

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1958.

Año XXXVII

Mayo - Junio 1961

Núms. 396-397

Causa de la "traditio" y causa de la "obligatio"

INTRODUCCION

1. *Concepto polémico.*

Es el concepto de causa el más polémico de todo el Derecho civil, porque cada autor ha proclamado «su verdad», pero sin tener en cuenta que sólo desde su ángulo de visión podía ser verdad.

La teoría de la causa es la historia del manejo de una palabra equivoca: causa. Cada cual la aplica en su peculiar sentido (1).

FUENTES DE LAS CONFUSIONES.

2. *Causa próxima y causa remota.*

Una primera confusión se origina al no distinguir entre causa *próxima* de la *traditio*—obligación de dar del *solvens*—de la causa *remota* o causa de esta misma obligación: juego de prestaciones

(1) Véase después núm. 81-A.

y promesas (art. 1.274 del C. C.). La causa de la *traditio* es la propia promesa del que entrega la cosa *solvendi causa*, al paso que esta misma promesa sirvió *antes* de causa a la promesa (o prestación) no propia, sino de la otra parte.

En la causa *próxima*, la promesa y la prestación proceden de la misma parte, se mueven en la misma dirección: el vendedor promete entregar la cosa (art. 1.445 C. C.); el mismo vendedor entrega la cosa *solvendi causa*, en pago de la obligación de dar que pesa sobre él (art. 1.462 C. C.).

En la causa *remota*, la promesa y la prestación proceden de partes correspectivas, llevan direcciones contrarias: promesa frente a prestación, promesa frente a otra promesa, pero esta segunda procede de la contraparte (art. 1.274 C. C.). (Véase después teoría clásica, núm. 68.)

Esta confusión ha sido originada por la doctrina latina al no recoger el Código de Napoleón el elemento de la *traditio*. Los autores franceses dejaron de estudiar la causa próxima, la *iusta causa traditionis*, centrando el eje de su análisis en la causa remota, única a que se referían.

3. Causa objetiva y causa subjetiva.

Una segunda confusión ha sido originada por la presión de la causa *ilícita*, con la recepción en bloque de la causa subjetiva o causa final, dándole un papel predominante y llegando incluso a unificar la noción de causa sobre el concepto *fin*.

4. La causa expresa.

Una ulterior confusión es debida a no distinguir con suficiente análisis, cuando es necesario, y cuando no lo es *expresar* la causa en la declaración de voluntad, mezclando los supuestos de *inexpresión* de la causa con los de *inexistencia* de la causa. La causa puede existir real y verdaderamente y no estar expresa en el negocio jurídico.

Al mismo tiempo se ha involucrado la necesidad adjetiva o procesal de la expresión de la causa en el *libellus*, en algunos supuestos, con la exigencia substantiva de dicha expresión en el negocio jurídico.

A)

CAUSA OBJETIVA EN GENERAL

5. *El concepto de causa: causa eficiente.*

Causa es la razón justificativa de la eficacia jurídica de un acto humano. La causa es siempre el *por qué*, reconocido por la ley, de una pretensión particular. Pretendo que se me haga este servicio, porque previamente lo pagué (*do ut facias*). Pido cien mil pesetas, porque antes las entregué (*do ut des*). Esto lleva consigo la confluencia de dos situaciones:

A) *Situación de derecho objetivo.*

Causa es, pues, en última instancia, la autorización legal para pedir, el *cur debetur*. En este plano, la ley es la única fuente de la causa. La causa, en este aspecto, es siempre legal.

Queda caracterizada así la causa como situación de derecho objetivo, que se confunde fácilmente con los supuestos de hecho de la eficacia de la norma. No basta, como veremos, con esta situación de derecho objetivo: hace falta, además, una concreción de esa situación abstracta, en una situación de derecho subjetivo, en una situación jurídica intersubjuntiva, destacada con vida propia de la norma jurídica (relación jurídica relativa interpartes).

Esta situación de derecho objetivo—pero sin describir la situación de derecho subjetivo—ha sido analizada con toda agudeza por el profesor GUASP (2):

6. a) «De las múltiples acepciones que la noción de causa recibe en el orden jurídico, debe retenerse aquí la idea exclusiva de causa motora o eficiente, el *cur agitur*, descartando como figuras que pertenecen a otra serie de cuestiones, las llamadas causas ma-

(2) GUASP, JAIME: *Indicaciones sobre el problema de la causa de los actos procesales*, en «Rev. de Derecho Procesal», IV, 1948, págs. 406 y sigs.—Cfr. en igual sentido: PUCLATTI, SALVATORE: *Nuovi aspetti del problema della causa nell' negozi giuridici*, separata de «La Dante Alighieri, per G. Venezian», Grafiche «La Sicilia», Messina, 1934—COGNETTI DE MARTIIS, Raffaele: *Il concetto unitario della causa*, separata de «Temi Emiliana», año XIV (1937-XV), núm. 4.

teriales, causas formales o causas finales del acto mismo. La causa de un acto jurídico es su motivo o porqué en cuanto *juridicamente relevante*...»

«Todavía dentro de la causa eficiente o motora, aisladamente concebida, habría que observar la posibilidad de coexistencia de una pluralidad de factores determinantes del acto causado. Ello quiere decir que la causa jurídica de un acto, aun de un acto único, puede no ser única a su vez, sino múltiple, y esto tanto si los motivos se hallan en un mismo plano de importancia o trascendencia (*concausas*) como si se hallan en grados distintos en cuanto a la influencia que sobre el acto ejercen (*causa principal; causas secundarias*). El encadenamiento de las diversas motivaciones de una actividad puede ofrecer aún la hipótesis de una causa que no opera inmediatamente, sino o través de la producción de otros factores inmediatos del acto (causa primera y causas segundas o subcausas). En cambio no son verdaderas causas la pura inexistencia de obstáculos para el acto, ya que la remoción de los impedimentos no puede considerarse como un verdadero motivo del acto no dificultado.»

b) «Esta compleja posibilidad de la motivación de un acto cualquiera, cobra importancia jurídica cuando el derecho objetivo hace de ella, es decir, de su presencia o ausencia, un requisito (positivo o negativo, respectivamente), un factor determinante de la eficacia normal del acto mismo.»

7. «Ahora bien, para llevar a cabo de un modo satisfactorio esta formulación de la teoría de las causas procesales, es necesario proceder en este momento a una división trascendental. Se hace preciso separar, de un lado todas aquellas hipótesis en que el derecho objetivo señala a un cierto acto una *causa especial*, que se marca taxativa, concreta y singularmente y agrupar, de otro lado, todos aquellos supuestos en que falta dicho motivo específico, por lo que la causa del acto no puede ser aislada de la de otros acontecimientos procesales, sino que funciona de manera común a todos ellos.»

a) Unas veces, en efecto, la norma jurídica procesal, colocada ante el problema de la regulación jurídica de un cierto acto, dice

de modo expreso que se requiere para su eficacia la concurrencia de una determinada causa que establece. Así, cuando determina las reglas a que ha de ajustarse la impugnación extraordinaria que se conoce con el nombre de recurso de casación: allí, como es sabido da una lista totalmente exhaustiva de los motivos (únicos motivos) por los que la reclamación se puede intentar. Claro está que en tales casos, hallándose la causa legalmente especificada, la indagación del requisito no ofrece, en principio, obstáculos; pues la aplicación normal de los preceptos a él referentes libra, en general, al intérprete de dificultades ulteriores.»

b) «Pero otras veces acontece, por el contrario, que el derecho objetivo quiere guardar silencio, y lo guarda efectivamente, en torno a este requisito de la causa de un cierto acto. Será preciso contar, para tales hipótesis, con una *fórmula general* sobre la existencia o inexistencia de causa en los supuestos silenciados. Es decir, que al lado de los motivos específicos de los actos procesales habrá una causa común, a la que habrán de acudir, para saber si un acto procesal se halla o no justificado, cuando la ley no establece de modo concreto dicha justificación.»

8. *Causa específica.*

1.—«En primer lugar, hay que ocuparse, por tanto, de las posibles *causas específicas* de los actos procesales.»

«Se comprende fácilmente que el estudio de las causas específicas haya de preceder al de las causas genéricas o no taxativamente determinadas. Ello no es sino una consecuencia del criterio general que en materia jurídica obliga a anteponer la aplicación de los supuestos especiales al de las hipótesis generales y comunes. Si la solución fuera la inversa, como las prescripciones de orden general y común, por su propia esencia, se aplican en principio a todos los casos posibles, las reglas de índole especial no hallaría nunca posibilidad de encaje; en cambio, el método inverso arroja un resultado correcto, puesto que la disposición especial, reducida siempre a un ámbito limitado, deja, en todo caso, por lo menos teóricamente, un campo de intervención subsidiario a la norma general. En lo que ahora interesa conviene subrayar, en consecuencia, que la existencia de una causa específica puede

eliminar, y en realidad elimina, la aplicación de la causa general. Si hay o debe haber, en el caso de que se trate, un motivo concreto que la ley exija, se hace estéril toda indagación posterior sobre la presencia o ausencia de la causa común: si, verbigracia, la ley dice que para recurrir en revisión debe darse alguno de los motivos que limitadamente enumera, de nada sirve preguntarse si, en el caso, prescindiendo de uno de tales motivos, se da o no un interés de parte en recurrir.»

2.—«Existe causa específica de los actos procesales cuando una norma de este carácter, explícita o implícitamente, establece de modo concreto un porqué objetivo al que el acto debe obedecer. De entre las teóricamente innumerables motivaciones de la actividad procesal, la ley selecciona alguna o algunos que eleva a la consideración de causa, particular y concreta, de la misma. La fijación legal de la causa llena así una doble e importante función: de un lado, positiva, en cuanto resuelve afirmativamente la pregunta de si existirá el requisito causal cuando se dé el motivo jurídico seleccionado; de otro lado, negativa, en cuanto responde negativamente al interrogante de si habrá requisito causal cuando se descubra no el motivo elegido, pero si otro cualquiera.»

«La causa legal es, pues, vinculante y exclusiva, cuando se establece por la ley, dentro de ella no ha lugar a ulteriores indagaciones en el requisito; fuera de ella, no ha lugar a intentar descubrir «porqués» supletorios que pueden justificar el acto en cuestión.»

Causa genérica.

1.—«Puede ocurrir, y de hecho ocurre muchas veces, que para un cierto acto procesal, la ley no instituya una causa específica determinada. No hay entonces motivo legal del acto, en el sentido que antes se analizó. Pero como el acto en Derecho procesal no puede carecer de causa jurídica, es preciso que exista respecto a tales supuestos una *figura de índole genérica o común* que justifique objetivamente la actividad procesal a realizar.»

9. En resumen: la causa, opinamos nosotros, es la autorización legal para actuar, la causa eficiente de la validez de

un negocio jurídico o una actuación jurídica. Esta causa puede ser:

a) específica y concreta en la ley; así, por ejemplo: causas de divorcio, causas de nulidad, etc.

b) genérica en la ley: la norma no se refiere a una causa singular, sino que, por agrupación histórica, las ha sintetizado en un esquema legal (esquema causal). Las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden producir atribuciones patrimoniales, pero dentro del esquema causal establecido en la ley. Pueden concretar, especificar su causa, pero dentro de las normas del esquema causal tipificado genéricamente en la ley. La voluntad privada puede establecer su propio esquema causal, pero sin desbordar, ni derogar el esquema legal.

10. B) *Situación de derecho subjetivo.*

La norma propiamente dicha se compone de un supuesto de hecho (*Tatbestand*, *factispecie*) y de una disposición, o consecuencias que la ley atribuye a ese supuesto de hecho, cuando se produzca en la realidad.

La ley reacciona en su eficacia frente al hecho jurídico que reproduce en la realidad el supuesto de hecho. En presencia del hecho jurídico, el supuesto de hecho (*Tatbestand*) en estado hipotético o potencial en la ley, pasa a ser actual, dando vida a la disposición contenida en la norma. Se forma así una relación jurídica, modelada en el molde de la norma, pero concreta, destacada de ésta y con vida autónoma. Toda relación jurídica agradece su existencia a un hecho jurídico precedente, material—*in rerum natura*—o voluntario.

11. La ley es, pues, una fuente de derechos y obligaciones, pero demasiado remota y genérica para distinguir ninguna.

Ciertas obligaciones nacen directamente de la ley: son los derechos y obligaciones *ex lege*. El hecho jurídico hace reaccionar directamente la norma, sin intervención de la voluntad humana (la muerte natural, la avulsión o fuerza de río, por ejemplo). Otras veces, el hecho jurídico es voluntario, pero ilícito (homicidio, por

ejemplo) y la norma actúa, también directamente, poniendo en movimiento los órganos jurisdiccionales.

12. Pero la mayoría de los derechos y obligaciones nacen a través de una actividad voluntaria y lícita que se llama acto jurídico. La relación jurídica, destacada del Ordenamiento jurídico, se hace intersubjetiva, esto es, es un vínculo entre dos sujetos, se individualiza, produciendo derechos subjetivos y obligaciones personales, y se concreta, ciñéndose a sus sujetos, su objeto y su acto jurídico, con exclusión de otra situación análoga que quepa en el mismo supuesto de hecho de la ley. La situación objetiva, de la norma, se ha transformado en una situación subjetiva.

En esta *situación subjetiva* de una relación jurídica concreta es donde hay que encontrar la causa—por lo menos la causa genérica—, aunque se llame esa causa *objetiva* o eficiente. Es la llamada *relación relativa entre partes*: la obligación de dar respecto de la *traditio*; la obligación que se extingue respecto de la *olutio*; la obligación que se incumple, en la *condictio ob causam*, etc.

B)

CAUSA OBJETIVA

(Continuación.) -

CAUSA PRÓXIMA.

*La causa en la «traditio» y en los Derechos reales
(Título y modo)*

La investigación acerca de la llamada «causa próxima» (*título del modo derivativo*) ha sido muy debatida en Alemania durante todo el siglo XIX, acudiendo constantemente a los grandes Doctores del derecho a partir de los de Bolonia.

Haremos una exposición histórica del asunto.

PREIRNERIANOS Y GLOSADORES.

13. Las *Exceptiones Petri Legum Romanorum* (3), a comienzos del siglo XII, se aparta bastante de su modelo la *Instituta* de JUSTINIANO, tal vez mirando a las necesidades de la práctica judicial, en el Sur de Francia.

Pone de manifiesto dos ideas:

Una, la necesidad de la tradición para la transferencia del dominio. La compraventa perfecta, incluso habiéndose pagado todo el precio, no transmite la propiedad.

Otra, la naturaleza puramente de hecho del acto de la tradición, excluyendo así toda naturaleza contractual o negocial de la *traditio*. El «negocio», íntegramente está en el contrato causal.

La *traditio* es, pues, un hecho necesario para la adquisición de la propiedad.

El *Brachylogus iuris civilis* (4), o *corpus legum*, tal vez ya contemporáneo, de la Glosa, no nos aclara nada.

14. IRNERIUS, en su *Summa Codicis* (Edic. Fitting, Berlín, 1894, pág. 173), trata el problema, como más adelante otros glosadores, en sede de *iusta causa usucapionis* (Co. 7, 26, 6).

Sólo es *iusta causa*, el título perfecto, el *iustus titulus* o *verus titulus*. No el *titulus putativus*, excepto si existe una *iustissima causa erroris* (5).

PLACENTINO no admitía, en caso alguno, el título putativo, si hemos de seguir a LANDSBERG. El rigor exigido al título parece que

(3) Edición Savigny, suplemento I al tomo II de la 4.ª ed. de *El Derecho Romano en la Edad Media*.

Liber 2, cap. 13: «Si quis rei suae venditionem fecerit, quam vix iam pretium acceperit, tamensí nondum emptorem corporaliter induxerit in possessionem, adhuc ipse dominus est; et ideo, si postea aliquo titulo alii tradat vendendo aut donando, facit eum dominum».

Liber 2, cap. 3: «Si quis rem suam cuilibet donaverit, re non tradiderit, postea eam alii donaverit, sed non tradiderit, postea eam alii donaverit et tradiderit, posterior dominus erit, qui etiam iure traditionis, id est investiturae, corporalis dominium acquisivit».

(4) Edición Boecking (Berlín, 1829), 2. 8: 1, 2, 3, 4 y 5.

(5) LANDSBERG: *Die Glosse des Accursius*. Leipzig, 1883, pág. 173, vio en esta expresión de IRNERIUS la admisión del título putativo. FUCHS, ob. cit., pág. 34, lo contradice, basándose además en la ortodoxia de IRNERIUS frente a las fuentes.

empieza a cuartearse con JUAN BASSIANO, según nos ha transmitido PILLIUS (6).

16. Azo (*Summa* a Cod. 7, 26, 8) equipara *iusta causa traditionis* y *iusta causa usucapionis*. Por regla general se requiere *causa vera*. Excepcionalmente, en casos muy señalados de *iusta error*, vale la causa putativa. La traditio transmite el dominio, si se verifica *a domino*; no, si *a non domino*, pero en este caso transmite el dominio la usucapión.

17. VACARIUS (7) distingue:

a) los supuestos en que la *traditio* tiene lugar por consecuencia de un negocio que está en el *pasado*, y

b) aquellos otros en que coinciden temporalmente contrato causal y tradición.

En cuanto al *error in causa*, tiene distinta trascendencia en uno u otro caso:

a) Si el negocio está en el pasado, la *traditio* es un pago (*solutionis causa*) y el error en la causa es inoperante. La *traditio* es un hecho y las partes no piensan en concluir contrato alguno, sino en la transmisión de propiedad con referencia a un contrato ya existente. Se da por supuesto que este contrato es *causa vera praecedens*; no causa putativa.

b) Si el negocio causal y tradición coinciden, hay un negocio único total, y el error en la causa—si el *tradens* piensa en préstamo, y el *accipiens* en donación—, es error en el contrato y vicio del consentimiento. No puede haber transferencia. (Véase después nota a núm. 38).

18. ACCURSIUS, en la glosa ordinaria (8), el *disensus in causa* lo resuelve diferenciando los supuestos de *causa praecedens* y los de *causa in continenti*.

(6) FUCHS (Dr. inz. Joannes Georg): *Iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft*, Basel, 1952, pág. 34.

(7) *Liber Pauperum*, cita de FUCHS, ob. cit., págs. 36-37.

(8) Glosa *Dissentiamus*, a D. 41, 1, 36.—Glosa *Nom fieri*, a D. 12, 1, 18.—Glosa *Iusta causa*, a D. 41, 1, 31.—Glosa *Existimans*, a D. 41, 3, 48.—Glosa *Nec enim sicut*, a D. 41, 2, 3, 4.

a) En los supuestos de *causa praecedens*, la *traditio* es un pago y el *disensus in causa* se traduce en un mero problema de imputación de pagos: vale la causa más grave (*gravior causa*). No hay motivo de nulidad por el disenso, sino de selección de causa. La transferencia de propiedad es un problema de aptitud de la causa.

b) En los supuestos de *causa in continenti* hay que estar a la intención de las partes. La causa putativa transmite la propiedad, como lo evidencia el título justiniano de la *condictio indebiti*. La ausencia de causa no transmite la propiedad; pero en el supuesto de error en la *causa praecedens*, la transmite siempre.

Finalmente, ACURSIO introduce por primera vez en la glosa *Nec enim sicut* la terminología escolástica, de causa remota, o título, y en general, negocio causal, y causa próxima o *modo* de adquirir, *traditio* o *usucapio*. A su vez, cada una de estas *causae* tiene su causa: así, la causa del título o causa de la obligación y la *justa causa traditionis vel usucapionis* o *causa solvendi*.

POSTGLOSADORES.

19. FRANCISCO ARETINO (9) resume la opinión de OLDRADUS DE PONTE, cuyas obras no han llegado directamente a nosotros.

Según OLDRADUS DE PONTE, en el *dissensus in causa* hay que distinguir los pasajes D. 41, 1, 36 y D. 12, 1, 18.

a) En D. 41 1, 36, se afirma el traspaso de la propiedad y no se habla de la concesión de un préstamo, sino del cumplimiento de una obligación de dar a préstamo. Se dice «quasi creditam» y no «quasi mutuam». Las causas que tienen una y otra parte a la vista, son *compatibles*, por cuanto ambas persiguen la misma finalidad: el traspaso de la propiedad.

b) En D. 12, 1, 18, no hay transmisión de propiedad.

20. BARTOLUS DE SASSOFERRATO distingue entre contrato (obligacional) de pretérito y contrato (obligacional) de presente.

a) Contrato o causa pretérita (*ex causa praecedente*): En D. 41, 1, 36, el supuesto es: «causa ante solutionem praecesserat»; el error en la causa no tiene importancia, porque se trata de una so-

(9) *Comentaria in secundum Digest. Veteris partem ad 1. 18. Lugduni, 1553.*

lutio, de un pago y hay que decidirse en la duda *in favore liberationis*.

b) Contrato o causa de presente (*ex causa praesente*): En D. 12, 1, 18, el supuesto se expresa: «hic vero simul et semel cum traditione causa oriebatur»: el error en la causa impide la transmisión de propiedad, porque *traditio non tendebat ad liberationem*. En el negocio causal simultáneo con la *traditio*, bien por exigencia legal para la perfección del contrato (real), bien por coincidencia buscada o accidental, el error en la causa no transmite la propiedad. Para nada se alude a la voluntad de las partes.

21. BALDUS DE UBALDIS sigue la misma distinción: el error en la causa pretérita de D. 41, 1, 36, no impide la transmisión de propiedad, porque únicamente yerra el tradente. En D. 41, 1, 36, con *causa praesente*, se han equivocado una y otra parte («hic erravit uterque; ibi tradens solus et non recipiens»).

Hasta BALDO, todos han venido enfrentando D. 41, 1, 36 con D. 12, 1, 18. En ésta se negaba sistemáticamente la transmisión de propiedad. Apenas si ACURSIO invocó la intención de ambas partes. BALDO es el primero que enfrenta la Ley 18 (D. 12, 1, 18) con el título de la *condictio indebiti* (D. 12, 6). En la ley 18 ambas partes han incurrido en error, pero no en el mismo error (10). En la *condictio indebiti*, ambas partes creen en la existencia de una obligación de dar, que se cumple y paga. No hay *dissensus in causa*, sino *consensus*. No hay error en la *solutio*, sino en la *causa*, pero es un error común, que no impide la transmisión de la propiedad, que es presupuesto de la *condictio*. En ningún momento se alude al *animus* de las partes en la *nuda traditio*. BALDUS (Cod. 50, 6) plantea el problema de si el contrato putativo transmite el dominio. «Hablando con propiedad, no, porque no se transfiere» *ex contractu, sed ex consensu propter contractum*. Y añade las siguientes palabras, que han servido a algunos para situar a BALDO entre los partidarios de la *traditio* abstracta: «ita quod causa immediata, id est consensus in traslatione domini est sufficiens ad dominium transferendum, non obstat quod causa remota ipsius domini sit invalida vel nulla». Además de que aquí

(10) DUARENUS dirá más tarde que hay «disenso», pero no error.

BALDO no contempla una *nuda traditio* o *traditio abstracta*, sino una *traditio* con «causa invalida vel nulla». Otro pasaje aclara su pensamiento causalista:

Cod. 1, 14, 5: «... contra dominium sequitur ex obligatione et contractu, tamen nos habemus quod ex inutili et prohibito contractu transit dominium.—Ergo falsa est ista regula, prohibito contractu prohibetur, quicquid sequitur ex eo. Breviter respondeo, quod domini translatio non sequitur ex contractu, tamquam ex immediata causa, sed sequitur ex voluntate tradentis, qui vult transferre dominium, *quod potest transferre etiam ex causa falsa et putativa...*» (11).

BALDO habla, esto es evidente, de un «consensus in translatione domini». Pero de aquí no se deriva que ese consentimiento sea abstracto. BALDO supone siempre un contrato causal, inválido o putativo, existente por lo menos *opinione partium*.

Ese *consensus* en la *traditio* en ningún momento deja de ser un *consensus propter contractum*, voluntad de cumplimiento o ejecución de una previa determinación causal.

HUMANISTAS DE LOS SIGLOS XVI Y XVII.

22. DONELLUS (12) ha sido para la doctrina de la *traditio abstracta*, otro de los pilares de sustentación.

Para la transmisión de propiedad exige tres requisitos: previo dominio, causa, y en la compraventa, entregada la cosa, recibir el precio (13). Y añade: «Quid est igitur, quod hic tertium exigimus, nempe iustam causam praecedentem, propter quam traditio sequatur? Et necesse esse videri, in his esse aliquid repugnantis... sine causa autem praecedente nulla esse possit voluntas transferendi. Quo fit, ut qui causam praecedentem exigit, nihil exigit tertium praeter illa duo, traditionem et voluntatem: sed voluntatem, quae requirebatur confirmet et statuatur, ostendat quae, unde illa intelligatur».

Para DONELLUS hay transmisión de propiedad, siempre, incluso

(11) También, a Cod. 2, 4, 19 y D. 4, 3, 7.

(12) *Commentaria de iure civili*, cap. XVI, 1.

(13) «Ut quis velit transferre, in eo tria haec insunt: ut scit rem suam esse, quam transferre cogitat; ut causam habeat cur velit; ut in emptione, re tradita, pretium acceperit...»

en caso de disenso *in causa*. Las palabras «magisque nummos accipientis non fieri», del pasaje de ULPIANO, sólo quieren decir que la propiedad no queda definitivamente en el adquirente; y no deben interpretarse negando todo traspaso inicial de propiedad.

Parece, no obstante, que para DONELLUS es decisiva la mutua voluntad de transferencia. Pero este resultado no lo imputa a las fuentes, sino que está convencido de su equidad (Ad. Inst. 2, 1, 40). Para DONELLUS hay siempre transferencia de propiedad *ex contractu inutile*, si la transferencia fué querida por las partes. Pero es indispensable una causa: «Sine causa autem praecedente nulla esse possit voluntas.» La voluntad de transferir es desde luego necesaria según DONELLUS, pero esta voluntad está concebida como parte integrante de las intenciones causales.

23. CUIACIUS (14), con mayor apego a las fuentes, ve en la causa un requisito esencial objetivo, exento de toda carga psicológica o voluntarista. El contrato causal inútil no puede transferir la propiedad: «nam si inutilis est contractus ergo et nuda traditio». La tradición es un hecho, y sólo en unión de un negocio causal válido tiene como consecuencia la transmisión de la propiedad. Con arreglo a este principio, resuelve la discrepancia entre D. 12, 1, 18 y D. 41, 1, 36. Según CUIACIUS (15), en estos pasajes no se trata de un problema de relaciones entre negocio causal y transferencia de la propiedad, sino meramente si se ha o no realizado un préstamo. ULPIANO lo niega (16) y JULIANO lo afirma, porque éste considera como *iusta causa traditionis* el préstamo y no la donación. Y esto porque el negocio se ha centrado sobre la *causa solvendi*, como *iusta causa traditionis*, de la promesa de hacer un préstamo, y no sobre la *causa donandi*. ULPIANO y JULIANO están de acuerdo en que no hay donación, porque en ésta hace falta acuerdo mutuo sobre el *animus donandi*, sólo discrepan sobre si hay préstamo.

(14) *Opera omnia*. Lugduni, 1614.

(15) *Comment. in lib. XIII Digest Salv. Jul.*, tomo I, col. 1956.

(16) ULPIANO lo niega en ese pasaje, desde el punto de vista de la perfección del contrato; pero no en otros, en vista de la consunción de la moneda. Lo apunta el mismo CUIACIUS.—Cfr. F. VIVIANUS: *Casus super Digest veteri*, fol. LV, Basileae, 1490.

24. VINNIUS (Inst. 2, 1, 40) exige terminantemente la existencia de la causa: ... *ut quis velle rem suam transferre intelligatur, duo haec concurrere debent: ut sciat rem suam esse quam transferre cogitat; et ut iustam causam habeat, cur velit, puta quia vendidit dare promisit*, etc.

25. APEL., JOHAN. (17), contemporáneo de LUTERO, recibe en Alemania, según el *mos italicus*, la doctrina del título y modo, que generaliza con la terminología causa remota y causa próxima. Causa próxima o modo de adquirir. Que son: ocupación, invención, aluvión, tradición, aprehensión, retención, etc. Causa remota, *contractus, delicta et quasi*. Y dice (Cod. 2, 3, 20): «Sic fit dominus is, cui traditur, non quia simpliciter ei traditur, sed quia ex causa emptionis, donationis, dotis, mutui, legati hereditatis, solutionis, transactionis, sententiae vel simile» (16).

Causa remota y *contractus* son la misma cosa para Apel. Sin causa, la *traditio* no transmite por sí sola el dominio. La *traditio*, igual que la *apprehensio* y la *retentio*, son un mero hecho, un acto de ejecución de un contrato o causa.

Pero, en APEL., ¿es indispensable la causa vera o basta la causa putativa? ¿El contrato obligacional invalido o inútil sirve como causa para el tránsito de la propiedad?

Es suficiente, en todo caso, la causa putativa si en ella hubo *consensus ut transferatur*. Es decir, a pesar de que APEL. ha sido mostrado por SAVIGNY y su escuela, hasta HOFMANN, como el inventor de la teoría del título y modo y el polo opuesto al contrato real, es lo cierto que el *consensus ut transferatur* de APEL. es un verdadero «contrato real»; pero se produce con el título o causa y no con la tradición. No obstante su unión al título, basta la mera *presencia* del título, no su validez o utilidad, para que la transmisión se verifique, porque el *consensus ut transferatur*, subsiste aunque no subsista el título.

APEL. no exige causa o título más que para la *traditio*. La exageración de la teoría del título y modo se debe al influjo de la es-

(17) APELLUS, JOHANNES: *Isagoge per dialogum in quatuor libros Institutionum D. Justiniani Imperatoris*. Lugduni, 1543; *Methodica dialectices ratio ad iurisprudentia adcommodata*. Norimbergae, 1535.

(18) *Methodica*, cap. «De causa». No está paginada esta obra.

cuela del derecho natural, especialmente a OLDENDORP (JOHANNES) y DETEHARD HORST (19), que no se limitan a exigir *título* a la *traditio*, sino a todos los modos de adquirir, incluso a los originarios; en que el título consiste en una *dispositio legis*.

26. HEINECCIUS, GOTTLIEB, con su sentido crítico e histórico, reduce el ámbito del título a la *traditio* y a la *usucapio* (20), lo que, por su ortodoxia, no ha podido ser negado por los mayores adversarios de la teoría del título y del modo.

27. THIBAUT, JUSTUS, gran romanista a pesar de su adhesión a la escuela del Derecho natural, al rechazar (21) toda aplicación no romana a la noción de título, coincidió con HEINECCIUS.

Título es el negocio causal que precede a la *traditio* o al signo equivalente—*traditio* simbólica—que hace posible la obtención de la posesión, indispensable para la adquisición de la propiedad (22).

28. GLÜCK, CHRISTIAN, F. (23), coincide con THIBAUT en los conceptos de título y modo. En cuanto a la colisión de fragmentos de las fuentes estima que el de ULPIANO, D. 12, 1, 18, se refiere a un título válido (*vera causa*), y da la solución exacta según la teoría jurídica y la *analogia iuris* de su tiempo. Por el contrario, el de JULIANO, D. 41, 1, 36, expresa la opinión de los prácticos, la que tal vez fué admitida en los Tribunales. Y como GLÜCK escribe para los prácticos del Derecho romano vigente en Alemania, añade: «Y esto (JULIANO) tiene, por tanto que valer *hoy* como derecho.»

29. HUGO, GUSTAV (24) es el precursor de la escuela histórica y del contrato abstracto. Los conceptos de título y modo son para

(19) FUCHS, ob. cit., págs. 76-77.

(20) *Elementa iuris, secundus ord. Pand.*, § 162 y sigts.

(21) *Versuche über einzelne Teile der Theorie des Rechtes*. Jena, 1817, vol. 1, págs. 184 y s.

(22) *System der Pandekten*. Jena, 1818, § 950, pág. 32; Jena, 1828, pág. 33. Esta concepción ha sido elevada al Código austriaco de 1811. Para los inmuebles la inscripción del título notarial es el signo equivalente a la *traditio* si va realmente acompañado de la posesión. Sin posesión efectiva y física no hay adquisición de propiedad, sino mera presunción de adquisición (*traditio ficta*).

(23) *Versuch einer ausführl. Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Kommentar*. Erlangen, págs. 1.790 y sigts. Parte 8.^a, §§ 578 y 579; 582; parte 4.^a, § 297.

(24) *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*. Berlín, 1816, vol. 4, § 78, página 61, núm. 1.

él los tradicionales; pero explica cómo entiende él la *iusta causa* y el *animus transferendi dominii*.

Hugo se basa en la distinción de los glosadores entre causa *praecedens* y causa simultánea a la *traditio*. No hay ningún texto que exija que la causa sea siempre precedente. Cuando la causa no preceda, sino que coincida con la *traditio*, la causa está en la intención recíproca de transmitir y adquirir la propiedad (*Animus transferendi et acquirendi dominii*).

El *consensus ut transferatur* de APÉL., con Hugo, ha emigrado desde el contrato obligacional hasta la *traditio*. El contrato real abstracto se ha formado poco a poco en los entresijos de la doctrina del título y modo.

30. SAVIGNY nada escribió sobre *nuestro tema*. Sus doctrinas únicamente nos fueron conocidas por las informaciones de sus discípulos.

En 1951, G. WESENBERG ha publicado los apuntes que JACOB GRIMM había tomado en la clase de SAVIGNY en el curso 1802-1803 (25). Por ellos sabemos que SAVIGNY era totalmente fiel a la teoría clásica y que por *iusta causa* entiende una relación obligacional. Únicamente reacciona frente a las extensiones del concepto de título más allá de la *traditio* y de la *usucapio*.

SAVIGNY, como HUGO, se aleja de todos los supuestos de causa *praecedens* y, por tanto, la *traditio* que contempla no se hace nunca causa *solvendi*.

SAVIGNY parte de la donación manual. La *datio* de una moneda a un mendigo no tiene por parte alguna un contrato o relación de carácter obligacional (26). La *traditio* va acompañada del *animus transferendi et accipiendi dominii*. En este *animus*, en el *consensus* sobre la gratuidad, está la *iusta causa* de esta transmisión. Lo que es evidente: el *animus* ha hecho desaparecer el equivoco de la *traditio*.

En la donación manual su tesis está de acuerdo con todos sus predecesores. Pero ¿y fuera de la donación manual? Aquí hace

(25) *Juristische Methodenlehre*. Stuttgart, 1951, pág. 24.

(26) No necesitaba apurar el argumento con el caso límite de la donación manual. Ninguna donación obedece a una *obligatio* precedente, porque dejaría de ser donación. Y la donación no ha podido tener jamás otra causa que el *animus donandi in continenti*.

una aplicación analógica y una generalización que nada tiene que ver con la Historia. Y el Derecho—el mismo SAVIGNY lo enseñó—, es más historia que lógica.

SAVIGNY (27) examina la *stipulatio*, la *mancipatio* y la *traditio*, la primera y la segunda como actos civiles y la tercera como acto natural. Son todos ellos actos equívocos, que no sólo sirven para un negocio determinado.

La *traditio*, como antes la *mancipatio*, produce múltiples efectos distintos de la transmisión de la propiedad. La *iusta causa*, como *animus* bilateral, individualiza y concreta un propósito recíproco de las partes, separándola de las demás *finalidades* posibles. Este *animus* no exige una declaración expresa de voluntad: puede manifestarse *ex facti circumstantiis*.

Por otra parte, la doctrina de la causa putativa pone de manifiesto que no es necesaria la causa obligacional, porque si lo fuera se hubiera exigido siempre su existencia y validez. La causa es el acuerdo para la transmisión, por lo que la *obligatio inutilis* llega a valer como causa.

Esto le lleva a diferenciar los actos o contratos referentes a los Derechos reales—contratos reales—de los contratos referentes a los derechos de obligaciones (contratos obligacionales).

SAVIGNY, muy próximo a HUGO, aquí rompe con toda la *tradición histórica*. El que se cita como más próximo a él, DONELLUS, concibe, es verdad, una mutua voluntad de transmitir y adquirir el dominio, pero como parte integrante de la causa obligacional.

31. Las precedentes doctrinas de SAVIGNY tendrán un valor: mayor o menor; pero—repitémoslo—en todo caso han roto por completo con el tradicionalismo histórico. Ni siquiera se puede invocar el precedente de DONELLUS. En éste la voluntad mutua de entregar y recibir con un *animus* significativo y calificado es parte integrante del negocio causal y no un negocio distinto (contrato real), independiente del negocio causal o contrato obligacional.

Se ha dicho que SAVIGNY se propuso dar una orientación *política* a la interpretación práctica del derecho de pandectas. Recordemos que en Alemania, en la época de SAVIGNY, regía el De-

(27) *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*. Berlín. 1851, vol. II, pág. 255.

recho romano, como ley vigente y actual. Frente a la tentativa de THIBAUT y sus secuaces, que pretendían promulgar para Alemania el Código austriaco de 1811; frente a otra tendencia, aún más generalizada, partidaria de la recepción integral del Codex Napoleón, ya circunstancialmente vigente en algunos países alemanes, se alzó SAVIGNY negando la «vocación» de su tiempo para la codificación. Pero el Derecho romano no protegía el tráfico jurídico de los bienes muebles como el Codex Napoleón, necesario en el mercantilizado siglo XIX. El contrato real o abstracto subvenía a esta necesidad dentro de la vigencia de la ley romana.

32. Modernamente, FELGENTRAEGER (28) y HOWALD (29) han negado esta intención política de SAVIGNY. Más ecuaníme FUCH (ob. cit., págs. 91-92), no niega que SAVIGNY hubiera considerado la posibilidad de protección a un eventual tercer adquirente (*Dritterwerber*), pero esto, en todo caso, hubiera sido para él un efecto secundario y agradable de su doctrina, pero nunca un prejuicio inicial primario. «Pero sea de esto lo que sea—sigue FUCH—, SAVIGNY ha dicho la gran palabra. Lo más importante está hecho. Su doctrina, examinada a fondo a la luz de la dogmática y de la evidencia, sin contradicción, bien construida en el interior de las fuentes, se nos enfrenta de una francamente inatacable grandeza. En la obra ha intervenido menos SAVIGNY el historiador que SAVIGNY el dogmático, pues ha elaborado válidamente un principio aplicable en su época.»

Pero es lo cierto, creemos nosotros, que el derecho no debe ir más allá de las necesidades de la práctica, y modernamente la legislación ha provisto de la apetecida seguridad del tráfico a los bienes, tanto muebles como inmuebles, sin necesidad de acudir a la radicalidad convulsiva del contrato real abstracto.

33. En el orden cronológico, el primer discípulo de SAVIGNY, que defendió la llamada «doctrina del *animus*», fué ED. REGENBRECHT (30). Para éste, en la adquisición de la propiedad hace falta

(28) FELGENTRAEGER, WILHELM: *Friedrich Carl von Savignys Einfluss auf Uebereignungslehre*. Diss. Göttingen, 1927, págs. 39-40.

(29) HOWALD, MARTIN: *Der dingliche Vertrag*. Diss. Zürich, 1946, pág. 16.

(30) REGENBRECHT: *Commentatio ad l XXXVI D. de acq. rer. dam. et l. XVIII D. de reb. cred.* Berolini, 1820, cita de FUCHS, ob. cit., pág. 87.

ineludiblemente la *causa traditionis vel usucapionis*. Pero la causa no es más que «un momento de calificación» (31).

Es inexacta la doctrina que hace depender la transferencia de la propiedad de la existencia y subsistencia de un negocio causal. El pasaje de D. 12, 6, 53 demuestra, a los ojos de REGENBRECHT, que la propiedad se transmite a pesar de que falte una causa válida (32).

Entre los discípulos y seguidores de SAVIGNY, los que más notoriedad alcanzaron dentro de la tendencia del llamado contrato real abstracto, se encuentran WARKÖNIG y STREMPER. Hay que advertir, sin embargo, que como se trabaja sobre los textos del Derecho romano *vigente* en Alemania, sus avances doctrinales se refieren más que a la nitidez de la construcción jurídica, a su justificación positiva y exegética, para su indiscutible aplicación práctica. Se trata de una *interpretación* para la aplicación del Derecho por el Juez.

34. LEOPOLDO AUGUSTO WARKÖNIG (33) quiere ofrecer al contrato real una nueva base de apoyo en los fragmentos de las fuentes referentes a la *conditio*. En D. 12, 7, 1, 3 encuentra una auténtica transmisión de propiedad *ex causa non iusta*. En la *condictio indebiti* y en la *conditio ob turpem causam* encuentra argumentos para defender su tesis de que aun faltando una *iusta causa*, ha habido, no obstante, transmisión de propiedad. Así, llega a la conclusión de que la «*iusta causa* consiste en el hecho que demuestre al *accipiens* de una cosa la voluntad del propietario de transferirle su derecho mediante tradición, y por tanto la *iusta causa*, sirve para la justificación de su posesión» (ob. cit., pág. 116).

WARKÖNIG desplaza el problema de su sede natural, la *iusta causa traditionis*, como requisito habilitante e inequívoco para transmitir el dominio al campo de la *condictio*, en el que se involucran en esta época varias cuestiones: a), la necesidad de la previa

(31) «Quocirca possessori, cui de re a se possessa controversia movetur, indicanda erit causa, unde eliciatur, utrum possessori possessio an dominium traditione acquisitum sit. Quamobrem iuris auctores... causam traditionis memorare solent... tanquam indicium...»

(32) Desde luego: precisamente la usucapión tiene por finalidad sanar o convalidar las posibles nulidades del título o causa.

(33) Bemerkungen über den Begriff der iusta causa bei der Tradition, en Archiv. für civilistische Praxis, vol. VI, Heidelberg, 1823.

transmisión de la propiedad para que nazca la *condictio*; b), la errónea identificación entre la causa para transmitir—*iusta causa traditionis*—y la causa para retener (*solutio retentio*), y, en su consecuencia, la confusión entre la *causa petendi* para la *reivindicatio* y la *causa petendi* para la *condictio*. En una palabra, la confusión entre *causa habilitante*, expresa, tácita o presunta, pero requisito substantivo presente en el acto de la *traditio*, y causa justificante *a posteriori* de una *traditio* previamente consumada. El problema de la justa causa no puede resolverse desde la *condictio*, que por definición, exige la ausencia total de causa de la transmisión.

WARNKÖNIG, como SAVIGNY, no prescinde ni del concepto ni del juego técnico de la *iusta causa*; únicamente lo interpreta. No suprime la causa, llegando así al contrato real abstracto del B. G. B. No confina la causa a sólo el terreno de la *condictio* (causa justificante) (B. G. B.), sino que en los textos de la *condictio* quiere encontrar una nueva construcción de la *iusta causa traditionis*.

35. STREMPER sigue la misma línea de WARNKÖNIG, buscando en la interpretación, más o menos forzada de textos justinianeos, los fundamentos de Derecho positivo de su construcción. Continuamos sin suprimir la necesidad de la causa, contentándonos con interpretarla y construirla, principalmente en base de los textos de la *condictio* (34).

Al comienzo de su trabajo, antes de acudir a la *condictio*, pretende sacar argumentos del paralelo tradicional entre *iusta causa traditionis et iusta causa usucapionis*. En la usucapión enlaza, si no es que realmente mezcla y confunde, los conceptos de *iusta causa* y *bona fides*. La *bona fides*, en la usucapión, ha de tener un fundamento objetivo, esto es, una *iusta causa*. La *iusta causa* es una objetivación de la *bona fides* de la usucapión. En la *traditio* se prescinde del requisito de la *bona fides*, lo que quiere decir que igualmente se prescinde de la *iusta causa*.

Pero, a nuestro juicio, esa objetivación de la *bona fides* en la usucapión no es exacta. En la usucapión no se ha exigido nunca una *causa vera*. Sobra con la existencia de una causa putativa.

(34) STREMPER. G. L. Ueber die «iusta causa» bei der Tradition. Wismar, 1856.

No hace falta el título perfecto y válido. La exigencia de este requisito haría inútil la usucapión. Basta con la presencia de un título aparentemente válido, ignorando el usucapiente su vicio o ineptitud.

Por el contrario, para que la *traditio* transmita el dominio no es suficiente una causa o título putativo: ha de ser rigurosamente válido. Porque si en la *traditio* real y verdaderamente se transmitiera el dominio con una causa o título putativo, no haría falta llegar a la *usucapio*.

36. Hasta aquí los pandectistas siguen, con una fundamentación exegetica o con otra, la construcción de SAVIGNY. No aportan nada nuevo, la causa existe y es necesaria porque la *nuda traditio* es un hecho equivoco que necesita una calificación que lo defina. Pero esta calificación es interna, entre transmitente y adquirente. Por eso basta el común y reciproco *animus transferendi et adquirendi dominii*. De ahí al contrato real del B. G. B. no hay más que un paso: basta con considerar a la *nuda traditio*, no como un mero hecho, sino como un contrato especial, y refundir el *animus transferendi et adquirendi dominii* en el consentimiento de ese contrato. Así tenemos el resultado: un contrato especial *transferendi et adquirendi dominii*. Pero este paso no lo llegan a dar ni SAVIGNY ni sus inmediatos discípulos.

37. El profesor austriaco EXNER (35) es el que lógicamente saca las consecuencias de los textos acerca de la *condictio*: si la causa se deriva de dichos textos, la causa no es un concepto positivo, sino negativo. Es una ausencia de impedimentos para la *traditio*. La *traditio* puede obedecer a múltiples motivos, que hay que exteriorizar. Pero EXNER protesta de que haya que conformarse con atribuir a la *iusta causa* el papel de mera significación de un índice expresivo de la voluntad de la *traditio* (36). No debe confundirse la razón por la que conocemos aquella motivación de voluntad con un requisito positivo del acto jurídico *traditio*. «*Iusta causa traditionis*, como la entendemos nosotros—dice EXNER (37)—es... un concepto negativo: la inexistencia de ciertos elementos

(35) *Die Lehre vom Rechtewerb durch Tradition* Viena, 1867.

(36) Ob cit Suplemento I, pág. 328.

(37) Ob cit, pág. 337.

prohibidos entre las relaciones y hechos generadores de la motivación para la *traditio*.» En una palabra: para EXNER, en la *traditio*, no juega para nada la llamada causa objetiva y positiva, en contraste con la usucapión, donde dicha causa es constitutiva (38). En la *traditio* sólo interesa el motivo subjetivo y únicamente de modo negativo: en cuanto la *transmisión* o su motivo están prohibidos por la ley, o no son aptos para transmitir el dominio. La causa es la ausencia de impedimentos para la transmisión de dominio. Así, la *donatio inter virum et uxorem*, la *donatio ob turpem causam*, etc. Aquí la causa no ha impedido ni la *traditio* ni la transmisión de propiedad: únicamente ha dado lugar a una *condictio*.

En EXNER se aprecia muy bien que hay dos conceptos distintos de causa: la causa objetiva (... «*ut ita sic venditio aut alia iusta causa praecesserit*») y la causa subjetiva, causa adjunta o motivos contractuales compartidos. La primera es la causa *legal* y *eficiente*, siempre la misma para cada clase de actos jurídicos (teoría clásica de la causa). La segunda es la causa voluntaria o causa final de las partes. La causa legal o eficiente es un requisito constitutivo de la eficiencia de la *traditio*: su falta produce la ineficacia o nulidad del acto, en nuestro caso de la *traditio*. La causa final no da lugar a la nulidad, sino a la ilicitud o ilegitimidad del acto y, por tanto, a la *condictio*, *causa data causa non secuta*, a la *condictio ob turpem causam*, a la *condictio sine causa* (En la *condictio indebiti*, el problema es otro y es inseparable del de la *traditio*: que sea pago de una obligación de dar).

38. HOFMANN, FRANZ (39), sigue cronológica y dogmáticamente a EXNER, pero contiene una investigación muy completa de la Historia, del dogma, del título y modo, reflejada sintéticamente en nuestra patria en el trabajo de don JERÓNIMO GONZÁLEZ (40).

Aparte del valor histórico de la obra de HOFMANN, hoy, como es natural superado, dogmáticamente no logra salir de la concepción de EXNER: la causa es un concepto negativo, un impedimento. No es un requisito constitutivo de la *traditio*. HOFMANN pretende

(38) Ob. cit., pág. 336.

(39) *Die Lehre vom titulus und modus acquirendi und von der iusta causa traditionis*. Viena. 1873.

(40) *Titulo y modo. Principios hipotecarios*, cit.

depurar la teoría de EXNER de todo elemento objetivo (causa en sentido objetivo) en la noción de causa para dejarlo reducido con exclusividad al concepto de causa subjetiva o final. Es decir: EXNER, menos absoluto, si bien acentuó prevalentemente el aspecto subjetivo de la noción de causa, sin embargo consideraba a ésta «como la suma de todos los hechos objetivos y subjetivos que concurriendo han sido el motivo de un negocio de tradición concreto» (41). HOFMANN elimina los hechos objetivos, quedándose con exclusividad con la «causa subjetiva», que asimila y equipara a la «intención jurídica» (*rechtlichen Absicht*), la «finalidad pretendida por las partes» («dem von den Parteien Angestrebtem Zweck», o como el mismo HOFMANN lo denomina también: *animus* (42). Hay justa causa cuando las intenciones de las partes son admisibles para el orden jurídico (ob. cit., pág. 137). De cualquier modo, carece de trascendencia la existencia objetiva de un negocio causal válido. La diferencia de opiniones entre ULPIANO y JULIANO: ULPIANO exige una *causa vera*, niega eficacia a la *nuda traditio* y exige que las partes estén de total acuerdo sobre el negocio causal que otorgan: en una palabra, es necesario el consenso causal. JULIANO, por el contrario, considera como suficiente el convenio real de transmisión de propiedad, con independencia de que la causa sea el préstamo o la donación (43).

(41) EXNER, ob. cit., pág. 330.

(42) Ob. cit., pág. 104.

(43) JULIANO, D. 41, 1, 36: «Si fundum tibi donandi animo tradam, tu quasi fiduciae causa datum accipias, nulla donatio est Nam et si pecuniam numeratam tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, donatio non est». Aquí cada parte cree en una causa distinta. Este disenso en la causa, ¿hace inexistente el negocio jurídico? El disenso en la causa: para el tradens, donación; para el accipiens, fiducia o préstamo, una vez verificada la *traditio*, no impide la adquisición de la propiedad. Parece que este resultado es debido a interpolaciones bizantinas. Según esto, entre los bizantinos se admitía la *traditio abstracta*. A partir de LENEL, se piensa que la palabra *traditio* ha sustituido a *mancipatio* en el pristino texto de JULIANO.

ULPIANO, D. 12, 1, 18: invoca a JULIANO y el disenso en la causa impide la transmisión, porque la *traditio* es causal. Este texto se considera como auténtico, y es la Ley vigente en la época clásica. La polémica en torno a estos textos y el entrecruce de opiniones y supuestas interpolaciones, han sido extraordinarias.

Cabe plantear el problema, en vista de que D. 41, 1, 36 está interpolado, si es que Justiniano quiso, con carácter general, transformar la clásica tradición causal en abstracta. Con independencia de este problema de erudición casi arqueológica, es evidente que la recepción del Derecho romano, precedente del Derecho actual, se decidió por la *traditio causal*.

Si HOFMANN, desde el punto de vista dogmático, no representa más que una variante de EXNER, su contemporáneo MAYER significa algo más.

39. MAYER, OTTO (44), pretende llevar el problema al terreno iusnaturalista. La *iusta causa* exige antes que nada que la causa sea *iusta*. Desde luego, la causa es también un concepto negativo: que no se lesione o contradiga la *aequitas*. La *iusta causa*, en *abstracto*, es la voluntad reciproca de transmitir el dominio, y esta voluntad pertenece a los hechos en si mismos justos. En la transferencia hay una merma del patrimonio del transmitente (45), pero consentida por éste, y esto es en si justo. En la *traditio* es suficiente este consentimiento abstracto del lesionado. Para la *iusta causa*, en *concreto*, hace falta que esa merma, aun querida del propietario, no contradiga la *aequitas*, esto es, la finalidad pretendida con la transmisión. Para nivelar esta diferencia entre *iusta causa* en abstracto y *iusta causa* en concreto, se concede la *condictio*. «*Iusta causa* es «aquel hecho distinto de la *traditio* misma que encierra en si la prueba, de que la *traditio* ha alcanzado su finalidad» (46). «Se precisa de justa causa únicamente frente a la *condictio*; no para la efectiva transmisión de propiedad» (47).

40. KARLOWA (48) quiere conciliar las nuevas doctrinas con la ortodoxia. *Iusta causa* en la *traditio* es algo positivo y legal. No se trata de poner únicamente en claro el dato psicológico de la voluntad de transmitir la propiedad. «La *iusta causa* traditionis exigida—dice—no es la finalidad psicológicamente necesaria, sino aquella reconocida como apta por el orden jurídico» (49). Las partes tienen que obrar en vista de un negocio jurídico, que «según el Derecho puede cumplirse mediante la transmisión de propie-

(44) *Die iusta causa traditionis bei Tradition und Usukapion*, Erlangen, 1871.

(45) Ob. cit., pág. 32.—Esto no es exacto, más que en la donación: el empobrecimiento por el empobrecimiento. En los contratos a título oneroso hay una contrapartida que, al menos cualitativamente, compensa la merma.

(46) Ob. cit., pág. 65.

(47) Ob. cit., pág. 69.

(48) KARLOWA, OTTO: *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen*. Berlín, 1877.

(49) Ob. cit., pág. 208.

dad para que el *animus transferendi et accipiendi dominii* logre existencia jurídica, como, por ejemplo, compraventa, donación» (ob. cit., pág. 209). El contrato de transmisión de propiedad no es simple, sino complejo. Requiere una causa legal apta para transmitir el dominio. Y en conexión con ella, el *animus transferendi et accipiendi dominii*. Y finalmente, la entrega de la cosa. El planteamiento causal, dentro del negocio, no significa que abarque y contenga inmanente y necesariamente aquel *animus*. Este significa para KARLOWA un pacto especial o acuerdo sobre los *efectos reales*, que al ejecutarse o consumarse en la tradición integran el total contrato de transmisión de propiedad.

En resumidas cuentas, KARLOWA viene a reconocer el pacto o acuerdo real; pero le niega autonomía. Existe, pero intercalado entre el contrato obligacional *apto* y la *traditio*.

Ya antes que KARLOWA, SCHEURL (50), en plena riada pandectista y savigniana, había puesto de manifiesto que la tradición no implica, por sí misma, contrato alguno, sino meramente la «confluencia de la voluntad coincidente del *tradens* y del *accipiens* de la posesión de que se transfiera la propiedad de aquél a éste». No se trata, evidentemente, de la conclusión de ningún contrato.

41. Dentro de esta misma tendencia de negar autonomía al convenio real, pero con más lógica que KARLOWA, alejándose, por tanto, más de SAVIGNY y su escuela, destaca PUCHTA (51). Insiste en la necesidad del *animus transferendi et accipiendi dominii*, pero lo incluye en el contrato causal, no en la *traditio*. «Meramente, dice, aquel *animus* es lo esencial para la tradición; no el restante contenido del negocio jurídico» (pág. 226). El llamado acuerdo real no puede tener existencia independiente al lado del negocio causal, porque constituye una parte integrante de él. Sin embargo, la imposibilidad de sostener el contrato causal no tiene influjo alguno en la transmisión cuando el *animus transferendi* ha existido realmente (§ 42).

Todavía no rompemos amarras con SAVIGNY y su *animus trans-*

(50) SCHEURL, CRISTOPH G. A. v.: *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*. Erlangen, 1853 (vol. I), págs. 190 y sigts. VIII *Sachverw durch Tradition*.

(51) PUCHTA, GEORG FRIEDRICH: *Lehrbuch der Pandekten*. Leipzig, 1866, § 148, pág. 226.

ferendi dominii. Ante el absurdo de hacerlo contrato real independiente por vía interpretativa, dentro del derecho de pandectas en vez de darle vida en forma de simbiosis dentro de la *traditio*, se le alumbró dentro del contrato causal, como una parte expresa y destacada del mismo. Se quiere deducir el acuerdo real del contrato causal. Estamos todavía lejos de volver a la concepción clásica de que el contrato causal *apto* tiene, por sí mismo, legalmente, *efectos* reales que consuma la tradición. Esto no acontecerá hasta que se elimine toda tendencia de política interpretativa en el Derecho de Pandectas, creando en el B. G. B., el tan deseado contrato real abstracto totalmente independiente del contrato causal. Muerto el Derecho de Pandectas por la vigencia del B. G. B., los romanistas alemanes, exentos de prejuicios y tendencias, volverán a los cauces tradicionales. Pero el error histórico acerca del contrato real abstracto (aparte de las fuentes), lo pregona abiertamente la necesidad de que el legislador lo creara en el B.G.B., por cierto único (52) Código en el mundo que lo acepta.

42. DERNBURG (53), dentro del pandectismo, se muestra conciliador, distinguiendo entre partes y terceros. Los terceros pueden verse afectados por la transmisión o no transmisión de la propiedad según el contrato causal.

«Los romanos—dice (pág. 2)—, con tacto práctico y sagacidad lógica, han distanciado la cuestión de la transmisión de propiedad, que puede tener efecto para terceros, de aquella otra cuestión, de si el *accipiens*, a quien se ha tradido sin causa jurídica, puede conservar el enriquecimiento de su patrimonio, ocurrido en verdad por la voluntad del transmitente, pero en contra de las intenciones de éste». Con este criterio entra a discutir y dirimir el desacuerdo entre ULPIANO y JULIANO (Véase antes número 38, nota 43). En 12, 1, 18 (*traditio causal*) hay disenso abierto, notorio, porque interpartes se hace depender los efectos del negocio del logro de la causa prevista. Falta por ambas partes la voluntad exclusiva de transferir y adquirir la propiedad. En D. 41, 1, 36, el

(52) Aparte del Código Civil del Japón, que es el mismo B. G. B. en la redacción de primera lectura parlamentaria.

(53) DERNBURG, HEINRICH. *Beiträge zur Lehre von der «iusta causa»*. en «Arch. für civ.». Praxis, vol. 40, 1857, págs. 2 y sigts.

disenso es sólo latente y la voluntad de transferir y adquirir prevalece.

43. Los partidarios de la tradición abstracta reciben un refuerzo con el enorme prestigio de JHERING. Sin embargo, éste no pretende, a ultranza, una defensa exegética de la tradición abstracta. Se sitúa más bien en el «espíritu del Derecho y en la defensa del TRÁFICO, la seguridad del tercer adquirente. Reconoce que el momento causal no se agota con la exteriorización o significación de un motivo, sino que es un elemento esencial del negocio mismo, elemento sobre el que están de acuerdo ambas partes; es un presupuesto común sobre el que recae el acuerdo que imprime al acto su carácter específico, dentro del derecho patrimonial, de pago, donación, etc., donación con fin (*Zweckgabe*), etc. (54). Hasta aquí su razonamiento responde a la más pura ortodoxia clásica. Pero no obstante esta concepción tradicional, JHERING sale al encuentro del contrato abstracto. En el problema no sólo están interesadas ambas partes: las necesidades de la seguridad del tráfico se hacen presentes. Una justa ponderación de intereses fuerza al orden jurídico a renunciar a la *natural* unión del momento causal y transferencia de propiedad y situar en primer plano, con exclusividad, la voluntad abstracta de transferencia de propiedad. Pero esto es el resultado, no de una interpretación exegética de las fuentes, sino de una ponderación de finalidades. El carácter abstracto de la tradición se impone cuando se quiere facilitar la prueba del dominio, para proteger a cada tercer adquirente (*Dritterwerb*) (55), a fin de que un vicio en el negocio causal no resuelva retroactivamente los derechos de los sucesivos adquirentes (56). El contrato causal de esta manera queda reducido a un conjunto de acciones personales para satisfacer a la equidad. En todo caso el tercer adquirente llega a ser propietario, aunque alguno de sus predecesores hubiere adquirido en base de una causa inválida (57). Se suprime la posibilidad de contagio de un título

(54) JHERING, RUDOLF V. *Geist des röm. Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Leipzig, 1898 y años siguientes—*Kritisches und exegetisches Allerlei*, en «Jherings Jahrbucher», vol. 12 (1873).

(55) *Geist*, cit. 3.ª parte. Leipzig, 1906, 1 secc., pág. 210

(56) Ob. cit., págs. 209 y 212.

(57) Ob. cit., págs. 212 y sigts.

enfermo. Todo esto está muy bien y concluye por triunfar en el B. G. B. (58). Pero ¿y el Derecho romano? *Jhering* afirma: esto es (la protección al tercer adquirente) «una de las más felices ideas del Derecho romano (?); en todo caso, una de las firmes anclas para la seguridad de la propiedad» (ob. cit., pág. 214). Pero ¿y los principios «nemo dat quod non habet» y «resolutio iure dantem resolvitur ius concessus». Por eso, *JHERING* ha de ir a parar también al dudoso texto de *JULIANO* (59), echando su cuarto a espaldas en la discordancia entre D. 12, 1, 18 y 41, 1, 36. ¿No es extraño y sospechoso que cuestión tan ardua y trascendental como la de la tradición abstracta haya de apoyarse, para el Derecho romano, en un texto de *JULIANO*, dudoso e interpolado, enfrente de otros muchos textos que responden a un sistema coherente de traditio causal?

44. Frente a la tendencia innovadora y herética del contrato real abstracto, que hemos examinado con detalle, la inmensa mayoría de los juristas alemanes continúan aferrados a su concepción tradicional del título y modo. De entre éstos, una pléyade que citamos en notas (60) a (70), se deciden a combatir y refutar en todos los terrenos, la teoría de la *traditio* abstracta.

(58) Con la restricción del llamado principio de buena fe, que ha llevado a hacer valer el título anterior frente al tercer adquirente que lo conoce. So capa de la buena fe, se resucita la teoría del título y del modo en los mismos términos de la justa causa *usucapionis*.

(59) *Kritisches.*, cit., pág. 389.

(60) *VOINT, MORITZ. Ueber die conditiones ob causam und über causa und titulus im Allgemeinen.* Leipzig. 1862, particularmente, págs. 121 y sigts.

(61) *KRÜCKMANN, PAUL: Ueber abstrakte und kausale Tradition und* 929 B. G. B., en «Archiv. f. bürgerliche Recht», vol. 13 (1897).

(62) *LEIST, BURKHARD WILHELM: Manzipation und Eigentumstradition.* Jena, 1865.

(63) *BECHMANN, AUGUST: Geschichte des Kaufs im röm. Recht.* Erlangen, 1876.

(64) *KAISER, STEPHAN De iusta causa traditionis.* Berlin, 1870

(65) *BERNÖFT, FRANZ: Der Besitztitel im röm. Recht.* Halle, 1875.

(66) *HUSCHKE, PHILIPP EDUARD: Kritische Versuche über streitige Pandecten stellen und Materien,* «Archiv. civ. Praxis», vol. 62 (1879).

(67) *EISELE, FRIDOLIN: Civilistische Kleinigkeiten,* «Jherings Jahrbücher», vol. 23 (1885).

(68) *STROHAL, EMILH Rechtsübertragung und Kausalgeschäft.*

(69) *Hinblick auf den Entw., eines bürgerl. Gesetzbuches,* en «Jherings Jahrbücher», vol. 27 (1889).

(70) *KINDEL, W.: Konsensprinzip oder,* § 1, I, 10, A. L. R., «Jherings Jahrbücher», vol. 29 (1890).

Los partidarios de ésta arrancaban de dos fundamentos:

1.º El célebre texto de JULIANO. Frente a ese texto, los trabajos de LENEL llevan a reconstruirlo en su primitiva redacción: en donde JUSTINIANO dice *traditio*, inicialmente ponía *mancipatio*. Con la *mancipatio*, que desde luego era abstracta, era lógico que hubiera transferencia de dominio, no obstante el disenso en la causa. No es lícito aplicar igual conclusión a la *traditio*.

2.º La teoría de la *condictio*. Frente a esta concepción, los tradicionalistas del título y modo arrancan de la compraventa, consensual. Hay dos premisas fundamentales: una, la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida; en el momento de la entrega, hay una *traditio*, a la que la precedente obligación de dar sirve de causa. La *traditio* es un pago, se ha verificado *solvendi causa*; otra, el comprador, en Derecho romano, no adviene propietario hasta que no ha pagado el precio.

Los equilibrios comienzan a propósito de la *condictio indebiti*. ¿Por qué, si la causa es un requisito constitutivo de la transferencia, la falta de causa no lleva, en el pago indebido, a la nulidad y a la reivindicación? (71). Es BERNHÖFT, ya en 1875 (72), quien despeja el camino: se juega—dice—con dos conceptos distintos de la palabra causa.

Causa en la tradición, es diferente de causa en la *condictio*, en general.

En la tradición, la causa es la relación jurídica obligacional, apta, según la ley, para adquirir la propiedad mediante un pago.

La causa en la *condictio* es más concreta e individualista. Encierra en sí todas aquellas presuposiciones subjetivas que las partes han previsto como finalidad de la entrega. La *traditio* no es más que una *naturalis equitas* de una previa obligación de dar.

En general, los *tradicionalistas* acusan a los secuaces de SAVIGNY de buscar en los textos del Derecho romano «soluciones rebuscadas y afectadas, debidas a una opinión preconcebida» (EISELE).

«Con excepción de HUPKA y SCHÖNBAUER—dice FUCH, ob. cit., página 155—, todos los actuales romanistas están de acuerdo que la

(71) Porque, entre otras razones, la reivindicación es inaplicable a las cosas fungibles.

(72) Modernamente ha insistido enérgicamente en esta separación entre *causae traditionis* y *causae condictiois*, EHRHARD, ARNOLD: *Iusta causa traditionis*. Berlin und Leipzig, 1930, pág. 54. Véanse también págs. 48 y sigts.

traditio clásica no ha sido abstracta, sino causal, que el *animus dominii transferendi et accipiendi*, en el sentido de SAVIGNY, no ha tenido efecto alguno de transferir la propiedad».

45. Con arreglo a la teoría del título y modo, la *traditio* es algo más que el pago de una obligación de dar: es una formalidad necesaria para la adquisición de la propiedad y los derechos reales. No es, pues, un mero hecho. Es un acto jurídico, pero no es un acto jurídico independiente de su causa, esto es, de la obligación a que obedece su órbita. Hay que considerar tres posiciones de la *traditio* frente a la obligación: 1) Obligación precedente; 2) obligación subsiguiente; 3) ausencia de obligación. Así, tenemos las tres causas reconocidas históricamente a la *traditio*: 1) *Causa solvendi*; 2) *causa credendi*, y 3) *causa donandi*.

a) *Causa solvendi*.—La *traditio* es un pago de una previa obligación de dar. La *traditio* extingue una obligación. *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita sit venditio aut aliqua iusta causa praecesserit propter quam traditio sequeretur* (73).

La *traditio*, como pago que es, ha de cumplir los requisitos señalados por los arts. 1.157 y siguientes para el pago de las obligaciones de dar.

b) *Causa credendi*.—En el polo inverso, la *traditio*, en vez de ser un modo de extinguir una previa obligación de dar, es una fuente de una obligación de restituir. Es la *traditio* de los contratos reales, en el sentido de los viejos romanistas (no en el sentido de SAVIGNY y sus secuaces), que en el Derecho moderno continúan siendo el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda.

c) *Causa donandi*.—No hay obligación ni previa ni subsiguiente. Hay solo entrega liberal, *datio gratuita*.

46. *Síntesis de la doctrina española*.—Ha sido condensada por ALVAREZ, URSICINO (74).

a) *El problema terminológico legal*.

«Creemos—dice, pág. 112—que predomina en la terminología del Código el concepto de *título* como fundamento o causa juri-

(73) 4, 31. D., *De acqui rerum dom*, 41, I. Véase, en Parte I de esta obra, núms. 54-55.

(74) *El problema de la causa en la tradición*. Madrid, 1945.

dica que justifica y determina una adquisición o constitución de Derecho real». Y cita en su apoyo los arts. 1.952 (justo título para la prescripción), el 464, los 467 y 470, 523, 537, 540, 548, 1.957 y ambigüamente los arts. 433 y 537.

b) *El problema substantivo.*

Arranca del art. 20 de la Ley de Bases:

«Los contrátos como fuentes de las obligaciones serán considerados como meros *titulos de adquirir*, en cuanto tengan por objeto la traslación de dominio o de cualquier otro derecho a él semejante.»

«Una cosa aparece evidente—dice URSICINO ALVAREZ, pág. 113—, y es que nuestro Código Civil, frente al napoleónico y frente al proyecto de 1851, exige para la transmisión de la propiedad dos requisitos indispensables:

a) Un fundamento o causa jurídica de la adquisición, llamada predominantemente título.

b) Un elemento material más o menos espiritualizado: la entrega de la cosa, o *traditio*, con los posibles substitutivos en orden a la transmisión de inmuebles» (arts. 609 y 1.095) (pág. 114).

«Los comentaristas patrios no han vacilado nunca en aceptar como verdadera esta proposición: en el Derecho español el contrato obligacional sin entrega (o substitutivo) no transmite; y la entrega sin contrato obligacional, tampoco» (pág. 115).

Finalmente, «nuestro Código no suministra base alguna para poder admitir que la tradición sea un contrato autónomo. La tradición por sí sola, como acto equivoco que es, no presupone la existencia de este acuerdo, sino tan sólo en cuanto que la entrega es consecuencia del contrato causal en que el acuerdo ha cristalizado. Por lo demás, si se estima que en nuestro derecho la tradición es un contrato, por exigencia del art. 1.261, en nuestro Código habría de tener una causa, y ésta no puede ser la simple voluntad de enajenar y transmitir, que nuestro derecho no se reconoce autónomamente en parte alguna, sino esa misma voluntad plasmada en un contrato obligacional causal. Y no se invoque contra este argumento la presunción del art. 1.277, porque ella no hace sino reforzar de tal modo el requisito indispensable de la

causa, que cuando ésta no se expresa el Código la presume existente, salvo prueba en contrario» (pág. 117).

47. EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

Preceptos aplicables.

a) *En general.*

El Código Civil, siguiendo la tradición romana de las Partidas, consagra la teoría del título y modo en los arts. 609 y 1.095.

609: «La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten. . por consecuencia de ciertos contratos mediante la *tradición*.»

1.095: «El acreedor tiene derecho a los frutos de las cosas desde que nace la *obligación de entregarla*. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada.»

b) *Causa solvendi.*

Las obligaciones de dar están recogidas también en los artículos 1.096 y 1.097, sin discriminación alguna en cuanto a su fuente (compraventa, mutuo, etc.), en situación simétrica con las obligaciones de hacer (1.098 y 1.099).

El contrato de compraventa es de naturaleza obligacional, no real. Crea obligaciones, no derechos reales. «*Obliga* a entregar una cosa determinada» (1.445), y «el vendedor está *obligado* a la entrega» (1.461).

La *entrega* consiste en poner «la cosa vendida en poder y posesión del comprador» (1.462). Es decir, el Código llama entrega a la *traditio*. Excepto en el art. 609, en los restantes artículos ha preferido la palabra *entrega* a la de tradición. Y con el nombre de entrega consagra las diversas clases de *traditio*: instrumental (1.462, § 2), simbólica, *vacua traditio*, *brevi manu* (1.463 y 1.464).

En el pago se conserva la simetría de obligaciones de dar (1.160, 1.167) (sin distinguir entre ellas por razón de su origen) y obligaciones de hacer (1.161).

En el cobro de lo indebido se presupone un pago de cosa (1.895); de capitales o de cosa fructífera (1.896); de cosa cierta y determinada (1.897), etc. Es decir: la entrega se ha verificado *en pago* de una supuesta obligación de dar.

Creemos que con los preceptos indicados hay elementos suficientes para poder afirmar:

1.º La *traditio* nunca es abstracta. Se realiza «por consecuencia de ciertos contratos». No es, en sí misma un contrato, sino una consecuencia de otro contrato (609).

2.º La *traditio* es necesaria para la adquisición del derecho real (1.095). Esto se refiere a toda clase de derechos reales. Aquellos que por su naturaleza no sean susceptibles de posesión, el artículo 1.464 los llamados derechos incorporales, y respecto de ellos el Código les exige la *traditio* instrumental, o la *traditio chartae*, o el uso consentido.

3.º La entrega de la cosa (*traditio*) obedece a un pago de una obligación de dar, salvo los supuestos después contemplados en los núms. 48 y 49.

Ni en las obligaciones de dar ni en la teoría del pago ni en la de la compraventa hay diferencia alguna entre la *traditio*, que obedece a un título de compra o a otro título cualquiera. Todas las entregas en vista de una previa obligación de dar, constituyen un pago. Esto es, todas se verifican *causa solvendi*.

48. c) *Causa credendi*.

En los contratos reales—en sentido tradicional y no en el de SAVIGNY (mutuo, comodato, depósito y prenda) hay *traditio*; pero no subsigue, sino que precede a la obligación. Esta nace *por* y *desde* la entrega, porque son contratos de restitución y no se puede restituir sin la entrega previa. De estos contratos, el único que transmite la propiedad es el mutuo (art. 1.753).

La previa *traditio* está reconocida en los arts. 1.740 para el préstamo, 1.758 para el depósito y 1.683 para la prenda.

49. d) *Causa donandi*.

En la donación, el donante no tiene obligación alguna de entregar; el donatario tampoco adquiere la obligación de devolver. No hay, pues, ningún supuesto legal de obligación anterior ni posterior a la entrega. Incluso en los supuestos de donación remuneratoria, hay donación «siempre que no constituyera deudas exigibles» (619). La donación es por definición un acto de liberali-

dad (618). Se le llama también contrato de «pura beneficencia» y no tienen otra causa que la «mera liberalidad del bienhechor».

C)

CAUSA OBJETIVA

(Continuación.)

CAUSA REMOTA.

La causa de las obligaciones.

50. *Aspectos.*—La causa de las obligaciones, tiene dos aspectos:

a) La causa *objetiva*, legal—causa eficiente—que, afectada a la validez del acto o contrato, como elemento, del negocio jurídico, idéntica para cada categoría de éstos, y cuya ausencia conduce a la inexistencia, a la nulidad o a la resolución del mismo; y

b) La causa *subjetiva*, voluntaria—causa final—, que se adjunta a la causa objetiva; su ausencia no hace, por regla general, inválido al acto o contrato, pero su frustración reacciona sobre los efectos del mismo mediante el uso de remedios especiales, señaladamente, las acciones de enriquecimiento sin causa.

51. A su vez cada una de las dos clases de causa, aparece en la Historia de una de estas dos maneras:

1) Como causa *justificante*. La causa no es un requisito constitutivo del acto o contrato. Los actos, o son abstractos, como la *stipulatio*, o, sin serlo, no necesitan, en el momento de su formación, la mención expresa de una causa: *traditio*.

2) Como causa *habilitante*. La mención de la causa gana la categoría de un requisito esencial en la formación del acto o contrato, en la declaración de voluntad. (*Teoría de la causa expresa*).

La historia de la causa como requisito habilitante, va unida a la historia de la causa natural, causa lícita y causa final. Todo ello es debido a una mayor participación de las ideas morales en el ámbito de la formación de los negocios jurídicos.

LA CAUSA OBJETIVA, GENÉRICA Y SU ESQUEMA LEGAL.

En Roma para la eficacia de un acto hacia falta el *nomen iuris* o la *causa civilis*.

52. *Nomen iuris* (causa específica).—Todo Derecho primitivo vive en un período de símbolos y fórmulas fijas y típicas, rigidamente estereotipadas en la ley. Es el período conocido en Derecho romano por el de las acciones de la ley (*legis actiones*). Toda la vida jurídica estaba tipificada en actos solemnes (*sponsio, Mancipatio, nexum*, etc.), o en acciones, igualmente típicas, de cuño legal. La eficacia derivada de la causa específica concedida por la ley (*legis actio*). Lo que, naturalmente, excluía toda causa genérica. En vez de causas genéricas, había formas genéricas, lo que equivale a decir que todas las formas extrajudiciales (*Mancipatio, in iure cessio*, etc.) y todas las fórmulas procesales, eran abstractas. Los contratos se agrupaban en un determinado tipo legal (*nomen iuris*). (Contratos nominados). Es la época y sistema de los «contratos típicos».

El procedimiento formulario multiplica las fórmulas de las acciones. El Magistrado, en cada caso, da la fórmula, tomándola, bien de la ley, bien del edicto del pretor, o bien, finalmente, adoptando, por analogía, unas y otras.

53. *Causa civilis*.—Las necesidades del tráfico jurídico rebasan los tipos—acciones y negocios—del *nomen iuris*, y dan lugar a acciones genéricas y a contratos atípicos o innominados. En una palabra, da lugar a formularios en blanco, que los contratantes han de llenar. Hay que señalar cuáles son los claros que los particulares pueden llenar en el formulario. Hay que dar contenido a la genericidad; mejor dicho, hay que seleccionar, entre los contenidos que le ha dado o le puede dar el tráfico jurídico, aquel que debe ser protegido por la ley, con exclusión de todo otro. La ley configura el contenido de esta «genericidad» en esquemas legales que señalan la causa por la cual es eficaz el acto, el negocio o la acción. La existencia y licitud de la causa es un límite legal a la genérica amplitud legal. El por qué legal genérico, necesita ac-

tuarse por otro por qué más concreto y específico. La ley no señala los contratos típicos, porque hay contratación atípica; pero fija cuáles son las «causas genéricas» a las que hay que ajustarse para la validez substantiva del acto o contrato.

54. «En los contratos típicos o nominados—dice BIONDI (75)—la causa está ínsita en el *tipo* mismo y está considerada por la ley cuando reconoce y disciplina los *tipos* singulares de contrato: por tanto, basta probar la existencia de aquel determinado tipo de contrato sin necesidad de probar como elemento específico la existencia de la causa; como, paralelamente, en tales contratos no tiene sentido la cuestión de la inexistencia de la causa o de la causa ilícita o torpe. Por el contrario, en los contratos innominados o atípicos el requisito de la causa tiene una función particular, y por tanto, debe ser positivamente probada. En otros términos, mientras el contrato típico vale únicamente porque las partes lo hayan querido, puesto que allí está ínsita la causa, el contrato atípico vale, no por el solo hecho de que las partes lo quieran, sino en cuanto allí haya una causa y ésta no sea ilícita o torpe». «Estas consideraciones demuestran cómo en el sistema romano de la tipicidad de los contratos el problema de la causa no surge. Cada tipo presenta una propia causa ínsita en cada uno de ellos, y por tanto, no se estima como requisito distinto de los otros que individualizan aquel tipo determinado.» «La cuestión de la causa como requisito positivo del contrato empieza a perfilarse en los contratos innominados, y consiste en la ejecución de una prestación para obtener una contraprestación: causa es, por tanto, la preventiva ejecución de una prestación para obtener otra. No es un azar que la acción con la que, en caso de incumplimiento, el que ha ejecutado su prestación puede repetirla, se califica *condictio ob causam*, o *causa data causa non secuta*.»

55. La *datio*.

Esta *prestación* se llama *datio*. Durante mucho tiempo es el único sistema de constitución de las obligaciones *ex re*, que quedan reducidas al esquema *do ut des*, *do ut facias*. Posteriormente, se

(75) *Contratto e stipulatio*. Milán, 1953, pág. 247.

asimila a la *datio* la prestación *factum* y se completa el esquema con los otros dos miembros: *facio ut des* y *facio ut facias*, que no tienen dogmática propia, sino aplicación analógica de la de la *datio*.

Si del lado de la *datio* (*ex re*) surge el concepto de prestación, del lado de la *stipulatio* (*verbis*), surge la promesa.

CICERÓN (*Pro Roscio Comoedo*) y el bronce de BONANZA enumeran la *datio* entre las causas de la *condictio* al lado de la *stipulatio* y la *expensilatio* (o *contrato litteris*). Prescindiremos de esta última, dado su ámbito limitado y exclusivamente romano, y nos ocuparemos de la *datio* y de la *stipulatio* como causas.

56. *Sus aspectos.*

Prescindamos del problema de si la *datio*, como pretendía BRINZ (76), es o no una *forma* contractual, en cuyo caso la declaración de voluntad adjunta queda reducida únicamente a una *lex dationis*; o si la declaración de voluntad integra la «conventio» y la *datio* sólo le da eficacia, como señalaba BRASIELLO (77); o como decían los glosadores (78), la *conventio* sólo tiene valor de pacto, y la *datio* la convierte en pacto vestido. No veamos de momento en la *datio* más que el hecho jurídico, el *negotium* en el sentido amplísimo, que esta palabra tenía entre los juristas romanos clásicos.

57. *La datio y la traditio.*

Datio es más amplia que *traditio*, porque ésta se refiere a la entrega de cosas y aquélla llega a abarcar todo hecho o prestación que sea contenido de una obligación. La *datio*, en términos generales de prestación, comprende lo mismo el *do* que el *facio*.

La *traditio* se enlaza con las obligaciones de dar, no con las de hacer. La *traditio* normal es el pago de una obligación de dar: *traditio causa solvendi*. Basta con que ambas partes estén de acuerdo en que la *traditio* se verifica en pago de una precedente

(76) *Pandekten...*, II, pág. 473.

(77) BRASIELLO: *Obligatio re contracta*, en «Studi onore di P. Bonfante», vol. II, págs. 578-579.

(78) NÚÑEZ-LAGOS: *Hechos y derechos en el documento público*. Madrid, 1950, págs. 176 y sigts.

obligación, real o supuesta—vera o putativa—con ánimo de extinguirla y liberar al deudor, para que exista la *causa solvendi*, sin entrar a examinar la naturaleza y validez de dicha obligación. Es suficiente la *presencia* de la obligación: esto es, que las partes tengan *presente* que el pago se hace porque creen en la existencia de dicha obligación. De ahí el juego de la buena o mala fe y del error o la *sciencia* en la *conditio indebiti*. A esta obligación jurídicamente presente en el momento del pago se llama causa o título. Este título, a su vez, tendrá una causa (causa de la obligación, causa remota o causa de la causa), que haya originado la obligación de dar a que obedece el pago.

Así:

Primus realiza ciertos trabajos para *Secundus*, mediante un precio. La fuente de la obligación es el contrato de trabajo, que tiene su causa en el *facio* de *Primus*—que en términos amplios es, *datio*, pero no *traditio*—, y el precio de *Secundus*. En el momento de perfeccionarse el contrato, hay dos promesas correspectivas; todavía ninguna prestación o *datio*. La existencia de las dos *promesas* es suficiente para que el contrato tenga causa.

La obligación de hacer tiene su causa en la de dar y recíprocamente. Y esta bilateralidad genética, inicial, basta para la existencia y validez del contrato.

58. *Causa próxima y causa remota.*

Más allá del momento de la perfección, en el del cumplimiento, *Primus* convierte la promesa en prestación, haciendo entrega a *Secundus* de la obra realizada. Aquí ha habido un *facio*, pero; en sentido amplio se entiende que hay *datio* y que *Secundus* recibe la obra realizada. Hay, pues, un pago, pero en sentido amplísimo de cumplimiento de cualquier clase de obligación, y, por tanto, de una obligación de *hacer*. Pero si bien hay *datio*, no hay *traditio*.

Secundus, una vez recibida la obra o trabajo realizado por *Primus*, hace efectiva su promesa de entregar el precio: realiza un pago de una nueva obligación de *dar*. Aquí no sólo hay *datio*, en sentido técnico. Hay una *traditio solvendi causa*.

La causa de la *traditio* es, pues, la previa obligación de *dar*.

—*iusta causa traditionis*—. La causa de esta obligación de *dar* es la correspondiente obligación de *hacer* de *Primus*. En la *traditio* la causa está en la promesa u obligación del mismo *tradens*. En el contrato, a la inversa, en la obligación de la contraparte. A la primera, repitémoslo una vez más, se la llama causa próxima; a la segunda causa remota.

59. *Obligationes ex re contracta*.

Veamos ahora el *do ut des* del esquema clásico.

En un sentido técnico restrictivo, se llaman contratos reales: son el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda. La entrega de la cosa—*traditio causa credendi*—es requisito esencial constitutivo del contrato. El contrato es unilateral, porque sólo hay obligaciones para el *accipiens*. El *solvens* no tenía obligación alguna antes de la *tradición*.

En un sentido más amplio abarca impropriamente aquellos contratos consensuales en los que una de las partes cumple su obligación simultáneamente con la perfección del contrato. Por ejemplo: el vendedor mercantil al fiado. Entrega su mercancía en el momento de perfeccionar el contrato de compraventa, ante la promesa de que le pagaran el precio. Pero por ministerio de la ley, todo vendedor tiene obligación de entregar la cosa, y en el momento en que se realiza la entrega no cambia ni la naturaleza de la obligación de dar ni la de su pago. Aquí no hay *obligatio ex re contracta*, sino obligación correspondiente de compraventa. La *traditio* de la cosa se hace *causa solvendi—incontinenti*—de la obligación de dar del vendedor.

Pero desde el punto de vista de la causa, hay *prestación, datio* y no promesa. Responde al esquema *do ut des*.

60. La *datio* y el tiempo.

La *datio* podía preceder o seguir a la contraprestación de la otra parte.

1) *Datio precedente*.

Si *precedía*, la contraprestación de la otra parte era lógicamente *futura* vista desde el mismo momento de la *datio*. Esta con-

traprestación futura podía consistir: a), en devolver la misma *datio* (*idem vel tantundem*); o b), en verificar otra prestación diferente, originándose así, correlativamente, los contratos reales (*ex re*) [en los que la entrega de la cosa (*traditio*) constituye el contrato y consiguientemente la obligación de devolver]; y las *dationes ob causam*, en las que, la *datio* transmite la cosa, pero no constituye el contrato, por lo que la obligatoriedad de ejecutar la contraprestación resulta bien, *directamente*, de una *stipulatio* coetánea y adjunta, o bien, *indirectamente* sancionada por la amenaza de la restitución, mediante la *condictio*.

2) *Datio subsiguiente.*

Si la *DATIO* seguía en la contraprestación, la *datio* era pago o cumplimiento de una obligación civil o natural precedente. La *datio* no era fuente de obligaciones, sino modo de adquirir el dominio, y esta dimensión, se llama *traditio*; y la obligación precedente, vera o putativa, invocada en el acto de la *traditio*, se llama *titulus*. Aquí la *datio* es también modo de extinguir obligaciones, y, como tal, se llama *solutio*, y su causa o título, invocado en el momento de la *traditio*, *causa solvendi*.

61. *Causa próxima en la causa credendi.*

La *datio* tiene, pues, función de prestación y también de contraprestación.

Datio es, en el momento constitutivo, la prestación efectiva, realizada, consumada, bien *do*, bien *facio*. *Datio* es también la contraprestación (*ut des, ut facias*), pero únicamente en su momento de efectividad, de realización, de consumación; en acto y no en potencia.

En la *mancipatio* primitiva, en la compraventa manual, cosas y precio se entregan de presente y simultáneamente, *in continenti*, por lo que ambas son prestaciones. Cuando la prestación se realiza de presente—*in continenti*—y la contraprestación ex intervalo, el factor tiempo en medio crea el tipo *do ut des*. Doy, en presente, para que des, esto es, porque darás, en futuro (causa próxima de la *datio*). Esta contraprestación futura puede asegurarse *directamente*, haciéndola objeto de una obligación—*prome-*

sa—mediante la *stipulatio—actio ex stipulatu*—; o indirectamente, con la amenaza de exigir la restitución de la *datio*, mediante *condictio (datio ob causam)*.

62. Promesa.

La *stipulatio* engendraba la obligación sólo en una de las partes, la que contestaba la pregunta, que se llamaba *promitente*, y el acto de este promitente, *promesa*. La promesa no era, pues, prestación. Carecía de actualidad, de realidad. No era prestación en acto, sino en potencia; no de presente, *in continenti*, sino de futuro, *ex intervallo*. En una palabra, se *prometía*, pero no se realizaba, no había ejecución instantánea de la prestación, porque ésta se aplazaba, no había *consumación* de contrato, sino sólo *perfección*.

De ahí una primera nota de la promesa: el aplazamiento, la dilación. No es la única: a su lado surge otra, la *sustitución*.

La promesa *sustituye*, provisionalmente, a la prestación, mientras ésta llega, en todas las funciones de causa. La promesa equivale *de momento* a prestación, y llena su papel de contrapartida, tanto en el momento de la perfección del contrato como después, *medio tempore*, hasta que llegado el tiempo (*certus an*) o el evento (*incertus an*) la sustitución, por su naturaleza provisoria, se esfuma y se impone, o bien la efectiva prestación o bien la realidad de su incumplimiento, con todas sus consecuencias.

Esta es la sustitución inmediata o temporal (*pro solvendo*). A su lado, existe la llamada sustitución mediata o definitiva, esto es la sustitución de una prestación por otra en el momento del pago (*pro soluto; datio in solutum*).

En el momento de convertirse la promesa en prestación, puede ésta, con respecto a la *datio*, comportarse de una de estas tres maneras:

a) Restitución de *idem*, esto es, de la misma *datio*. Comodato, por ejemplo. Aquí no hay sustitución mediata.

b) Restitución de *tantundem, ejusdem generis*, esto es, de otro tanto de la misma especie y cantidad. Aquí hay sustitución *homogenea* del mismo género.

c) Restitución de prestación distinta. Por ejemplo, donación

con la carga de hacer un panteón. Aquí tenemos la sustitución *heterogénea*.

63. *La promesa como negocio de cumplimiento.* La promesa *solvendi causa* como pago.

Este fenómeno natural de que la promesa o prestación de futuro sustituya y equivalga—en el artículo 1.274 del Código Civil español, están parificados, en valor, prestación y promesa—a la prestación de presente (*datio*) se ve claro en los supuestos en que la promesa se materializa en un papel—cheque, letra de cambio, pagaré, etc.—contemplados en el artículo 1.170 del Código Civil. Con la entrega del documento mercantil, se produce, de momento, una prestación de presente, una entrega de cosa mueble (papel)—con valor no propio, sino reflejo—(*datio in continenti*). Esta entrega tiene una función de pago de deuda de dinero. Pero este pago, en su eficacia, no es definitivo, sino provisional, sujeto a la *conditio iuris* de que llegado el *día advenga* el pago efectivo. Es decir: los documentos mercantiles sólo constatan una promesa, y no son medios de pago, *pro soluto*, sino únicamente *pro solvendo*. El artículo 1.170 del Código Civil no hace más que salirle al paso a una posible errónea desviación mercantil de la doctrina legal civil. Y viene a decir a los documentos mercantiles: Por muy privilegiados que os creáis, en esta materia seguís la regla general; mientras la promesa no se cumpla, la acción derivada, la obligación primitiva—obligación causal—quedará en suspenso (1.170 *in fine*).

64. *Los precursores del Code Napoleón.*

Durante los siglos xvi, xvii y xviii, en materia de causa de las obligaciones, las naciones de hoy día (Francia, Italia, España, Alemania, etc.) se nos presentan como un mosaico de legislaciones de distintas tendencias, colores y matices en materia de causa, según siguieran a mayor o menor distancia las directrices del Derecho romano común y del Derecho canónico. Hay que llegar a los precursores del Code Napoleón, para encontrar algún interés de carácter general para nuestras ideas.

65. DOMAT (*Les loix civiles*, lib. I, tomo I, sección I), distingue los contratos—sólo se refiere a los contratos—onerosos de los gratuitos.

a) *Contratos onerosos*. Hay tres géneros de convenciones:

1) Contratos que implican dos daciones, o dación correlativa de dos cosas. Permuta, compraventa o cambio. También incluye en este primer grupo—daciones—el préstamo.

2) Contratos que contienen dos hechos (*facta*). Cambio de servicios recíprocos.

3) Contratos mixtos de los otros dos: «el uno hace y el otro da».

En todos estos casos «la obligación del uno, es el fundamento de la obligación del otro».

Hemos de observar:

Primero: DOMAT explica la causa objetiva, legal, igual y la misma para cada clase de contrato—venta, arrendamiento, etc.—.

«Así—dice—, la obligación que se forma en esta clase de convenciones, el provecho de uno de los contratantes, tiene su causa en el provecho de la otra parte.»

Segundo: La causa para DOMAT es un requisito esencial del contrato. «Y la obligación será nula si en la realidad carece de causa».

La falta o el vicio de la causa juega distinto papel:

a') La ausencia de causa inicial impide la formación del contrato.

b') La causa falsa, que da derecho a una acción de nulidad.

c') La desaparición ulterior de la causa, que origina una acción resolutoria.

Como vemos, rezuma el esquema romano *do ut des, facio ut facias*, etc. En el fondo, la causa no es más que la corresponsabilidad de las prestaciones (obligaciones reciprocas en el Código Civil español, art. 1.124).

b) *Contratos lucrativos*.

En estos contratos, la corresponsabilidad falla. En ellos DOMAT no habla verdaderamente de causa, sino más bien de subrogados de la causa. El motivo que ha impulsado a donar, como, por ejem-

plo, un servicio prestado por el donatario, lo mismo que el *animus donandi*, «le seul plaisir de faire du bien», más que causa «tient-nent lieu de cause».

66. POTHIER (*Traité des obligations*, cap. I, sección 1.ª, art. III, § 6, núm. 42) enumera la causa entre los elementos *esenciales* de los contratos (consentimiento, objeto y causa). «En los contratos onerosos—dice—la causa de la obligación contraída por una de las partes, radica en lo que la otra le da o se compromete a entregarle, o incluso en el riesgo mismo que asumé. En los contratos de beneficencia, la liberalidad que una de las partes quiere ejercitar respecto a la otra, es causa suficiente de la obligación que con ella contrae. Mas cuando la obligación no tiene causa alguna o, lo que es lo mismo, cuando es falsa la causa de la obligación, ésta será nula y, por tanto, nulo también el contrato que la contiene».

67. Las ideas de DOMAT y de POTHIER están presentes en la Exposición de motivos del art. 1.131 del Code Napoleón (79): «No hay obligación sin causa: ésta consiste en el interés recíproco de las partes o en la beneficencia de una de ellas».

De esta manera desembocamos en el Code Napoleón, que dice:

1.131. «La obligación sin causa, o con causa falsa, o con causa ilícita, no puede producir ningún efecto.»

1.132. «La convención no es menos válida, aunque la causa no se haya expresado.»

La doctrina tradicional del Code Napoleón ha sido expuesta por todos los grandes comentaristas de la llamada Escuela de la Exegesis. Modernamente, la teoría de la causa objetiva se ha llamado *Teoría clásica*.

68. *Teoría clásica*.—Contrapone firmemente la causa y el motivo. Este no se aprecia por el derecho, no debe ser investigado por el juez. Queda dentro de lo psicológico.

«La causa final—dice Demolombe—reside en el *fin inmediato*

(79) BIGOT PREAMENEU, cfr. LOCRÉ: *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, 1828, tomo XII, pág. 325.

que la parte que se obliga se propone precisamente conseguir obligándose. A fin de conocer las diferentes causas posibles de las obligaciones convencionales, es preciso investigar para cada una de ellas cuál es el fin inmediato que la parte contratante se ha propuesto conseguir. La respuesta a esta cuestión está evidentemente subordinada a la naturaleza diferente de los diversos contratos.»

«¿Se trata de un contrato sinalagmático? La obligación de cada parte tiene por causa la obligación de la otra. ¿Por qué, en efecto, el vendedor se obliga a entregar su cosa al comprador? ¿Cuál es el *fin inmediato* que se propone conseguir obligándose? El de obtener a cambio la obligación del comprador de pagarle el precio. Y recíprocamente, ¿por qué el comprador se obliga a pagar el precio al vendedor? ¿Cuál es el *fin inmediato* que se propone conseguir obligándose? El de obtener, en cambio, la obligación del vendedor, de entregarle la cosa, y es también al mismo tiempo, según nuestros principios modernos, la adquisición inmediata de la propiedad de esta cosa, cuando se trata de un cuerpo cierto. Que se tomen sucesivamente, uno a uno, todos los contratos sinalagmáticos y se encontrará siempre que la causa de la obligación de una de las partes es la obligación de la otra o, más exactamente, *el hecho o la promesa de la otra.*»

«En los contratos unilaterales, la causa de la obligación contratada por una de las partes es el hecho o la promesa de la otra. Es preciso no confundir, como en los contratos sinalagmáticos, la causa con el objeto. El objeto es *quid debetur*: la causa, *cur debeatur*. «En los contratos gratuitos la causa final es la intención de haber una liberalidad» ... (80).

La doctrina clásica se cuida mucho de distanciar la causa final del motivo o causa impulsiva.

«La *causa impulsiva* — añade Demolombe — no es más que el motivo que lleva a cada una de las partes, por su lado, a contratar; el motivo del contrario, *cur contraxit*, y no el motivo de la obligación, *cur promisit*.—Dos diferencias la distinguen de la causa final—: En primer lugar, que no es un elemento intrínseco y *constitutivo* de la obligación; es, por el contrario, extrínseca, ex-

(80) DEMOLOMBE: *Cours de droit civil français*, tomo XXIV, págs. 329 y sigts.

terior. Por consecuencia, es relativa y personal a cada uno de los contratantes en particular. Mientras que la causa final es siempre idénticamente la misma en todos los contratos idénticos; la causa impulsiva es esencialmente variable; y es, en efecto, casi siempre diferente en los mismos contratos para las partes que los celebran. En un contrato de venta, por ejemplo, sea hecho por Pedro, por Pablo o por Jaime, la causa final será siempre invariablemente idéntica; para el vendedor, la obligación del comprador de pagarle el precio; y para el comprador, la obligación para el vendedor de entregarle la cosa.»

«Por lo mismo, no se puede comprender un contrato de préstamo, en el que la causa final, para el prestatario, no sea la tradición de la cosa que le ha hecho el prestamista. Pero, ¿Porqué motivo Pedro, Pablo o Jaime se han endeudado? El primero, quizá para pagar un precio de venta; el segundo, para dotar a su hija; el tercero, para hacer grandes reparaciones a su inmueble, o para jugar, etc., el campo deviene entonces sin límites para todos los motivos, serios o frívolos, que puede llevar una persona a un contrato» *ibidem*, pág. 340).

Los motivos caen fuera del contrato, no interesan al Derecho.

69. La dirección procesalista.

BETTI (81) recoge una dirección procesalista de la causa objetiva: es la razón o pretensión de la acción (C. C. español, artículo 1.252) (*causa petendi*).

La acción representa la *posición lógica* del Derecho subjetivo «en cuanto echado en el crisol del proceso». La *razón o pretensión hecha valer* es la expresión característica de la iniciativa de la parte (actor), al cual incumbe especificar en la demanda judicial y, con fórmula completa y definitiva, en la comparecencia conclusional, el *quid iuris* en relación a aquella hipótesis jurídica que es la voluntad de la ley; expresión que tiene carácter de apreciación unilateral con intento práctico. LITE es, para BETTI, un

(81) BETTI, E.: *Cosa giudicata a ragione fatta valere in giudizio*, en «Riv. Diritto comm.», XXVII, 1929, I, pág. 544, *Ragione e azione*, en «Riv. Dir. proc. civil», IX (1932), parte II, págs. 205 y sig. Idem en *Anuario di Diritto comparato e di studi legislativi*, II, pág. 41, 44 de la separata. (Véase antes Guasp, al núm. 6).

conflicto entre dos razones o pretensiones, y es también esto uno de los conceptos fundamentales de la reconstrucción del proceso romano que hace BETTI en sus *Instituzioni di Diritto romano* (II, 636 y sigts., 714 y sigts., 820 y sigts.): La pregunta es ésta: «Si subsiste o no la voluntad de ley así individualizada», de donde la acción sería el derecho preexistente al proceso, conferido por la ley procesal en orden a una dada razón o pretensión que hacer valer. De donde, razón y acción, dos conceptos fundamentales, conexos, pero distintos, indispensables para entender el proceso lógico dirigido a individualizar la voluntad de ley, a fin de que el Estado pueda cumplir su función de soberanía. Derecho de acción es el poder de provocar, enfrente del adversario, la actuación de la ley. Tal poder provocatorio se puede también ejercitar en el proceso extrajudicial como interés en obrar, esto es, en la actuación de la ley. Son aplicables a uno y otro tipo de proceso, extrajudicial y judicial, el concepto de *status*, de *relación* y de CAUSA o razón que se hace valer.

70. La oposición a la teoría clásica.

En Francia se originó una reacción contra la teoría causalista.

De un lado, surgió la teoría anticausalista. De otro lado, la causa ilícita y la causa inmoral, se avenían mal con la causa objetiva de la teoría clásica. ¿Cómo era posible que siendo la causa para todas las compraventas la corresponsividad de cosa y precio, hubiera una compraventa con causa ilícita o inmoral? ¿No equivalía esto a investigar los motivos? La jurisprudencia francesa había elaborado una rica teoría sobre la causa ilícita. ¿Era ésta la negación de la teoría clásica con su distinción entre causa y motivo? ¿No era, por el contrario, que al lado de la causa objetiva renacía la causa fin individual o causa subjetiva de los canonistas?

Finalmente, a enturbiar las aguas ha contribuido no poco la falta (teórica) de *traditio* en la legislación francesa, que ha llevado constantemente a confundir supuestos de causa próxima (*causa solvendi*, *causa credendi*, *causa donandi*), o causa de los desplazamientos patrimoniales, con los de causa remota (causa de la obligación y causa ilícita).

71. Dos órdenes de consideraciones han querido dar al traste con la teoría clásica. Uno esgrimido por la teoría anticausalista demostró que la causa no era un elemento esencial para la existencia y validez de los contratos, pues carecía de independencia frente a los otros dos elementos, el consentimiento y el objeto. Otro, el concepto de causa ilícita era superfluo para la teoría clásica, ¿cómo era posible una compraventa con causa ilícita si no se podían investigar los motivos y la causa era siempre la misma para todas las compraventas? Esta segunda objeción no salía del Templo de los Doctores, sino brotaba de la vida ante los Tribunales y tuvo que resolverla empíricamente la jurisprudencia.

72. Teorías anticausalistas.

a) *Precedente*.—Formulada por ERNST en 1826, en una tesis cuyo título revela que el nudo de la cuestión estaba en el nacimiento del contrato y no en su ulterior subsistencia (*La cause est elle une condition essentielle pour la validité des conventions?*) adquiere una gran trascendencia con LAURENT (tomo XVI, núm. 111), BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE (tomo XII, núms. 321 y sigts.) y con PLANIOL (tomo II, núm. 1.037 y sigts.).

«Si la causa—dice Ernst—en los contratos a título oneroso es lo que cada una de las partes debe respectivamente a la otra, se confunde con el objeto de la convención, y, por tanto, de nada sirve hacer de una sola y misma cosa dos elementos separados. En los contratos a título gratuito, si la causa reside en la liberalidad del bienhechor, no es tampoco verdad que forme por sí misma una condición exterior de la existencia de estos contratos. No se puede separar el sentimiento que anima al donante de la voluntad que él expresa, para hacer un elemento del contrato (82). Es decir, la causa se confunde con el consentimiento, en los contratos gratuitos y con el objeto en los onerosos.

b) La causa se confunde con el consentimiento, tanto en los contratos a título oneroso como en los gratuitos.

En nuestros días, el anticausalista que más se ha destacado ha sido DABIN (83), profesor de la Universidad de Lovaina.

(82) Cfr. BONNECASE. Suplemento a *Baudry*, tomo II, pág. 681.

(83) DABIN, J.: *La teoría de la causa*, trad. de Francisco de Palsmaeker. Madrid, 1929.

73. *Causa objetiva.*

«En los contratos sinalagmáticos—dice, págs. 67-68—es donde la teoría de la causa encuentra ambiente propicio. De ellos nació y de su seno se la quiso irradiar sobre campos extraños y hostiles, en virtud de pretendidas razones literales, completamente extrañas a su naturaleza y principios.»

«¿Cuál es, por tanto, el valor de la teoría considerada en su ambiente propio? Desgraciadamente, ni aun aquí lo tiene, pues fué importada a él en virtud de argumentos tan falaces como los que sirvieron para extenderla a aquellos otros. Si la teoría de la causa ha encontrado campo de aplicación, al parecer propicio, en materia sinalagmática, es porque DOMAT confundió los contratos sinalagmáticos con los innominados del Derecho romano.»

«Para que la validez de la obligación exija una causa hay que pensar en un sistema donde la obligación tenga existencia independiente (84) de la obligación correlativa, estableciendo así dicha teoría el lazo de unión entre ambas obligaciones. Mas en los contratos sinalagmáticos dicha unión existe siempre, y siempre se presenta también con carácter de necesidad, porque esa dependencia mutua de las obligaciones deriva de la voluntad creadora de las partes, que gozan de un poder susceptible, no sólo de crear obligaciones, sino de hacerlas mutuamente dependientes.»

«Y ésta es precisamente la característica del contrato sinalagmático. El *consensus* no recae separadamente sobre cada obligación, lo cual permitiría que surgiera con independencia cada una de ellas y explicaría, en realidad, la necesidad de una causa; el consentimiento en ellos recae sobre ambas obligaciones *conjuntamente*. Así, por ejemplo, en la venta, la transmisión de la propiedad de una cosa mediante el precio estipulado, es lo que constituye el objeto indivisible del acuerdo de voluntades; y el exigir además una *causa* implica no comprender lo que es en su esencia un contrato sinalagmático.»

«Es verdad—como dice DABIN—que en los contratos sinalagmáticos la dependencia mutua de las obligaciones existe siempre,

(84) En estos supuestos—decimos nosotros—la obligación es precisamente abstracta, y la causa únicamente serviría, no para la validez, sino para la repetición por la *condictio*.

pero no por la voluntad creadora de las partes, por el *consensus* conjunto, sino por imposición de la ley. Precisamente por la causa, esa voluntad creadora no puede crear obligaciones independientes (abstractas), y no se necesita querer la mutua dependencia, pues aunque no se quiera—ausencia de voluntad o voluntad contraria—, la interdependencia de las obligaciones, correspectivas (sinalagmáticas) o no, es un requisito y una consecuencia del elemento llamado causa.»

74. *Causa subjetiva.*

«Al desencadenarse las críticas contra la teoría de la causa—sigue DABIN, pág. 72—sus últimos mantenedores han pretendido acentuar más la orientación *subjetiva*». DUBREMIL expone con bastante claridad este sistema: «Sea cual fuere el contrato con ocasión del que se defina la causa, ésta consiste siempre—dice—en el móvil esencial a que obedeciera el contratante». Pero después de haberla definido de una vez para todos los casos, es de notar que en los ejemplos particulares donde se puntualiza el concepto, y olvidando que se trata de una *noción intencional*, se insiste en su carácter objetivo, diciendo que en el contrato sinalagmático la causa de la obligación es la *contraprestación* debida; en el contrato real, lo es la entrega de la cosa. Y cuando la teoría se pronuncia con escrúpulos y emplea todas las reservas necesarias, sostiene que «en el contrato sinalagmático la causa la constituye la *consideración* de la obligación correspondiente, así como en los reales consiste en la *consideración* de la cosa recibida».

«Desde el punto de visto histórico es preciso notar que semejante interpretación está en pugna con la concepción *objetiva* de DOMAT. Ahora ya no es la causa objetiva vista en los contratos sinalagmáticos la que va a dar la orientación a todo el sistema, sino que asume tal función la causa *subjetiva* de las liberalidades... DOMAT y POTHIER, sin embargo, jamás vieron en la causa un móvil, ni siquiera en las liberalidades: «el motivo que debe en ellas hacer las veces de causa» no es un móvil, por ejemplo, el propio agradecimiento, sino que se trata siempre de un servicio prestado con antelación, y que puede considerarse como la contraprestación de la liberalidad. La intención de liberalidad «suficien-

te para fundamentar la obligación» sólo sirve—añade DABIN—para encubrir la ausencia de causa en este caso».

«Si procedemos ahora—sigue DABIN, pág. 73—al análisis de la noción *subjetiva* de la causa, veremos cómo el *motivo* queda absorbido por el consentimiento. A decir verdad, se ha intentado establecer un criterio distintivo, para lo cual BUFNOIR sostiene que «la causa es como un elemento *subjetivo* que viene a *completar* la voluntad del que se obliga»... Con más precisión, BARTIN considera «la causa del acto a título oneroso como una fracción ideal de la voluntad concreta de la persona que se obliga. Esta voluntad se desdobra en voluntad de obligarse—consentimiento, en el sentido jurídico de la palabra—y voluntad de adquirir, que constituye la causa». En la liberalidad, por el contrario, la causa consiste en la voluntad de no percibir equivalente alguno.»

Lo cierto es—concluye DABIN—que el motivo no completa el consentimiento, que había de consistir en la sola voluntad de obligarse. La distinción carece, pues, de toda base psicológica y jurídica. Las mismas partes son las que consienten, bien en que una de ellas se obligue sin equivalente alguno, o en que ambas lo hagan sinalagmáticamente, y esto es lo que viene a constituir el objeto *inmediato* del *consensus*, que no admite fraccionamiento alguno en razón de la deliberada sencillez de su objeto. La voluntad de adquirir, que constituiría la causa del acto oneroso, confúndese con el deseo de que el otro contratante quede obligado también, lo cual constituye la condición a que ambas partes subordinan su conformidad. La voluntad de obligarse no existe sin su correlativa la de adquirir: el contrato no nace, el acuerdo de voluntades no se perfecciona, sino cuando las partes consienten en no fraccionar la operación y en tenerla por indivisible. Un desdoblamiento de la voluntad estaría precisamente en pugna con sus propias intenciones. Si referimos esto a las liberalidades, la voluntad de no adquirir, de no recibir equivalente alguno, será el propósito que tiene de obligarse solo. Esta voluntad no es susceptible tampoco de desdoblamiento (voluntad de obligarse; voluntad de obligarse solo); pues lo que aquí aparece es únicamente un desdoblamiento en la forma al considerar una misma realidad desde dos puntos de vista diferentes.»

«Por tanto—termina DABIN—todo intento en este particular,

aun cuando triunfara, resultaría siempre ineficaz, porque la concepción *subjetiva* está condenada fatalmente a seguir la suerte de la antigua.»

75. Crítica.

DABIN, parte siempre de igual base, a nuestro juicio errónea: la voluntad de las partes es la que unifica e impide el desdoblamiento. Históricamente, antes del Code Napoleón, puede que, en efecto, fuera así. La *stipulatio*—que subsistió durante toda la Edad Media (85), era *verbal* y *unilateral* sólo obliga al que respondía y exigía tantas respuestas como singulares obligaciones. La documentación escrita cambió la estructura de la formulación de la *stipulatio*. Un acto complejo, de muchas obligaciones, si se limitaba a transcribir el acto oral, hubiera sido un rosario de preguntas y respuestas. Por eso, en aras de la brevedad, la forma subjetiva y directa de cada pregunta (*spondes?—spondeo—*) se sustituye por la narración indirecta, abreviada, objetiva e impersonal (*stipulatus est; spondit; fide rogavit; fide promisit; stipulanti spopondet*). Los *verba solemnia et directa* quedan suplantados por los *verba obliqua*. Estaba en la naturaleza de las cosas que la *stipulatio* escrita no pudiera ser «un espejo fiel, una imagen inalterada del acto oral» (86).

76. Resultado de esto fué una organización interna del contenido del documento, que llevó a *pactar* la unidad, reciprocidad o correspectividad de las obligaciones. Lo que *legalmente* era distinto e independiente—obligaciones abstractas derivadas de la *stipulatio*, esencialmente abstracta—quedaba ligado e interdependiente por la voluntad de las partes, mediante una *stipulatio* más: la llamada *stipulatio specialis*.

En efecto: el negocio jurídico, con los *verba obliqua*, tenía dos partes: a) el *praefatio*, que contenía, además de la *conventio*, todas, una por una, las obligaciones; b) al principio o al final, una *stipulatio specialis*, que daba eficacia al todo (*Stipulanti spopon-*

(85) Cfr. NÚÑEZ-LAGOS: *Hechos y derechos en el documento público*. Madrid, 1950, págs. 89 y sigs.

(86) LIEBE: *Stipulation und das einfache Versprechen*. Braunschweig, 1840, págs 20 y sigs.

dit; cum stipulatione et promissione interposita; cum stipulatione subiecta; cum stipulatione subnixta), que recuerda las fórmulas notariales de hoy, «con arreglo a las siguientes estipulaciones», lo mismo que el texto de la propia *stipulatio specialis: ea quae supra scripta sunt, promittis, Promitto*, es el antecedente de «Así lo dice y otorga», de los notarios de hoy (87).

Por si fuera poco, esta unidad de la *stipulatio specialis* se reforzaba con una cláusula penal —*stipulatio penae*—para caso de incumplimiento.

La unidad causal de los contratos bajo el imperio de la legislación romana vigente en el Medievo, era una «creación de la voluntad de las partes», y respecto a este sistema cabría discutir su confusión con el consentimiento contractual. Pero en el sistema instaurado por el Code Napoleón, la unidad contractual, con su cuadro típico—con *tipicidad genérica*—de obligaciones, correspondientes o no, es obra directa de la ley, al margen de la voluntad de las partes, precisamente por ese elemento esencial llamado causa. Las partes no pueden prescindir de él, ni pactar en contra de él, fuera del margen que la misma ley ha dejado a la autonomía de la voluntad. En una palabra, no es posible la creación ilimitada, *mera voluntate*, de obligaciones abstractas.

Lo que pasa es que se confunde el problema de la *existencia* en la realidad de la causa, con el problema de su necesaria expresión en el momento de la perfección del contrato.

El anticausalismo hoy ha perdido terreno, y por influjo de la jurisprudencia francesa los autores latinos trabajando principalmente sobre causa ilícita y causa inmoral, buscando una noción única del concepto de causa, se han hecho *subjetivistas*.

A nuestro juicio, hay aquí una confusión entre causa eficiente y causa final. La causa objetiva es la causa eficiente de la eficacia legal. La causa subjetiva es la causa final, que reacciona—vertiente de la legitimidad—contra una eficacia legal—vertiente de la

(87) En Castilla, la *stipulatio specialis* aparece en los formularios notariales del título IX de la Partida 5.^a. Así: *stipulatio specialis*. Al final de la escritura se dice: «E todas estas cosas e cada una de ellas *prometiô* Guillén el sobredicho, a Remon e de facer e de cumplir, e de pagar assí como dicho es, a buena fé, sin mal engaño...»; *stipulatio poenae*: «...so pena de cient maravedis; la qual pena, quier sea pagada, o non, sean todas estas cosas firmes, e estables e valederas» (Ley 76)

legalidad—, por razones de moralidad o licitud. Es la legalidad corregida por la legitimidad.

77. c) *La causa se confunde con el objeto.*

PLANIOL (88) ha sido el defensor de esta posición. La noción de causa es inútil, porque confundiéndose con el objeto, en todos los supuestos que se señalan de falta de causa o de causa ilícita, la obligación es nula por falta de objeto o por objeto inmoral. El compromiso de cometer un homicidio, un robo, un abuso de confianza o una estafa, recae sobre un *objeto ilícito*. La teoría del objeto ilícito priva de todo interés a la de la causa ilícita. No tiene, por tanto, utilidad ninguna comprobar que esta obligación de cometer un homicidio, etc., servía de causa a la contraída por la otra parte de entregar los fondos en vista de la perpetración del acto prohibido.

78. *Crítica.*

JOSSERAND (89) arguye en contra: «Esta argumentación sólo tiene valor respecto a las operaciones sinalagmáticas, pues sólo en éstas la misma prestación desempeña el doble papel de causa y efecto, según el ángulo desde el que se considere; ningún valor tiene sobre los contratos reales y las liberalidades. Adviértase también que por lo menos no es absolutamente exacto decir que la misma prestación desempeña acumulativamente, en los contratos sinalagmáticos, los oficios de objeto y de causa; refiriéndonos al caso antes expuesto, la suma de dinero constituye el *objeto* de la obligación contraída por la parte que se propone financiar la empresa criminal, pero hablando propiamente, no representa la causa de la obligación correspondiente, asumida por el futuro autor del delito; éste se ha obligado en consideración, no a la suma prometida, sino de la promesa que se le ha hecho; la causa de su obligación se encuentra, no en el objeto de la obligación correspondiente, sino en esta misma obligación, puesto que, según la concepción clásica y para los contratos sinalagmáticos,

(88) PLANIOL-RIPERT, tomo II, núm. 1.059.

(89) JOSSERAND, L.: *Los móviles en los actos jurídicos de Derecho privado. Teología jurídica*. Trad. esp. de Sánchez Larios y Cajica. México. D. F., 1946, págs. 135 y sigts.

son las obligaciones respectivas de las partes las que se sirven recíprocamente de causas. Existe en esta materia un matiz que, sin duda, no debemos exagerar, pero cuya existencia es conveniente recordar.»

«Por lo demás—sigue JOSSERAND—, en la práctica se traduce por una línea de demarcación muy precisa entre el papel desempeñado por el objeto y el que corresponde a la causa. Para que surja, basta modificar la hipótesis expuesta hasta aquí y suponer que un individuo ha obtenido la promesa de una suma de dinero, no para cometer un crimen, sino para abstenerse de cometerlo. Este contrato es inatacable según la teoría del objeto, puesto que de ambas obligaciones, la primera recae sobre una obligación de dinero, en tanto que la otra tiende a la abstención de un acto ilícito: el contrato no sobrepasa el círculo de las prestaciones lícitas y, sin embargo, su inmoralidad es manifiesta; es escandaloso que un individuo cobre por no transgredir la ley penal. Esta combinación no debe producir efectos, y se atacará con ayuda de la causa, pues la noción *relaciona*—lo que no puede hacer el *objeto*—las dos obligaciones correspondientes, poniendo de manifiesto este contacto, la inmoralidad de la operación. Si por una parte no choca obligarse a entregar una suma de dinero y, por otra, obligarse a respetar la ley penal, es inmoral cobrar una suma o recompensa *para* no transgredir esta ley; lo que vuelve intolerable esta combinación es la relación de *causalidad* que une ambas obligaciones y que el concepto de causa pone de relieve cuando el concepto de objeto es impotente para obtener este resultado.»

«Por otra parte, apelando a la noción de causa puede establecerse una distinción entre los actos onerosos y las liberalidades: tan pronto como la obligación contraída por el deudor encuentra su explicación suficiente, su «por qué», en una prestación efectuada por la otra parte, o bien en una obligación, civil o natural preexistente, nos encontramos, sin duda alguna, en presencia de un acto a título oneroso. Por el contrario, si una de las partes no recibe nada en cambio de la obligación que adquiere o de la prestación que proporciona, o si lo que recibe es insignificante o desproporcionado en consideración al sacrificio consentido, es muy probable que este acto sea a título gratuito; esto es probable, pero no cierto, porque, como enseñan los causalistas, la *intención* libe-

ral en esta materia es decisiva, y fuera de ella no puede existir ninguna liberalidad. Ahora bien: frecuentemente se acepta un sacrificio fuera de toda intención liberal, como sucede en el concordato concedido a un comerciante quebrado por sus acreedores; la remisión de deuda o los plazos concedidos por éstos encuentran su causa en su interés bien comprendido, y no en la voluntad de donar; por ello no constituyen liberalidades y no están sujetos a colación.

79. *La causa de las obligaciones en el nuevo Código Civil italiano de 1942.*

La obra gigantesca de la nueva Codificación italiana, a nuestro juicio, ha zanjado de frente el problema de la causa (90). Parte de la distinción tradicional entre causa y motivo.

Causa, art. 1.343. *Causa ilícita*. La causa es ilícita cuando es contraria a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres».

Art. 1.344. «*Contrato en fraude a la ley*. Se reputa, además, ilícita la causa cuando el contrato constituye el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa.»

Motivo, art. 1.345. *Motivo ilícito*. El contrato es ilícito cuando las partes se han determinado a concluirlo exclusivamente por un motivo ilícito común a entrambas» (91).

(90) «He meditado acerca de la oportunidad de mantener la causa como un requisito del contrato; la solución afirmativa de la cuestión ha sido la aceptada, porque, además de estar conforme con nuestra tradición, responde a una concreta necesidad jurídica. La causa tiene gran importancia, sobre todo en los contratos innominados, porque hace comprensible la licitud. Pero es además un elemento susceptible de una propia función incluso en los contratos nominados, porque, aun admitiéndose que cuando la ley ha creado un típico esquema contractual, la causa existe *in re*, dado el reconocimiento expreso de una tutela al fin específico económico social que el contrato entiende realizar; sin embargo, es posible que, en concreto, este fin no se actúe y que la causa llegue a faltar: entonces viene a menos la *legitimidad* de la relación intercurrente entre las partes» (*Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale delle obbligazioni*, núm. 193). «No hemos creído que procedía definir el concepto de causa» (Idem, núm. 194).

(91) «Es necesario, en efecto, mantenerse firme, contra el perjuicio que se inclina a identificar la causa con el fin práctico individual y afirmar que la causa exigida por el derecho no es el fin subjetivo, cualquier que éste sea, perseguido por los contrayentes en el caso concreto (que entonces no sería concebible ningún negocio sin una causa), pero es la función económico-social que el Derecho reconoce relevante para sus fines, y que por sí sola justifica la tutela de la autonomía privada. Función, por tanto, que debe ser no sólo

Todo el problema de la contraposición de la causa subjetiva a la objetiva ha sido la expulsión rigurosa, por la teoría clásica, de los motivos del campo de la causa, y al mismo tiempo la insuficiencia de la causa objetiva para aplicar, dentro de los estrechos límites de su objetividad y tipicidad, el concepto de causa ilícita.

El legislador italiano ha cortado el nudo gordiano: en materia de ilicitud al margen o más allá de la causa, valen también los motivos. Lo que equivale a decir: la causa subjetiva no es más que la forma encubierta de dotar de eficacia jurídica a los motivos. Los motivos se hacen legalmente trascendentes en materia de ilicitud (92).

No cabe duda que los *motivos*, en el sentido del art. 1.345 transcrito, tiene indudable carácter subjetivo. Por la regla *inclusio unius, exclusio alterius*, la doctrina italiana concluye que el artículo 1.343 contempla la causa objetiva. Porque dentro de la concepción subjetiva, uno de los dos preceptos—1.343 ó 1.345—sobraria (93).

«De hecho—dice PUGLIATTI (94)—, si nos adherimos a la concepción subjetiva, no queda otro remedio que identificar causa y motivo, y llegar a la eliminación de una de las dos normas referidas pero si los dos conceptos (causa y motivo) deben permanecer distintos, dado que el segundo (motivo) tiene innegable carácter subjetivo, no se puede atribuir esta característica subjetiva también al primero (causa).»

conforme a los preceptos de la ley, al orden público y a las buenas costumbres, sino también, por los reflejos difusos del art. 152, apartado 2° (art. 1.322), que responda a la necesidad que el fin intrínseco del contrato sea socialmente apreciable y como tal merecedor de la tutela jurídica. Esta *concepción objetiva y positiva* de la causa se trae al art. 174 (art. 1.345), en el que se indica el motivo común a las partes como figura distinta de la causa, considerada en los precedentes artículos 172 y 173 (1.343 y 1.344), y no es necesario aclarar que el motivo común que impulsa a las partes a contratar es el intento práctico que éstas quieren actuar, a menudo diforme y contrario al fin objetivo, cuya realización el Ordenamiento jurídico se propone garantizar» (*Relazione al Re Imperatore sul libro «Delle obbligazioni»*, núm. 79).

(92) CARRARO: *Il negozio in frode alla legge*. Padova. 1943. núm. 16. páginas 55 y sigts.

(93) CANDIAN: *Nozioni istituzionali di diritto privato*. Milano, 1946, página 174.

(94) PUGLIATTI, SALVATORE: *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, «Nueva Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'economia, Diritto sociale», vol. I, parte I, pág. 13.

80. Según PUGLIATTI, el nuevo Código italiano, en su adhesión a la causa objetiva, ha eliminado algunos preceptos del Código de 1865, que no encajaban perfectamente en una rigida concepción objetiva.

A este respecto, cita:

a) El artículo 1.119 (Código, 1.865) (falsedad de la causa).— «Era bastante difícil—dice—configurar la hipótesis de una causa falsa, con referencia al negocio tomado en su objetividad; y de aquí se inducía la identificación de la causa falsa con la inexistente, o la reafirmación de la concepción subjetiva».

b) Los artículos 1.120 y 1.121 (Código, 1.865), que declaraban válido el contrato, aunque no se expresara su causa, la que se presumía existente hasta prueba en contrario: «como si se tratase de un elemento del todo extraño al negocio».

«La causa—sigue PUGLIATTI, pág. 17 (95)—, se basa *en* el negocio y no en la actividad del sujeto que le da existencia. Si lo concebimos como elemento necesariamente intrínseco al negocio, immanente, por el cual el negocio viene individualizado, es elemento distinto de cualquier otro. Causa es, por tanto, elemento (verdaderamente objetivo esta vez) por medio del cual un determinado negocio es propiamente áquel negocio, distinguiéndose de otro negocio cualquiera. Los negocios, por lo mismo, no tanto se distinguen por su aspecto exterior cuanto por este elemento íntimo esencial, que es la causa, núcleo central que puede aparecer escondido en las notas y determinaciones accidentales que en cierto sentido lo desenvuelven, pero que manifiesta, en contingencias peculiares, su energía activa.»

«Este elemento del negocio—concluye PUGLIATTI, pág. 20—adquiere relieve práctico en su aspecto negativo; por tanto, no la existencia de la causa, sino más bien la inexistencia o su ilicitud, dan lugar a cuestiones decisivas para la eventual nulidad del negocio; o más bien, la eventual superación de los límites de elasticidad del esquema causal, al cual se puede reconducir la identificación del esquema negocial constituido; o la definición de otros fenómenos (conversión, conjunción de negocios y similares); y,

(95) Siguiendo a SANTORO PASSARELLI: *Instituzioni di Diritto civile*, I, 2.^a edición. Napoli, 1945. pág. 86; y a MESSINEO: *Manuale*, I, pág. 283.

finalmente, también la cuestión de la nulidad del negocio, en cuyas hipótesis se puede asimismo hablar de falta de causa.»

81. *La causa en la doctrina española.*

Los autores españoles han dedicado poca atención al estudio *monográfico* de la causa. En los tratados generales han sido influidos por la doctrina francesa. En el aspecto monográfico, son excepción: TRAVIESAS, DUALDE y ALBADALEJO.

A) TRAVIESAS (96). *La causa del negocio jurídico.*

«Un filósofo inglés—dice Traviesas, ob. cit., pág. 57—a quien hace referencia LOMONACO (97) ha observado que la voz traducida por *causa* en las lenguas modernas, no tiene menós de 64 significados diversos en las obras de PLATÓN y de 48 en las de ARISTÓTELES. No podrá decirse que el término *causa* ofrezca tantos significados en el lenguaje jurídico español, pero tiene más de uno, como el de proceso (art. 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); el de razón jurídica de una decisión (art. 852 del Código Civil); el de circunstancia, acto o negocio del cual se hacen depender consecuencias (art. 34 de la Ley Hipotecaria); el de motivo (art. 767 del Código Civil); el que señala el artículo 1.274 del Código Civil para ciertos supuestos; fenómeno productor de efectos (art. 1.896 del Código Civil); razón jurídica de una adquisición (art. 1.301 del Código Civil); razón jurídica de pedir (art. 1.252 del Código Civil)».

Puede asimismo hablarse, en términos jurídicos, de causa en el sentido de finalidad de los negocios jurídicos, aunque sea calificación explícita de la ley. La delimitación de la causa en este sentido es el objeto de estas líneas.

«Lo que ocurre es que la causa no es elemento específico del contrato: en los testamentos hay causa (arg. *a contrario* del artículo 767 del Código Civil): la hay en todo negocio jurídico. La *finalidad* propia del negocio es su causa jurídica, impuesta

(96) TRAVIESAS, M. MIGUEL: *La causa en los negocios jurídicos*. Madrid, 1919.

(97) LOMONACO: *Nozioni di Diritto civile italiano*, 3ª ed., pág. 511 (cita de Traviesas).

por normas de Derecho o por declaración de voluntad privada». «En un contrato de compraventa, verbigracia, los contratantes quieren la cosa, como objeto del contrato, y el precio de ella; no es que el comprador quiera sólo la cosa y el vendedor sólo el precio: es que la cosa y precio han de ser queridos por comprador y vendedor como materia de la compraventa. La *realización* del contrato es el fin que persiguen las partes. La cosa y el precio son elementos de la compraventa, que el Derecho exige como esenciales (art. 1.450 del Código Civil). Los interesados pueden imponer además como esencial un elemento accesorio cualquiera; por ejemplo, que la cosa que se vende no sea tradida, sino pagando el precio en monedas de oro. Pero en todo supuesto, la relación del contrato es el fin que persiguen las partes. Y lo mismo puede afirmarse respectivamente de los demás contratos. Ni hay excepción relativamente a la donación, que según nuestro Código, es un contrato (arts. 618, 1.254 y 1.274 del Código Civil). Es esencial en ella que haya un acto de disposición, constitutivo de una liberalidad, que otra persona acepte (art. 618 cit.). En realizarlo estará la finalidad de la donación, o sea, su causa sin perjuicio de los elementos accesorios que los contratantes puedan establecer como fin del negocio-donación» (ob. cit., pág. 61).

«En todas las donaciones siempre aparece una *atribución* por una persona, de una cosa o servicio, para otra persona. Esta atribución, hecha con ánimo de liberalidad, es el fin del negocio, es la causa. No es la causa la «mera liberalidad del bienhechor», como dice el artículo 1.274 del Código Civil, con relación a los contratos que llama de pura beneficencia; es la atribución, sin espera de una contraprestación. La liberalidad, en el sentido de ánimo de ser generoso, constituye un motivo de la donación. Es uno de tantos como puede inspirarla. Igualmente puede donarse por vanidad, por congraciarse con otro o en espera de alguna recompensa. Y, además, no es un mero *animus* lo que constituye la donación; es la atribución patrimonial con el *animus* de que no se deba ninguna contraprestación, y en esto estriba la liberalidad». «Y en un contrato oneroso como la compraventa, o en un contrato lucrativo como la donación, los contratantes han de tener la representación mental del fin propio del negocio que

concluyan; no puede pensarse en un consentimiento que no se refiera a una finalidad perseguida al contratar. El fin de todos es la causa, y el objeto es el bien a que se contrae el negocio» (ob. cit., pág. 63).

B) DUALDE (98). *La causa de los contratos.*

Distingue entre causa subjetiva y causa objetiva. Pero dice de ésta (pág. 103) que es de origen italiano, citando a PUGLIATI, BATTISTONI, FERRARA, SIMONELLI, RUGGIERO.

DUALDE contrapone fin social, económico, legal, voluntad de ley, etc., frente a fines de las partes. Se maneja aquí la palabra fin con mayor vaguedad que la de causa.

DUALDE se pregunta (pág. 115): ¿la causa de qué?; y responde: *de los contratos*. «¿Cómo encerrarse en la causa de las obligaciones—dice, pág. 116—y no ascender al contrato?».

Pero insiste en considerar como causa la final (objetiva). Dice, página 120: «IHERING, pues, llama varias veces causa al fin, la causa final es para él como el «por qué» de la caída de la piedra. La voluntad «obra en virtud de un fin», que es evidente *precede al obrar*, según el propio IHERING. Un acto de voluntad sin la *causa finalis* que la preceda, es imposible». «¿Qué es la causa?». Repite y contesta (pág. 121): «En derecho civil lo mismo que en Química, en Fisiología, en Economía y en cualquier otra ciencia». «Repito—sigue—copiando lo ya copiado: «La causa es la suma de las condiciones positivas y negativas tomadas juntas, el total de las contingencias de toda naturaleza que siendo realizadas hacen que siga el consiguiente de toda necesidad». «O—como dice GEBLOT—antes transcrito y ahora recordado»: «no solamente un conjunto de circunstancias patentes, o latentes, cuya totalidad es requerida para que el hecho tenga lugar, sino también una acción subyacente a los fenómenos, un poder oculto capaz de producirlos y que no se manifiesta a nosotros más que por ellos». «Esta es la causa de los contratos. Todas estas circunstancias positivas y negativas, que reunidas engendran el contrato, son la causa del

(98) DUALDE, JOAQUÍN: *Concepto de la causa en los contratos (La causa es la causa)*. Barcelona, 1949.

contrato». Y termina (pág. 124): «Resumen: 1.º La causa de los contratos es una causa, como todas las causas. Debe ser considerada a través de las definiciones de STUART MILL y de GOBLOT. 2.º No es exacto la limitación de la causa final al círculo de la *intención de los contratantes*. La intención de la ley y de las exigencias económicas deben tenerse en cuenta, como también los otros elementos causales no conscientes. Todo lo que produce el contrato hasta lo meramente físico».

«En definitiva, dice (pág. 154)»:

«1.º En los contratos voluntarios, la causa es el consentimiento mutuo. No existe, por tanto, una causa para el comprador (la prestación de la cosa) y otra para el vendedor (la prestación del precio), sino que mediante el consentimiento se quiere por las partes contratantes el total del contrato, las mutuas y dependientes obligaciones. El comprador quiere su obligación y la del vendedor.» «Además serán causas las normas imperativas en la zona imperativa del contrato y los elementos de la teoría objetiva».

«2.º En el contrato, producto de imperativos jurídicos, la causa es el hecho generador de un algo que se contrae y la ley así lo establece, así como los motivos de la misma.»

«3.º Las causas están expresadas por vía de sinécdoque, denunciando el elemento más relevante de ellas.»

«4.º No se puede hacer un inventario de causas singulares. Ello ha de practicarse en cada caso concreto. Aquí basta con la doctrina general de lo que es la causa, de su localización y de sus elementos.»

«5.º La causa tiene a su vez su causa, ésta la suya y así sucesivamente en serie longitudinal.»

«6.º En el núcleo central de la causa no puede prescindirse de la idea de fin. Tanto en el contrato voluntario como en la teoría objetiva y en la intervención imperativa de la ley, sin perjuicio de las circunstancias naturales actuantes como concausas, pero estériles por sí, aislada y exclusivamente.»

C) ALBALADEJO (99). *La causa de la obligación.*

Presenta el mérito primordial de separar y tratar en sendos apartados la «concepción objetiva» y la «concepción subjetiva». Dice página 317: «De qué es la causa». Y responde: «De la obligación» (núm. 3 del art. 1.261 del C. C.).

«Sin que el Código haya estado feliz de expresión en ese artículo 1.274—dice pág. 318—no cabe, sin embargo, negar que a base de él queda claro que se acoge el concepto objetivo de causa. Así la causa es el fin inmediato y objetivo a que la atribución se dirige, porque la atribución es un mero medio de alcanzar aquel fin, es decir, no tiene su justificación en ella misma. No se realiza algo sólo por enriquecer, sino que se enriquece *por algo*. Como resultado inmediato, la atribución produce un enriquecimiento al que la recibe, y la razón o fin de este enriquecimiento es la causa de aquélla» (100).

82. *Sistema del Código Civil español.*

Nuestro artículo 1.274 sigue la escuela clásica francesa, diciendo: «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.»

Desplazamientos patrimoniales a título oneroso.—«En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa... por la otra parte» (1.274 C. C.). Hay, pues, en el título oneroso dos partes y dos formas de la causa: prestación o promesa. Y, por lo mismo, las siguientes combinaciones: a), prestación a cambio de prestación (negocios jurídicos manuales); b), promesa a cambio de promesa (promesas mutuas, contratos bilaterales) y prestación frente a promesas, que puede origi-

(99) ALBALADEJO, MANUEL: *La causa*, en «Rev. de D. Privado», 1958, páginas 315 y sigs.

(100) Aunque ALBALADEJO se refiere a «fin objetivo y típico» (pág. 321), a diferencia de otros fines subjetivos y de los «motivos» la palabra «fin» en materia de causa es equívoca. Al referirse a la causa objetiva, es preferible evitarla.

nar dos modalidades; c), prestación en vista de una promesa anterior (*causa solvendi*), y d), prestación sin promesa anterior, pero con promesa coetánea (*causa credendi-causa debendi*).

Antes de avanzar, para la debida claridad hemos de decir:

1) En la técnica de la causa, al hablar de prestación, no se hace referencia a la prestación debida—*promissio*—, sino a la prestación ejecutada o que se ejecuta—*datio*—. La prestación por ejecutar (en el futuro) es la promesa. No es posible que desaparezca la contraposición entre prestación y promesa, entre *datio* y *promissio*, tradicionales y de honda raigambre histórica en esta materia; y de otra manera desaparecería.

2) La promesa vale provisionalmente (Véase antes núm. 62) como causa habilitante, pero no definitivamente como causa justificante. La promesa incumplida en definitiva deja sin causa el contrato (1.124 C. C.). La promesa vale porque es la prestación por ejecutar, la prestación en potencia.

3) Cada parte contrata para obtener un resultado. El resultado logrado o lográndose se llama prestación. El resultado futuro, aunque jurídicamente vinculado, promesa. Si la promesa es la prestación en potencia, la prestación es la promesa *in actu*.

4) Así acotado el concepto de prestación, quizá no es exacto hablar de prestaciones negativas, transposición poco afortunada de la frase, desde luego rigurosamente exacta, de obligaciones negativas. Las obligaciones de no hacer no contienen verdadera prestación, porque el derecho del acreedor se encamina a que el deudor no realice acto contrario al deber de abstención, y no puede ni necesita exigir nada del deudor mientras éste no incumpla su deber de omitir o de tolerar. El derecho del acreedor es un derecho sin pretensión: ésta sólo surge cuando se produce un hecho que quebrante el deber de abstención. La omisión puede dar contenido a una promesa, pero no a una efectiva prestación.

5) Los esquemas de las dos combinaciones posibles entre promesa y prestación no exigen ni suponen la equivalencia (económica) de los resultados o prestaciones. Sin embargo, la falta de equivalencia, excediendo de ciertos límites legales, puede ser prácticamente análoga—en sus efectos—a la falta de causa (teoría de

la rescisión por lesión); en cuanto en uno y otro caso queda frustrado el resultado propuesto por las partes en el momento de perfeccionarse el contrato.

83. *Modalidades en el título oneroso.*

a) *Prestación a cambio de prestación* (negocios jurídicos manuales). Cambio simultáneo—*in continenti*—de prestaciones. Trueque de cosa por cosa. Toma y daca en el mercado. Perfección, y consumación, coetáneas. Nacer y morir en un momento. Apenas hay tiempo de vida para las obligaciones, por lo menos para las anteriores a la consumación del contrato. Acuerdo de voluntades, pero no contrato obligacional.

84. b) *Promesa a cambio de promesa.* Carece de autonomía para el tratamiento de la causa, pues ya hemos dicho (antes núm. 62) que la promesa vale, en cuanto embrión de prestación (con carácter provisional), como causa habilitante. Si no se ejecuta ninguna promesa, la causa funciona con la *exceptio non adimpleti contractus*, la *compensatio morae*, la resolución, etc. Si una de ellas se ha ejecutado, entonces estamos en otro grupo: prestación en pago de promesa.

85. c) *Prestación a cambio de promesa.—Causa credendi* (Véase antes núm. 48). En el momento de constituirse la obligación, ambas son simultáneas y correspectivas. La prestación (*datio*) de una de las partes tiene su causa en la promesa de parte de la otra. Pero es supuesto de hecho que en el momento constitutivo con carácter voluntario o necesario se realiza una prestación de presente (*datio*) por una de las partes, entre la promesa de la otra parte.

La particularidad de esta hipótesis estriba en que la prestación no es nuevo cumplimiento de una obligación, sino que esta entrega o prestación se involucra *in continenti*, en el proceso y momento constitutivo. Y esto puede acontecer de dos maneras:

Primero: con carácter *necesario*. En los contratos reales (mutuo, comodato, depósito y prenda), porque estos contratos se perfeccionan *ex re*, es decir, con una *datio* constitutiva. La entrega de cosa,

la ejecución de la prestación, no extingue una obligación, sino que la crea. La *datio* se ha desplazado desde el capítulo del cumplimiento de las obligaciones, al de las fuentes.

Segundo: con carácter *voluntario*, bien porque la entrega de la cosa sea *conditio iuris* de contrato (renta vitalicia), bien porque una de las prestaciones se ejecute al contado—por ejemplo la entrega de la cosa en la compraventa—y lo otra quede prometida o aplazada.

En cualquiera de los dos supuestos, la *datio* de la cosa es *causa credendi* para el *tradens*, para el acreedor, que sin previa obligación, al menos en el orden del tiempo, hace un acto real de transmisión o prestación y adquiere un crédito (*causa credendi*). En su activo hay una subrogación de valor. Ha cambiado una cosa por un crédito. Por el contrario, el *accipiens* ha cambiado una deuda por una cosa. El *accipiens* recibe, pero promete; adquiere, pero se endeuda (*causa debendi*). La *causa debendi* es también una *iusta causa traditionis*.

86. *Aptitud para transmitir la propiedad.*

Quedan fuera de campo todos los supuestos en que la previa entrega de cosas no transfirió la propiedad (comodato, depósito, prenda), dejando viva la acción reivindicatoria del *tradens*. Igualmente, todos aquellos otros en que, transmitida provisionalmente la propiedad, se pierde por el juego retroactivo y automático de una condición resolutoria (*revocación ex tunc*). Para que haya causa onerosa en el sentido que le venimos dando, es preciso que la *traditio* sea apta para transmitir la propiedad plenamente. El fiduciante o el prestamista (en el mutuo), que se reintegran, adquieren de nuevo. El depositante, en cambio, sólo recupera lo suyo: es un efecto del dominio, de la yacente acción reivindicatoria.

87. La promesa del *accipiens* puede tener por contenido un *facere*. Tenemos entonces un esquema *do ut facias*. Pero también puede consistir en un *dare*, con tres direcciones (Véase antes número 62).

a) Obligación de dar la misma cosa (ídem), que se recibió (*do ut reddas*). *Fiducia cum amico*.

b) Obligación de dar otro tanto de la misma especie y calidad (*tantumdem eiusdem generis*). Mutuo.

c) Obligación de dar una cosa distinta de la recibida. Contraprestación de diferente género a la recibida (*do ut des*).

Tenemos, además, dos situaciones análogas, pero anómalas. Todas las hipótesis propuestas presuponen una prestación actual presente y una promesa simultánea. Pero puede ocurrir:

1) Que entre prestación y promesa exista un lapso de tiempo. Prestación pasada o, mejor dicho, promesa que nace y responde a una prestación ya acaecida con anterioridad. Así, por ejemplo: prestación de unos servicios sin obligación ninguna; promesa posterior de pagar estos servicios. Los servicios sirven de causa onerosa. Cuando en cumplimiento de su promesa pague el *tradens*, lo hará con obligación jurídica de pagar. La entrega de dinero se hará indiscutiblemente, *causa solvendi*. Si en vez de promesa, espontáneamente y sin vínculo jurídico alguno, el *tradens* realiza la prestación (por ejemplo, entrega el dinero), en consideración a esos servicios, sabiendo que no estaba jurídicamente obligado a pagar (y, por tanto, sin error), tendremos un reconocimiento. Y los servicios prestados seguirán siendo la causa (causa remuneratoria: 1.274 C. C.). El reconocimiento implica el ciclo vital de la promesa con signo y dirección diversos.

2) Que exista la prestación, pero que no exista, en modo alguno, la promesa. Donación manual, pura y simple. Tal vez la única verdadera donación. Pero hace falta que *tradens* y *accipiens* den y reciban *animo donandi*. En otro caso estaremos en presencia de una transmisión sin causa, pues si es posible en España la promesa que no exprese su causa (billete del Banco de España; 1.277 C. C.) es nula la adquisición de propiedad sin causa por la teoría del título y modo (609 C. C. *in fine*).

88. d) *Promesa a cambio de prestación*.—Si la prestación de una de las partes es coetánea a la perfección del contrato, estamos en el supuesto anterior. Si respecto a ese momento, es prestación futura, entonces, no es prestación, sino promesa, en la técnica de la causa; y a pesar de su formulación inversa (sólo gramatical-

mente), estamos en supuestos del apartado b): promesa de una de las partes a cambio de promesa, de la otra parte.

89. *Causa solvendi.*

Si la prestación de una de las partes, no responde a la promesa de la otra parte, sino a la ejecución de la *propia* promesa, entonces estamos en supuestos típicos de *causa solvendi* de pago.

R. NÚÑEZ - L A G O S

Notario de Madrid.