral exigible y exigida por la normal convivencia de las personas estimadas honestas. El estigma de causa opuesta a la moral o contraria a las buenas costumbres se producirá cuando, por inmoral, el resultado práctico del negocio lo repugne la conciencia social y lo considere indigno del amparo jurídico. Parece que deberá tratarse de una violación de las reglas éticas con vigencia social en la comunidad en el momento de que se trata. En épocas, como la nuestra, de moral muy cambiante, este enjuiciamiento resultará difícil de hacer, pero la dificultad no exime de realizarlo.

29. La veracidad de la causa: La expresión de una causa falsa en el contrato y el problema de la llamada falsedad de la causa

Nuestro Código Civil menciona la causa falsa en el art. 1.276, contemplando la expresión de la misma en el contrato. Habla también de «falsedad de la causa» en el art. 1.301, asimilándola al error y al dolo, respecto del modo de cómputo del plazo de cuatro años de la acción de nulidad. El problema que plantea la inteligencia de estos dos preceptos es si se están refiriendo a una misma cosa o a cosas distintas. La distinción ha sido sostenida con buenos argumentos por F. de CASTRO, para quien el Código distingue dos figuras: la expresión de una causa falsa en el contrato, que se contrapone a la causa verdadera y que en términos generales se considera sinónimo de simulación (art. 1.276), y la falsedad de la causa del contrato (art. 1.301), que supone un contrato con causa verdadera y válida, pero que adolece del vicio de falsedad, lo que se reconduce al caso de error que recae en la causa, especialmente en la causa concreta (propósito o fin propio del contrato), lo que permite que se pueda ejercitar la acción de anulación por quien haya sufrido tal error. Para otro sector de la doctrina, representado por J. L. LACRUZ, el art. 1.301 es interpretativo del 1.276 y ambos se refieren al mismo concepto de causa falsa. Tanto uno como otro se refieren al error sobre la existencia de alguno de los elementos o presupuestos que las partes consideraron esenciales al negocio. La falsedad de la causa es, entonces, un defecto subjetivo, es decir, la creencia de que se da o existe un presupuesto que falta en la realidad.

A nuestro juicio, es posible separar lo que el art. 1.301 llama falsedad de la causa, que ha de entenderse como error sobre la causa, que da lugar a una acción de anulación y lo que el art. 1.276 llama expresión de una causa falsa, que puede englobar, desde luego, el supuesto de simulación relativa, pero que permite englobar también la hipótesis en que para encubrir la finalidad o el origen del contrato, que en sí mismo es real y querido, se hace referencia a una causa no verdadera, sobre la cual no existe ningún error. Por ejemplo: para pagar una deuda de origen ilícito, se pacta una dación en pago, asignando a la deuda pagada un origen legalmente correcto.

La utilización de una vía como ésta, que supone una falta de veracidad, lleva aparejada alguna consecuencia especial. Ante todo, debe de excluirse la falsedad y sacarse a la luz la verdad, para que el contrato sea enjuiciado con arreglo a ella. Además, se produce una diferente posición procesal, pues bastará demostrar que la causa expresada no es verdadera para que deba aplicarse la consecuencia de la nulidad y será entonces quien sostenga la validez quien tenga que probar y demostrar la causa verdadera y su licitud.

30. Las presunciones legales de cumplimiento de los requisitos causales del contrato

Al examinar el tema de los contratos abstractos hemos hecho referencia al importante art. 1.277 CC, a cuyo tenor «aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario». Hay una presunción de existencia de causa, tras la emisión de las declaraciones de voluntad contractual, en el caso de que estas no la expresen o no la patenticen, pues, rigurosamente, la presunción de existencia de causa sólo debe cubrir ese supuesto. Si las declaraciones de voluntad expresan su causa, la presunción no será entonces de existencia, sino de veracidad. Del mismo modo, si no existe especial expresión de una causa concreta, pero del entramado de las estipulaciones se desprende un sistema de onerosidad, la causa queda patentizada y no requiere presunción especial.

El precepto establece además una presunción de licitud de la causa, lo que será aplicable igualmente en los supuestos de causa no expresada o patentizada, pues, si así fuera, no entrará en juego la presunción legal, sino el directo enjuiciamiento —que es *quaestio iuris* y no *quaestio facti*— de la legitimidad del intento empírico de las partes. Es posible que la ilicitud provenga de la existencia de especiales finalidades que no resulten o se patenticen del contrato. Respecto de este posible tipo de impugnación por ilicitud, naturalmente la presunción legal funciona.

Finalmente, existe una presunción de veracidad de la causa que ha recibido expresión en el contrato. Ni el art. 1.276 ni el 1.277 aluden especialmente a ella, pero resulta de la presunción de validez general que

alcanza al contrato, por la normal distribución del juego de la carga de la prueba *ex* art. 1.214 CC, ya que tendrá que ser quien alegue un hecho obstativo o impeditivo de la validez quien tenga que probarlo. De esta manera, quien alegue que la causa expresada en el contrato es falsa soportará la carga de la prueba de su aserto. Demostrada la falsedad de la causa, la consecuencia inmediata es la nulidad, que sólo se salva mediante la prueba de la existencia de otra causa verdadera y lícita, trasladándose entonces la carga de la prueba a quien pretende éste otro fundamento.

Las presunciones legales de cumplimiento de los requisitos causales del contrato protegen a ambos contratantes en su interés en el cumplimiento y en la ejecución del contrato. En virtud de ello, la carga de la prueba se traslada al contratante que pretenda desvincularse por la vía de la nulidad o la ineficacia. El art. 1.277 dice que es el deudor quien tiene que probar lo contrario. Normalmente coincidirán la condición de impugnante y la de deudor. No obstante, ello no es absolutamente necesario, especialmente en los contratos bilaterales.

Para llevar a cabo la prueba frente a las presunciones legales, son admisibles y deben valorarse todos los medios de prueba posibles. Hay que tener en cuenta, que, al ser ésta una prueba de extraordinaria dificultad, habrá que servirse las pruebas de indicios o de presunciones de hecho del art. 1.253 CC.

PROF. DR. WERNER FLUME
Profesor emérito en la Universidad de Bonn

EL NEGOCIO JURÍDICO

Parte general del Derecho civil

TOMO SEGUNDO

Cuarta edición, no modificada

Traducción:
JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho civil
de la Universidad Autónoma de Madrid
y
ESTHER GÓMEZ CALLE
Profesora Titular de Derecho civil
de la Universidad Autónoma de Madrid

FUNDACIÓN CULTURAL DEL NOTARIADO

1453 (1992)

§ 12. Negocios jurídicos causales y abstractos

I. Generalidades

1. El negocio jurídico causal y el abstracto como categorías de los negocios de atribución y la causa como fundamento jurídico de la atribución

El negocio jurídico causal y el abstracto son clases de negocios de atribución. En este contexto se entiende por negocios de atribución todos aquellos por medio de los cuales una parte atribuye algo a otro, bien sea al otro contratante, bien a un tercero (contrato en favor de tercero, §§ 328 y ss.), o las partes del negocio recíprocamente se atribuyen algo. La atribución puede consistir en la ejecución de una prestación, o sólo en que se constituya un derecho a una prestación. Por tanto, también son negocios de atribución los contratos obligatorios. Por el contrato de compraventa, por ejemplo, el vendedor obtiene una atribución, en cuanto surge para él una pretensión por el precio de la compra, y de la misma manera, el comprador, en cuanto nace para él la pretensión a la entrega de la cosa.

Todos los negocios jurídicos de atribución necesitan un fundamento jurídico, una causa, por virtud de la cual la atribución se justifique como atribución en relación a la otra parte del negocio. La atribución jurídico negocial puede obtener su sentido de una regulación jurídico negocial o legal. Tomemos la transmisión de la propiedad como paradigma del negocio de atribución. La transmisión de la propiedad necesita una causa por virtud de la cual se justifique que, en vez del transmitente, sea propietario el adquirente. La transmisión de la propiedad no se produce a causa de sí misma. La causa puede ser una reglamentación jurídico negocial, en cuanto por ejemplo el transmitente haya vendido la cosa al adquirente, o una legal, en cuanto el transmitente esté obligado en virtud de la ley a transmitir la cosa al adquirente. El concepto de causa, según esto, se ha de definir diciendo que la causa es el fundamento que en el negocio de atribución justifica la atribución como conforme a Derecho, tanto si esta justificación se fundamenta inmediatamente en la ley como en un negocio jurídico reconocido por el Ordenamiento[1].

[1] El concepto de «causa» se utiliza de las maneras más diversas. En Enn.-Nipperdey se dice (§ 148, I, 2) en la sección sobre los negocios abstractos y causales: «Llamamos causa de una atribución a la intención dirigida a una consecuencia jurídica indirecta de esa atribución». No es posible comenzar con un concepto semejante de causa –con razón habla

La diferencia entre los negocios de atribución causales y abstractos deriva de la distinta configuración técnico jurídica adoptada por el Ordenamiento en cuanto a la conexión de la reglamentación contenida en el negocio de atribución con la causa que le da sentido y la justifica.

Los negocios de atribución abstractos, como tipos de actos de configuración negocial, están moldeados por el Ordenamiento jurídico de tal manera que la causa de la atribución no es parte integrante del negocio de atribución. Por el contrario, en los negocios de atribución causales la determinación de la causa de la atribución pertenece al contenido del negocio. La distinción la ilustraremos con la confrontación de la transmisión de la propiedad como un negocio abstracto según nuestro Ordenamiento jurídico y el contrato de compraventa como causal.

Una transmisión de la propiedad puede tener lugar por diversas causas, por ejemplo, porque el transmitente quiere regalar la cosa en cuestión al adquirente o porque el transmitente está obligado por cualquier razón a transmitir la cosa al adquirente, por ejemplo, en virtud de un contrato de compraventa.

La transmisión de la propiedad, tal como está moldeada por el Ordenamiento jurídico como tipo de acto jurídico negocial, no puede, según nuestro Derecho, contener en sí misma su causa. No existe, según nuestro Ordenamiento jurídico, un acto de transmisión de la propiedad por razón de compraventa o de donación, sino solamente el acto de transmisión de la propiedad «per se», es decir sin consideración a la causa por virtud de la cual se produce la transmisión de la propiedad. En la medida en que el Ordenamiento jurídico abstrae de la causa el tipo de acto del negocio de atribución, se designa con razón al negocio, negocio abstracto.

En la realidad de la vida jurídica las transmisiones de la propiedad, así como los otros negocios abstractos de atribución, obviamente no son realizados por las personas que intervienen «per se», sino por causa de donación, de compraventa, etc. Pero, dejando esto aparte, por disposición de nuestro Ordenamiento jurídico la causa no pertenece al negocio de atribución como una parte del mismo. La estructuración de los tipos de actos de los negocios de atribución (como, por ejemplo, la transmisión de la propiedad) como negocios abstractos es algo previo a la configuración autónomo-privada de las relaciones jurídicas por los particulares. En los negocios jurídicos abstractos se ve especialmente claro que no es el particular, sino el Ordenamiento jurídico el que determina en qué tipos de actos puede tener lugar la configuración autónomo-privada de relaciones jurídicas.

En el contrato de compraventa, por ser un negocio causal, la causa de las atribuciones realizadas mediante él es parte del contenido del mismo negocio. No requiere ninguna justificación de una causa externa al contrato que en el contrato de compraventa el vendedor tenga una pretensión por el precio y el comprador otra para la entrega de la mercancía. Ahora bien, las pretensiones de vendedor y comprador nacidas del contrato de compraventa se justifican por el mismo contrato. El contrato de compraventa como acuerdo por el que comprador y vendedor obtienen una pretensión a la contraprestación, cada uno como retribución de su propia prestación, es la justificación, la causa, de las pretensiones que nacen para ambos del contrato de compraventa. Sólo en casos excepcionales el contrato de compraventa tiene además una causa independiente. Por ejemplo, cuando por un legado se impone al heredero la obligación de vender un objeto al legatario.

Por regla general el negocio abstracto de atribución tiene lugar para el cumplimiento de una obligación constituida por ley o por negocio jurídico. No es criticable que en estos casos se llame causa a la obligación para cuyo cumplimiento se realiza el negocio abstracto de atribución, y no a la ley o al negocio jurídico creadores de la obligación. Para el trabajo jurídico es incluso más práctico conectar con la obligación y no con la ley o el negocio jurídico, y llamar causa a aquélla en vez de a éstos. Igualmente es habitual, en los contratos causales, en los que una prestación es la contraprestación de la otra, decir que los créditos y deudas que se encuentran en relación de reciprocidad son respectivamente la causa cada una de la otra, por ejemplo, en el contrato de compraventa, la causa de la obligación o de la prestación del vendedor es la obligación o prestación del comprador. Tampoco hay que decir nada en contra de esto. Solamente hay que considerar que, en definitiva, lo único que importa es si la atribución encuentra su justificación jurídica, esto es, su causa en la ley o en el negocio jurídico.

Tradicionalmente en los negocios abstractos de atribución, se distinguen, haciendo una tripartición, respecto del contenido de la causa, las

ENN.-NIPPERDEY, *loc. cit.* de causa en sentido subjetivo–, en particular es inadecuado para captar los problemas de la diferencia entre los negocios abstractos y los causales. La mera «intención», por lo demás, es irrelevante por sí sola, por regla general en relación a las consecuencias jurídicas de los negocios de atribución igual que en los demás negocios jurídicos. Así ENN.-NIPPERDEY (*loc. cit.*, n.º 1) completa su definición diciendo que en los negocios de atribución «por regla general es necesario un acuerdo, que asimismo se acostumbra a llamar causa». Cfr. sobre el concepto de causa también COING-STAUDINGER Einl. Vor, §§ 104 y ss., N. 57; LOCHER, Rechtsvergl. Hdwb. II, 614 y ss. con documentación.

causas *credendi, solvendi* y *donandi,* es decir, las causas de constitución o cumplimiento de un crédito y la causa de donar. Esta clasificación según el contenido de la causa no es exhaustiva. En especial no incluye la *datio ob rem* u *ob causam.*

La *datio ob rem* es la atribución con un pacto de destino, sin que para el *accipiens* exista un deber de prestación respecto de la obtención del resultado. A la d*atio ob rem* le puede faltar la causa de dos maneras distintas, una, porque el pacto de destino no haya sido acordado eficazmente, y otra, porque el resultado pactado no se haya alcanzado. En el último caso, la causa falta en virtud del pacto de destino de la atribución.

Habida cuenta de la libertad de configuración existente en principio en los contratos obligatorios –a diferencia de lo que sucedía en el Derecho romano en el que regía un *numerus clausus* para estos contratos– hoy existen escasas posibilidades de aplicación de la *datio ob rem.* Si como es habitual con una prestación se persigue una contraprestación, por regla general se pactará la obligación de realizar la contraprestación. Hoy todavía existe margen para la *datio ob rem* cuando se realiza una prestación para un fin que no puede ser objeto de una obligación (por ejemplo, atribución para una boda), o cuando el accipiens todavía deba conservar la libertad de decidir si quiere realizar la prestación por cuya causa se le ha hecho la atribución.

De modo especial se plantea el problema de la causa en los negocios jurídicos de garantía. Mediante el negocio de garantía, por ejemplo, fianza, constitución de prenda, transmisión en garantía, el *accipiens* obtiene la atribución como garantía del cumplimiento del crédito para cuya seguridad se constituyó la garantía. La relación entre el derecho de garantía y el crédito garantizado se explica con el concepto de accesoriedad. Se distinguen derechos de garantía accesorios y no accesorios. Los derechos de garantía accesorios (ejemplos principales: fianza, prenda e hipoteca) dependen en su existencia del crédito garantizado. Si por ejemplo se acuerda la constitución de una prenda por un crédito que en realidad no existe, entonces no nace ningún derecho de prenda. En los derechos de garantía no accesorios (ejemplo principal: la deuda inmobiliaria [§§ 1191] y la propiedad transmitida en garantía), según la doctrina dominante la causa de la constitución de los mismos es la existencia de un derecho de crédito a garantizar. La constitución del derecho de garantía es, en estos casos, un negocio jurídico abstracto, que no es diferente de los demás negocios jurídicos abstractos. La transmisión en garantía, en particular, transmite «per se» la propiedad del bien dado en

garantía. La constitución de un derecho de garantía no accesorio carece de causa, según la doctrina dominante, cuando no existe el crédito a garantizar. En contra de la doctrina dominante, hay que distinguir: el pacto de garantía es la causa de la constitución del derecho de garantía no accesorio. Si el pacto no es válido, entonces la constitución del derecho de garantía se habrá realizado sin causa. Si es válido, pero no existe el crédito a garantizar, entonces el que constituyó la garantía tiene una pretensión contractual, en virtud del pacto de garantía, para la restitución del derecho de garantía y una excepción contractual contra el ejercicio del mismo[1a].

2. La independización técnico-jurídica del significado jurídico de la atribución en los negocios abstractos

En el negocio abstracto, para la eficacia del negocio, esto es, para la producción de la consecuencia jurídica a la que se dirige el negocio, lo único que importa es el negocio mismo de atribución, aunque éste no regule también la causa de la atribución. La modificación jurídica en que consiste la atribución se produce, en el negocio abstracto, sin considerar si existe una causa en virtud de la cual se justifique la atribución en relación al que la hace respecto del que la recibe. Negando el apotegma medieval sobre la causa como presupuesto de eficacia, se puede decir que en el negocio abstracto *cessante causa non cessat effectus.*

Tomemos como ejemplo la transmisión de la propiedad, que, como se ha dicho ya, está regulada en nuestro Ordenamiento jurídico como negocio jurídico abstracto. El contrato de compraventa es la causa de la transmisión de la propiedad de la cosa vendida. Aunque el contrato de compraventa sea ineficaz y con ello falte la causa de la transmisión de la propiedad, a pesar de ello, la transmisión de la propiedad es válida, precisamente porque según nuestro Ordenamiento jurídico está regulada como negocio abstracto.

Como regla general, desde un punto de vista jurídico material no importa si el negocio es abstracto o causal. Pues por regla general existe una causa de la atribución producida mediante el negocio abstracto. La especialidad del negocio jurídico abstracto se presenta en el aspecto ju-

[1a] Así acertadamente BAUR, *Sachenrecht,* § 45 II; Cfr. también WESTERMANN, *Sachenrecht,* § 114 II, quien admite junto a la pretensión contractual, la pretensión por enriquecimiento.

rídico material sólo en los casos excepcionales en los que no existe causa de la atribución. Entonces, a pesar de ello, el negocio abstracto de atribución es válido. Sin embargo, porque en estos casos falta la causa de la atribución en la relación que media entre el que la hace y el que la recibe, nuestro Ordenamiento jurídico establece que el que la hizo puede reclamar su prestación al accipiens como «enriquecimiento sin causa» (§§ 812 y ss.). En los ejemplos citados, en los que la cosa ha sido transmitida en virtud de un contrato de compraventa ineficaz, el vendedor puede exigir al comprador, conforme a los §§ 812 y ss., la retransmisión de la cosa vendida.

Las disposiciones sobre el enriquecimiento sin causa son complemento necesario de la institución del negocio abstracto de atribución. Nuestro Ordenamiento jurídico puede independizar el negocio abstracto de atribución respecto de la causa de la atribución, es decir, independizar la validez del negocio abstracto de atribución de la causa de la atribución, precisamente porque para el caso de falta de la causa, las disposiciones sobre el enriquecimiento sin causa impiden que en caso de que se produzca una atribución sin causa todo acabe ahí. Mediante las disposiciones sobre el enriquecimiento injustificado se consigue que, en la relación entre el que hace la atribución y el *accipiens* en un negocio abstracto de atribución, la atribución sin causa no conduzca a un enriquecimiento injustificado del accipiens «a costa» del que hizo la atribución.

3. La determinación de la causa como parte de la reglamentación jurídico negocial del negocio causal

En el negocio causal la regulación jurídica de la atribución no está abstraída de la causa que la justifica. Antes bien, la eficacia de la atribución causal exige que exista una causa de la atribución. Conforme a nuestro Ordenamiento jurídico no existe ningún negocio causal de atribución configurado de tal modo que, cuando un negocio de atribución se produzca por una causa legal de atribución, la existencia de esta causa legal condicione también la eficacia al negocio de atribución. En relación a las causas legales de atribución nuestro Ordenamiento jurídico conoce sólo el negocio abstracto. En nuestro Ordenamiento jurídico sólo existen negocios causales de atribución cuando la atribución obtenga su sentido jurídico de una reglamentación jurídico negocial y ésta sea una parte integrante del negocio de atribución. Como en el negocio jurídico causal, la causa de la atribución se determina por el mismo negocio de atribución, en él la eficacia de la atribución depende, a diferencia de lo que ocurre en el negocio jurídico abstracto, de la eficacia de la reglamentación jurídico negocial sobre la causa de la atribución, y en esa medida se puede decir que *cessante causa cessat effectus*.

4. La configuración abstracta o causal de los tipos de negocios de atribución como decisión positiva del Ordenamiento jurídico

Corresponde al Ordenamiento jurídico decidir si los tipos de negocios de atribución se estructuran abstracta o causalmente. La regulación es diferente en los diversos Ordenamientos jurídicos, y también lo ha sido en la evolución histórica de algunos Ordenamientos jurídicos. En el Derecho alemán vigente los tipos de negocios de disposición mediante los que se produce una atribución, en principio están regulados como negocios abstractos. Paradigma es la transmisión de la propiedad. También en el ámbito del Derecho de Obligaciones, según el Derecho vigente, los negocios de disposición están estructurados como negocios abstractos, así la cesión de créditos o la constitución de derechos sobre derechos de crédito y la condonación de una deuda. El contrato obligatorio por el que se constituye un crédito, es, por el contrario, según el Derecho vigente, en principio, un negocio jurídico causal. La promesa abstracta de deuda prácticamente sólo tiene importancia en el Derecho de los títulos valores.

5. Causa y motivo

La determinación de la causa de una atribución debe separase tajantemente del motivo que impulsa al que actúa negocialmente, pero que no es objeto de la reglamentación jurídico negocial. En el contrato de compraventa, por ejemplo, la regulación jurídico negocial se agota habitualmente en la determinación de la cosa y del precio. El Ordenamiento jurídico considera al de compraventa modelo de contrato, y del mismo modo se emplea el contrato de compraventa en el tráfico como modelo de negocio. El porqué compra el comprador o vende el vendedor, es decir, el motivo, no forma parte del acuerdo jurídico negocial de la compraventa, tal como existe en nuestro Ordenamiento jurídico como negocio tipo y tal cómo se utiliza en la práctica. Causa, es decir, fundamento

jurídico para que surja para el vendedor un derecho de crédito por el precio y para el comprador uno por la entrega de la cosa, es que cada uno adquiera una pretensión a la contraprestación. No es objeto de la regulación jurídico negocial del contrato de compraventa, tal como habitualmente se celebra, por qué otras «razones» el vendedor o el comprador han celebrado la compraventa.

En la doctrina medieval del negocio jurídico, aparte de ulteriores subdivisiones, se distinguió entre *causa impulsiva* y *causa finalis*. De la causa impulsiva, que no forma parte del negocio jurídico, dice Baldo (1327-1400) en su comentario a C. 1,3, 51 bajo el n.º 5 : *Propie non est causa, sed est quoddam motivum.* El término «motivo» se ha conservado hasta hoy. Respecto del motivo se habla también de una *causa remota.* El motivo es una causa «lejana», en cuanto no pertenece al mismo negocio jurídico. En el caso concreto a veces es difícil decidir, si un motivo impulsivo del que actúa negocialmente se ha hecho contenido de la reglamentación jurídico negocial, o se ha quedado como causa impulsiva.

II. El problema de la causa en el contrato obligatorio

Advertencia preliminar

Para comprender el problema de la causa en el contrato obligatorio resulta útil tener en cuenta la historia. Podría parecer obvio en una consideración apriorística[2] que cuando se promete una prestación, y ésta es aceptada, existe un «contrato» que obliga jurídicamente al promitente a la prestación prometida, en cuanto la promesa como tal constituye la causa de la obligación, y ésta no requiere otra justificación que, precisamente, la de que el promitente se ha obligado por su promesa. Pero frente a esto, el estudio de la historia del Derecho enseña que no es de ninguna manera obvio que el promitente quede jurídicamente vinculado sólo porque él «promete» y otro acepta, y también, según el Derecho vigente, la promesa de una prestación requiere, más allá de la simple «promesa», una causa que justifique que al destinatario de aquélla le corresponda una pretensión contra el promitente. Sólo es un problema de estructuración técnico-jurídica de los tipos de promesas vinculantes reconocidos por el Ordenamiento en cada momento, decidir si la causa es parte de acto de la promesa como supuesto de hecho normativo, o si la

[2] Cfr. GROCIO, *De iure belli ac pacis,* II, cap. XI.

eficacia de la promesa es independiente de su causa. También en el último caso, es decir, también en el caso de la promesa abstracta, nos preguntamos por la causa de la misma, si bien esta cuestión es independiente de cómo se conciba jurídicamente la promesa en sí.

La regulación del Derecho vigente, en el que coexisten los contratos obligatorios causales y abstractos, ha surgido de una evolución histórica que conecta con el Derecho Romano. La problemática fundamental de la causa del contrato obligatorio se puede ilustrar especialmente bien en el Derecho romano. Por eso, a continuación se expondrá en primer lugar la problemática de la causa del contrato obligatorio en el Derecho romano.

La libertad de configuración del contenido del contrato obligatorio, reconocida en nuestro Ordenamiento, forma parte de la problemática de la causa. En esto también es especialmente valiosa, para la comprensión del Derecho vigente, la antítesis del Derecho romano, que no reconoció la libertad de configuración del contenido del contrato obligatorio. Además es conveniente, para la comprensión del Derecho vigente, saber que la evolución histórica desde el *numerus clausus* de los tipos de contratos obligatorios, como lo conoció el Derecho Romano, hasta la libertad contractual en el Derecho de obligaciones vigente es la historia del problema de la causa. Sólo después del estudio histórico, se tratará el problema de la causa en el contrato obligatorio.

1. El contrato obligatorio según el Derecho Romano

De ninguna manera puede decirse que sea obvia la regulación de nuestro Derecho, en el que el contrato obligatorio, en principio, es un negocio jurídico causal. El tipo contractual dominante para la constitución de obligaciones era, según el Derecho romano clásico, la estipulación, y era, según nuestra terminología, un negocio abstracto. Como la promesa abstracta de deuda del Derecho vigente (§ 780) la estipulación del Derecho Romano era un negocio jurídico formal, si bien la forma era verbal. La forma consistía en que el *stipulator,* es decir, aquel que se hacía prometer la prestación *(stipulari),* preguntaba al *promissor,* es decir al promitente, si le prometía la prestación, y el *promissor* lo prometía. La pregunta era de este tenor, por ejemplo, *sestertium V milia dari spondesne?,* y la respuesta: *spondeo.*

La estipulación constituía el crédito y la obligación respectivamente sin consideración a la causa. Si, por ejemplo, alguien hubiera prometido

el pago de una cantidad de dinero por esperar que el acreedor le concedería un préstamo, entonces sería causa de la estipulación la recepción de la suma del préstamo, pero la estipulación sería eficaz como promesa de deuda abstracta, es decir, al acreedor le correspondería una acción derivada de la estipulación aún cuando no hubiera hecho el préstamo. Sin embargo, el Pretor concedía en este caso al deudor una *exceptio doli* contra la acción del acreedor, porque a la estipulación le faltaba la causa, de modo que el acreedor no podía triunfar con su acción aunque era procedente conforme al Derecho civil.

Junto a la estipulación, contrato obligatorio abstracto, sólo existían en el Derecho romano clásico determinados tipos contractuales configurados como contratos causales obligatorios. Así, por ejemplo, un contrato de mutuo solamente podía perfeccionarse por la entrega de la suma prestada. Por eso el mutuo es un contrato real en el Derecho Romano, de donde procede la regulación del § 607. Un pacto sobre la concesión de un préstamo no podía celebrarse eficazmente. El Derecho Romano no reconocía semejante tipo contractual. Como ulterior ejemplo, mencionaremos la permuta. En el Derecho Romano clásico se impuso la opinión de que la permuta no debía equipararse a la compraventa. Mas no se reconocía jurídicamente la permuta como tipo contractual especial. Por eso no se podían celebrar eficazmente pactos de permuta como tales[3].

Junto a la estipulación, contrato obligatorio abstracto, y *numerus clausus* de determinados tipos de contratos causales obligatorios existía en el Derecho clásico la *datio ob rem*[4]. Se trataba de que se hiciera una prestación para un fin determinado: *ob rem vero datur, ut aliquid sequatur,* como dice Pomponio en el Digesto de Justiniano D. 12, 6, 52. La *datio ob rem* en la época clásica era un importante complemento de los tipos contractuales obligatorios. Pues todo resultado y con ello toda prestación, presupuesto que fuera *non inhonesta,* podía acordarse como resultado de una *datio ob rem.* Es cierto que en virtud de la *datio ob rem* no surgía ninguna acción según el Derecho clásico para exigir el resultado perseguido con la prestación, si éste consistía en una prestación del accipiens de la *datio ob rem.* Pero con la *condictio* podía exigirse la devolución de la *datio ob rem: re non secuta,* es decir, cuando no se realizaba la prestación del accipiens acordada como fin de la *datio ob rem.*

[3] Cfr. KASER, *Röm. Privatrecht,* I, § 135 I.

[4] Cfr. sobre esto SCHWARZ, *Die Grundlagen der condictio im klassischen römischen Recht,* pp. 117 y ss.; KASER, *Röm. Privatrecht* ,I, §, 1339 III 3.

En la codificación justinianea se trata de la *condictione causa data causa non secuta* en el Digesto, D. 12, 4, y de la *condictione ob causam datorum* en el *Codex,* C. 4, 6, y estos términos se han mantenido hasta hoy. *Condictio causa data causa non secuta* quiere decir: la *condictio* cuando se ha pactado una causa que no se ha realizado. *Condictio ob causam datorum* quiere decir: la *condictio* de la prestación realizada en consideración a una causa. La palabra causa tiene el mismo sentido en el título del Digesto que en del Código. Causa es la razón por la que se realiza la *datio.* La causa puede ser una prestación del *accipiens,* pero también cualquier otra circunstancia por cuya razón la *datio* se hace. Así la *datio dotis causa,* esto es la entrega de la dote a la mujer, puede reclamarse que se restituya por medio de la *condictio* si el matrimonio no llega a celebrarse.

En el Derecho romano el pactum se encuentra en contraposición a los contratos obligatorios, que confieren una acción bien según el *ius civile* bien según el Derecho honorario. La afirmación del Digesto justinianeo D. 2, 14, 7, 4, *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem* es correcta en lo esencial para el Derecho clásico, aunque no proceda de Ulpiano bajo cuyo nombre Justiniano nos la transmitió. Por medio de pactos distintos de los tipos contractuales causales establecidos con contenido determinado como compraventa, arrendamiento, etc., y del contrato obligatorio abstracto de la *stipulatio,* no se podía generar una *actio,* es decir, *mutatis mutandis,* un derecho de crédito en el sentido actual.

La afirmación según la cual el *nudum pactum* no origina una *actio,* sino solamente una *exceptio,* está pensada por la estipulación. En el pasaje de las llamadas Sentencias de Paulo 2, 14, 1: *ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur,* se trata del pacto de pagar intereses en el mutuo, que sólo puede tener lugar mediante una *stipulatio,* mientras que el acuerdo carente de forma, simplemente un acuerdo por *nudum pactum,* es ineficaz. Por el contrario un pacto de quita o espera, el *pactum de non petendo,* es eficaz en cuanto que el Pretor frente a una acción por un mutuo o una *stipulatio* concedía una *exceptio* en virtud de dicho pacto.

En la evolución postclásica del Derecho romano se abandonó la estipulación como negocio de forma verbal y con ello se borró la diferencia entre la *stipulatio* formal y el *nudum pactum,* del cual no surgía ninguna acción conforme al Derecho clásico[5]. Sin embargo, en el Derecho justi-

[5] Cfr. KASER, *Röm. Privatrecht,* II, § 263 y especialmente E. LEVY, *Weström. Vulgarrecht, Obligationenrecht,* pp. 16 y ss., 34 y ss.

nianeo se restableció la *stipulatio,* si bien ahora en realidad era un contrato escrito, en cuanto que la presentación del documento de la estipulación equivalía a la prueba de la celebración oral de la misma, siempre que no se probase que las partes en el día en cuestión no se encontraban en el lugar de celebración del contrato. Según el Derecho justinianeo igual que en el Derecho clásico, del *nudum pactum* no surgía ninguna *actio.*

La modificación decisiva del Derecho justinianeo frente al Derecho clásico respecto de los tipos de contratos obligatorios, fue la ampliación de los negocios causales con los llamados contratos reales innominados. Mientras el Derecho clásico en la *datio ob rem,* en principio, sólo conocía la *condictio* por la prestación realizada, cuando la *res* consistía en una prestación del accipiens y éste no la hubiera cumplido, ahora, en general, se admitieron en el caso de la *datio ob rem,* la acción para exigir la contraprestación y, a su lado, la *condictio* de la prestación realizada[6].

Así surgieron los contratos reales innominados. Se llamaron contratos reales, porque no existía acción para exigir la contraprestación en virtud del simple acuerdo, sino sólo cuando ya se hubiera realizado una prestación. Es famosa la clasificación de estos contratos reales innominados en el pasaje del Digesto D. 19, 5, 5 pr: *aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias.* Un ejemplo especialmente ilustrativo de un contrato real innominado es la permuta. La permuta según el Derecho justinianeo –al igual que según la opinión que se hizo dominante en el Derecho clásico– no era una compraventa, ni tampoco un contrato consensual equiparable a la compraventa. El contrato –como contrato real– sólo llegaba a ser vinculante cuando una de las partes de la permuta había realizado su prestación (D. 19, 4, 1, 2)[7].

2. Conclusiones apoyadas en el Derecho Romano respecto del problema de la causa en los contratos obligatorios

El Derecho Romano ya muestra *in nuce* los problemas de la causa en el contrato obligatorio, tal como se presentan en todos los Derechos, cualquiera que sea su regulación en particular. Se trata de dos cosas distintas. Por una parte, en los contratos obligatorios abstractos lo que importa es la relación entre la promesa de deuda y la razón que la justifica, y por otra, está el problema de qué *causae* se reconocen para los tipos de contratos obligatorios causales.

[6] Es discutido si en casos concretos también en la época clásica existió ya una *actio* para exigir la contraprestación en la *datio ob rem.;* cfr. KASER, *Röm. Privatrecht,* I, § 135.

[7] Cfr. KASER, *Röm. Privatrecht,* II, § 169.

Una promesa abstracta de deuda puede concebirse de modo que la cuestión de la causa de la promesa sea totalmente eliminada. Esa situación jurídica fue superada en el Derecho Romano cuando el Pretor concedió la *exceptio doli* frente a la acción derivada de una *stipulatio,* cuando la promesa de deuda había tenido lugar sin causa. Si cuando se exige el cumplimiento de una promesa abstracta se cuestiona la existencia de la causa, entonces la abstracción se manifiesta sólo en la técnica del ejercicio procesal del derecho, tal como muestra el Derecho Romano de manera tan ilustrativa: El promitente debe invocar la falta de causa mediante la interposición de la *exceptio* y si no se prueba la inexistencia de la causa, se estimará la demanda. Pues la promesa como tal, simplemente porque es abstracta, ya fundamenta la acción, que sólo puede ser paralizada con la *exceptio doli* por razón de falta de la causa. Con la concesión de la *exceptio doli,* según una formulación de BALDO, la promesa abstracta de deuda de la *stipulatio* se transforma en un *contractus aliunde causandus*[8] en contraposición a los negocios causales del Derecho de obligaciones, *qui sunt causa sui ipsius,* como dice BALDO.

La *stipulatio* del Derecho Romano se convirtió en una figura jurídica practicable solamente con la admisión de la *exceptio doli;* precisamente por ello obtuvo múltiples posibilidades de aplicación, como muestra el ejemplo de la «compraventa» genérica mediante estipulaciones cruzadas[9]. En un Derecho desarrollado, como con evidencia muestra el Derecho Romano, es propio de la figura jurídica de la promesa abstracta de deuda que, a pesar de todo, sea tenida en cuenta la falta de causa de la promesa, aunque esto pueda parecer también una paradoja de la abstracción. Por otra parte, cuando un Ordenamiento jurídico conoce la cesión de créditos surgen problemas especiales respecto del derecho de crédito originado por una promesa abstracta de deuda, porque entonces aparece la cuestión de en qué medida la falta de causa puede ser opuesta también al cesionario.

En Derecho Romano, dado el *numerus clausus* de negocios causales del Derecho de obligaciones, la especial importancia material de la abs-

[8] BALDO sobre C. 4, 30, 13, N. 23.

[9] El Derecho Romano no conoce la figura de la compraventa genérica, sino que «compraventa» es sólo la de cosa específica. Los efectos jurídicos de una compraventa genérica se podían obtener, sin embargo, si el «vendedor» prometía por una *stipulatio* la entrega de mercancía e igualmente por una *stipulatio* el comprador prometía el pago de la suma de dinero convenida como «precio». Cfr. KASER, *Röm. Privatrecht,* I, § 131, II 1.

tracción de la estipulación consistía en que la promesa estipulatoria podía ser empleada para cualquier causa, siempre que no fuera una *causa inhonesta.* La abstracción además era absoluta si el promitente *sciens* hubiera prometido un *indebitum* por medio de una *stipulatio,* porque entonces no disponía de ninguna *exceptio* contra la acción. En una regulación semejante, la promesa abstracta de deuda ofrecía la posibilidad de corroborar eficazmente como relación obligatoria abstracta una relación obligatoria inexistente por sí misma. Pero al mismo tiempo se plantea con ello el problema de cómo distinguir una tal promesa abstracta de deuda de una donación, y además hay que tener en cuenta que una prohibición legal de realizar una prestación, por razón de su causa, debe ser eficaz en todo caso, incluso frente a una promesa abstracta de deuda.

Respecto de los negocios obligatorios causales, el Derecho Romano alcanzó una clara delimitación mediante su reducción al *numerus clausus* de tipos contractuales del Derecho de obligaciones. Desde el punto de vista de un Ordenamiento jurídico como el nuestro, que descansa en el principio de la libertad contractual en el sentido de libertad de configuración del contenido, la regulación del Derecho Romano puede parecer primitiva. Sin embargo, mediante la limitación a determinados tipos contractuales se consiguen dos cosas: por una parte, resulta una clara delimitación entre los acuerdos jurídico negociales y por ello vinculantes jurídicamente y las promesas que no originan ninguna relación jurídica obligatoria (véase *supra* § 7). El contenido contractual, además, queda claramente delimitado. Pues queda fijado mediante los tipos contractuales cuyo contenido determina el Ordenamiento jurídico. Además se trata de lo siguiente: Los problemas jurídicos del contrato obligatorio surgen, en una parte esencial, de que para una relación obligatoria son importantes circunstancias sobre las que las partes no han adoptado ningún acuerdo. Se trata de los llamados elementos *naturalia negotii:* Si, como hicieron los romanos, se limita la libertad contractual a la libertad de celebrar ciertos tipos de negocios reconocidos por el Ordenamiento jurídico y de contenido prescrito por él, entonces se pueden elaborar los *naturalia negotii* de manera típica y pueden ser también establecidos de manera general. Si por el contrario se admite para el contrato obligatorio la libertad de configuración del contenido, entonces no es posible remitirse a la tradición jurídica respecto a los *naturalia negotii,* en cuanto se trata de la concreta peculiaridad del negocio. De aquí resulta el peligro de la subjetividad de la decisión judicial. Es característico del Derecho Romano de la época clásica que, si bien el *numerus clausus* de los

negocios jurídicos del Derecho de obligaciones fue ampliado mediante la *datio ob rem,* los clásicos no llegaron a configurar en general la *datio ob rem* como contrato real del Derecho de obligaciones. La mera *condictio,* procedente en el caso de que la contraprestación acordada no fuese cumplida, en vez de la pretensión a la prestación del otro como resultado perseguido por la propia prestación, era una solución radical, incluso hasta se podría decir que primitiva, en el sentido de «o todo o nada». Por eso los romanos clásicos evitaron la necesidad de ocuparse de los difíciles problemas de la relación entre prestación y contraprestación, que no pueden ser comprendidos unitariamente por la variedad de las posibles contraprestaciones.

3. La evolución hacia la figura jurídica del contrato obligatorio consensual con libertad de configuración del contenido como parte de la historia del contrato obligatorio causal

La evolución jurídica europea, desde el encuentro con el Derecho Romano en el siglo XI, va, en cuanto al Derecho de los contratos obligatorios, desde la limitación de los tipos de negocios causales del Derecho de Obligaciones, tal como la había transmitido la codificación justinianea, hasta la figura jurídica general del contrato obligatorio basado en el acuerdo desnudo de forma, cuyo contenido ya no está fijado por el Ordenamiento jurídico, sino que puede ser establecido por las partes del contrato según su voluntad. Se trata de la superación de la máxima: *ex nudo pacto actio non nascitur*[10].

Primero fue el Derecho canónico el que se liberó de esta máxima[11]. Ya Bártolo[12] nos informa luego de que en la curia *mercatorum, ubi de negotio potest decidi bona aequitate,* no se podía alegar que un acuerdo sólo se había celebrado como *nudum pactum.* La admisibilidad de la acción derivada de un *pactum nudum* ante los tribunales mercantiles se mantuvo en la época posterior[13].

---

[10] Cfr. en la doctrina, SEUFFERT, *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge;* SÖLLNER, *Die causa im Kondiktionen - und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten* (Frankf. Diss. 1958), SAV. Z (Röm. Abt.), 77 (1960), 182 y ss.; DILCHER Sav. Z. 77, 270 y ss.; HORST KAUFMANN, Traditio 17 (1961), 107 y ss., y bibliografía, p. 133, N. 135.

[11] Cfr. SÖLLNER, Sav.Z. 77, pp. 240 y ss.

[12] Sobre D. 17, 1, 48.

[13] Cfr. BALDO sobre C. 4, 18, 2 ; JASON DE MAYNO sobre D. 2, 14, 7, 4.

La doctrina según la cual el negocio obligatorio requiere una causa para su eficacia está muy vinculada materialmente, en la evolución histórica desde el abandono en el Derecho canónico de la máxima jurídica romana referente al *nudum pactum,* con el reconocimiento del *nudum pactum* como negocio obligatorio válido. El reconocimiento del *nudum pactum* va acompañado del rechazo del contrato obligatorio abstracto.

En Alemania, después de la recepción, ya en el siglo XVI no se aplicaba en la práctica la máxima de la falta de acción del *nudum pactum.* Wesenbeck declaraba en su obra –muy influyente durante mucho tiempo, publicada primero (1565) bajo el título *Paratitla,* después como *Commentarii in Pandectas iuris civilis et codicis Iustinianei libros*– a propósito de D. 2, 14, n. 9 : *communis opinio est, et ita usus observat, ut indistincte ex Pactis Nudis serio et deliberate initis, etiam in foro Civili hodie detur actio.* El mismo Wesenbeck aprobaba este *usus*[14]. Por el contrario, la doctrina jurídica del siglo XVI[15] mantenía todavía la antigua máxima según la cual no se puede accionar con base en un *nudum pactum.* En el *Usus Modernus,* sin embargo, la máxima fue completamente superada. Finalmente, lo único que todavía se discutió en la doctrina fue en dónde estaba el fundamento de que el *nudum pactum* estuviera dotado de acción, si en el Derecho natural, en el germánico, en el canónico o en el Derecho consuetudinario, o simplemente en que el *nudum pactum* había ocupado el puesto de la *stipulatio*[16].

Con la liberación general de la máxima de la falta de acción del *pactum nudum* se creó el contrato obligatorio causal con libertad de las partes para la configuración de su contenido. A partir de entonces resultó una notable diferencia entre la evolución jurídica francesa y la alemana. Mientras que en la evolución jurídica francesa, la doctrina de la causa se impuso bajo el influjo de Domat[17] (1625- 1692) y Pothier[18] (1699- 1772), y encontró acogida en el Code civil (art. 1131), la doctrina jurídica alemana no trató ya de la causa como fundamento de la obligación en rela-

[14] Cfr. también Freiburger Stadrceht, II, 6, 8.

[15] Cfr. sobre esto por ejemplo Anton FABER, *rationalia ad Pandectas,* sobre D. 2, 14, 7, 7, DUARENO sobre D. 2, 14 cap. VI; Donello, Com. De iure civili 12, 9 § 7; 12, 10, §§ 6 y ss. Pero, de otra opinión sobre la equiparación del pactum con la stipulatio, MOLINEO sobre D. 45, 1, 1 y 2.

[16] Cfr. sobre esto por ejemplo B. LEYSER, *Meditationes ad Pandectas,* I spec. 39 V; HEINECIO, *Elementa iuris civilis;* Institutiones, § 777; Samuel STRYK, *Usus modernus Pandectarum,* sobre D. 2, 14 §§ 1 ss.; GLÜCK, *Pandecten,* IV, § 312; SAVIGNY, *Obligationenrecht,* II, pp. 231 y ss.

[17] *Les lois civiles dans leur ordre naturel,* I, sect. I.

[18] *Traité des obligations,* I, cap. I, Sect. I, Art. III, § VI.

ción con los contratos obligatorios causales. La eficacia de la promesa abstracta de deuda permaneció indiscutida en el Derecho Común alemán hasta el BGB[19]. El BGB se decidió entonces por el reconocimiento del contrato obligatorio abstracto.

4. El problema de la causa en el contrato obligatorio conforme al Derecho vigente

a) El contrato obligatorio abstracto*

El BGB conoce como contratos obligatorios abstractos la promesa de deuda y el reconocimiento de deuda (§§ 780 y 781). Los términos son equívocos en la medida en que no permiten reconocer que se trata de contratos. No existe diferencia entre la promesa de deuda y el reconocimiento de deuda, más bien son solamente distintas formas del contrato obligatorio abstracto[20]. Al contrato obligatorio abstracto se equipara la aceptación de la asignación (§ 784).

El contrato obligatorio abstracto del BGB equivale a la *stipulatio* del Derecho Romano, si bien la forma no es oral, sino escrita; y a ella sólo se somete, sin embargo, la declaración del deudor. A diferencia de lo que sucedió en el Derecho Romano, el contrato obligatorio abstracto de los §§ 780 y ss. no desempeña un papel esencial en la vida jurídica actual, que está dominada más bien por los contratos obligatorios causales. Mayor importancia práctica tiene la promesa abstracta de deuda cuando está incorporada a un título valor (por ejemplo, la obligación al portador, la letra de cambio, etc.).

El contrato obligatorio, aunque sea abstracto, es decir, aunque la causa no esté incorporada a él y el crédito surja a pesar de la falta de causa, no constituye, sin embargo, para el acreedor una posición jurídica que sea independiente de la causa de la atribución del crédito abstracto. Si mediante un contrato obligatorio abstracto se constituye un crédito por causa de donación, entonces rigen las normas de la dona-

[19] Cfr. bibliografía en WINDSCHEID, *Pandektenrecht,* II, § 318, N. 1, y especialmente SAVIGNY, *Obligationenrecht,* II, pp. 251 y ss., que defiende la eficacia del contrato obligatorio abstracto sin forma. Cfr. también Exposición de Motivos del BGB II, 687 y ss. (MUGDAN, II, 384).

* Véase sobre el siglo XIX, KIEFNER, Wissenschaft u. Kodifikation des Privatr. im 19. Jahrh. II, 74 y ss.; sobre el Derecho vigente KÜBLER, *Feststellung u. Garantie,* 1967.

[20] Cfr. ENN.-LEHMANN, § 201, II 2.

ción para el contrato obligatorio y para la relación jurídica creada por él. La promesa requiere en este caso forma notarial o judicial, y la relación obligatoria constituida por el contrato obligatorio abstracto por causa de donación se somete a las reglas de la donación. La promesa abstracta de deuda que tenga como causa la retribución por el corretaje matrimonial (§ 656, p. 2) o una deuda de juego o apuesta (§ 756, p. 2) no crea ningún vínculo. Finalmente rige ante todo, en general, que cuando se hace una promesa abstracta de deuda sin causa, el deudor puede hacer valer por medio de una excepción la falta de causa, concretamente por la excepción del enriquecimiento injustificado, y también puede ejercitar una *condictio* por la promesa abstracta de deuda, es decir, puede exigir la remisión de la deuda de acuerdo con los preceptos del enriquecimiento injustificado.

La promesa abstracta de deuda, conforme al Derecho del BGB, solamente tiene importancia independiente, sin consideración a la falta de causa, en virtud de la disposición del § 814. Según este precepto no puede exigirse la restitución de la prestación realizada con el fin de cumplir una obligación, cuando el que la realizó sabía que no estaba obligado a ejecutarla. La disposición del § 814 es de gran importancia para el contrato obligatorio abstracto. Según esto, hasta el límite de la donación o de la prohibición legal de realizar una prestación, las partes están en situación de liberarse de las obligaciones existentes en virtud de contratos obligatorios causales o de evitar la cuestionabilidad de obligaciones dudosas, en cuanto éstas pueden ser constituidas de nuevo por medio de una promesa abstracta de deuda. Semejantes contratos se practican, pero son una excepción. Por regla general, los contratos obligatorios abstractos se celebran partiendo de la base de que exista una causa para la atribución del crédito por medio del contrato obligatorio abstracto. En especial, este es el caso cuando se hace la promesa abstracta de deuda –como se suele decir– no como cumplimiento, sino sólo por causa de cumplimiento (§ 364, p. 2).

Aparte del caso excepcional en el que el derecho de crédito nacido de un contrato obligatorio abstracto, no esté sometido conforme al § 814 a la pretensión ni a la excepción por el enriquecimiento, de las disposiciones sobre el enriquecimiento injustificado se deriva que en virtud de la excepción de enriquecimiento injustificado, el contrato obligatorio abstracto materialmente se equipara en la sustancia al contrato obligatorio causal en cuanto a las consecuencias jurídicas. La diferencia radica solamente en la técnica del ejercicio procesal del derecho, en cuanto el acreedor sólo tiene que alegar en el proceso la promesa abstracta de deuda, e incumbe al deudor probar que a la promesa de deuda le falta la causa que la justifique. El contrato obligatorio abstracto, según esto, no se puede colocar en el mismo plano que el negocio abstracto de disposición del que todavía hay que tratar.

La abstracción de la promesa abstracta de deuda sólo obtiene plena operatividad en casos especiales. Para los contratos obligatorios abstractos en los que la promesa de deuda está incorporada a un título valor (obligación al portador, letra de cambio, etc.) rige, en virtud de disposiciones especiales (por ejemplo, § 796), que las excepciones derivadas de la relación jurídica causal no pueden ser opuestas al causahabiente del receptor de la promesa. Si, por ejemplo, A acepta a B una letra de cambio «por causa del cumplimiento» del crédito derivado de un contrato de compraventa, y B endosa la letra a C, A no puede alegar en principio frente a C que el contrato de compraventa es nulo y que por ello la atribución del crédito cambiario mediante la «promesa cambiaria» se ha hecho «sin causa» (art. 16 Wechselgesetz). En el tráfico jurídico el crédito cambiario está desligado de la causa, en cuanto que, en principio, el obligado cambiario sólo ostenta la excepción de falta de causa para contraer la vinculación cambiaria, frente a la parte con quien contrató, pero no frente a su causahabiente. Precisamente por esto la letra de cambio es un título apto para el tráfico. El adquirente de una letra de cambio, aparte del caso en que la letra haya sido falsificada, puede confiar en que el crédito cambiario existe tal como está incorporado a la letra y no se puede oponer ninguna excepción a su ejercicio.

La promesa abstracta de deuda no necesita tener su causa en la relación con el acreedor de la promesa, sino que puede hacerse –como toda prestación– en consideración a una relación causal que exista frente a un tercero. En este caso la causa de la promesa de deuda radica para el promitente y para el estipulante respectivamente en la relación con el tercero. El promitente, por eso, porque su promesa es abstracta y la causa no consiste en la relación con el estipulante, en principio no le puede oponer a éste el haber hecho la promesa sin causa. El paradigma es la asignación (§§ 783 y ss.). Si A asigna a B hacer un pago a C y B acepta la asignación (§ 784), surge así por la aceptación de la asignación, como negocio abstracto, un crédito de C contra B. La atribución del crédito a C tiene su causa para B en su relación con A, en la llamada «relación de cobertura», y para C en todo caso en su relación con A, en la llamada «relación de valuta». Que B haya aceptado frente a C la asignación sin causa en relación con A, es algo que no le importa a C. Pues para él la adquisición del crédito derivado de la aceptación de la asigna-

ción, carecería de causa solamente si él mismo hubiera adquirido el crédito sin causa en la relación con A.

b) El problema de la causa en el contrato obligatorio causal conforme al Derecho vigente

Mientras que en la doctrina francesa sobre el contrato obligatorio, el concepto de causa desempeña un papel importante con la disputa entre «causalistas» y «anticausalistas»[21], la doctrina alemana, en esencia, sólo trata de la causa en el Derecho de los contratos obligatorios a propósito del contrato obligatorio abstracto. De lo que aquí se trata, como ha quedado expuesto, es de la pretensión o de la excepción de enriquecimiento injustificado cuando el derecho de crédito del contrato obligatorio abstracto se ha constituido sin causa.

Respecto de los negocios causales del Derecho de Obligaciones, por el contrario, sólo se habla de causa con referencia a la relación del negocio causal obligatorio con el correspondiente negocio de disposición abstracto, para el cual el negocio causal es la causa. Se trata entonces de la causa del negocio de disposición, pero no de la causa como elemento del negocio causal obligatorio. Respecto a la relación entre el contrato de compraventa y la transmisión de la propiedad de la cosa comprada se dice: El contrato de compraventa es la causa de la transmisión de la propiedad.

La causa, referida al mismo negocio causal obligatorio, no es otra cosa que el contenido del contrato, en cuanto que el contrato obligatorio causal justifica, en virtud de su contenido y merced al reconocimiento del Ordenamiento jurídico, las consecuencias jurídicas acordadas en él, concretamente, los derechos de crédito creados por él.

En correspondencia al principio de la autonomía privada, conforme al Derecho vigente, compete a los contratantes determinar la causa del contrato obligatorio, y en principio tienen completa libertad respecto del contenido del contrato y con ello de la causa de los derechos de crédito creados por él. En los contratos bilaterales no importa en qué relación se encuentren la prestación y la contraprestación según un análisis objetivo, sino que son los contratantes los que establecen el carácter

[21] Cfr. ESMEIN en PLANIOL-RIPERT, VI, 249 y ss. También en la doctrina italiana sobre el *negozio giuridico* la discusión sobre la causa ocupa un amplio espacio. Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teotia del negozio giuridico,* 2ª ed., pp. 251 y ss., con bibliografía.

oneroso (grado de onerosidad), a no ser que existan disposiciones legales como en el caso de las leyes sobre precios. El *pretium* es un *justum pretium* porque y en cuanto ha sido acordado. El acuerdo sólo debe surgir libre de vicios.

Aunque exista libertad de configuración del contenido para los contratos obligatorios causales, la práctica de la vida jurídica está dominada respecto de los mismos por los tipos contractuales regulados legalmente, como compraventa, arrendamiento, etc. Por regla general, cuando se hace uso del ejercicio de la libertad de configuración del contenido, desviándose de los tipos establecidos legalmente, este ejercicio se limita a ser un complemento o combinación de los tipos contractuales con contenido establecido por la ley, que en virtud de la tradición son una parte natural de la vida social. Sin estos tipos contractuales sería inconcebible la existencia del tráfico jurídico.

Si el contrato causal se cumple al mismo tiempo que se celebra (compraventa al contado, donación manual), entonces el acuerdo contractual no está dirigido normalmente a la constitución de derechos de crédito. En realidad se trata más bien de un acto negocial unitario. En primer plano se encuentran las prestaciones, respecto de las que las partes sólo acuerdan que se hacen por causa de venta, donación, etc. La separación entre el acuerdo y la causa de la realización de la prestación sólo es propia de la técnica jurídica de la que resulta, conforme a nuestro Ordenamiento jurídico, que los negocios de disposición –incluso en los casos de negocios al contado– son considerados como negocios abstractos. No obstante, el simple acuerdo sobre la causa en el negocio al contado, según nuestro Ordenamiento jurídico, debe considerarse igual que el contrato causal dirigido a la creación de derechos de crédito. Aunque en lo sucesivo sólo se trate de los contratos causales dirigidos a la constitución de derechos de crédito, lo mismo será aplicable al simple acuerdo sobre la causa en el negocio al contado.

Los derechos de crédito acordados mediante un contrato causal obligatorio normalmente encuentran su plena y exclusiva justificación en el contrato, en la medida en que sea reconocido por el Ordenamiento jurídico y no vaya en contra de una prohibición legal o contra las buenas costumbres (*cause illicite,* según la doctrina francesa). Jurídicamente es irrelevante, en principio, la finalidad para la que las partes celebran el contrato causal obligatorio, excepto que esa finalidad sea objeto del contrato y con ello parte de la causa de los derechos de crédito acordados.

La causa de los derechos de crédito convenidos mediante el contrato causal siempre es el contrato en su conjunto. Por eso si una de las pres-

taciones acordadas es imposible, no sólo no surge el crédito relativo a esta prestación, sino que también el contrato es nulo en su totalidad (§§ 306). Son las disposiciones sobre el contrato bilateral (§§ 320 y ss.) las que demuestran de la manera más gráfica posible que el contrato causal obligatorio solamente justifica los derechos de crédito convenidos con el conjunto de su reglamentación, así las disposiciones sobre la excepción de contrato no cumplido (§ 320) y sobre las consecuencias de la imposibilidad y la mora respecto de la pretensión por la contraprestación (§§ 323 y ss.).

c) Las diferencias en cuanto al problema de la causa en el contrato causal obligatorio bilateral y en el gratuito

Domat, el creador de la doctrina francesa sobre la causa, diferencia[22] respecto de los contratos obligatorios causales entre los contratos bilaterales, en los que *l' engagement de l'un est le fondament de celui de l'autre,* y los contratos en los que solamente una parte tiene que realizar una prestación y la otra la obtiene gratuitamente, en especial, por consiguiente, la donación. Respecto del negocio gratuito dice: *L' engagement de celui qui donne, a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelqu'autre merite du donataire ou le seul plaisir de faire du bien. Et cet motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien.*

La diferencia destacada por Domat entre los negocios causales onerosos y gratuitos respecto de la causa, tiene importancia esencial para la cuestión básica del contrato causal obligatorio que consiste en determinar qué se haya hecho contenido del acuerdo contractual en el caso concreto, es decir, para diferenciar de la causa como contenido del acuerdo contractual de los motivos de las partes contratantes. Como en los contratos onerosos una prestación es la retribución de la contraprestación, la reglamentación del contrato se limita en general a determinar la prestación y la contraprestación. Los motivos por los que cada parte celebra el contrato son irrelevantes para las consecuencias jurídicas del contrato, porque no son parte del acuerdo contractual, concretamente de la determinación de la prestación y de la contraprestación. Incluso aunque una parte los comunique a la otra no se hacen por eso sólo contenido del contrato. Si, por ejemplo. el comprador de una vivienda le

[22] *Les lois civiles dans leur ordre naturel,* I, 1, 5, 6.

cuenta al vendedor que la compra como regalo de boda para su hija, no puede negarse a recibirla y pagarla aunque la boda no se celebre. La boda de la hija no es parte de la causa del contrato de compraventa y del derecho de crédito constituido por éste en favor del vendedor[23]. El comprador, sin duda, puede hacer de la boda de su hija una condición del contrato de compraventa, de modo que el contrato sólo sea eficaz si la boda se celebra.

Completamente distinta es la situación en el caso de los contratos gratuitos, en especial por tanto en la donación, para la que Domat dice con razón que el *motif tient lieu de cause.* La justificación del derecho de crédito –o de la prestación gratuita– constituido por el contrato obligatorio gratuito procede exclusivamente de una de las partes. Además, para decirlo con Domat, *le seul plaisir de faire du bien,* muchas veces, conforme a la experiencia, no es el único motivo que *tient lieu de cause* en el contrato gratuito. En el negocio gratuito se debe considerar por eso como causa jurídico negocial toda declaración seria sobre la «razón» de la atribución.

Es especialmente digna de mención en este contexto la donación remuneratoria, tanto si por medio de la donación se remunera una prestación como tal del donatario, como si el donante quiere mostrarse reconocido por una prestación que ha sido hecha en su favor. Si de las declaraciones del donante o de las circunstancias resulta que la donación se hace como remuneración, entonces no habrá existido la causa de la donación cuando el hecho a remunerar no haya sucedido. En estos casos se debe decidir que de la promesa de donación no surge ningún derecho de crédito aun cuando se haya cumplido con la forma exigida, y puede exigirse la restitución de la prestación realizada como enriquecimiento injustificado.

El Ordenamiento jurídico considera que la causa gratuita en cierta medida es una c*ausa minor.* En la adquisición a *non domino* o de un deudor que haya obtenido un enriquecimiento, el adquirente a titulo gratuito sucumbe ante la pretensión de enriquecimiento (§ 816.I.2, § 822). Pero todavía es más importante que en el negocio gratuito existe una menor vinculación para el obligado, o para el que realiza la prestación gratuita, que en el negocio oneroso.

El donante tiene la excepción de encontrarse en situación de necesidad (§ 519), y en su caso una pretensión a la devolución o facultad de revocación (§§ 528 y 530). El comodante tiene especiales facultades de

[23] Véase también *supra* I, núm. 5.

denuncia unilateral (§ 605). El mandatario está legitimado para desistir del mandato en virtud de una justa causa, incluso aún cuando haya renunciado a su facultad de denunciar, que siempre existe, aunque no haya sido pactada (§ 671). Respecto a la «justa causa» que legitima para la denuncia (cfr. también § 696) hay que aplicar una medida distinta en las relaciones gratuitas que en las onerosas, en cuanto que respecto al que ha de realizar la prestación gratuita debe admitirse más fácilmente la facultad de poner término al contrato. La responsabilidad del obligado gratuitamente –con excepción del mandato, en el que ha habido una evolución histórica errónea (véase § 7, núm. 6)– está limitada en comparación a los parámetros de responsabilidad habituales.

En todas estas regulaciones legales se muestra que la causa gratuita produce una vinculación más reducida que la onerosa. En lo cuestionable de la causa gratuita se fundamenta también que la donación haya sido sometida a especiales limitaciones y que en el Derecho vigente se haya introducido la rigurosa forma del documento notarial o judicial, de manera que en la práctica de la vida jurídica las promesas de donación por regla general son ineficaces. Lo cuestionable de la causa gratuita también forma parte del núcleo de la doctrina inglesa de la *consideration*[24].

III. El negocio abstracto de disposición

1. Generalidades sobre el negocio abstracto de disposición

Como se ha expuesto, en principio, el contrato obligatorio abstracto no constituye para el acreedor una posición jurídica independiente de la causa, porque al derecho de crédito constituido sin causa se opone la excepción de enriquecimiento injustificado. Otra cosa sucede en el caso del negocio abstracto de disposición. Los negocios de disposición que contienen una atribución, como la transmisión de derechos, por ejemplo, la transmisión de la propiedad o la cesión de un crédito, la extinción de derechos en favor de otro, como por ejemplo la remisión de una deuda, la constitución de derechos sobre cosas y otros bienes o derechos, como por ejemplo la constitución de una servidumbre, en

[24] Respecto de la comparación con el Derecho continental europeo sobre la base del Derecho Romano, es decir, con el *civil law,* cfr. A.v. MEHREN, Harvard Law Review 1959 (V. 72), p. 1009 ss.; Cfr. también WALTER G. BECKER, *Gegenopfer und Opferwehrung* (1958).

general[25], están configurados, según a nuestro Ordenamiento jurídico, como negocios abstractos, de manera que la disposición en cuanto tal y «per se», sin consideración a su causa, constituye una posición jurídica plena para el *accipiens* de la atribución. Si en virtud de un contrato de compraventa nulo se transmite una cosa, el comprador obtiene, por esa transmisión la propiedad plena en ella. Es propietario, aunque lo sea sin causa, y de ahí que, por regla general, esté obligado a retransmitir la cosa al vendedor. El comprador como propietario puede transmitir la cosa a su vez, y sus acreedores pueden ejecutar la cosa vendida por pertenecerle a él.

Al margen de la regulación de nuestro Ordenamiento jurídico, en el que los negocios de disposición son abstractos respecto de su causa, se puede pactar una condición con la que se haga depender la eficacia del negocio abstracto de disposición de la existencia o realización de su causa. Si bien esto no se aplica a los negocios que son refractarios a las condiciones, los cuales por disposición especial del Ordenamiento jurídico no pueden celebrarse bajo condición (paradigma: la transmisión de inmuebles § 925.II).

Un ejemplo, que se presenta a menudo en la vida jurídica, especialmente ilustrativo de cómo se puede hacer depender la eficacia del negocio abstracto de disposición de una condición, es la compraventa con pacto de reserva del dominio (§ 455). Con esto, sin duda, no está en juego el contrato de compraventa como causa de la que depende la regulación del enriquecimiento injustificado. Pero si no se atiende a la doctrina ni la técnica de la regulación positiva, se aprecia que la adquisición de la propiedad por el comprador encuentra su justificación en que el vendedor obtiene el precio como retribución[26]. Esto es lo que fundamenta el sentido de la reserva de dominio en la compraventa, en cuanto mediante ella, como condición, se hace depender la transmisión de la propiedad del pago del precio.

La conexión del negocio abstracto de disposición con la causa mediante una condición presupone que ésta sea pactada. A pesar de que en la vida jurídica se haga un uso muy frecuente de la reserva de dominio, es un caso especial. En general no es frecuente hacer depender la

[25] Otra cosa sucede respecto de la transmisión del derechos de edición, cfr. BGH 27, 90 y ss., 94 y ss.

[26] Bajo este punto de vista hay que entender que en la evolución histórica a veces la transmisión de la propiedad de la cosa vendida se produjera, en general por disposición de la ley, sólo con el pago del precio.

eficacia del negocio abstracto de disposición de su causa de modo que se convenga en que ésta sea condición del negocio de disposición.

2. El nacimiento del dogma de la transmisión abstracta

El negocio abstracto de disposición más importante es la transmisión de la propiedad. Por eso, también desde siempre, el problema de la relación entre negocio de disposición y causa, se ha discutido preferentemente a propósito de la transmisión de la propiedad. Desde el Derecho Romano se ha tratado del problema de si la transmisión de la propiedad mediante la tradición exige una *iusta causa*. Este problema de la *iusta causa traditionis* precisamente tiene una historia que ofrece rasgos dramáticos[27]. La discusión científica renovada constantemente a lo largo de los siglos ha tenido su punto de partida en una de las antinomias más famosas del Digesto —entre D. 12, 1, 18 y D. 41, 1, 36–[28]. La doctrina de la que partieron los autores del BGB sobre la transmisión de la propiedad como un contrato real independiente fue creada por SAVIGNY[29]. Es digno de ser destacado que la doctrina absolutamente dominante en la moderna ciencia del Derecho Romano, es que la transmisión de la propiedad mediante *traditio* en el Derecho Romano clásico en cualquier caso no fue un contrato abstracto en el sentido de la doctrina de SAVIGNY.

La teoría del contrato real independiente en la transmisión de la propiedad por *traditio* se impuso en la doctrina alemana del siglo XIX

[27] Cfr. FUCHS, *Justa causa traditionis*, Basel, 1952; sobre el siglo XIX véase RANIERI, *Wissenschaft und Kodification des Privatr. im 19 Jahrh.* II, 90 y ss.

[28] D. 12, 1, 18 Ulpiano 7 disp.: Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit, quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatis dantis nummi sunt consumpti. Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est: idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi: sed in utroque casu consumptis nummis condictioni sine doli exceptione locus erit. D. 41, 1, 36 Iulian 13 dig.: Cum in corpus quidam quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur innefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat propietatem ad te transiret nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

[29] Cfr. SAVIGNY, *Obligationenrecht*, II, pp. 254 y ss.; FELGENTRÄGER, *Friedrich Carl von Savignys Einfluss auf die Übereignungslehre*, Diss. Göttingen, 1927.

por influencia de SAVIGNY, aunque no ha carecido de impugnadores[30]. A la mayoría de los autores del BGB les resultaba obvia. Para ellos el contrato real abstracto de transmisión era un dogma apriorísticamente correcto. La doctrina del Derecho Común del siglo XVIII que para la eficacia de la transmisión de la propiedad exigía un *titulus* –junto a la *traditio* como *modus*– se «apartaba del punto de vista correcto» según la opinión de los autores del BGB[31].

3. La problemática del principio de abstracción en el negocio de disposición

Después de la entrada en vigor del BGB renació la polémica en contra del principio de abstracción en el negocio de disposición, y el principio de abstracción es hoy vivamente discutido, en especial respecto de la transmisión de la propiedad mobiliaria, pero también más allá de ella[32]. Aparte de consideraciones de política legislativa y propuestas de *lege ferenda*, en la doctrina y la jurisprudencia se ha intentado limitar el principio de abstracción. Las objeciones contra la regulación del Derecho alemán vigente se estimulan constantemente por la consideración de que la aplicación general y consecuente del principio de abstracción tal como es propia del Derecho alemán, no se encuentra en ningún otro Ordenamiento jurídico vigente ni tampoco en la historia del Derecho conocida.

El principio de abstracción a priori no es ni correcto ni incorrecto. Aun cuando las opiniones de los autores del BGB estuvieran dominadas por consideraciones sistemáticas y doctrinarias, éstas consideraciones se

[30] Cfr. las citas en FUCHS, *op. cit.*, pp. 106 y ss., y sobre todo el trabajo de STROHAL –escrito contra el primer proyecto del BGB– que hoy todavía es importante para los problemas de la disposición abstracta, Jher.Jb. 27, 335 y ss. y las citas de la p. 337, n. 4.ª.

[31] Mot. III, 6 (MUGDAN, III, 4). En los dictámenes de la segunda comisión no encontró «ningún eco» el intento «de una parte» de configurar causalmente la transmisión de la propiedad de inmuebles. Prot. III, 3387 (Mugdan, III, 523 y ss.).

[32] Véase en especial HECK, *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft* (1937); LANGE , AcP 146, 28 y ss.; 147, 290 y ss.; 148, 188 y ss.; BRANDT, *Eigentumserwerb und Austauschgeschäft* (1940) y sobre esto ante todo WIEACKER, DRW 1941, 159 y ss.; KRAUSE, AcP 145, 312 y ss.; v. CAEMMERER, Rabels Z. 12 (1939), 675 y ss. ; LOCHER, *Die Neugestaltung des Liegenschaftrechts* (1942); DULCKEIT, *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte* (1951); MAY, *Möglichkeit der Beseitigung des Abstraktionsprinzips bei den Verfügungsgeschäften des Fahrnisrechts* (1952); Franz BEYERLE, *Festschr. Böhmer* (1954), pp. 164 y ss.; JAHR, AcP 168, 14 y ss. ; KEGEL, *Festschr. F. A. Mann*, 1977, 57 y ss.

encontraban presididas también por la intención de encontrar una solución práctica adecuada. Mediante la observancia del principio de abstracción se desliga la atribución del negocio de disposición de los eventuales problemas del negocio causal subyacente[33]. La configuración causal de la transmisión de la propiedad –como en general del negocio de disposición– es capaz «de poner en peligro la seguridad del tráfico», como con razón dice la Exposición de Motivos[34]. El interés del tercero, como causahabiente del adquirente, y con ello del tráfico jurídico en la vigencia del principio de abstracción, no se satisface por las disposiciones sobre la protección de las adquisiciones de buena fe. La protección de la adquisición de buena fe sólo rige limitadamente. Además se trata también de los acreedores del adquirente. Seguramente no sería defendible que la eficacia de la ejecución por parte de los acreedores del adquirente en la cosa adquirida por éste –bien se trate de una ejecución singular o bien de la satisfacción conjunta de los acreedores en la quiebra– dependa del conjunto de problemas del negocio causal de adquisición. Esta cuestión es especialmente importante para el Derecho alemán, entre otras razones, por la amplia consideración del error como base de un derecho de impugnación. Si, según el Derecho vigente, los negocios de disposición se configuraran causalmente, cualquier error relevante en el negocio causal afectaría al tercer adquirente –dejando aparte los casos de protección a la adquisición de buena fe–, sin que a este tercer adquirente le correspondiera ninguna pretensión de indemnización de daños y perjuicios conforme al § 122 contra el que impugnara.

La importancia del principio de abstracción en consideración a la regulación del error en el Derecho vigente puede ser ilustrada con un ejemplo. Si A quiere vender una mercancía por 110, pero a causa de un error de transcripción ofrece el precio de 100, puede en virtud de su error en la oferta impugnar el contrato de compraventa celebrado por un precio de 100 de manera que el contrato sea considerado como nulo desde el principio (§§ 119 y 142). La transmisión de la propiedad de la mercancía es válida a pesar de la nulidad producida por la impugnación del contrato, porque la validez de la transmisión de la propiedad es independiente de la causa en virtud del principio de abstracción. La impugnación del contrato de compraventa sólo conduce, respecto de la

[33] Cfr. sobre la fundamentación teleológica del principio de abstracción ya Dernburg, AcP 40, 2; Jhering, Geist des römischen Rechts III, 1, pp. 206 y ss.

[34] Mot. III, 7 (MUGDAN, III, 4).

transmisión de la propiedad, a la consecuencia jurídico obligacional de que el adquirente quede obligado respecto del transmitente en virtud de las disposiciones sobre el enriquecimiento injustificado, porque obtuvo la cosa comprada sin causa. Si solamente se considerara la relación entre el comprador y el vendedor, no tendría importancia en lo esencial que en virtud de la impugnación del contrato de compraventa también debiera caer la transmisión de la propiedad. Otra cosa es respecto del tráfico jurídico. Para un tercer adquirente y en especial para los acreedores del comprador es importante que frente a ellos la impugnación del contrato carezca de eficacia, porque la transmisión de la propiedad como negocio abstracto es independiente del contrato de compraventa como causa de aquélla.

La amplia consideración del error en el Derecho alemán en comparación con el Derecho extranjero no debe dejarse sin ponderar en una valoración iuscomparatista del principio de abstracción. En su conjunto, sin embargo, los problemas que plantea la supresión del principio de abstracción son mucho más complejos de lo que en general se tiene en cuenta por quienes lo critican[35].

4. Restricciones inaceptables del principio de abstracción

Se ha intentado restringir el principio de abstracción, en los casos en los que la restricción parece equitativa, viendo el negocio causal y el negocio abstracto como una unidad en el sentido del § 139, y en caso de nulidad del negocio causal haciendo caer también el negocio abstracto como «parte» del negocio[36], o aceptando que las partes han puesto como condición del negocio abstracto una llamada *condicio in praesens relata*[37] consistente en la eficacia del negocio causal[38]. La unidad de los negocios en el sentido del § 139 o el condicionamiento del negocio abstracto al negocio causal debería admitirse en especial cuando el negocio causal y el negocio de disposición coinciden temporalmente[39]. Este in-

[35] Según BAUR, Sachenrecht, § 51, VIII, 1 se trata «de una cuestión verdaderamente compleja, que de *lege ferenda* no puede contestarse con un sí o un no incondicionales». Véase también LARENZ, *Schuldrecht*, 11,[a] ed., II, § 39 II d, y p. 17, n. 4 con ulteriores citas.

[36] Cfr. ENN.-NIPPERDEY, § 202, n. 38, y los allí citados, ante todo ANDRÉ, *Festg. Enneccerus* (1913) pp. 14 y ss., con citas de Jurisprudencia. PALANDT-HEINRICHS, § 139, n. 4.

[37] Véase *infra* § 38, núm. 1b.

[38] ENN.-NIPPERDEY sobre el § 148, n. 12.

[39] Sobre el § 139. Cfr. en especial HECK, *op. cit.*, pp. 37 y ss.

tento de limitar la vigencia del principio de abstracción no debe ser compartido.

La aplicación del § 139 con la finalidad de eliminar el principio de abstracción contraviene evidentemente el Derecho vigente[40]. El principio de abstracción es previo, como se ha expuesto antes bajo I, núm. 1, a la configuración autónomo-privada. No compete a la voluntad de los que actúan negocialmente hacer de los negocios de disposición, que han sido configurados por el Ordenamiento jurídico como tipos abstractos frente a la causa, «parte» de un negocio causal o un *compositum* de negocio de disposición y de negocio causal. En realidad se niega el principio de abstracción, cuya vigencia imperativa es un elemento estructural decisivo de la regulación del tráfico jurídico en nuestro Ordenamiento jurídico, cuando se le intenta eliminar a través del § 139. No sólo según la opinión de los autores del BGB, sino también según el sentido del § 139 en el marco de las normas del negocio jurídico, está fuera de duda que el § 139 no puede proporcionar el fundamento para suprimir o restringir el principio de abstracción.

En lo que se refiere al intento de eliminar el principio de abstracción en la medida en que se acepta que el negocio abstracto de disposición esté condicionado por el negocio causal, es verdad que la vigencia del negocio abstracto de disposición, si no es refractario a la condición como lo es la transmisión de inmuebles (§ 925 II), se puede condicionar igual que a cualquier circunstancia, también a la validez del negocio causal. La vigencia de un negocio jurídico sólo se hace depender de una condición, sin embargo, cuando las partes contratantes o al menos una de ellas cuenten con que la circunstancia que se ha elevado a condición, es incierta[41]. Por eso sólo hay lugar para aceptar que el negocio abstracto esté condicionado por la validez del negocio causal, cuando al menos una de las partes del negocio de disposición cuente con la invalidez del negocio causal y por eso haga depender la vigencia del negocio de disposición de la del negocio causal. Si más allá de esto se acepta un condicionamiento del negocio abstracto a la validez del negocio causal en virtud de acuerdo de las partes, esta admisión contradice la realidad. Más bien se finge el acuerdo de un condicionamiento del negocio abstracto de disposición, para llegar al resultado apriorísticamente deseado de que la validez del negocio abstracto dependa de la del negocio causal, y

[40] Correctamente entre otros COING-STAUDINGER, § 139, n. 6.ª, LARENZ, *Allgem.* 4.ª ed., p. 403.

[41] Cfr. WESTERMANN, *Sachenrecht,* § 4 IV 2.

esta dependencia contradice precisamente el principio de abstracción[42]. Por el contrario, es totalmente razonable y no contradice el principio de abstracción que se acepte en el contrato bilateral al contado que la validez de cada negocio de cumplimiento dependa de la realización del negocio de cumplimiento de la contraprestación. En el cambio de dinero o si se paga con un billete que deba cambiarse, debe aceptarse que la propiedad del billete entregado sólo pasa al *accipiens,* según el sentido del negocio, contra la entrega del cambio. En la compraventa al contado debe admitirse que el comprador sólo adquiere la propiedad de la mercancía con el pago del precio. El tipo del negocio al contado o de cambio tiene este sentido. No depende de la validez del contrato de compraventa o incluso del negocio de cumplimiento de la contraprestación. Así por ejemplo en la compraventa al contado realizada por un menor sin asentimiento de su representante legal, la transmisión de la propiedad al menor no se produce eficazmente si el menor huye con la mercancía sin pagarla. La transmisión de la propiedad al menor, sin embargo, es eficaz con el pago, aunque el contrato de compraventa o el pago hecho por el menor sean ineficaces.

En los intentos de eliminar el principio de abstracción mediante la aplicación del § 139 o la ficción de una condición, no se captan los verdaderos problemas que realmente importan cuando no se toma el principio de abstracción de manera positivista como absoluto. Estos problemas consisten, como queda dicho, en el alcance que todos los defectos del negocio causal puedan tener en la vigencia del negocio de disposición. El verdadero problema jurídico no es, por ejemplo en el caso del error, la cuestión doctrinaria de si el negocio de disposición debe caer, porque el negocio causal sea nulo en virtud de la impugnación, sino si todo error, que sea relevante respecto del acuerdo del negocio causal, también debe afectar a la validez del negocio de disposición.

El error en el planteamiento del problema por los defensores de la opinión que aquí se combate se ve especialmente claro en que atienden a si el negocio causal y el negocio abstracto de disposición coinciden temporalmente. Frente a eso, sin embargo, es patente que el problema del que se trata existe con independencia de eso. Solamente en el caso del negocio bilateral al contado existe la expuesta dependencia de los negocios bilaterales, que, sin embargo, es de otra naturaleza a la que supone la doctrina dominante.

[42] Con razón dice BAUR, *Sachenrecht,* § 5 IV e, que con ello el pricnipio de abstracción se convierte en una farsa. Cfr. también BEYERLE, *Festschr. Böhmer,* p. 169.

5. El defecto del negocio abstracto de atribución relevante a pesar del principio de abstracción

Si bien no es posible la restricción del principio de abstracción a través del § 139 o mediante la arbitraria admisión de un acuerdo ficticio de una condición, no se debe, sin embargo, tomar el principio de abstracción en un sentido tan absoluto como muchas veces hacen la doctrina y la Jurisprudencia. Independientemente del principio de abstracción, es verdad que los defectos que afectan tanto al negocio abstracto como al negocio causal, ponen en cuestión el negocio abstracto con completa independencia de la ineficacia del negocio causal.

a) La cuestión de la contravención de las buenas costumbres por el negocio abstracto de atribución

Hasta tiempos recientes se defendió en doctrina y en Jurisprudencia que el negocio abstracto de atribución es indiferente respecto a las buenas costumbres, y que por eso, en principio, no puede ser nulo conforme al § 138, aparte del supuesto normativo de la usura, que está especialmente regulado. Es cierto que por regla general el negocio abstracto de atribución no es contrario a las buenas costumbres. Pero existen casos importantes en los que el negocio abstracto de atribución es nulo conforme al § 138. Los problemas de contravención de las buenas costumbres se tratarán a propósito del estudio del negocio contrario a ellas (véase *infra* § 18).

b) La aceptación de un *indebitum* de mala fe

Según el Derecho Romano la aceptación de mala fe de lo pagado por error indebidamente equivalía a un *furtum*[43]. En principio –y dejando a un lado la cuestión de si debe aprobarse su configuración como tipo delictivo– esta regulación era correcta. En cualquier caso, sería inadmisible que aquel que acepta de mala fe un *indebitum* pagado erróneamente adquiriera su propiedad. Antes bien, en este caso se debería considerar nulo el negocio de atribución conforme al § 138, a causa de la inmoralidad del cobro (cfr. *infra* § 18, núm. 8 c, bb).

[43] Cfr. KASER, *Röm. Privatrecht*, I, § 143 I.

c) El *consensus* en la transmisión de la propiedad por *traditio*

En la doctrina moderna, desde SAVIGNY, la transmisión de la propiedad mediante tradición es, hasta cierto punto, el caso clásico de negocio abstracto de atribución. Frente a ello, no se tiene en cuenta generalmente que la transmisión de la propiedad de bienes muebles es absolutamente peculiar frente a los demás negocios abstractos de atribución. La cesión, la remisión, la constitución de derechos sobre una cosa o sobre otros derechos tienen lugar mediante actos jurídico negociales que están encaminados especialmente a esas atribuciones. Lo mismo sucede con la *Auflassung** (§ 925). Aunque la *Auflassung* tenga lugar junto con el contrato de compraventa en un documento, el acuerdo de transmisión de la propiedad se formula independientemente del contrato de compraventa. Sin embargo, por regla general, no ocurre así en el caso de la transmisión de la propiedad de bienes muebles mediante la tradición.

Conforme a la formulación del § 929 la entrega está en un primer plano. Mientras que los autores del segundo Proyecto querían expresar[44] que la entrega debía añadirse al acuerdo de transmisión de la propiedad, en realidad formularon lo contrario, concretamente que el acuerdo es un *accedens* de la entrega. Eso responde a la realidad de la transmisión de la propiedad mediante tradición. Sobre el acuerdo real se dice en los Protocolos[45]: «Hay consenso en que debe ser necesario un acuerdo de voluntades entre el propietario y el adquirente sobre la transmisión de la propiedad, y en que, en cambio, ese acuerdo no necesariamente deba declararse expresamente, en especial en que ese acuerdo no tiene que producirse necesariamente con la entrega». Intencionadamente en el segundo Proyecto, en contra del primero (§ 874), se abandonó la formulación según la cual la transmisión de la propiedad se producía mediante «contrato».

Por regla general, en la transmisión de la propiedad de bienes muebles por causa de compraventa, no hay más que un único acto jurídico negocial, incluso aun cuando en virtud del principio de abstracción el Ordenamiento jurídico independice la transmisión de la propiedad, como supuesto de hecho normativo, del contrato de compraventa. Al

* N. del t. La «Auflassung es un acuerdo entre el enajenante y el adquirente para la transmisión de la propiedad.

[44] Prot., III, 3677 (MUGDAN, III, 624).

[45] *Ibidem.*

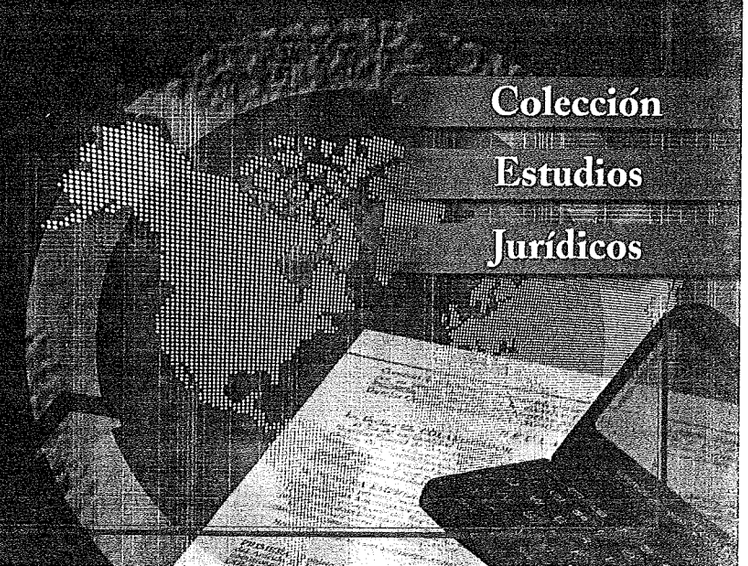
contrato de compraventa está unida –en la realidad de modo inseparable– la regulación jurídico negocial según la cual la propiedad debe pasar al comprador por causa de compraventa. En virtud de este «acuerdo» «la propiedad» se transmite por la entrega de la cosa.

En contra de la doctrina hoy absolutamente dominante, el principio de abstracción no exige admitir la transmisión de la propiedad en la transmisión por tradición incluso cuando no se haya celebrado en absoluto ningún contrato causal. En realidad, como el acuerdo sobre la transmisión de la propiedad se produce más bien por la celebración de la compraventa, se debería exigir también el consentimiento respecto del negocio causal para la eficacia de la transmisión de la propiedad. Según esto, no importaría si el negocio causal es eficaz materialmente, sino que solamente importaría que se haya llegado a un *consensus*, y solamente por lo que se refiere a las consecuencias jurídicas habría que distinguir entre el *consensus* respecto de la transmisión de la propiedad y el relativo al negocio causal, y liberar a la transmisión de la propiedad de los problemas del negocio causal. En la famosa antinomia entre D. 12, 1, 18 y D. 41, 1, 36, ésta sería la solución de D. 12, 1, 18. Así resulta natural, a pesar del mantenimiento fundamental del principio de abstracción, que en los casos en los que el *accipiens* acepte una cosa en virtud de una causa distinta de aquélla por la que se le ofrece, la transmisión de la propiedad no se produzca[46].

[46] Cfr. STROHAL, Jher. Jb. 27, 343 y ss.

Introducción al derecho comparado

Konrad Zweigert • Hein Kötz



Colección
Estudios
Jurídicos

OXFORD

Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Pt. II(2), 4a. ed., 1883, caps. 43 y siguientes.
Köbl, "Die Bedeutung der Form im heutigen Recht", en *DNotZ* 1983, p. 207.
Llewellyn, "What Price Contract?—An Essay in Perspective", en 40 *Yale LJ* 704, 746 y ss., 1931-1932.
Lorenz, "Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge", en *AcP* 156, 1957, p. 381.
———, "Rechtsfolgen formnichtiger Schuldverträge", en *JuS* 1966, p. 429.
Mann, "Die Urkunde ausländischer, insbesondere englischer Notare und der deutsche Rechtsverkehr", en *NJW* 1955, p. 1177.
Meurisse, "Le Déclin de la preuve par écrit", en *Gaz. Pal.* 1951.2. Doctrine 50.
Perrot, Juris-Classeur civil, Arts. 1315-1369 Code civil.
Rabel, "The Statute of Frauds and Comparative Legal History", en 63 *LQ Rev.* 174, 1947.
Schlesinger, The Notary and the Formal Contract in Civil Law, Report of the [New York] Law Revision Commission, 1941, Study Relating to the Seal and to the Enforcement of Certain Written Contracts, p. 59.
Von Hoffmann, *Das Recht des Grundstückskaufs, Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, 1982, cap. 5.
Von Mehren, "The French Civil Code and Contract: A Comparative Analysis of Formation and Form", en 15 *La. L. Rev.* 687, 693 y ss., 1955.

28. Ilegalidad e inmoralidad

I

Pese al imperio que ejerce en el mundo occidental el principio de libertad de contrato, cada sistema jurídico debe reservarse el derecho a declarar nulo un contrato cuando éste resulte ofensivo desde el punto de vista legal o moral, "*contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public*", o contrario a la "política pública". Los preceptos que determinan si ha de nulificarse un contrato con base en estos motivos son muy semejantes en todos los sistemas legales, ya sea que provengan de la legislación o de la decisión judicial. En todos los sistemas, la tarea más importante se encomienda al juez, quien debe someter a prueba las circunstancias de cada caso para determinar si las partes han rebasado los límites de lo permisible. Con ello, los tribunales se esfuerzan por reducir a principios significativos el impreciso concepto de la conducta ética o la política pública, extrayendo los aspectos más discretos y formulando criterios de distinción concretos, a fin de reducir al mínimo el elemento irracional que, *a fortiori*, contienen las cláusulas generales.

La ilegalidad y la inmoralidad constituyen motivos universalmente aceptados para invalidar los *contratos*, y es en la ley de contratos donde se aborda esta cuestión, tanto en las leyes angloamericanas como en la tradición romana. En Alemania, empero, se le considera un factor que invalida los *actos legales* de todos tipos, mientras que las leyes suizas e italianas obtienen los mismos resultados prácticos, pues aunque los preceptos de nulidad de estos últimos sistemas figuran en la sección dedicada a la ley de contratos (*véanse* los arts. 19 y 20 del OR y los arts. 1343, 1346, 1418 del *Codice Civile*), se les aplica "a otras relaciones del derecho privado" (art. 7 del *Código Civil* suizo) o, para decirlo con el art. 1324 del *Código* italiano, *per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale*.

En Francia e Italia, la cuestión de la nulidad de los contratos se aborda a la luz de la doctrina de la *cause* o *causa*. Según el art. 1131 del *Código Civil* francés, la obligación contractual pierde validez cuando se basa en *une cause illicite*, definida ésta, de acuerdo con el art. 1133, como una cosa *prohibée par la loi* o *contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public*; las mismas reglas se encuentran en el *Codice Civile* (arts. 1343, 1418). Ahí, la *cause* comprende no sólo la razón que indujo a la parte a contraer la obligación, es decir, la expectativa de adquirir la tierra o el uso de ésta a cambio de un precio o de la renta por pagar, sino también el fin y el propósito ulterior que implicaba el realizar el acto jurídico, por ejemplo, administrar un casino o un burdel. Sin embargo, la realidad es que, al decidir si un contrato es válido o no, los magistrados fran-

ceses toman en consideración los mismos factores que sus contrapartes inglesas o alemanas y llegan a conclusiones similares, de ahí que podamos afirmar que la idea misma de *cause* resulta superflua.

> La situación se complica aun más por el hecho de que en el derecho francés también puede declararse la nulidad de un contrato cuando su *contenido* o sustancia pertenece a la esfera de lo prohibido (*objet illicite*: *véase*, en el mismo sentido, el art. 1346 del *Codice Civile*). Cuando una persona promete cometer un delito a cambio de una recompensa, ello significa —de acuerdo con Planiol/Ripert, VI, n. 276— que su obligación es inválida, ya que el *objet* del contrato, o acto prometido, es una cosa prohibida. En contraste, el objeto de la obligación de la otra parte, es decir, el pago de la recompensa, es intrínsecamente "neutral", aunque su promesa resulta igualmente inválida debido a que la *cause* que le subyace, entendida aquí como el propósito de la promesa, es un acto proscrito por las leyes. Este tipo de distinciones son bastante artificiales. En realidad, tampoco hay razón para declarar nulo un contrato cuando su contenido y las circunstancias que le rodean, incluidos los motivos de las partes, indican que su carácter atenta contra las normas mencionadas líneas arriba.

Cuando hablamos de la nulidad de los contratos por razón de ilegalidad o inmoralidad, ello significa que dicho contrato no da lugar a exigencias de ejecución o a demandas por daños. Muy diferente sería cuando una de las partes de dicho contrato se ve obligada a devolver lo que recibió a la luz de aquél. Para el comparatista, este último problema ha de categorizarse no como una cuestión de la ley de contratos, la cual suele aparecer en los textos del *common law*, sino como un ejemplo de la gran clase de problemas restitutorios que se presentan cuando algo se ha transferido o hecho sin ninguna base legal. Es por esta razón que, más adelante (en la sección III del cap. 39), abordaremos el problema que implica reclamar los objetos transferidos bajo un contrato ilegal o inmoral.

¿Qué es lo que torna un contrato inmoral o ilegal? Ésa es una pregunta que recibe diferentes respuestas en los diversos sistemas. El énfasis varía porque la ética es distinta de un país a otro y los juicios de valor tradicionales aún desempeñan un papel importante. No es éste el lugar para emprender un estudio comparativo de todos los casos sobre el tema, de modo que nos autorrestringiremos. Primero debemos abordar los contratos que ofenden las normas aceptadas relativas a la moral sexual y a la vida en familia. Luego hemos de encarar los casos donde un término contractual restringe impropiamente la autonomía de una persona en la esfera privada o en la económica. Luego de detenernos en los acuerdos que infringen una ley, trataremos en conclusión con algunos casos especiales.

II

Algunos contratos que hasta hace unos pocos años se consideraban lesivos, figuran hoy en el elenco de las operaciones aceptables. El ininterrumpido desarrollo del *common law* infunde una claridad particular a este cambio de actitud, por lo que no es de sorprender que los magistrados ingleses se mantengan al tanto del cambiante contenido de los valores jurídicos: "La determinación de lo que ha de considerarse como contrario a la llamada *política de la ley* varía necesariamente de una época a otra. Nuestros tribunales declaran válidos muchos actos que, una generación antes, hubieran considerado como lesivos de la supuesta política legal. Aunque el precepto permanece, su aplicación depende de los principios que, según el momento, orientan la opinión pública" (Evanturel contra Evanturel, 1874, LR 6 PC 1, 29).

> Por ejemplo, las demandas relacionadas con las apuestas eran perfectamente válidas hasta el siglo XIX, aun cuando el objeto de la apuesta resulte, para las sensibilidades modernas, absolutamente inmoral. En 1771, a raíz del caso March contra Pigot, 1771, Burr. 2802, 98 Eng. Rep. 471, las partes habían apostado a cuál de sus respectivos padres moriría primero, y el contrato se declaró válido. La primera legislación que declaró inválidas las operaciones relacionadas con juegos fue la *Ley de Juegos* de 1845.

Este cambio resulta especialmente sorprendente en el área de la moral sexual. En el pasado, por ejemplo, los tribunales alemanes invalidaban por inmoral cualquier contrato de arrendamiento de inmuebles que se destinara al establecimiento de burdeles; en la actualidad, dichos contratos son aceptados en ausencia de algún rasgo especial, como una renta tan elevada que el arrendatario se vea obligado a explotar a las jóvenes a fin de cubrir sus costos (BGHZ 63, 365, 367; HR NJ 1991, 266). Ciertamente, una prostituta no puede reclamar la cuota que se le promete por sus servicios, pero un contrato mediante el cual se le permita usar un inmueble en términos razonables es válido aun cuando el propietario de aquél conozca el uso que se dará a su propiedad (BGH NJW 1970, 1179). Los acuerdos de cohabitación son igualmente válidos en la actualidad, aun entre partes casadas con otras personas, a menos que su fin se reduzca al pago de servicios sexuales o a impedir la disolución de la sociedad. Si una promesa de pago de dinero en caso de disolución de un acuerdo vigente tiene como fin compensar al tenedor de la promesa por abandonar una casa o renunciar a un empleo, se le considerará válido, no así cuando el propósito es penalizar al emisor de la promesa por disolver un acuerdo vigente, ya que aquél goza de libertad para hacerlo siempre que así lo considere apropiado (OLG Hamm NJW 1988, 2474).

Asimismo, ha habido un cambio de actitud hacia las disposiciones establecidas por un hombre casado en favor de su concubina, como las relativas a regalos, promesas de manutención, el beneficio de una póliza de seguro de vida o una herencia: carecen de validez si prevén la formación, la continuación o el establecimiento de relaciones inmorales o el pago por ellas (Civ. 2 de dic. de 1981, D. 1982. I.R. 474, anotado por Martin), pero ahora se les defenderá si los motivos son encomiables; por ejemplo, si el hombre quiere asegurar el apoyo de la mujer tras una larga relación con ella, o reconocer la atención, el apoyo o el cuidado que le ha brindado. (*Véase* Civ. 22 de oct. de 1980, Bull. I, n. 269; BGH NJW 1984, 2150; BGE 109 II 15.)

III

Representaría una incoherencia con los principios básicos de un sistema jurídico y económico libre el validar un contrato que limite la autonomía personal y económica de la persona; por consiguiente, dichos contratos deben anularse por contravenir el *ordre public*, el *gute Sitten* o el orden público. Suiza cuenta con un texto especial para estos casos: según el art. 27(2) del *Código Civil*, "nadie puede disponer de la libertad de otro ni limitar el ejercicio de esa libertad a un grado que invada la libertad o la ética".

Acerca de este tema, *véase* Bucher, *Berner Kommentar*, vol. I(II)(2), 1993; art. 27 ZGB mn. 92, 162 y ss. En un caso de Inglaterra en el que un prestatario prometió no cambiar de residencia ni de lugar de trabajo sin el consentimiento escrito del acreedor, como tampoco solicitar más préstamos ni realizar ninguna disposición, la promesa se declaró inválida (Horwood contra Millar's Timber and Trading Co., 1917, 3 KB 305). Igualmente nulos son los acuerdos por los que un escritor o un autor de canciones concede a un editor el derecho irrevocable de publicar la totalidad de su producción literaria o musical (BGHZ 22, 347; Schroeder Music Publishing Co. contra Macaulay, 1974, 3 All ER 616 (CA); BGE 104 II 108).

Representa una severa restricción de la libertad económica del operador de una estación de servicio o una hospedería el acceder a satisfacer todos sus requerimientos de combustible o de bebidas por medio de una compañía petrolera o una compañía cervecera durante un periodo de años; no obstante, los proveedores manifiestan interés en la duración de dichos contratos, ya que, a menos que el cliente se comprometa por un tiempo largo, no pueden esperar que su inversión de capital se amortice ni rinda intereses; por otra parte, no sería correcto que los operadores de la estación petrolera o los propietarios de la hospedería invalidaran esos compromisos de largo plazo, ya que normalmente no cuentan con capital, por lo que se impediría a la petrolera o al productor de cerveza recibir los fondos o las existencias que requieren con urgencia. La Cámara de los Lores ha señalado que 21 años es un plazo demasiado largo para el contrato con una estación de servicio, por lo cual determinó que el periodo más conveniente es de cinco años (Esso Petroleum Co. contra Harper's Garage Ltd., 1968, AC 269); dicho periodo también es aceptable para el Bundesgerichtshof, aunque es probable que apruebe un plazo más largo (*véase* BGHZ 52, 171). En Alemania, 20 años es el límite absoluto para los contratos entre los productores de bebidas y las hospederías; dentro de ese periodo, los tribunales consideran si se aplica o no la restricción a toda la gama de bebidas, si se estipula o no un rendimiento mínimo y si la inversión del productor es o no cuantiosa.

Véase BGH NJW 1972, 1459; BGH NJW 1979, 865; de efecto similar son BGE 114 II 159; OGH JB1 1992, 517. Los tribunales franceses toman una ruta diferente. Según el art. 1591 del *Código Civil*, el precio de un contrato de venta debe ser *déterminé*, una idea que también se encuentra en el art. 1129, en el sentido de que el objeto de una obligación contractual debe ser una *chose déterminée*. En los contratos de provisión de largo plazo como los que abordamos aquí, el precio está sujeto a cambios, y si una de las partes puede establecer un nuevo precio sin referencia a otro, los tribunales consideran esto como inconsistente con los artículos del *Código*. Por consiguiente, se declarará nulo cualquier contrato de combustible o bebidas en el que el proveedor aplique el precio de lista vigente (Com. 25 de enero de 1982, Bull. IV, n. 26; Com. 5 de oct. de 1982, Bull. IV, n. 298; *véase* también Ghestin, n. 525 y ss.; Frison-Roche, en *Rev. trim. dr. civ.* 91, 1992, pp. 269, 288 y ss.). No parece ésta la forma más adecuada de solucionar el problema. Si hay una competencia vigorosa en el mercado relevante, el riesgo de que los proveedores incrementen sus precios de lista no es muy significativo. La cuestión real radica en determinar si, de acuerdo con las circunstancias, la libertad económica del cliente se ve limitada por encontrarse a merced del proveedor. Tal es la posición que ha adoptado la Corte de Casación en los fallos más recientes: *véase* Civ. 19 de nov. de 1994, JCP 1995.II.22371, anotado por Ghestin.

Otro ejemplo de contrato que puede restringir indebidamente la libertad de la autonomía económica de la persona lo representa el caso del pacto entre un patrón y su empleado para que éste no compita con aquél después de abandonar su empleo; los socios suelen adoptar provisiones similares contra la posibilidad de que se disuelvan las sociedades. También aquí tenemos un conflicto de intereses que debe resolverse. Por una parte, el pacto está diseñado para impedir que el empleado o el socio exploten, en una compañía rival o en un negocio propio, los conocimientos especiales que hubieren adquirido en su empleo anterior, como la familiaridad con la clientela. Por otra parte, el pacto puede prejuiciar gravemente la capacidad del empleado o socio para beneficiarse de lo que a menudo constituye su único capital, es decir, su talento y su energía. Todos los sistemas alcanzan más o menos la misma solución, por lo que aceptan los pactos a condición de que presenten ciertas limitaciones en cuanto a tiempo, alcances y área y de que se pague a los contratantes una cantidad adicional.

Muchos países tienen textos especiales en los que los *empleados* y los *agentes comerciales* se encargan de fijar los límites aceptables de los pactos; *véanse* los §§74 y ss. y 90*a* del HGB; arts. 340 y ss. y 418*d* del OR; arts. 1751-bis y 2125 del *Codice Civile*. En otros países los tribunales han adoptado preceptos similares; *véase* Treitel, pp. 403 y ss.; Ripert/Roblot, *Traité de droit commercial,* 13a. ed., 1989, I, n. 476. De importancia especial son los casos en los que los abogados, los contadores o los ingenieros consultores pactan no competir entre sí después de abandonar la sociedad o la compañía. *Véase* el caso Bridge contra Deacons, 1984, AC 705 (PC); BGH NJW 1986, 2944; Soc. 12 de junio de 1986, D.S. 1987 Somm. 264, anotado por Serra (abogados); BGHZ 91, 1 y BGH NJW 1968, 1717 (contadores); París 7 de feb. de 1980, JCP, 1981.II.19669, anotado por Edwards (ingeniero consultor). Se presenta el mismo problema cuando el comprador de un negocio o una empresa acepta no competir con el vendedor. *Véase* Nordenfelt contra Maxim Nordenfelt, 1894, AC 535; BGH NJW 1979, 1605; Com. 19 de enero de 1981, D.S. 1982 I.R. 204, anotado por Serra.

Si un pacto de no competencia se formula de manera amplia en términos de alcances, duración o área, ¿se debe invalidarlo del todo o reducirlo a límites más aceptables? En

el caso Mason contra Provident Clothing & Supply Co., 1913, AC 724, el acusado prometió que durante tres años después de abandonar el empleo que le proporcionaba el demandante no competiría con éste "dentro de 25 millas de Londres". Lord Moulton dictaminó que el área especificada era demasiado amplia. El demandante argüía que, puesto que el acusado había establecido su negocio en el mismo barrio londinense donde había trabajado como empleado, la prohibición debería reducirse y emitirse un mandato. Este argumento se rechazó de manera sumaria:

> En mi opinión, sería un pésimo ejemplo que, cuando un patrón hubiere forjado un pacto en términos irracionalmente amplios, los Tribunales vinieran en su auxilio y, aplicando su ingenio y su conocimiento de las leyes, extrajeran de dicho pacto más de lo que el patrón pudiera obtener en términos válidos... La penalidad que se impone a la formación de pactos desproporcionados por parte de los patrones se incrementaría significativamente si pudieran continuar con esta práctica bajo la esperanza de que, tras someter al empleado a las presiones y los gastos de un litigio, el Tribunal terminara por permitirles obtener todo lo que podrían haber conseguido al actuar de manera racional (pp. 754 y siguientes).
>
> El Bundesgerichtshof aduce razones semejantes para llegar a la misma conclusión (NJW 1986, 2944).

Sin embargo, es frecuente que los tribunales emitan otros fallos. En un caso que se sometió al Bundesgerichtshof, un tabernero que durante 10 años cumplió con un contrato exclusivo de suministro con una cervecería decidió no seguir cumpliendo con su parte, pese a que el contrato tenía una vigencia de 24 años. El tribunal encontró este periodo excesivo y nulo por razón de inmoralidad, pero lo validó por 16 años, obligando al tabernero a pagar el castigo acordado de 15% del rendimiento estimado de cerveza para cada uno de los seis años que restaban (BGH NJW 1974, 2089; *véase* también BGE 114 II 159). También en Inglaterra los tribunales han reducido las cláusulas anticompetitivas a un nivel aceptable (por ejemplo, el caso Goldsoll contra Goldman, 1915, 1, cap. 292). Igualmente en Francia: un empleado que había prometido no trabajar para un competidor en el mismo ramo durante los 10 años que siguieran a su partida —un periodo manifiestamente excesivo— se empleó con dicho competidor en la misma ciudad el día en que renunció a su empleo con el demandante: se le declaró culpable, ya que *une clause de non-concurrence... ne doit éter annulée que dans la mesure où elle porte atteinte à la liberté du travail en raison de son étendue dans le temps et dans l'espace et quant à la nature de l'activité de l'intéressé* (Soc. 21 de oct. de 1960, JCP 1960.II.11886).

IV

Los gobiernos promueven con un interés cada vez mayor sus políticas económicas o sociales mediante una legislación que proscribe determinadas conductas o las declara ilegales a menos que cuenten con la licencia de las autoridades. Invariablemente, dichas

leyes imponen castigos u otras sanciones a la persona que las infringe, si bien es frecuente que guarden silencio en lo que concierne a la validez de un contrato cuya formación o ejecución representa una contravención por una o ambas partes.

> Ciertamente, una persona a quien se paga por transportar muebles habrá cometido un delito si, al hacerlo, sobrecarga ilegalmente su vehículo, pero el que deba anularse el contrato de transportación por dicha falta es otra cuestión: de ser así, el transportista no sólo no podrá reclamar el flete a su cliente, sino que éste no podrá demandar al transportista por daños en caso de que no pueda entregar a tiempo, o simplemente entregar, los muebles, o por negligencia si daña éstos.

Si el solo acto de formalizar un contrato representa un delito para ambas partes, lo más común es que se le declare nulo. Por ejemplo, en un intento por combatir el mercado negro de los servicios, las leyes alemanas consideran delito tanto que el comerciante no registrado contrate servicios como que el cliente contraiga un compromiso con dicho comerciante. Por consiguiente, el contrato pierde validez cuando ambas partes estaban conscientes de la situación y trasgredían deliberadamente las leyes (BGHZ 85, 39). Aun cuando sólo una de las partes supiera que se contravenían las leyes con la celebración del contrato, éste puede declararse nulo, como en el caso Re Mahmoud e Ispahani, 1921, 2 KB 716 (CA), el cual se relacionaba con la venta de aceite de linaza en una época en que esta operación se consideraba un delito, a menos que ambas partes contaran con una licencia. Aunque el comprador no tenía dicha licencia, aseguró al vendedor, de manera por demás fraudulenta, que la poseía. A pesar de la buena fe del vendedor, el contrato fue declarado nulo, por lo que aquél no pudo entablar una demanda de daños por no aceptación (aun cuando tenía la opción de exigir una reparación por engaño o fraude).

Cuando sólo se prohíbe a una de las partes formalizar un contrato, la validez de éste puede depender de que "sea contrario al significado y propósito de la prohibición el tolerar y aprobar la situación legal generada por el contrato" (BGHZ 78, 263, 265). Como señalaba L. J. Kerr respecto de un caso en Inglaterra:

> Cuando un reglamento se limita a prohibir a una de las partes la celebración de un contrato... no se sigue de ello que el propio contrato quede implícitamente prohibido como para declararlo ilegal y nulo. Que el reglamento ejerza o no este efecto depende de las consideraciones de política pública a la luz del daño que el reglamento intenta prevenir, su lenguaje, sus alcances y sus propósitos, las consecuencias para la parte inocente y cualquier otra consideración relevante. (Phoenix General Insurance Co. contra Administratia Asigurarilor de Stat, 1987, 2 All ER 152, 176.)

Cuando la prohibición reglamentaria se dirige a una de las partes a fin de proteger a la otra parte, el resultado es relativamente claro: por lo común, se declara nulo el contrato.

Véase, por ejemplo, BGHZ 71, 358; BGH NJW 1979, 2092, Com. 19 de nov. de 1991, anotado por Mestre en *Rev. trim. dr. civ.* 91, 1992, 381; Civ. 13 de oct. de 1982, Bull. I, n. 286. Sin embargo, aun esto puede depender de las circunstancias: en el caso Shaw contra Groom, 1970, 2 QB 504 (CA), un arrendador pudo reclamar las rentas no pagadas pese a que infringió una provisión legal creada para proteger al inquilino al no proporcionar a éste una "historia de rentas" y otros datos relevantes.

En un caso sometido al Tribunal de Casación, un *huissier* había actuado de manera privada como corredor, lo que representaba una infracción al reglamento, y reclamaba que se le pagara la cuota acordada. Si el propósito de la ley era disuadir a los funcionarios del tribunal de que realizaran tratos por cuenta propia, se hubiera cumplido con dicho propósito al rechazar la demanda del *huissier*. Contra lo anterior, podría pensarse que las sanciones disciplinarias proporcionadas por la ley bastarían para ese propósito, debido principalmente a que pueden adaptarse a la gravedad de la mala conducta del funcionario, despojándolo así de las ganancias obtenidas en el trato. Si, por añadidura, aceptamos que el primer objetivo de la ley es mantener la *dignité professionnelle* del *huissier* y no proteger a su cliente y que este último obtendría una recompensa inesperada al no obligársele a pagar, podemos entender por qué el Tribunal decidió validar el contrato, permitiendo al *huissier* reclamar su cuota. (Civ. 15 de dic. de 1961, Bull. I, n. 105; Civ. 21 de oct. de 1968, D.S. 1969, 81).

Véase también BGHZ 78, 263 (un contador al que se prohíbe actuar como corredor puede, sin embargo, reclamar su cuota por actuar de esa manera); Com. 11 de mayo de 1976, JCP 1976.II.18452 (un transportista de fletes sin licencia puede obtener, empero, un embargo sobre los bienes del consignador); St. John Shipping Co. contra Joseph Rank Ltd., 1957, 1 QB 267 (el propietario del barco puede reclamar el flete aun cuando el capitán haya sobrecargado ilegalmente el navío).

Bibliografía

Abraham, "Die Doktrin der Public Policy", en *AcP* 150, 1949, p. 385.

Bonnecase, "La Notion juridique de bonnes mœurs; sa portée en droit civil français", en *Études à la mémoire de Henri Capitant,* 1939, p. 91.

Cellini/Wertz, "Unconscionable Contract Provisions: A History of Unenforceability from Roman Law to the UCC", en 42 *Tul. L. Rev.* 193, 1967.

Coing, "Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der guten Sitten", en *NJW* 1948, p. 213.

Dwyer, "Immoral Contracts", en 93 *LQ Rev.* 384, 1977.

Gordley, "Equality in Exchange", en 69 *Calif L. Rev.* 1587, 1981.

Kötz, "Die Ungültigkeit von Verträgen wegen Gestez- und Sittenwidrigkeit, Eine rechtsvergleichende Skizze", en *RabelsZ* 58, 1994, p. 209.

Lloyd, *Public Policy, A Comparative Study in English and French Law,* 1953.

Malaurie, *L'Ordre public et le contrat, Étude de Droit civil comparé: France, Angleterre, URSS,* 1953.

Mayer-Maly, "Renaissance der laesio enormis?", *Festschrift Larenz zum 80. Geburtstag,* 1983, p. 395.

Simitis, *Gute Sitten und ordre public,* 1960.

Szladits, "Illegality of Prohibited Contracts, Comparative Aspects", en *Twentieth Century Comparative and Conflicts Law—Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema,* 1961, p. 221.

Thommen, *Beitrag zur Lehre vom Begriff der guten Sitten im schweizerischen Privatrecht,* 1954.

Von Mehren, "The French Doctrine of lésion in the Sale of Immovable Property", en 49 *Tul. L. Rev.* 321, 1974.

Winfield, "Public Policy and the English Common Law", en 42 *Harv. L. Rev.* 376, 1928.

29. Magnitud de gravedad

I

¿Se debe considerar todo acuerdo bilateral como un contrato o se requiere algo más para que pueda ejecutarse? Ésta es una pregunta a la que deben responder todos los sistemas jurídicos. Por ejemplo, las promesas formuladas en un contexto puramente familiar o social no son ejecutables en modo alguno. Citando el ejemplo clásico, el invitado que llega a cenar y encuentra la puerta cerrada no puede acudir a los tribunales a demandar que se le restituya el costo del taxi que tuvo que abordar. Si un padre se desdice de la promesa de pagar a su hijo por podar el césped, el joven puede reaccionar comportándose de forma altanera, negándose a comer u obteniendo calificaciones bajas en la escuela, pero no puede demandar a su padre por la suma prometida.

Asimismo, es cosa reconocida por todos que la mayoría de las promesas que se hacen con fines de obligatoriedad se formulan a cambio de algo, de tal modo que cuando un abogado analiza una promesa por la cual no se solicita nada a cambio, ni siquiera otra promesa, no puede menos que preguntarse si a tal altruismo precedió una consideración cuidadosa y una intención seria.

En la parte continental de Europa, esta cuestión suele presentarse respecto a las promesas de donaciones —es decir, dinero, propiedades o, en último caso, el derecho a obtener un activo "de la hacienda de quien formula la promesa"—; en todos los sistemas, esas promesas tienen que hacerse frente a un notario encargado de documentarlas, a fin de que no sean producto de una generosidad no meditada, de una caridad espontánea o de la irreflexión o, en fin, inducidas por propósitos vacíos o lágrimas de cocodrilo.

En Francia, el art. 931 del *Código Civil* ordena que *tous actes portant donation entre vifs* requieren una forma notarial. Aun cuando esto comprenda todos los tipos de donaciones y no sólo las promesas de éstas, el *don manuel*, u operación en el que el objeto de la donación se entrega de inmediato, se considera válida a pesar de su informalidad. Esto se debe a que normalmente la persona sabe lo que hace cuando entrega dinero o propiedades, en vez de comprometerse a obsequiarlos en el futuro, de ahí que no haya necesidad de exigir pruebas adicionales de la seriedad de sus intenciones. Por consiguiente, en casi todos los países las formas se requieren sólo para las promesas de donaciones (por ejemplo, los §§516 y 518 del BGB; art. 242 del OR). Las leyes suizas difieren de las alemanas en que mientras Alemania exige una forma para todas las promesas

de donación, Suiza la solicita sólo cuando la donación prometida se compone de terrenos, considerándose como suficiente la escritura en todos los demás casos. El *Codice Civile* es mucho más estricto: las donaciones manuales informales adquieren efectividad sólo cuando se relacionan con propiedades muebles de bajo valor (arts. 782 y 783).

II

En el *common law* de Inglaterra y Estados Unidos de América, las promesas informales se estiman serias sólo cuando se hacen contra una "consideración", es decir, una contraparte del tenedor de la promesa. En ausencia de dicha consideración, la promesa no puede ejecutarse. Aunque no es posible demandar legalmente el cumplimiento de la promesa, el promitente que satisface su promesa y transfiere la propiedad por obsequiar usando las formas notariales apropiadas, no puede exigir que se restituya el objeto de su promesa. En otras palabras, la promesa, por muy inejecutable que resulte, sirve como base sobre la cual, en caso de que se cumpla con la promesa, el receptor puede conservar el objeto transferido. El mismo resultado se alcanza mediante la artificiosa provisión de la ley alemana según la cual "la ausencia de forma se remedia con la ejecución de la promesa" (§518(2) del BGB, art. 243(3) del OR).

Como excepción, cuando una promesa se manifiesta en una forma particular, puede ejecutarse aunque no haya consideración: antaño, la promesa tenía que guardarse en un documento "sellado"; en la actualidad, empero, el título o la escritura traslativa se compone de un documento firmado por el promitente o donador y certificado por un testigo (*véase* la p. 393).

> Casi todos los estados de la Unión Americana han abolido la formalidad de la declaración "sellada", ordenando ya sea que el "sello" no basta para validar un contrato sin consideración o que el "sello", o incluso la sola escritura, da lugar al rebatible supuesto de que se otorgó una consideración.

Aunque la doctrina de la consideración se ha tornado sumamente compleja y sutil, la idea básica es clara. Hay consideración para una promesa cuando el promitente la ofrece a fin de obtener una contraparte deseada. Ésta bien puede ser otra promesa —la promesa del comprador de pagar el precio es la contraparte de la promesa del vendedor de entregar los bienes—, aunque también puede componerse de otra conducta, a condición de que el promitente desee que ésta tenga lugar e intente recompensarla cumpliendo con su promesa. Tal es lo que sucede cuando una persona ofrece una recompensa para quien encuentre a su perro. Nadie ha aceptado buscar al animal, pero quienquiera que lo encuentre y lo devuelva a su dueño habrá hecho lo que el promitente esperaba procurar por medio de su oferta. Se satisface el requerimiento de la consideración cuando la promesa representa, por así decirlo, el precio ofrecido por el promitente a cambio de la contra-

parte deseada, mientras que el tenedor de la promesa, al prometer o actuar, cumple con su contraparte a fin de obtener el precio. Considérese la siguiente definición de la (Segunda) Reformulación de Contratos, 1981, §71:

> 1. Para constituir la consideración, debe negociarse una ejecución o una promesa recíproca. 2. Se negocia una ejecución o una promesa recíproca cuando es perseguida por el promitente a cambio de su promesa y es emitida por el tenedor de la promesa a cambio de dicha promesa.

Si no hay consideración para una promesa, no puede entablarse una demanda contra ésta. La promesa puede resultar de una reflexión madura, puede ejecutarse por los motivos más dignos de elogio y el promitente puede verse moralmente obligado a cumplir con su palabra, pero el *common law* requiere más que esto. Exige que las partes hayan realizado una "negociación" y que la promesa de que se trata forme parte de esta "negociación": "El inglés contrae una responsabilidad no porque haya hecho una promesa, sino porque ha realizado una negociación" (Cheshire/Fifoot/Furmston, p. 28).

No debemos interpretar el término *negociación* demasiado literalmente, pues indica que la ejecución y la contraejecución han de ser, en cierto sentido, más o menos equivalentes. No es esto lo que requiere la doctrina de la consideración, ya que ésta no tiene por fuerza que ser "adecuada". La promesa es obligatoria aun cuando la contraparte sea trivial o incluso nominal: bastará que se trate de una bagatela. El punto crítico consiste en determinar si hay una indicación objetiva de que las partes están dispuestas a formalizar un acuerdo con carácter de obligatorio, y esta condición se cumple no sólo cuando han realizado una negociación, sino también cuando su operación se presenta bajo especie de negociación.

En algunos casos, el requerimiento de la consideración también se satisface cuando no puede hablarse realmente de una negociación. Puede bastar con que el tenedor de la promesa acepte algún detrimento, por trivial e insignificante que pueda parecer desde el punto de vista económico. Los magistrados ingleses suelen manifestar un agudo olfato para detectar estos detrimentos, como en el caso Ward contra Byham, 1956, 2 All E.R. 318 (CA):

> El señor Byham había vivido en un feliz concubinato con la señora Ward por varios años, durante los cuales tuvieron una hija. Ambos acordaron que ésta permaneciera con la madre y el señor Byham prometió enviarle una libra semanal a fin de que la niña "estuviera bien cuidada y feliz". Posteriormente, la señora Ward se casó con otro hombre y el señor Byham dejó de pasar el dinero. Al ser demandado, él arguyó en vano que su promesa de pago era inválida por falta de consideración. Con base en los hechos, dos de los jueces que condujeron el proceso determinaron que la madre había prometido no sólo mantener a la hija, sino también cuidarla bien y hacerla feliz; sin embargo, Lord Denning —difiriendo en este sentido de la perspectiva general— dictaminó que la ejecución del deber reglamentario de la madre era una "consideración suficiente". *Véase* también el caso Williams contra Williams ,1956, 1 All ER 305 (CA): ahí, la consideración de la promesa del marido de sufragar la manutención de la esposa —algo a lo que no estaba obligado, ya que ella lo había abandonado sin que mediara razón— se descubrió en la promesa de ella de llevar una vida casta, no incurrir en deudas en nombre del esposo y no demandar a éste los gastos de manutención.

Para evitar los insatisfactorios resultados a los que puede conducir la doctrina de la consideración en ciertos tipos de casos, los tribunales estadounidenses han desarrollado el mecanismo del "impedimento por promesa". En las "causas de suscripción", por ejemplo, se intenta determinar si puede ejecutarse una promesa de suscribir una solicitud de fondos con propósitos públicos o caritativos. Según la doctrina de la consideración, dicha promesa, cuando no va "sellada" ni forma parte de un título traslativo, sólo podría ejecutarse cuando el acto caritativo prometiera o realizara alguna contraejecución solicitada, como garantizar al suscriptor la celebración anual de una misa o la colocación de una placa conmemorativa en una capilla determinada: en ausencia de dicha contraejecución no podría reclamarse la suscripción prometida, aun cuando el tenedor de la promesa se hubiere encargado de la construcción de la capilla o de otras medidas sobre la justificada base de la promesa. En otros casos, la doctrina de la consideración puede traducirse también en resultados insatisfactorios, como en el caso Devecmon contra Shaw 69 Md. 199, 14 A. 464, 1888:

> Un hombre prometió a su sobrino cubrir los gastos de un viaje a París con el fin de familiarizarse con la cultura europea durante un año. Por consiguiente, el sobrino viajó a la capital francesa con sus propios fondos y estudió allí durante un año. A su regreso solicitó la restitución de lo que había gastado.

Aquí también parece injusto que el tío goce de libertad para revocar su promesa, especialmente cuando sabía, o debió haber sabido, que el sobrino se acogería a su promesa al gastar su propio dinero en el viaje a Europa. Por tanto, los tribunales no permiten al promitente que invoque la ausencia de consideración cuando el tenedor de la promesa modifica su postura confiado en la validez de la promesa y el promitente pudo haber previsto esto último. Tal es lo que contiene la siguiente fórmula del §90 de la (Segunda) Reformulación de Contratos, 1980:

> Toda promesa respecto de la cual el promitente debe esperar que induzca a acciones o a largueza por parte del tenedor de la promesa y que, en efecto, induzca a las anteriores acciones, posee carácter obligatorio [aun en ausencia de la consideración] cuando puede evitarse la injusticia mediante la ejecución de la promesa. El remedio suministrado para el incumplimiento [de dicha promesa] depende de los requerimientos de la justicia.

Ciertamente, la doctrina del "impedimento por prominente", que no se aplica en Inglaterra con la misma frecuencia que en Estados Unidos de América, funciona como medida correctiva de problemas marginales, si bien hay muchos otros casos en los que la doc-

trina de la consideración conduce a resultados que el jurista de la Europa continental encuentra sorprendentes o incluso impactantes.

No son ésas las reacciones que suscitan las promesas de donaciones, ya que otros sistemas legales señalan correctamente que cuando una persona promete realizar una transferencia gratuita de dinero o de propiedades sin exigir nada a cambio, la promesa es válida sólo cuando se observan las formalidades correspondientes, llámese documento notariado, escritura o título de traslación. Sin embargo, la doctrina de la consideración se aplica no sólo a las promesas de donaciones, sino a *todas* las promesas gratuitas, incluidas las que proporcionan a la persona información, transportación o cuidado de la propiedad, la administración de algún asunto en representación o la autorización para usar un inmueble o un automóvil. Sin ninguna vacilación, los sistemas continentales señalan que dichos convenios equivalen a contratos válidos, con independencia de la formalidad, lo cual, en ocasiones, se establece en los textos mismos (por ejemplo, §§598 y 662 del BGB; arts. 1875 y ss., y 1986 del *Código Civil* francés, sobre préstamos y agencia). En el *common law*, en contraste, dichas promesas no pueden ejecutarse en ausencia de un título traslativo. Esto significa que aun cuando a la persona se le puedan imputar perjuicios por dañar la propiedad que transporta o cuida de manera gratuita, no se le podrá fincar responsabilidad en términos contractuales; lo mismo se aplica a la persona que brinda malos consejos a cambio de nada.

La doctrina de la consideración también conduce a resultados sorprendentes en los casos en que la contraparte solicitada es algo que el tenedor de la promesa estaba obligado a cumplir de antemano.

> Cuando dos marineros abandonaron el barco en un puerto ruso y el capitán no pudo encontrar sustitutos, aquél prometió a la tripulación un pago suplementario por llevar el navío sano y salvo de regreso a Inglaterra. Al llegar, el capitán renegó de su promesa. La demanda de los marineros fue rechazada: como estaban obligados por contrato a realizar su mejor esfuerzo para superar los peligros de la travesía, incluido el hacer trabajos adicionales debido a la ausencia de dos compañeros, el capitán no había obtenido nada de la tripulación a cambio de su promesa. Stilk contra Myrick, 1809, 2 Camp. 317, 170 Eng. Rep. 1168.

No hay nada erróneo en la solución que se dictaminó si la realidad era que, al solicitar pagos adicionales, los marineros explotaban conscientemente el predicamento en el que se hallaba el capitán, acaso suponiendo que, de otra forma, podían seguir el ejemplo de sus compañeros, pero esto se debe a que la promesa del capitán se anularía por coacción, no por ausencia de consideración (*véase* la sección VII del cap. 31). Podremos percibir cuán irrelevante resulta aquí la doctrina de la consideración suponiendo que los marineros hubieran proporcionado alguna contraparte, por ejemplo, al renunciar a su derecho contractual a un descanso para tomar el té o a una ración de ron: ¿implicaría ello alguna diferencia respecto del resultado? Además, si no hubiera habido coacción, la promesa del capitán habría sido aceptada como válida si la hubiera hecho de manera espontánea y por una buena razón, quizá para levantar la moral de su tripulación o estimularlos a realizar esfuerzos excepcionales.

Los fallos de los juzgados ingleses comienzan a reflejar estas ideas. En el caso Williams contra Roffey Bros., 1991, 1 QB1 (CA), el demandante contrató la producción de 27 bastidores, pero tuvo dificultades financieras antes de que se le entregara su pedido. El acusado le prometió 575 libras adicionales por cada bastidor terminado, a lo que accedió el quejoso, terminando ocho bastidores más antes de abandonar definitivamente el trabajo. Solicitó y obtuvo el bono por los ocho bastidores adicionales. El acuerdo que precedió al pago del bono no fue resultado de una coacción o una maniobra ilegal por parte del demandante: se trataba de una propuesta racional formulada por el propio acusado, quien tomó en consideración los intereses de ambas partes de una manera comercial y adecuada. Ciertamente, los jueces aplicaron la doctrina de la consideración al señalar que, al reanudar el trabajo en vez de arrojar las herramientas y esperar a que lo demandaran, el demandante había sufrido una especie de "detrimento", con lo cual se proporcionaba una consideración. La escasa plausibilidad de este punto no hace sino demostrar la inutilidad de la doctrina de la consideración para probar la validez de las modificaciones en los acuerdos contractuales.

> En Estados Unidos de América es cosa aceptada desde hace mucho tiempo que las partes no necesitan demostrar haber brindado alguna consideración al modificar un contrato en su favor antes de que éste sea ejecutado en su totalidad. *Véase* el §89 de la (Segunda) Reformulación de Contratos, 1981. En el caso de las ventas, esta regla posee carácter reglamentario, ya que el §2-209 del *Código de Comercio Uniforme* ordena que "el acuerdo que modifique un contrato... no tiene por fuerza que ser obligatorio". El art. 29(1) del CISG prescribe algo semejante: "Un contrato puede ser modificado... por el mero acuerdo de las partes". Ocurre un tipo diferente de modificación cuando un acreedor acepta menos de lo que se le debe, señalando que renuncia a la parte restante. El caso Foakes contra Beer, 1884, 9 App. Cas. 605 establece que el acreedor aún puede reclamar el saldo, ya que su promesa de no entablar una demanda carece del fundamento que pudiera proveer la consideración del deudor. Este precepto sigue aplicándose tanto en Estados Unidos de América como en Inglaterra, aunque con restricciones significativas. *Véase*, por una parte, el §175 de Corbin y, por otra parte, Treitel: "Las leyes serían más coherentes, así como más satisfactorias en su operación práctica, si aplicaran el enfoque [del caso Williams contra Roffey] a los casos de pagos parciales de una deuda. Los acuerdos del tipo que exponemos aquí adquirirían obligatoriedad, a menos que se realicen bajo coacción" (p. 116).

Una promesa hecha después de la ejecución del tenedor de la promesa tampoco procede debido a la ausencia de consideración: "La consideración del pasado no es consideración". Esto es bastante lógico: la promesa no puede ser el precio de una ejecución ya realizada, sino sólo una recompensa por ésta. Aun así, la regla hace distinciones difíciles de justificar. En Re McArdle, 1951, cap. 669, la viuda del testador heredaría en primer lugar, de acuerdo con el testamento del difunto, y luego los hijos. Uno de éstos, asistido

por su esposa, remodeló una propiedad que formaba parte de la hacienda del padre, y sus hermanos y hermanas prometieron que después de que muriera su madre, pagarían una cantidad para compensar este desembolso. La decisión se dirigió a la cuestión de si la promesa de pago se formuló antes o después de la remodelación del inmueble. Los casos más recientes indican que la demanda hubiera sido válida aun en esta última situación, a condición de que los hermanos se interesaran en los trabajos realizados y que todas las partes compartieran la idea de que aquéllos debían remunerarse de una u otra manera.

Compárese el caso Pao On contra Lau Yiu Long, 1980, AC 614, 629 (PC). Un caso de Estados Unidos de América ilustra lo adversas que pueden ser las consecuencias de la doctrina de la consideración cuando el juez carece de la templanza necesaria para desechar los escrúpulos doctrinales. Por salvar la vida de *B*, *A* resultó a tal punto lesionado que se vio condenado a la invalidez por el resto de sus días. Para demostrar su gratitud, *B* prometió pagarle a *A* 30 dólares mensuales mientras viviera, pero los herederos de *B* rechazaron la promesa argumentando que no había consideración para ésta, ya que el rescate se había realizado antes de hacer la promesa. El juez tuvo que recurrir a los argumentos más extravagantes para fallar en favor del demandante, ¿y quién podría culparlo? (Webb contra McGowin 27 Ala. App. 82, 168 So. 196, 1935. *Véase*, sin embargo, el caso Harrington contra Taylor 225 N.C. 690, 36 S.E.2d 227, 1945, en el cual, empleando argumentos similares, el tribunal dictaminó en estos términos: "Por mucho que el acusado se sienta impelido por la gratitud a mitigar el infortunio del acusado, un acto humanitario de este tipo, ejecutado de manera voluntaria, no contiene la consideración que tendría derecho de obtener frente a la ley". La (Segunda) Reformulación de Contratos, 1981, en el §86, enmienda lo anterior al ordenar que las promesas relacionadas con un beneficio ya recibido tienen carácter obligatorio, aunque sólo "en la medida necesaria para prevenir la injusticia".

Hay otras situaciones en las que la doctrina de la consideración produce resultados perturbadores. Permite a un comerciante retirar una oferta en cualquier momento hasta que sea aceptada, aun cuando hubiera decidido, de manera inequívoca, mantenerla abierta durante un periodo determinado (*véase* la sección II del cap. 26). Por añadidura, dicha doctrina suele aducirse como la razón de que un contrato no puede conferir derecho de acción a una tercera parte beneficiaria (*véase* la sección IV del cap. 34).

III

La idea central de la doctrina de la consideración es aceptada por los sistemas de la parte continental de Europa en lo que se refiere a las promesas de donaciones, en el sentido mencionado líneas arriba: una persona que promete donar dinero o propiedades adquiere responsabilidad sólo cuando declara su promesa en la forma prescrita y, por ende, demuestra una disposición seria a la obligatoriedad. Hay, desde luego, diferencias significativas entre un acta notarial y un título traslativo, pero la idea básica es la misma.

Este requerimiento de la formalidad en los sistemas continentales se aplica sólo a las promesas *à titre gratuit*, es decir, promesas que realmente tienen como fin la donación. Ahí, los tribunales gozan de un amplio margen de creatividad. Con frecuencia, se rechaza la naturaleza donadora de una promesa formulada con una finalidad racional y digna de elogio, cuando es claro que el promitente tiene intenciones serias y resultaría injusto permitirle que se librase de su responsabilidad invocando la ausencia de forma. En muchos veredictos de Francia, la promesa de suscribir un propósito público o de sufragar costos de manutención se ha considerado no como una *pure libéralité*, sino más bien como un *contrat commutatif* al que no pueden aplicarse los requerimientos formales del art. 931 del *Código Civil*. En 1914, cuando la ciudad de Nancy introdujo una solicitud para ayudar a los parientes de los soldados, el señor Bailly prometió suscribir un millón de francos; posteriormente cambió de parecer, explicando que su promesa no había sido notariada. De todas formas tuvo que pagar: no se trataba de una donación, sino de un *contrat commutatif* al que la ciudad había proporcionado la "contraparte" al aportar fondos complementarios, organizar un comité administrativo y recomendar el espíritu cívico del señor Bailly *de la façon la plus flatteuse*.

Véase Nancy 17 de marzo de 1920, D.P. 1920.2.65, confirmado por Civ. 5 de feb. de 1923, D.P. 1923.1.20. En otros casos, los tribunales han obligado al suscriptor a cumplir con su palabra argumentando que su propósito no era hacer una donación, sino más bien obtener algún beneficio, a menudo intangible, como una mejora en la posición social a resultas de su ostentosa generosidad. *Véase* Req. 14 de abril de 1863, D.P. 1863.1.402; Civ. 19 de julio de 1894, D.P. 1895.1.125; Aix 30 de enero de 1882, D.P. 1883.2.245; y el excelente análisis de estos casos en Dawson (*véase* la bibliografía de este capítulo), pp. 84 y ss. De igual forma, el Reichsgericht aprobó una iniciativa escrita para suscribir 50,000 marcos alemanes en beneficio de un crematorio, si bien mediante argumentos un tanto artificiales.

Los tribunales han descubierto varias razones para rechazar la naturaleza donadora de las promesas de dinero o de valor monetario a parientes, cohabitantes, esposos separados o prometidas, casos en los que el beneficiario difícilmente insistiría en que se hiciera constar la promesa frente al notario.

La promesa de un padre de pagar la manutención de un hijo ilegítimo no reconocido no es, de acuerdo con los fallos de los tribunales franceses, una donación que requiera una forma especial, sino el *accomplissement d'un devoir de conscience* o el *reconnaisance d'une dette naturelle* (Civ. 14 de mayo de 1862, D.P. 1862.1.208; Civ. 8 de dic. de 1959, D. 1960, 241). De igual forma, un hombre que recibió la mayor parte de la heredad del padre en vida de éste fue obligado a cumplir su promesa de proporcionar algunos fondos a sus empobrecidas hermanas, quienes habían recibido una herencia ínfima (París, 25 de abril de 1932, *Sem. Jur.* 1932, 607). Los juzgados alemanes dictaminan de forma similar. Un oficial de caballería prometió a su amante de mucho tiempo, una mesera con la cual había procreado tres hijos, 15,000 marcos si decidía casarse con una mujer de su propia clase social (RGZ 98, 176); se le obligó a cumplir con su promesa, al igual que al hombre

que prometió a otro hombre una "dote" si se casaba con la amante embarazada del promitente (RGZ 62, 273). En ambos casos, lo primero que hizo el tribunal fue preguntarse si la promesa debería anularse por contravenir la moral y concluyó correctamente que no era así; tampoco se consideraron las promesas como promesas de donaciones. Hay una promesa de donación sólo cuando ambas partes consideran la operación como generosidad pura, mientras que, en los casos mencionados, las promesas tenían como propósito satisfacer una obligación, quizá no una obligación legal pero que, no obstante, podía reconocerla como tal cualquier persona bienpensante: el promitente no intentaba que su decisión se recibiera como una donación, y el tenedor de la promesa no pretendía aceptarla como tal (RGZ 62, 273, 277).

> Los tribunales suizos aplican los mismos preceptos. *Véase*, por ejemplo, BGE 53 II 198: el señor Stähelin prometió verbalmente a las autoridades tutelares que consideraría a su sobrina huérfana como su propia hija y la criaría dentro de su propia familia. Posteriormente intentó recuperar lo que había gastado en su sobrina explicando que su promesa era una donación que necesitaba formalizarse. El Bundesgericht rechazó este argumento: Basta que el promitente crea cumplir con un deber moral, como ciertamente era el caso del señor Stähelin, aun cuando dicho deber no sea una cosa universalmente reconocida. En tal caso, no puede afirmarse que el promitente tenía una intención donadora, o que su promesa, aunque no remunerada, represente una donación. Por consiguiente, su consentimiento a cuidar de la demandante sin ningún cargo forma parte del principio general de que los contratos no requieren una forma especial, de tal modo que el acuerdo verbal entre Stähelin y las autoridades tutelares era válido (pp. 199 y siguientes).

Los juzgados continentales aplican otra prueba para decidir cuáles promesas son obligatorias y cuáles no lo son; explican que una promesa es obligatoria sólo cuando se formula *en vue de produire des effets juridiques*, es decir, cuando la intención del prometedor es que "se asocie la validez legal a su conducta" (BGHZ 21, 102, 106). Por lo general, este requerimiento se satisface cuando el acto jurídico es remunerado, aunque quizá no se cumpla cuando se trate de una promesa gratuita.

> El principio de que una obligación contractual se presenta sólo cuando las partes tienen "la intención de generar relaciones legales" también se reconoce en el *common law*, pero ahí hay una necesidad mucho menor de aplicarla debido a que las promesas gratuitas son automáticamente inejecutables a causa de la ausencia de consideración (*véase* Treitel, pp. 149 y siguientes).

El caso más destacado de Alemania se dirimió en 1956 (BGHZ 21, 102). Un transportista (*A*) tenía una entrega urgente por realizar pero no había conductores disponibles, por lo que pidió a otro transportista (*B*) que le proveyera un sustituto. El conductor suministrado por *B* carecía de experiencia y dañó severamente el vehículo de *A*. Cuando *A* demandó a *B* por daños e incumplimiento de contrato, la defensa de *B* señaló que éste

no hacía sino tratar de ayudar en una crisis y que había actuado "por solidaridad humana, sin intención de asumir una obligación legal". Los argumentos de la defensa fueron rechazados de manera sumaria por el Bundesgerichtshof: ciertamente, era necesario que *B* hubiera tenido la intención de contraer una obligación legal, pero sus "intenciones privadas" resultaban irrelevantes; todo dependía de que *A* "debiera, en todas las circunstancias, de buena fe y a la luz de la práctica comercial normativa, concluir que existía dicha intención" por parte de *B*, y tal era el caso allí, puesto que *B* debió haberse percatado de que *A* se confiaba a la provisión de un conductor competente, ya que, de otra forma, podría haber sufrido una pérdida considerable.

> Muchos dictámenes franceses señalan que no hay obligación contractual en ausencia de una intención de obligatoriedad. Cuando un pintor demandó por daños a un hotel a causa de la pérdida de un portafolio cuya custodia había encomendado al dependiente del bar, la Corte de Casación rechazó la demanda: el portafolio había sido aceptado *par pure complaisance* y, por ende, no había contrato de depósito (Com. 25 de sept. de 1984, Bull. IV, n. 242). Tampoco se presenta un *contrat de dépôt ou de garde même tacite* cuando una compañía, *par simple tolérance*, permite a una persona estacionar su vehículo en sus instalaciones (Civ. 29 de marzo de 1978, Bull. I, n. 126); y cuando el gerente de un club nocturno de París toma las llaves del auto de un cliente para estacionarlo, se trata de un *service bénévole*, no de un contrato para la salvaguarda del vehículo (París, 14 de enero de 1988, Gaz. Pal. 1988.I.269).

IV

Comprobamos ahora que, aun cuando el consentimiento de las partes sea necesario para que un contrato adquiera obligatoriedad, no siempre es suficiente. Los sistemas difieren respecto de cuáles otras cosas se requieren y cuándo. La doctrina de la consideración del *common law* representa un ambicioso intento por aportar una solución total, y aunque los sistemas continentales suelen dirimir casos similares de la misma forma, o casi, no tienen nada que pueda compararse de manera directa. Los abogados ingleses extraen diferentes conclusiones de este fenómeno. Algunos visualizan la doctrina de la consideración como un rasgo característico e indispensable de la ley de contratos inglesa, como la joya de su corona. Otros, observando que los sistemas continentales se las arreglan bastante bien sin dicha doctrina, concluyen que también podría prescindirse de ella en Inglaterra. Así, Lord Wright, quien solía aplicar el derecho escocés y, en el Consejo del Rey, el derecho sudafricano, escribió alguna vez:

> En estas jurisdicciones, la consideración no tiene cabida, como tampoco un lugar en las leyes de Francia, Italia, España, Alemania, Suiza y Japón. Éstos son países civilizados con un desarrollado sistema jurídico: ¿cómo es posible entonces estimar el principio de la consideración del *common law* como un elemento axiomático o inevitable en cualquier código legal? (p. 1226).

Para luego extraer la conclusión siguiente:

> Cuando reviso mentalmente los dispersos jirones de argumentos e ilustraciones que expongo en este artículo, no puedo sustraerme a la conclusión de que la doctrina de la consideración es un estorbo. A mi modo de ver, una teoría científica o lógica de los contratos tomaría, como prueba de la intención contractual, la respuesta a la decisiva cuestión de si hay una intención deliberada y seria, libre de ilegalidades, inmoralidad, errores, fraude o coacción, para elaborar un contrato con valor obligatorio. Tal debe ser, en cada caso, una cuestión de hecho (*ibid.*, p. 1251).

Otro autor concluye lo siguiente:

> el derecho inglés no perdería nada si se aboliera la doctrina de la consideración... Los sistemas del derecho civil han podido desarrollar una ley de contratos perfectamente adecuada sin la consideración. Por tanto, si hemos de tomar seriamente la idea de la armonización de las leyes, debemos desechar la doctrina de la consideración. En la forma que presenta en la actualidad no significa ninguna contribución al derecho inglés, es del todo ajena al derecho civil y no desempeñaría ninguna función de utilidad en la esfera de un derecho europeo unificado. (Chloros; *véase* la bibliografía de este capítulo, pp. 164 y siguientes.)

Éstas son palabras fuertes, pero lo que realmente irrita a los críticos ingleses no es la idea básica de la doctrina de la consideración, sino las artificiosas ramificaciones que ha producido con el transcurso del tiempo como resultado de que se le aplique a usos inesperados. Uno de estos usos es su aplicación a las modificaciones de los contratos existentes y a los acuerdos en el sentido de que una de las partes puede realizar una ejecución menor a la que se había prometido originalmente. Se trata de la "modalidad de la doctrina de la consideración que ha contribuido en mayor medida a su mala reputación" (Paterson; *véase* la bibliografía de este capítulo, p. 936). Tampoco nos explicamos por qué dicha doctrina ha de impedir que un tercero exija la ejecución prometida, aun cuando las partes hayan acordado, por razones de negocios adecuadas, que la parte mencionada podía hacerlo. Por último, la lógica de la doctrina de la consideración se ha traducido en el precepto de que un hombre de negocios que, de manera inequívoca, declara que su oferta tiene carácter obligatorio para él mismo durante un periodo determinado pueda, pese a lo anterior, revocarla antes de que expire dicho periodo, a condición de que no haya sido aceptada en el ínterin. En Inglaterra hay consenso generalizado en el sentido de que estos rasgos de la doctrina carecen de fundamento y ha llegado el momento de abandonarlos; en verdad, la primera señal de retirada ha sido emitida por la Comisión Legal, así como por los tribunales y los autores de temas legales (*véase* Treitel, pp. 147 y siguientes).

Respecto de las promesas de donación, cuando una cosa es prometida a cambio de nada, en un aspecto que disminuirá permanentemente la hacienda del promitente en provecho de la del tenedor de la promesa, las cosas presentan un perfil diferente. Tanto en la

Europa continental como en Inglaterra dichas promesas son válidas sólo cuando se presentan en una forma particular, llámese título traslativo o acta notarial. En este sentido, todos los sistemas europeos se muestran de acuerdo, y por buenas razones. El requerimiento formal se traduce en una prueba confiable de que el promitente realmente está dispuesto a cumplir con su promesa. Sin duda, habrá ocasiones en las que una promesa formulada verbalmente, en privado o a través de la correspondencia de negocios haya sido meditada de manera madura; sin embargo, tales procedimientos pueden dar lugar a una notoria incertidumbre legal cuando se abandonan los requerimientos formales y se compele al juez a inquirir y dictaminar, con base en los hechos de cada caso, si la promesa verbal o escrita se fundaba en una "intención deliberada y seria".

Aun así, quedan diferencias significativas entre el *common law* y el derecho civil respecto de ciertos aspectos. La doctrina del impedimento por promesa del *common law* permite a los tribunales, de modo excepcional, infundir vigor a una promesa informal de donación cuando el tenedor de la promesa ha actuado con base en ésta para su propio detrimento. Quizá las jurisdicciones continentales encuentren esto digno de consideración. Hemos dicho también que los magistrados de la Europa continental abordan la cuestión de si un acto fue realmente gratuito de una manera caballerosa, pues con frecuencia declaran obligatoria una promesa pese a la ausencia de forma simplemente porque el promitente actuó por motivos dignos de crédito. Podría objetarse que esto contraviene el requerimiento de la forma y genera incertidumbre legal; sin embargo, rara vez se escucha dicha objeción en las palabras del jurista inglés, tanto más si tenemos en cuenta la astucia de los jueces ingleses para husmear cualquier consideración que acecha tras las sombras.

Queda el problema de las promesas que, aun cuando no sean remuneradas, no encierran ningún acto de donación. Ahí, hay una brecha casi insalvable entre el *common law* y el derecho civil, ya que ningún jurista inglés podría declarar obligatorio un contrato cuando una persona permite que otro use su propiedad a cambio de nada, o le suministre información de manera gratuita o administre un negocio en su nombre sin esperar una recompensa. Esta diferencia sería preocupante si diera origen a diferencias en los resultados, pero no hay nada que indique la presencia de esas diferencias: a menudo, los juzgados continentales dictaminan que el promitente no tenía intención real de asumir una obligación legal, mientras que en Inglaterra lo más común es que se recurra a ciertos tipos de consideración. De hecho, son raros los casos que implican exigencias de ejecución de la promesa; se trata, en su mayoría, de reclamaciones por daños causados por una ejecución defectuosa, y es en tal sentido que Inglaterra puede echar mano de la ley de perjuicios para obtener los mismos resultados que se alcanzan en el continente por la vía contractual.

Santiago, tres de julio de dos mil ocho.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción del fundamento séptimo que se elimina.

Y se tiene, además, presente:

1º) Que, en la especie, se demandó por el Banco del Estado la terminación anticipada del contrato de leasing que celebro respecto de un camión con Maggis Angélica Sandoval Rosales por no pago de las rentas, y en contra del codeudor solidario Orlando René San Martín Quijada, y pide la devolución del bien dado en arrendamiento, el pago de las rentas de arrendamiento adeudadas y también las que se devenguen durante el juicio y el cumplimiento de una cláusula penal estipulada en la convención, consistente en el pago del 30% de las rentas que se encontraban pendientes de vencimiento a la fecha del incumplimiento (cláusula 17º).

En la sentencia definitiva se condenó a la demandada al cumplimiento de la cláusula penal convenida en el contrato, pero reducida a un 5%.

De acuerdo a lo pedido, el demandado deberá devolver la cosa arrendada, pagar en su totalidad las rentas de arrendamiento pactadas y además pagar un 30% de las rentas adeudadas.

2º) Que, en la naturaleza del contrato de leasing es posible distinguir la unión de dos convenciones: un contrato de arrendamiento y un contrato de promesa de compraventa. Atendido lo anterior, en el precio que se paga existen dos ítems, el pago de la renta de arrendamiento y el pago de parte del precio del contrato prometido. Si el demandado voluntariamente entregó el inmueble a su propietario, quien lo aceptó, no pudo seguir pagando la renta (que conlleva el precio convenido por la venta) porque esa obligación carecería de causa, ya que no existe contraprestación alguna que la legitime (causa final). Tampoco pudo pactar se una cláusula penal que encubría esta situación, ya que ello aparece como un recurso destinado a esquivar la ausencia de causa de la obligación que en realidad se imponía al arrendatario bajo una estructura jurídica aparente y no real. En virtud del principio de la autonomía privada pudieron las partes convenir una pena para el caso de incumplimiento, pero no hacerla consistir en la supervivencia de obligaciones incausadas, como aparece de manifiesto de los antecedentes, ya que la pena consistiría siempre y en todo evento en el pago de las obligaciones incausadas desde el momento mismo de la terminación del contrato de leasing;

3º) Que la causa es un requisito de existencia del acto jurídico y, además, la causa lícita es un requisito de validez del mismo, tal como expresamente lo indica el artículo 1.445 del Código Civil. Lo anterior es reafirmado por el artículo 1.467 inciso 1º, según el cual no puede haber obligación sin una causa real y lícita, aunque no es necesario expresarla, agregando el inciso 2º que la causa es el motivo que induce al acto o contrato. Esto último ha llevado a la doctrina nacional a entender que la causa a que se refiere el artículo 1467 del Código Civil es un elemento de la obligación. No obstante ello, la doctrina moderna, Pablo Rodríguez Grez y Víctor Vial del Río, ha objetado la tesis tradicional;

4º) Que, en efecto, el profesor Rodríguez, en su obra Responsabilidad Contractual, Editorial Jurídica de Chile, año 2003, páginas 100 y siguientes, ha sostenido que la causa del contrato es el motivo que induce a él, o sea, la fuerza que impulsa a la voluntad a contratar y que se refiere a la causa ocasional -el fin lejano y variable de un acto, de carácter estrictamente personal y psicológico, y que es diferente para cada individuo-. En cambio, la causa de la obligación es la fuente de la relación obligacional y que se refiere a la causa eficiente. Por cierto que la causa de la obligación contractual es siempre el contrato. En cuanto a la causa final, que es idéntica para todos los contratos de una misma especie, ella queda subsumida en la causa ocasional y, por lo

tanto, será un elemento del contrato. De es ta manera, cuando se analiza el problema de la causa a q
ue se refiere el artículo 1.467 únicamente como causa final, ella no puede desligarse de los motivos p sicológicos que inducen a contratar, o sea, de la causa ocasional. Lo anterior lleva, como lo explica el profesor Rodríguez, a que exista un doble control de eticidad. En efecto, por una parte, la ley exige que los motivos que inducen a contratar no sean contrarios a la ley, las buenas costumbres y el orden público y, por la otra, que la conducta que debe desplegarse corresponda a un deber jurídico legítimo, en cuanto tenga como contrapartida la existencia de una obligación correlativa o la realización de una mera liberalidad. En otras palabras, la causa sólo interesa para dos efectos: calificar la licitud de los motivos que impulsan a contratar (causa ocasional) y para cuidar de la correlación de intereses insita en todo acto o convención (causa final);

5º) Que, en el caso en análisis, estamos en presencia de un contrato bilateral en el que es de la esencia que existan obligaciones correlativas, es decir, debe existir una correlación de obligaciones que jurídicamente las justifica. De esta manera, si el demandado entregó el bien raíz que era objeto del contrato de leasing, la cláusula penal acordada en la convención carecerá de causa, ello porque dicha avaluación convencional está estructurada sobre la base de la renta de arrendamiento y del precio del contrato prometido. Como este último (la compraventa prometida) no llegará a verificarse no existe, en consecuencia, la obligación correlativa que constituye el propósito inmediato del promitente comprador, esto es, adquirir el dominio del inmueble. En otras palabras, en la forma que ha procedido el Tribunal a quo se ha obviado por completo la necesaria correlación y equilibrio de intereses que debe existir en un contrato bilateral, ya que la empresa demandante ha obtenido el pago de las rentas de arrendamiento y de parte del precio de la compraventa prometida durante el tiempo que duró la convención, ha recibido el inmueble objeto del contrato y, además, reclama el cumplimiento de todas las rentas futuras y de parte del precio de un contrato que no llegar á a celebrarse. Desde luego que esta situación pugna con la licitud de la causa como elemento del acto jurídico; y

6º) Que, ahora bien, esta Corte se encuentra facultada expresamente para declarar la nulidad absoluta de la cláusula penal estipulada en el contrato sub judice tal como expresamente lo reconoce el art ículo 1.683 del Código Civil, toda vez que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato. En el caso que nos convoca basta con leer la forma en que está redactada la cláusula penal para concluir que, como se ha dicho en lo precedente, ella carece de causa, por cuanto en su cálculo se utiliza como factor a considerar el precio del contrato de compraventa prometido, el que no se celebrará.

Por estas consideraciones y citas legales, y atendido también lo dispuesto en los artículos 144, 160 y 170 del Código de Procedimiento Civil, se revoca en lo apelado, la sentencia de dieciséis de noviembre de dos mil cinco, escrita a fojas 120 y siguientes, en cuanto acoge la demanda por concepto de cláusula penal condena a los demandados al pago de la misma, y en su lugar se declara que, en cuanto a la petición del Banco del Estado de que se condene a los demandados al pago de la cláusula penal, queda rechazada.

En consecuencia a lo anterior no se ha vencido totalmente a los demandados, se revoca también la sentencia en cuanto condena a éstos al pago de las costas de la causa, y en su lugar se declara que se les absuelve de dicha carga.

Regístrese y devuélvase, con su agregado.

Nº 2.195-2007.-

Redacción del ministro Sr. Jorge Dahm.

Dictada por la Sexta Sala de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, conformada por los ministros Sr. Jorge Dahm Oyarzún, Sr. Joaquín Billard Acuñ
a y abogado integrante Sr. Nelson Pozo Silva.

ción de un 40% de gastos que hizo cio en uso de sus atribuciones, no ha do perjudicar al recurrente que carece de oda prueba sobre dichos gastos;

19. Que al resolver la sentencia que se impugna que correspondía al Servicio probar el monto de lo invertido por el recurrente violó los artículos 21 y 64 del Código Tributario que faculran al Servicio, en las circunstancias concurrentes en la especie, para tasar la base imponible con los antecedentes que tenga en su poder, disposiciones especiales que deben prevalecer sobre las normas generales de la prueba, dado su carácter de excepción;

20. Que las razones que proporcionan los fundamentos que preceden bastan para demostrar que el fallo en recurso ha vulnerado también los artículos 19 y 20 del Código Civil que obligan al intérprete a ajustarse a la ley cuando su sentido es claro y a entender sus palabras en su sentido natural y obvio y a darles su significado legal cuando el legislador las haya definido.

Por estas consideraciones, de acuerdo además con lo que previenen los artículos 764, 765, 766, 767, 772 y 785 del Código de Procedimiento Civil, se declara que ha lugar al recurso de casación en el fondo formalizado por el Fisco a fojas 40, contra la sentencia de 4 de diciembre de 1967, escrita a fojas 37, la que se invalida y se reemplaza por la parte que se dicta a continuación.

Publíquese.

Redacción del Ministro señor don Eduardo Ortiz Sandoval. — *José M. Eyzaguirre E.* — *Eduardo Ortiz S.* — *Rafael Retamal L.* — *Luis Maldonado B.* — *Octavio Ramírez M.* — *Darío Benavente G.* — *Enrique Silva C.*

Y dictando sentencia con igual fecha,

La Corte:

Dando cumplimiento a lo que dispone el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, reproduciendo la parte expositiva y considerandos de la sentencia de 27 de octubre de 1965, escrita a fojas 22, y teniendo además presentes los motivos de la precedente sentencia de casación, se confirma la sentencia apelada de fojas 22.

Publíquese.

Redacción del Ministro señor don Eduardo Ortiz Sandoval. — *José M. Eyzaguirre E.* — *Eduardo Ortiz S.* — *Rafael Retamal L.* — *Luis Maldonado B.* — *Octavio Ramírez M.* — *Darío Benavente G.* — *Enrique Silva C.*

Cas. forma y fondo—12 de noviembre de 1968

Palma C., Blanca y otros
con Ravanal G., Ismenia

Requisitos de la sentencia civil (enunciación de las leyes con arreglo a las cuales se pronuncia el fallo) — **Leyes con arreglo a las cuales se pronuncia el fallo** (requisitos de la sentencia civil) — **Recurso de casación en la forma** (requisitos de la sentencia civil, enunciación de las leyes con arreglo a las cuales se pronuncia el fallo) — **Presunciones judiciales** (normas reguladoras, antecedentes o circunstancias conocidas, recurso de casación en el fondo) — **Presunciones judiciales** (gravedad, precisión y concordancia, Corte de Casación, jueces del fondo) — **Presunciones judiciales** (multiplicidad, Corte de Casación, jueces del fondo) — **Corte de Casación** (apreciación de las presunciones judiciales) — **Recurso de casación en el fondo** (apreciación de las presunciones judiciales) — **Jueces del fondo** (apreciación de las presunciones judiciales) — **Apreciación de la prueba** (presunciones judiciales, recurso de casación en el fondo) — **Concubinato** (contrato simulado de compraventa) — **Simulación de contrato** (compraventa, concubinato) — **Compraventa simulada** (concubinos).

DOCTRINA.—CAS. FORMA.—*El Nº 5 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil no obliga a los jueces a señalar las disposiciones legales o principios de equidad en que ap- zonamientos o co- de fundamento, si- únicamente aquell- cuales se pronuncia*

CAS. FONDO.— *dora de las presun- batorio, es la coni- del Código Civil, darse en "antecede- nocidas", pues toc- del inciso 3º del a- cuerpo de leyes, s- miento y fallo de- que siquiera lo rei- constituya ley regu- lo que ocurre en i- presa disposición c- 426 del Código vil (2).*

En consecuencia fluo un estudio d- los argumentos co- todos ellos dicen r- concordancia y el- tre las premisas y llega, materia de- como se ha dicho, tancia y que escap- Suprema por la c-

El requerimien-

(1) Sobre el req- 170 del Código de - ción con el Nº 5 del- po de leyes, véase e- 1ª: tomo III, página- 90 y 498. Además, s- mero de dichos prec- mediante un recurs- *esta Revista*, tomo- página 285.

(2) Sobre esta m- parte, sección 1ª: to- página 289; tomo X- páginas 58 y 273 (c- 305); tomo XXVII- página 538; tomo- XXXVII, página 1- tomo XLIII, página- 91, 273, 466 y 842; XLVIII, página 10- tomo LI, página 43- LVIII, página 277; mo LXIV, página 1

o señor don Eduardo
M. Eyzaguirre E. —
Rafael Retamal L. —
ctavio Ramírez M. —
Enrique Silva C.

—12 de noviembre
68

nca y otros
G., Ismenia

tencia civil (enun-
con arreglo a las
el fallo) — Leyes
aies se pronuncia el
la sentencia civil)
ación en la forma
ntencia civil, enun-
s con arreglo a las
el fallo) — Pre-
s (normas regula-
o circunstancias
de casación en el
nciones judiciales
n y concordancia.
jueces del fondo)
diciales (multiplici-
ión, jueces del fon-
sación (apreciación
judiciales) — Re-
el fondo (aprecia-
iones judiciales) —
apreciación de las
ales) — Aprecia-
presunciones judi-
asación en el fon-
(contrato simula-
) — Simulación de
enta, concubinato)
imulada (concubi-

FORMA.—*El Nº 5*
Código de Procedi-
a los jueces a seña-
ales o principios de

equidad en que apoya cada uno de los razonamientos o conclusiones que le sirven de fundamento, sino, como a la letra dice, únicamente aquellos "con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo" *(1).*

CAS. FONDO.—*La única norma reguladora de las presunciones como medio probatorio, es la contenida en el artículo 47 del Código Civil, al decir que deben fundarse en "antecedentes o circunstancias conocidas", pues todas las demás exigencias del inciso 3º del artículo 1712 del mismo cuerpo de leyes, son de exclusivo conocimiento y fallo de los jueces del fondo, sin que siquiera lo relativo a la multiplicidad constituya ley reguladora —a diferencia de lo que ocurre en materia penal— por expresa disposición del inciso 2º del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil (2).*

En consecuencia, resulta del todo superfluo un estudio detenido de cada uno de los argumentos contenidos en el recurso, si todos ellos dicen referencia a la precisión o concordancia y el nexo que debe existir entre las premisas y las conclusiones a que se llega, materia de la competencia soberana, como se ha dicho, de los tribunales de instancia y que escapa al control de la Corte Suprema por la vía de la casación.

El requerimiento de que las presunciones deben fundarse en "antecedentes o circunstancias conocidas", importa, única y exclusivamente, que hay infracción de ley en los casos en que las conclusiones se obtienen de antecedentes o circunstancias que no se encuentran comprobados o que ellas se deducen de otras presunciones o de simples hipótesis.

La confusión o vaguedad terminológica en que pueda incurrir la sentencia, al designar como hecho indistintamente al antecedente en que se funda la prueba de presunciones y la conclusión de que de él deduce, no es motivo suficiente como para estimar que se hayan violado las leyes reguladoras de la prueba de presunciones.

Establecido que el supuesto vendedor era casado con la actual demandante que, vivía en concubinato con la supuesta compradora y actual demandada, y que durante el mismo tuvo varios hijos ilegítimos, posteriormente reconocidos como naturales; que en los contratos impugnados el concubino vendió como dueño a su concubina dos fundos con todos los muebles, enseres, animales y maquinarias que los guarnecían; que el precio de venta que se señaló en los contratos fue notoriamente inferior al valor real, incluso al avalúo fiscal que se atribuyó a cada uno de los bienes raíces vendidos; que a los pocos días de celebrarse los contratos, la concubina confirió a su vendedor poder general y administración de los bienes comprados; que al año siguiente de la misma celebración contractual, la supuesta compradora otorgó testamento, instituyendo como heredero de la cuarta de libre disposición a su vendedor, a quien designó, además, como albacea con tenencia de bienes; que el vendedor mantuvo en absoluto desamparo a su mujer legítima y a sus hijos legítimos, desde mucho antes de la celebración de los actos impugnados, y que los herederos testamentarios del vendedor solicitaron, a su fallecimiento, la posesión efectiva de la herencia, sin consignar que él tenía cónyuge e hijos legítimos, debe concluirse que no in-

(1) Sobre el requisito del Nº 5 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el Nº 5 del artículo 768 del mismo cuerpo de leyes, véase *esta Revista*, 2ª parte, sección 1ª: tomo III, página 287 y tomo LVIII, páginas 90 y 498. Además, se ha fallado respecto al primero de dichos preceptos, que no puede atacarse mediante un recurso de casación en el fondo: *esta Revista*, tomo LXIV, 2ª parte, sección 1ª, página 285.

(2) Sobre esta materia, véase *esta Revista*, 2ª parte, sección 1ª: tomo VI, página 181; tomo XI, página 289; tomo XXI, página 916; tomo XXIII, páginas 58 y 273 (considerandos 53 y 54, página 305); tomo XXVIII, página 600; tomo XXX, página 538; tomo XXXIV, página 193; tomo XXXVII, página 116; tomo XLII, página 318; tomo XLIII, página 321; tomo XLIV, páginas 91, 273, 466 y 842; tomo XLV, página 107; tomo XLVIII, página 107; tomo XLIX, página 263; tomo LI, página 433; tomo LV, página 1; tomo LVIII, página 277; tomo LXIII, página 1, y tomo LXIV, página 1.

fringe los artículos 47, 1712 y 1698 del Código Civil la sentencia que acoge la demanda de declaración de nulidad absoluta de los contratos de compraventa referidos (3), (4).

Don Sergio Aranís Merino, como mandatario de doña Blanca Palma Cavero, de don Hernán y de don José Ramón González Palma, dedujo demanda en contra de doña Ismenia Ravanal Gutiérrez, solicitando —por lo que respecta a los presentes recursos— que se declarara la nulidad absoluta de los contratos simulados de compraventa de los fundos "Santa Clara", en la comuna de Coihueco, y "Quilanto" y derechos de un tercio sobre "Los Mayos", en la comuna de San Fabián, celebrados entre don Hernán González Moreno y la demandada, por escrituras públicas de 25 de mayo y de 2 de junio de 1959, otorgadas ante el Notario de Chillán, don Maximiliano Concha Rivas, por adolecer ellos de causa ilícita. Asimismo dedujo las peticiones consecuenciales, de cancelar las inscripciones de dominio existentes a favor de la compradora, de la obligación de restituirle las cosas al estado anterior a las fechas de las mencionadas escrituras, de la restitución de los frutos y del pago de las costas. Por sentencia de la secretaria titular del Primer Juzgado de Letras de Chillán, de fecha 28 de marzo de 1967, se negó lugar a la demanda en todas sus partes, e, igualmente, se negó lugar a la prescripción adquisitiva alegada por la parte demandada, en ambos casos con costas. Apelada esta sentencia por los actores, ella fue revocada por la Corte de Apelaciones de Chillán, según sentencia de fecha 23 de diciembre de 1967, en la que se hace lugar a la demanda en las peticiones que, en forma sintética, antes se han señalado y se confirma el fallo en lo demás apelado. La razón fundamental tenida en cuenta por el tribunal de segunda instancia es la de haberse probado suficientemente que los mencionados contratos son simulados y tuvieron como causa el traspasar los bienes raíces reclamados a doña Ismenia Ravanal, conviviente del supuesto vendedor, en quien había tenido varios hijos, posteriormente reconocidos como naturales, para así burlar los derechos que pudieran haber correspondido a su cónyuge legítima, doña Blanca Palma, de la cual se encontraba separado, y a los hijos concebidos durante el matrimonio, por lo cual, comprobado el ánimo fraudulento, debe resolverse que ellos tienen una causa ilícita y, por ende, que son nulos de nulidad absoluta.

En contra de esta sentencia, la parte demandada interpuso los recursos de casación en la forma y en el fondo, los que se basan en las causales e infracciones legales a que se hace referencia a continuación, recursos que fueron oportunamente concedidos.

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que el primer capítulo del recurso de casación en la forma, en que se invoca la causal del Nº 5 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, sosti
los requisitos enumera
tículo 170 del mismo
fundamentos de hecho
a las consideraciones c
d), e), f), h), i) y j
fallo recurrido, pues
hace afirmaciones en
las conclusiones a que
te se expone en el escr
cada uno de los casos
dos;

2º Que, para los ef
bre este supuesto vici
gunda instancia, resul
detenido de cada unc
recurso, pues la verda
12 impugnado se lim
chos de la causa con
probatorios e instrum
y ponderados en los
to, octavo y décimo p
primera instancia, los
de objeción por la
no interpuso recurso
que, si bien es cierto,
dio, conjuntamente c
rando señalado que
causa, se extiende
destinados a demostra
contribuyen a demos
contratos de comprav
que el medio probato
dicha sentencia es la
de la presunción jud
dichos hechos, ponde
gún se expresa en el

Que dicho lo ante
a la sentencia recurrid
sideraciones de hecho
afirmación de que en
chos establecidos en
faltan razonamientos
la conclusión de que
dos, puesto que, con
de presunción se ha
todos ellos y no de
ya que ellos están p
propia y tan sólo p
de la estructura glo
sunción;

3º Que, dentro d

---

(3) Sobre *concubinato*, véase: A) Sobre *concubinato y contrato simulados esta Revista*, tomo LVII, 2ª parte, sección 2ª, página 97; B) *Comunidad de bienes entre concubinos*: *Gaceta de los Tribunales*: año 1892, página 390, sentencia 2006; año 1900, página 511, sentencia Nº 6035, y año 1909, página 887, sentencia Nº 540. *Esta Revista*, 2ª parte: tomo II, sección 1ª, página 277; tomo V, sección 1ª, página 1; tomo XV, sección 2ª, página 1; tomo XVII, sección 2ª, página 12 (matrimonio religioso); tomo XXI, sección 1ª, página 970; tomo XXXII, sección 1ª, página 1 (matrimonio religioso); tomo XXXV, sección 1ª, página 137 (matrimonio religioso); tomo XLI, sección 1ª, página 89 (matrimonio religioso); tomo L, sección 1ª, página 470; tomo LIII, sección 2ª, página 33; tomo LIV, sección 1ª, página 71 bis; tomo LVII, sección 1ª, página 164, y tomo LVIII, sección 1ª, página 450. Y la *memoria de prueba* de don Humberto Pinto Rogers, "El concubinato y sus efectos jurídicos", año 1942; C) Sobre *efectos del concubinato en cuanto a los hijos*: *esta Revista*, tomo LX, 2ª parte, sección 1ª, página 125; y D) Sobre *el concubinato y la acción de precario de los herederos del concubino contra la concubina*: *esta Revista*, tomo LX, 2ª parte, sección 1ª, página 345.

(4) Sobre *contrato simulado*, véase: A) *esta Revista*, 2ª parte: tomo XXII, sección 1ª, página 272; tomo XXIII, sección 1ª, página 175; tomo XXXIII, sección 2ª, página 17 (comentada por don Francisco Carrera); tomo XLI, sección 1ª, página 466 (doctrina Corte de Apelaciones); tomo XLVI, sección 1ª, páginas 737 y 817; tomo XLVIII, sección 4ª, página 160; tomo LII, sección 2ª, página 60 y sección 3ª, página 45; tomo LV, sección 1ª, página 188; tomo LVII, sección 2ª, página 97, y tomo LVIII, sección 2ª, página 21; y B) Francisco Ferrada, "La simulación de los negocios jurídicos" (Madrid, 1926); y Raúl Diez Duarte, "La simulación de contrato en el Código Civil chileno" (Imprenta Chile, 1957).

zález Moreno y la de-
públicas de 25 de ma-
1959, otorgadas ante
don Maximiliano Con-
ellos de causa ilícita.
peticiones consecuencia-
scripciones de dominio
la compradora, de la
las cosas al estado an-
as mencionadas escritu-
los frutos y del pago
ncia de la secretaria ti-
lo de Letras de Chillán,
de 1967, se negó lugar
us partes, e, igualmente,
cripción adquisitiva ale-
andada, en ambos casos
sentencia por los acto-
por la Corte de Apela-
n sentencia de fecha 23
en la que se hace lu-
las peticiones que, en
se han señalado y se
demás apelado. La ra-
a en cuenta por el tri-
ıcia es la de haberse pro-
ue los mencionados con-
tuvieron como causa el
íces reclamados a doña
iviente del supuesto ven-
tenido varios hijos, pos-
s como naturales, para
que pudieran haber co-
ge legítima, doña Blanca
ncontraba separado, y a
rante el matrimonio, por
ánimo fraudulento, debe
nen una causa ilícita y.
s de nulidad absoluta.
ntencia, la parte deman-
ursos de casación en la
los que se basan en las
legales a que se hace re-
n, recursos que fueron
idos.

apítulo del recurso de ca-
que se invoca la causal
768 del Código de Pro-

cedimiento Civil, sostiene que se han omitido los requisitos enumerados en el Nº 4 del artículo 170 del mismo cuerpo legal, o sea, los fundamentos de hecho y de derecho, relativos a las consideraciones contenidas en las letras c), d), e), f), h), i) y j) del fundamento 12 del fallo recurrido, pues en cada uno de ellos se hacen afirmaciones en que falta todo análisis de las conclusiones a que se llega, lo que latamente se expone en el escrito de formalización para cada uno de los casos particulares antes referidos;

2º Que, para los efectos de pronunciarse sobre este supuesto vicio de la sentencia de segunda instancia, resulta innecesario el estudio detenido de cada uno de los argumentos del recurso, pues la verdad es que el considerando 12 impugnado se limita a determinar los hechos de la causa conforme a los antecedentes probatorios e instrumentos públicos analizados y ponderados en los fundamentos quinto, sexto, octavo y décimo primero de la sentencia de primera instancia, los cuales no fueron materia de objeción por la parte demandada, la cual no interpuso recurso alguno en su contra; y que, si bien es cierto, que la sentencia en estudio, conjuntamente con declarar, en el considerando señalado, que se trata de hechos de la causa, se extiende a formular razonamientos destinados a demostrar que cada uno de ellos contribuyen a demostrar la simulación de los contratos de compraventa, no es menos cierto que el medio probatorio admitido por la susodicha sentencia es la plena prueba que resulta de la presunción judicial que emana de todos dichos hechos, ponderados en su conjunto, según se expresa en el considerando 14 del fallo.

Que dicho lo anterior, no puede imputarse a la sentencia recurrida el vicio de falta de consideraciones de hecho y de derecho, por la mera afirmación de que en cada uno de los diez hechos establecidos en el fundamento duodécimo, faltan razonamientos que directamente lleven a la conclusión de que los contratos son simulados, puesto que, como se ha dicho, la prueba de presunción se ha obtenido del conjunto de todos ellos y no de cada hecho en particular, ya que ellos están privados de una autonomía propia y tan sólo pueden ser juzgados dentro de la estructura global de la prueba de presunción;

3º Que, dentro de esta misma causal, también se expresa que la sentencia en contra de la cual se deduce el recurso, ha infringido el Nº 5 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, pues en el considerando noveno se ha establecido que debe desecharse en este caso el mérito de la prueba testimonial, sin que se haya indicado la ley que autorice para proceder de este modo. Empero, aparte de que el considerando invocado no dice lo que el recurso supone, pues sólo se limita, por las razones que ponderadamente expone, a estimar que esa prueba es ineficaz, la verdad es que la disposición legal que se cita no obliga a los jueces a señalar las disposiciones legales o principios de equidad en que apoye cada uno de los razonamientos o conclusiones que le sirvan de fundamento, sino, como a la letra dice, únicamente aquellos "con arreglo a los cuales *se pronuncia el fallo*";

4º Que la segunda causal invocada por el recurso, para sostener la nulidad de la sentencia recurrida, es la del Nº 7 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, o sea, las supuestas decisiones contradictorias en ella contenidas, la que funda, en un primer aspecto, en la circunstancia de que mientras en el considerando 9º se establece que debe desecharse la testimonial rendida por las partes, en la letra g) del fundamento 12 establece que la prueba testimonial es legalmente válida para establecer hechos. Empero, debe observarse al respecto, que los mencionados fundamentos del fallo no son decisorios y que, tampoco ellos contienen ninguna contradicción, pues el primero, como anteriormente se ha dicho, sólo señala la ineficacia de la prueba testimonial para establecer la simulación del contrato, y el segundo acepta esa testimonial para acreditar el hecho de que el vendedor mantuvo en completo desamparo a su mujer y a sus hijos legítimos, como asimismo que ellos no recibieron bienes o dinero alguno, después de su fallecimiento; en otros términos, la circunstancia de que se considere eficaz la prueba testimonial para el establecimiento de determinados hechos, no es contradictoria con la circunstancia de que se estime ineficaz para la determinación de otros;

5º Que, en un segundo aspecto, también sostiene la parte recurrente que hay contradicción en las decisiones de aceptar la petición cuarta de la demanda y, en cambio, rechazar la petición quinta de la misma, pues la primera

significa la cancelación de las inscripciones de dominio existentes a favor de la parte vencida en el juicio, mientras la segunda implica el dejar vigentes las inscripciones que provienen o derivan de los títulos emanados de la misma parte. Que, aparte de que la no aceptación de ambas peticiones del actor no significa ninguna contradicción formal, debe advertirse que, en caso de existir, ella no agravia a la parte recurrente. Por otro lado, las razones que tuvo en vista el tribunal fallador son obvias y aparecen explicadas en el fundamento 20 del fallo, ya que en caso de admitirse la petición quinta, ello habría afectado a terceras personas que no han sido parte en el pleito;

6º Que el primer capítulo del recurso de casación en el fondo señala la infracción de los artículos 47, 1712 y 1698 del Código Civil, los dos primeros relativos a las presunciones y el último al *onus probandi*, o sea, pretende demostrar que se han violado por los jueces de fondo, las normas que establecen que "se dice presumirse un hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas" y que "las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes" y que, como consecuencia de ello, al desaparecer la prueba de presunciones admitida por la sentencia, también se ha violado la última disposición citada ya que el *onus probandi* ha debido recaer sobre la parte demandante;

7º Que, por lo que se refiere a las dos primeras disposiciones legales, ellas contienen la definición de las presunciones y los requisitos que ellas deben reunir para constituir prueba, pero, al respecto, la única norma reguladora de dicho medio probatorio, es la que se contiene en el artículo 47, al decir que deben fundarse en "antecedentes o circunstancias conocidas", pues todas las demás exigencias son del exclusivo conocimiento y fallo de los jueces de fondo y, ni siquiera lo relativo a la multiplicidad constituye ley reguladora —a diferencia de lo que ocurre en materia penal— por expresa disposición del inciso 2º del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil;

8º Que, dicho lo anterior, resulta del todo superfluo un estudio detenido de cada uno de los argumentos contenidos en este capítulo del recurso, pues todos ellos dicen referencia a la precisión o concordancia y al nexo que debe existir entre las premisas y las conclusiones a que se llega, materia de la competencia soberana, como se ha dicho, de los tribunales de instancia y que escapa al control de la Corte Suprema por la vía de la casación. En efecto, todos los fundamentos del recurso, a este respecto, son propios de una expresión de agravios, pero no de una casación, como se desprende de una rápida y sintética referencia de los que resultan más salientes y básicos, como ser: que existe "falta de nexo entre la ilicitud que se da por establecida y el hecho o antecedente que sirve de base a la conclusión racional de dar por establecida dicha ilicitud"; que se cae "en el terreno de la conjetura, de la posibilidad, no de lo cierto"; que "el hecho deducido debe ser deducido de antecedentes que digan relación directa con tal hecho y que no sean inconexos o ajenos a él"; que las disposiciones de los artículos 767 y 807 del Código de Procedimiento Civil —que no se dan por infringidas— no significan "que la Corte de Casación no pueda apreciar esos hechos atribuyéndoles el verdadero alcance que dentro de la ley les corresponde";

9º Que, por lo que respecta al requerimiento de que las presunciones deben fundarse en "antecedentes o circunstancias conocidas", única norma reguladora de la prueba de presunciones en materia civil, ella importa, única y exclusivamente, que hay infracción de ley en los casos en que las conclusiones se obtienen de antecedentes o circunstancias que no se encuentran comprobados o que ellas se deducen de otras presunciones o de simples hipótesis. A este respecto, el recurso sostiene que los hechos establecidos en la sentencia recurrida pueden ser objeto de examen por la Corte Suprema, a lo menos, en dos casos: a) para saber si de esos hechos se desprenden las consecuencias de hecho y de derecho que les atribuye el tribunal de alzada; y b) para determinar si esos hechos han sido establecidos con arreglo a las disposiciones legales pertinentes.

Que como se observa, de estos dos casos, el primero está referido a la facultad privativa de los jueces de fondo para valorizar los hechos y, el segundo, a una potencial violación de preceptos legales reguladores de la determinación de los hechos que sirven para fundar las presunciones, los que no se citan y, menos, se dan por violados.

Que, no obstante, en otra parte del recurso, se afirma que "el fallo recurrido en su conside-

rando 14, en qu
ción, infringe los
esta causal de cas
no señala antece
das que permitar
que se presume".
contradicha por
nado fundamento
producido su par
ción se agrega:
guran una prueb
elementos probat
blecen como hec
ñalan en el moti
llo" y, como ya
esta sentencia, es
de diez. Por otra
dad terminológica
tencia recurrida,
tintamente al ant
ba de presuncion
él deduce, no es
estimar que se h
doras de la prueb

10. Que, aun
ciente para desest
el fondo, en tant
ción de los artíc
Civil, no está de
dentes, circunstan
al tribunal *ad qu*
simulación de los
que el supuesto
lez Moreno, era c
te, doña Blanca
concubinato con
tual demandada,
durante el mismo
posteriormente re
en los contratos
zález vendió com
todos los muebles
rias que los guar
que se señala en
inferior al valor
que se atribuyó a
vendidos; que a
contratos, doña
der general y adn
didos a don Her
guiente de la mis
ña Ismenia Rava

la competencia soberade los tribunales de inscontrol de la Corte Sucasación. En efecto, tol recurso, a este respecto, presión de agravios, pero mo se desprende de una ncia de los que resultan s, como ser: que existe a ilicitud que se da por o antecedente que sirve racional de dar por es-"; que se cae "en el te- la posibilidad, no de lo deducido debe ser dequе digan relación directa o sean inconexos o ajeposiciones de los artícuCódigo de Procedimiento n por infringidas— no te de Casación no pueda tribuyéndoles el verdadero la ley les corresponde"; respecta al requerimienones deben fundarse en stancias conocidas", únide la prueba de presunil, ella importa, única y ay infracción de ley en nclusiones se obtienen de tancias que no se encuenque ellas se deducen de de simples hipótesis. A o sostiene que los hechos ncia recurrida pueden ser r la Corte Suprema, a lo a) para saber si de esos las consecuencias de he- les atribuye el tribunal determinar si esos hechos con arreglo a las disposites.

rva, de estos dos casos, el a la facultad privativa de para valorizar los hechos potencial violación de prelores de la determinación yen para fundar las pre- o se citan y, menos, se

en otra parte del recurso, o recurrido en su conside-

rando 14. en que da por establecida la simulación, infringe los preceptos legales de que trata esta causal de casación en el fondo, por cuanto no señala antecedentes o circunstancias conocidas que permitan dar por establecido el hecho que se presume". Empero, esta alegación queda contradicha por la simple lectura del mencionado fundamento, del cual solamente se ha reproducido su parte inicial, ya que, a continuación se agrega: "antecedentes todos que configuran una prueba indirecta constituida por los elementos probatorios ya referidos, y que establecen como hechos de la causa los que se señalan en el motivo décimo segundo de este fallo" y, como ya se ha dicho anteriormente en esta sentencia, esos hechos alcanzan al número de diez. Por otra parte, la confusión o vaguedad terminológica en que pueda incurrir la sentencia recurrida, al designar como hecho indistintamente al antecedente en que funda la prueba de presunciones y a la conclusión de que de él deduce, no es motivo suficiente como para estimar que se hayan violado las leyes reguladoras de la prueba de presunciones;

10. Que, aunque con lo dicho ya es suficiente para desestimar el recurso de casación en el fondo, en tanto y cuanto se supone la violación de los artículos 47 y 1712 del Código Civil, no está de más consignar que los antecedentes, circunstancias o hechos que han servido al tribunal *ad quem* para dar por establecida la simulación de los contratos, son los siguientes: que el supuesto vendedor, don Hernán González Moreno, era casado con la actual demandante, doña Blanca Palma; que él mismo vivía en concubinato con la supuesta compradora y actual demandada, doña Ismenia Ravanal, y que durante el mismo tuvo varios hijos ilegítimos, posteriormente reconocidos como naturales; que en los contratos impugnados el referido González vendió como dueño los bienes raíces, con todos los muebles, enseres, animales y maquinarias que los guarnecían; que el precio de venta que se señala en los contratos era notoriamente inferior al valor real, incluso al avalúo fiscal que se atribuyó a cada uno de los bienes raíces vendidos; que a los pocos días de celebrarse los contratos, doña Ismenia Ravanal confirió poder general y administración de los bienes vendidos a don Hernán González; que al año siguiente de la misma celebración contractual doña Ismenia Ravanal otorgó testamento, instituyendo como heredero de la cuarta de libre disposición a su vendedor, don Hernán González, a quién designó, además, como albacea con tenencia de bienes; que el vendedor mantuvo en completo desamparo a su mujer legítima y a sus hijos legítimos, desde muchos años antes de la celebración de los actos impugnados; que los herederos de don Hernán González solicitaron, a su fallecimiento, la posesión efectiva de la herencia, sin consignar que él tenía cónyuge e hijos legítimos; que la demandada, no obstante existir una medida prejudicial precautoria de celebrar actos o contratos sobre los bienes comprendidos en el contrato de compraventa, enajenó la nuda propiedad de los mismos a varios de sus hijos naturales, reservándose el usufructo; que, con anterioridad a la celebración de los contratos simulados, don Hernán González reconoció en juicio entablado contra su hermana, doña Berta González viuda de Astorga, que le había transpasado simuladamente otros bienes raíces de su propiedad;

11. Que, con lo anteriormente considerado, desaparece el fundamento de la supuesta violación del artículo 1698 del Código Civil, que parte de la hipótesis de que no se encontraría probada la simulación de los contratos y que, al acogerse la demanda en estas condiciones se habría alterado el *onus probandi*, pues se ha dado correcta aplicación a dicho precepto al admitirse la demanda con la prueba rendida por la propia parte demandante;

12. Que el segundo capítulo de casación en el fondo sostiene la infracción de los artículos 1467, 1682, 955, 1167 y 1764 del Código Civil; no obstante, respecto de los dos primeros, el recurso se construye sobre la premisa de que no se encuentra comprobada en autos la simulación de los contratos, de tal manera que, desechado el recurso por el capítulo relativo a las leyes reguladoras de la prueba de presunciones, o sea, quedando a firme, como hecho de la causa, la susodicha simulación, es inútil todo examen posterior de este aspecto del recurso;

13. Que, en relación con la infracción de los artículos 955, 1167 y 1764 del Código Civil, el escrito de formalización dice que la sentencia recurrida, en sus considerandos 6º y 13, establece que los demandantes han sido perjudicados en sus derechos sucesorios, la cónyuge sobreviviente en su porción conyugal y los hijos legítimos en su legítima rigorosa y

que la violación de esos preceptos se ha producido al dar por establecidos, *a la fecha del contrato*, como derechos los que eran meras expectativas;

14. Que no es efectivo que la sentencia recurrida haya establecido que los actuales demandantes tuvieren un derecho actual en el momento de la celebración de los contratos nulos, según se desprende de su simple lectura, sino que ha dicho que ellos tienen en el momento de solicitar la declaración de nulidad un interés comprometido, pues la simulación ilícita se realizó con el objeto preciso de privarlos, en el futuro, de sus posibles derechos en la herencia del supuesto vendedor de los bienes;

15. Que, por tanto, también procede rechazar este último capítulo de casación en el fondo.

Visto, además, lo dispuesto en los artículos 771, 787 y 809 del Código de Procedimiento Civil, se desechan los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos por la parte de doña Ismenia Ravanal Gutiérrez en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Chillán, de fecha 23 de diciembre de 1967, escrita a fojas 117 de los autos, con costas, en que se condena solidariamente a la parte que los interpuso y al abogado que los patrocinó.

Aplícase a beneficio fiscal el monto de la boleta de consignación.

Redactada por el abogado integrante señor Luis Cousiño Mac-Iver. — *José M. Eyzaguirre E. — Eduardo Ortiz S. — Ricardo Martin D. — Luis Maldonado B. — Octavio Ramírez M. — Darío Benavente G. — Luis Cousiño Mac-Iver.*

C. Suprema—19 de noviembre de 1968

Guzmán D., Ildefonso y otros
(recurso de queja)

Cumplimiento de la sentencia definitiva (oposición, terceros, hechos acaecidos con anterioridad al fallo) — **Terceros** (oposición al cumplimiento de la sentencia definitiva, hechos acaecidos con anterioridad al fallo) — **Sentencia definitiva** (oposición al cumplimiento, hechos acaecidos con anterioridad al fallo).

DOCTRINA.—*La norma que manda rechazar de plano la oposición de la parte vencida al cumplimiento de la sentencia, cuando no se funda en hechos acaecidos con posterioridad a ella, no se aplica a los terceros oponentes, porque es obvio que éstos no son "parte vencida" en el pleito, ni han podido intervenir durante su tramitación, aduciendo, como las partes, hechos acaecidos con anterioridad al fallo.*

En el recurso de queja interpuesto por don Ildefonso Guzmán Durán y otros contra la Corte de Apelaciones de Concepción.

La Corte:

Vistos y teniendo presente:

Que la norma que manda rechazar de plano la oposición de la parte vencida al cumplimiento de la sentencia, cuando no se funda en hechos acaecidos con posterioridad a ella, no se aplica a los terceros oponentes, porque es obvio que éstos no son "parte vencida" en el pleito, ni han podido intervenir durante su tramitación, aduciendo, como las partes, hechos acaecidos con anterioridad al fallo;

Que, por lo tanto, el que tales terceros incidentistas hayan fundado su oposición en hechos acaecidos antes del fallo, no era motivo para que el tribunal recurrido la rechazara de plano;

Que, al desestimarla de ese modo, no dando ocasión a los terceros para que en el incidente respectivo intervinieran con las facultades de todo incidentista, el tribunal recurrido les pro-

dujo un agravio q
la vía de este recur

Y visto lo dispu
541 del Código
acoge el recurso de
cipal del escrito de
deja sin efecto la
último, escrita a fo
do a la vista Nº 53
pronunciada por l
Concepción y se de
parte apelada, la re
1968, escrita a foja

Devuélvase la c
al juzgado de orig
vista.

*José M. Eyzagu
S. — Ricardo Mart
— Luis Maldonad
M. — Darío Bena*

Cas. oficio—20

Santapa
con Imp

**Reclamación por
tributarias** (vi
primera instan
gencia probat
ción de oficio
da) — **Diligen**
ción por aplica
rias, vicios de
instancia, den
probatoria, in
oficio de la s
Prueba (reclan
normas tributa
tencia de prin
ción de diligen
sión, casación
de alzada) —
clamación por
tributarias, vic
primera instan
gencia probat
ción de oficio
da) — **Explota**