

CAUSA DEL CONTRATO Y CAUSA DE LA OBLIGACIÓN EN LA DOGMÁTICA DE LOS JURISTAS ROMANOS, MEDIEVALES Y MODERNOS Y EN LA CODIFICACIÓN EUROPEA Y AMERICANA*

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO
Universidad Católica de Valparaíso (Chile)
Miembro Extranjero de la Academia de Iusprivatistas Europeos

I. HISTORIA LEGISLATIVA Y FUENTES DE LAS NORMAS SOBRE LA CAUSA EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO Y EN SUS PROYECTOS¹

1. En el libro *De los contratos y obligaciones convencionales* del llamado “Primer Proyecto de Código Civil de Chile”, que Andrés Bello elaboró entre 1833 ó 1834 y 1840², encontramos el siguiente artículo 11: “*Todo contrato supone el consentimiento de las partes y para que este consentimiento sea válido es necesario...: 4º Que tenga una causa lícita*”³. Esta disposición recuerda al artículo 1.108 del *Code Civil*: “*Quatre conditions sont essentielles pour la validité d’une convention...: 4º Une cause licite dans l’obligation*”, y, en efecto, es claro que esa norma sirvió a Bello de punto de partida, pero la evidente disparidad de redacciones entre ambas obliga a pensar en otra fuente directa, que encontramos en Delvincourt, uno de los primeros comentaristas del código francés: “*Le contrat*

* Trabajo presentado en el congreso internacional sobre “La formazione del sistema giuridico latinoamericano: códigos y juristas” celebrado en Salerno y Amalfi (Italia), los días 19 a 21 de abril de 2001, bajo la organización de la Università degli Studi di Salerno y con el patrocinio de diversas instituciones, entre las que destacaron la Università degli Studi di Roma II “Tor Vergata” y el Centro di Studi Giuridici Latinoamericani.

¹ Sobre la codificación civil chilena: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Santiago de Chile, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982, 2 volúmenes. Una visión breve de conjunto: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000), pp. 349 ss.

² Sobre esto: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Estudio histórico-crítico* introductorio al volumen *El Primer Proyecto de Código Civil de Chile* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1978), pp. 11 ss.

³ En *El Primer Proyecto de Código Civil de Chile* cit. (n. 2), p. 167.

étant une convention, et la convention elle-même étant le consentement de deux ou plusieurs personnes, il s'ensuit que, sans le consentement des parties, il ne peut y avoir de contrat./ Mais pour que le consentement soit lui-même valable à l'effet de produire une obligation, quatre conditions sont nécessaires... La quatrième, que l'obligation ait une cause, et que cette cause n'ait rien de contraire aux bonnes mœurs ni à l'ordre public"⁴.

Delvincourt es fuente muy habitual de Bello⁵, y también en este caso, como el examen comparativo de los textos lo muestra sin género de dudas:

<i>Delvincourt, Cours</i>	Primer Proyecto, libro <i>De los contratos</i> , artículo 11
<i>Le contrat</i>	<i>Todo contrato</i>
<i>étant une convention, et la convention elle-même étant le consentement de deux ou plusieurs personnes, il s'ensuit que,</i>	
<i>sans le consentement des parties, il ne peut y avoir de contrat.</i>	<i>supone el consentimiento de las partes</i>
<i>Mais pour que le consentement soit lui-même valable</i>	<i>y para que este consentimiento sea válido</i>
<i>à l'effet de produire une obligation,</i>	
<i>quatre conditions sont nécessaires...</i>	<i>es necesario...:</i>
<i>La quatrième, que l'obligation ait une cause,</i>	<i>4º Que tenga una causa</i>
<i>et que cette cause n'ait rien de contraire aux bonnes mœurs ni à l'ordre public.</i>	<i>lícita.</i>

El principio general sentado por el artículo 11 del libro *De los contratos y obligaciones convencionales* del proyecto chileno aparece desarrollado por su artículo 29, en donde leemos: “No puede haber obligación sin una causa real y lícita, pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente en los contratos; pero debe expresarse./ Se entiende por causa ilícita la que es prohibida por la ley, o es contraria a las buenas costumbres o al orden público”⁶. De nuevo, el punto de partida inspirador de estas normas estuvo en el código francés. Pero el cotejo insinúa que esta vez Bello lo siguió más de cerca, a diferencia del caso anterior:

⁴ DELVINCOURT, *Cours de Code Civil* (París, 1819), II, p. 116

⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador* cit. (n. 1), I, p. 424.

⁶ En *El Primer Proyecto de Código Civil de Chile* cit. (n. 2), p. 170.

*Code Civil**article 1.131*

L'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucune effet.

article 1.132

La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée pero no es necesario expresarla.

article 1.133

La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

Primer Proyecto, *libro De los contratos*

artículo 29

No puede haber obligación sin una causa real y lícita,

La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente en los contratos; pero debe expresarse.

Se entiende por causa ilícita la que es prohibida por la ley, o es contraria a las buenas costumbres o al orden público.

De todos modos, Bello operó algunas transformaciones en su modelo. El artículo 1.131 francés fue sintetizado y la enumeración “*sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite*” fue comprimida en la frase “*sin una causa real y lícita*”. La frase “*L'obligation... ne peut avoir aucune effet*” fue mudado en: “*No puede haber obligación...*”. También fue sintetizado el artículo 1.132 en una frase unida a la anterior: aprovechando que el sustantivo “*causa*” ya había sido incorporado en ésta, bastó a Bello agregar “*pero no es necesario expresarla*” y así manifestar lo mismo que con tantas palabras prescribe el artículo 1.132. El artículo 1.133, en cambio, fue trasladado con muy leves alteraciones al inciso final del artículo 29 chileno. Pero en éste, como se ve, hay una idea en la parte final del inciso primero, que reza: “*La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente en los contratos; pero debe expresarse*”, y que no se encuentra en el código francés. En ello intervino en parte otra vez Delvincourt: “*Il n'est pas, au surplus, nécessaire que la cause émane d'un intérêt pécuniaire. Ainsi, dans le contrat de bienfaisance, la libéralité est une cause suffisante de l'obligation*”⁷. Sin embargo, la exigencia final de la norma chilena, en orden a que la causa liberal deba ser expresada, en contra de la regla general que precedentemente había quedado asentada, de no ser necesaria la expresión de la causa, no aparece en Delvincourt. El punto de si esta causa debe estar expresada o puede no estarlo constituye un viejo tema del *ius commune*. Bello pudo conocerlo a través de sus varias fuentes. Quizá fue al tener presente que la donación no se presume, tal como lo dejaba sentado en su proyecto sobre sucesiones y donaciones⁸, que decidió prescribir la expresión

⁷ DELVINCOURT, *Cours cit.* (n. 4), II, p. 123.

⁸ Proyecto de 1841 - 1845, tít. 20, art. 9, en BELLO, Andrés, *Obras completas de don...* (Santiago, 1887), XI, p. 191: “*La donación entre vivos no se presume*”.

de la causa liberal, aunque el tema de la expresión y el de la presunción son diferentes.

2. Este “Primer Proyecto” fue el que Bello presentó al examen de la Comisión de Codificación de las Leyes Civiles creada por una ley de 10 de septiembre de 1840 y de la que él mismo formó parte. De ese proyecto, la comisión despachó, revisados, su *Título preliminar*, su libro *De la sucesión por causa de muerte* y el *De los contratos y obligaciones convencionales*, que fueron editados por partes en el periódico oficial *El Araucano* entre mayo de 1841 y diciembre de 1845, por lo cual ese material lo solemos denominar “Proyecto de 1841 - 1845”. En el tema que nos interesa, este proyecto no ofreció novedades. El artículo 1 del título II del libro *De los contratos y obligaciones convencionales* repitió sin alteraciones el artículo 11 del libro homónimo del “Primer Proyecto”, a saber: “*Todo contrato supone el consentimiento de las partes y para que este consentimiento sea válido es necesario...: 4º Que tenga una causa lícita*”⁹. Algo distinto ocurrió con la norma del artículo 19 del citado título de este “Proyecto de 1841 - 1845”¹⁰: en parte reprodujo al artículo 29 del “Primer Proyecto”, y en otra parte lo modificó, así:

Primer Proyecto, libro *De los contratos y obligaciones convencionales*, artículo 29

No puede haber obligación sin una causa real y lícita, pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente,

pero es necesario expresarla.

Se entiende por causa ilícita la que es prohibida por la ley, o es contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Proyecto de 1841 - 1845, título II, artículo 19

No puede haber obligación sin una causa real y lícita, pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa ilícita la que es prohibida por la ley, o es contraria a las buenas costumbres o al orden público.

No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por causa ilícita a sabiendas.

Las modificaciones fueron dos. Por un lado, en el nuevo proyecto quedó eliminada la exigencia original de expresar la causa liberal. Por otro, en ese mismo nuevo proyecto se agregó un inciso final por el cual quedó prohibido repetir lo dado o pagado por causa ilícita a sabiendas.

⁹ La norma apareció en *El Araucano* N° 627, de 26 de agosto de 1842, pero ahora se la ve en BELLO, Andrés, *Obras completas* cit. (n. 8), XI, pp. 143.

¹⁰ La norma aparece en *El Araucano* N° 628, de 2 de septiembre de 1842, y ahora en BELLO, Andrés, *Obras completas* cit. (n. 8), XI, pp. 146 s.

Por cuanto atañe a lo primero, ya hemos insinuado que posiblemente esa exigencia original fue una idea autónoma de Bello, tal vez fundada en el principio de que la donación no se presume. Podemos pensar en que una nueva reflexión sobre esta exigencia en el seno de la Comisión Codificadora que revisaba el “Primer Proyecto” condujo a eliminarla, en atención a que contrariaba la regla general según la cual no es necesario expresar la causa, a su falta de modelo en los derechos codificados y a que el hecho de no expresar la causa liberal no implica presumirla, pues igual hay que probarla.

La nueva regla del inciso final sobre la no repetibilidad de lo dado o pagado por causa ilícita también fue introducida en la Comisión Codificadora, acaso a instancias del mismo Bello. Nos basamos para decir esto en que esa regla aparece expuesta, aunque en sentido inverso, por Delvincourt, tan familiar al codificador. El autor francés, en efecto, al comentar la exigencia de licitud de la causa, señala que de ser ésta, por el contrario, ilícita “*non seulement l’engagement seroit nul, dans le sens que le créancier ne pourroit en poursuivre l’exécution; mais encore, si la cause illicite provenoit de son fait seul, le débiteur qui auroit payé, seroit fondé à répéter*”¹¹. Como se ve, el autor francés recuerda que, mediando causa ilícita para el acreedor, lo que le pague su deudor puede ser repetido por éste. En las notas a su comentario, Delvincourt advierte, empero, que la ilicitud de la causa puede afectar bien al acreedor¹², con derecho de repetir el deudor, caso al cual se había referido en el texto del comentario, bien al acreedor y al deudor simultáneamente, solo que en esta hipótesis lo ya pagado por el deudor no puede ser repetido¹³. Según esto, lo dado o pagado por causa que no es ilícita para el que dio o pagó, puede ser repetido, y lo dado o pagado por causa que es ilícita para él, no puede serlo. Ahora bien, es esta última la regla que recoge Bello en el inciso final del artículo 19 del título II del “Proyecto de 1841 - 1845”: “*No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por causa ilícita a sabiendas*”.

3. El “Proyecto de 1841 - 1845”, a su vez, fue objeto de una revisión, que ahora Bello condujo casi exclusivamente, y de una reedición en dos cuadernillos por separado: en 1846 el libro sobre sucesiones, y en 1847 aquel sobre contratos y obligaciones convencionales, por lo cual a ambos los conocemos como “Proyecto de 1846 - 1847”. En la materia que nos interesa, no hubo ninguna novedad.

¹¹ DELVINCOURT, *Cours* cit. (n. 4), II, p. 123.

¹² Como cuando un depositario se hace prometer una suma para devolver la cosa depositada al depositante. Esa promesa es nula por causa ilícita. En consecuencia, el acreedor de la suma no puede exigirla; y si su deudor la había pagado, puede él repetirla: DELVINCOURT, *Cours* cit. (n. 4), II, nota 3 a pág. 123, en pág. 687.

¹³ Tal cual ocurre si uno promete cierta cosa a otro para que este último haga algo prohibido por la ley. La promesa es nula por causa ilícita (según Delvincourt) para ambas partes, y entonces no hay acción para ninguna de ellas en contra de la otra. Ahora bien, si el promitente pagó la cosa prometida, no puede repetirla. El autor funda su decisión en el principio *in pari causa, melior est condicio possidentis* y cita la ley 8, ff. *De condict. ob turpem vel iniustam causam* (= D. 12, 5, 8).

El artículo 11 del libro *De los contratos y obligaciones convencionales* repitió, pues, que: “*Todo contrato supone el consentimiento de las partes y para que este consentimiento sea válido es necesario...: 4º Que tenga una causa lícita*”¹⁴; y su artículo 27, que: “*No puede haber obligación sin una causa real y lícita, pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente./ Se entiende por causa ilícita la que es prohibida por la ley, o es contraria a las buenas costumbres o al orden público./ No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por causa ilícita a sabiendas*”¹⁵.

4. Las cosas hubieron de cambiar en el llamado “Proyecto de 1853”, correspondiente al que en ese año fue editado y que comprendía ya el texto completo del futuro código, pues a los libros sobre sucesiones (ahora libro III) y contratos (ahora libro IV) de los proyectos anteriores, Bello añadió el libro sobre personas (como I) y sobre bienes (como II), amén de un extenso *Título preliminar*, que reemplazó al breve homónimo original del “Proyecto de 1841 - 1845”, no reeditado en el de 1846 - 1847.

a) El artículo 1.626 del “Proyecto de 1853”, empero, apareció sin alteraciones, y rezó, pues: “*Todo contrato supone el consentimiento de las partes y para que este consentimiento sea válido es necesario...: 4º Que tenga una causa lícita*”¹⁶.

b) Los cambios empezaron a observarse en los artículos 1.642 y 1.648, que presentaremos en confrontación con el artículo 19 del título II del Proyecto de 1841 - 1845 (= artículo 27 del Proyecto de 1846 - 1847):

Proyecto de 1841 - 1845, título II,
artículo 19 (= Proyecto de 1846 -
1847, artículo 27)

No puede haber obligación sin una causa real y lícita, pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa ilícita la que es prohibida por la ley, o es contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Proyecto de 1853,
artículo 1.642

No puede haber obligación sin una causa real y lícita, pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa ilícita la que es prohibida por ley, o es contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así el contrato dirigido a recompensar un crimen o un acto inmoral, a efectuar un cohecho, a comprar un voto en las elecciones populares o de corporaciones legales, es inválido por el vicio de la causa.

¹⁴ En BELLO, Andrés, *Obras completas* cit. (n. 8), XI, p. 411.

¹⁵ En BELLO, Andrés, *Obras completas* cit. (n. 8), XI, p. 414.

¹⁶ En BELLO, Andrés, *Obras completas de don...* (Santiago, 1888), XII, pp. 385 s.

Artículo 1.648

Lo que por error de hecho o de derecho se da en la suposición de una obligación legal o puramente moral que no existe, podrá repetirse.

No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por causa ilícita a sabiendas.

Pero no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por causa ilícita a sabiendas.

La promesa de dar a una persona porque se abstenga de un crimen, no es civil ni moralmente obligatoria¹⁷.

c) La novedad introducida por el artículo 1.642 del “Proyecto de 1853” fue el ejemplo de causa ilícita que aparece en su inciso tercero, como contrato dirigido a recompensar un crimen o un acto inmoral, o dirigido a comprar el voto de un ciudadano o de un miembro de corporaciones legales en las respectivas elecciones o votaciones: en tales casos, según el proyecto, hay nulidad por el vicio de la causa y ese vicio consiste precisamente en su ilicitud. Dejemos a un lado, por ahora, que los ejemplos estén mal contruidos, porque tales cuales aparecen formulados en la disposición pertenecen, en realidad, al ámbito del objeto ilícito.

d) El artículo 1.648 absorbió al inciso 3º del artículo 19 del título II del “Proyecto de 1841 - 1845” (= inciso 3º del artículo 27 del “Proyecto de 1846 - 1847”), como inciso 2º de ese artículo 1.648, que fue insertado, así, en un principio más vasto, como es el enunciado en el inciso 1º: “*Lo que por error de hecho o de derecho se da en la suposición de una obligación legal o puramente moral que no existe, podrá repetirse*”. La disposición contiene, en realidad, el principio del enriquecimiento sin causa operado merced a la dación de una cosa que tuvo lugar bajo el supuesto de estar el *dans* obligado legal o moralmente al pago de esa cosa, en circunstancias de no existir en realidad una tal obligación. En ese caso, procede la repetición de lo dado. La antigua norma, proveniente de los proyectos anteriores, que en el artículo 1.648 del “Proyecto de 1853” aparece como inciso 2º, se presenta entonces como excepción al principio general, excepción denotada por el uso de la preposición “*pero*” con la cual viene introducido el inciso: lo dado o pagado por causa ilícita a sabiendas no podrá ser repetido.

El inciso 3º del artículo 1.648 trata de algo completamente distinto: “*La promesa de dar a una persona porque [sc. para que] se abstenga de un crimen, no es civil ni moralmente obligatoria*”. Aquí no se trata ya de lo dado (o pagado) sino de lo prometido dar (o pagar) para que una persona se abstenga de cometer un ilícito. Se esperaría que la norma dijera algo concerniente a la repetibilidad de aquello que fue prometido, una vez dado o pagado. Por derecho romano sabemos

¹⁷ En BELLO, Andrés, *Obras completas* cit. (n. 16), XII, p. 390.

que si el promitente cumplió la promesa hecha para que no se cometiera un ilícito, siempre puede repetir lo dado o pagado, porque él no incurrió en ilicitud, sino, al contrario, la evitó, para abstenerse de cometer la cual el estipulante se hizo prometer, de modo de pertenecer a éste la ilicitud¹⁸. Pero en vez de eso, la norma del proyecto dice algo relativo a la promesa antes de ser cumplida, a saber: que ella no resulta civil ni moralmente obligatoria. Es cierto que a la antes referida conclusión del derecho romano se llega combinando los incisos 3º y 1º del artículo 1.648: el inciso 3º declara que la promesa de dar hecha para que otro se abstenga de un ilícito no es civil ni moralmente obligatoria; ahora bien, si el que hizo tal promesa da lo prometido pensando en que estaba obligado, lo favorece el inciso 1º y podrá repetir lo dado, precisamente por haberlo dado en la suposición de una obligación legal o moral, que merced al inciso 3º no existe. Este análisis muestra que el contenido del inciso 3º hubiera encontrado mejor localización como parte del inciso 1º. La localización que tiene en el artículo 1.648 introduce, en cambio, una cierta asimetría en el tema de que se venía tratando en ese artículo, que es el de la repetibilidad o irrepitibilidad de lo dado, y no el del valor de las promesas.

e) Entre los artículos 1.642 y 1.648 del Proyecto de 1853, que hemos examinado, se presentan todavía seis artículos que precisamente por esa localización aparentan concernir a la causa (ilícita). Por lo demás, el último de la serie, o sea el 1.647, se refiere a esa tema en forma expresa (*Hay asimismo causa ilícita...*). Su sentido enlaza directamente con el inciso 3º del artículo 1.642 que, como vimos, ofrecía ejemplos de causa ilícita, y dice: “*Así el contrato dirigido a recompensar un crimen o un acto inmoral, a efectuar un cohecho, a comprar un voto en las elecciones populares o de corporaciones legales, es inválido por el vicio de la causa*”. Los artículos siguientes, aunque no en función de ejemplos, continúan empero la tónica de ese inciso 3º, al tipificar causalidad ilícita. Pasamos a transcribirlos¹⁹:

El artículo 1.643, que dice:

“El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva, no puede ser objeto de contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de ella./ Las convenciones entre la persona que debe una legítima y el legitimario, relativas al importe y pago de la misma legítima, están sujetas a las reglas especiales contenidas en el título De las asignaciones forzosas”.

El artículo 1.644:

“El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha

¹⁸ D. 12, 5, 1, 2; 12, 5, 2 - 1; 12, 5, 4, 2; 12, 5, 9.

¹⁹ Todos estos artículos en BELLO, Andrés, *Obras completas* cit. (n. 16), XII, pp. 389 s.

- El artículo 1.645: *remitido señaladamente”.*
- El artículo 1.646: *“No vale la remisión del dolo futuro”.*
- El artículo 1.647: *“No vale la promesa de pagar al abogado una parte o cuota de la cosa sobre que versa la litis; ni de darle una suma de dinero, o un premio cualquiera, apreciable en dinero si vence en el pleito; ni la renuncia de la prescripción trienal de lo que se debe por honorario de abogados, procuradores, etc.; ni estipulación alguna en contravención a las reglas del derecho público chileno.”*
- El artículo 1.647: *“Hay asimismo causa ilícita en las deudas contraídas en juego de azar, en las apuestas que exceden de los límites legales, en la venta de libros cuya circulación es prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas, estatuas obscenas, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de prensa; y generalmente en todo contrato reprobado por las leyes con la expresión terminante: se prohíbe”.*

Como veremos, pero debemos adelantar aquí, los contenidos de estas disposiciones, salvo el del artículo 1.646, que en la revisión del “Proyecto de 1853” resultó suprimido, en los proyectos sucesivos fueron trasladado al tema del objeto del contrato, sea en razón de su ausencia, sea en razón de su ilicitud, y con toda corrección, pues nada tienen que ver con la causa ni con la ilicitud de ésta. Si alguien compra a otro su derecho a suceder a un tercero por causa de muerte (artículo 1.643), esa compra carece de objeto; y si alguien compra impresos obscenos (artículo 1.647), ese contrato adolece de objeto ilícito: ni en el primer caso hay problema de ausencia de causa, ni en el segundo de causa ilícita. Lo propio puede decirse, como ya se adelantó por lo demás, con los ejemplos del inciso 3º del artículo 1.642; pero en los proyectos sucesivos esos ejemplos fueron mantenidos como de causa ilícita una vez que fue reformulada adecuadamente su estructura.

Por el destino posteriormente sufrido por estos artículos 1.643 a 1.647 y por su evidente falta de conexión con el tema de la causa, no nos ocuparemos del examen pormenorizado de sus contenidos ni de sus fuentes (que son las *7 Partidas* y en algún caso la *Novísima Recopilación de Leyes de España*, de las que Bello dejó constancia en sus notas a cada uno de esos artículos del “Proyecto de 1853”).

5. El “Proyecto de 1853” fue sometido a la revisión de una comisión de juristas y magistrados designada ese mismo año por el Presidente de la República, quien, por lo demás, la condujo personalmente y en la que Bello tomó parte una vez más. El examen de esa comisión dio lugar a un nuevo texto del proyecto. Como quiera que, a diferencia de los proyectos oficiales anteriores, no fue editado en su época y se conservó solo en manuscrito, cuando 35 años después de la promulgación del código fue publicado, el nombre que se le impuso fue el de “Proyecto Inédito”. El corresponde, pues, a una fase intermedia entre el Proyecto de 1853 y el de 1855. Las modificaciones que presenta con respecto al “Proyecto de 1853” se deben a la revisión que de ese proyecto hizo la comisión presidencial designada en 1853, pero muchas de tales modificaciones fueron adoptadas a iniciativa del propio Bello.

En la materia que nos interesa, este “Proyecto Inédito” ofreció algunas novedades.

a) El artículo 1.626 del Proyecto de 1853 que, como se recordará, rezaba: *“Todo contrato supone el consentimiento de las partes y para que este consentimiento sea válido es necesario...: 4º Que tenga una causa lícita”*, apareció ahora, bajo el mismo número, así: *“Para que los actos voluntarios produzcan efectos civiles, es necesario...: 4º que tengan una causa lícita”*²⁰. Sin embargo, el cambio en la terminología de “contrato” a “acto voluntario” y las demás ostensibles diferencias, que bajo otros respectos ofrecen problemas de importancia, no nos interesan aquí²¹. En lo que atañe a nuestro tema, el esquema siguió siendo el mismo: antes, el consentimiento del contrato exigía una causa lícita para su validez, ahora la exigen los actos voluntarios para tener efectos civiles, y así mirado el asunto no hay diferencias de fondo.

b) En los artículos destinados a desarrollar el principio sentado precedentemente hubo nuevas modificaciones, que otra vez presentaremos en confrontación ahora con el “Proyecto de 1853”:

Proyecto de 1853, artículo 1.647

No puede haber obligación sin una causa real y lícita, pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Proyecto Inédito, artículo 1.647

No puede haber obligación sin una causa real y lícita, pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

²⁰ En BELLO, Andrés, *Obras completas de don...* (Santiago, 1890), XIII, p. 367.

²¹ Para la terminología “contrato” y “acto voluntario” en el “Proyecto Inédito”, véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república, II: Estudio histórico acerca de los antecedentes sistemáticos y terminológicos de la parte general relativa a los actos y declaraciones de voluntad en el Código Civil chileno y en sus proyectos*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 2 (Valparaíso, 1977), pp. 101 ss. Cfr. SCHIPANI, Sandro, *Del derecho romano a las codificaciones latinoamericanas: la obra de Andrés Bello. Pluralidad de fuentes del tít. I del lib. IV del Código Civil de Chile y de sus proyectos*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 6 (Valparaíso, 1981), pp. 165 ss.

Se entiende por causa ilícita la que es prohibida por ley, o es contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así el contrato dirigido a recompensar un crimen o un acto inmoral, a efectuar un cohecho, a comprar un voto en las elecciones populares o de corporaciones legales, es inválido por el vicio de la causa.

Artículo 1.648

Lo que por error de hecho o de derecho se da en la suposición de una obligación legal o puramente moral que no existe, podrá repetirse.

Pero no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por causa ilícita a sabiendas.

La promesa de dar a una persona porque se abstenga de un crimen, no es civil no moralmente obligatoria.

El encabezamiento original, en el inciso 1º del artículo 1.647 del “Proyecto de 1853”, como se observará, permaneció empero invariado en el “Proyecto Inédito”. Pero en este último, como nuevo inciso 2º, se insertó un concepto general de causa, pues la disposición definió que: “*Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato*”. La razón que pudo intervenir para incorporar una definición de causa en el articulado pudo ser que en el “Proyecto de 1853” venía definida la idea de causa ilícita (artículo 1.647 inciso 2º), y que entonces resultaba impropio no definir previamente la idea general de causa misma. Este razonamiento pudo provenir de cualquier miembro de la comisión. Pero la redacción del concepto legal casi seguramente fue obra de Bello, porque parece inspirada en la del infaltable Delvincourt, en quien leemos: “*On entend, dans notre droit, par cause du contrat, ce qui détermine les parties à contracter*”²³. La noción de causa

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato;

y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa;

y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

Artículo 1.648

*No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas*²².

²² En BELLO, Andrés, *Obras completas* cit. (n. 20), XIII, pp. 371 s.

²³ DELVINCOURT, *Cours* cit. (n. 4), II, p. 122.

ilícita, tal cual venía presentada en el inciso 2º del artículo 1.648 del “Proyecto de 1853” no sufrió modificaciones en el “Proyecto Inédito”, y solo fue desplazada al inciso 3º. La misma razón que se pudo tener para definir previamente el concepto de causa antes que el de causa ilícita, pudo tenerse para ofrecer simétricamente un ejemplo de ausencia de causa antes que uno de causa ilícita. En el “Proyecto de 1853”, en efecto, ocurría solo esto último, cuando el inciso 3º de su artículo 1.647 decía: *“Así el contrato dirigido a recompensar un crimen o un acto inmoral, a efectuar un cohecho, a comprar un voto en las elecciones populares o de corporaciones legales, es inválido por el vicio de la causa”*. Por ello, en el “Proyecto Inédito” se antepuso este otro ejemplo: *“Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa”*, para enseguida hacer seguir el texto ejemplificador de la causa ilícita ya presente en el “Proyecto de 1853”, que de todas maneras fue modificado, pues ahora simplemente se dijo: *“y [sc. así] la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”*. Aparte la reducción de los excesivos tres ejemplos que ofrecía el “Proyecto de 1853” a uno en el “Inédito”, la nueva disposición precisó que en el caso que describe se trata de causa ilícita, frente al “Proyecto de 1853” que se había limitado a decir genérica y vagamente que en los casos que señala como ejemplo hay invalidez *“por el vicio de la causa”*, sin especificar si el vicio de ésta consiste en su ausencia o en su ilicitud, aunque es evidente que estriba en esta última.

El complejo artículo 1.648 del “Proyecto de 1853” fue drásticamente comprimido en el “Inédito”. Se volvió a la sola idea del “Proyecto de 1841 - 1845”, mantenida en el de 1846 - 1847 y, como inciso 2º, en el artículo 1.648 del “Proyecto de 1853”. Según se recordará decía ya en el primero de los proyectos mencionados: *“No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por causa ilícita a sabiendas”*. Sin embargo, ahora se le introdujo una modificación importante, consistente en extender la regla de la irrepitibilidad a lo dado o pagado también por objeto ilícito. De esta manera, el artículo 1.648 del “Proyecto Inédito” quedó reducido a una norma del siguiente tenor: *“No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”*.

c) Otra novedad importante introducida por la Comisión Revisora en el “Proyecto de 1853” incumbió, como hubo de adelantarse, al contenido de los artículos 1.643 sobre el derecho a suceder por causa de muerte a una persona viva, 1.644 sobre el pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, 1.645 sobre condonación del dolo futuro (que fue refundido con el anterior), 1.647 sobre deudas contraídas en juegos de azar, en apuestas, en la venta de libros prohibidos, objetos obscenos e impresos abusivos, y en todo contrato prohibido por las leyes: todos ellos fueron extraídos de la órbita de la causa ilícita y transferidos al del objeto ilícito²⁴, con la excepción del artículo 1.646 sobre remuneraciones a los

²⁴ Es ilustrador que el artículo 1.647 del “Proyecto de 1853”, que se iniciaba con estas palabras: *“Hay asimismo causa ilícita...”* al transformarse, con idéntico contenido, en el artículo 1.646 del “Proyecto Inédito” dijo: *“Hay asimismo objeto ilícito...”*.

abogados y otros semejantes, que simplemente quedó eliminado del proyecto, salvo su última parte: “no vale... ni estipulación alguna en contravención a las reglas del derecho público chileno”, que ahora, también referido al objeto ilícito, dio cuerpo a un nuevo artículo en el “Proyecto Inédito”, el 1642 (“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno”, norma a la cual se le agregó un ejemplo). Estas materias, en efecto, nada tienen que ver con el tema de causa ilícita e integran precisamente el del objeto ilícito. Seguramente tal fue lo alegado en el seno de la comisión, de donde el traslado de esas materias a su sede propia y natural.

6. El texto del proyecto que después fue denominado “Proyecto Inédito” todavía resultó objeto de una nueva revisión esta vez solo por Bello, que dio lugar al texto definitivo del proyecto ya en estado de ser presentado a la aprobación del Congreso Nacional. Para tal efecto se lo editó como libro en 1855, por lo cual lo denominamos justamente “Proyecto de 1855”²⁵. Las cámaras lo sancionaron sin discusión en diciembre del mismo año, y tras una revisión formal y de estilo que nuevamente le practicó Bello, fue editado en 1856 como *Código Civil de la República de Chile*, para entrar en vigencia el 1 de enero de 1857.

En nuestro tema, ni el “Proyecto de 1855” ni el *Código Civil* ofrecieron variaciones a la forma que se imprimió al articulado en el “Proyecto Inédito”. Aunque el encabezamiento del ahora artículo 1.445 de los dos primeros textos sí tuvo una nueva mudanza, ella no afectó al argumento de la causa. La nueva disposición, ya en el “Proyecto de 1855” y después en el código, dijo: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario...: 4º que tenga una causa lícita”. Se recordará que el artículo 1.626 del “Proyecto Inédito” rezaba: “Para que los actos voluntarios produzcan efectos civiles, es necesario...: 4º que tengan una causa lícita”. Nuevamente, pues, mudó la terminología, pero en relación con la causa, el esquema continuó siendo el mismo: si antes se exigía una causa lícita para que los actos voluntarios produjeran efectos civiles, ella misma se exigió ahora para que las personas se obliguen entre sí por actos y declaraciones de voluntad²⁶.

En el resto, los textos se mantuvieron intactos. De esta manera, el artículo 1.467 del Proyecto de 1855 y del código establecieron lo mismo que el “Proyecto Inédito” en su artículo 1.647, a saber que: “No puede haber obligación sin una causa real y lícita, pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente./ Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas

²⁵ *Proyecto de Código Civil*, Santiago, octubre (Título preliminar y libros I, II y III) y noviembre (libro IV) de 1855.

²⁶ Para el cambio de la terminología de “actos voluntarios” a “actos y declaraciones de voluntad”, véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile II: Estudio histórico* cit. (n. 21), pp. 101 ss. Cfr. SCHIPANI, Sandro, *Del derecho romano a las codificaciones latinoamericanas* cit. (n. 21), pp. 165 ss.

costumbres o al orden público./ Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita". También el artículo 1.468 de ambos textos, por su lado, igual que el artículo 1.648 del "Proyecto Inédito", dijo: "*No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas*". En fin, quedó sancionada la localización en tema de objeto ilícito que hubo de fijar el "Proyecto Inédito" para las diversas materias de los artículos 1.643, 1.644, 1.645 y 1.647 del "Proyecto de 1853" que éste había anclado en tema de causa ilícita, artículos que ahora recibieron los números 1.463, 1.465 y 1.466 en el "Proyecto de 1855" y en el código.

De esta manera, la doctrina de la causa recibió su última y definitiva forma en el código de 1855 aún vigente.

II. CAUSA DEL CONTRATO Y CAUSA DE LA OBLIGACIÓN EN LOS CÓDIGOS CIVILES FRANCÉS Y CHILENO

Todos los proyectos y el código concordaron en exigir el requisito de la causa lícita con respecto a la actuación jurídica. Esto que nosotros denominamos genéricamente "actuación jurídica", ya el "Primer Proyecto", seguido por los de 1841 - 1845, de 1846 - 1847 y de 1853, fue identificado como "contrato" consistente en un consentimiento de al menos dos. El texto de esos proyectos, en efecto, rezó inalteradamente: "*Todo contrato supone el consentimiento de las partes y para que este consentimiento sea válido es necesario...: 4º Que tenga una causa lícita*". El "Proyecto Inédito" abandonó la terminología del "contrato" y la reemplazó por la de "acto voluntario", pues dijo: "*Para que los actos voluntarios produzcan efectos civiles, es necesario...: 4º que tengan una causa lícita*". En fin, el "Proyecto de 1855" y el código sustituyeron el modo de hablar del "Proyecto Inédito" por la nomenclatura de "acto o declaración de voluntad", en un artículo cuyo tenor fue: "*Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario...: 4º que tenga una causa lícita*". Así, estos textos chilenos, para la validez del consentimiento de los contratos ("Primer Proyecto" y "Proyectos de 1841 - 1845, 1846 - 1847 y 1853"), o para la producción de los efectos civiles del acto voluntario ("Proyecto Inédito"), exigieron ciertas cuatro cosas necesarias en ese consentimiento del contrato o en el acto voluntario mismos, una de las cuales cosas era la causa lícita²⁷. Algo semejante ocurrió en el "Proyecto de 1855" y en el código, aunque debamos introducir una explicación anexa para verlo: el artículo 1.445 de ambos textos dice: "*Para que una persona*

²⁷ Se observará la redacción: en el "Primer Proyecto" y en los "Proyectos de 1841 - 1845, 1846 - 1847 y 1853", el requisito N° 4: "*Que tenga una causa lícita*", con el verbo en singular, va referido al sustantivo también en singular "*consentimiento*"; y en el "Proyecto Inédito", el requisito N° 4: "*Que tengan una causa lícita*", con el verbo en plural, va referido al sustantivo asimismo en plural "*actos (voluntarios)*". En todos los casos, la causa lícita, pues, se exige como elemento de la actuación (el consentimiento del contrato o el acto voluntario).

se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1° que sea legalmente capaz; 2° que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3° que recaiga sobre un objeto lícito; 4° que tenga una causa lícita". En esta redacción, es claro que los requisitos 1° y 2° se refieren a "una persona", de modo de ser ésta la "legalmente capaz" y la que deba consentir en el acto o declaración. Pero el requisito 2° ya no puede referirse a lo mismo, pues resultaría un sin sentido pedir que sea "una persona" la que "recaiga sobre un objeto lícito". Es evidente que el requisito de recaer sobre un tal objeto queda conectado ahora con la última cláusula del N° 2: "...y que su consentimiento no adolezca de vicio", de guisa que lo exigido en realidad es que el consentimiento (de "una persona"), aparte de no adolecer de vicios, recaiga sobre un objeto lícito. No es, en cambio, absurdo que el requisito 4°: "que tenga una causa lícita" quede conectado con "una persona", de modo de ser ella la que tenga semejante causa al consentir. Pero, de atender a la estructura del discurso, es más seguro que ese requisito se conecta, igual que el N° 3, con el consentimiento (exento de vicios) del N° 2, de forma que lo requerido es que sea éste el que tenga dicha causa. De esa manera, el esquema de la norma se resuelve en demandar dos cosas en la persona: su capacidad y su consentimiento, y tres cosas en el consentimiento: que él carezca de vicios, que recaiga sobre un objeto ilícito y que tenga causa lícita; y así queda claro que la causa es pedida como requisito, elemento o parte de la actuación, que ahora viene calificada de acto o declaración de voluntad.

En esta materia, los proyectos y el código chilenos se mantuvieron fieles al criterio del encabezamiento del artículo 1.108 del *Code Civil*, en donde la *cause licite* también viene anunciada o introducida como un requisito, elemento o parte de la negociación, que él, empero, denomina *convention*: "*Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention*". Resulta claro que esta norma supedita la validez de la convención a que sea ésta misma, la convención, la que cumpla con ciertas cuatro condiciones, una de las cuales podemos adelantar que es la causa.

Ahora bien, el *Code Civil*, al enunciar en el artículo 1.108 la cuarta *condition*, precisamente la consistente en la *cause*, dice: "4° *Une cause licite dans l'obligation*". Sorpresiva y extrañamente, pues, ese código, en vez de limitarse a decir: "4° *Une cause licite*", añade "*dans l'obligation*". De esta manera, lo que empezaba ser una *condition* de la *convention* en el encabezamiento del artículo, termina por aparecer referido ahí mismo a la *obligation*, como si fuese una condición no de aquélla, sino precisamente de ésta.

Con eso dejamos planteada la dicotomía de "causa de la convención" y "causa de la obligación"²⁸. Pero esta dicotomía plantea una alternativa, porque una de dos: o la causa de la obligación es idéntica a la causa de la convención o no lo es.

²⁸ Que ya ha sido observada: véase CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, 1937), XI, 2, p. 305; LEÓN HURTADO, Avelino, *La causa*, Santiago (Editorial Jurídica de Chile, 1961), pp. 14 ss.

En el primer caso, uno de los dos requisitos es superfluo, pues basta pedir causa en la convención y habrá causa en la obligación; o pedir causa en ésta y la habrá en la convención. Tal superfluidad debió resolverse a favor de la causa como condición de la convención, pues es de las condiciones de ésta de que precisamente trata el artículo 1.108. En el segundo caso, el artículo 1.108 está viciado por defecto y por exceso: por defecto, ya que una de las *quatre conditions* enunciadas como necesarias para la convención, (y se supone que una de ellas es la causa), no fue tratada en él, puesto que de lo que efectivamente trató fue de la causa de la obligación; y por exceso, desde que al tratar de la causa de la obligación lo hizo en sede impropia, pues debió desarrollarla en materia de obligaciones y no de convenciones.

Esta dicotomía, en cambio, no aparece en los artículos de los sucesivos proyectos chilenos ni en el código que enunciaban genéricamente los requisitos de las actuaciones jurídicas, pues siempre dijeron ser necesario en cuarto lugar “tener” tan solo “*una causa lícita*”; y el uso del verbo “tener” reiteradamente quedó referido, como vimos antes, a la actuación, vale decir, al consentimiento del contrato (hasta el “Proyecto de 1853”), al acto voluntario (en el “Proyecto Inédito”) o al acto o declaración de voluntad (en el “Proyecto de 1855” y en el código). En otras palabras, en los artículos chilenos que enunciaban genéricamente los requisitos de las actuaciones jurídicas no entró la idea de “causa de la obligación”.

Pero en el articulado chileno ahora específicamente destinado a desarrollar la noción de causa, este planteamiento inicial, sin embargo, quedó desnaturalizado, pues la fórmula tenazmente empleada fue: “*No puede haber obligación sin una causa real y lícita*”, cuando, atendido el planteamiento inicial, se hubiera esperado algo así como: “No puede haber contrato (acto voluntario, acto o declaración de voluntad) sin una causa real y lícita”. De esta manera, fue en el articulado singularmente dedicado a la causa que vino a entrar la idea de “causa de la obligación”. En esto, la formulación chilena fue obsecuente con la francesa, pues el artículo 1.131 del *Code Civil* continuaba, como ya había hecho en el artículo 1.108, refiriendo la *cause* a la *obligation* y no a la *convention*, en tanto expresa: “*L’obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucune effet*”.

El asunto, por otro lado, no paró ahí, pues el código francés volvió a referir la causa a la *convention*, y no ya a la *obligation*, en su artículo 1.132: “*La convention n’est pas moins valable, quoique la cause n’en soit pas exprime*”. Una oscilación semejante encontramos en los proyectos chilenos. En el “Primer Proyecto”, la segunda parte de su artículo 11 del libro *De los contratos y obligaciones convencionales* dice: “*La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente en los contratos...*”; y ahora, como se ve, la causa torna a quedar referida a los contratos. El artículo 1.642 inciso 2º del “Proyecto de 1853” expresa: “*Así el contrato dirigido a recompensar un crimen o un acto inmoral, a efectuar un cohecho, a comprar un voto en las elecciones populares o de corporaciones legales, es inválido por el vicio de la causa*”, y en este caso es también el contrato el que porta el vicio de la causa. Su artículo 1.647, en cambio, declara: “*Hay asimismo causa ilícita en las*

deudas contraídas en juego de azar, en las apuestas...”, y ahora la causa ilícita está en las deudas, no en el contrato. Por el contrario, el artículo 1.647 inciso 2º del “Proyecto Inédito” dice: “*Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato... Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita*”; y entonces queda claro, en la definición misma de la causa, que ésta se refiere al acto o contrato, al cual induce como motivo; y lo propio ocurre en los ejemplos que siguen en la disposición, pues ahí aparecen ciertas promesas, vale decir, unos actos o contratos, una de las cuales carece de causa y la otra tiene una causa ilícita.

Como sabemos, la redacción del “Proyecto Inédito” fue la definitiva en esta materia, es decir, hubo de reflejarse en el código. En éste, pues, y por ende ya en el “Proyecto Inédito”, tan solo hay una disonancia, que aparece en el comienzo del artículo 1.467. Por lo que atañe al artículo 1.445, en donde se enuncia genéricamente lo que es necesario para que un acto o declaraciones de voluntad obligue, resulta claro que la causa va presentada precisamente como requisito, elemento o parte del acto o declaración con referencia al consentimiento: “*Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario...: 2º que... su consentimiento [sc. de la persona que se obliga] no adolezca de vicios; 4º que tenga [sc. el consentimiento] una causa lícita*”. En el encabezamiento del artículo 1.467, en cambio, la causa aparece referida a la obligación: “*No puede haber obligación sin una causa real y lícita...*”. La remisión al acto o contrato queda restaurada en el inciso 2º: “*Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato*”; y en los ejemplos del inciso 3º: “*Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita*”.

III. CAUSA DEL CONTRATO Y CAUSA DE LA OBLIGACIÓN EN OTROS CÓDIGOS CIVILES EUROPEOS Y AMERICANOS

1. La curiosa anomalía presente en el articulado del código francés, consistente en anunciar una *condition* necesaria para la *convention*, y en terminar describiendo una condición de la *obligation*, se esparció en la legislación posterior. Nos referiremos aquí a los códigos más importantes.

Desde luego está el *Burgerlijk Wetboek* de Holanda de 1838. Como casi en todo, también en esta materia restó fiel al *Code Civil*, si bien con una modificación que pudo ser importante: su artículo 1.371 reproduce al artículo 1.108 francés, es decir, comienza por anunciar cuatro condiciones para la validez de los contratos, pero como condición 4ª se limita a exigir una causa lícita, sin el añadido de la expresión “en la obligación”, tal cual aparece en el original francés. Pero enseguida, el artículo 1.371 refiere el requisito a la obligación, pues declara que la obligación sin causa o establecida con expresión de una causa falsa no produce efectos. El artículo 1.372, por su lado, vuelve al contrato, cuando afirma que si la causa no consta, el contrato valdrá.

El *Codice Civile per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna* de 1837, en cambio, es absolutamente fiel al modelo francés en sus artículos 1.195 (fundado en el artículo 1.108 del *Code*), por un lado, y 1.221 a 1.224 (basados en los artículos 1.131 - 1.133), por otro.

Lo propio cabe decir con respecto al *Codice Civile del Regno d'Italia* de 1865: su artículo 1.104 (= artículo 1.108) habla de requisitos esenciales para la validez de un contrato, y en su número 4º exige una causa lícita para obligarse. En seguida, el artículo 1.119 establece que la obligación sin causa o fundada sobre una causa falsa o ilícita no tiene efecto, pero el artículo 1.120 afirma que el contrato, ahora, será válido aunque no exprese la causa, todo lo cual se basa en los artículos 1.131 a 1.133. El *Codice Civile* de 1942 eliminó las oscilaciones: su artículo 1.325 Nº 2 establece directamente que uno de los requisitos del contrato es la causa. La sección 2ª del capítulo I del título II del libro IV, se rubrica *Della causa del contratto*, que contiene los artículos 1.343 a 1.345. Pero se ha introducido ahí la noción de motivo (artículo 1.345). La causa de las obligaciones, pues, no es tema para el código italiano vigente

El *Código Civil de España* de 1889, bajo tantos respetos apartado del modelo francés, en el punto concerniente a la oscilación entre causa de obligación y causa del contrato, empero, lo siguió. El artículo 1.261 de ese código enuncia que no hay contrato sino cuando concurren ciertos requisitos, entre las cuales como 3º menciona una causa de la obligación que se establezca. Este requisito aparece desarrollado en los artículos 1.274 a 1.277, pero ahora comparece constantemente referido al contrato. El artículo 1.274 define la causa siguiendo los lineamientos de la doctrina clásica que remonta a Domat. Por lo demás, estas normas, con leves variantes de redacción, fueron tomadas del Proyecto de Código Civil de 1852, que había elaborado Florencio García Goyena (artículos 985 Nº 4 y 997 a 1.000)²⁹

Entre los códigos americanos, tenemos al primero de todos, vale decir, al *Digeste de la loi civile* de la Luisiana (Estados Unidos de Norteamérica), emitido en 1808 y que, revisado en 1825, pasó a llamarse *Code Civil*. Sus artículos 1.772 y enseguida del 1.887 al 1.883 calcan respectivamente los artículos 1.108 y luego 1.131 al 1.133 franceses. Por ello, el código luisiano oscila promiscuamente entre la causa del contrato y la de la obligación; él agrega también un artículo 1.894 cuyo contenido no aparece en el *Code Civil*; en esa norma, el punto de vista adoptado es el del contrato. Algo semejante ocurrió en los códigos de Haití (1825), Bolivia (1830)³⁰, Costa Rica I (1841) y República Dominicana (1884): en cuanto, directa

²⁹ Como introducción a la sección 5º relativa a la causa, del capítulo II del título V del libro III, García Goyena expone los diferentes sentidos de la palabra causa y dice que en los contratos el verdadero concepto de causa está dado por D. 12, 6, 52: GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (Madrid, 1852), III, 31, pero enseguida, en el artículo 997, adopta la doctrina clásica de la causa fundada por Domat.

³⁰ El nuevo código boliviano de 1975 reproduce las normas sobre causa del código italiano de 1942 (artículos 452 y 489 s.).

o indirectamente³¹, imitaron al código francés, hubieron de seguirlo también en el punto que aquí nos interesa

El importante código peruano de 1852, el primero de Iberoamérica que ya no puede ser considerado como mera imitación del francés, en esta materia resulta algo ambiguo. Para la validez de los contratos, su artículo 1.235 N° 4, exige “*causa justa para obligarse*”. Esta redacción contiene un sentido diferente que la francesa “*cause licite dans l’obligation*”, pues podría no referirse a la “causa de la obligación”, como sí resulta claramente en la *Code*, sino del contrato, y admite ser interpretada como si dijera: “causa en el contrato para obligarse, es decir, para que éste produzca efecto obligatorio”. El siguiente artículo 1.253 es de nuevo ambiguo: “*Es nulo el contrato celebrado sin haber causa o con una causa falsa o ilícita*”. La expresión “*sin haber causa*” deja en el aire si se trata de no haber causa en el contrato o en la obligación. El artículo 1.254, en cambio, no es ambiguo: “*Se presume que en todo contrato hay causa lícita, aunque no se exprese, mientras no se exprese lo contrario*”, pues la referencia es al contrato de manera inequívoca.

También puede mencionarse al código del Uruguay de 1868, cuyo artículo 1.261 exige, para la validez de los contratos, el requisito de la licitud de “*la causa inmediata de la obligación*”. Por su parte, el artículo 1.288 expresa que “*La obligación, y por consiguiente el contrato, que se funde en una causa falsa o ilícita no puede tener efecto alguno*”.

El código de Venezuela de 1873 conservó la oscilación de causa del contrato y causa de la obligación, pero derivada no directamente de Francia sino del código italiano de 1865. Su artículo 1.047 establecía como indispensable requisito para la validez de los contratos: “*4° Causa lícita para obligarse*”. El artículo 1.062 declaraba: “*La obligación sin causa o fundada en una causa falsa o ilícita no tiene ningún efecto*”. Pero el artículo 1.063 decía: “*El contrato es válido aunque la causa no se exprese*”. En fin, estaba el artículo 1.066: “*Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa... del contrato*”. En su estado actual, ese código exige simplemente causa lícita como condición de existencia del contrato (artículo 1.141), pero los artículos 1.157 y 1.158 repiten el contenido de los antiguos artículos 1.062 y 1.063.

De los demás códigos americanos no hablamos o habremos de hablar. Del código de Chile ya hemos dicho lo suficiente. Como él fue adoptado en Ecuador (1858/ 1860), El Salvador (1859), Colombia (en un largo proceso que comenzó en 1858 y culminó en 1887) y Honduras (1880 y 1906), lo dicho para el código chileno vale para el de estos países. Del código de la Argentina (1869) hablaremos seguidamente, y cuanto se diga ahí vale para el de Paraguay de 1876 que era

³¹ La parte civil del *Código General del Estado de Costa Rica* de 1841 era una copia del *Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-peruano* (1836), que a su vez reproducía al *Código Civil Santa Cruz* de Bolivia (1830), el cual, a su turno, epitomaba al código francés en materia de obligaciones y contratos.

copia del argentino. A los códigos de Costa Rica II (1887) y de Cuba II (1987) también nos referiremos más adelante.

3. No debe silenciarse que a veces la solución adoptada fue drástica, pues consistió en la supresión del tema de la causa como elemento de los actos o de las obligaciones. Así ocurrió ya en el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austríaco de 1811, que no exige causa como elemento o requisito general del contrato. En el código portugués de 1865, su artículo 643 se limitaba a exigir capacidad, consenso y objeto posible para la validez del contrato. La misma postura mantiene el nuevo código portugués de 1966. Su artículo 252 trata, empero, del error en los motivos. Tampoco el *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán de 1900 estableció la causa como requisito general del negocio jurídico, del contrato o de las obligaciones. En Suiza, la *Loi fédérale qui complet le Code Civil*, de 30 de marzo de 1911, llamada *Code des obligations*, en su artículo 17 dispuso: “*Le reconnaissance d’une dette est valable, même si elle n’énonce pas la cause de l’obligation*”. El mismo partido que el código alemán ha adoptado el nuevo código holandés, libro III, puesto en vigor en 1992³².

En el ámbito americano, el requisito de la causa fue suprimido en los códigos de México (1870)³³, Nicaragua II (1904) y de Brasil (1916). Lo propio ocurrió en el segundo (1936) y tercer (1984)³⁴ códigos del Perú. El nuevo código paraguayo de 1987, que puede considerarse una revisión, modificación y simplificación del anterior de 1876, no exige la causa como requisito de los actos o contratos, ni de las obligaciones. El nuevo código de Québec (1991) obró en sentido semejante.

IV. CAUSA DEL CONTRATO Y CAUSA DE LA OBLIGACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

1. En medio de todos los códigos que hemos citado, se presenta el de la República Argentina, aprobado en 1869 y entrado en vigencia en 1871, que redactó Dalmacio Vélez Sarsfield³⁵. En tema de causa, el panorama que este código ofrece es totalmente diferente al de las obras contemporáneas del género.

a) De la materia trata el código de Vélez en su libro II: *De los derechos personales en las relaciones civiles*. Este libro aparece dividido en tres secciones. La sección 1ª carece de rúbrica, pero su contenido se aprecia en el nivel sistemático por el contenido de sus dos partes: la parte 1ª se rubrica: *De las obligaciones en general*; la parte 2ª lleva la rúbrica de *Extinción de las obligaciones*. En conse-

³² El artículo 40 del libro III se limita a declarar nulo el negocio jurídico que por su contenido o por su alcance es contrario a las buenas costumbres o al orden público.

³³ La situación se mantiene en el código mexicano de 1928, aunque ahí se ha introducido la ilicitud del motivo o del fin como razón para invalidar un contrato (artículo 1.795 N° 3).

³⁴ Su artículo 140 N° 3 exige un fin lícito para la validez del acto jurídico.

³⁵ Una visión de conjunto sobre este cuerpo legal en GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica* cit. (n. 1), pp. 441 ss., con literatura.

cuencia, la sección 1ª trata de la doctrina o teoría general de las obligaciones, comprensiva de la noción de obligación, su estructura, sus clases y su extinción. En esta sección 1ª encontramos un título I rubricado: *De la naturaleza y origen de las obligaciones*, en el que halla localización el artículo 499, que dice: “*No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia o de las relaciones civiles*”. Si ahora nosotros intentamos obtener consecuencias a partir tanto de la ubicación del artículo 499 como de su dicción, resultan claras varias cosas. En primer lugar, el código argentino imputa la noción de causa a la obligación, no al acto, o a la convención, o al contrato, y considera a esa noción como integrante de la doctrina o teoría general de las obligaciones. En segundo lugar, y como consecuencia, esa noción no hace parte de la estructura o sistema de requisitos de estas actuaciones jurídicas, al estilo del código francés y del chileno y de tantos otros. Por lo demás, esto se ve corroborado cuando se leen las reglamentaciones pertinentes a estas actuaciones, muy detalladas en el código de Vélez. En efecto, dentro todavía del libro II, su sección 2ª, que se rubrica: *De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones*, contiene un título II: *De los actos jurídicos*; y la sección 3ª: *De las obligaciones que nacen de los contratos*, de ese mismo libro II, incluye un título I: *De los contratos en general*. Ahora bien, examinado el contenido de ambos títulos, se verifica que de la causa no se hace ni siquiera mención. Es particularmente ilustrativo el título I: *De los contratos en general* de la sección 3ª, que sigue la planta de los capítulos 1º y 2º del título III del libro III del código francés: primeramente se define al contrato (artículo 1.137), luego se lo clasifica (artículos 1.138 a 1.143), y enseguida se describe su estructura o sistema de requisitos: consentimiento (artículos 1.144 a 1.159), capacidad (artículos 1.160 a 1.166), objeto (artículos 1.167 a 1.179), formalidades (artículos 1.180 a 1.189)³⁶. Como sabemos, a los tres primeros requisitos de la convención y del contrato, el código francés añade un cuarto requisito: la causa lícita. Pero no es el caso del código argentino, que lo omite completamente en tema de contratos. De esta manera, pues, la doctrina de la causa del contrato (acto, convención) no entra en el horizonte de ese código. Para él solo existe la causa de la obligación.

b) La razón de este partido la encontramos en la nota adosada por Vélez al artículo 499, cuyo tenor es el siguiente: “*El Cód. Francés y los demás códigos que lo han tomado por modelo, han confundido las causas de los contratos con las causas de las obligaciones. Como estas nacen, a más de los contratos y cuasi-contratos que son los actos lícitos, de los actos ilícitos, delitos y cuasi-delitos, y de las relaciones de familia, la causa de ellas debe hallarse en estas fuentes que las originan, y no solo en los contratos. Ortolan, después de hablar de las causas de las obligaciones que nacen de los contratos, continúa así: ‘Si una persona ha*

³⁶ En el punto concerniente a las formalidades, Vélez completó al código francés, que no las trata como requisito de las convenciones, sino en otros lugares.

causado perjuicio a otra, ya voluntariamente, y con un mal propósito, ya involuntariamente pero por culpa suya, el principio de la razón natural, de que es preciso reparar el mal que se ha causado, nos dice que aquí hay un hecho productor de obligación. Si una persona encuentra que tiene por una circunstancia cualquiera lo que pertenece a otra; si aparece enriquecido de un modo cualquiera en detrimento de otra, ya voluntaria, ya involuntariamente, el principio de la razón natural de que ninguno debe enriquecerse con perjuicio de otro, y de que hay obligación de restituir aquello con que se ha enriquecido, nos dice también que hay en esto un hecho causante de obligación. Así, por un lado el consentimiento de las partes, los contratos por otro, los innumerables hechos que son productos, ya de la voluntad o de la actividad del hombre, ya de causas que son independientes de él, por efecto de las cuales puede una persona haber ofendido por culpa suya a otra, o haberse enriquecido con perjuicio de alguno, nos ofrecen diariamente innumerables y repetidas causas de obligación. Añádanse a esto, en la constitución de la familia, ciertas relaciones entre personas, que deben producir vínculos de derecho, obligaciones de unas con respecto a otras, por ejemplo, produciendo el hecho de la generación, obligación entre el padre y la madre, por una parte, y los hijos por otra, por la causa que unos han dado la existencia y los otros la han recibido, tenéis otra fuente de obligaciones según los principios de la pura razón filosófica' (Tomo II, pág. 160)./ Por todo esto, el artículo dice que la causa de las obligaciones debe derivarse de uno de los hechos o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia o de las relaciones civiles./ Mercadé en su comentario al Cód. Francés, art. 1108 demuestra también que las causas de las obligaciones son diferentes de las causas de los contratos”.

Vélez, pues, tuvo conciencia de haber una confusión entre la causa del contrato y la causa de la obligación en el código francés y en sus imitaciones. Por esta razón, la frase inicial del artículo 499: “*No hay obligación sin causa...*” está exenta de la ambigüedad referencial de su equivalente del artículo 1.131 del código francés: “*L’obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucune effet*”. Aunque en este último texto la causa aparece imputada a la *obligation*, igual que en el código argentino, por el encabezamiento del artículo 1.108 francés creeríamos que fuera necesario imputarla a la *convention* como *condition* para su validez. Como, a su turno, en el código argentino falta una disposición como la del artículo 1.131 francés, que exija el requisito de la causa para la validez de los contratos, como vimos antes, entonces resulta la aludida ausencia de ambigüedad del artículo 499: que no pueda haber obligación sin causa en ningún caso significa que no pueda haber contrato sin causa.

c) Para apoyar su opinión en orden a que el código francés confunde la causa de la obligación con la causa del contrato, Vélez cita el comentario a ese código de Víctor Mercadé. Se trata de su *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, que en 11 volúmenes comenzó a editarse a partir de 1848. Aquí usaremos la 4ª edición de 1859, que en el lugar indicado por Vélez, dice: “*Nous avons eu deja l’occasion de dire qu’il ne faut pas entendre par cause de l’obligation,*

dans le langage du droit, ce qu'on appellerait la cause du contrat, ou même aussi, la cause de l'obligation, dans le langage ordinaire... Quand je vous vends (sic) ma ferme, la cause du contrat, ou de mon obligation, si l'on veut, le motif qui m'a déterminé à m'engager, ce sera tantôt la nécessité où je me trouve de payer des sommes considérables, tantôt le projet d'acquérir des rentes ou des maisons en remplacement de mes terres, afin de augmenter mon revenu, tantôt de doter ma fille. Mais en droit, ces motifs premiers ne sont pas à considérer; et c'est seulement le motif dernier et immédiat de l'obligation qui constitue sa cause juridique: quand je me oblige à vous livrer ma ferme, mon motif immediate, la cause juridique de mon obligation, c'est l'obligation que vous-même contractez de me payer une somme d'argent, quel que soit l'emploi auquel je destine cette somme"³⁷. Para Mercadé, pues, la causa del contrato es el motivo personal y subjetivo, privado, contingente, variable de sujeto en sujeto y de contrato en contrato, que cada parte tiene para celebrar el negocio de que se trate, como se ve a través de los ejemplos que ofrece. En materia de causa de la obligación, en cambio, el comentarista francés adopta la llamada teoría clásica que se remonta a Domat, y que, en el texto citado, Mercadé aplica a la compraventa: la causa de la obligación del vendedor de entregar una finca al comprador, es la obligación de éste de pagar una cantidad de dinero a aquél, sin que interese el destino previsto por el vendedor para la suma que recibe, que sería su motivo o causa del contrato para él. De esta manera, en efecto, como Vélez advierte, Mercadé separaba esta última causa de la causa de la obligación.

Ahora bien, Vélez citó a Mercadé tan solo para el efecto de apoyar su opinión expresada al comienzo de la nota al artículo 499 en orden a que ambas causas son distintas (y que el código francés las confunde). Mas, como se ve en esa nota, pero ya en el texto mismo del artículo 499, Vélez no siguió a Mercadé en el concepto que este ofrece de causa de la obligación, fundado en la doctrina llamada clásica, que acabamos de recordar. Por "causa de la obligación" Vélez entendió, en cambio, los hechos, los actos lícitos y los actos ilícitos, que tienen lugar en el interior de relaciones de familia o de relaciones civiles. Esta nomenclatura del codificador esconde los conceptos tradicionales de contrato, delito, cuasicontrato, cuasidelito y ley. Dicho en otro lenguaje, para Vélez, "causa de la obligación" significa "fuente de la obligación".

d) En el resto, el legislador argentino recogió de diversos códigos las normas tradicionales sobre la causa, que ahora deján de interesarnos³⁸

2. Conviene tener presente que en el siglo XIX, adoptó un partido semejante al de Vélez el segundo código de Costa Rica, emitido en 1886. Su artículo 627 expresa: "*Para la validez de la obligación es esencialmente indispensable:... 3º causa lícita*". Por su lado, el artículo 632 declara: "*Las causas productivas de*

³⁷ MERCADÉ, Victor, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon* (Paris, 1859), IV, p. 343.

³⁸ Véanse los artículos 500 a 502 del código argentino, con sus respectivas notas sobre fuentes.

obligación son: los contratos, los cuasi-contratos, los delitos, los cuasi-delitos y la ley". Está claro, por un lado, que para este código, la causa queda inequívocamente imputada a la obligación como requisito esencial de ella, sin confusión alguna con la causa del contrato, que no es mencionada en ningún lugar; y que, por otro, la noción de causa de las obligaciones se identifica con la de fuente de las obligaciones, que el cuerpo legal en examen reconduce a las cinco del contrato, el cuasi-contrato, el delito, el cuasi-delito y la ley.

Más recientemente, el nuevo código de Cuba, promulgado en 1987³⁹, en un lenguaje moderno rubrica *Relación jurídica* a su libro I, dentro del cual un artículo 23 dice: "*Los elementos de la relación jurídica son:...* c) *la causa que la genera*". El título 4 del libro I se rubrica *Causas de la relación jurídica*, cuyo artículo 47 expresa: "*Las causas que generan la relación jurídica son...*", y enseguida enumera como tales causas a los acontecimientos naturales, los actos jurídicos, los actos ilícitos, el enriquecimiento indebido y las actividades que generan riesgos. Sigue siendo claro, sin embargo, que "causa de la relación jurídica" significa "fuente de la relación jurídica", así como en el código costarricense de 1886 y en el argentino de 1869, "causa de la obligación" significa "fuente de la obligación".

En ninguno de estos códigos hay lugar, pues, para la "causa del contrato".

V. CONCLUSIÓN PARCIAL

La legislación examinada admite ser dividida en varias categorías. A una primera categoría pertenece aquella que anuncia exigir la causa como una condición general de validez de la actuación (convención, contrato, acto) y lo que termina por exigir es la causa como elemento de la obligación. El paradigma de tal promiscuidad es el código francés. Una segunda categoría de legislación exige la causa solo como elemento general de la obligación, pero no del contrato, y esta vez se nos presenta el código argentino como ejemplo paradigmático. La tercera categoría la integran aquellos códigos que requieren la causa como condición general del contrato mas no de la obligación, y ahora el paradigma está representado por el código italiano de 1942. En la cuarta categoría, en fin, ocupan lugar aquellas legislaciones que suprimieron la causa como requisito, elemento o condición general tanto de la actuación (negocio, contrato) como de la obligación, sin perjuicio de a veces tratar de ella como una circunstancia particular, como es el caso del código suizo.

Tal es el estado de cosas de la legislación en nuestra materia. Como se ve, están representadas todas las combinaciones imaginables. Pero es que en tema de causa todo es posible. Un recorrido por la historia de este dogma nos lo mostrará. A través de él, estaremos en mejores condiciones de entender lo que dicen o no dicen los códigos.

³⁹ Hasta ese momento, Cuba se regía por el código español, extendido a la isla en 1889, cuando aún formaba parte de la Monarquía.

VI. LOS SENTIDOS DE LA PALABRA “CAUSA” EN ARISTÓTELES Y EN LOS ESTOICOS

La razón de las dificultades que los modernos civilistas encuentran para identificar un concepto único, claro y distinto bajo la palabra “causa” como término técnico del derecho patrimonial es su polisemia⁴⁰. Una de las razones de esta polisemia, a su vez, se encuentra en que tal palabra fue la empleada por los latinos para traducir la voz griega αἰτία que, como lo verificó Aristóteles, soportaba al menos cuatro acepciones: la materia, la forma, el fin y el eficiente⁴¹. Dado un ser, en el lenguaje griego —éste era el punto de partida de Aristóteles—, de cada uno de aquellos factores, en efecto, se podía decir que son la αἰτία de ese ser. Es cierto que los estoicos redujeron la noción de αἰτία a la causa eficiente⁴², el “primer principio del cambio o de la quietud”, como define Aristóteles a esa causa⁴³. Séneca lo recuerda en forma expresa: “*Stoicis placet unam causam esse id quod facit*”⁴⁴. En concordancia, Cicerón y el propio Séneca adoptaron el punto de vista estoico. Así, dice el primero: “*Causa... ea est, quae id efficit, cuius est causa, ut vulnus mortis, cruditas morbi, ignis ardoris. Itaque non sic causa intellegi debet, ut, quod cuique antecedit, id ei causa sit, sed quod cuique efficienter antecedit*”⁴⁵; y en otro lugar precisa: “*Causam appello rationem efficiendi, eventum id quod est effectum*”⁴⁶. Todavía insiste: “*locus rerum efficientium, quae causae appellantur*”⁴⁷; y aun: “*origo... id est causa efficiens*”⁴⁸. Séneca, por su parte, criticó directamente la doctrina pluralista de Aristóteles⁴⁹ y adoptó la monista de

⁴⁰ Polisemia que ya Bartolus (†1357) hubo de hacer notar: *Commentaria ad D. 39, 5, 2, 7: Et ratio difficultatis est, quia aequivocatio est*. Sobre esta ambigüedad: GORLA, Gino, *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico* (1955, trad. castellana, Barcelona, Bosh, 1959), I, pp. 308 ss.

⁴¹ ARIST., *phys.* II, 3 (194 B 16); *metaph.* V, 2 (1013 A - B).

⁴² Sobre la causalidad en la Estoa: POHLENZ, Max, *La Stoa. Storia di un movimento spirituale* (1959, trad. ital. Firenze, 1967, reimp. 1978), I, pp. 208 ss.; ELORDUY, Eleuterio, *El estoicismo* (Madrid, 1972), I, pp. 144 ss.

⁴³ ARIST., *metaph.* V, 2 (1013 A).

⁴⁴ SEN., *epist.* CXV, 4: “Los estoicos opinan que la causa es una: aquello que hace”. Véase también SEXT. EMP., *hip. Pyrr.* III, 4, 14.

⁴⁵ CIC., *de fat.* 34: “Causa... es la que hace algo de lo cual es causa, como la herida de la muerte, las cosas indigestas de la enfermedad, el fuego del ardor. Por ende, no debe entenderse que todo lo que anteceda a algo es causa de ello, sino lo que le antecede eficientemente”.

⁴⁶ CIC., *part. orat.* 110: “Llamo causa a la razón de efectuar, (y) evento, a aquello que es efectuado”.

⁴⁷ CIC., *top.* 58: “...el lugar común de las cosas que efectúan... que se llama la causa eficiente”.

⁴⁸ CIC., *tusc.* III, 23: “...el origen... esto es la causa eficiente”.

⁴⁹ SEN., *epist.* CXV, 13 - 14. Toda la epístola CXV tiene por tema a la causa; en el párr. 12, Séneca adopta como propia la tesis estoica y en los siguientes critica la aristotélica.

los estoicos: “*ista... ex una [sc. causa] pendent, ex ea, quae faciet*”⁵⁰. Pero esta reducción de los estoicos operaba tan solo en el nivel de la nomenclatura filosófica –precisamente la de esa escuela–, y dejaba inalterada la ambigüedad del término en el lenguaje común y general.

VII. LOS SENTIDOS DE LA PALABRA “CAUSA” EN LA JURISPRUDENCIA ROMANA, I: CAUSA EN LA TRADICIÓN, LA POSESIÓN Y LA USUCAPIÓN

La segunda raíz de esta polisemia, en cuanto afecta al término, no ya en el habla usual sino en el lenguaje técnico del derecho, está en la pluralidad de aplicaciones con que los juristas romanos emplearon la palabra *causa*, por medio de la que designaron, en consecuencia, fenómenos jurídicos diferentes. A esto dedicaremos esta y algunas de las siguientes secciones.

A veces los juristas romanos utilizan la palabra *causa* como fundamento, razón o título justificantes de entregar, poseer y usucapir. Se habla, así, de *causa traditionis* o *iusta causa traditionis*; de *causa possessionis* o *iusta causa possessionis*; de *causa usucapionis* o *iusta causa usucapionis*. Hoy día solemos decir “título” o “justo título”, y queremos decir lo mismo: en ambos casos aludimos a un antecedente que justifica o funda un consecuente.

a) En el primer caso, el consecuente es la entrega (*traditio*) de una cosa⁵¹. La entrega en sí misma es un acto neutro, y de solo considerarla a ella, nada podemos saber acerca de su cualificación jurídica y de sus efectos, que pueden ser posesorios y dominicales, como cuando el dueño *ex iure Quiritium* entrega al comprador la res *nec mancipi* que le vendió; o únicamente posesorios (*possessio civilis*), si la entrega la hace el vendedor *a non domino*; o de mera tenencia (*possessio naturalis*), como cuando el depositante entrega al depositario la cosa que le prestó; incluso puede tener efectos puramente precarios la entrega, cuando alguien (*is qui precario concedit*) entrega al precarista (*is qui precario rogavit*) la cosa que éste último le suplicó tener sin otro título que sus *preces*. El efecto de una entrega no depende, pues, de sí misma, mas de lo que podemos llamar provisionalmente la “razón de entregar”.

Cuando la entrega se hace en virtud de una “razón” dominical, entonces aquélla ya no es una mera entrega sino una verdadera tradición, que hace adquirir la posesión civil y el dominio quirritario, o únicamente la posesión civil, según que el tradente haya sido o no el dueño quirritario a su vez; o que, siendo *res mancipi* la cosa, haya habido o no el acto formal de transferencia (*mancipatio* o *in iure cessio*). A esta “razón dominical de entregar” los juristas romanos la llamaron *causa traditionis* o *iusta causa traditionis*; y reconocieron como tales a la com-

⁵⁰ SEN., *epist.* CXV, 12: “estas cosas... penden de una [sc. causa], de aquella que hace”.

⁵¹ Visión de conjunto, desde el punto de vista que se considera aquí: GEORGESCU, Valentin, *Le mot causa dans le latin juridique. Introduction à la théorie générale de la causa en droit romain*, en *Études de philologie juridique et de droit romain*, I: *Les rapports de la philologie classique et du droit romain* (Bucarest - Paris, 1940), pp. 162 ss.

praventa (*traditio venditionis causa*), la donación (*traditio donationis causa*), la dote (*traditio dotis causa*), el pago (*traditio solutionis causa*) y el crédito (*traditio credendi causa*)⁵².

b) Si ahora vamos al hecho de tener físicamente una cosa, de nuevo se presenta el mismo fenómeno de la neutralidad del tener en sí mismo considerado, pues con solo observar la tenencia, nada podemos saber sobre su cualificación jurídica o sus efectos: tanto tiene el dueño de una cosa, como el poseedor no dueño, como un arrendatario, depositario, comodatario, pignoratario, o un precarista. Para conocer la cualidad del tener, pues, los juristas romanos otra vez acudían a la “razón” del tener. Si alguien tiene cierta cosa por haberla comprado, por ejemplo, de él decían los juristas que es un *possessor (civilis) pro emptore*; al que tiene por haberle sido donada la cosa, decían que es un *possessor (civilis) pro donato*; si la razón de tener derivaba del legado de efecto real era un *possessor (civilis) pro legato*, etcétera. Pero cuando se tiene una cosa por haberla tomado en arrendamiento, o haberla recibido en depósito, comodato o prenda, vale decir, por una razón no dominical, los juristas decían que solo se trata de una *possessio naturalis*⁵³ (y modernamente la llamamos mera tenencia o detentación). La tenencia de una cosa por mera tolerancia de otro, era llamada *precarium*, si bien el precario era considerado una especie de *possessio*⁵⁴, por estar protegido por el interdicto *uti possidetis*, cuya formula edictal empleada la palabra *possidere*⁵⁵.

No es indiferente tener de una manera o de otra: la tenencia que es *possessio civilis* está defendida por una *actio Publiciana*⁵⁶, y el *possessor civilis* puede

⁵² Para todo, véanse: Gai. II, 19 - 20; II, 50; Tit. Ulp. XIX, 7; D. 6, 2, 1 pr.; 6, 2, 3, 1; 41, 1, 31 pr.; 41, 1, 36; 41, 3, 13; 41, 6, 1 pr.; 41, 10, 1, 1; 41, 10, 3; CI. 3, 32, 24; 4, 23, 2; Inst. II, 1, 41; II, 1, 44. Como hemos visto, la entrega se puede hacer en virtud de razones no dominicales, como el convenio (no obligacional) de comodato, de depósito, de prenda; o el contrato (por cierto obligacional) de arrendamiento; y el ruego en precario. Si generalizamos, esos convenios, ese contrato o ese ruego actúan como causas (no dominicales) de las respectivas entregas; pero los juristas no suelen llamarlos causas, aunque hay excepciones, como Juliano en D. 41, 2, 36: *Qui pignoris causa fundum creditori tradit, intelligitur possidere*: el pignus no es un negocio dominical y la entrega que en virtud de él hace el pignorante al pignoratario no puede fundar dominio ni posesión civil, sino solo mera tenencia. Pero Juliano habla de *pignoris causa tradere*.

⁵³ D. 41, 5, 2, 1.

⁵⁴ D. 43, 26, 4, 1.

⁵⁵ Con los términos *possessio*, *possessor* y *possidere* en el lenguaje de la jurisprudencia ocurre algo semejante a lo que acaece con *causa*: su empleo promiscuo. Aquéllos se emplean, como queda advertido, para designar tanto la tenencia que conduce a la usucapción (*possessio civilis*), como la mera tenencia sin título dominical que no conduce a la usucapción pero que se funda en un negocio (comodato, depósito, prenda, arrendamiento) (*possessio naturalis*), lo mismo que al precario, que no se funda en ningún negocio y que solo tiene como antecedente unos ruegos (*preces*). Lo peor de todo es que los juristas no siempre añaden el adjetivo *civilis* o *naturalis*, y toca al intérprete decidir de qué posesión se habla en el texto.

⁵⁶ También por los interdictos *uti possidetis* y *utrubi*; si bien ellos se confieren a ciertos posee-

usucapir la cosa, si no es su dueño quiritorio, lo mismo que adquirir sus frutos, cuando posee *ex bona fide*. El poseedor natural, en cambio, no dispone de la *Publiciana*, no puede adquirir por usucapición la cosa ni se hace dueño de los frutos por derecho propio, aunque puede adquirirlos si lo conviene así con el que tiene derecho de disponer de esos frutos. El precarista solo tiene una defensa frente a terceros, derivada de los interdictos *uti possidetis* y *utrubi*.

Ahora bien, a lo que provisionalmente hemos llamado aquí “razón dominical de tener”, los juristas la denominaron *causa possessionis* o *iusta causa possessionis*⁵⁷; y reconocieron tal rango a una gran variedad de actos y hechos, como los ya nombrados de la compraventa (*possessio pro emptore*), la donación (*pro donato*), el legado vindicatorio (*pro legato*), y muchos más⁵⁸. Como ejemplo, citemos un texto de alcance general, en donde comparece la idea de causa de poseer, como es D. 41, 2, 3, 4 (Paul., 54 *ed.*), en donde se repite dos veces que una misma cosa puede ser poseída por varias causas: “*Ex plurimis causis possidere eandem rem possumus, ut quidam putant... Nec enim ita et possidere ex una duntaxat causa possumus*”.

c) En fin está la usucapión⁵⁹. Ella se basa, sustancialmente, en tener materialmente una cosa (*possessio*) durante un tiempo determinado (más otros requisitos que ahora no interesan); y genera el efecto el hacer dueño *ex iure Quiritium* al que la tiene. Pero nuevamente el solo tener durante un tiempo es en sí mismo una situación neutra, que otra vez recibe su cualidad jurídica de la “razón” de tener: cuando ésta es dominical, como cuando se tiene la cosa por haberla comprado, recibido en donación, o en herencia, o en legado, o en pago, etcétera, hay usucapición en realidad. La cual no es posible si la “razón” de tener no es dominical, como ocurre cuando la tenencia es por haber tomado en arrendamiento la cosa, o haberla recibido en comodato, depósito, prenda, o en haberla recibido en precario. Todo lo cual significa que aquello que hace posible la usucapición no es la mera tenencia (*possessio naturalis*), sino la *possessio civilis*. A esas razones dominicales los juristas romanos también las llamaron *causae (iustae causae usucapionis)*⁶⁰.

Como la base de la usucapición está en la *possessio civilis*, que para su configuración ya requiere de una causa dominical, la causa de la usucapición no es en verdad algo esencialmente distinto de la causa de la posesión. Pero los juristas,

dores naturales, como al vectigalista (un especial arrendatario de tierras públicas), al pignoratario, al *sequester* y al *precario accipiens*, por razones singulares; pero no se confiere a todos los poseedores naturales por ser tales.

⁵⁷ GEORGESCU, Valentin, *Le mot causa dans le latin juridique* cit. (n. 51), 157 ss.

⁵⁸ Los compiladores justinianos crearon sendas rúbricas para las principales causas posesorias y de usucapición en el Digesto: D. 41, 4 (*pro emptore*), 41, 5 (*pro herede vel pro possessore*), 41, 6 (*pro donato*), 41, 7 (*pro derelicto*), 41, 8 (*pro legato*), 41, 9 (*pro dote*), 41, 10 (*pro suo*).

⁵⁹ GEORGESCU, Valentin, *Le mot causa dans le latin juridique* cit. (n. 51), pp. 171 ss.

⁶⁰ Gai. II, 59; D. 6, 2, 11, 4; 41, 3, 4, 3; 41, 3, 33 pr.; 41, 4, 2, 1; 41, 8, 4; 41, 10, 5; Inst. II, 6, pr.; II, 6, 11, etcétera.

dada una causa concreta de posesión, la examinaban separada o doblemente a efectos de la usucapición⁶¹. Porque bien puede ocurrir que una causa dada sirva para poseer, mas no para usucapir. Tal ocurre, por ejemplo, con la causa que los romanos llamaron *pro suo*, que puede corresponder, aunque no siempre, al que ahora llamamos “título putativo”, en cuanto ese título consiste primordialmente a una creencia en ser dueño⁶²: si alguien, que tiene una cosa en su poder, cree haberla comprado y realmente la compró, a consecuencia de lo cual se cree dueño, tiene esa cosa como comprador (*pro emptore*) y además como suya (*pro suo*)⁶³; pero, si creyendo haber comprado la cosa, no la compró en verdad, entonces únicamente la posee como suya (*pro suo*). Esta creencia, pues, le da causa de poseer; pero no puede usucapirla, porque los juristas llegaron a concordar –después de haberlo discutido mucho⁶⁴– en que para usucapir es necesario que la causa de usucapición sea real, no putativa. De lo contrario, el requisito de la causa quedaría eliminado y con ello la usucapición tan solo exigiría la tenencia material y la *bona fides* (aparte el tiempo y la habilidad de la cosa). Ahora bien, permitir la usucapición *pro suo* en el caso antes expuesto, equivale a permitir la usucapición con título putativo o no real, es decir, solo con buena fe, porque ahí *pro suo* se configura nada más que como una creencia en ser dueño. En el caso propuesto, el sujeto tiene causa de posesión, y, por ende, como poseedor que es, puede entablar los interdictos posesorios, lo mismo que adquirir los frutos de la cosa poseída; pero no puede usucapir, porque la causa *pro suo*, por ser putativa, no le sirve como *causa usucapionis*. De este modo, aquello de lo que se trata es de una única y misma causa, solo que doble y separadamente examinada, a efectos de la posesión, por un lado, y de la usucapición, por otro.

VIII. LOS SENTIDOS DE LA PALABRA “CAUSA” EN LA JURISPRUDENCIA ROMANA, II: CAUSA COMO MODO DE ADQUIRIR

La palabra *causa* también es empleada para significar lo que nosotros llamamos “modo de adquirir el dominio”⁶⁵. En este sentido, por ejemplo, son *causae* del dominio: la *mancipatio*, la *in iure cessio*, el *legatum per vindicationem*, la *occupatio*, las diferentes formas de lo que hoy llamamos genéricamente “accessiones”, la “*specificatio*”, la *traditio*, la *usucapio*, etcétera.

Así se ve en estos textos. El primero es D. 44, 2, 14, 2 (Paul., 70 ed.): “*Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt... at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione apprehenduntur;*

⁶¹ D. 41, 4, 2, 1: *Separata est causa possessionis et usucapionis.*

⁶² D. 41, 10, 1 pr.

⁶³ D. 41, 10, 1.

⁶⁴ Sobre el asunto, una visión de conjunto, todavía eficaz: Voci, Pasquale, *Modi di acquisto della proprietà* (Milano, Giuffrè, 1952), pp. 203 - 210.

⁶⁵ GEORGESCU, Valentin, *Le mot causa dans le latin juridique* cit. (n. 51), pp. 184 ss.

*neque enim amplius quam semel res mea esse oportet...*⁶⁶. El sentido de este texto, escrito en tema de *res iudicata*, es el siguiente: como se sabe, la *intentio* de la fórmula de una *actio in rem* se redacta según este esquema: “si el esclavo resulta ser de Aulo Agerio según el derecho de los quirites” (“*si paret hominem ex iure Quiritium A. Agerii esse*”)⁶⁷. Pero se observará que en esta formulación no se indica la razón por la que el esclavo reivindicado es del actor Aulo Agerio, aunque es probable que éste, al plantear su acción ante el pretor (*in iure*) le alegó ser dueño merced a haber operado en su favor algún modo de adquirir, por ejemplo la sucesión, porque el esclavo estuvo comprendido en la herencia recibida de tal persona, o porque le fue legado, o lo consiguió merced a una *mancipatio o in iure cessio*, etcétera. Pese a ello, en la fórmula se omite reflejar el modo de adquirir invocado por el actor. Ella, en nuestra terminología, es abstracta. Esto mismo lo pone de manifiesto Paulo en el texto precitado al decir “cuando acciono *in rem*, no habiendo expresado la causa por la cual digo que la cosa es mía... (“*cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico...*”). Está claro aquí que “*causa, ex qua rem meam esse*” dico significa “modo de adquirir”.

Ahora bien, ¿por qué las acciones *in rem* son abstractas? La razón sustancial también la ofrece Paulo en el texto que estudiamos: “pues una cosa no puede ser mía más que una vez” (“*neque enim amplius quam semel res mea esse oportet*”), principio éste que aparece en otros textos del mismo Paulo, interesantes para nosotros porque en ellos vuelve a aparecer la palabra *causa* con el significado de “modo de adquirir”, como D. 41, 2, 3, 4 (Paul., 54 ed.): “el dominio no puede alcanzarse sino en virtud de una sola causa” (“*dominium non potest nisi ex una causa contingere*”), y en D. 50, 17, 159 (Paul., 70 ed.): “Lo mismo no puede ser nuestro en virtud de varias causas” (“*Non... ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse*”). Como el que una vez se hizo dueño de una cosa por una causa, no puede enseguida hacerse más dueño de lo que era o hacerse dueño de nuevo por otra causa, se sigue que el dominio de esa cosa se alcanza una sola vez por una sola causa. Si, de hecho intervinieron varias causas, tan solo una de ellas habrá operado el efecto adquisitivo y las demás fueron inútiles. Por esta razón, no es necesaria la indicación de un modo de adquirir en la fórmula, porque si el actor no prueba que aquel que indicó fue el que lo hizo dueño, pero logra demostrar que hubo otro modo que sí operó tal efecto, igualmente quedará comprobada la hipótesis de la fórmula: “*si paret hominem ex iure Quiritium A. Agerii esse*”; lo que Paulo expresa diciendo en D. 44, 2, 14.: “todas las causas están comprendidas en una sola petición” (“*omnes causae una petitione apprehenduntur*”). En síntesis, pues, al actor le basta alegar ser dueño y enseguida demostrar al juez que alguna causa de las varias que intervinieron (si es que intervinieron varias) lo hizo dueño,

⁶⁶ “Las acciones personales difieren de las acciones reales en esto... pero cuando ejercito una acción real sin haber expresado la causa por la que digo que la cosa es mía, todas las causas están comprendidas en una sola petición; pues una cosa no puede ser mía más que una vez...”.

⁶⁷ Gai. IV, 41.

la que sea. En tales circunstancias –y es esto lo que interesaba a Paulo en último término–, a efectos de poderse interponer la *exceptio rei iudicatae* en relación con una acción *in rem* ya antes fallada, puesto que en la primera ya fueron deducidas todas las posibles causas de la adquisición (“*omnes causae una petitione apprehenduntur*”), de las cuales solo una fue la que efectivamente operó y el actor ganará el pleito, o ninguna y lo perderá, si después vuelve a entablar la acción, nuevamente se deducen en ésta todas las causas posibles de adquisición, vale decir, las mismas que en la primera, de modo que a este respecto siempre hay identidad en las acciones *in rem*. Al demandado le basta demostrar la identidad de personas y de cosa para oponer la *exceptio*, sin que el actor pueda alegar que en la anterior ocasión alegó tal causa y centró su actividad probatoria en ella, y que ahora alega otra causa para tratar de demostrar que por ella es dueño.

El uso de *causa* en el sentido de modo de adquirir el dominio está atestado en otras fuentes⁶⁸.

Teóricamente, *causa* también pudo haber sido usado con el significado de “modo de constituir derechos reales”, como usufructos o servidumbres; y de hecho, en D. 44, 2, 14, 2 esa palabra también comprende a tales modos, porque ahí se habla de las acciones *in rem* en general, vale decir, no solo de la *rei vindicatio*; se comprende, pues, a las *causas* que fundan las *vindicationes* de los *iura*. Pero no encontramos textos en que un uso así aparezca expreso y directo. Gayo, por ejemplo, prefería hablar de *modus*⁶⁹; pero es evidente que pudo perfectamente haber hablado de *causa*.

Digamos de pasada que este sentido de la palabra *causa* se conecta con el de *causa petendi*, vale decir, de la acción (*in rem*)⁷⁰. Pero de esto no habremos de hablar, pues nos aleja algo de nuestro tema.

IX. LOS SENTIDOS DE LA PALABRA “CAUSA” EN LA JURISPRUDENCIA ROMANA, III: CAUSA COMO FUENTE DE LA OBLIGACIÓN

En tercer lugar, esa palabra también significa entre los juristas lo que modernamente llamamos una “fuente de obligación”. Hablan así de *causa obligationis*; y entonces ahora son *causae*, por ejemplo, una *stipulatio*, un *mutuum*, una *emptio venditio* o el *indebitum solutum*, etcétera. En general y en el lenguaje de Gayo y Justiniano, pues, el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito son causas, o sea, fuentes, de las obligaciones.

Bastarán algunos textos para ilustrar esta acepción.

⁶⁸ Por ejemplo, en Gayo (Gai. II, 87; II, 88; II, 90; II, 91; II, 93; II, 95); en Ulpiano (D. 44, 2, 11, 1 Ulp., 75 ed.: *cum is (sc. homo) ex hereditaria causa meus esset* y 44, 2, 11, 4 Ulp. 675 ed.: *causa prioris domini*). También en Inst. II, 9, 1; II, 9, 4; II, 9, 5.

⁶⁹ Véanse D., 7, 1, 3, 6 pr. (*usufructus pluribus modis constituitur*); D. 7, 1, 3, 3 (*Quibus modis usufructus consistit*).

⁷⁰ DE SARLO, Luigi, *Saggio sulla dottrina della causa petendi nel diritto romano*, en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano* 51 - 52 (1948), pp. 99 ss.

Al efecto, nuevamente podemos recurrir a D. 44, 2, 14, 2 (Paul., 70 *ed.*), en cuanto ahí, como se recordará, se trata de establecer la diferencia entre las acciones reales y las personales: “*Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur; at cum in rem ago*”, etcétera⁷¹. Paulo da por sentado que una misma cosa puede ser debida por una misma persona a otra también la misma (“*cum eadem res ab eodem mihi debeatur*”). En otra parte del mismo texto que los compiladores del Digesto alejaron y localizaron en D. 50, 17, 159 (Paul., 70 *ed.*), volvía a repetir idéntica doctrina: “*...ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest...*”⁷². Por lo demás, ella es común en la jurisprudencia⁷³, y podemos verla funcionar a través del siguiente ejemplo: Ticio vende el fundo Corneliano a Cayo y, antes de entregárselo, lo vuelve a vender, esta vez a Mevio; tiempo después y antes de la entrega a Mevio, éste hereda a Cayo, de donde resulta ahora que Mevio tiene dos acciones *ex empto* en contra de Ticio: la derivada de su propia compra, y la que heredó de Cayo, vale decir, el mismo fundo es debido dos veces por Ticio a Mevio⁷⁴. Solemos denominar “*concursum causarum*” a esta figura, aunque el nombre no es romano. En tales circunstancias, en materia de *causa*, la situación se presenta distinta en las acciones *in personam* que en las acciones *in rem*: en aquéllas, cada causa individualiza a la acción y la hace distinta, no menos que el objeto o las personas, lo que Paulo expresa diciendo: *singulas obligationes singulae causae sequuntur*. En consecuencia, en nuestro ejemplo, Mevio puede interponer dos veces la *actio ex empto* por el fundo Corneliano en contra de Ticio, una después de la otra, sin temor a verse enfrentado a la *exceptio rei iudicatae* la segunda vez (“*nec ulla earum alterius petitione vitiatur*”), aunque haya identidad de personas y cosas, porque cada acción se funda en causas distintas. Ahora bien, ¿qué significa la palabra *causa* en los distintos textos precedentemente citados? Sin duda alguna, ella ha sido empleada en el sentido de fuente de obligación. En la expresión *singulas obligationes singulae causae sequuntur* se quiere significar, en el contexto interesante a la *res iudicata*, que cada obligación se conecta a su propia fuente y no a la fuente de la otra obligación sobre lo mismo que la anterior entre las mismas personas. En la dicción “*ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest*” se quiere afirmar que la deuda de lo mismo entre los mismos puede tener distintas fuentes.

El mismo sentido de *causa* lo encontramos en un célebre texto del libro 2º de las *res cottidianae* de Gayo, conservado en D. 44, 7, 1 pr.: “*Obligationes aut ex*

⁷¹ “Las acciones personales difieren de las acciones reales en esto, en que cuando la misma cosa se me debe por uno mismo, cada una de las causas sigue a cada una de las obligaciones, y ninguna de ellas se vicia por la demanda de la otra; pero cuando ejercito una acción real”, etcétera.

⁷² “Así como lo mismo puede debérsenos en virtud de varias causas...”.

⁷³ D. 19, 1, 10 de Ulpiano *ad Sabinum*; 45, 2, 13 (de Venuleyo); 46, 1, 5 (de Ulpiano *ad Sabinum* citando a Juliano); 46, 3, 93 pr. (de Escévola)

⁷⁴ El ejemplo está inspirado en lo que se dice en D. 19, 1, 10.

*contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*⁷⁵. Gayo trata de las fuentes de las obligaciones, de las que hace la clasificación tripartita que se ve en el texto, a diferencia de la bipartita *ex contractu - ex delicto* que había formulado en sus *Institutiones*⁷⁶. La categoría de las *variae causarum figurae*, que bien podríamos traducir no literalmente por “fuentes varias”, comprende en Gayo a la *negotiorum gestio*, la *tutela*, el legado de efectos obligacionales (*legatum per damnationem*), el *indebitum solutum* y ciertos delitos de responsabilidad objetiva⁷⁷, que después Justiniano distribuyó en las clases de las *obligationes quasi ex contractu* (con el agregado de la comunidad) y *quasi ex delicto*⁷⁸.

También este significado de *causa* queda vinculado al de *causa petendi*, esta vez de las acciones *in personam*, del cual ya anunciamos que nos abstendríamos de hablar.

4. Un texto conservado en D. 2, 14, 7, 2 (Ulp., 4 *ed.*) ofrece un uso de la palabra *causa* aparentemente distinto al precedente, pero que en realidad no lo es.

Ulpiano venía hablando de las *conventiones*, esto es, de aquellos actos estructuralmente bilaterales y consensuales, a objeto de determinar si generan verdaderas obligaciones civiles. El jurista declara que hay tres especies de convenciones, aunque parte de dos, de la subdivisión de uno de cuyos miembros en dos, a su vez, resultan las tres que anuncia: las convenciones son *ex publica causa* o *ex privata causa*; estas últimas se dividen en *conventiones ex legitima causa* y *conventiones iuris gentium*⁷⁹. De las *conventiones iuris gentium* –prosigue Ulpiano–, algunas producen acciones y otras excepciones. Las que producen acciones, han dejado de llamarse *conventiones* y adquirido un nombre propio de contrato (*quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus*), como compraventa, arrendamiento, sociedad, comodato⁸⁰, depósito y demás contratos semejantes⁸¹. En este punto, Ulpiano escribe (D. 2, 14, 7, 2): “*Sed et si in alium contractus res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem: utputa dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias, hoc συνάλλαγμα esse, et hinc nasci civilem obligationem*”⁸². Así, pues, cuando la convención (que en el texto viene designa-

⁷⁵ “Las obligaciones nacen o de un contrato, o de un delito, o de varias figuras de causas por cierto derecho propio”.

⁷⁶ Gai., III, 88.

⁷⁷ D. 44, 7, 5.

⁷⁸ Inst. III, 13, 2; III, 27 y IV, 5.

⁷⁹ D. 2, 14, 6.

⁸⁰ Se puede sospechar que en la enumeración, *commodatum* está por *mandatum*.

⁸¹ D. 2, 14, 7, 1.

⁸² “Pero si el asunto no transitare a otro contrato, mas una causa estuviere debajo, elegantemente respondió Aristón a Celso que hay obligación, como si te di una cosa para que me dieras otras, o di para que hagas algo, lo cual es un ‘synállagma’, y de aquí nace una obligación civil”.

da como *res*) no se tipifica con un nombre propio, pero tiene una causa debajo (*subsistit causa*), entonces hay obligación civil. En el caso contrario, termina Ulpiano, vale decir, cuando la convención no tiene causa debajo, ella no constituye ninguna obligación, pero sí excepción y se llama pacto: “*Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*”⁸³.

Cuanto ahora interesa destacar del planteamiento ulpiano es esto: dada una convención que no transita a un nombre propio de contrato, para decidir si produce obligación (acción) civil o no la produce, menester es fijarse en si tiene una causa debajo (*subsistit causa*) o no la tiene (*cum nulla subest causa*). En el primer caso, la convención produce obligación. No en el segundo. En el texto encontramos un ejemplo: “te di una cosa para que me dieras otra” (*dedi tibi rem ut mihi aliam dares*), y “te di una cosa para que hagas algo” (*dedi ut aliquid facias*). En ambos casos nace una obligación civil. Pero, ¿qué obligación? El texto no lo dice.

Un negocio adecuado a los esquemas *do tibi rem ut aliam dares - do tibi rem ut aliquid facias* (correspondientes al tipo del *dare ob rem* del que hablaremos después), se iniciaba, por cierto, con una convención meramente consensual, por la cual una de sus partes declara que dará algo a la otra parte, para que ésta, a su turno, dé o haga algo, y que continuaba después con la efectiva *datio* por el lado de la parte que la había anunciado en la convención (*do tibi*), un negocio así producía una obligación civil a cargo del *accipiens*, consistente en tener que restituir la cosa recibida si la dación (*ut aliam dares*) o el hecho (*ut aliquid facias*) esperados de él no tenían lugar. En tal caso, el *dans* disponía de la *condictio* para recuperar lo que ya había dado. Hacia la época de Aristón (contemporáneo de Juliano y Celso), este régimen era algo absolutamente consolidado e indiscutido⁸⁴. En consecuencia, el intercambio epistolar que hubo entre Celso y Aristón no pudo haberse referido a la obligación civil de restituir que tal género de negocios

⁸³ “Pero cuando ninguna causa hay debajo, consta entonces que en razón de la convención no puede constituirse obligación. Por consiguiente, el nudo pacto no produce obligación, pero produce excepción”.

⁸⁴ El régimen del *dare ob rem* era ya conocido por Labeón, contemporáneo de Augusto: véase D. 12, 5, 4, 3, en donde se cita la opinión de ese jurista en orden a la irrepitibilidad de lo dado a una meretriz, operación esta que se construye como un *dare ob (turpem) rem*, consistente en darle algo para que preste sus servicios. De haber sido normal el negocio, una vez prestado el servicio no cabía repetir lo dado; sí cuando fuera negado. Pero no es normal, porque hay *turpitud*, y ella altera las reglas sobre repetición. Si la *turpitud* es solo del que recibe y no del que da, siempre puede repetirse; mientras que si es solo del que da, o del que da y recibe, nunca puede repetirse. Labeón (seguido después por Marcelo), negaba la repetición, seguramente que por estimar que en el negocio hubo torpeza tanto del que paga a la meretriz como de ésta que recibe, como es que Ulpiano confirmando la irrepitibilidad, funda este parecer en una *nova ratio*: que solo hubo torpeza en el que pagó, mas no en la meretriz que recibe, la cual, si bien obra torpemente siendo meretriz, no obra torpemente al recibir siendo meretriz. En todo caso, lo importante es que la opinión de Labeón sobre el caso especial de un *dare ob (turpem) rem* supone conocido el régimen general del *dare ob rem*.

ciertamente generaba a cargo del *accipiens*, ni Ulpiano, quien tenía que conocer la antigüedad de la obligación restitutoria, tampoco la hubiera presentado como una innovación “elegante” de Aristón. Así que *eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem* no alude a esa indiscutible obligación restitutoria.

En el derecho tradicional, en cambio, era algo también firme, que así como el *dans* disponía de la *condictio* para recuperar lo inicialmente dado si lo esperado de la contraparte no había tenido lugar, no le favorecía ninguna acción para exigir el cumplimiento de esto último, vale decir, el cumplimiento de la dación o del hecho puestos a cargo del *accipiens* en la convención, el cual, por ende, no contraía la respectiva obligación. Si Aristón respondió a Celso, empero, *esse obligationem*, la obligación por él afirmada tuvo que haberse referido entonces a la consistente en cumplir el *accipiens* con el *dare vel factum* de él esperados. Esto sí que era una innovación, que Ulpiano pudo considerar “elegante”.

Ahora bien, la innovación de Aristón no fue tan lejos como para sostener que la mera o nuda convención, el acuerdo sin más producía esa obligación. Ulpiano, en efecto, trataba de la convención. Por ende, veía la existencia de alguna convención en los ejemplos de Aristón que cita. Esa convención, desde luego, no puede dejar de consistir en un acuerdo consensual por el cual alguien declara que dará cierta cosa a otro para que éste, a su vez, le dé otra, o bien, haga algo. Solo que no es esta la manera en que las convenciones aparecen presentadas en los ejemplos del texto, según los cuales, por el contrario, la cosa aparece como ya dada efectivamente: “te di una cosa para que... - te di para...” (*dedi tibi rem ut... - dedi ut...*). La obligación no nace, pues, de las nudas convenciones que estos ejemplos suponen haber tenido lugar previamente entre las partes, sino de aquéllas después que una de las partes dio lo que en las convenciones quedó a su cargo. Y es bajo ese esquema que el texto afirma que “hay causa debajo” y que, por ende, nace la obligación civil. De lo que se deduce que el texto significa que no hay causa debajo, ni, por ende obligación, cuando la convención permanece en un estado de pura organización consensual, sin una efectiva dación de la cosa. Por ello, lo que hace la diferencia entre una convención que no genera obligación y otra que sí la genera es esa efectiva dación de la cosa previamente anunciada como que se iría a dar. Tal dación es, pues, la *causa quae subsit*⁸⁵.

⁸⁵ Hay un texto en donde aparece *causa* y en que es citado Aristón, cuya ambigüedad, empero, impide obtener alguna conclusión cierta sobre el significado con que es empleada esa palabra. Se trata de D. 19, 4, 2 (Paul., 5 *Plaut.*): *Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni, sanum quoque furtis noxisque solutum et non esse fugitivum servum praestandum, qui ex causa daretur* (“Aristón dice que como la permuta es análoga a la compra, se debe garantizar ser sano, libre de hurtos y noxas y no fugitivo el esclavo, que fuese dado por causa”). Se supone aquí una permuta, en que una de las cosas permutadas es un esclavo. Aristón pensaba que el dueño del esclavo debía garantizar a la contraparte la ausencia en el esclavo de los vicios que se mencionan en el texto, igual a como se hacía en la compraventa de esclavos, por ser parecida la permuta a la compraventa. Ahora bien, ¿qué significa la expresión: *servum... qui ex causa daretur*? Creemos que su referencia es a la convención consensual permutatoria (que no

Del análisis precedente resulta, pues, que *causa* en la frase: “*si... subsit tamen causa esse obligationem*” de D. 2, 14, 7, 2, está tomada no en diverso sentido a aquel en que se la toma en textos examinados más arriba bajo la idea de “fuente de obligación”, por cuanto la *datio* ahí supuesta desencadena causalmente la obligación.

X. LOS SENTIDOS DE LA PALABRA “CAUSA” EN LA JURISPRUDENCIA ROMANA, IV: CAUSA COMO MOTIVO

En otras ocasiones, *causa* significa lo que nosotros llamamos el “motivo” de los actos o negocios jurídicos, entendiendo por tal las razones subjetivas, personales, contingentes, variables y no deducidas en la declaración negocial o en la convención (bajo la forma de *condicio*, por ejemplo), de manera que no pueden tenerse como elementos integrantes de una u otra; pero que realmente el autor del acto, o sus partes por separado las tuvieron como impulso para emitir el acto o contraer el negocio. Si, por ejemplo, alguien vende cierta cosa, eso se puede deber a que necesitó dinero, o bien, a que la cosa ya no le es útil, o porque dejó de agradaarle, o porque ya no puede conservarla por los excesivos gastos que le produce, etcétera. Decimos que cualesquiera de esas razones constituyen los “motivos” de la celebración del contrato para el vendedor. Por cierto, el comprador pudo tener sus propios motivos. Este esquema se puede aplicar a cualquier acto unilateral o bilateral.

genera obligaciones), pero que es causa de la dación del esclavo (y de la dación de la otra cosa a cambio). Por ende, ahí la palabra viene adoptada en su sentido general de “fundamento”: en efecto, el esclavo es dado a partir (*ex*) de esa convención y con base en ella. Esta es la única interpretación que no necesita entrar en especulaciones ni en correcciones al texto. De todos modos, sobre el sentido de causa en D. 2, 14, 7, 4, véase: GEORGESCU, Valentin, *Causa, contractus conventio. Contribution à la théorie générale du contrat en droit romain*, en *Études de philologie juridique et de droit romain* (Bucarest - Paris, 1940), I, pp. 311 ss. (causa como *negotium*); GROSSO, Giuseppe, *Il sistema romano dei contratti*³ (Torino, Giappichelli, 1963), p. 87 (causa como *datio*); PALMA, Antonio, *Vicende della ‘res’ e permanenza della ‘causa’*, en *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino* (Napoli, Jovene, 1984), III, pp. 1.489 ss. (causa como “equilibrio del negocio”, “razón sustancial de la relación”); SANTORO, Raimondo, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, en *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* 37 (1983), pp. 226 ss.; EL MISMO, *La causa delle convenzioni atipiche*, en VACCA, Leticia, *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* (Torino, Giappichelli, s. d. [1997]), pp. 85 ss. (causa como fin negocial); MC CORMACK, Geoffrey, *Contractual Theory and the Innominate Contracts*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 51 (1985), pp. 131 ss.; BURDESE, Alberto, *Osservazioni in tema di c. d. contrati innominati*, en *Estudios en Homenaje al profesor Juan Iglesias* (s. I [Madrid], s. d. [1988]), p. 138; EL MISMO, *I contratti innominati*, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga* (s. I., s. d. [1994]), p. 77 (causa como *datio*); SARGENTI, Manlio, *Svolgimento dell’idea di contratto nel pensiero dei giuristi romani*, en *Ivra* 39 (1988), pp. 24 ss.; CANNATA, Carlo Augusto, *Contratto e causa nel diritto romano*, VACCA, Leticia, *Causa e contratto* cit. ibi, pp. 35 ss. (causa como *negotium*); GALLO, Filippo, *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obligación a quello delle prestazioni*, *Ibid.*, pp. 63 ss. (causa como *datio*); KNÜTEL, Rolf, *La causa nella dottrina dei patti*, *Ibid.*, pp. 131 ss. (causa como *datio*); SARGENTI, Manlio, *Da Labeone ad Aristone. Continuità o antitesi?* *Ibid.*, pp. 145 ss. (causa como *datio*).

Los juristas romanos solieron, como decimos, llamar *causa* al motivo de aquel modo concebido.

1. En tema de actos entre vivos, por lo general bilaterales, así se ve en la denominación *dare ob causam*, que haríamos mal traduciéndola literalmente como “dar en razón de una causa”, porque en realidad significa “dar en razón de un motivo”. La figura que los juristas solieron llamar *dare ob causam* se opone a otra que designaron con la expresión *dare ob rem* –de la cual algo adelantamos–, consistente en precisamente dar una cosa para que una *res* siga, siguiendo la cual, queda legitimado el *accipiens* para retener lo adquirido, y no siguiendo, compete la *condictio* al *dans* para repetir lo dado. Pero tampoco debemos traducir *res* por “cosa”, de modo que la expresión significara literalmente “dar en razón de una cosa”. La versión correcta es “dar en razón de una finalidad”, porque justamente en eso consiste la figura: en dar con el fin de conseguir algo, que no necesariamente es una cosa corporal⁸⁶, pues puede tratarse de un *facere*⁸⁷ consistente en un acto jurídico, como en dar para que un hijo sea emancipado⁸⁸, o para que un esclavo sea manumitido⁸⁹; o consistente en un hecho material, como en dar para que se construya un monumento⁹⁰; también puede tratarse de un *non facere*, como cuando se da para que un esclavo no sea manumitido⁹¹; o para que no se recurra al juez⁹²; e incluso puede tratarse de un evento jurídico independiente de la voluntad de la contraparte, como en la *datio dotis causa ante nuptias*, consistente en dar algo antes del matrimonio para que quede constituido como dote una vez celebrado aquél, de modo que si éste se celebra se retenga como dote lo recibido, y si no se celebra se recupere con la *condictio*⁹³.

a) Los juristas establecieron una separación muy tajante entre *dare ob rem* y *dare ob causam*. Ella figura así en dos textos. El primero es D. 12, 6, 52 (Pomp., 27 *Q. Muc.*): “Damos o por un motivo o por una finalidad” (*Damus aut ob causam aut ob rem*). El segundo es D. 12, 5, 1 pr. (Paul., 10 *Sab.*): “Todo lo que se da, se

⁸⁶ Pero que puede, por cierto, serlo, como en dar una cosa que no sea dinero para conseguir otra que tampoco lo sea, en lo que consiste la *permutatio* (D. 19, 4, 1, 4). La función compraventa también puede quedar estructurada como *dare ob rem*: “te di dinero para que me dieras a Estico” (*dedi tibi pecuniam ut Stichum mihi dares*: D. 12, 4, 16). La fórmula general en D. 2, 14, 7, 2: *utputa dedi tibi rem ut mihi aliam dares* (“por ejemplo... te di una cosa para que me dieras otra”).

⁸⁷ Dicho así en general en D. 2, 14, 7, 2: *utputa... dedi ut aliquid facias* (“por ejemplo... te di para que hagas algo”); D. 12, 6, 65, 4 (Paul., 17 *Plaut.*): *Quod ob rem datur... veluti si dem tibi ut aliquis facias* (“Lo que se da por una finalidad... por ejemplo, si te diera para que hagas algo”).

⁸⁸ D. 12, 4, 1 pr.

⁸⁹ D. 12, 4, 1 pr.; 12, 4, 3, 2.

⁹⁰ D. 12, 4, 11.

⁹¹ D. 12, 4, 3, 1.

⁹² D. 12, 4, 1 pr.; 12, 4, 3 pr.

⁹³ D. 12, 4, 9 pr.; 22, 1, 38, 1.

da o por una finalidad o por un motivo” (*Omne quod datur, aut ob rem datur aut ob causam*). También aparece en D. 12, 6, 65 pr. (Paul., 18 *Plaut.*), pero diluida en medio de otras maneras de dar: “*In summa, ut generaliter de repetitione tractemus, sciendum est, dari aut ob transactionem, aut ob causam, aut propter condicionem, aut ob rem, aut indebitum; in quibus omnibus quaeritur de repetitione*”⁹⁴. Este texto debe provenir de un característico *tractatus* bizantino⁹⁵. Para los clásicos, como se ve en los dos primeros pasajes citados, la distinción *ob rem - ob causam* es tal que no admite otros miembros. De hecho, los tipos del *dare ob transactionem, propter condicionem, ob indebitum* que figuran en este pasaje junto al *dare ob causam* y *ob rem* en realidad son especies de este último⁹⁶.

La manera clásica de enunciar la figura del *dare ob rem* aparece, como fórmula general, en el mismo texto de D. 12, 6, 52 (Pomp., 27 Q. Muc.): “*ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente, repetitio competit*”⁹⁷. También la encontramos como formulación general en D. 12, 5, 1, 1 (Paul., 10 *Sab.*): “*Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res propter quam datum est, secuta non est*”⁹⁸. Asimismo en D. 19, 5, 5, 1 (Paul., 5 *quest.*): “*...sin autem rem do, ut rem accipiam... nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet... vel si meum recipere velim repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta*”⁹⁹, en donde el jurista describe la permuta observada como *dare ob rem*. Todavía en D. 39, 6, 35, 3 Paul., 6 l. *Iul. et Pap.*): “*quasi re non secuta, propter hanc rationem, quod ea quae dantur, aut ita dantur, ut aliquid facias, aut ego aliquid faciam, aut ut Lucius Tititus, aut ut aliquid obtingat*”¹⁰⁰. En D. 12, 5, 16 (Cels., 33 *dig.*), en cambio, aparece en el contexto de un caso: “*Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum*

⁹⁴ “En suma, para que tratemos de la repetición en general, se ha de saber que se da o por transacción, o por un motivo, o en razón de una condición, o por una finalidad o por lo no debido; en todos los cuales casos se trata de la repetición”.

⁹⁵ SCHWARZ, Fritz, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht* (Münster - Köln, Böhlau), 1952, pp. 122 s.

⁹⁶ SCHWARZ, Fritz, *Die Grundlage der condictio* cit. (n. 95), pp. 159, 163, cree lo contrario, en el caso de la transacción porque en el derecho clásico ésta es un pacto, y en el de la condición, porque no hay una contraprestación esperada. A lo primero, debe decirse que no se afirma que la transacción corresponda al *dare ob rem*, sino solo que la función transacción puede tener lugar mediante un *dare ob rem*, como está dicho en D. 12, 4, 1 pr.; 12, 4, 3 pr. A lo segundo, que debe tenerse en cuenta que en el *dare ob rem* la *res* esperada no necesariamente es una contraprestación, y que bien puede ser un efecto jurídico, como es aquel derivado de la condición cumplida.

⁹⁷ “Mas se da por una finalidad, para que algo subsiga, no subsiguiendo lo cual, compete la repetición”.

⁹⁸ “Así, pues, lo dado por una finalidad honesta [sc. lícita] puede repetirse de este modo, si la finalidad por la cual se dio no subsiguió”.

⁹⁹ “...Pero si doy una cosa para recibir otra... nace una obligación civil, en la cual acción se comprende esto... o que, si quisiera recobrar lo mío, se repita lo que se dio, como dado por una finalidad, no habiendo subseguido la finalidad”.

¹⁰⁰ “Como no habiendo subseguido la finalidad por razón de lo que se da, que se da bien para que algo haga o yo o Lucio Ticio hagamos algo, bien para que suceda algo”.

dares. Utrum... an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta?"¹⁰¹.

b) Para designar, en cambio, una dación no hecha con vista a una finalidad, sino impulsada por un motivo, los juristas acuden a la expresión *dare ob causam*, que es el otro extremo de la contraposición que aparece en D. 12, 6, 52 y en D. 12, 5, 1 pr., igual que en D. 12, 6, 65 pr. aunque diluida como se dijo. En D. 12, 5, 1 pr. no se describe en qué consiste la figura. Pero sí en D. 12, 6, 52: "*Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est*"¹⁰². También en D. 12, 6, 65, 2: "*Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi...*"¹⁰³. La palabra *causa* comprende, pues, las representaciones mentales del que da, en modo de impelerlo a efectuar la dación, acerca de circunstancias del que recibe, como haber conseguido algo de éste, o haber hecho éste algo, por ejemplo, haber apoyado los negocios del *dans*. El texto exige que la *causa* sea *praeterita*. Si por *causa* entendemos la representación de ciertos hechos, en realidad ella es presente, pues la representación actúa y opera su efecto impelente en el momento de la *datio*. Si bajo *causa* concebimos, en cambio, a los hechos representados, éstos pueden ciertamente ser del pasado, pero también del futuro, como aparece en D. 12, 4, 3, 7 (Ulp. 26 ed.): "*...quamquam constet... eum, qui dedit ea spe, quod se ab eo, qui acceperit remunerari existimaret, vel amicorem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum*"¹⁰⁴, pues si alguien da pensando en que aquel que reciba ha de remunerarlo o en captarse su amistad, la remuneración y la amistad esperadas son hechos precisamente del futuro. Por ende, *praeteritam* bien puede ser una glosa¹⁰⁵. Lo definitivo para configurar el concepto de *causa* como motivo es que se trate de representaciones mentales de una parte sobre hechos contingentes y variables, que no son llevados al acto como elementos estructurales, aunque accidentales, suyos, y permanecen en el dominio privado de la parte que los concibe.

c) La importancia de la distinción *ob rem - ob causam* radica en que, como ya se ha visto, cuando se da *ob rem* si la *res* (= fin) esperada no subsigue, el *dans* puede repetir lo dado con la *condictio*, mientras que todo lo contrario ocurre cuando se da *ob causam* y la *causa* tenida en consideración resulta falsa o frustrada. Es lo que viene afirmado en D. 12, 6, 52: "*Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid*

¹⁰¹ "Te di dinero para que me dieras a Estico. Acaso... o bien no hay aquí ninguna otra obligación que la de lo dado por una finalidad no habiendo subseguido la finalidad?"

¹⁰² "Damos o por un motivo o por una finalidad: por un motivo pasado como cuando doy por esto, puesto que conseguí algo de ti, o porque algo fue hecho por ti".

¹⁰³ "Tampoco lo que se da por un motivo, por ejemplo, porque pensé en mis negocios ayudados por él [sc. por aquel a quien di]".

¹⁰⁴ "...aunque conste... que el que dio con la esperanza de que creía que sería remunerado por el que hubiera recibido, o de que éste se le haría más amigo en el futuro, no puede repetir, engañado por su falsa opinión". Véanse también CI. 2, 4, 25; 4, 6, 7.

¹⁰⁵ SCHWARZ, Fritz, *Die Grundlage der condictio* cit. (n. 95), pp. 122.

*a te factum est, ut etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit*¹⁰⁶. Algo semejante es dicho en D. 12, 6, 65, 2: “*Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse*”¹⁰⁷. Si bien este último texto no está en orden¹⁰⁸, el pensamiento que contiene es claro y clásico, y coincide con lo dicho en D. 12, 6, 52: si alguien dio pensando en que el *accipiens* había ayudado a sus negocios, y nada de esto realmente ocurrió, de modo de haber sido falsa la causa, no se puede repetir lo dado. En el fondo, se trata de una donación.

d) Estas son las bases claras y distintas de la contraposición clásica entre *dare ob rem* y *dare ob causam*. Pero esta nítida contraposición aparece completamente turbada y desfigurada en el Digesto y en el Código en todo aquellos pasajes –algo numerosos– en que a la *res*, o sea, a la finalidad esperada, se la denomina *causa*. Se dice, así, *causa secuta* o *causa non secuta* (en donde antes era *res secuta* - *res non secuta*). Probablemente las formulaciones en examen se hayan inspirado en el sentido que Aristón había conferido a la palabra *causa*, como ejecución o cumplimiento de la dación inicial prevista en una operación del tipo *do ut des* - *do ut facias*, pero trasladada ahora la palabra para designar a la prestación puesta a cargo de la contraparte, que se espera subseguir. Si es así, *causa* en estas formulaciones sustitutivas no tiene el sentido de causa final, y ni siquiera algún sentido causal, pues sencillamente se la emplea con el significado estereotipado de “prestación”. No es el momento de detenernos en este asunto, pese a la importancia que tendrá en la época medieval, ya que desencadenará la necesidad de distinguir diversos sentidos en la palabra *causa*. Baste recordar –como signo más visible de lo que decimos– que en el Digesto hay una rúbrica *de conditione causa data causa non secuta* (D. 12, 4) y en el Código otra *de conditione ob causam datorum* (CI. 4, 6). Estas extrañas y poco comprensibles formulaciones son por lo demás referencialmente equivalentes. En ambas se trata de la *condictio* destinada a recuperar lo dado en razón de una finalidad que no subsiguió, y no de lo dado por un motivo que se demostró ser falso o quedar frustrado. Se trata, por ende, de la *condictio* –que los clásicos no adjetivizaban¹⁰⁹, porque en cualquier función propia siempre era la misma, vale decir, tenía idéntica fórmula– procedente en el caso de un *dare ob rem*, no en el de un *dare ob causam*, que nunca autorizó la repetición. Pero en el lenguaje sustitutivo de *res* por *causa*, la expresión *causa*

¹⁰⁶ “Damos o por un motivo o por una finalidad: por un motivo pasado como cuando doy por esto, puesto que conseguí algo de ti, o porque algo fue hecho por ti, de suerte que, aunque sea falsa la causa, no haya la repetición de aquel dinero”.

¹⁰⁷ “Tampoco lo que se da por un motivo, por ejemplo, porque pensé en mis negocios ayudados por él [sc. por aquel a quien di], aunque no haya sido así, como quiera que quise donar, aunque me haya persuadido en falso, no puede ser repetido”.

¹⁰⁸ Obsérvese la repetición *licet non sit factum - quamvis falso mihi persuaserim*, originada en alguna glosa: véase SCHWARZ, Fritz, *Die Grundlage der condictio* cit. (n. 95), 123.

¹⁰⁹ Sino para otros efectos, como cuando hablan de *condictio certi* o *condictio certae creditae pecuniae*.

data causa non secuta significa aproximadamente algo así como “prestación cumplida (por una parte) prestación no subseguida (o no cumplida por la otra)”. La expresión *ob causam datorum*, bastante abstrusa, significa a su vez “en razón de la prestación (esperada) por lo dado (previamente)”, aunque en plural¹¹⁰.

Cómo fue que en algún momento la finalidad que los clásicos designaban con *res (ob rem)* pasó a ser designado con *causa*¹¹¹, no está claro. Lo único que debemos tener claro es que en muchos textos *causa* no significa el motivo (como en el clásico *dare ob causam*), sino la prestación esperada (como en el clásico *dare ob rem*). Un ejemplo, que extraemos de D. 12, 6, 9 pr. (Paul. 9 *Plaut.*) bastará: “*Si vestimenta utenda tibi commodavero, deinde pretium ut reciperem, dedissem, condicione me recte acturum, responsum est: quamvis enim propter rem datum sit, et causa secuta sit, tamen turpiter datum est*”¹¹². Se trata de un típico *dare ob rem*, en que la finalidad tenida en vista por el comodante al dar el dinero al comodatario es que éste le devolviera los vestidos prestados. Se supone que dio el dinero y recuperó los vestidos. El dictamen del jurista fue que el comodante-*dans* podía repetir ese dinero con la *condictio*. En efecto, ahí hubo un *dare ob turpem rem*, cuya *turpitud*o afectó al que recibió, porque de antemano tenía la obligación de devolver merced al comodato y le resultaba ilícito hacerse pagar por cumplir con esa obligación. En tal caso, aunque la *res* esperada haya subseguido, procede siempre la *condictio*¹¹³. Es lo que correctamente expresa el texto: “*quamvis enim propter rem datum sit... tamen turpiter datum est*”. Pero, en el puesto de los puntos suspensivos aparece esta expresión: “*et causa secuta sit*”. *Causa secuta* se conecta con *propter rem*, y por ende se esperaría que el texto dijera: *et res secuta sit* (de guisa que el texto quedaría de esta forma: *quamvis enim propter rem datum sit, et res secuta sit, tamen turpiter datum est*), igual que, por ejemplo, en D. 12, 5, 1, 1 (Paul., 10 *Sab.*): “*Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res propter quam datum est, secuta non est*”. La confrontación de los textos hace más evidente el cambio de *res* a *causa*:

D. 12, 5, 1, 1

D. 12, 6, 9 pr

*Ob rem igitur honestam datum ita
repeti potest,*

...quamvis enim propter rem datum sit,

*si res propter quam datum est, secuta
non est,*

et causa secuta sit,

tamen turpiter datum est

¹¹⁰ Véase infra XIV, b).

¹¹¹ Se tendrá presente que el cast. “cosa”, it. “cosa”, fr. “chose”, etcétera derivan del lat. *causa*.

¹¹² “Si te hubiere dado en comodato unos vestidos para usarlos, y luego te hubiese yo dado un precio para recobrarlos, se respondió que rectamente demandaré con la condición: pues aunque se haya dado en razón de una finalidad (*res*) y la finalidad (*causa*) haya subseguido, se dio sin embargo torpemente”.

¹¹³ D. 12, 5, 2.

La expresión *ob rem datum* de D. 12, 5, 1, 1 se correlaciona con *propter rem datum* de D. 12, 6, 9 pr., y *si res... secuta est* del primero, con *causa secuta sit* del segundo. Pero en ambos textos se trata de la figura del *dare ob rem* de los clásicos, de modo que el término *causa* del segundo significa lo mismo que el término *res* del primero, vale decir, finalidad esperada, que en un caso subsiguió, y no en el otro. Es seguro, por ende, que *causa* en D. 12, 6, 9 pr. no significa motivo. Mas, por qué el mismo Paulo –pues se observará que los dos textos son de ese jurista– recurrió a *res* en una hipótesis y a *causa* en otra, eso es algo que no se explica bien sino suponiendo que uno de los dos textos fue intervenido por la posterior mano¹¹⁴ de algún glosador postclásico o de los compiladores justinianos. Dejaremos aquí el asunto.

2. En el derecho clásico también existió una *stipulatio ob causam* paralela a una *stipulatio ob rem*. Por la primera, el que promete solo tuvo motivos personales, contingentes y variables, no deducidos en condición, para prometer, y entonces se trató de una donación promisoria. En consecuencia, si los motivos se muestran como falsos, el promitente carece de excepción para defenderse de la demanda de lo prometido por el estipulante. Por la segunda, se deduce, bajo condición o no, un fin que se espera subsiguir. Si el fin esperado subsigue (*re secuta*), la operación se consuma; si no subsigue (*re non secuta*), el promitente dispone de la *exceptio doli* en contra de la *condictio* del estipulante¹¹⁵. También puede adelantarse a la demanda y demandar él al estipulante, mediante una llamada *condictio liberationis*, para que éste le haga *acceptilatio*, vale decir, el acto contrario a la estipulación, que extingue la deuda¹¹⁶. En consecuencia, no hay donación.

D. 39, 5, 19, 6 (Ulp., 76 ed.) ofrece el régimen de la *estipulatio ob rem* y un ejemplo: “*Denique Pegasus putabat, si tibi centum spondero hac condicione, si iurasses, te nomen meum laturum, non esse donationem, quia ob rem facta est, secuta est*”¹¹⁷. El hecho de que el fin o *res* esperada (que el promitente tome el nombre del estipulante) haya sido deducido en condición (*si iurasses...*), no priva a la estipulación de su carácter *ob rem*, porque aquí de lo que se trata es de determinar si la promesa envuelve donación o no, y por supuesto puede haber donaciones condicionales. Por lo tanto, hay que decidir si la naturaleza del hecho deducido en condición priva al acto de ser donación. El texto dice que la estipulación que examina no envuelve donación porque fue hecha *ob rem*.

Por lo que a las estipulaciones *ob causam* atañe, las fuentes ofrecen la misma confusión que en materia de *dationes*: suelen denominar así a las *estipulationes ob rem*. Se ve en D. 39, 5, 19, 5 (Ulp., 76 ed.): “*Sed et hae stipulationes, quae ob*

¹¹⁴ Es la tesis de SCHWARZ, Fritz, *Die Grundlage der condictio* cit. (n. 95), pp. 123 ss.

¹¹⁵ D. 12, 7, 1, 2 (*vel secuta non est*); 44, 4, 2, 3 (*aut non est secuta*).

¹¹⁶ D. 12, 7, 1 pr. in fine; CI. 4, 5, 3.

¹¹⁷ “Finalmente pensaba Pegaso que si yo te hubiera prometido cien con esta condición: si jurases que llevarías mi nombre, no hay donación, porque fue hecha en razón de un fin, fin que subsiguió”.

*causam fiunt, non habent donationem*¹¹⁸. Ahí, la expresión *ob causam* está por *ob rem*, como se deduce del texto que inmediatamente le sigue y que antes transcribimos, en donde se dice que no hay donación por ser *ob rem* la estipulación, no por ser *ob causam*. También en D. 12, 7, 1 (Ulp. 43 *Sab.*): “*Sed etsi ob causam promisit, causa tamen secuta non est, dicendum est, conditionem locum habere*”¹¹⁹: solo si *causa* significa prestación esperada, se entiende que cuando no subsiga tenga lugar la *condictio*; si significa motivo, de ellos no se puede decir que no subsigan, como afirma el texto, sino solo si son falsos, y en tal caso, nunca procede la *condictio*: así que es claro que también *ob causam* está ahí por *ob rem*. En el texto que sigue, o sea en D. 12, 7, 1, 2: “*Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finita est, vel secuta non est, dicendum est, conditioni locum fore*”¹²⁰, en cambio, “*vel secuta non est*” es un agregado espurio. Con *causa*, el texto se refería originalmente no al motivo de una *stipulatio ob causam*, sino a la causa justificante que debe haber en toda estipulación, y a la cual nos referiremos seguidamente. Con el agregado “*vel secuta non est*” se introdujo la idea de *causa* como prestación esperada (*res*, que no subsigue), pero no denominándolo *res* sino precisamente *causa*, con lo cual esta palabra adquiere en el texto una radical ambigüedad. Lo propio ocurre en D. 44, 4, 2, 3 (Ulp. 76 *ed.*): “*Proinde.. si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem*”¹²¹: el texto se refería a que cesara (*finita est*) la causa justificante de la estipulación, pero el agregado de “*aut non est secuta aut*” le agregó la idea de fin no subseguido, mas no como *res* sino precisamente como *causa*, por lo cual esta palabra significa ambiguamente ahí tanto “causa justificante” como “fin” de la estipulación.

3. El término *causa* entre los clásicos es también adoptado con el significado de motivo en materia de asignaciones testamentarias, aunque en las fuentes aparece referido casi siempre a los legados¹²². Se trata de hechos contingentes, variables, personales que como representaciones mentales influyen en el testador para moverlo a legar o a legar de una manera y no de otra, aunque puede expresarlos. Por ejemplo, si dice: “Doy el fundo a Ticio, porque cuidó de mis negocios” (“*Titio fundum do, quia negotia mea curavit*”)¹²³, la cláusula “porque...” (*quia...*) constituye una *causa*, o sea, el motivo que tuvo en mente el testador al legar.

Ahora bien, el régimen civil a que se sujeta la *causa* en los legados es idéntico

¹¹⁸ “Pero no contienen donación las estipulaciones que se hacen en razón de un motivo”.

¹¹⁹ “Pero aunque prometió en razón de una causa, no habiendo sin embargo subseguido la causa, se ha de decir que tiene lugar la condición”.

¹²⁰ “Ya se si prometió desde el principio sin causa, ya si hubo causa de prometer, la cual cesó o no subsiguió, se ha de decir que habrá lugar a la condición”.

¹²¹ “Por consiguiente... si la causa de la estipulación fue cierta, la cual, sin embargo, o no subsiguió o cesó, debe decirse que perjudica la excepción”.

¹²² Las *sedes materiae* son D. 35, 1 y CI. 6, 44.

¹²³ D. 35, 1, 17, 2.

a aquel al que se la sujeta en las *dationes*: si la *causa* resulta ser falsa, así como en éstas no procede la *condictio* para repetir lo dado, equivalentemente no se afecta el legado, que no recibe el golpe de la anulación o invalidez¹²⁴. En el ejemplo anterior, aunque Ticio nunca hubiera cuidado de los negocios del testador, vale no obstante el legado¹²⁵. En las *Institutiones* de Justiniano, el principio viene formulado casi como regla, así: “una falsa causa no daña al legado” (“*legato falsa causa non nocet*”)¹²⁶.

El testador dispone de una fórmula para introducir sus motivos en la estructura misma del legado, de guisa que éste se vea afectado cuando aquellos no resultan. Consiste en deducirlos en manera de *condicio*¹²⁷, como cuando dice: “Doy el fundo a Ticio, si cuidó de mis negocios” (“*Titio, si negotia mea curavit, fundum do*”)¹²⁸. Ciertamente es que tal no constituye un *dies incertus* o verdadera *condicio*, aunque condicionalmente esté concebido, porque se trata de un hecho del pasado. Pero se aplica el régimen de las condiciones *in praesens vel in praeteritum collatae*: si el hecho de que se trata tiene o tuvo lugar, vale la disposición como pura y simple; si no tiene o no tuvo lugar, no vale la asignación¹²⁹. En el caso, una vez demostrado que Ticio efectivamente cuidó de los negocios del testador, vale el legado como puro; en caso contrario, no vale¹³⁰. La doctrina general de esta materia viene dada en D. 39, 5, 3 (Ulp., 76 ed.): “*Et generaliter hoc in donationibus definiendum est: multum interesse, causa donandi fuit, an condicio: si causa fuit, cessare repetitionem, si condicio, repetitione locum fore*”¹³¹.

4. La palabra *causa* también aparece usada, en diversos contextos, para designar los motivos de un contrato o de una negociación (*causa conventionis*¹³², *causa contahendi*¹³³, *causa vendendi*¹³⁴, *causa locandi*¹³⁵, etcétera). Un buen ejemplo nos lo proporciona D. 2, 15, 8, 9 (Ulp., *de omn. trib.*): “*In causa hoc erit*

¹²⁴ Tit. Ulp. 24, 19; D. 35, 1, 12; 35, 1, 72, 6; Inst. II, 20, 31.

¹²⁵ Tit. Ulp. 24, 19.

¹²⁶ Inst. II, 20, 31.

¹²⁷ D. 35, 1, 17, 3: *At si conditionaliter concepta sit causa* (“Pero si el motivo fuese concebido condicionalmente”).

¹²⁸ D. 35, 1, 17, 3.

¹²⁹ D. 38, 2, 3, 13.

¹³⁰ D. 35, 1, 20, 3.

¹³¹ “Y, en general, esto ha de ser determinado en las donaciones: que hay mucha diferencia entre si hubo causa de donar o condición: si hubo causa, cesa la repetición, y si condición, habrá de haber lugar a la repetición”.

¹³² D. 23, 4, 18.

¹³³ D. 23, 13, 17, 1. Véase GEORGESCU, Valentin, *Le mot causa dans le latin juridique* cit. (n. 51), pp. 195 ss.

¹³⁴ D. 12, 1, 11.

¹³⁵ D. 19, 2, 15, 9.

*requirendum, quae causa sit transigendi: sine causa enim neminem transigentem audiet praetor. Causae fere huiusmodi solent allegari: si alibi domicilium, alibi alimentarius habeat, aut si destinet domicilium transferre alter eorum, aut si causa aliqua urgeat praesentis pecuniae, aut si a pluribus ei alimenta relicta sint et minutamin singulos convenire difficile ei sit, aut...*¹³⁶: el jurista comenta una *oratio imperialis* de Marco Aurelio, por la cual se dispuso que una transacción sobre alimentos debidos no fuera válida sin la autorización del pretor. Ulpiano recuerda que el pretor confiere esta autorización sólo si los que transijen le alegan alguna causa que la justifique, y enumera algunas de las causas que más frecuentemente suelen alegarse. Es evidente que aquí *causa transigendi* no significa sino que a los motivos y circunstancias de las partes para transigir (a efectos de que el pretor los califique).

Un segundo y último ejemplo nos lo ofrece D. 12, 1, 4 (Ulp. 34 *Sab.*), en donde el jurista examina un caso del llamado depósito irregular: alguien, que necesitando dinero para una compra, pero no antes de que la compra hubiere de tener lugar, recibe de otro una cantidad en depósito, para que lo tenga como prestado cuando se efectúe la compra; y resuelve que ese dinero queda a riesgo del que lo recibió. Ahora bien, para acentuar la idea de que el dinero fue entregado en depósito (no obstante lo cual queda en crédito), Ulpiano insiste en que quien entregó la cantidad no tenía “*nec causam nec propositum foenerandi*” (“ni causa ni propósito de prestar”). Y es claro que ahí *causa* significa motivo.

5. Esto último nos conduce a advertir que los motivos, normalmente irrelevantes, suelen ser tomados en cuenta para determinados efectos. Aquí bastarán algunos ejemplos.

Desde luego la reiteración de un motivo de dar puede conducir a su tipificación hasta convertirse en parte estructural de un determinado negocio. Tal ocurre en la donación que se hace en consideración general de la muerte (*cogitatio mortalitatis*), o bien, por el estímulo o moción de un peligro inminente de muerte (*imminente periculo commotus*)¹³⁷, que actúan como motivo (*causa*) del acto donatorio (*datio, stipulatio, acceptilatio*, etcétera), y por ello se llama *donatio mortis causa*, en donde “causa”, pues, significa “motivo”. El *munus* (“regalo”) aparece definido por Labeón y Ulpiano, para diferenciarlo del simple donativo (*donum*), como *donum cum causa*, vale decir, donativo con cierto motivo, por ejemplo el cumpleaños (*natalicium*) o el casamiento (*nuptalium*)¹³⁸.

¹³⁶ “Respecto de la causa deberá investigarse esto, cuál sea la causa de transigir: porque el pretor no oír a nadie que transija sin causa. Comúnmente suelen alegarse causas de esta naturaleza: que el heredero tenga el domicilio en un lugar y el alimentario en otro, o que uno de ellos resuelva trasladar su domicilio, o que urja algún motivo de tener dinero en el acto, o que se le hubieran dejado alimentos por muchos y le sea difícil demandar separadamente a cada uno...”

¹³⁷ D. 39, 6, 2.

¹³⁸ 50, 16, 194.

Por otro lado, a veces los motivos, como cuestión de hecho, se toman en cuenta para interpretar el negocio en el cual incidieron. Un buen ejemplo lo encontramos en D. 17, 1, 8 pr. (Ulp., 31 ed.): “*Si [procuratorem] <cognitorem> dederō, nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? Et Labeo putat, mandati eum teneri, nec esse probabilem sententiam existimantium, ex hac causa agi posse depositi: uniusquisque enim contractus initium spectandum et causa*”¹³⁹. Preliminarmente se observará que en este texto la palabra *causa* aparece empleada tres veces, pero con significados diferentes. En *instrumenta causae* mienta los documentos probatorios del proceso. En *ex hac causa agi posse* expresa dinámicamente el “asunto que motiva el juicio”, el “litigio”, la “fuente de la obligación”. En fin, está *contractus causa*, que es la cláusula que nos interesa.

Las relaciones entre un litigante y su sustituto procesal (*procurator o cognitor*¹⁴⁰) suponen al contrato de mandato¹⁴¹. Para el caso de que el *dominus litis* hubiera provisto de documentos probatorios a su sustituto, algunos vieron en la operación a un nuevo y segundo contrato: el depósito, por lo cual, si el representante no devuelve los documentos al interesado, éste los recupera mediante la *actio depositi*. Labeón rectificó tal parecer, estimando que la entrega de los documentos sigue haciendo parte de la relación de mandato, por lo cual la recuperación adviene merced a la *actio mandati*. Para fundar ese dictamen, Labeón hacía ver lo necesario que es examinar el inicio del contraimiento o relación: éste comenzó como un mandato para actuar en un proceso. También, proseguía Labeón, es menester examinar la causa del contraimiento: la entrega de los documentos no había sido algo autónomo, pues estuvo enmarcada en el previo mandato para actuar en un proceso, en el cual el uso de documentos probatorios es algo normal. *Causa* significa aquí, pues, “motivo” determinante, que en este caso consiste en el mandato. Su consideración, como si fuera un hecho, sirve a Labeón, según se ve, para interpretar la exacta configuración del contraimiento. Se ha pensado, empero, que *contractus causa* significa en este texto la “función” y el “fin” del contrato¹⁴²; pero esto no aclara nada, y constituye una petición de principios. Decir que la función o el fin de la entrega de los documentos fue la de mandato, eso es resolver el problema *a priori* con una de las soluciones posible: lo actuado es mandato porque cumple función de mandato.

¹³⁹ “Si yo hubiera nombrado un [procurador] <cognitor>, y no me devolviera los documentos de la causa, ¿por cuál acción me quedará obligado? Y Labeón piensa que él queda obligado por la acción del mandato, y que no es probable la opinión de los que juzgan que por esta causa puede demandarse de depósito: porque se ha de atender al inicio y a la causa de cada contraimiento”.

¹⁴⁰ Y en el texto mejor se trata de un *cognitor* que de un *procurator*.

¹⁴¹ Gai. IV, 84.

¹⁴² SANTORO, *Il contratto* cit. (n. 85), 64 s.; *La causa delle convenzioni* cit., 91 s.

XI. LOS SENTIDOS DE LA PALABRA “CAUSA” EN LA JURISPRUDENCIA ROMANA, V: CAUSA DE LA ESTIPULACIÓN¹⁴³

En fin, los juristas suelen hablar de la causa de una estipulación (*causa stipulationis*) o de una promesa (*causa promissionis*). Se recordará que la estipulación o promesa era un acto oral y formal, consistente en la pregunta que dirige un estipulante a un promitente, en el sentido de estar dispuesto a dar, hacer o no hacer algo, seguida de la respuesta afirmativa, adhesiva y congruente del promitente; por ejemplo: “¿Prometes darme 1.000? ¡Prometo!” (“*Centum mihi dare spondesne? Spondeo!*”). Este acto crea una obligación civil a cargo del promitente, que si recae sobre un *certum*, la exige el estipulante con la *actio condictio*, y si sobre un *incertum*, con la *actio ex stipulatu*, también llamada *actio incerti*. En tal sentido la estipulación es *causa*, vale decir, fuente, de la obligación estipulatoria. Pero los juristas dicen, además, que la estipulación tiene que tener su propia *causa*. Hablando así, esto es, refiriéndose a la *causa* de la estipulación, no a la estipulación como *causa* de la obligación, hablan, pues, de algo distinto.

En efecto, toda estipulación tiene que obedecer a una suficiente razón justificante. Si alguien promete dar 1.000 a otro mediante estipulación, esa promesa tiene que obedecer a lo menos y como mínimo a una donación. Esta es entonces su razón límite; y ésta es lo que los juristas llamaban su *causa*. En el caso, hablaban de tratarse de una *stipulatio donandi* (*donationis*) *causa*. Puede ocurrir que la promesa sirva para formalizar un préstamo de dinero: el promitente ha recibido 1.000 en mutuo y enseguida promete al mutuante darle 1.000: entonces la estipulación es *credendi causa*, como cuando entre nosotros el que ha recibido una cantidad en préstamo, firma un pagaré o una letra de cambio. Puede ocurrir que las partes hayan celebrado una compraventa en que el precio es de 1.000 y que el comprador haya quedado adeudando ese precio, que enseguida lo promete por estipulación: ahora ésta tiene como *causa* a la compra y se puede decir ser *emendi causa*. Si alguien conviene con otro en darle 1.000 a cambio de que tal persona sea asesinada y el asesino quiere asegurarse el pago del precio de su acción, entonces se lo hace prometer mediante estipulación por parte del que le encarga el crimen; tal estipulación sigue teniendo causa: el contrato de arrendamiento del servicio criminal; solo que la causa es ahora ilícita en razón de su objeto delictivo.

Es importante recalcar que la operación previa puede ser obligante por sí misma, como cuando se trata de una compraventa o de un mutuo; o puede no ser obligante, como si se pacta una permuta sin que ninguna de las partes se adelante a dar lo que quedó a su cargo, caso en el cual ninguna resulta obligada, a menos que una de ellas prometa dar la cosa por estipulación a la otra, cuya causa es el pacto no obligante de permuta¹⁴⁴.

¹⁴³ Sobre el tema: WOLF, Joseph Georg, *Causa stipulationis* (Köln - Wien, Böhlau), 1970; GROSSO, Giuseppe, *Sulla causa stipulationis*, en *Labeo* 18 (1972), pp. 89 ss.; MARTINI, Remo, *Causa stipulationis*, en *Index* 2 (1971), pp. 348 ss.; WACKE, Andreas, *Zur Causa der Stipulation*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/ Revue d'Histoire de Droit* 40 (1972), pp. 231 ss.

¹⁴⁴ CI. 4, 64, 3.

Es también importante reiterar que lo reflejado y formalizado en la estipulación no es la operación previa entera, sino solo uno de sus compromisos integrantes. Cuando se dice: “¿Prometes darme los 1.000 que me debes por compra? ¡Prometo!”, no es toda la compraventa la que va deducida en la estipulación –cosa imposible, por lo demás, pues, desde un punto de vista obligacional, mientras la compraventa es bilateral, la estipulación es unilateral–, sino únicamente el compromiso del comprador de pagar el precio, que integra la compraventa total (la cual se completa por el compromiso del vendedor de entregar la cosa). En el caso de un acuerdo donatorio que después va completado con una estipulación, ésta refleja el único compromiso existente, el del que se comprometió (no obligó) a donar. Ahora bien, no obstante esto, en el primer ejemplo, *causa* se dice no solo del compromiso del comprador, sino de toda la compraventa, porque el compromiso del comprador reflejado es precisamente parte componente o integrante del contrato de compraventa y no algo aislado ni subsistente por sí mismo o con independencia. En el ejemplo de la donación, la causa es todo el acuerdo donatorio, del cual el compromiso del que dijo que iría a donar es parte también.

En fin, importa insistir en que la causa de la obligación del promitente, en el ejemplo de la compraventa, pero lo mismo vale para todos los casos, es la estipulación y no la compraventa, la cual actúa, empero, como causa de la estipulación, aunque, por otro lado, la compraventa, en sí misma considerada y no en su relación con la estipulación, es causa de las obligaciones del comprador y del vendedor, en el mismo sentido en que la estipulación es causa de la obligación del promitente, y aunque el comprador y el promitente sean una única y misma persona (en nuestro ejemplo). En el ejemplo de la donación, en cambio, el acuerdo donatorio no es causa de ninguna obligación.

Los juristas, pues, hablaban de *causa stipulationis* para designar la operación, obligacional o no, uno de cuyos compromisos, o el único de no ser bilateral aquélla, es después reflejado y formalizado en una estipulación. Esta idea aparece expresada en D. 45, 1, 5 pr. (Pomp., 26 Sab.) cuando se declara que las estipulaciones “no solo se hacen (sc. se celebran) en razón de la misma obligación de palabras” (“*et ob ipsam verborum obligationem fiunt*”), “sino también dependen de un negocio contraído” (“*et pendent ex negotio contractum*”). Esto significa: las estipulaciones consisten en una formalidad obligacional oral (*verborum obligatio*), pero dependen causalmente de una previa operación.

La causa de la estipulación usualmente no se expresa en la estipulación causada, como en el ejemplo: “¿Prometes darme 1.000? ¡Prometo!”: aquí, en efecto, no se indica la razón de prometer. Pero cuando se dice: “¿Prometes darme lo que me debes por testamento? ¡Prometo!” (“*quod ex testamento mihi debes, dare spondes?*”¹⁴⁵), ahora la causa, o sea, el *legado per damnationem*, viene expresado. En el primer caso decimos que la estipulación es abstracta; para designar la segunda hipótesis no tenemos un nombre especial generalizado, aunque en cierta tradición suele decirse que la estipulación es titulada. Los medievales denomina-

¹⁴⁵ D. 45, 1, 75, 6.

ban *discreta* a esta última e *indiscreta* a la primera¹⁴⁶. Por lo tanto, estipulación abstracta no significa estipulación sin causa; esa expresión únicamente significa estipulación sin causa expresada.

De esta manera, normalmente una estipulación tiene causa: al menos una donación, expresada o no. Pero puede ocurrir que carezca de causa, o bien, que la causa que tuvo haya cesado. En el primer caso se dice ser una *stipulatio (promissio) sine causa*¹⁴⁷; en el segundo, tratarse de una *stipulatio (promissio) causa finita*¹⁴⁸. Si, por ejemplo, aparece un testamento en que se impone al heredero la obligación de pagar como legado una cantidad a alguien (*legatum per damnationem*), y el heredero, con base en el testamento, promete al legatario pagarle esa suma, en circunstancias de que con posterioridad se descubre un último testamento en el cual aquel legado había sido revocado, entonces la estipulación de pagar la cantidad el heredero se demuestra haber carecido de causa. Pero si alguien que celebró compraventa con un menor de 25 años, le promete el saldo del precio que le quedó adeudando, y después es rescindida la compraventa, aunque la estipulación inicialmente tuvo causa, porque la compraventa existió y fue válida y su precio fue debido, esa causa cesó por derecho pretorio y la estipulación se quedó sin causa. Los juristas asimilan la ausencia de causa a la cesación de la causa¹⁴⁹.

Ahora bien, por derecho civil, al cual la estipulación pertenecía, la ausencia o cesación de la causa resultaba indiferente. Si la forma oral había sido regularmente celebrada, el promitente quedaba obligado y el estipulante podía dirigir en su contra la acción correspondiente, con independencia de la operación causal. Mas otra cosa era por derecho pretorio. Según éste, el promitente demandado podía oponer una *exceptio doli* a la acción del estipulante, con la cual asumía la carga de demostrar que la estipulación cuyo cumplimiento ahora se le exige, carece de causa, o bien, que cesó la que alguna vez tuvo¹⁵⁰, de modo de resultar entonces absuelto. De esta guisa, la estipulación abstracta, de ser civilmente un acto de abstracción fuerte, en el sentido de no admitir que la causa abstraída pudiera no obstante ser convocada a discusión al juicio, pasó a ser un acto de abstracción débil por derecho pretorio, en cuanto la causa abstraída podía ser hecha comparecer a debate merced a la *exceptio doli*.

XII. LOS SENTIDOS DE LA PALABRA “CAUSA” EN LA JURISPRUDENCIA ROMANA, VI: ¿CAUSA DEL CONTRATO?

Se esperarí­a que ahora viniere a examen, cual otra acepción de la voz *causa*, el sentido que ella adquirirí­a cuando se la pusiese en relación con la convención o el

¹⁴⁶ Inspirados en D. 22, 3, 25, 4.

¹⁴⁷ La mencionan: D. 12, 7, 1 pr.; 12, 7, 1, 2; 12, 7, 1, 3; 44, 4, 2, 3 in principio.

¹⁴⁸ D. 12, 7, 1, 2; 44, 4, 2, 3 in fine.

¹⁴⁹ D. 12, 7, 1, 2; 44, 4, 2, 3 in fine.

¹⁵⁰ Gai, IV, 116a; IV, 119; D. 44, 4, 2, 3.

contrato, quizá el pacto, como si se dijese “causa de la convención o del contrato”. Pero no comparecerá; o mejor, bajo ciertos respectos ya hemos aludido al sentido que tiene entre los juristas romanos nuestro término usado en ese contexto¹⁵¹. Todo lo cual exige una explicación.

En el extremo opuesto de cuanto ocurre en el derecho moderno, los juristas romanos carecieron de una teoría general expositiva del contrato, en la que sistemáticamente encontrara localización un sistema de presupuestos, requisitos, modalidades y efectos. Hasta puede dudarse y discutirse si manejaron una noción general de contrato.

a) En materia de contratos, el máximo esfuerzo lo hizo Gayo, quien en sus *Institutiones*, al tratar de las fuentes de las obligaciones, declaró que éstas nacen o de un contrato o de un delito¹⁵². Por su naturaleza, esta división de las fuentes era tal, que todo lo que no resultaba ser delito era contrato (y viceversa). De hecho, bajo la categoría de las obligaciones *quae ex contractu nascuntur*, Gayo incluyó a obligaciones de orígenes tan diversos como aquellas nacidas *re* (por mutuo y pago de lo indebido), *verbis* (por estipulación y *dotis dictio*), *litteris* (*nomina transcripticia*, *chirographa* y *syngraphe*) y *consensu* (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato)¹⁵³. En sus *res cottidianae*, empero, esta unificación de fuentes lícitas bajo la categoría del *contractus* aparece disuelta cuando entre las obligaciones nacidas *ex contractu* y *ex delicto*, Gayo presenta aquellas nacidas *ex variis causarum figuris*, en las que incluye ahora a todas las fuentes lícitas que no tienen a una convención en su base (agencia oficiosa, tutela, legado de efectos obligacionales, pago indebido)¹⁵⁴. Con ello la noción de contrato ganó en claridad al quedar configurada como fuente que en su base tiene a una convención dirigida a crear obligaciones –si bien Gayo jamás llegó a exteriorizar expresamente ni a definir así la noción que, no obstante, era la que indiscutiblemente manejaba de manera tácita–, aunque no baste la pura convención para ello, en cuanto a veces se exige la *datio* o la mera entrega para las obligaciones *re*, una *conceptio verborum* para las obligaciones *verbis* o la suscripción de un texto para las *litteris*, de modo que solo en las obligaciones *consensu* la nuda convención se confunde entera y congruentemente con el contrato. Ahora bien, este esfuerzo de Gayo por configurar una noción general de contrato solo tuvo eficacia sistemática, sin embargo, en tanto únicamente sirvió para ordenar y distribuir el material que exponía; pero careció de toda virtualidad dogmática y constructiva. Gayo, como tampoco después Justiniano en sus propias *Institutiones*, llegaron a presentar un conjunto metódico de reglas de general aplicación al *contractus*, en el que, por ejemplo, un requisito concerniente a la *causa* encontrara su lugar, junto al objeto y otros.

¹⁵¹ Supra IX, 4 y XI.

¹⁵² Gai. III, 88.

¹⁵³ Gai. III, 89 - 162.

¹⁵⁴ D. 44, 7, 5.

b) Con mucha anterioridad a Gayo, quizá Labeón haya intentado ofrecer una noción general de contrato, bajo la fórmula célebre de consistir aquél en una *ultra citroque obligatio*¹⁵⁵, aunque no tan amplia como la ideada por Gayo, porque de la descripción misma que se acaba de recordar resulta que Labeón limitaba el concepto a los negocios obligacionalmente bilaterales, en que precisamente hay obligaciones recíprocas o “de uno y otro lado o parte” (*ultra citroque*), con lo cual quedaban excluidos los negocios de efecto obligacional unilateral, como notablemente la estipulación o el mutuo. Gayo, en cambio, no se fijaba en la uni- o bilateralidad obligacional para configurar al contrato. En todo caso, no consta que Labeón haya llegado a construir una teoría general del negocio productor de *ultra citroque obligatio*, o sea, del *contractus* en su concepción, ni es probable que la haya formulado y ni siquiera que haya pensado en emprenderla.

c) Entre medio, Aristón también realizó un intento de generalización, aunque limitado, consistente en contractualizar en el sentido de Labeón algunos negocios que tradicionalmente eran obligacionalmente unilaterales. Su punto de partida fue la consideración de negocios del tipo *do ut des* o *do ut facias*, a los que antes nos hemos referido bajo el concepto del *dare ob rem*. En ellos ocurre que una de las dos partes toma la iniciativa de dar efectivamente algo a la otra para que ésta, a su vez, dé algo a la primera o haga algo. Sin discusión, operaciones de esta clase engendraban una obligación para el que recibió, consistente en devolver lo recibido al que le dio inicialmente, si es que de su parte no subsiguio lo que de él se esperaba. Para conseguir tal restitución, el que dio disponía de la *actio condictio*.

En el sentido de Labeón, estas operaciones no eran contractuales, por faltar la bilateralidad obligacional. En efecto, aunque ellas supongan una *conventio*, destinada a definir las prestaciones que interesan a las partes, esa convención a nada obliga a ninguna de aquéllas. Una obligación sólo nace cuando una de las partes toma la iniciativa de dar efectivamente; pero entonces dicha obligación, por un lado, es unilateral, ya que, como se dijo, solo corre a cargo del que recibió, si por su lado no consuma la convención con lo que se esperaba de él; y, por otro, esa obligación no nace de la convención sino de la dación. Aristón dio un paso adelante y pensó que, supuesta una *datio* inicial (que llamó *causa*), la convención antecedente misma obligaba después a las partes: al que recibió, a dar o hacer lo que de él se esperaba según dicha convención; y al que dio, a lo que procediere, como indemnizar la evicción que eventualmente sufriera el que recibió¹⁵⁶.

El texto, ya conocido de nosotros, aparece en D. 2, 14, 7, 1: “*Sed et si in alium contractus res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem: utputa dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias,*

¹⁵⁵ D. 50, 16, 19.

¹⁵⁶ Celso se oponía a esta construcción. Para él, un negocio del tipo te di dinero para que me dieras el esclavo Estico no era un *contractus* de obligación bilateral, sino un *dare ob rem*. Por ende, si el que recibió el dinero no da al esclavo, el que dio aquél solo puede repetir el dinero, no exigir el esclavo (D. 12, 5, 16).

hoc συνάλλαγμα esse, et hinc nasci civilem obligationem"¹⁵⁷.

Estrictamente, pues, Aristón no innovó con respecto a Labeón. Para aquél *contractus* seguía siendo una relación obligacionalmente bilateral, como para éste. Su aporte únicamente consistió en contractualizar negocios que hasta ese entonces no tenían el carácter de contratos en el sentido de Labeón. Con ello ciertamente ampliaba materialmente el campo regido por esta noción; pero seguía en pie que quedaba fuera de ella un vasto sector de negocio productores de obligaciones, precisamente el de aquellos que generaban obligaciones para solo una parte, como la estipulación o el mutuo y otros.

Lo interesante para nuestro tema es que en la doctrina de Aristón comparece la *causa*. Tal era el concepto que desencadenaba, en su sentir, la obligación bilateral de las partes de una operación caracterizable como *dare ob rem*. En consecuencia, podríamos pensar en que por vez primera nos encontramos con la neta afirmación que buscábamos, a saber que la convención, o quizá el contrato, requieren *causa*, y que es posible configurar técnicamente un requisito de aquellos negocios, precisamente el de la *causa*, y quizá hasta llegar a hablar de "causa de la convención o del contrato".

Pero esto fuera una ilusión; más aun, se trataría de un falseamiento del pensamiento de Aristón, incluso dejando a un lado que en ningún momento haya él hablado de "causa de la convención o del contrato". Ya hemos confirmado que este jurista denominaba *causa* a la *datio* que había tenido lugar de parte de uno de los intervinientes en la operación, y que, en ese sentido, la palabra significaba "causa de obligación", pues precisamente de ello se trataba, vale decir, de hacer nacerla. Para Aristón, pues, no se trataba de encontrar o dar una causa a la convención (o al contrato), sino a la obligación misma.

d) Por el contrario, en materia de convención y pacto sí que encontramos un atisbo de exposición sistemática generalizante, aunque limitada a esa materia, por cierto. Desde luego, en cuanto a la extensión de la convención, Ulpiano la declara ser un *verbum generale*¹⁵⁸, algo que en ninguna ocasión llegó a decirse del contrato, ni siquiera por Gayo, que fue quien más extensión no obstante le dio, como vimos. De todos modos, el estado en que se nos conserva el comentario de Ulpiano no nos permite conocer hasta qué punto su autor desarrollaba lo que, para entendernos nada más, llamaríamos una teoría general de las convenciones. Lo más probable es que no haya sido demasiado desarrollada. La idea de convención, que estrictamente no aparecía en el edicto del pretor urbano, interesaba a los juristas únicamente para introducir el tema de los pactos, sobre los que el pretor sí que tenía dispuesta una rúbrica especial *de pactis conventis* en el edicto. Ahora bien, los comentarios de los juristas, como Paulo y Ulpiano, reflejan una configuración de requisitos y efectos del pacto, elaborada sobre la base de la pertinente rúbrica

¹⁵⁷ "Pero si la cosa no transitare a otro contrato, mas una causa estuviere debajo, elegantemente respondió Aristón a Celso que hay obligación, como si te di una cosa para que me dieras otra, o di para que hagas algo, lo cual es un *συνάλλαγμα*, y de aquí nace una obligación civil".

¹⁵⁸ D. 2, 14, 1, 3.

edictal. Esa configuración aparece presentada, empero, en la forma inorgánica usual en ellos, tan alejada del gusto sistemático moderno, pero que se presta a ser reordenada según nuestros esquemas de tópicos como capacidad, forma, objeto, etc. En un punto de su comentario, Paulo dice lo que sigue en el fragmento conservado en D. 2, 14, 27, 4 (Paul., 3 ed.): “*Pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda; veluti, si paciscar, ne furti agam vel iniuriarum, si feceris... Sed post admissa haec, pascisci possumus. Item ne experiar interdictum unde vi... pacisci non possumus*”¹⁵⁹. La afirmación de que los pactos continentes de *turpis causa* no deben ser observados, parece obligar a suponer algo previo: que para ser observados los pactos, ellos deben contener *causa*; solo que si la *causa* que contienen es *turpis*, ahora no deben ser observados, que es cuanto alcanza a decir el texto. De acuerdo con este razonamiento, en materia de pactos la exigencia sería, pues, la de contener causa no torpe (u honesta, lícita en suma). Esto se nos presenta casi como el modelo del artículo 1.108 N° 4 del código francés. Pero, si ahora vamos a los ejemplos de *causa turpis* que ofrece el texto, las cosas cambian de aspecto. Esos ejemplos son: pactar con alguien que no se ejercerá en su contra las acciones del hurto o de las injurias, si la contraparte llega a cometer uno u otro delito; o bien, pactar que no se ejercerá el interdicto *unde vi*. Como ejemplo contrario, o sea, de causa no torpe, está el de pactar, después de cometidos un hurto o una injuria, no ejercer las respectivas acciones delictuales. En nuestro actual entendimiento, estos ejemplos revelan que el jurista pensaba en lo que ahora llamamos “objeto ilícito y lícito” y que nada tienen que ver con la “causa ilícita o lícita”. La palabra *causa* está ahí, pues, por *res*¹⁶⁰.

e) En el resto, los juristas suelen ofrecer exposiciones más o menos sistemáticas (en cuanto podemos esperar “sistemas” de los juristas) sobre la estructura y elementos de los contratos singulares, como la compraventa, el arrendamiento, etcétera. Ahora bien, nunca aparece dicho en esas exposiciones que el contrato del cual se trate exige *causa*. Al leer los comentarios jurisprudenciales sobre materias contractuales, no quedamos informados ni enterados de que alguna vez se haya exigido algo que llamaran *causa* a los contratos. Por lo demás, tampoco algo semejante nos es dicho en textos no pertenecientes a exposiciones sistemáticas ni de contenido casuístico o de otra índole.

¹⁵⁹ “Los pactos que contienen causa torpe no deben observarse; por ejemplo, si yo pactare que no ejercitaré la acción de hurto o de injurias, si los hubieres cometido... Pero después de cometidos estos [sc. delitos] podemos pactar. Asimismo, tampoco podemos pactar que no reclamaremos por el interdicto *unde vi*...”.

¹⁶⁰ Algo similar ocurre en Inst. III, 19, 24: *Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet* (“No es válido lo que se prometió por una causa torpe, como si alguno prometiera que cometería un homicidio o un sacrilegio”). Quien promete cometer un homicidio o un sacrilegio, promete directamente una *res turpis*. Ciertamente que su promesa también y además tiene una causa ilícita: la convención antecedente a la promesa, por la cual convino con el futuro estipulante en cometer alguno de esos ilícitos (que si medió un precio, fue un contrato de arrendamiento de servicios). Pero el texto no se refiere a esto, sino al contenido u objeto de la promesa: *homicidium vel sacrilegium... promittat*.

Nuestra conclusión es que la causa no es algo que como requisito o elemento general haya sido exigido para la convención, el pacto o el contrato en el derecho clásico. Ella cumple una función solo en determinadas figuras, y concretamente: en la *stipulatio*, como *causa stipulationis* y en la *nuda conventio quae in alium contractum non transit*, pues, *si subest causa*, hay obligación. Fuera del ámbito contractual, la *traditio* exige una *causa traditionis*, el dominio tiene una causa, como modo de adquirir, y también las obligaciones la tienen, como fuente. De los contratos que en la terminología de Gayo se perfeccionan *re*, como el mutuo, o *consensu*, como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato, no se dice que deban tener causa. Aparte todo lo anterior, de cualquier acto (en teoría) se puede decir que tenga causa en el sentido de motivos; en especial los juristas estudian los motivos de las *dationes (dare ob causam)* y de las asignaciones testamentarias; también, en ocasiones, de los contratos.

XIII. LOS SENTIDOS DE LA PALABRA “CAUSA” EN LA JURISPRUDENCIA ROMANA, VII: DONACIÓN Y CAUSA

Conviene dedicar algún espacio a las relaciones entre la donación y la causa.

a) En el derecho clásico, la donación no aparece configurada como un acto de estructura típica. De hecho puede ser actuada merced a una notable variedad de actos formalmente típicos. Desde luego están la *mancipatio*, la *in iure cesio* o la *traditio* de una cosa corporal o de un derecho real con los dos primeros actos, y en ese caso el resultado es la adquisición del dominio de una cosa por el donatario o la titularidad de un derecho real (donación real). También se presenta la *estipulatio* de un *certum dare*, y ahora el efecto es una obligación congruente del donante (donación obligacional). En fin, comparecen la *acceptilatio* sobre una obligación de dar emanada de estipulación y también un *pactum de non petendo* que recaiga sobre una obligación así, emanada de cualquier fuente, y entonces la consecuencia es la extinción de la obligación de dar condonada, por derecho civil en el primer caso y por derecho pretorio en virtud de la *exceptio pacti*, en el segundo (donación remisoria). En D. 24, 1, 3, 10 aparecen mencionadas estas posibilidades. A tales maneras básicas y principales, empero, se pueden añadir una gran variedad de actos operativos de la donación, aunque cada uno pueda aproximarse a las formas básicas¹⁶¹. Así, y para mencionar solo un ejemplo, cuando el padre emancipa a su hijo o a un esclavo y no les retira el *peculium* que desde antes les tenía asignado, se entiende que se los dona¹⁶²: ello se puede aproximar a una donación real.

Por otro lado, ni la *mancipatio*, la *in iure cesio* o la *traditio*, menos la *stipulatio*, como tampoco la *acceptilatio* o el *pactum de non petendo* son negocios típica-

¹⁶¹ Véase GUZMÁN, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, hay reimpresión 2001), II, pp. 587 ss.

¹⁶² FV. 260; 261; 292.

mente donatorios, cuya función radique exclusivamente en operar donaciones. Cada uno de ellos sirve para actuar una gran variedad de negocios. Así, por ejemplo, la compraventa suele verse seguida de una *mancipatio* o *in iure cesio* para convertir en dueño de la cosa a su comprador; la *traditio* puede proseguir asimismo por compraventa, y también por dote, crédito o pago; detrás de una *stipulatio* puede haber un mutuo, y una multitud de otras operaciones, como antes vimos; lo mismo ocurre en la *acceptilatio* o en el *pactum de non petendo*, ya que la remisión de obligaciones puede advenir por alguna razón onerosa.

En tales circunstancias, en el derecho clásico ocurre –y en verdad las cosas no han variado mucho hoy– no solo que la donación puede ser ejecutada mediante una cierta variedad de actos estructuralmente diferentes entre sí, mas también que estos mismos actos sirven para ejecutar muchas otras operaciones distintas a la donación. Pero lo que en ningún caso resulta posible en ese derecho es que una nuda convención cuya materia consista en una atribución patrimonial no debida, gratuita y lucrativa, produzca obligación para el que pretende aparecer como donante y acción para el que aspira a quedar como donatario; menos aún, que radique directamente el dominio o algún derecho real en este último, ni que por derecho civil extinga la obligación remitida. En consecuencias, el mero acuerdo de contenido donatorio no produce efecto real, ni obligacional ni extintivo civil¹⁶³, mientras que no se lo haga operar merced a algunos de los actos antes mencionados, como una *mancipatio*, etcétera, si se trata de dar de presente o una *stipulatio* si se trata de dar de futuro, o la *acceptilatio*, cuando se quiere que la obligación se extinga por derecho civil y no solo por derecho pretorio.

Cabalmente, todo esto significa que en el derecho clásico la donación es primordialmente una *causa* y no un acto, aunque a los actos que la portan podamos denominarlos también donación por metátesis de contenido a continente, si bien los juristas solían emplear giros en que expresaban que algún acto, por ejemplo una *promissio*, tuvo lugar *propter donationem*¹⁶⁴, *donationis causa*¹⁶⁵, *ex causa donationis*¹⁶⁶, etcétera.

Por cierto, la configuración de esta *causa* es la de una *conventio*, o acuerdo puramente consensual en orden a dar u obligarse a dar o remitir, siempre gratuita y lucrativamente, que por sí mismo, empero, no produce efecto civil alguno, pero que después actuará precisamente como causa del acto operativo idóneo con que se lo ejecute.

En la historia del derecho romano, esta configuración de la donación recibió dos embates. Por un lado, Constantino, al crear el trámite de la *insinuatio* para las donaciones reales, consistente en la inscripción de una escritura en cierto registro

¹⁶³ El único caso en que la nuda convención produce efecto –remisorio– es el del pacto de no pedir.

¹⁶⁴ D. 24, 1, 39

¹⁶⁵ D. 39, 5, 2, 39, 5, 22.

¹⁶⁶ D. 39, 5, 33.

público¹⁶⁷, sujetó esta especie de tales a una formalidad única e invariable, de modo que desde entonces podemos dar por tipificada la figura de la donación real. Pero, por un lado, para las demás especies continuó primando la causalidad por sobre la tipicidad, ya que la *insinuatio* no fue exigidas para ellas. Por otro lado, igual la donación admite seguir siendo considerada una causa en esta nueva forma de donación real, precisamente como una causa de la escritura y la inscripción. El segundo embate provino de la creación justinianea de un *contractus* de donación, limitado a cosas que no valieran más de 500 *solidi*, que en cuanto no requería de *insinuatio* resultaba ser consensual, y si era de futuro, puramente obligacional además¹⁶⁸. Así, al menos en este último sentido, la causa donatoria se vino a confundir con una cierta tipicidad, la consensual, no bien que todavía se pudiese continuar hablando de la donación como causa con respecto a la *traditio* y desde luego a las donaciones solemnes o con insinuación, cuando de donar por un valor superior a 500 *solidi* se trataba.

b) Ahora bien, si en materia de donaciones los juristas hablaban de *causa* para referirse a una gran variedad de actos de efecto real, promisorio o remisario, configurando así una *causa donandi* o *donationis* de esos actos, se puede preguntar ahora si la donación como causa tiene ella misma causa a su vez. Como la estructura de esta *causa donandi* puede ser reconducida, según dijimos, a la de una *conventio* o acuerdo consensual en orden a dar u obligarse a dar o remitir, siempre gratuita y lucrativamente, esa pregunta vale precisamente para tal *conventio*. La que podemos entonces llamar convención donatoria, ¿tiene ella misma causa? Desde Domat, y sobre todo desde Pothier, estamos acostumbrados a responder afirmativamente y a decir que la causa de la causa donatoria es la liberalidad. Pero cuando la palabra liberalidad la tomamos en sentido jurídico, sea como género de la donación, que abarca otras especies (legados, donaciones por causa de muerte, dotes, etcétera), sea como sinónimo de la donación (por ser la principal liberalidad), esa respuesta constituye una tautología, y es como decir que la donación tiene como causa a la donación. Cuando, en cambio, la palabra se toma en el sentido de la virtud de la generosidad o munificencia, también llamada justamente liberalidad, esa respuesta implica aceptar como causa a los motivos.

Si ahora vamos a buscar la respuesta de los juristas romanos, es ésta: la donación como causa, vale decir, como acuerdo donatorio causante, tiene causa en el sentido de motivos, pero no exige causa en el sentido de necesitar su justificación en cierta operación jurídica antecedente. Juliano lo expone paladinamente en D. 39, 5, 1 pr. - 1 (Iul. 17 *dig.*). En este texto, bajo la idea de perfilar el concepto de donación (real), Juliano verifica que ésta se despliega en muchas clases (*donationes complures sunt*), que enseguida describe y nosotros exponemos en otro orden. Desde luego, está aquella en que alguien da algo “*ut tunc demum accipientis fiat*,

¹⁶⁷ La ley constantiniana que creó la *insinuatio* para las donaciones reales se nos conserva en diferentes textos: FV. 249, CTh. 8, 12, 1; CI. 8, 53, 25; Consult. IX, 13.

¹⁶⁸ El régimen justiniano en CI. 8, 53, 34 pr.; 8, 53, 36, 3; Inst. II, 7, 2.

cum aliquid secutum fuerit” (“para que la cosa se haga del que la recibe solamente cuando algo subsiga”), que Juliano califica de condicional. Está asimismo aquella en que se da con esta mente “*ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit aut non fuerit, velit ad se revert*”¹⁶⁹ (“que la cosa se haga al punto del que la recibe, pero quiere que vuelva a él, si algo llegare a tener lugar o a no tener lugar”), como ocurre en las *donationes mortis causa*. También está aquella que el esposo efectúa para la esposa con esta mente “*ut nuptiis non secutiis res auferatur*” (“no verificándose las nuptias, la cosa le sea quitada”). Pero en primerísimo lugar está esta otra: “*Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti; et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exercent. Haec proprie donatio appellatur. 1. Igitur cum dicimus inter sponsum et sponsam donationem valere, propria appellatione utimur, et factum demonstramus, quod ab eo profisciscitur, qui liberalitatis gratia aliquid dat, ut confestim faciat accipientis, nec unquam ullo facto ad se reverti posse*”¹⁶⁹. La donación (real) propiamente dicha, en oposición a las otras, es la que ahora llamamos irrevocable: lo donado se hace del donatario inmediatamente y nunca vuelve al donante. Aunque esta descripción hubiera sido suficiente, Juliano agrega que en ellas el donante “*propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exercent*”, denominando, pues, *causa* a la liberalidad y munificencia que con esta clase de donaciones ejerce el donante. En el fragmento 1, al mismo efecto emplea el giro *liberalitatis gratia aliquid dare*, en donde claramente *gratia* esta por *causa*, y podemos traducir como “dar algo en obsequio de la liberalidad”.

Claramente la palabra *causa* aparece empleada en su sentido, ya conocido por nosotros, de “motivo”. Juliano dice, por ende, que aquello que mueve al donante a dar es la liberalidad y munificencia. Por supuesto, es posible que los motivos específicos del donante sean otros en una donación concreta, e incluso los contrarios, como el cálculo de un beneficio futuro, el disimulo de una odiosidad, la captación de la benevolencia, etcétera. Pero una vez eliminados todos esos motivos tan variables y contingentes, el último que resta es, en efecto, la liberalidad y la munificencia, como si dijéramos el motivo límite típico.

Ahora bien, ¿por qué el jurista se sintió en la necesidad de agregar el motivo como un elemento de su descripción de las donaciones irrevocables? La razón es clara: los demás tipos descritos todos ellos tienen unos motivos. En la donación del tipo “*ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit*”, se trata de cualquier hecho contingente que el donante tiene en vista y que deduce como

¹⁶⁹ “Hay muchas clases de donación. Da alguno con esta mente, que quiere que inmediatamente la cosa se haga de quien la recibe, y que en ningún caso vuelva a él; y en razón de ninguna otra causa lo hace, que la de ejercer liberalidad y munificencia. Esta es la que propiamente se llama donación. 1. Así, pues, cuando decimos que es válida la donación entre el esposo y la esposa, empleamos la denominación propia e indicamos el hecho que emana del que en obsequio de la liberalidad da algo para que inmediatamente se haga del que la recibe y nunca vuelva a él por hecho alguno”.

condición suspensiva. En aquellas del tipo “*ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit aut non fuerit, velit ad se reverti*”, cuyo ejemplo más característico es la *donatio mortis causa*, el motivo es la consideración de la muerte del donante, que aparece deducido como finalidad. En las del tipo “*ut nuptiis non secutiis res auferatur*”, que constituyen las donaciones *propter nuptias*, el motivo es la consideración del matrimonio del donatario y ahora aparece deducido bajo la forma de una condición que extingue (*condicione solvere*), que nosotros llamamos resolutoria. De esta manera, en estos tipos el motivo aparece introducido en la estructura misma de la donación¹⁷⁰. La conclusión es que el donante puede recuperar la cosa si falla el motivo deducido en condición suspensiva, en finalidad o en condición resolutoria.

Algo totalmente distinto ocurre en la donación irrevocable. También ella tiene motivos, pero estos no son introducidos en su estructura y permanecen extrínsecos, pues pertenecen al dominio de la representación mental del donante. Por lo tanto, la relación del motivo con la realidad (si es falso por ejemplo) e incluso con la norma (si es deshonesto¹⁷¹), resulta ser indiferente para el destino del acto, y sus alternativas nunca permiten al donante recuperar la cosa (*nec ullo casu ad se reverti*). Estos motivos pueden ser muy variados; mas, para los efectos del análisis, basta considerar uno solo, que resulta de la eliminación mental de todos los posibles, porque, hecho esto, siempre resta como explicación psicológica mínima: la liberalidad o munificencia.

En consecuencia, todas las donaciones tienen motivos y lo decisivo para distinguir sus diferentes especies es el efecto que su frustración produce en el destino posterior de lo donado: en unas, tal frustración permite el retorno de lo donado al donante, y no en otras, precisamente en las que llamamos irrevocables. Importa mucho saber, en consecuencia, si el motivo es condición o es causa. Así lo dice Ulpiano en D. 39, 5, 3 (36 ed.): “*Et generaliter hoc in donationibus definiendum*

¹⁷⁰ Que son motivos, se demuestra por esto: si alguien dona en consideración a cualquier hecho, o de su propia muerte o de las nupcias del que recibe, pero sin deducir estas circunstancias motivadoras en la operación, su frustración no tiene ninguna incidencia posterior, y en el fondo ha donado irrevocablemente. Véase FV. 262: *Sponsae res simpliciter donatae non insecutiis nuptiis non repetuntur* (“Las cosas simplemente donadas a la esposa, no habiendo subseguidos las nupcias, no se repiten”). Es claro que lo donado a la novia o esposa, se le dona en razón de sus nupcias inminentes; pero si esto es expresado como motivo, se tienen una *donatio propter nuptias*, y no subseguido el matrimonio, el donante puede repetir lo donado; pero si las cosas son simplemente donadas, vale decir, siempre en función del matrimonio pero sin expresión del motivo, cuando se frustra aquél, el donante no repite. Por lo demás, en D. 23, 3, 17, 1 las nupcias están expresamente consideradas como *causa contrahendi*, vale decir, como motivo de celebrar una dote.

¹⁷¹ D. 39, 5, 5 (Ulp., 32 Sab.): “*Affectionis gratia neque honestae neque inhonestae donationes sunt prohibitae: honestae erga bene merentes amicos vel necesarios; inhonestae circa meretrices*” (“No están prohibidas las donaciones en obsequio de un afecto honesto ni deshonesto: honesto, a favor de amigos que las merecen o de los descendientes; deshonesto, a favor de las meretrices”).

*est: multum interesse, causa donandi fuit an condicio: si causa fuit cessare repetitionem, si condicio, repetitionem locum habere*¹⁷².

La alternativa que ofrece este texto entre repetición y no repetición nos permite un último enlace. Las donaciones de dar irrevocables pertenecen al género de los actos que consisten en un *dare ob causam*, ya antes tratados¹⁷³. Se recordará que en esa expresión, *causa* significa motivo, y que en los actos así llamados, la frustración o falsedad del motivo carece de toda incidencia en cuanto a poder repetir lo dado mediante la *condictio*. Ahora bien, si nosotros observamos una donación real como dación, aunque desde el punto de vista del derecho de las donaciones se trate de una *datio donationis causa*, en donde *causa* significa la operación patrimonial antecedente y justificante de la transferencia (o sea, el acuerdo donatorio), desde el punto de vista del derecho de la *condictio* consiste en un *dare ob causam*, en donde *causa* significa el motivo, vale decir, en último término, la liberalidad o munificencia, cuyos avatares ninguna incidencia tienen en materia de repetición, porque sea lo que sea que pudiera decirse sobre el motivo, nunca el *dans* (donante) puede repetir lo dado (donado). Coincidentemente, las donaciones *mortis causa* o *propter nuptias* constituyen casos de *dare ob rem*, en donde la *res* esperada es la muerte¹⁷⁴ o las nupcias¹⁷⁵, que en caso de no subseguir da repetición al que dio (donó). Lo propio puede predicarse de la donación obligacional cumplida mediante estipulación, que entonces resulta haber sido celebrada también *ob causam*.

En síntesis, pues, las donaciones (irrevocables) tienen lugar merced a una gran variedad de actos operativos formalmente típicos, que para ser donatorios necesitan quedar justificados por una *causa donandi*, vale decir, un acuerdo de atribuir algo gratuita y lucrativamente. En este sentido, la donación es en sí misma una *causa*. Pero carece de *causa* en el sentido de necesitar justificación a su vez, y solo tiene motivos, que se llaman, empero, *causa*, reconducibles a la liberalidad o munificencia, los cuales, con todo, no ofrecen ninguna incidencia en el destino posterior del acto.

XIV. LOS SENTIDOS DE LA PALABRA “CAUSA” EN LA JURISPRUDENCIA ROMANA, VIII: ADVERTENCIAS Y CONCLUSIONES

Para terminar esta parte de nuestro estudio vayan una advertencia y algunas conclusiones.

¹⁷² “Y en general, en las donaciones se ha de determinar esto: que hay mucha diferencia entre si algo fue causa o condición: si fue causa, cesa la repetición, si condición, hay lugar a la repetición”.

¹⁷³ Supra X, 1 a).

¹⁷⁴ Véase D. 39, 6, 35, 3.

¹⁷⁵ D. 39, 5, 1, 1; 24: *nuptiis secutis*; FV. 262: *non insecutiis nuptiis*. Esta es la terminología propia del *dare ob rem*.

a) Los sentidos de la palabra *causa* reseñados precedentemente no agotan el campo semántico de esa palabra en el uso que de ella hacen los juristas. Tales sentidos son únicamente los que podemos considerar como los técnicos del lenguaje jurisprudencial, aunque quizá haya otros de la misma índole, no considerados aquí, pero que no tienen mayor incidencia en nuestro tema, como, por ejemplo, *causa* en el sentido de “juicio o litigio”. Por cierto, en numerosas oportunidades el término comparece en los escritos de los juristas sin acepción técnica, mas con el significado general que esa voz tiene en el lenguaje corriente¹⁷⁶.

b) No es de necesidad estudiar aquí si las acepciones técnicas de *causa* en la lengua de los juristas, aunque diferentes, ofrecen unidad funcional o no la ofrecen: si, por ejemplo, la causa de la tradición cumple en ésta el mismo papel que la causa en la estipulación, etcétera. Pero sí es preciso hacer notar que entre todas esas acepciones hay cierta unidad estructural, derivada de que en todos los casos, en último término, de lo que se trata es de la eficiencia, eficiencia, por cierto, expresada en términos jurídicos y no materiales, vale decir, en términos de justificación, aunque a veces sea para negarla, como en la hipótesis de causa equivalente a motivo. La causa aparece constantemente, así, como un antecedente que justifica un consecuente: la entrega, la posesión, la usucapión, el dominio, la obligación, la dación (en el *dare ob causam*) o el legado, la estipulación. De esta guisa, es evidente que la noción de causa que está detrás de la palabra *causa* es precisamente aquella que terminó por ser llamada eficiente.

El otro sentido en que *causa* pudo haber teóricamente sido empleada es el de fin. Pero es manifiesto que en los usos técnicos que aquí hemos examinado ese sentido no está presente. Por lo demás, es digno de ser destacado que en la contraposición *dare ob rem - dare ob causam* la idea de fin está presente, no en este último, sino en el primer extremo, pues, como se recordará, es eso lo que significa *res*.

¿Cómo explicar esta notable constancia en el uso jurisprudencial de *causa*? Ya hicimos notar que filósofos estoicos redujeron las cuatro acepciones que Aristóteles había reconocido bajo la palabra αἰτία (*causa*) a una sola, precisamente a la eficiente. En tales circunstancias, que los juristas romanos, quienes actuaron en un ambiente intelectual saturado de estoicismo, emplearan la palabra en el sentido de esta última, nada tendría, pues, de extraño.

Por último, sabemos que en algún momento, lo que se designaba como *res*, en el sentido de finalidad, empezó a ser denominado *causa* (*causa data causa secuta - non secuta*). ¿A qué se debió este cambio? No lo sabemos con certeza. Pero es improbable que esté conectado con una admisión del concepto de causa final, y es bien probable que la aplicación de la palabra *causa* al ámbito de negocios en que ciertamente hay imbricada una finalidad, como era el antiguo *dare ob rem*, haya sido no en cuanto hay ahí tal implicación, sino porque quienes operaron la mudanza terminológica se fijaron en haber alguna eficiencia jurídica también impli-

¹⁷⁶ Para una mayor extensión, véase GEORGESCU, Valentin, *Le mot causa dans le latin juridique* cit. (n. 51).

cada¹⁷⁷. De esta manera, quizá *causa data* ya no significara el “fin establecido” sino que aludiera a la dación inicial como causa (fuente) de una obligación (la de devolver la contraparte lo recibido o de cumplir ella la contraprestación de ella esperada); y *causa secuta - non secuta* tampoco significara el “fin subseguido - no subseguido”, sino que, con referencia a la dación o al hecho esperados de la contraparte, las indicara no en cuanto fines de la dación inicial, empero, sino en cuanto fuentes, a su vez, de nuevas obligaciones, esta vez para la parte que había empezado la operación con su *datio* inicial. Se habría visto en estas figuras un juego de causas de obligaciones recíprocas. Si así fue, los autores de esta innovación terminológica, en el uso de la palabra causa se mantuvieron en la tradición de su uso en el sentido de fuente de obligación, o sea, de *causa* como denotador de la eficiencia jurídica.

XV. LOS SENTIDOS DE LA PALABRA “CAUSA” EN LA JURISPRUDENCIA MEDIEVAL, I: *CAUSA QUAE SUBEST Y VESTIMENTA FACTORUM*¹⁷⁸.

En el uso que la jurisprudencia medieval hizo de la palabra *causa*, no se encuentran novedades en cuanto a su acepción de antecedente justificante de la tradición¹⁷⁹, posesión y usucapión¹⁸⁰. El empleo de *titulus* en vez de *causa*, fenómeno que por lo demás empieza a observarse ya en el derecho romano postclásico¹⁸¹, hizo progresos entre los juristas de la Edad Media¹⁸², pero el total reemplazo de

¹⁷⁷ Véase supra X, 1, c).

¹⁷⁸ Lit.: KARTENS, C., *Die Lehre vom Verträge bei den italienische Juristen des Mittelalters. Ein Beitrag zur inneren Geschichte der Reception des römischen Rechtes in Deutschland* (Rostock, Werher, 1882), pp. 110 ss.; BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (Diritti reali e diritti di obbligazione)* (Padova, Cedam, 1937), pp. 231 ss.; DILCHER, Hermann, *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung rom. Abt. 77* (1960), pp. 270 ss.; SÖLLNER, Alfred, *Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung rom. Abt. 77* (1960), pp. 217 ss.; NANZ, Klaus-Peter, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert* (München, J. Schweitzer, 1985), pp. 31 ss.; VOLANTE, Raffaele, *Il sistema contrattuale del diritto comune clásico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani* (Milano, Giuffrè, 2001).

¹⁷⁹ Sobre causa y traditio en el ius commune: BUSSI, E., *La formazione dei dogmi* cit. (n. 178), pp. 33 ss.; RANIERI, Filippo, *Brevi note sull'origine della nozione di negozio reale ed astratto*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/ Revue d'Histoire du Droit* 38 (1970) 3 - 4, pp. 324 ss. En materia de adquisición del dominio por tradición, se distingue entre causa remota (la causa de la tradición) y causa proxima (la tradición como causa): vid. gl. *nec enim sicut ad D.* 41, 2, 3, 4; tal distinción dio origen a la dicotomía más tardía de *titulus y modus*.

¹⁸⁰ BUSSI, E., *La formazione dei dogmi* cit. (n. 178), pp. 72 s.

¹⁸¹ Sobre esto: D'ORS, Alvaro, *Titulus*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 23 (1953), 495 ss.

¹⁸² Véase, por ejemplo, la *Summa Trecensis* (Fitting) VII, 22, 6: “*Causae autem iustae quae*

un término por otro no puede darse ni con mucho por consumado en tal época. Tampoco algo especial hay que decir en cuanto al uso de *causa* en el sentido de modo de adquirir. Mas también a este respecto cabe advertir que la sustitución de *causa* por *modus*, igual que en el caso anterior del todo cumplida en el derecho moderno, no es algo que se advierta haberse iniciado en la Edad Media. Por otra parte, los juristas medievales continuaron con la utilización de nuestra palabra en el sentido de “fuente de obligación”¹⁸³ (y una vez más es necesario investigar el origen de esta última expresión, que es la actual). Pero fue precisamente en esta materia en donde las doctrinas de esos juristas merecen ser tenidas especialmente en cuenta aquí.

Desde luego debemos examinar qué interpretación recibió D. 2, 14, 7, 2: “*Sed et si in alium contractus res non transeat, subsit tamen causa*, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem: *utputa dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias, hoc synállagma esse, et hinc nasci civilem obligationem*”¹⁸⁴. En este pasaje, la expresión *subsit tamen causa* representa un concepto clave, porque es la intervención de la *causa* la que hace capaz de generar obligación a una *conventio* que *in alium contractus non transeat*. Ahora bien, no se dice ahí qué sea lo que *causa* signifique. Al estudiarlo nosotros como texto romano, con la mayoría, concluimos que se trata de la *datio* que la parte de una convención del tipo *do ut des - do ut facias* se adelanta a realizar, dejando así obligada a la contraparte a hacer subseguir lo esperado de ella, vale decir, a dar o a hacer, según el caso. En realidad, tal es la interpretación que ya los medievales habían ofrecido para *causa*, solo que también pensando en los negocios que comienzan con un *facere*, del tipo *facio ut des - facio ut facias*, agregaron precisamente al *facere* como *causa*. Expresamente, pues, ellos convierten la palabra *causa* en *datio vel factum*¹⁸⁵.

usucapionem inducunt iustum initium, seu titulum et bonam fidem desiderant... Causa seu titulus iustus necessarius...” (“Pero las justas causas, que conducen a la usucapición, exigen un justo inicio o título y buena fe... Causa o título justo necesario...”); VII, 23, 19: “*ideoque si traditio fiat ex iusto titulo...*” (“y por esto, si se haga una tradición por justo título...”). También la gl. *nec enim sicut ad D. 41, 2, 3, 4: “causa sc. traditionis seu titulus*” (“causa, esto es, de la tradición, o título”). Pero *causa* sigue siendo de uso predominante. Cuándo se haya consumado el reemplazo completo, eso es algo que está por ser estudiado.

¹⁸³ KAUFMANN, Horst, *Causa debendi and causa petendi bei Glanvill sowie im römischen und kanonischen Recht seiner Zeit*, en *Traditio* 17 (1961), especialmente pp. 126 ss.

¹⁸⁴ “Pero si el asunto no transitará a otro contrato, mas una *causa* estuviere debajo, elegantemente respondió Aristón a Celso que hay obligación, como si te di una cosa para que me dieras otras, o di para que hagas algo, lo cual es un ‘synállagma’, y de aquí nace una obligación civil”.

¹⁸⁵ Ya en la *Summa Trecensis* (Fitting) II, 3 (8 in fine): “*causam autem dicimus dationem seu factum vel contractum*” (“pero llamamos *causa* a la dación o hecho y al contrato”); ROGERIUS, *Summa Codicis, de pactis*, núm. 19: “[*pacta*] que remanent in generali nomine... aut sunt subnixa datione vel facto, ut in contractibus innominatis et sunt obligatoria. Que non adiuvantur

Esta *causa*, entendida como *datio vel factum*, fue insertada en una más doctrina que los medievales elaboraron bajo el nombre de *vestimenta pactorum*. Las dos glosas acursianas precedentemente citadas en nota aluden expresamente a ella.

Estos juristas partían de ciertos datos hallados en sus fuentes romanas en torno a qué actos eran capaces de engendrar obligaciones y acciones civiles. Esos datos aparecen esquematizados en D. 2, 14, en donde sustancialmente se dice lo siguiente: i) *conventio* es un “nombre general” (*conventionis verbum generale est*¹⁸⁶); ii) tan general es que no hay ningún contrato ni ninguna obligación que en sí no contenga convención, ya se haga merced al tránsito de una cosa (*re*, como en el mutuo), ya se haga por palabras solemnes (*verbis*, como en la estipulación)¹⁸⁷; iii) entre las diferentes especies de convención existentes, interesan especialmente las del derecho de gentes, porque algunas producen acción y otras excepción¹⁸⁸; iv) las convenciones que producen acción dejan de llamarse con el nombre general de convención y adquieren un nombre propio de contrato, como compraventa, arrendamiento sociedad, comodato, depósito y demás contratos semejantes (“*quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus*”)¹⁸⁹, entre los que en otro lugar se menciona también a la prenda y a la estipulación¹⁹⁰; v) las convenciones que no adquieren un nombre propio, si tienen, no obstante, causa debajo, también generan obligación¹⁹¹; vi) si no tienen causa debajo, no generan obligación; pero generan excepción y se llaman pactos¹⁹². De acuerdo con esto, el concepto supremo interesante es el de convención (del derecho de gentes). El pacto ocupa un lugar subordinado en el esquema, como convención que por no tener causa debajo genera solo excepción, después de las convenciones que generan obligación por tener nombre propio de contrato o por tener causa debajo.

datione vel facto non sunt obligatoria” (“[los pactos] que permanecen en el nombre general... o son anexados a la dación o al hecho, como en los contratos innominados y son obligatorios. Los que no son sostenidos por la dación o el hecho no son obligatorios”); *Magna Glossa*, gl. *causa* ad D. 2, 14, 7, 2: “*Id est datio vel factum quod vestiet pactionem*” (“causa, esto es, una dación o un hecho que viste al pacto”); LA MISMA, gl. *causa* ad D. 2, 14, 7, 4: “*Id est datio vel factum ex quo vestiatur contractus innominatus do ut des*” (“causa: esto es una dación o un hecho a partir de los cuales se vista el contrato innominado de dar para que des”).

¹⁸⁶ D. 2, 14, 1, 3.

¹⁸⁷ D. 2, 14, 1, 3: “*Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat*” (“Mas de tal modo es general la palabra convención, que, como elegantemente dice Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación, que en sí no contenga convención, ya se haga por la cosa ya por palabras solemnes”).

¹⁸⁸ D. 2, 14, 7 pr.

¹⁸⁹ D. 2, 14, 7, 1.

¹⁹⁰ D. 2, 14, 1, 4.

¹⁹¹ D. 2, 17, 7, 2.

¹⁹² D. 2, 14, 7, 4.

Sin embargo, los medievales partieron no de la convención sino del pacto¹⁹³, impulsados por D. 2, 14, 7, 4 que, literariamente al menos, termina por identificar convención y pacto: “*Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*”¹⁹⁴. En efecto, el texto transita de la convención sin causa debajo que no genera obligación al pacto que no genera obligación, de lo que puede concluirse que una convención sin causa debajo es lo mismo que un pacto. Sea como sea, el hecho es que para los medievales la noción básica es la de pacto. Así se ve, por ejemplo, en Azo (fl. 1191 - 1220): “*Et est hoc nomen pactum generale ad omnia quae aguntur inter partes causa obligationis contrahendae vel tollendae*”¹⁹⁵. En cuanto a la voz *conventio*, Azo se contenta con dejar constancia de tratarse de un *nomen generalissimum*, que se aplica por ejemplo al hecho de que los escolares “convienen” (es decir, coinciden localmente) en las escuelas o en cualquier otro lugar sin que ahí nada haya relacionado con obligaciones¹⁹⁶. En el mismo sentido se orienta *Glossa acursiana*¹⁹⁷.

Ahora bien, por lo que atañe al concepto de pacto, D. 2, 14, 1, 1 ofrece esta definición: “*et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*” (“Y es pacto el plácito y consenso de dos o más en lo mismo”). Los glosadores la aceptaron. Ya la antigua *Summa Trecensis*, por ejemplo, define al pacto como “*consensus duorum vel plurium in idem*”¹⁹⁸; Azo lo define casi del mismo modo¹⁹⁹, y la *Glossa* nos explica por qué la voz *placitum* ha salido de esa definición: *placitum et consensus* es una endíadis²⁰⁰.

Una vez que el pacto hubo de ocupar el lugar de la convención como noción suprema, y una vez que aquel fue reconocido como un *consensus*, según la definición transmitida, los glosadores se fijaron en que, de acuerdo con sus fuentes: “*nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem*” (D. 2, 14, 1, 3). En todo contrato, pues, hay ínsita una convención, o sea, un pacto. Esta idea permitió a los glosadores identificar pacto y contrato, a su vez, y organizar un sistema contractual a partir de la idea de pacto²⁰¹.

¹⁹³ Sobre esto, véase: NANZ, Klaus-Peter, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs* cit. (n. 178), pp. 44 s.; VOLANTE, R., *Il sistema contrattuale* cit. (n. 178), pp. 21 ss.

¹⁹⁴ “Pero cuando no hay ninguna causa debajo, consta que en razón de la convención no puede constituirse obligación. Por consiguiente, el nudo pacto no genera obligación; pero genera excepción”.

¹⁹⁵ Azo, *Summa super Codicem, de pactis* (CI. 2, 3): “Y esta denominación de pacto es general para todo lo que se actúa entre partes por causa de contraer o alzar [sc. extinguir] obligaciones”.

¹⁹⁶ *Ibíd.*.

¹⁹⁷ Gl. *conventionis* y gl. *vel transigendi* ad D. 2, 14, 1, 3.

¹⁹⁸ *Summa Trecensis* (Fitting) II, 3.

¹⁹⁹ Azo, *Summa super Codicem, de pactis* (CI. 2, 3): “*consensus duorum pluriumve in idem*”.

²⁰⁰ Gl. *placitum et consensus* ad D. 2, 14, 1, 2.

²⁰¹ Sobre esta materia: KARSTENS, Carl, *Die Lehre vom Verträge* cit. (n. 178), pp. 112 ss.; BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi (Diritti reali e diritti di obbligazione)* cit. (n. 178), pp. 233 ss.

Ahora bien, puesto que D. 2, 14, 7, 4, al pacto que *obligationem non parit* lo denomina *nuda pactio* (= “nuda pacción”) entonces quiere decir que *nuda pactio* es en realidad el concepto básico. Pero si un pacto desnudo no produce obligación, algo hay que lo hace producirla. Los glosadores, parece que desde Azo (fl. 1191 - 1220), denominaron con el sustantivo *vestimenta* –mientras que los predecesores de Azo empleaban tan solo el verbo *vestiri*– a ciertos elementos que, agregados al *pactum nudum* o *nuda pactio* los tornan en obligantes, como si los “vistieran”, por lo cual los pactos dotados con tales “vestidos” fueron denominados, primeramente, desde Placentinus (≠1192), *pacta induta*²⁰², y desde Azo *pacta vestita*²⁰³. Nuevamente Azo nos informa de este razonamiento: “*Et si quidem pactum fuerit nudum, propter nimiam frigiditatem parere actionem non potest... Si autem non fuerit nudum sed vestitum actionem parit sic enim ei nomen recte impono quia si aliquod est nudum ex eo quod actionem non dat... ergo aliquod est vestitum quia actionem indulget*”²⁰⁴.

Placentinus enumeraba cinco *modi* por los que “*pacta induta vestiuntur: rebus ut mutuuum, verbis ut stipulatio, litteris ut chirographum, consensu formato in nomen speciale transeunte ut venditio et locatio. Sed et lege dicta in re sua tradenda vestiuntur pacta*”²⁰⁵. Los primeros cuatro se corresponden con los cuatro tipos contractuales reconocidos en la sistematización de las *Institutiones* de Justiniano²⁰⁶: la dación o entrega de una cosa en los contratos que llamamos reales (*re*: mutuo, comodato, depósito y prenda), la forma oral en las estipulaciones (*verbis*), el solo consentimiento en los cuatro contratos consensuales (*consensus*: compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato) y la suscripción de un documento (*litteris*). El último consiste en las *leges suae rei dictae* del derecho romano. Azo, en cambio, enuncia seis *vestimenta*: “*Vestitur autem pactum sex modis re verbis consensu litteris contractus coherentia rei interventu*”²⁰⁷: en los cuatro primeros, Azo coincide con Placentinus. El quinto *vestimentum*, de la *contractus cohaerentia*, consiste en la agregación de un pacto a un contrato dotado de acción, que permite ser

²⁰² VOLANTE, R., *Il sistema contrattuale* cit. (n. 178), pp. 121 y n. 50.

²⁰³ Véase en el texto que se cita inmediatamente: “*vestitum... sic nomen recte impono*”.

²⁰⁴ AZO, *Summa super Codicem, de pactis* (CI. 2, 3): “Y verdaderamente si el pacto estuviera desnudo, por motivo del excesivo frío no puede generar una acción... Pero si no estuviera desnudo sino vestido, genera acción, pues así le impongo correctamente el nombre, porque si algo es desnudo debido a que no da acción... algo es, por consiguiente, vestido porque confiere acción”.

²⁰⁵ PLACENTINUS, *Summa Codicis, de pactis*: “por unas cosas como en el mutuo, por unas palabras solemnes como en la estipulación, por unos escritos como en el quirógrafo, por el consenso formado que pasa a nombre especial, como en la compraventa, en el arrendamiento. Pero los pactos también se visten por una declaración formulada en la tradición de una cosa propia”.

²⁰⁶ Inst. III, 13, 2.

²⁰⁷ AZO, *Summa super Codicem, de pactis* (CI. 2, 3).

exigido como obligatorio merced a la misma acción del contrato al cual se agrega. El sexto *vestmentum* es el *rei interventus*, al cual nos referiremos en especial después. Azo agrega un séptimo *vestmentum*, “en cierto sentido milagroso” (*quodam mirabili intellectu*), con el cual se refiere a todos aquellos pactos nudos que en la compilación justiniana dan acción directamente y sin más (*pacta legitima* y *pacta praeoria*). Azo cita la policitación²⁰⁸; antes, hablando de los *pacta nuda*, que *parere actionem non potest*, ya había anunciado que ello es así “*nisi mirabiliter hic in quibusdam casibus accidat in quibus casibus nudum pactum parit actionem*” (“a no ser que milagrosamente ocurra esto en ciertos caso, en los cuales casos el pacto desnudo engendra acción”)²⁰⁹, y cita al pacto de donación (por menos de 500 *solidi*), al pacto de *pecunia constituta* y otros. La *Glossa* denomina *vestmentum legis auxilio* a este séptimo modo de Azo²¹⁰, porque es la ley (o sea el *Corpus iuris*) la que hace que esos pactos generen acción. Odofredus (¶1265) se limitó a aceptar los seis *vestimenta* de Azo²¹¹.

El sistema contractual de los glosadores, pues, admite una reducción expositiva al siguiente esquema: un pacto sin *vestmentum* no produce obligación ni acción, y se llama *pactum nudum*. Si está dotado con un *vestmentum*, produce obligación y acción, y se llama *pactum vestitum*. Los *vestimenta* que agregados al pacto desnudo le hacen producir tales efectos y lo visten son siete: en los nominados (ya veremos qué significa esto), la dación o entrega de la cosa en los negocios reales, la solemnidad oral en la estipulación, el solo consentimiento en los contratos consensuales, la documentación en los literales; la incorporación del pacto a uno de estos contratos nominados; en los innominados, la intervención de la *res* (*datio vel factum*) o *causa*; extraordinariamente está el auxilio de la ley en los pactos nudos que, según el *Corpus iuris* (*lex*), generan acción.

Aun que no haya sido muy elegante esta construcción, ella fue aceptada, en lo sustancial, por todos los glosadores posteriores a Placentinus (¶1192) y desde luego por la *Glossa*. Lo propio cabe decir, en lo esencial, de los comentaristas²¹². Bartolus (¶1357), por ejemplo, define que “*pactum seu conventio dicitur vestitum cui post originem vel in suo origine aliquid superadiicitur. Illud quod superadiicitur dicitur vestimentum*”²¹³. Discute el alcance de los *vestimenta*²¹⁴ y enumera y

²⁰⁸ D. 50, 12, 1.

²⁰⁹ La alusión metafórica al milagro se conecta con la otra metáfora de que los pactos desnudos no engendran acción en razón del gran frío que los aqueja, de modo que si un pacto así engendra acción, eso es como un milagro.

²¹⁰ *Magna Glossa*, gl. *igitur* ad D. 2, 14, 7, 4; gl. *Legitima* ad D. 2, 14, 6.

²¹¹ ODOFREDUS, *Lectura super Codice* ad l. *legem*, C. *de pactis* (CI. 2, 3, 10).

²¹² SÖLLNER, A., *Die Causa im Kondiktionen- und Vertragsrecht* cit. (n. 178), pp. 229 ss.

²¹³ BARTOLUS, *Commentaria* ad l. *quin immo* D. rub. *de pactis* (D. 2, 14, 7, 5), núm. 14: “Se llama pacto o convención vestido aquel al cual después de su origen o en su origen se le sobreañade algo. Aquello que se le sobreañade se llama *vestmentum*”.

²¹⁴ BARTOLUS, *Commentaria* ad l. *quin immo* D. rub. *de pactis* (D. 2, 14, 7, 5), núm. 12.

resistematiza los que a su juicio son los que deben aceptarse como tales²¹⁵. Así, pues, la idea de unos *pacta nuda* que deben estar dotados con *vestimenta* para ser obligantes como *pacta vestita* siguió inmutada, aunque se discutiera cuáles fueran esos *vestimenta*²¹⁶.

XVI. LOS SENTIDOS DE LA PALABRA “CAUSA” EN LA JURISPRUDENCIA MEDIEVAL, II: CAUSA QUAE SUBEST Y CONTRACTUS INNOMINATI²¹⁷

¿En qué sentido afirmamos antes que la teoría de la *causa* fue insertada en la más general de los *pacta nuda* y *vestita*?

Entre los *pacta vestita*, los glosadores colocaron a los que denominaron indiscriminadamente *pacta innominata* o *contractus innominati* en oposición a los *pacta nominata* o *contractus nominati*²¹⁸. La inspiración para tales nombres vino del texto y contexto de D. 2, 14, 7, 1 - 4, en donde se distingue a unas convenciones que *transeunt in proprium nomen* de otras que *in alium contractum non transeant*, pero que tienen una “causa debajo” (*subsit causa*). Los contratos con nombre propio son, por ejemplo, la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, el comodato, el depósito, la estipulación o la prenda, *et ceteri similes contractus*. En suma, consisten en aquellos que según las *Institutiones* de Justiniano se perfeccionan *re verbis litteris consensu*. Los contratos que no transitan a un nombre propio, y por ello resultaron individualizados como *innominati* por nuestros juristas, pero que tienen una causa debajo (*subsit causa*), son aquellos del tipo que D. 2, 14, 7, 2 enuncia como *dedi tibi rem, ut mihi aliam dares y dedi, ut aliquid facias*, en donde la causa es la efectiva dación de la cosa que una de las partes había anunciado dar, para que la otra le diera algo a su vez, o hiciera algo. Cumplida la dación, si lo esperado de la contraparte subsigue, se consuma el negocio; si no subsigue, el que dio puede recuperar lo dado con una *condictio causa data causa non secuta*, también llamada *condictio ob causam datorum*, o bien exigir lo esperado mediante una *actio praescriptis verbis*. Es merced a tales acciones en alternativa, pues, que la contraparte queda obligada.

Ahora bien, si se tiene presente que estos contratos innominados son primordialmente *pacta*, que para obligar necesitan un *vestimentum*, Azo (fl. 1191 - 1220)

²¹⁵ BARTOLUS, *Commentaria ad l. quin immo* D. rub. *de pactis* (D. 2, 14, 7, 5), núm 15 - 19.

²¹⁶ Véanse las diferentes opiniones que transmite BARTOLUS, *Commentaria ad l. quin immo* D. rub. *de pactis* (D. 2, 14, 7, 5), núm. 12. Para el tratamiento de esta materia en el *ius commune* tardío: BIROCCHI, Italo, *Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale: la questione della efficacia dei patti nella dottrina italiana dell'età moderna*, en BARTON, John (ed.), *Towards a General Law of Contract* (Berlín, Duncker und Humblot, 1990), pp. 269 ss.

²¹⁷ SÖLLNER, Alfred, *Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht* cit. (n. 178), pp. 219 ss.

²¹⁸ La distinción ya aparece en el *Brachylogus iuris civilis* III, 3, 4. También en la *Summa Trecensis* (Fitting) IV, 54, 1. Véase asimismo PLACENTINUS, *Summa Codicis, de pactis*; y AZO, *Summa super Codicem, de pactis* (CI. 2, 3).

vio en lo que D. 2, 14, 7, 2 denomina *causa* al *vestimentum* que torna al acuerdo en *pactum vestitum* del subtipo conocido como *pactum (contractum) innominatum*, y designó como *rei interventus* a esa *causa* en cuanto *vestimentum*, porque precisamente consiste en la intervención de una cosa bajo la forma de su dación. Este es el texto principal: “*Rei interventu vestitur ut in contractibus innominatis qui ab initio nullam dant actionem sed re postea interveniente et tradita competit actio ei qui rei interventu vestivit contractum non alii scilicet prescriptis verbis ad interesse et conditio ob causam ad repetendum quod datum est*”²¹⁹. Más adelante, Bartolus denominó *implementum iustae causae* a este *vestimentum*, para recalcar que la *datio* o el *factum* deben estar efectivamente cumplidos (*implere*)²²⁰. También Baldus habla de *implementum*²²¹.

En el sentir de los glosadores, los tipos negociales innominados que D. 2, 14, 7, 2 enuncia como *dedi tibi rem, ut mihi aliam dares* y *dedi, ut aliquid facias* aparecían completados y desarrollados en D. 19, 5, 5, 1: “*Naturalis meus filius servit tibi, et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres, et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi teneris quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspicere potest. Qui in his competit speciebus: aut enim do tibi, ut des, aut do, ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias: in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur*”²²². En efecto, mientras D. 2, 14, 7, 2 menciona dos tipos, reconducibles a las fórmulas *do ut des* y *do ut facias* de D. 19, 5, 5, 1, este último les agrega los tipos *facio ut des* y *facio ut facias*, con lo cual quedan agotadas las posibilidades de combinación del *dare* con el *facere*. En consecuencia, los contratos innominados pueden iniciarse bien con el *dare* de

²¹⁹ Azo, *Summa super Codicem, de pactis* (CI. 2, 3): “Se viste por la intervención de una cosa como en los contratos innominados, que al comienzo no dan ninguna acción, pero que, interviniendo después una cosa entregada, compete acción a aquel para quien por la intervención de la cosa se vistió el contrato, esta no es otra que la *praescriptis verbis* por todo cuanto le interesó y la *conditio ob causam* para repetir lo que se dio”.

²²⁰ BARTOLUS, *Commentaria ad l. quin immo* D. 2, 14, 7, 5: “*secundum vestimentum est rei interventus seu implementum iuste causae*” (“La segunda vestimenta es la intervención de la cosa o cumplimiento de una justa causa”). Equivocado SANTORO, R., *La causa delle convenzioni atipiche* cit. (n. 85), p. 107: “Equivalente del *rei interventus* non appare qui, dunque, la *causa*, ma, piuttosto, l’*implementum iustae causae*”. Es lo mismo: cuando los juristas decían *causa = datio vel factum*, entendían *causa* cumplida (*impleta*). SANTORO, *ibíd.*, cree que este *implementum* es una *causa finalis*, pero véase *infra* n. 234.

²²¹ Baldus, *Commentaria ad l. iuris gentium* D. 2, 14, 7 pr., núm. 2: “*Innominati autem contractus actionem pariunt ad implemento... In texto... causam vocat hic impletionem.*” (“Pero los contratos innominados generan acción por el cumplimiento... en el texto... se llama ‘causa’ a este cumplimiento”).

²²² “Mi hijo natural te sirve y tu hijo a mí: se convino entre nosotros que tu manumitieras al mío y yo al tuyo: yo lo manumití y tu no lo manumitiste: se preguntó por qué acción me estarás obligado. En esta cuestión puede verse el tratado de todo lo dado por una finalidad. El cual compete en estos casos: porque o te doy para que des, o te doy para que hagas, o hago para que des o hago para que hagas: en cuyo caso se pregunta qué obligación nazca”.

una parte en espera de un *dare* o un *facere* de la contraparte (*do ut des* y *do ut facias*), bien con el *facere* de una en espera de un *dare* o un *facere* de la otra (*facio ut des* y *facio ut facias*). Pero en todos los casos, el previo *nudum pactum* en cualquiera de esos sentido debe recibir un *vestimentum* para convertirse en *pactum vestitum* (*contractus innominatus*): en la terminología de D. 2, 14, 7, 4, debe recibir una *causa* debajo. Ahora bien, en los contratos innominados que empiezan con una *dare* (*do ut des* y *do ut facias*), la causa es la efectiva *datio*; pero en los contratos que empiezan con una *facere* (*facio ut des* y *facio ut facias*), su *causa* no puede ser sino el efectivo *facere*. Y los glosadores obtuvieron la consecuencia: tal es la razón por la cual ellos interpretaron la expresión *subest causa* de D. 2, 14, 7, 2 y 4 como *datio vel factum*, según observamos antes²²³, aunque en esos textos sólo se habla de los tipos que empiezan con *dare* y no con *facere*.

Así, pues, los glosadores establecieron una perfecta ecuación entre la *causa quae subest* de los contratos innominados, el *dare* o *facere* que los aplica y su *vestimentum*: Eso queda en claro cuando combinamos la gl. *causa* a D. 2, 14, 7, 2 y la gl. *igitur* a D. 2, 14, 7, 4, ambas de Accursius (¶1263). Dice la gl. *causa*: “*id est datio vel factum, quod vestiet pactionem*” (*causa*: “esto es la dación o el hecho que viste al pacto”); y añade la gl. *igitur*: “*...in contractibus innominatis non valet conventio sine causa, id est sine vestimento*” (“por lo tanto: “...en los contratos innominados no vale la convención sin causa, esto es, sin vestimenta...”). Así, pues, *causa* = *datio vel factum* y *causa* = *vestimentum*, por lo que también *datio vel factum* = *vestimentum*.

XVII. LOS SENTIDOS DE LA PALABRA “CAUSA” EN LA JURISPRUDENCIA MEDIEVAL, III: *CONTRACTUS INNOMINATI* Y *DATIO OB CAUSAM - OB REM*

Todavía operaron otra conexión los glosadores.

1. Se recordará que en el Digesto aparecen textos que distinguen netamente entre el *dare ob rem* y el *dare ob causam*. Por la primera figura se entiende ahí la dación de cierta cosa por una parte a otra, en función de una finalidad esperada, normalmente a cargo de la contraparte que recibe, como cuando alguien da algo para que el receptor manumita (o no manumita) a un esclavo suyo. Por la segunda

²²³ Véase n. 185. Pero esta interpretación no se aviene con el contenido del *vestimentum* de Azo consistente en el *rei interventus*, definido solo como *datio*. Quizá por tal razón con posterioridad este *vestimentum* fue denominado simplemente *causa*. Se observará que la *datio vel factum* constitutivas de la causa no son la *datio* o el *factum* esperados de la contraparte (*ut des - ut facias*), o sea, el fin del dar. Si así fuera, la *datio vel factum* esperados constituirían, o bien, un *vestimentum* ya presente como fin esperado en el pacto mismo desde el momento en que se celebra, porque en él se acuerda la finalidad del dar, y entonces el solo pacto ya sería vestido; o bien, habría que esperar a que se realicen después de haber dado una parte lo que anunció dar; pero en este caso, el *vestimentum* vendría a ser inútil, pues operaría cuando la operación ya está consumada y nada mayor hay que repetir o exigir. En los glosadores, claramente *datio vel factum*, como *causa*, significan la dación o el hecho con que empieza a aplicarse el pacto y no la dación o el hecho esperados.

figura se entiende la dación de una cosa fundada en un motivo contingente y particular no deducido en condición. El problema de los juristas romanos era determinar si procede la *actio condictio* recuperatoria de lo dado cuando, respectivamente, la *res* esperada no siguió (*re non secuta*) o la *causa* establecida resultó ser falsa (*falsa causa*). Y concedían esa acción en el primer caso, para que el *dans* recuperara con ella la cosa dada, mas no la concedían en el segundo para el mismo efecto.

Los glosadores conectaron la figura clásica del *dare ob rem* con su propia construcción que llamaban contrato innominado en los tipos que comienzan con *dare*: *do ut des* y *do ut facias*. En efecto, se trata de una y de la misma figura.

Hasta ahí el asunto resulta claro e inteligible. Pero se complica por el hecho, ya anotado aquí²²⁴, de que en el Digesto, junto a los textos en que aparece la nítida terminología clásica de *dare ob rem* o de *ob rem datus - re non secuta* y de *dare ob causam*, hay muchos otros en que las nociones obedientes al *dare ob rem* aparecen designados como *dare ob causam*, aparte que la *condictio* recuperatoria de lo dado *ob rem re non secuta* resulta denominada *condictio causa data causa non secuta* en ese cuerpo (D. 12, 4) y *condictio ob causam datorum* en el *Codex* (CI. 4, 6), de modo que lo que debería ser *res* se muestra como *causa*.

Los glosadores solucionaron este embrollo de manera simple: entendieron que *res* y *causa* son palabras que aparecen usadas como sinónimas en sus fuentes, de modo que *dare ob rem* y *dare ob causam* significan lo mismo²²⁵. Pero se inclinaron por usar predominante, y casi exclusivamente, las pertinentes expresiones con *causa*. A decidirse por tal partido seguramente les movió el nombre que está impuesto en las correspondientes rúbricas de las fuentes a la *condictio*, ya recordado, de *condictio causa data causa non secuta* y *condictio ob causam datorum*, que frecuentemente los glosadores denominaron más simplemente como *condictio ob causam*.

Una vez superada de esta manera la confusión terminológica, de todos modos subsistía el problema de fondo, consistente en saber cuándo, supuesta una *datio* (*ob causam*, según la opción terminológica recientemente señalada), procede la *condictio* recuperatoria de lo dado y cuándo no, porque, según las fuentes, en algunos casos viene concedida y en otros negada.

Este segundo problema, los glosadores lo solucionaron merced a una distinción operada en la semántica de la palabra *causa*. Con base en la filosofía de Aristóteles²²⁶, observaron, desde Johannes Bassianus (†1197) que *causa* tanto puede designar al eficiente (*causa efficiens*, también llamada *impulsiva*) cuanto al

²²⁴ Supra X, 1 d).

²²⁵ Véase, por ejemplo, La *Summa Trecensis* (Fitting) IV, 4, 1: “*Nunc de ea quae ob rem et causam datur... tractandum est*” (“Ahora debe tratarse... de aquellas cosas que se dan por una finalidad y por un motivo”).

²²⁶ Sobre la influencia de la teoría aristotélica de la causa en los juristas medievales, especialmente SÖLLNER, A., *Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht* cit. (n. 178), pp. 183 - 189, 208 - 210, passim.

fin (*causa finalis*). Sobre esta base, dijeron los glosadores que cuando tiene lugar una *datio*, y se dio *ob causam impulsivam*, que resulta ser falsa (*causa falsa*), no tiene lugar la *condictio causa data causa non secuta* u *ob causam datorum* para recuperar lo dado; en tanto que si se dio *ob causam finalem*, y la *causa* no subsiguió (*causa non secuta*), entonces sí tiene lugar esa acción, para obligar a devolver lo recibido. Este último resultado fue fundado, también a partir de Bassianus, en el principio escolástico *cessante causa (finalis) cessat effectus*²²⁷. Por lo demás, el recurso a la distinción *causa finalis - impulsiva* para entender la voz *causa* en materia de *condictiones*, en el sentido indicado, fue vigorosamente proseguido por Azo (fl. 1191 - 1220), el principal discípulo de Bassianus, como se lee en este texto concerniente a la *condictio ob causam datorum*: “*Inducit autem istam actionem causae defectus... Hoc ita si causa fuerit finalis, id est, qua finita vel non completa voluit uterque restitui, quod datum est. Secus si fuerit impulsiva causa, id est in corde tradentis retenta ob quam impellebatur animo suo ad dandum: illa enim non secuta non parit repetitionem*”²²⁸. La *Glossa* aceptó este parecer²²⁹.

2. Si comparamos esta nueva terminología con la de los juristas clásicos, claramente se observa que lo llamado *dare ob causam impulsivam* por los glosadores

²²⁷ SÖLLNER, A., *Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht* cit. (n. 178), p. 196. El principio *cessante causa* en THOMA AQUINAT., *Summa Theologiae*, Suppl. qu. 55, art. 2 n. 1. Sobre la *causa finalis* y la *causa impulsiva*, véase también: CAPITANT, Henri, *De la cause des obligations*³ (Paris, 1927), pp. 151 ss., 156 ss.; MEIJERS, M., *Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation et la cause de la donation*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/ Revue d'Histoire du Droit* 14 (1936), 376 ss.; CALASSO, Francesco, *Il negozio giuridico*² (Milano, 1959, reimp. 1967), pp. 295 ss.; CORTESE, Ennio, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico* (Milano, Giuffrè, 1962), I, pp. 222 ss.; VOLANTE, R., *Il sistema contrattuale* cit. (n. 178), pp. 294 ss.

²²⁸ AZO, *Summa super Codicem, de condictionibus ob causam datorum* (CI. 4, 5): “El defecto de causa, pues, induce esta acción... así: cuando la causa fuera final, esto es, aquella que cesada o no completada, una y otra parte quiso que se restituyera lo que fue dado. Lo contrario si fuera impulsiva, vale decir, retenida en el corazón del tradente, por la cual su ánimo era impelido a dar, pues no siguiendo ella no se genera repetición”. Azo pensaba que la *causa finalis* es *expressa*, mientras que *tacita* la *impulsiva*, como aparece en el texto antes transcrito: cuando la *causa* es *finalis* “una y otra parte quisieron” (*voluit uterque*) que competiera la repetición si no subseguía, mientras que cuando es *impulsiva* permanece “retenida en el corazón del tradente” (*in corde tradentis retenta*). Para la terminología *expressa - tacita*, véase AZO, *Lectura super Codicem* ad CI. 2, 3, 1 y 4, 6, 7. Pero la *Glossa* no aceptó esta identificación, porque también una causa final puede ser tácita (gl. *parendi* ad D. 12, 4, 1, 1). Véase SÖLLNER, A., *Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht* cit. (n. 178), pp. 197 s. Para los criterios con que la *Glossa* y otros juristas intentaron distinguir la causa final de la impulsiva, ibíd., 199 - 202. Los medievales también examinaron las relaciones existentes entre las causas final e impulsiva y las causas de pretérito y de futuro: véase ibíd., 206 - 208.

²²⁹ *Magna Glossa*, gl. *non secuta* ad CI. 4, 6, 6: “*Item nota secundum Azo, qui dicit hic cessante causa cessat effectus habere locum si causa fuerit finalis non impulsiva*” (“También observa lo que dice Azo en orden a que eso de que cesando la causa cesa el efecto tiene lugar si la causa fuera final, no impulsiva”).

corresponde al *dare ob causam* de los romanos, y que lo denominado *dare ob causam finalem* por aquéllos es el *dare ob rem* de éstos. Esta inteligente correspondencia estaba plenamente justificada. Ellos captaron finamente que lo designado con *causa* por los romanos era el motivo y no el fin. Como estos atribuían causalidad sólo al eficiente, influidos por la filosofía estoica, según antes advertimos²³⁰, y puesto que el motivo actúa siempre como un eficiente, resultaba natural que denominaran *causa*, sin más, al motivo. Por lo mismo, no podían llamar *causa* al fin, de donde su denominación genérica de *res*. Los glosadores, muy correctamente, pues, a lo que aparecía como un motivo en sus fuentes lo continuaron llamando *causa*, pero con el adjetivo de *impulsiva*, lo cual les dejaba plena libertad para llamar también con *causa* al fin –para lo cual no tenían la limitación que tuvieron los romanos–, aunque con el adjetivo de *finalis*; y también correctamente atribuyeron las mismas consecuencias que los romanos atribuían al hecho de ser falso el motivo o de no subseguir el fin de la dación. Con ello, mantuvieron las cosas tal cual las habían dejado los romanos, por sobre los desesperantes enredos y desarreglos terminológicos que aparecen en las fuentes.

Este esquema común no estuvo exento de discusión sobre sus detalles. Por ejemplo, el fin, ¿hay que considerarlo objetiva o subjetivamente? En las fuentes romanas parece adoptarse un punto de vista subjetivo, consistente en la capacidad del hecho causal de que se trate para mover la voluntad del autor del acto. Así en D. 39, 5, 2, 7: “[*Tertio*] <*Titio*> *decem donavi ea condicione, ut inde Stichum sibi emere. Quaero: cum homo antequam emeretur mortuus sit, an aliqua actione decem recipiam. Respondi: facti magis quam iuris quaestio est. Nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho condicione repetam. Si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis quam condicio dandae pecuniae existimari debet et mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit*”²³¹. Según este texto, el hecho de haber declarado el donante que daba el dinero para que el donatario comprara al esclavo será condición o causa de la donación según pueda determinarse que el donante no habría de haber dado si el donatario no fuere a comprar (*aliter non daturus*), o si habría de haber donado aun cuando el donatario no comprare (*alias quoque donaturus*). Esto implica un examen de hecho de la voluntad del donante. Muchos glosadores acepta-

²³⁰ Supra VI.

²³¹ “Doné diez a [*Tercio*] <*Ticio*> con esta condición, para que con ellos comprase al esclavo Estico para sí. Pregunto: como el esclavo hubiera muerto antes de que fuera comprado, ¿acaso recibiré los cien merced a alguna acción? Respondí: la cuestión es más de hecho que de derecho. Pues, si di diez a Ticio para esto, que comprase a Estico, y no se lo hubiera de haber dado de otro modo, muerto Estico, repetiré con la condición. Pero si también en otro caso hubiera de haber donado los diez a Ticio, porque [sc. por ejemplo] entretanto él se hubiera propuesto comprar a Estico, [sc. y] yo dijera que se los daba para esto, para que comprase a Estico, se deberá estimar más bien [sc. haber] una causa de la donación que no una condición para dar el dinero, y muerto Estico quedará el dinero en poder de Ticio”.

ron este criterio subjetivo. Pero otros ensayaron construir uno objetivo, por ejemplo, determinar a quién interesa que tenga lugar el hecho de que se trata, o en beneficio de quién cede, etcétera. No nos interesan aquí estas discusiones²³².

3. Para terminar este punto, aclaremos la conexión existente en una *datio ob causam impulsivam - finalem* de los glosadores con sus *contractus innominati*. La conexión es clara: una *datio ob causam impulsivam* no es un *contractus innominatus*. De hecho es lo contrario: comoquiera que una *datio ob causam impulsivam* en el fondo constituye una donación²³³, ella es entonces un *contractus nominatus*, atendido que los glosadores consideraron como tal a la donación. A la inversa, una *datio ob causam finalem* pertenece a la clase de los *contractus innominati*, bien del tipo *do ut des*, bien del tipo *do ut facias*, en donde el fin aparece expresado por la preposición *ut* (“para”).

Debido a esta última conexión, preciso es aclarar ahora qué relación hay, por su lado, entre la *causa quae subest*, o sea, la *datio* (el *vestmentum*, llamado *rei interventus* por Azo, en estos contratos del tipo *do ut des*, bien del tipo *do ut facias*, y la *causa finalis*, que, como vimos, también forma parte estructural de tales contratos, en cuando se da por un fin.

Claramente se trata de causas diferentes. Supuesto un pacto consensual por el cual una de sus partes anuncia que dará una cosa a la otra para que ésta, a su vez, le dé o haga algo, pacto ese que después es aplicado por la primera cuando da efectivamente la cosa que anunció dar, entonces ahí tenemos dos causas operantes: una es la *datio* de la cosa, o sea, la *causa quae subest* al pacto, o *vestmentum (rei interventus)*; otra es la *causa finalis* de la *datio*, vale decir, lo que se espera que dé o haga a su vez la parte que recibió, y que antes, ya en el pacto, fue mirado como finalidad de la *datio*.

Ahora bien, si la segunda *causa* es por definición, *finalis*, la primera es por su naturaleza eficiente, aunque no constituya un motivo –porque si bien el motivo es un eficiente, no todo eficiente es un motivo–.

La razón de esta desigualdad de esencia de ambas causas es que aquella consistente en la *datio* que aplica el pacto y crea la obligación (viste al pacto, en la terminología de los glosadores), por lo cual constituye el eficiente de tal obligación, y con razón estriba en una *causa obligationis* en el sentido romano que todavía conservan los glosadores; mientras que aquella que consiste en la *datio* esperada, como fin de la primera *datio* a su vez, no crea la obligación, y no constituye, por ende, un *vestmentum*²³⁴.

²³² Para los detalles: MEIJERS, M., *Les théories médiévales* cit. (n. 227), pp. 378 ss.; SÖLLNER, A., *Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht* cit. (n. 178), pp. 201 ss.

²³³ Como observa bien MEIJERS, M., *Les théories médiévales* cit. (n. 227), 388, la distinción de causa final e impulsiva no tiene otro objeto que saber si una atribución patrimonial puede ser repetida o no, vale decir, si es donación o no lo es.

²³⁴ Por no tener en cuenta que en los contratos innominados actúan dos causas: aquella constituida por la *datio vel factum* y aquella consistente en el fin (*ut des, ut facias*), SÖLLNER, A., *Die*

Por cierto, el mismo esquema vale para los contratos innominados de los tipos *facio ut des* y *facio ut facias*: por un lado está la *causa* consistente esta vez en un *factum* realmente operado, que viste al pacto y es eficiente de la obligación; y por otro está la *causa* que es el fin del *factum* que ya operó, consistente en un *dare* o en un *facere* esperados de la contraparte, pero que no son *vestimenta* ni causas eficientes de obligación.

XVIII. LOS SENTIDOS DE LA PALABRA “CAUSA” EN LA JURISPRUDENCIA MEDIEVAL, IV: *PACTUM NON NUDUM A CAUSA*²³⁵

1. La teoría placentino-azoniana de los *vestimenta*, que antes expusimos, fue puesta bajo discusión por los *Ultramontani*²³⁶. Jacobus de Ravanis (Jacques de Révigny, †1296) criticó los seis *vestimenta* azonianos, aduciendo –en verdad con más adhesión a las fuentes romanas– que los cinco primeros: *re verbis litteris consensu*

Causa im Konditionen- und Vertragsrecht cit. (n. 178), p. 231, seguido por SANTORO, R., *La cause delle convenzione atipiche* cit. (n. 85), pp. 105 ss., se han confundido cuando sostienen que Bartolus dejó de considerar a la *causa* como el *vestimentum* consistente en el efectivo cumplimiento de la *datio vel factum*. Cuando BARTOLUS, *Commentaria ad D. 2, 14, 7, 5*, núm. 19 - 20, dice que un *pactum* puede tener *causa de futuro* (o sea *finalis*), “como en todos los contratos innominados” (“*ut in omnibus contractibus innominatis*”), alude al *ut des* y al *ut facias*, propios de esos contratos, que en efecto son fines esperados y por ende futuros, y no alude, por ende, a la *datio vel factum* ejecutados que visten al pacto, los cuales, como ya ejecutados, no podrían ser *de futuro*. Lo que Bartolus denomina *implementum iustae causa* es pues lo mismo que sus antecesores denominaban *rei interventus*, vale decir, la *datio* o el *factum* ejecutados. En su comentario a D. 2, 14, 7, 3 en donde se trata de una promesa “para que no se cometa un delito”, cuya obligación es declarada nula, Bartolus dice para explicarlo: ...“*Pactum nudum vestitur implemento iustae causae... Sed ista causa, ne fiat maleficium, non est iusta, saltem ex parte recipientis, quia gratis tenebatur hoc facere. Immo obligatio es nulla*” (“Un pacto nudo se viste con el implemento de una justa causa... Pero esta causa: para que no se cometa un delito, no es justa, a lo menos de parte del que recibe, porque estaba obligado a hacer eso gratis. Más bien la obligación es nula”). El caso es el siguiente: alguien declara que dará a otro algo para que no cometa un delito. Esto último es ciertamente una *causa finalis de futuro*. Ese pacto, en principio, es nudo y no obliga sin el *vestimentum* de *causa*, esto es, de la *datio vel factum* o *interventus rei*. Entonces, o bien, el que dijo que iría a dar, da y ya tenemos la *datio*, o el que dijo que no cometería el delito, no lo comete, y ahora tenemos el *factum*. Ocurre que como el fin es un hecho negativo: no cometer un delito, el pacto en examen nace vestido, porque la parte que dijo que no iría a cometer el delito en efecto no lo comete. Se produce en este caso, pues, el curioso caso en que coinciden la *causa finalis* y la *causa* consistente en el *interventus rei*. Así las cosas, la contraparte que dijo que iría a dar, en un caso normal quedaría, en principio, obligada a dar, pero no en este caso, porque la *causa non est iusta*.

²³⁵ CHEVRIER, George, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations* (Paris, 1929), pp. 174 ss.; CAPITANT, Henri, *De la cause des obligations*³ cit. (n. 227), pp. 137 ss.; HORN, Norbert, *Aequitas in den Lehren des Baldus* (Köln - Graz, Böhlau), 1968, pp. 187 ss.; SÖLLNER, A., *Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht* cit. (n. 178), pp. 247 ss.

²³⁶ SÖLLNER, A., *Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht* cit. (n. 178), pp. 229 s.; VOLANTE, R., *Il sistema contrattuale* cit. (n. 178), pp. 385 ss.

cohaerentia contractus no son en realidad tales, porque no es que entonces haya un pacto que después se cubre con los concernientes *vestimenta*, sino que el pacto mismo nace con ellos (*non sunt vestimenta, quia pactum cum ipsis nascitur*)²³⁷. De ahí entonces que de Ravanis redujera los *vestimenta* azonianos a uno solo: el *rei interventus*, que él denomina directamente *traditio rei*: “...*ego dico quod vestitur uno modo pactum tantum... rei traditione subnixum*”; y definiera, pues, al “*pactum nudum* como aquel *cui causa non subest, id est cui non subest datio vel factio*”²³⁸. Esta nueva doctrina fue seguida por otros *Ultramontani* como Petrus de Bellapertica (Pierre de Belleperche, †1308), Petrus Jacobi (Pierre Jaime, fl. 1311) y Guglielmus de Cuneo (Guillaume de Cuing, †1335). Este último extremó la teoría. Según él, los pactos nudos ya no se dan “hoy” (“*hodie non sit dare pactum nudum*”). Su razonamiento era el siguiente: un pacto, o se celebra en virtud de una causa precedente, y entonces ésta o es verdadera o no lo es: si es verdadera, se confiere la *actio de constituto*²³⁹; si es falsa, no hay cuestión de conceder o no una acción (porque el pacto no vale). O bien, no se celebra en virtud de una causa precedente, y entonces hay donación (que es un *contractus nominatus*)²⁴⁰. Así, pues, un pacto nudo o no es válido o da acción *de constituto* o de donación, y entonces es falso que los pactos nudos (se entiende que válidos) no den acción. Pero esta doctrina, que en sus resultados, no en su argumentación, coincidía con la del derecho canónico, a que nos referiremos, no encontró acogida. Fue rechazada por el también *Ultramontanus* Johannes Faber (Jean Faure, siglo XIV) y sobre todo por Bartolus²⁴¹.

2. La teoría de Jacobus de Ravanis sobre la *traditio rei* - *causa* como único

²³⁷ <DE RAVANIS, J.> [PETRUS DE BELLA PHERTICA], *Lectura super prima parte Codicis, de pactis* CI. 2, 3, 10 cit. por DILCHER, H., *Der Typenzwang* cit. (n. 178), p. 287. Para la atribución de esta obra editada bajo el nombre de Bellapertica, a de Ravanis., véase ibíd., 287 n. 79. De todos modos, véase también una completa exposición de la doctrina de de Ravanis en CHEVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause* cit. (n. 235), pp. 93 ss.; también DILCHER cit. (n. 178), pp. 287 s.

²³⁸ <DE RAVANIS, J.> [PETRUS DE BELLA PHERTICA], *Lectura super prima parte Codicis, de pactis* CI. 2, 3, 10 cit. por DILCHER, H., *Der Typenzwang* cit. (n. 178), p. 287: “...yo digo que un pacto se viste tan solo de un modo... por la tradición de la cosa... De donde que el pacto nudo deba ser definido así: pacto nudo es aquel para el cual no hay una causa debajo, esto es, para el cual no hay debajo una dación o un hecho”.

²³⁹ Como se recordará, la *actio de constituto* (D. 13, 5; CI. 4, 18) se da cuando un deudor o un tercero fijan consensualmente con el acreedor una fecha futura para el pago de lo que el primero debe por una precedente causa.

²⁴⁰ DE CUNEO, G., *Commentaria ad D. 2, 14, 7, 2*: “...*sed ostendo quod hodie non sit dare pactum nudum, quia aut pactum fit ex causa precedente et tunc aut ex vera causa, et datur accio de constituto... aut causa era falsa et tunc non est querendum an ex illa causa agatur... aut nulla causa praecedat et tunc videor donare... ergo non est querendum de pacto, quia agitur quantum ad donationem*” (cit. por CHEVRIER, G., *Essai sur l'histoire de la cause* cit. n. 235, p. 178 n. 1).

²⁴¹ DILCHER, H., *Der Typenzwang* cit. (n. 178), p. 291; SÖLLNER, A., *Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht* cit. (n. 178), pp. 229 s.

vestimentum del pacto tuvo un renacimiento con Baldus en el derecho canónico, aunque seguramente con independencia de aquél.

Merced a un proceso que no es necesario narrar aquí, hacia el siglo XIV se había impuesto entre los canonistas la doctrina, primeramente formulada por Johannes Teutonicus (✠ c. 1246), según la cual el pacto nudo origina acción (*ex pacto nudo oritur actio*), exactamente opuesta a la que aparece en las fuentes romanas y que los civilistas defendían por ende. Por cierto, solo era válida en el ámbito regido por el derecho canónico, vale decir, en temas espirituales, o entre personas consagradas o en las tierras de la Iglesia. Baldus, que además de ser civilista actuó también como canonista, intentó conciliar esta enorme divergencia entre ambas ramas del derecho. Su método consistió en introducir en la doctrina canonista del pacto la idea del *vestimentum*, de guisa que también fuese válida por derecho canónico la máxima civilística de que solo los pactos vestidos originan acción. Al mismo tiempo, creó, como *vestimentum*, un *canonis suffragium* también llamado *vestimentum roboris*, similar al *vestimentum* civilístico del *legis auxilium*²⁴². En contrapartida, para que operara este nuevo *vestimentum* exigió que el *pactum* del cual se tratase exhibiese una *causa*. Se basó para ello en una observación de Inocencio IV que al parecer no había tenido eco²⁴³.

Todo esto, observado con mirada realista, significa que para que un pacto valiese por derecho canónico necesario es que ostentara una *causa*. De donde su interpretación en orden a que el canon *Antigonus* de las Decretales²⁴⁴, *sedes materiae* del tema del valor de los pactos, habla de desnudez con respecto a solemnidades de palabras, no con respecto a la causa (“*illud capitulum loquitur in nuditate respectu sollemnitatis verborum, non respectu causae*”)²⁴⁵, por lo que “*iure canonico oritur actio ex nudo pacto, dummodo habeat causam*”²⁴⁶. Para exigir el cumplimiento de semejante pacto, está la *condictio ex canone*.

Sin embargo, Baldus no identificó la *causa* exigida para vestir un pacto de derecho canónico con la causa exigida para vestir un pacto de derecho civil. En éste, el *vestimentum* consistía en una *datio vel factum* ejecutados. Para Baldus, en materia de pactos canónicos, interpretando, según él, el pensamiento de Inocencio IV²⁴⁷, era suficiente una *causa extrínseca*²⁴⁸. Esta expresión hay que entenderla

²⁴² BALDUS, *Commentaria ad tres priores libros Decretalium* ad c. 1, X 1, 35 núm. 4.

²⁴³ Según Baldus, el Papa Inocencio IV entendía el canon *Antigonus* (del cual hablaremos), como que el pacto ahí referido “*requirit causam extrinsecam*” (BALDUS, *Lectura super tres primos libros Decretalium* ad c. 1 X 1, 35, núm. 5). CHEVRIER, *Essai sur l’histoire de la cause* cit. (n. 235), p. 179 acepta esta noticia. En contra, SÖLLNER, A., *Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht* cit. (n. 178), p. 250, sin razones.

²⁴⁴ c. 1 X 1, 35.

²⁴⁵ BALDUS, *Commentaria in Codicem* ad l. sive CI. 2, 4, 28.

²⁴⁶ BALDUS, *Commentaria in Codicem* ad l. si divisionem CI. 3, 36, 15, núm. 3: “por derecho canónico el nudo pacto origina acción, en tanto tenga causa”.

²⁴⁷ Véase supra n. 243.

²⁴⁸ BALDUS, *Lectura super tres primos libros Decretalium* ad c. 1 X 1, 35, núm. 5.

en el sentido en que la entendía la filosofía escolástica, que con ella designaba genéricamente a la *causa finalis* y a la *causa efficiens* o *impulsiva*, en oposición a las *causae intrinsecae* como eran la *causa formalis* y *materialis*²⁴⁹. Así, el mismo Baldus aceptaba que un pacto celebrado por motivaciones como de liberalidad, de paz o de concordia, las tiene a ellas como causas de modo de deber ser observado²⁵⁰. En otro lugar, expresamente aprueba una *impulsiva causa* para dar fuerza al pacto²⁵¹.

Ahora bien, la diferencia decisiva, empero, de esta *causa* canónica en relación con la *causa* civil radica en que la primera no necesita estar realmente ejecutada, como sí la segunda. Haber exigido la ejecución de la causa hubiera implicado transformar a todos los pactos en reales y acabar así con la teoría canonista de los *pacta nuda*. Baldus no dice si la causa necesita ser además expresada, pero es probable que haya entendido ser necesaria su expresión, porque un pacto sin causa expresada equivale a un pacto *sine causa*, y un pacto *sine causa* carece del *vestmentum* que exigía Baldus. En todo caso, los canonistas posteriores, que aceptaron la teoría de Baldus, entendieron que un pacto tiene causa (no necesariamente ejecutada) cuando aparece expresada (sin perjuicio, por cierto, de podérsela impugnar si se dice ser falsa). El Abbas Panormitanus (Nicolaus de Tudeschis, †1445), por ejemplo, limitaba así el canon *Antigonus*: “*Nota limitationem ad c. prim. de pact. [= c. 1 X 1, 35]... ut pactum nudum obliget... quando exprimatur causa. Alias praesumitur per errorem promississe...*”²⁵².

Podemos, pues, aclarar merced a algunos ejemplos el diferente régimen: si dos personas pactan que una de ellos dará cien a otro para que este último emancipe a un hijo, por derecho civil tal es un *pactum nudum*, pero si el primero da efectivamente los cien, ahora hay *causa* y la contraparte queda obligada a emancipar o a devolver los cien recibidos. Por derecho canónico, en cambio, es vestido el pacto aun antes de que se den los cien, porque el pacto contiene una *causa finalis*: para que se emancipe. Si el documento que da cuenta del asunto, se limita a dejar constancia del pacto en cuanto uno se obliga a emancipar, él es nudo por derecho civil y seguramente también por derecho canónico.

²⁴⁹ SÖLLNER, A., *Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht* cit. (n. 178), pp. 185, 249, con las fuentes.

²⁵⁰ BALDUS, *Lectura super tres primos libros Decretalium* ad c. 1 X 1, 35, núm. 5: “*Sed ubi habet causam extrinsecam, ut liberalitas, pacis et concordiae, tunc pactum est omnino servandum*”.

²⁵¹ BALDUS, *Lectura super tres primos libros Decretalium* ad c. 1 X 1, 35, núm. 11: “*...quia ad roborandum pactum sufficit aequitas naturalis impulsiva causa subsistente*” (“...porque es suficiente la equidad natural para robustecer el pacto, subsistiendo una causa impulsiva”).

²⁵² DE TUDESCHIS, N., *Commentaria in Decretalium* ad c. 14 X 2, 22, núm. 2: “Y observa una limitación al c. 1 X 1, 35... que el pacto nudo obligue... cuando exprese causa. De otro modo, se presume haberse prometido por error...”

La operación en que consistió la teoría canonística podemos explicarla así: en los pactos vestidos por el *rei interventus*, el derecho civil admitía, como vimos²⁵³, la existencia de dos *causae*: por un lado estaba la *causa finalis*, que en la fórmula estereotipada de los contratos innominados venía expresada con “*ut*” (*des -facias*), y también una *causa efficiens*, constituida exclusivamente por la efectiva *datio vel factum*. El derecho canónico eliminó esta última, y se contentó en principio con la primera, si bien llegó a admitir también que como causa funcionara una del tipo *efficiens*, que no fuera una *datio* o un *factum* ejecutados.

La teoría de Baldus fue aceptada por la generalidad de los canonistas del siglo XV²⁵⁴. No así por los civilistas, como era natural, quienes se mantuvieron aferrados a la teoría azoniana de los *vestimenta*²⁵⁵. Pero a fines de ese siglo empezó a ocurrir todo lo contrario, vale decir, también los civilistas acogieron la doctrina de la causa como *vestimentum* suficiente para los *pacta nuda*²⁵⁶. Así Jasón de Maino (✠1519): “*Conventio innominata non vestita implemento iustae causae remanet nuda: ideo non parit obligationem efficacem, et sic nec actionem... Sed pactum nudum dicitur cui non subest causa*”²⁵⁷. Con ello ya nos acercamos a la época moderna, de la que trataremos en otro lugar.

XIX. LOS SENTIDOS DE LA PALABRA “CAUSA” EN LA JURISPRUDENCIA MEDIEVAL, V: CAUSA STIPULATIONIS²⁵⁸.

Los juristas medievales aceptaron en lo esencial los datos que en materia de causa de la estipulación encontraron en sus fuentes. La estipulación es un acto formal, que genera una obligación a cargo del promitente en virtud de su misma formalidad. Aunque tiene que estar sustentada por una *causa*, entendida como una operación previa, no es, empero, necesario expresar esa *causa* en la estipulación misma

²⁵³ Supra XVII, 3.

²⁵⁴ SÖLLNER, A., *Die Causa im Kondiktionen- und Vertragsrecht* cit. (n. 178), pp. 254 ss.

²⁵⁵ SÖLLNER, A., *Die Causa im Kondiktionen- und Vertragsrecht* cit. (n. 178), pp. 259 ss.

²⁵⁶ SÖLLNER, A., *Die Causa im Kondiktionen- und Vertragsrecht* cit. (n. 178), pp. 263 ss.

²⁵⁷ MAINO, Jasón de, *Commentaria ad D. 2, 14, 7, 4* núm. 1: “Una convención innominada no vestida por el cumplimiento de una justa causa permanece nuda: y por esto no engendra obligación eficaz, y así tampoco acción... Pero pacto nudo se llama a aquel que no tiene una causa debajo”.

²⁵⁸ Lit.: KARTENS, C., *Die Lehre vom Verträge* cit. (n. 178), pp. 121 ss.; CAPITANT, Henri, *De la cause des obligations* cit. (n. 227), pp. 129 ss., 143 ss.; CHEVRIER, George, *Essai sur l'histoire de la cause* cit. (n. 235), pp. 33 ss., 73 ss.; MEIJERS, M., *Les théories medievals* cit. (n. 227), pp. 365 ss.; CALASSO, Francesco, *Il negozio giuridico*² cit. (n. 227), pp. 217 ss.; SÖLLNER, Alfred, *Die Causa im Kondiktionen- und Vertragsrecht* cit. (n. 178), pp. 214 ss., 222 ss.; KAUFMANN, Horst, *Causa debendi* cit. (n. 183), pp. 134 s.; CORTESE, Ennio, *La norma giuridica* cit. (n. 227), I, pp. 199 ss.; BARTON, J. L., *Causa promissionis again*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/ Revue d'Histoire du Droit* 34 (1966), pp. 41 ss. VOLANTE, R., *Il sistema contrattuale* cit. (n. 178), pp. 307 ss.

ni probar su existencia. Exigido por el acreedor el cumplimiento de la obligación originada en la formalidad, el derecho civil no confiere al deudor ningún medio para impugnar el acto por falta de causa. Por derecho pretorio, sin embargo, puede oponer una *exceptio doli* cuando considera darse el caso de carecer de causa la estipulación (*sine causa*) o haber desaparecido la que tuvo (*causa finita*), de modo que a él compete la carga de probar uno de ambos extremos y así resultar absuelto.

1. Para los medievales, en primer lugar, la estipulación es un *pactum vestitum*, cuyo *vestmentum* son los *verba stipulationis*. Enseguida, constituye un *contractus nominatus*, porque en las fuentes está dicho expresamente que es de aquellos que *in alium nomen transeunt*²⁵⁹. En consecuencia, sin más genera obligación para el promitente y acción para el estipulante.

2. Los glosadores, además, estuvieron de acuerdo acerca de la necesidad de una *causa* en la estipulación. Ya la temprana *Summa Trecensis* así lo declara: “*Causa ob quam promittitur, naturalis esse debet, ut vel dationem seu factum contineat. Et ideo quantum ad hoc, ut obligatio cum effectu tenat, causa naturalis precedere, vel inesse, vel subsequi debet*”²⁶⁰. Algo semejante encontramos en las *Questiones de iuris subtilitatibus*: “*Stipulatio consensum et conventionem in se habet, et sine causa stipulanti doli obstat exceptionem*”²⁶¹. Pero Baldus recuerda que el jurista Nicolaus de Matarellis, de un modo más abstracto, había explicado lo que sigue: “*Dicit Nic.(colaus) de Mat.(arellis) quod stipulatio, licet ipsa causam sit obligandi, tamen reperit apud eam causam stipulandi, ita quod stipulatio est contractus aliunde tamen causandus*”²⁶². En este texto aparecen de un modo muy claro los dos respectos bajo los cuales se puede hablar de *causa* a propósito de la estipulación: por un lado ella es *causa*, vale decir, fuente de obligaciones; por otro, exige una *causa* de sí como acto, una causa de estipular (*causa stipulandi*), que le viene de otra parte (*aliunde*), de afuera y es extrínseca. Es al mismo tiempo, pues, causante y causada (*contractus... causandus*).

Algunos juristas precursarios conectaron la causa de la estipulación con la de los contratos innominados, bajo el concepto con que interpretaban la causa exigida para estos en D. 2, 14, 7, 2 - 4, vale decir, como *datio vel factum* realmente ejecutados²⁶³. Cuando alguien, por ejemplo, pacta con otro en darle algo para

²⁵⁹ D. 2, 14, 1, 4.

²⁶⁰ *Summa Trecensis* VIII, 33, 7: “La causa por la cual se promete debe ser natural, de modo que contenga una dación o un hecho. Y por esto, en cuanto a que la obligación vincule con efecto, debe preceder, estar contenida o subseguir una causa natural”. Cfr. *ibíd.*, IV, 32, 2.

²⁶¹ *Quest. de iuris subtil.* (Fitting) VIII, 10: “La estipulación contiene en sí consenso y convención, y sin causa obsta la excepción de dolo al estipulante”.

²⁶² BALDUS, *Commentaria in Codicem* ad l. *generaliter* CI. 4, 30, 13: “Nicolás de Matarello dice que no bien la estipulación sea ella misma una causa de obligar, sin embargo, encuentra en sí una causa de estipular, así que la estipulación es un contrato que debe ser causado desde otra parte”.

²⁶³ MEIJERS, M, *Les théories médiévales* cit. (n. 227), p. 371; SÖLLNER, A., *Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht* cit. (n. 178), p. 221.

que éste le dé a su vez (*do ut des*) no hay obligación ni acción; pero si el primero da efectivamente, ahora hay *causa quae subest* y se viste el pacto, de modo que el receptor resulta obligado a dar lo que de él se esperaba (con la *actio praescriptio verbis*) o a devolver lo recibido (con la *condictio ob causam*). Ahora bien, si al *pactum* de dar para que se dé, permaneciendo todavía en su estado *nudum* (esto es, sin la efectiva *datio* inicial) se agrega una *stipulatio* en que la contraparte de la cual se espera que dé después, promete dar ahora, se pregunta si es posible que el estipulante exija esta dación prometida sin haber dado él lo que había dicho que daría. Martinus Gosia (†1158 - 1166) pensó que D. 2, 14, 7, 2, al exigir una *causa quae subest*, se refería también a la estipulación, de modo que en el caso propuesto, el promitente no quedara obligado a cumplir su promesa, mientras el estipulante no procediera a su *datio*²⁶⁴. De acuerdo con este ejemplo, Martinus exigía una *causa* (= *datio vel factum*) *qui subest*, o sea, ya ejecutada, en la estipulación para ser obligante. Asimismo Azo (fl. 1191 - 1220) vio la conexión, pero pensando en otro caso: si alguien, creyendo estar obligado a dar algo a otro, sin que en realidad le estuviese obligado, se lo promete por estipulación, no vale la promesa, porque fue hecha “en virtud de una causa falsa, que no estaba debajo” (*ex falsa causa, quae non suberat*)²⁶⁵, causa que es la misma que D. 44, 4, 2, 3 pide en toda estipulación, sin la cual cabe al promitente oponer la *exceptio doli* al estipulante. En términos más abstractos, la conexión también aparece en las *Questiones de iuris subtilitatibus*²⁶⁶.

Accursius (†1263) rechazó esta conexión: una *causa quae subest*, vale decir, una *datio vel factum* realmente ejecutados, solo es exigible en los contratos innominados del tipo *do ut des*, etcétera, no en la estipulación²⁶⁷. Por lo cual, la causa de ésta puede ser ya ejecutada (*re*) o por ejecutar o esperada (*spe*)²⁶⁸. Al efecto invoca un rescripto conservado en CI. 4, 64, 3 que valida la estipulación celebrada “*ex placito permutationis re nulla secuta*” (“en virtud de un acuerdo de permuta, no habiendo subseguido ninguna cosa”). Antes que él, la *Summa Trecensis* ya había aceptado esta posibilidad: “*Causa ob quam promittitur, naturalis esse debet, ut vel dationem seu factum contineat. Et ideo quantum ad hoc, ut obligatio cum effectu tenat, causa naturalis precedere, vel inesse, vel subsequi debet*”²⁶⁹.

²⁶⁴ Esta idea de Martinus es transmitida por la *Magna Glossa*, gl. *causa* ad D. 2, 14, 7, 4.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ *Quest. de iuris subtil.* (Fitting) VII, 10. Véase SÖLLNER, A., *Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht* cit. (n. 178), p. 221. No creemos que en la misma línea deba situarse a la *Summa Trecensis* (Fitting) VIII, 33, 7: “*Causa ob quam promittitur, naturalis esse debet, ut vel dationem seu factum contineat*”, como cree SÖLLNER cit. (n. 178), *ibid.*, porque en esa misma obra se acepta la posibilidad de una causa futura (*spe*), vale decir, aun no efectivamente realizada (VIII, 33, 7; IV, 32, 2), y porque acepta que pueda ser un *contractus* la causa (II, 34, 8).

²⁶⁷ *Magna Glossa*, gl. *causa* ad D. 2, 14, 7, 4.

²⁶⁸ *Magna Glossa*, gl. *idoneam* ad D. 44, 4, 2, 3.

²⁶⁹ *Summa Trecensis* (Fitting) VIII, 33, 7: “La causa por la cual se promete debe ser natural, de

En otro lugar ilustra esta triple posibilidad de causa precedente, actual y subsiguiente con el ejemplo de una estipulación (*causa civilis*) o de un documento hechos en vista de un mutuo (*causa naturalis*): “*Civilis quidem causa ita demum efficax est ad aliquem obligandum, si causa naturalis vel precedat <vel insit> vel subsequatur. Precedit veluti cum numeratio facta fuit et postea in stipulationem vel in cyrographum ea quantitas redacta sit. <Inest>: veluti cum eo tempore quo stipulatio contrahitur vel cyrographum conficitur numeratio in continente facta est. Sequitur causa naturalis: veluti cum stipulatio vel cyrographum spe numerationis factum sit et postea alio tempore numeratio secuta fuerit*”²⁷⁰. Así, pues, la causa ora puede preceder a la estipulación, ora ser coetánea con ella, ora subseguirla, y no necesariamente debe ser pasada o ya ejecutada (o al menos coetánea)²⁷¹. En los contratos innominados, en cambio, su *causa*, esto es, la *datio vel factum* desencadenante de la obligación, debe estar efectivamente ejecutada para producir su efecto.

Esto no evita que la causa, por otro lado, no pueda consistir en una *datio* o en un *factum*, como lo dice la *Summa Trecensis* en el texto antes citado: “*Causa ob quam promittitur, naturalis esse debet, ut vel dationem seu factum contineat*”²⁷². Pero también puede consistir en un *contractus*, en lo cual insiste la misma obra: “*Causam autem dicimus dationem seu factum vel contractum*”²⁷³. Así, por ejemplo, puede tratarse de una compraventa consensual o de una donación, como después lo acepta la *Glossa*: “*...in stipulando causa non exprimitur a contrahentibus... vel exprimitur quae ab utraque parte inesse creditur et non inest, ut si credo te vendidisse vel mutuasse procurator meo et ideo ex causa venditionis vel mutui promitto... Idem et si tu etiam in hoc credebas te mutuasse procurator, vel aliud pro te. Sed quid si ego qui promitto sine causa scio eam non inesse. Respondeo: videor donasse et sic teneor... Forte si et tu scias eam non inesse...*”²⁷⁴. Dejemos

modo que contenga una dación o un hecho. Y por esto, en cuanto a que la obligación vincule con efecto, debe preceder, estar contenida o subseguir una causa natural”. Cfr. *ibíd.*, IV, 32, 2.

²⁷⁰ *Summa Trecensis* (Fitting) IV, 32, 2: “Una causa civil es eficaz para obligar a alguien solo si una causa natural la preceda, <o exista> o la subsiga. Precede, como cuando ya se había hecho la tradición del dinero y después esa cantidad es llevada a una estipulación o a un documento quirografario. Existe: como cuando la tradición del dinero se hace inmediatamente y en el mismo momento en que se celebra la estipulación o se confecciona el documento quirografario. La causa natural subsigue como cuando se hace una estipulación o un documento quirografario en espera de la tradición del dinero, y después, en otro tiempo, se hace la tradición”.

²⁷¹ Con posterioridad, algunos juristas insistieron en la vieja teoría de Martinus: véase MEIJERS, E. M., *Les théories médiévales* cit. (n. 227), pp. 371 s.

²⁷² *Summa Trecensis* (Fitting) VIII, 33, 7: “La causa por la cual se promete debe ser natural, de modo que contenga una dación o un hecho”.

²⁷³ *Summa Trecensis* (Fitting) II, 3, 8: “Pero decimos que es causa una dación o un hecho o bien un contrato”.

²⁷⁴ *Magna Glossa*, gl. *sine causa* ad. D. 44, 4, 2, 3: “...al estipular ora no se expresa la causa por los contratantes... ora se expresa la que una y otra parte creyó existir y no existía, como si

a un lado que, en este texto, en realidad se trata de un mutuo o de una compraventa putativos, pues es evidente que, de haber en realidad mutuo y compraventa verdaderos, con mayor razón se dice que *ex causa venditionis vel mutui promitto*. Hasta un delito puede ser causa de la estipulación, como nuevamente la *Glossa* admite, pues, al comentar la expresión "dinero proveniente de una causa antecedente" (*pecuniis ex antecedente causa descendantibus*: o sea, dinero debido por cualquier causa), que aparece en CI. 4, 30, 13, dice: "*ut ex venditione ut locatione vel etiam ex maleficio*"²⁷⁵, con lo cual se refiere a la pena pecuniaria debida por el ilícito cometido, que puede ser deducida en estipulación.

3. También estuvieron de acuerdo los glosadores en no ser forzoso que la causa quede expresada en la fórmula estipulatoria misma. En otras palabras, y con terminología nuestra, aceptaron la licitud de la abstracción de la causa, en modo fuerte por derecho civil, y débil por derecho pretorio. Los glosadores denominaron *indiscreta* a la estipulación (caución) sin causa expresada²⁷⁶. En esto, por lo demás, se adaptaron a la lección de las fuentes romanas, en que las estipulaciones que ahí aparecen normalmente vienen formuladas abstractamente. Nos lo dice de Rosate: "*si recte inspiciantur tituli de verborum obligationibus non exprimitur communiter aliqua causa, quia stipulatio de se, sine causa sufficit et dicitur a stipite, hoc est firmitate, ita quod ista obligatio verborum ita per se sufficit, sicut illa que re vel aliis modis contrahitur*"²⁷⁷. Todo ello, empero, con este matiz: una estipulación sin causa expresada equivale a una estipulación *sine causa*. La *Glossa*, al aclarar la expresión *sine causa* que figura en D. 44, 4, 2, 3, dice que ella significa dos cosas: i) bien que la causa no aparece expresada en la estipulación por los contratantes; ii) bien que aparece expresada una que ellos creyeron existir, aunque en realidad no existe: "*sine causa: vel quia in stipulando causa non exprimitur a contrahentibus... vel exprimitur quae ab utraque parte inesse creditur et non inest...*"²⁷⁸. Esta asimilación se justifica porque, frente a la posibilidad de la *exceptio doli* del promitente, da lo mismo que la causa vaya expresada y sea falsa o que no

yo creo que por medio de mi procurador te vendí o presté y debido a eso prometo por causa de venta o de mutuo... Lo mismo será cuando tú creas haber prestado al procurador u otro por ti... Pero qué será si yo, que prometo sin causa, sé que ella no existe. Respondo que parezco haber donado y de este modo quedaré obligado... Con mayor razón si también tú sabías que no existía".

²⁷⁵ *Magna Glossa*, gl. *descendantibus* ad CI. 4, 30, 13.

²⁷⁶ Véase, por ejemplo, AZO, *Lectura super codicem* ad l. *generaliter sancimus* CI. IV, 30, 13.

²⁷⁷ DE ROSATE, A., *Commentaria ad l. generaliter C. de non numerata pecunia* (CI. 4, 30, 13): "Si se examina rectamente el título *de verborum obligationibus* (= D. 45, 1), comúnmente no se expresa alguna causa, porque la estipulación sin causa es suficiente por sí, y se dice tal de *stips*, esto es, de 'firme'; así que esta obligación de palabras solemnes de por sí es tan suficiente, como aquella que se contrae *re* o por otros medios".

²⁷⁸ *Magna Glossa*, gl. *sine causa* ad D. 44, 4, 2, 3: "sin causa: porque al estipular ora no se expresa la causa por los contratantes... ora se expresa la que una y otra parte creyó existir y no existía...".

vaya expresada y no exista causa: como en ambos casos prospera aquella excepción, de ambos casos puede decirse ser *sine causa* la estipulación. Por el contrario, si la causa aparece expresada y existe, o no aparece expresada y también existe, la *exceptio doli* no prosperará²⁷⁹. Es cierto que algunos pretendieron que una estipulación sin causa expresada es inválida, pero este parecer no prosperó: Azo (fl. 1191 - 1220) nos informa: “*voluerunt quidam dicere quod si aliquis promittat et causam specialiter non dixerit, quia nulla est stipulatio*”²⁸⁰. En seguida el mismo Azo repele: “*Sed male dixerunt, quia stipulatio verbis contrahitur et ex interrogatione et responsione... unde dico quod valet stipulatio*”²⁸¹. El parecer de Azo se convirtió en opinión común²⁸².

4. Pero discutieron los medievales sobre la consecuencia generada por el defecto real de una causa (*defectus causae*) –es preciso conservar en la memoria esta expresión²⁸³–. Pesó en ellos la dualidad de regímenes reflejada en las fuentes romanas, pues, como vimos, por derecho civil la ausencia o cesación de la causa no afecta a la estipulación, mientras que por derecho pretorio en tales casos compete una *exceptio doli* al promitente demandado, cuya prueba le gana la absolución. De acuerdo con ello, la estipulación sin causa vale por derecho civil pero es ineficaz por derecho pretorio. La *Glossa* se propone la cuestión: “*Sed an stipulatio valeat sine causa? Potest dici quod sic secundum quosdam, sed nisi causam probetur, reus absolvitur ut ff. de doli excep. l. ii § 1*”²⁸⁴. Según algunos, pues –y la *Glossa* acepta su parecer– una estipulación sin causa vale, pero el demandado, si opone la *exceptio doli*– a la cual apunta el texto con la cita “*ff. de doli excep. l. ii § 1*” (= D. 44, 4, 2, 1)– resultará absuelto. Se ve que otros juristas pensaban que la ausencia de causa invalidaba la estipulación. Entre ellos podemos contar al anónimo autor de la *Summa Trecensis*: “*Civilis quidem causa ita demum efficax est ad aliquem obligandum, si causa naturalis vel precedat <vel insit> vel*

²⁷⁹ De que la *Glossa* equipare la no expresión de causa a la estipulación sin causa, SÖLLNER, A., *Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht* cit. (n. 178), p. 222, concluye que aquella exigía que la causa siempre estuviera expresada en la estipulación. Pero la *Glossa* no dice esto, y aún menos dice que una estipulación sin causa expresada es ineficaz o inválida.

²⁸⁰ AZO, *Lectura super codicem ad l. generaliter sancimus* CI. IV, 30, 13: “algunos quisieron decir que si alguien promete y no dijere especialmente la causa, porque la estipulación es nula”.

²⁸¹ *Ibíd.*: “Pero dijeron mal, porque la estipulación se contrae por palabras solemnes y en virtud de una interrogación y una respuesta, de donde yo digo que vale la estipulación”.

²⁸² Véase BALDUS, *Commentaria ad l. generaliter* CI. 4, 30, 13 núm. 23 - 25; DE CASTRO, Paulus, *ibíd.* núm. 7.

²⁸³ AZO, *Summa super Codicem, de conditionibus ob causam datorum* (CI. 4, 5); DE ROSATE, Albericus, *In primam Codicis partem commentarii ad l. generaliter* CI. 40, 30, 13 núm. 5; BALDUS, *Commentaria ad l. si repetendi* CI. 4, 6, 7 núm. 1; ad *l. dictam* CI. 4, 6, 8 núm. 10.

²⁸⁴ *Magna Glossa*, gl. *causam* ad CI. 4, 30, 13: “Pero, ¿acaso valga la estipulación sin causa? Según algunos, puede decirse que sí; mas, a no ser que la causa sea demostrada, el reo será absuelto, como se dice en D. 44, 4, 2, 1”.

subsequatur”²⁸⁵. Por *causa civilis* la *summa* entiende, en este contexto, a la estipulación misma: *causa* en esa expresión, pues, significa “fuente” de obligación. Por *causa naturalis* entiende, en cambio, a la causa de la estipulación. En la hipótesis, la causa natural es la tradición (*numeratio*) del dinero objeto de un mutuo, pues el texto que citamos pertenece al título *de non numerata pecunia* del *Codex*, y trata, por ende, de la hipótesis del dinero acordado prestar y cuya devolución fue prometida antes de su entrega bajo el concepto de que después se entregaría (*numerare*), sin que efectivamente hubiera sido entregado. Si el estipulante exige el cumplimiento de la promesa, lo que es un caso particular de exigir una promesa *causa finita*, el promitente dispone, no de la general excepción de dolo, sino de una especial de dinero no entregado (*exceptio non numeratae pecuniae*). Ahora bien, el texto de la *summa* viene a decir, en síntesis, que una estipulación no es eficaz si carece de causa, en contra de los “algunos” citados genéricamente por Accursius (¶1263), para quienes una estipulación sin causa valía. En la misma línea de la *summa* podemos incluir al también anónimo autor de las *Questiones de iuris subtilitatibus*: “*Stipulatio consensum et conventionem in se habet, et sine causa stipulanti doli obstat exceptio, quia sine causa pactio non est efficax*”²⁸⁶. El razonamiento del texto es éste: puesto que la estipulación contiene consenso y convención es un pacto, y como un pacto sin causa no es eficaz, una estipulación sin causa tampoco lo es. También Johannes Bassianus (¶1197) pensaba que una estipulación sin causa no valía²⁸⁷; lo mismo opinaba su discípulo Azo²⁸⁸.

Esta última opinión nos da pie para hacer una aclaración. Como antes hicimos notar, Azo pensaba que una estipulación *indiscreta*, vale decir, sin causa expresada, vale, porque ese acto de palabras solemnes se basta a sí mismo; en circunstancias de ahora aparecer opinando que una estipulación sin causa no vale. No hay contradicción, porque se trata de cosas distintas. Estipulación sin causa significa sin causa verdadera o con causa falsa. Ahora bien, que una estipulación sea *indiscreta* no necesariamente implica que tenga causa falsa o no verdadera, pues igual puede tener causa, que empero no fue expresada. En el primer caso, se puede discutir si vale o no la estipulación, y como sabemos, Azo opinó que no valía. En el segundo caso, si bien algunos también negaron validez al acto, Azo opinó que valía, se entiende que bajo el supuesto de haber tenido causa verdadera la estipulación, aunque no expresada.

²⁸⁵ *Summa Trecensis* (Fitting) IV, 32: *de non numerata pecunia*, 2: “Una causa civil es eficaz para obligar a alguien solo si una causa natural la preceda, <o esté contenida en ella> o la subsiga”.

²⁸⁶ *Quest. iuris subtilit.* (Fitting) VII, 10: “Una estipulación contiene consenso y convención en sí, y sin causa obsta la excepción de dolo al estipulante, porque un pacto sin causa no es eficaz”.

²⁸⁷ BASSIANUS, Iohannes, *Summa authenticorum* in coll. VI *de instrum. cautela et fide* (Nov. 73), núm. 1

²⁸⁸ AZO, *Super libros Novellarum seu Authenticorum*, coll. VI *de instrum. cautela et fide*.

Esta discusión no es muy importante ni trascendente, como quiera que todos estaban de acuerdo en que la ausencia o la cesación de la causa en la estipulación permitía al promitente oponer la *exceptio doli* (o la *exceptio non numeratae pecuniae* en el caso particular de la estipulación con causa mutuaría esperada que no siguió). Con ello, enablada una acción para exigir el cumplimiento de una estipulación, de todos modos el tema de su causa era traído a discusión, con independencia de si una vez probada la inexistencia de aquélla, la estipulación resultaba ser inválida o solo ineficaz.

5. El límite entre la ausencia y la presencia de causa en la estipulación lo fijaron los glosadores en la donación. Por cierto, una donación puede ser sin más causa de una estipulación, cuando alguien promete dar gratuita y lucrativamente a otro, sea que se exprese tratarse de una donación en el acto, sea que no se exprese. Pero, si nada se expresa y no hay otra causa operante²⁸⁹, ¿puede entenderse haber sido *donationis causa* la estipulación o se la tendrá simplemente por *sine causa*? En algunos manuscritos de la *Summa Trecensis* y en la *summa* de Rogerio, se lee: “*Si enim quis promittat, cum se obligatum non esse sciat, cum satis rationabilis causa obligandi sit donantis voluntas, non est necesse ut alia causa naturalis ad obligationem parandam interveniat*”²⁹⁰. Según este texto, pues, el hecho de prometer a sabiendas de no estar obligado el promitente, da causa de donación a la promesa, sin ser necesaria la existencia de otra causa para su validez. Por lo demás, la idea de que contraer obligaciones o pagar sin causa, a sabiendas, constituye donación, se reconduce a los primeros glosadores como Bulgarus (†1166), y también aparece en Hugolinus (fl. 1197 - 1238)²⁹¹. Por su parte la *Glossa* sancionó este parecer: “*Sed quid si ego qui promitto sine causa scio eam non inesse. Respondeo: videor donasse et sic teneor... Forte si et tu scias eam non inesse...*”²⁹². Si alguien, pues, promete sin tener a la vista una dación, un hecho o un contrato de especie alguna (*sine causa*), sabiéndolo a ciencia cierta (*scio*), tal ausencia de causa se convierte, en realidad, en una causa: la donación, y entonces la promesa lo obliga (lo cual implica que no puede oponer la *exceptio doli*). Con mayor razón ocurre ello si es que también el estipulante supo que bajo la estipulación no había ninguna operación causal.

El asunto siguió situado en los cauces en que lo había dejado la *Glossa*, si bien siempre se discutió acerca del alcance y circunstancias del requisito de la *scientia* en el promitente que ella había señalado tan parcamente (*scio eam non inesse*),

²⁸⁹ Sobre esto CORTESI, E., *La norma giuridica* cit. (n. 227), I, pp. 207 ss.

²⁹⁰ *Summa Trecensis* (Fitting) VIII, 33, 7: “Si, pues, alguno prometa, sabiendo que no estaba obligado, puesto que la voluntad del donante es una suficientemente razonable causa de obligar, no es necesario que intervenga otra causa natural para establecer la obligación”. ROGERIUS, *Summa* (Palmieri) VIII, 29.

²⁹¹ Véase CORTESI, *La norma* cit. (n. 227), I, pp. 204 n. 43.

²⁹² *Magna Glossa*, gl. *sine causa* ad. D. 44, 4, 2, 3: “Pero qué será si yo, que prometo sin causa, sé que ella no existe. Respondo que parezco haber donado y de este modo quedaré obligado... Con mayor razón si también tú sabías que no existía”.

poniendo el acento en el caso de haber dudado el promitente de si estaba obligado o no al prometer. Encontramos un resumen en Albericus de Rosate, por ejemplo: “...aut quis ex certa scientia promittit sciens se non teneri, et tunc talis scientia inducit causam donationis... si vero per errorem et credens se ex aliqua causa teneri, tunc obstat doli exceptionem... Si vero dubitatur utrum per errorem vel ex certa scientia, quia nemo praesumitur iactare pecunias suas... praesumitur facta promissio per errorem et ideo nisi causam probetur, obstat doli exceptio”²⁹³ ..

Bartolus (≈1357) radicalizó esta solución, pues quiso presumir la donación por el mero hecho de no haber causa expresada: “Quando nulla causa exprimitur, an videatur inesse tacita causa donationis? Dicant doctores quicquid velint, nos habemus huius questionis casum in l. hoc iure supra de dona., quod satis est causa ipsa liberalitas. Et pro hoc optime facit infra de verb. obl. l. si divortio, ubi dicitur quod stipulatio ex falsa causa valet, ergo ubi nulla causa est, valet”²⁹⁴. Mientras la *Glossa*, en efecto, examinaba el caso de una estipulación celebrada a sabiendas *sine causa*, vale decir, sin causa expresada o con causa donatoria falsa, sin que hubiera otra verdadera, Bartolus se limita a la simple hipótesis de una estipulación sin causa expresada. Lo que es diferente. La exclamación *dicant doctores quicquid velint* muestra que Bartolus (antes de redactar su comentario) no había encontrado eco para su tesis. Y como en realidad ésta era audaz, porque presumir la causa donatoria cuando no se expresaba causa en la estipulación, en el fondo implicaba presumir la *scientia* en el promitente, tampoco después encontró eco, y fue rechazada unánimemente²⁹⁵. Baldus (≈1400), por ejemplo, siguiendo a otros, consideraba que en vez de presumir sin más donación en una promesa sin causa expresada y sin otra causa verdadera, más bien había que presumir estulticia en el promitente²⁹⁶. Claro que, por otra parte, el mismo Baldus aceptaba que

²⁹³ DE ROSATE, Albericus, *In primam Codicis partem commentarii ad l. generaliter CI. 40, 30, 13*: “...o bien alguno prometió a ciencia cierta, sabiendo no estar obligado, y entonces tal ciencia induce a una causa de donación... si, empero, lo hizo por error y creyéndose estar obligado por alguna causa, entonces obsta la excepción de dolo... Pero cuando se duda si lo hizo por error o a ciencia cierta, puesto que de nadie se presume que desperdicie su dinero... se presume que la promesa fue hecha por error y por esto, a no ser que se pruebe la existencia de una causa, obstará la excepción de dolo”. Cfr. la misma doctrina en el comentario a la ley *generaliter*.

²⁹⁴ BARTOLUS, *Commentaria ad D. 44, 4, 2, 3, núm. 3*: “¿Cuando no se expresa ninguna causa, acaso parezca existir una tácita causa de donación? Digan lo que quieran los doctores, pero nosotros tenemos un caso concerniente a esta cuestión en D. 39, 5, 19, según el cual una causa suficiente es la liberalidad misma. Y para esto óptimamente hace argumento D. 45, 1, 21, en donde se dice que una estipulación con causa falsa vale; por consiguiente, donde no hay ninguna causa, [sc. también] vale”.

²⁹⁵ SÖLLNER, A., *Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht* cit. (n. 178), p. 232.

²⁹⁶ BALDUS, *Commentaria ad l. generaliter CI. 4, 30, 13 núm. 13 y 14*: “...dicunt quidam quod ubi non apponitur causa vera quam contrahentes sciunt non esse veram, quod tunc non intelligitur donari, sed est potius stultitia promittentis quam liberalitas, nam si voluisset donare hoc expressisset. Sicut ergo nulla inserta causa praesumitur stultitia, non liberalitas, ita in-

como causa de una estipulación pudiera funcionar una *causa impulsiva*²⁹⁷, vale decir, un motivo, y en el fondo esto no era otra cosa que reemplazar la presunción de donación de Bartolus por la aceptación de cualquier motivo como validante de la estipulación, teniendo presente que las donaciones se hacen justamente con base en motivos diversos.

6. Sin embargo, los medievales tuvieron que enfrentarse con el siguiente problema: en su tiempo, la estipulación, tal cual aparecía en las fuentes romanas, ya no existía. En sustitución operaban los documentos obligacionales (*cautiones, chyrographa*). Por lo demás, ya en el derecho clásico había sido costumbre reducir la estipulación verbalmente celebrada a una *cautio*, en función probatoria. Pero el derecho clásico mantuvo inexorablemente la distinción entre el acto *verbis* y la *cautio*, de manera que si un documento daba cuenta de una obligación estipulatoria, en circunstancias que la forma verbal no había sido efectivamente celebrada, la obligación resultaba *nulla*, vale decir, no había ninguna obligación (por falta de *causa* en el sentido de fuente). En el derecho tardío, la forma verbal decayó rápidamente, pero la rutina notarial solía dejar constancia de haberse celebrado esa forma con recurso a cláusulas de estilo del tipo “habiéndose anexado una estipulación” (*stipulatio subnixa*), incluso en actos que nada tenía que ver con la antigua estipulación. Por otro lado, la legislación postclásica solió regular la documentación obligacional. Esta doble realidad quedó reflejada en el *Corpus iuris*, en donde muchos textos concernientes a estipulaciones en realidad piensan en *cautiones* e incluso hablan de ellas y en donde la legislación imperial sobre cauciones aparece recogida. Los medievales se encontraron con esta situación presente en sus fuentes y con su propia realidad fundada en la documentación. De esta manera, frecuentemente los problemas de *causa* son debatidos en relación con obligaciones que constan en un escrito. La dificultad estribó en que el régimen de la causalidad en la estipulación no siempre aparece ser el mismo que el régimen de la causalidad en la documentación.

No podemos ni es necesario entrar en estos temas. Tan solo recordemos un

serta falsa causa ex certa scientia, nisi qualitas personarum suadeat contrarium... et hoc tenet hic Cynus, quod in dubio non praesumitur donare, sed stulte et sine causa promittere...” (“Algunos dicen que cuando no se apone causa verdadera que los contratantes saben no ser verdadera, no se entiende entonces haber donación, sino más estulticia del promitente que liberalidad, pues si hubiese querido donar lo hubiese expresado. Por consiguiente, así como se presume estulticia, no liberalidad, cuando no se insertó ninguna causa, así también cuando se insertó a ciencia cierta una causa falsa, a menos que la cualidad de las personas persuada de lo contrario... y así lo sostiene Cino, en orden a que en la duda no se presuma donar, sino prometer estultamente y sin causa...”).

²⁹⁷ BALDUS, *Commentaria ad l. generaliter* CI. 4, 30, 13 núm. 22: “*Quarto quaero, qualis debeat esse ista causa? Respondeo actus potens ac conveniens... Tamen loco finalis causae de voluntate promissoris potest inferri causa impulsiva id est non cogens ser persuadens... quod est notandum*” (“En cuarto lugar, pregunto: ¿cuál debe ser esta causa? Respondo: un acto potente y conveniente... sin embargo, en lugar de la causa final, de la voluntad del promitente se puede inferir una causa impulsiva, esto es, no vinculante sino persuadente... lo que debe ser notado”).

problema que agitó a los medievales –porque incidirá en el destino posterior de la disciplina de la causalidad–, consistente en el régimen que para los documentos se desprende de la constitución de Justino conservada en CI. 4, 30, 13: “*Generaliter sancimus, ut, si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscumque pecuniis ex antecedente causa descendentibus eamque causam specialiter promissor edixerit, non iam ei licentia sit causae probationes stipulatorem exigere, cum suis confessionibus adquiescere debeat, nisi certe ipsi e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta religionem iudicis possit instruere, quod in alium quemquam modum et non in eum quem cautio perhibet negotium subsecutum sit. Nimis enim indignum esse iudicamus, ut, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare testimonioque proprio resistere*”²⁹⁸. La hipótesis prevista en esta ley, y su consecuencia, son las siguientes: en una *cautio* redactada por el deudor viene reconocida la deuda de una cantidad de dinero, derivada de una *causa antecedens*, “y esta” (*eamque*) causa es declarada en forma especial por el deudor en el escrito, vale decir, es expresada por él: en tal caso, ya no puede impugnar el documento en juicio, salvo que del documento mismo se siga que lo realmente actuado fue de otro modo. La *Glossa* de Accursius (¶1263), al interpretar la expresión *eamque (causam)*, dice: “*Item nota causa exprimi, si enim nulla exprimeretur, cautio non valet*”²⁹⁹. En materia de documentos obligacionales, pues, la *Glossa* exige que la causa aparezca expresada, so pena de invalidez del documento. Pero inmediatamente después, agrega: “*Sed an stipulatio valeat sine causa? Potest dici quod sic secundum quosdam; sed nisi causa probetur, reus absolvitur*”³⁰⁰. Para la *Glossa*, como se recordará, una estipulación *sine causa* equivale a una estipulación en la cual no se expresa la causa (o se expresa una causa falsa). Accursius dice que “según algunos” la estipulación sin causa expresada vale, y él acepta esta opinión. Como se ve, este régimen es diametralmente opuesto al que venía de establecer para las *cautiones*.

Esto es suficiente³⁰¹. Tan solo limitémonos a advertir que esta diferencia de

²⁹⁸ “Mandamos en general que si de algo se hubiera dejado constancia en una escritura con respecto a cualesquiera cantidades provenientes de una causa antecedente, y el promitente hubiera expresado especialmente esta causa, no tenga ya licencia para exigir las pruebas de la causa al estipulante, puesto que debe allanarse a sus propias confesiones, a no ser que, por el contrario, pueda él informar ciertamente la conciencia del juez con evidentes argumentos objetivos insertos en los escritos, acerca de que el negocio se realizó de otro modo cualquiera, y no según el que manifiesta la caución. Porque juzgamos que es demasiado indigno que lo que uno manifestó claramente con su propia voz, lo invalide para el mismo caso y se oponga a su propio testimonio”.

²⁹⁹ *Magna Glossa*, gl. *eamque* ad CI. 4, 30, 13: “También observa que la causa aparece expresada, pues si no se expresara ninguna, la caución no vale”.

³⁰⁰ *Ibíd.*: “Pero, ¿acaso valga la estipulación sin causa? Según algunos, puede decirse que sí; mas, a no ser que la causa sea demostrada, el reo será absuelto”.

³⁰¹ Para mayores informaciones puede verse el antiguo libro de CHEVRIER, George, *Essai sur l'histoire de la cause* cit. (n. 235), que pone su acento en la causa de los actos escritos.

régimenes pesó en la historia sucesiva, en cuanto a la determinación de los efectos de la no expresión de causa, pues en la medida en que no se diferenciaron bien la estipulación, que valía sin dicha expresión, y el documento, que en el mismo caso no valía, evidentemente se abrió paso a la confusión y a la incertidumbre.

XX. LOS SENTIDOS DE LA PALABRA “CAUSA” EN LA JURISPRUDENCIA MEDIEVAL, VI: CAUSA Y DONACIÓN³⁰²

A esta altura, han ser necesarias pocas palabras para explicar las posturas de los juristas medievales en torno a las relaciones entre *causa* y donación. Los datos encontrados en las fuentes romanas fueron enteramente aceptados por aquéllos. La donación es sobre todo una *causa* ella misma, que viene operada por diversos actos, aunque no más, por cierto mediante la *mancipatio* o la *in iure cesio*, cuyas referencias fueron sistemáticamente eliminadas en el Digesto y en el *Codex* por Justiniano, pero sí a través de la *traditio* para operar la donación real, la *stipulatio (cautio)* para la donación obligacional y la *acceptilatio* o el *pactum de non petendo* para la remisoria. Además, los medievales disponían ahora del *contractus* o *pactum donationis* meramente consensual de algo que no excediera los 500 *solidi*, tal cual lo había establecido Justiniano, que creaba una obligación a cargo del donante.

En esto, pues, es decir, en torno a la donación como causa, no hubo novedad. Tan solo habría que advertir que también agitó a las escuelas medievales el tema de si debe presumirse la donación cuando alguien da a sabiendas de no haber otra causa, en vez de considerar como pago indebido a la dación, paralelo a aquel de la presunción de donación en el caso de una promesa hecha a sabiendas de no haber otra causa, antes examinado. Pero no es necesario entrar en ese tema aquí.

Las discusiones más interesantes para nosotros se suscitaron, en cambio, en torno al tema de la *causa* de la donación, tema, por lo demás, también abundantemente planteado en las fuentes. La palabra *causa* atribuida a la donación en cuanto puede ella ser causada, significa “motivo” en las fuentes romanas, como vimos, y la donación que solo tiene motivos constituye la verdadera y propia donación (irrevocable). Frecuentemente esas fuentes oponen a tal donación, que solo tiene causas o motivos, aquellas otras en que el donante ha deducido una condición o un modo o un fin, que en sí mismos también son motivos, mas con la diferencia de haber sido precisamente deducidos en la estructura misma del acto. Esta deducción la hace el donante para que eventualmente lo donado vuelva a él, si es que la condición falla, el modo resta incumplido o el fin no sigue. Los medievales se enfrentaron con el problema de distinguir lo más claramente posible cada una de estas nociones productoras de tan importante efecto y de separarlas de la causa o motivo, cuyos avatares resultan indiferentes para el destino posterior de lo donado. Igual que en materia de *dationes*, el instrumento que permitió el dis-

³⁰² Cortese, E., *La norma giuridica* cit. (n. 227), I, pp. 203 ss.; SÖLLNER, Alfred, *Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht* cit. (n. 178), pp. 231 ss.

cernimiento fue la distinción de *causa efficiens* o *impulsiva* y *causa finalis*. Cuando de una donación puede decirse que tiene una *causa efficiens* o *impulsiva*, entonces se trata de una verdadera donación y nunca lo donado vuelve al donante, incluso si la causa se mostró ser falsa. Otra cosa es si de la donación puede decirse que tiene una *causa finalis*, pues entonces la frustración del fin, sea bajo la forma de una condición que falla, un modo que no se cumple o un fin esperado que no subsigue, hace que el donante pueda recuperar lo donado. En el fondo, pues, se trata de la distinción hecha en el interior de las *datationes* entre *datationes ob causam impulsivam* y *datationes ob causam finalem*, que antes examinamos³⁰³. Por lo demás, los juristas aplicaban el mismo esquema a los legados y fideicomisos.

XXI. LOS SENTIDOS DE LA PALABRA “CAUSA” EN LA JURISPRUDENCIA MEDIEVAL, VII: ¿CAUSA EN LOS CONTRATOS NOMINADOS?

En materia contractual u obligacional, las doctrinas sobre la *causa* sin género de duda alguna los medievales las discutieron a propósito de los que llamaban contratos innominados, del tipo *do ut des*, etcétera; también con referencia a la *stipulatio (cautio)*, a la que podemos agregar el *constitutum debiti*, de que aquí no hemos tratados por no ofrecer su causa especialidades distintas a la causa de la estipulación y porque recargaría demasiado este estudio. En fin, discutieron esas doctrinas en relación también con las liberalidades (especialmente donaciones y legados). Todo esto habrá podido apreciarse merced a la exposición precedente.

Pero resta un amplio campo acerca del cual no hemos dicho palabra. Nos referimos al de los contratos nominados, salvo la estipulación y la donación, y en especial, al de los contratos que llamamos bilaterales o sinalagmáticos, como la compraventa, el arrendamiento, etcétera. Salta a la vista la ausencia de doctrinas concernientes en los juristas medievales. En este sentido, no hicieron otra cosa que atenerse a sus fuentes, pues, como vimos, los romanos nada habían enseñado al respecto.

Por el contrario, encontramos declaraciones expresas de nuestros juristas que limitaban la doctrina de la causa a un determinado sector de la negocialidad jurídica. El asunto era especialmente delicado, porque en el Digesto la exposición de los llamados contratos innominados aparece hecha en conexión con los contratos nominados. Se trata del célebre texto de D. 19, 5, 5 (Paul., *quaest.*). A propósito del tipo *do ut des* (frg. 1), y antes de exponer la permuta, dice: “*Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est*”³⁰⁴. Llegado el turno de exponer el tipo *do ut facias* (frg. 2), previamente a presentar los casos propios, el texto enuncia el arrendamiento: “*At cum do ut facias, si tali sit factum quod locari solet, puta ut tabulas pingat, pecunia data locatio erit...*”³⁰⁵ (frg. 2). Dentro del

³⁰³ Supra XVII.

³⁰⁴ “Y si verdaderamente yo diera dinero para recibir una cosa, es compraventa...”.

³⁰⁵ “Mas cuando doy para que hagas, si el hecho fuera una cosa tal, que suele darse en arrendamiento, por ejemplo, que pintes un cuadro habiéndose dado dinero, será locación...”.

tipo *facio ut facias* (frg. 4) la aproximación es al mandato, como cuando se pacta: “...*ut tu a meo debitore Carthagine exigas, eo a tuo Romae... mandatum quodammodo intervenisse videtur...*”³⁰⁶. Como sabemos, los medievales conectaron esta exposición de D. 19, 5, 5 con lo que se dice en D. 2, 14, 7, 2 - 3, en orden a que si una convención *in alium contractum non transeat*, pero *subsit causa*, aquella produce obligación civil y acción, y entendieron la voz *causa* como *datio vel factum* realmente ejecutados, vale decir, como *datio* en los tipos *do ut des* y *do ut facias*, y como *factum* en los tipos *facio ut des* y *facio ut facias*. Se trata de una convención, pacto o contrato, en que se acuerda de manera consensual el intercambio de una *datio* y un *factum*, que no obliga, pero que empieza a obligar desde que una de las partes ejecuta su prestación, sea de *dare* sea de *facere*. Esta prestación actúa, pues, como *causa* desencadenante de obligaciones para la otra, que entonces debe dar o hacer, según el caso, o restituir lo dado en los tipos *do ut des* y *do ut facias*. El problema es que, como ya lo hace notar en tres casos D. 19, 5, 5, la combinación consensual de *dare* y *facere* a veces constituye convención de aquellas que, según D. 2, 14, 7, 1, *in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus*, que los medievales llamaron “nominados”, como la compraventa, el arrendamiento y el mandato, las cuales por sí solas, vale decir, consensualmente, ya generan obligaciones, y no necesitan una *causa quae subest*. De esta manera, si se acuerda, por ejemplo, como en D. 19, 5, 5, 1, *pecuniam dare, ut rem accipere*, aunque eso pertenezca al tipo *do ut des*, no es necesario esperar a que unas de las partes proceda a la *datio* que puso a su cargo, para que el contrato tenga *causa* y cree obligaciones, porque *emptio et venditio est*, de guisa que ya a partir de su estado puramente consensual, esa convención confiere acciones a cada parte, precisamente la *actio ex vendito* y la *actio ex empto*, para que cada una reclame la prestación anunciada por la otra.

Este simple análisis muestra por qué los medievales excluyeron a los contratos nominados de la teoría de la *causa* que se deriva de D. 2, 14, 7, solo válida, pues, para los innominados³⁰⁷. No lo dijeron directamente así, mas por medio de la exclusión de las consecuencias que se seguirían si esa teoría hubiera sido aplicable a tales contratos. Como en los contratos innominados, una vez presente la *causa*, el que dio puede repetir lo dado si la contraparte no hace o da lo que estaba a su cargo, para lo cual dispone de la *condictio ob causam (datorum)*, lo antes dicho significa que esta última acción no tiene lugar en los contratos nominados. De este modo, si el vendedor entregó la cosa vendida al comprador, y éste no paga el precio, el primero no puede pretender recuperar la cosa vendida y entregada con la *condictio ob causam*, ya que no hay modo de considerar que la entrega de

³⁰⁶ “...que tu cobres a mi deudor en Cartago y yo al tuyo en Roma... parece que medió en cierto modo un mandato...” se entiende que recíproco.

³⁰⁷ Así correctamente CHEVRIER, George, *Essai sur l'histoire de la cause* cit. (n. 235), p. 139; MEIJERS, M, *Les théories médiévales* cit. (n. 227), p. 389. En contra SÖLLNER, Alfred, *Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht* cit. (n. 178), p. 196.

la cosa por el vendedor funcione como *causa* en la compraventa. Así Azo: “*Nam condictio ob causam non habet locum in contractibus nominatis, nisi in contractu donationis*”³⁰⁸. También la *Glossa* acursiana afirma algo similar al explicar un rescripto imperial que aparece en CI. 4, 64,6, en cuya parte expositiva se narra que el destinatario había vendido un fundo suyo por un exiguo precio, en consideración a algo habido entre los contratantes (*certae rei contemplatione inter vos habita*), que no fue cumplido. El rescripto declara que el vendedor podrá recurrir al juez competente para que se le restituya el fundo. La *Glossa* aclara con qué acción: *per actionem ex vendito*; y en seguida advierte que la restitución no puede operar merced a la *condictio ob causam (datorum)*, porque ésta no tiene lugar en los contratos nominados (“*non... per conditionem ob causam quia in contractibus nominatis locum non habet*”)³⁰⁹. Los comentaristas opinarán lo mismo³¹⁰.

De esta manera, las teorías de la *causa* derivada de D. 2, 14, 7, 2 - 4 y de la *condictio ob causam*, los medievales no las aplicaron a los contratos nominados, en especial a los bilaterales o sinalagmáticos. ¿La razón? Los que son consensuales (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato) generan obligaciones merced al consenso mismo. Las *Institutiones* de Justiniano lo dicen paladinamente: *consensu fiunt obligationes*³¹¹. Dicho en el lenguaje de los medievales: se trata de *pacta* que se visten *consensu*. Por ende, no necesitan el *vestmentum* del *rei interventus* o *causa*.

Baldus, haciendo gala de su espíritu algo filosófico y especulativo, lo dice de otro modo: los contratos nominados no necesitan de una causa extrínseca pues son causa de sí mismos: “*Quinto quaero, an procedat iste libellus: peto a te ea quod promissisti per stipulationem? Dicit Nic.(colaus) de Mat.(arellis) quod stipulatio, licet ipsa causam sit obligandi, tamen reperit apud eam causam stipulandi, ita quod stipulatio est contractus aliunde tamen causandus, quod non est in aliis contractibus specificatis, ut in locatione, emptione et venditione et similia, qui sunt causa sui ipsius*”³¹². Se trata de saber si un estipulante, al demandar lo que le es debido, puede demandar con la fórmula que se indica en el texto a

³⁰⁸ Azo, *Summa super Codicem, de pactis* (CI. 2, 3): “pues la *condictio ob causam* [sc. *datorum*] no tiene lugar en los contratos nominados, a no ser en el contrato de donación”. Esta última excepción se justifica, porque en la donación puede haber una *causa finalis*, cuando se organiza como *datio ob causam (ob rem)*, y el fin esperado no subsigue.

³⁰⁹ *Magna Glossa*, gl. *perficiet* ad CI. 4, 64, 6. Véase también en el mismo sentido la gl. *condicione* a la l. *vestmenta* D. 12, 5, 9.

³¹⁰ Véase BALDUS, *Commentaria* ad D. 12, 4, 5, núm. 1 - 11.

³¹¹ Inst. III, 22 pr.

³¹² BALDUS, *Commentaria in Codicem* ad I *generaliter* CI. 4, 30, 13: “Pregunto, en quinto lugar, si acaso procede la siguiente demanda: te pido lo que me prometiste por estipulación. Nicolás de Matarello dice que no bien la estipulación sea ella misma una causa de obligar, sin embargo encuentra en sí una causa de estipular, así que la estipulación es un contrato que debe ser causado desde otra parte, lo que no ocurre en los otros contratos especificados, como en la locación, en la compraventa y similares, que son causa de sí mismos”

su deudor: “te pido lo que me prometiste por estipulación”, señalando a esta última, en consecuencia, como *causa petendi* de su acción; o si más bien debería demandar de este otro modo: “te pido lo que me prometiste (por estipulación) por causa de mutuo”, de modo de ahora indicar al mutuo (si fue el caso) como *causa petendi* de la acción, por ser la causa de la estipulación. En auxilio de la primera fórmula habla el hecho de que la estipulación sea ella misma una *causa obligandi*, una fuente de obligación. Pero la observación de que ese acto requiera de una *causa stipulandi*, y que sea un *contractus aliunde causandus*, mejor inclina por la segunda fórmula. En esto queda resumida toda la teoría de la *causa stipulationis*, que ya conocemos. Pero ahora nos interesa lo que Baldus dice en la parte final del texto: la característica de ser *contractus aliunde causandi* no tiene lugar en los contratos nominados, como la compraventa o el arrendamiento, porque “son causa de sí mismos” (*qui sunt causa sui ipsius*). Esto es lo mismo que decir que tales contratos carecen de causa.

Hay un texto del mismo Baldus que suele citarse en apoyo de una supuesta teoría medieval de la causa de los contratos nominados. En CI. 8, 40, 7 se contiene un rescripto que resuelve una cuestión surgida a propósito de la especial figura del *mandatum credendae pecuniae*. Consiste ella en dar alguien mandato a otro para que preste dinero a un tercero. Como el perjuicio que un mandatario sufra en cumplimiento de su encargo, le permite indemnizarse en contra del mandante a través de la *actio mandati*, aplicado esto al *mandatum credendae pecuniae* resulta que cuando el tercero no devuelva el dinero prestado, el acreedor-mandatario puede dirigirse en contra del mandante para exigirle el pago de ese crédito en función indemnizatoria del perjuicio sufrido en el cumplimiento del mandato. El corolario de la operación es, pues, dejar al mandante convertido en garante de la deuda contraída por el tercero, y en efecto, tal es la función típica del *mandatum credendae pecuniae*: ser un negocio de garantía. En el caso resuelto por el rescripto, el mandante-garante había exigido al mandatario que prestara el dinero con la garantía de unas prendas, lo que el mandatario no cumplió. No habiéndose pagado el crédito, el mandatario pretendió cobrar su valor al mandante-garantizador. El rescripto resuelve que no es procedente la acción del mandato a tal efecto, vale decir, que no hubo garantía, porque el mandatario, cuando no exigió las prendas, actuó fuera del mandato, en circunstancias que el mandante había entendido no obligarse de otro modo que mediando tales prendas. Baldus comenta así esta resolución del rescripto: “*Principali ratio est quia illa pignora cedunt ad commodum mandatoris et ad eius securitatem, cum debeat cedi: ergo hac securitate omissa, mandator non tenetur mandati. Et nota quod omne quod est de causa finali requirit eius impletionem: in contractu emptionis et venditionis respectu emptoris causa finalis est res et respectu venditoris est pretium, et ideo si emptor agit, debet offerre rem et e converso, quia ille non erat alias contracturus, et ista est exceptio proveniens ex consensus quia non erat alias contracturus*”³¹³. Para entender bien

³¹³ BALDUS, *Commentaria in Codicem* ad l. si creditor CI. 8, 40, 7: “La razón principal es que

el concepto de causa final que usa aquí Baldus, menester es recordar que esta idea, dos veces repetida en el texto: “no de otra manera habría de contratar” (*non erat alias contracturus*) constituye un criterio subjetivo para distinguir la finalidad de la pura impulsividad. Así, por ejemplo, Azo: “*in expresa vel finali* [sc. causa] *repeto causa non secuta, hac enim cesante non erat daturus*”³¹⁴. También Odofredus: “*Causa finalis dicitur ob cuius finem quid dat alias nom daturus*”³¹⁵. El mismo Baldus: “*Debes scire, quod quattuor sunt causae cardinales, ut sic dixerim: causa efficiens, finalis, formalis et materialis... Pone exemplum in causa finali, ut quando non erat alias daturus, ista dicitur causa finalis*”³¹⁶. La causa final es aquella por la cual se da, se contrata, se promete, etcétera, no de otra manera que existiendo, de modo que cesando no se da, no se contrata, no se promete, etcétera³¹⁷. Para explicar la solución ofrecida por el rescripto de CI. 8, 40, 7, Baldus viene a decir que como el mandante se obligó en garantía por el préstamo de dinero que el mandatario haría a un tercero siempre que se añadieran prendas al crédito, tal fue para él una causa final, porque no hubiera contraído de otra manera el mandato (“*quia non erat alias contracturus*”). Como, a su vez, en materia de causa final el fin requiere estar cumplido para que opere eficazmente (“*omne quod est de causa finali requirit eius impletionem*”), y en el caso el fin tenido en vista por el mandatario no se cumplió, pues las prendas no fueron exigidas, entonces cesó su obligación de garantía. Lo cual es lo mismo que ocurre en materia de compraventa, en donde la *res* es la causa final del comprador y el *pretium* la del vendedor, por lo cual si el comprador demanda al vendedor la resolución del contrato de modo de no tener que pagarle el precio, debe ofrecerle la devolución de la cosa³¹⁸, pues habiendo sido ésta su fin, que se cumplió cuando la

las prendas ceden en beneficio y seguridad del mandante; por consiguiente, habiéndose omitido esta seguridad, el mandante no está obligado por la acción del mandato. Y observa que todo lo que atañe a la causa final requiere su cumplimiento: en el contrato de compraventa la cosa es la causa final respecto del comprador, y el precio respecto del vendedor; y por esto si el comprador demanda debe ofrecer la cosa y a la inversa, porque aquel no de otra manera habría de contratar, y esta es la excepción que proviene del consenso, porque no habría de contratar de otra manera”.

³¹⁴ Azo, *Summa super Codicem, de conditione ob causam datorum* CI. 4, 6, 7: En [sc. una causa] expresa o final repito, no habiendo tenido lugar la causa [sc. el fin], pues cesante ésta no hubiera de haber dado”.

³¹⁵ ODOFREDUS, *Lectura super Codice, de pactis* ad CI. 2, 3, 1 núm. 15: “La causa final se dice en relación con el fin del que da algo y que de otra manera no daría”.

³¹⁶ BALDUS, *Commentaria in Codicem* ad l. *dictam* CI. 4, 6, 8: “Debes saber que las causas cardinales son cuatro, como si dijéramos causa eficiente, final, formal y material... Pon como ejemplo de causa final cuando no de otro modo se habría de dar, y esta se llama causa final”.

³¹⁷ Esta manera de explicar la causa final, los medievales la han obtenido de los textos romanos: D. 39, 5, 2, 7: *...nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho conditione repetam* (“...pues si di cien a Titio para esto, para que comprara el esclavo Estico, y no se los hubiera dado de otro modo, muerto Estico repetiré con la condición”).

³¹⁸ El texto es de difícil interpretación. Dice: “*si emptor agit, debet offerre rem*”. Si el compra-

recibió, tiene que hacer caducar el fin que persiguió al comprar ofreciendo la devolución de la cosa al vendedor. Frustrado así su fin, puede obligar al vendedor a devolverle el precio.

No debe atribuirse mucha importancia a este texto. Contiene una idea aislada, *obiter dicta*, que después de Baldus no suele volver a repetirse³¹⁹, y aunque ella sea verdadera, en cuanto que, mirado el asunto desde la perspectiva de la causa final, resulta innegable que el fin del comprador es la *res* y el del vendedor el *pretium*, ni el propio Baldus ni nadie más han obtenido consecuencias dogmáticas de ella. Ni siquiera para fundar la *exceptio non adimpleti contractus*³²⁰. De hecho, el propio Baldus dice: “*et ista est exceptio proveniens ex consensu*”, con lo cual desconecta esa excepción de la idea de finalidad. En todo caso, se observará que en ese texto lo único que se declara es que la *res* y el *pretium* son las causas finales para el comprador y el vendedor. Pero no se habla de causas finales de sus obligaciones ni menos del contrato de compraventa, ni tampoco que las causas finales sean las sendas obligaciones que del contrato nacen (como dirá siglos después Domat). Se trata, pues, de causas finales que actúan con respecto a personas, no a relaciones ni a actos. Con ello queda de manifiesto que el uso de la noción de causa final es aquí meramente instrumental y explicativo, y no tiene ella la función dogmática que cumple en materia de contratos innominados. Acudiendo a esta idea, Baldus tan solo entendía explicar la solución dada en el rescripto, no ofrecer una nueva teoría jurídica.

Lo anterior no excluye que los comentaristas a veces acudieran a la idea de *causa contractus* –como ya los romanos– en el sentido de motivo irrelevante, vale decir, bajo su acepción de *causa impulsiva*. Nuevamente el mismo Baldus, comentando un rescripto que aparece en CI. 2, 3,1 en donde se trata de una transacción, que el rescripto aprueba como justa, celebrada en razón de carecer de hijos una de las partes, no obstante haberlos tenido después: “*Dic subtilius quod quandoque deficit causa contractus, quandoque causa obligationis, id est ipse contractus. Primo casu non habet locum conditio ob causam. Exemplum est hic, nam causa quare contrahabatur est defectus liberorum. Sed causa obligandi non erat defectus liberorum, sed erat ipsa conventio. Licet ergo deficiat causa contractus, quia non deficit causa obligationis et traditionis, non habet locum conditio ob causam; sed ubi deficiat causa obligationis, verbi gratia do ut des, iste est titulus contractus celebrati; si deficit hoc extremum, scilicet ut des, deficit ipse contractus et sic deficit causa obligationis, et tunc bene habet locum conditio*

dor debe ofrecer la cosa es que ya la tiene, y por ende su *agere* no es para exigir al vendedor que se la entregue. Interpretamos que su *agere* es para pedir la resolución de la compraventa, y en esta acción tiene sentido declarar que debe estar dispuesto a ofrecer, o sea, a devolver la cosa.

³¹⁹ Cfr. MEIJERS, M, *Les théories médiévales* cit. (n. 227), p. 391: “Une fois seulement j’ai trouvé l’idée de la causa finalis, employé comme argument”, y cita el texto de Baldus que ahora examinamos.

³²⁰ MEIJERS, M, *Les théories médiévales* cit. (n. 227), p. 391.

*ob causam*³²¹. Baldus, pues, distingue la causa del contrato y la causa de la obligación. Por la primera entiende claramente al motivo: en el caso, la falta de hijos, que nada tiene que ver con la causa de la obligación, que es la transacción misma. De esta manera, si hace defecto la causa del contrato, no se da lugar a la *actio condictio (ob causam datorum)*, a diferencia de cuando falta la causa (final) de la obligación, como si en una convención de dar para dar, habiendo dado uno, no hace lo propio la contraparte, pues entonces el que dio puede recuperar lo dado con aquella acción. En tal caso, cabe decir que lo que falta es el contrato mismo: en efecto, el contrato *do ut des* no llegó a consumarse.

XXII. LA CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA MODERNA, I: LA GENERALIZACIÓN DE CONCEPTOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE SISTEMAS EXPOSITIVOS GENERALES EN LA CIENCIA JURÍDICA DE LA ÉPOCA MODERNA

Parece no haberse hecho ninguna llamada de atención sobre la incidencia que ha tenido en vastos sectores de la construcción dogmático-jurídica uno de rasgos más sobresalientes de la ciencia jurídica de la época moderna, cual fue su tendencia a la generalización y abstracción de los regímenes y disciplinas provenientes del derecho romano y del *ius commune*. Esta tendencia, a su vez, fue impulsada por los ideales sistemáticos, desencadenados primero por el humanismo y seguidos tenazmente después por el iusnaturalismo hasta desembocar en los primeros códigos de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX. La ciencia jurídica medieval por lo general se abstuvo de generalizaciones, y no obstante no haberse mantenido en el nivel casuístico propio de la jurisprudencia romana, tampoco pretendió construir unos esquemas de amplia aplicación a vastos sectores de la institucionalidad, ni tuvo preocupaciones sistemáticas constructivas. En este punto, por lo general, se contentó con aceptar las ordenaciones ofrecidas por sus fuentes, no bien que, dentro de los límites impuestos por éstas, intentara al menos comprender las relaciones no declaradas que unían internamente las distintas materias en las exposiciones del Digesto, el Código y las Instituciones. Todo lo contrario empezó a ocurrir una vez producida la renovación humanística de los estudios jurídicos. La conocida tendencia sistemática de los juristas de los siglos

³²¹ BALDUS, *Commentaria ad CI.* 2, 3, 1, cit. por MEIJERS, M, *Les théories médiévales* cit. (n. 227), p. 389: “Di tú más sutilmente que a veces falta la causa del contrato y a veces la causa de la obligación, esto es, el mismo contrato. En el primer caso no tiene lugar la *condictio ob causam*. Un ejemplo está aquí [sc. en el rescripto], pues la causa por la cual se había contratado es la carencia de hijos. Pero la causa de la obligación no era la carencia de hijos, sino que la convención misma. Por consiguiente, aunque haga defecto la causa del contrato, puesto que no hizo defecto la causa de la obligación y de la tradición, no tiene lugar la *condictio ob causam*; pero cuando haga defecto la causa de la obligación, por ejemplo, doy para que des, este es título del contrato celebrado; si falta este extremo, vale decir, ‘para que des’, hace defecto el mismo contrato y así hace defecto la causa de la obligación, y entonces bien tiene lugar la *condictio ob causam*”.

XVI y XVII aun bajo el influjo del humanismo, que consistió en la búsqueda de nuevas ordenaciones para la materia jurídica, dio lugar a la exigencia de construir conceptos jurídicos superiores de amplia aplicación e incluso universal irradiación hacia los inferiores, y de extender cada vez más el valor de los conceptos transmitidos con la misma función. Esto último es una necesidad de la construcción de sistemas expositivos, porque ninguno puede ser formulado sin partir de unas pocas nociones de generalísima aplicación, que se resuelven en otras todavía generales, pero menos, y así sucesivamente en grado decreciente hasta llegarse a los tipos específicos. Los sistemas se construyen, pues, con base en teorías de diversos niveles de generalidad. Estos juristas modernos no solían encontrar conceptos y teorías tan generales en la jurisprudencia tradicional, vale decir, en aquella del *mos Italicus*, que les sirvieran al efecto, y por fuerza tenían que inventarlos para satisfacer sus necesidades derivadas de la composición de sistemas. Pero esta elaboración de nuevos conceptos y de nuevas teorías al servicio de la formación del sistema no fue sin costo. A menudo, la organización y estructura de las figuras y de las nociones del derecho recibido se vieron afectadas merced a las exigencias de la generalización y del sistema. Lo propio ocurrió debido a la incorporación de nuevas premisas y principios, a menudo de carácter filosófico, que al ser aplicados a los conceptos tradicionales, les provocaron una mudanza. A lo largo de los tres siglos de la época moderna, primeramente en el humanismo, y después en el iusnaturalismo, asistimos a este proceso que es visible en casi todas las materias del derecho. Algunos ejemplos de estos procesos los encontramos en la concepción del contrato como acuerdo dirigido a crear, modificar o extinguir relaciones obligacionales y reales, en contraposición al contrato gayano-justiniano tan solo dirigido a crear obligaciones, que fue impulsada por la necesidad de situar al contrato en los niveles más altos, y por ende abarcadores, del sistema jurídico. También es ejemplo la atribución de efecto real a los contratos que en el derecho romano eran solo títulos de adquisición, pero no modos, como la compra-venta, impulsada esta vez por el principio del consensualismo. Como veremos, la moderna teoría de la causa se vio inducida por ambas exigencias, las del sistema y las de unos nuevos principios.

Podemos adelantar la tesis: esa teoría, tal cual la vemos insinuada por Domat, y después definitivamente elaborada por Pothier, fue el resultado de una extensión a los contratos nominados, de la noción medieval de *causa finalis* perteneciente a los contratos innominados, unificados ambos tipos de contratos bajo la forma de contratos onerosos, y de otra extensión, esta vez del concepto de *causa impulsiva* de los contratos innominados y de las estipulaciones a los contratos gratuitos, en el marco de la construcción de una doctrina del contrato como figura general, que hallara localización en los puntos más altos del sistema jurídico.

El telón de fondo que esta tesis tiene en vista es, pues, el siguiente: los medievales no habían considerado a la causa como elemento de todos los contratos, sino como algo actuante en algunos de ellos –las estipulaciones, los contratos innominados–. Particularmente, no tenía cabida en los contratos nominados. Baldus lo había dicho claramente: “*ita quod stipulatio est contractus aliunde tamen*

*causandus, quod non est in aliis contractibus specificatis, ut in locatione, emptione et venditione et similia, qui sunt causa sui ipsius*³²². Ese punto de vista fue mantenido por el *ius commune* de la época moderna. Esta vez podemos citar el testimonio expreso del jurista español del siglo XVI Antonio Gómez: “*cuius ratio fundamentalis talis est, quia talis stipulatio, vel promissio pura et simplex, est contractus, vel obligatio nimis generalis, quae potest interponi super pluribus causis tam iustis quam iniustis; unde merito requiritur causa, ut sciamus et cognoscamus, an debeat valere, vel non. Alii vero contractus non requirunt causam, quia sunt speciales et particulares et specialiter destinati super sua causa, quae quidem causa est propria forma contractus et dat formam et esse contractui, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, donatio et similes contractus, et ideo in eis non requiritur alia causa*”³²³. Ahora bien, una de las operaciones básicas de la moderna teoría de la causa fue superar este entendimiento, y extender la idea de causa a todos los contratos.

Con el objeto de demostrar esta tesis, deberemos exponer ciertas tendencias que se desarrollaron en la jurisprudencia moderna, porque ellas explican la doctrina de la causa que finalmente triunfó.

XXIII. LA CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA MODERNA, II: LA DOCTRINA DEL PACTUM NON NUDUM A CAUSA

1. Para los glosadores y comentaristas, el concepto superior de la negocialidad obligacional fue el *pactum* (que ellos no se preocuparon mucho de distinguir en abstracto del *contractus*), dividido en *nudum* y *vestitum*. Característica de los *pacta vestita* era precisamente la dotación de un *vestmentum*. Según fueran estos *vestimenta*, resultaba una suerte de nueva división de estos *pacta vestita* en *pacta nominata*, que incluía a los cuatro tipos de las *Institutiones* de Justiniano: *re, verbis, litteris, consensu* más la *donatio*; e *innominata*, abarcadores de los cuatro tipos *do ut des, do ut facias, facio ut des* y *facio ut facias*. Junto a los innominados, hacían fila ciertos pactos vestidos (legítimos y pretorios), de los cuales podemos prescindir aquí.

³²² BALDUS, *Commentaria in Codicem* ad l. *generaliter* CI. 4, 30, 13: “así que la estipulación es un contrato que debe ser causado desde otra parte, lo que no ocurre en los otros contratos especificados, como en la locación, en la compraventa y similares, que son causa de sí mismos”

³²³ GÓMEZ, A., *Commentariorum variarumque resolutionum, De contractibus* cap. XI, núm. 3: “La razón fundamental de lo cual es que tal estipulación o promisión pura y simple es un contrato u obligación de gran generalidad, que puede ser interpuesto sobre muchas causas, tanto justas como injustas; de donde que con razón se requiera causa, para que sepamos y conozcamos si debe valer o no. Pero otros contratos no requieren causa, porque son especiales y particulares, y especialmente atados sobre su causa, la cual causa es una forma propia del contrato y otorga forma y ser al contrato, como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, la donación y otros contratos similares, y por eso en ellos no se requiere otra causa”.

Esta arquitectura compleja se fue aligerando en el ámbito del *ius commune*, merced a una progresiva reducción de los *vestimenta*, que Azo había fijado en siete, hasta que hacia fines del siglo XV los únicos *vestimenta* aceptados fueron el *nomen* de los contratos nominados y la *causa* de los contratos innominados del tipo *do ut des*, etcétera, entendida como *datio vel factum* ejecutados, a modo de *causa efficiens*, sin perjuicio de la *causa finalis* denotada por el “*ut*” (*des* o *facias*). Este proceso ocurrió bajo dos influencias, que por lo demás solieron entremezclarse.

En primer lugar, la derivada de la teoría canonística, en la forma que le había dado Baldus, en orden a que por *pactum nudum* debía entenderse un *pactum nudum a sollemnitate non a causa*, bajo el supuesto de que causa significaba la *causa finalis*, o bien, la meramente *impulsiva*. En eso estaba implícito que los demás *pacta vestita*, en especial aquellos de la tetralogía justiniana *re, verbis, litteris, consensu*, no es que fueran pactos desnudos dotados después con un *vestmentum*, sino que nacían vestidos con su *nomen*, a diferencia de los contratos innominados, que nacían desnudos y después recibían *causa*, que los vestía. Al principio rechazada por los civilistas esta doctrina del derecho canónico, que se mantenían fieles a la teoría placentino-azoniana de los plurales *vestimenta* del pacto, después empezó a ser aceptada también por aquéllos. Lo vimos en Jasón del Maino (¶1519)³²⁴. Con todo, se observa en estos juristas una tensión entre la aceptación plena de la teoría canonística, por un lado, según la cual era suficiente la expresión de causa final o eventualmente impulsiva para vestir al pacto o, para algunos, en caso de no estar expresada, probar la que efectivamente hubieran tenido en consideración las partes al concluir el pacto; y, por otro, las exigencias del derecho civil tradicional, merced al cual la causa debía ser *impleta*, vale decir, ejecutada (por lo que no importaba si había sido expresada o no).

En seguida está la influencia del humanismo. Este rechazó la teoría medieval de los *vestimenta*³²⁵, como era natural, porque no encontraba apoyo directo en las fuentes romanas y no era más que una construcción artificiosa destinada a armonizarlas. En sustitución, la jurisprudencia humanística se atuvo estrictamente a lo que venía expresado en D. 2, 14, 7, 2 y 4: si una convención *transit in proprium nomen contractus*, genera acción; si una convención *in alium contractum non transeat, subest tamen causa*, también la genera; por lo cual la convención que *in alium contractum non transeat y nulla subest causa*, no la produce en cambio. De tales textos, pues, solo se desprende que, dada una convención, ella genera efecto obligacional solo merced al *nomen* o a la *causa*. Con ello, los humanistas prácticamente vinieron a coincidir con los civilistas del *ius commune* que aceptaban las doctrinas del derecho canónico.

³²⁴ Supra XVIII, 2.

³²⁵ NANZ, Klaus-Peter, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs* cit. (n. 178), pp. 69 s.; BIOCCHI, Italo, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, I: *Il cinquecento* (Torino, Giappichelli, s. d. [1997], p. 80 ss.

2. Demos una rápida mirada a autores de diversas tendencias para corroborar lo anterior.

Por el humanismo jurídico hacemos comparecer al humanista alemán Ulrich Zasius (1461 - 1535), en dos lugares. Por un lado: “*Sic pacta liberatoria valent sine adiecta causa... Sed pactum obligatorium non valet sine causa expressa; quia esset nihil si dicerem: paciscor quod tibi obligatus in decem. Hoc pactum est de nihilo...*”³²⁶. Por otro: “*Praeterea pacta cum causae expressione valent, sine causa non valent, nisi tendant ad liberationem*”³²⁷. Se observará, pues, que Zasius exige una *causae expressio* para dar fuerza obligatoria al pacto, pero no dice palabra sobre su *implementum*. También podemos citar al humanista francés Franciscus Connanus (†1551): “*Ex ante dictis recte concludit Ulpianus nudam pactionem non parere obligationem: nuda autem est, quae praeter verborum promissionem nihil habet: puta si nulla causa adiecta est.; aut adiecta, sed non impleta; aut impleta, sed non propter conventionem; aut propter conventionem impleta, sed turpis est et iniusta*”³²⁸. Connanus, como se ve, pone su acento en la presencia o ausencia de *causa (impleta)*, si bien circunstanciada. Por su parte, el asimismo humanista Jacobus Cuiacius (†1590) definía al *pactum nudum* como “*conventio sine nomine proprio et sine causa*”³²⁹, en donde vemos expresamente emerger la dualidad *nomen - causa*.

Como representante de la jurisprudencia española del siglo XVI, podemos citar a Diego de Covarrubias (1512 - 1577), en quien leemos: “*Dicuntur haec pacta nuda, per metaphoram, quia simplicia omnique legum auxilio viribusque sunt destituta. His autem solent extrinsecus multa accedere, quae hanc nuditate tollunt: nempe verborum sollemnis forma, id est stipulatio, rei traditio, causae expressio, ut causa donationis, aut alicuius rei agenda, aut contractus aliquis praecedens, cui pactum nudum ipsum ex conventu tantum accesserit*”³³⁰.

³²⁶ ZASIUS, U., *Commentaria in Digesta ad l. eius qui, vers. quas vero, D. 22, 3, 25*: “Así, los pactos liberatorios valen sin agregación de causa... Pero un pacto obligatorio no vale sin una causa expresada; pues sería como nada si dijere: pacto por diez, supuesto que te esté obligado: este pacto es sobre nada...”. SÖLLNER, A., *Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht* cit. (n. 178), p. 266.

³²⁷ ZASIUS, U., *Paratitla in primam Digesti veteris partis ad l. iuris gentium § sed cum nulla D. 2, 14, 7, 4, núm. 14*: “Por lo demás, los pactos con expresión de causa valen, sin causa no valen, a no ser que tiendan a la condonación”.

³²⁸ CONNANUS, F., *Commentarii de iure civili, l. V de pactis, c. 2, núm. 1*: “A partir de lo dicho antes, rectamente concluye Ulpiano que la nuda pacción no genera obligación: pero es nuda la que nada tiene más allá de la promesa de palabras, por ejemplo, si ninguna causa le fue agregada; o habiéndole sido agregada, no fue cumplida; o habiéndose cumplido, lo fue no en razón de la convención; o habiéndose cumplido en razón de la convención, es torpe o injusta”.

³²⁹ CUIACIUS, J., *Opera omnia*, V, col. 55 (cit. por MAYER-MALY, Theo., *Der Konsens als Grundlage der Verträge*, en *Festschrift für Erwin Seidl zum 70. Geburtstag*, Köln, Hanstein, s. d., 125).

³³⁰ COVARRUBIAS, D., *Const. sec. ex rubr. de pactis*, l. VI, p. II, *Relect. C. Quamvis pact. de pactis* in 6 § IV, núm. 18: “Estos pactos se llaman nudos por metáfora, porque los simples están destituidos de todo auxilio y fuerza de la ley. Pero a ellos suelen acceder extrínsecamen-

Covarruvias, como se puede ver, no abandonaba la idea de los varios *vestimenta* posibles (aunque no los menciona bajo este nombre), pero a algunos de los tradicionales (*verbis, rei traditio, cohaerentia contractus*), agrega la canónica *causae expressio*³³¹. Ahora bien, para Covarruvias era clara la diferencia entre los derechos civil y canónico: “*constat discrimen maximum inter iura Pontificia et civilia: quia iure civili tunc demum pactum alioqui nudum fomentum a causa recipit, cum eius sit effectus sequutus, non ex simplici tantum eius appositione*”³³².

Si ahora vamos al *usus modernus Pandectarum*, la idea de la *causae expressio* la encontraremos, por ejemplo, en Matthaeus Wesembeck (†1586): “...*in genere in omnibus pactis obligatoriis numquam praesumi causam donationis, nisi exprimatur: eoque, nulla expressa causa, pactum nullius rei momentique esse*”³³³. Pero esta vez, el jurista se contenta con exigir tan solo la expresión de la causa y nada más.

Por la ciencia italiana del siglo XVI, podemos invocar a Francesco Mantica (1534 - 1614), en un sentido no diverso al de Covarruvias: “*Novissime pactum nudum videtur vestiri a causa*”³³⁴. También: “...*consequens est dicere, ut si conventio iustam habeat causam, civilem producat actionem*”³³⁵. Mas, para Mantica, la causa debe subseguir efectivamente: “*Neque huic sententiae obstant iura superius deducta: quia non dicunt simpliciter, quod si pactum iustam habeat causam producat civilem praescriptis verbis actionem, sed cum implementum causae est subsequutum*”³³⁶.

Un interesante resumen de las doctrinas canonísticas y civilísticas encontramos en Luis de Molina (1535 - 1600), a quien traemos como representante de la

te muchas cosas, que les quitan tal desnudez, a saber: una forma solemne de palabras, vale decir, la estipulación; la tradición de un objeto; la expresión de causa, como la causa de donación o de actuar alguna otra cosa; o algún contrato precedente, al cual el mismo pacto nudo accedió tan sólo como convenio [sc. añadido]”.

³³¹ Correspondiente al antiguo *rei interventus*, bajo la forma de *impletio*.

³³² COVARRUVIAS, D., *Relectio de pactis, c. quamvis pactum*, pars II, párr. IV, n. 14: “Consta haber una diferencia máxima entre los derechos Pontificios y civiles: pues, por derecho civil un pacto nudo recibe el fomento de la causa en otro sentido, cuando haya subseguido su efectuación, no tan solo de su simple aposición”.

³³³ WESEMBECK, M., *In Pandectas iuris civilis et Codicis Iustiniani libros IIX commentarii in D. 2, 14 núm. 5*: “...en general, en todos los pactos obligatorios nunca se presume la causa de donación, a no ser que se exprese, y por esto, no habiéndose expresado la causa, el pacto es absolutamente nulo”.

³³⁴ MANTICA, F., *Vat. Lucubrat. Lib. XXIII, tít. 8, núm. 1*: “Novísimamente, parece que el pacto nudo se viste por una causa”.

³³⁵ *Ibíd.*: “...es consecuente decir que si una convención tiene una justa causa, produce una acción civil”.

³³⁶ *Ibíd.*, núm. 12: “Ni obsta a esta opinión el derecho invocado más arriba, porque no dice así, simplemente, que cuando un pacto tiene justa causa produce la acción civil *praescriptis verbis*, sino cuando el cumplimiento de la causa ha subseguido”.

Segunda Escolástica. Al tema de los pactos nudos canónicos dedica la *disputatio* 257 de su gran tratado *De iustitia et iure* (parte de *contractibus*). Dentro de ella, la *causa* aparece examinada en los párrafos 4 a 11. La diferencia entre el derecho civil y el derecho canónico, en orden a contentarse aquél con la simple expresión de causa, pero a exigir aquél su ejecución, viene destacada e ilustrada en el párrafo 10³³⁷: “*Latissimus esse discriminem inter jus civile et jus canonicum, dum dicimus, jure civili non concedi actionem ex pacto nudo, si tamen vestiatur superventu causae, dari eodem civili jure actionem, ut disp. 255 ostensum est: et dum hac disputatione dicimus, ut ex pacto nudo compellatur, necessariam esse causae expressionem, aut probationem. Illis namque sermo est de causa exequutioni mandata quae proinde pactum vestit, neque illud reliquit intra limites pacti nudi; hic vero sermo est de causa expressa in ipso pacto aut aliunde probata, vel quam reus confiteatur, sive illa exequutioni sit mandata, sive non. Verbi gratia, si Petrus paciscatur cum Joanne, se illi daturum mutuo centum, neque illa tradiderit: cum mutuuum includat causam onerosam, nempe ut Joannes totidem post ea restituat, de jure canonico concedetur Joanni actio adversus Petrum, ut illa mutuo det; de jure vero civili actio ei denegabitur: eo quod illud sit pactum nudum, ex neutraque parte facta sit ulla traditio, seu adimpletio; quae adimpletio causae, pactum nudum vestiens appellatur. Si item Petrus et Joannes publico instrumento absque stipulatione convenerunt ut tali die commutarent bovem pro decem ovibus, atque ex neutra parte facta sit ulla traditio, de jure canonico unicuique eorum, adversus alterum renuentem, concedetur actio: eo quod expressa fuit causa, ob quam dare pactum est, nempe in commutationem pro alia re; de jure tamen civili non conceditur, quoniam illud est pactum nudum nondum vestitum superventu causae, ad impletionemve ex altera parte contrahentium*”³³⁸.

³³⁷ Sobre el tema: BIROCCHI, I., *Causa e categoria generale* cit. (n. 325), pp. 260 ss.

³³⁸ MOLINA, Luis de, *De iustitia et iure*, pars II, disput. 257, núm. 10: “Muy amplia es la diferencia entre el derecho civil y el derecho canónico: mientras decimos que por derecho civil no se concede acción en virtud de un nudo pacto, pero que si resultan vestidos por el evento de una causa, se da acción por el mismo derecho, como quedó de manifiesto en la disputación 255, mientras que en esta disputación decimos ser necesaria la expresión de una causa o su prueba, para que haya compulsión merced a un pacto. Pues en aquel, el discurso versa sobre una causa ejecutada, que por ello viste al pacto, y no lo deja dentro de los límites del pacto nudo; en éste, en cambio, el discurso trata de una causa expresada en el mismo pacto o probada en otro lugar, o que el reo confiesa, háyase ejecutado o no. Por ejemplo, si Pedro pacta con Juan que le dará cien en mutuo, pero no le entrega la cantidad: puesto que el mutuo incluye una causa onerosa, a saber: que Juan restituya totalmente la cantidad después de la tradición, por derecho canónico se concederá a Juan una acción contra Pedro, para que le dé la cantidad en mutuo; pero por derecho civil se le denegará la acción, por tratarse de un pacto nudo, a partir del cual ninguna de ambas partes hizo la tradición o cumplimiento, el cual cumplimiento de la causa se dice ser el que viste al pacto nudo. También si Pedro y Juan, mediante instrumento público aunque sin estipulación, convinieron que en tal fecha permutarían un buey por diez ovejas, y por ninguna de ambas partes se hizo alguna tradición, por

3. También fuera necesario agregar que en muchos juristas se impuso una doctrina nueva como válida en el ámbito de sus derechos nacionales. Esa doctrina consistía en atribuir efecto obligacional a los pactos nudos, incluso no necesariamente con referencia a la causa, debido a singulares circunstancias de algún ordenamiento particular. El caso típico fue el de Castilla, en donde el capítulo 16 del *Ordenamiento de Alcalá*, que regía desde 1348, había dispuesto que quedara obligado el que se quiso obligar por promesa, cualquier contrato o de alguna otra manera sin que pudiera alegarse que no hubo estipulación. Los juristas del siglo XVI interpretaron esa ley en el sentido de que cualquier pacto obliga si expresa causa, vale decir, la interpretaron a la luz del derecho canónico³³⁹, aunque originalmente, por cierto, ella no tuvo en cuenta la teoría de la causa en los pactos canónicos, que fue muy posterior, como que remonta a Baldus (†1400). También para Francia está atestiguado que la práctica del pacto nudo, entendido como *convention simple (nuda pactio)*, “*c’est-à-dire don’t on n’apperçoit pas de cause effective*”³⁴⁰, terminó por ser aceptado, en el entendido de tener causa expresa, aunque, como dice el texto, no efectiva, esto es, no ejecutada, en los términos, por ende, de la doctrina canonística.

Pero no podemos ahondar más en este tema³⁴¹.

4. Para finalizar este punto, recalquemos que la distinción *nomen - causa* implica la distinción de *contractus nominati e innominati*. Si se tiene presente que un *nudum pactum* es aquel que carece de *nomen* y *causa*, entonces podemos sintetizar el sistema convencional a que ya el siglo XVI se acercó bajo este esquema:

$$\text{Conventio} \left\{ \begin{array}{l} \text{Pactum nudum} \\ \text{Pactum non nudum} \end{array} \right. \left\{ \begin{array}{l} \text{A nomen: contractus nominati} \\ \text{A causa: contractus innominati} \end{array} \right.$$

Esto explica que en el siglo XVII, la definición usual del contrato fuera la de “una convención que tiene nombre por derecho civil, o causa” (“*conventio no-*

derecho canónico se concede acción a cada uno de ellos en contra de la otra parte renuente, porque la causa por la cual se pactó dar, vale decir, la permutación por otra cosa, fue expresada; mas, por derecho civil, no se concede, porque aquel es un pacto nudo todavía no vestido por el evento de una causa, bajo la forma de cumplimiento de una de las partes contratantes”.

³³⁹ Véase MOLINA, Luis de, *De iustitia et iure*, lib. II, disput. 257, párr. 10.

³⁴⁰ BANNELIER, J., *Traité de droit français à l’usage du duché de Bourgogne et des autres pays qui ressortissent au Parlement de Dijon* (Dijon, 1757), VII, 510 cit. por BART, J., *Pacte et contrat dans la pratique française*, en BARTON, John (ed.), *Towards a General Law of Contract* (Berlín, Duncker and Humblot, 1990), p. 131.

³⁴¹ Para el ámbito germánico: BIROCCHI, Italo, *La questione dei patti nudi nella dottrina tedesca dell’ Usus modernus*, en BARTON, John (ed.), *Towards a General Law of Contract* (Berlín, Duncker und Humblot, 1990), pp. 139 ss. Para Holanda, FEENSTRA, Robert, *Pact and Contract in the Low Countries from the 16th to the 18th Century*, *Ibid.*, pp. 197 ss.

men habens a jure civili vel causam”).

Nos lo asegura Arnoldus Vinnius (1588 - 1657) en su célebre *Commentarius* de 1642: “4. De iis, quae ex contractu] *Quid sit contractus, intelligi non potest, nisi prius in genere constet, quid sit conventio: est enim contractus species conventionis... Conventio seu pactio (idem enim haec duo, et item pactum in genere sumptum, valent) est duorum vel plurium in idem, placitum et consensus... In idem] id est, id eandem rem, in hoc, ut aliquid fiat, aut non fiat, prout placuit. 5. ...Privata conventio aut nuda est aut non nuda... Non nudam conventionem Doctores vulgo vestitam et pactum vestitum appellant, verbo magis quam sensu inconcinuo. 6. Nuda conventio est, quae in nudis placiti et conventionis finibus stat, nec certum nomen habens, nec ullam obligandi causam praeter conventionem... 9. Conventio non nuda sive vestita est., quae puri placiti fines agreditur: quod ex duabus notis cognoscitur, si proprium nomen sortita est, vel si praeter conventionem alia obligandi causa subsit, id est, si negotium civile gestum sit... Haec conventionis species uno verbo appellatur contractus. Et igitur contractum sic definitio; Contractus est conventio habens nomen speciale, aut eo deficiente civilem obligandi causam... Causam definitio dationem vel factum certa lege, puta si quid tibi dedi aut feci ea lege, ut vicissim mihi aliquid dares aut faceres... alias negotium dicitur... et negotium civile...id est., tale, quod constituit synállagma: unde obligatio et actio civilis; ne quis hic somniet de causa impellente aut finali, quae paciscentes movit: nam talis causa etiam in nudis pactis est”³⁴². Entre otras cosas interesantes, destacamos la definición del contrato como “*Contractus est conventio habens nomen speciale, aut eo deficiente civilem obligandi causam*”.*

³⁴² VINNIUS, A., *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis* (1642, Ludguni, 1699), lib. III, tít. 14, párrafos 5, 6, 9: 4. “Acerca de aquellas que por contrato’] No puede entenderse qué cosa sea contrato sin que primeramente se sepa qué cosa es convención en general; pues el contrato es una especie de convención... La convención o pacto (pues tomada esta última en general es lo mismo que aquella) es el consentimiento de dos o más en una misma cosa... ‘En una misma cosa’] esto es para que se haga o no se haga una cosa, según se hubiera convenido... 5. ...La convención privada es nuda o no nuda... Los doctores vulgarmente llaman vestida y pacto vestido a la no nuda, siendo más ajena e impropia la palabra que el sentido. 6. La convención nuda es aquella que se encierra en los límites de la convención y del consentimiento, sin que tenga nombre ni otra causa de obligar mas que la convención... 9. La convención no nuda o vestida es aquella que sale de los límites del mero consentimiento, lo que se conoce por dos circunstancias: primera, si tuviere un nombre propio; y segunda, si además de la convención hay otra causa de obligar, esto es, si se ha celebrado un negocio civil.... Esta especie de convención se llama con una sola palabra: contrato, y así se define este último de este modo: contrato es una convención que tiene un nombre especial o, a falta de él, una causa civil de obligar... Por causa entiendo la dación o un hecho verificados con cierta condición: por ejemplo, si te di o hice alguna cosa con la condición de que a tu vez me dieses o hicieses otra... llamándose en otras partes negocio... y también negocio civil... esto es, tal que constituya un synállagma: de donde la obligación y la acción civil; para que alguno no sueñe que aquí se trata de una causa impulsiva o final que mueva a los contratantes; pues semejante causa existe también en los pactos”.

Algo semejante viene a decir Samuel Pufendorf (1632 - 1694) en su *De iure naturae et gentium* (1672): “*Interpretes iuris Romani in hoc fere consentiunt: quod pacto generis locum adsignent, illudque in universum definiant consensum vel conventionem duorum pluriumve in idem placitum. Dein pactum dividunt in pactum specialiter sic dictum et contractum. Illud ipsis est duorum pluriumve in idem placitum conventio, destituta et nomine et causa, seu quod eodem putant recidere, destituta vi intrinseca civiliter obligandi. Idque iterum dividunt in nudum et non nudum... Uterius tradunt: conventiones excedere terminos nudi pacti vel secundum intrinsecam suam naturam, vel propter externam legis civilis confirmationem, seu extrinsecam eius adistentiam... Intrinsecam porro illam naturam ex duplici ratione provenire. Quosdam quippe generali nomine conventionum non stare, sed transire in proprium nomen contractus. Quibusdam autem, etsi nomine proprio et peculiari forma destitutis, subesse tamen causa, id est promissi implementum, seu dationem rei vel facti praestationem. Et hos proprie vocari contractus, qui suapte vi obligationem efficacem producant*”³⁴³. De la última parte de este texto se deduce la definición de *contractus* como convención con nombre o causa.

La situación no varió en el siglo XVIII. Así lo vemos a través de los *Elementa iuris civilis* (1725) de Iohannes Heineccius (1681 - 1741): 772. “*Factum obligatorium aliud licitum est, aliud illicitum: illud dicitur conventio, hoc delictum vel maleficium... 773. Conventio vel pactio est duorum in idem placitum consensus de re soluenda, id est facienda vel praestanda... 774. Sed non omnibus conuentionibus adsistit ius civile, verum quibusdam tantum, et iis maxime, quibus vel causa civilis, et legibus probata subest, vel quibus singulare nomen et cognominem actionem iura dederunt. Et hae conuentiones contractus; reliquae pacta vocantur. 775. Pactum ergo est conuentio destituta nomine et causa, (id est, datione vel facto,) quae obligationem civilem sua natura producere possit, vel est nuda rei vel facti in futurum promissio. 776. Contractus sunt conventiones, quae habent nomen vel causam praesentem, sua natura civiliter obligantem*”³⁴⁴. Nue-

³⁴³ PUFENDORF, S., *De iure naturae et gentium* (1672), lib. V, cap. 2, párr. 2: “Los interpretes del derecho romano casi concuerdan en asignar al pacto el lugar de un género, y en definirlo todos como consenso o convención de dos o más en el mismo acuerdo. Después dividen al pacto en pacto propiamente dicho y contrato. Para los mismos, aquel es la convención de dos o más en el mismo acuerdo, destituida de nombre y de causa o, lo que para ellos es lo mismo, destituida de una intrínseca fuerza de obligar civilmente. Y enseguida lo dividen en nudo y no nudo... Todavía enseñan que las convenciones exceden los límites del pacto nudo, ora según su intrínseca naturaleza, ora merced a la confirmación externa de la ley civil, vale decir, a su asistencia extrínseca. Por lo demás, aquella naturaleza intrínseca proviene de dos razones. Algunas [sc. convenciones], en efecto, no permanecen en el nombre general de convención, sino que transitan a un propio nombre de contrato. Otras, empero, aunque destituidas de un nombre propio y de una forma peculiar, tienen sin embargo debajo una causa, esto es, el cumplimiento de lo prometido consistente en la dación de la cosa o en la prestación del hecho. Y estos se llaman propiamente contratos, que por fuerza propia producen obligación eficaz”.

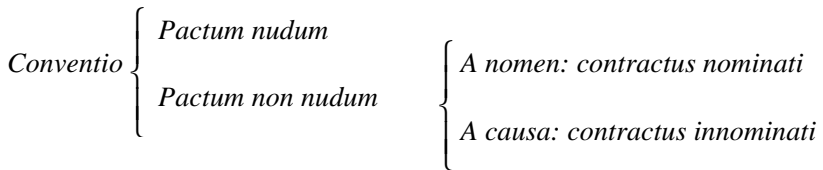
³⁴⁴ HEINECCIUS, J. G., *Elementa iuris civilis secundum ordinem institutionum*, en *Opera omnia*,

vamente, pues, nos encontramos con la acostumbrada definición de los contratos como “*conventiones, quae habent nomen vel causam praesentem*”.

En fin, el mismo testimonio, aunque para desechar su contenido, lo que ahora no interesa, nos ofrece Robert-Joseph Pothier (1699 - 1772) en su *Traité des obligations* (1761): “*De là il suit que, dans notre droit, on ne doit point définir le contrat, comme le définissent les interprètes du droit romain: conventio nomen habens a jure civili vel causam*”³⁴⁵.

XXIV. LA CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA MODERNA, III: LA DISOLUCIÓN DE LAS DIFERENCIAS DE *PACTUM NUDUM* Y *NON NUDUM* Y DE *CONTRACTUS NOMINATUS* E *INNOMINATUS*

1. Ahora bien, en forma paralela al asentamiento en el *ius commune* del esquema convencional que antes hemos presentado, y ahora repetimos:



tuvo lugar su demolición por obra de las escuelas reformistas, especialmente del humanismo y del iusnaturalismo. Por un lado, estuvo la abolición de la diferencia de *pacta nuda* y *non nuda*; por otro, la cancelación de la diferencia de *contractus nominatus* y *contractus innominatus*. En tales condiciones, el esquema quedó reducido a *conventio* = *pactum* como género y *contractus*, como especie. En consecuencia de ello, empezó a emerger la categoría del *contractus* como general y central del sistema obligacional. Ahora bien, la clave que explica esta operación unificadora es el consensualismo.

El consensualismo postula ser suficiente que dos personas lleguen a un acuerdo de cualquier modo manifestado, en orden a obligarse unilateral o recíprocamente, para resultar efectivamente obligados así. El modelo de la estructura consensual es, pues, el *nudum pactum* del derecho romano y del *ius commune*, aun-

Genevae, 1768, V, párrafos: “772. Los hechos obligatorios son o lícitos, como las convenciones, o ilícitos, como los delitos o maleficios... 773: Convención o pacto es el consentimiento de dos personas en el mismo parecer acerca de tener que pagar una cosa, vale decir, de hacer o prestar... 774. Pero el derecho civil no asiste a todas las convenciones, sino solamente a algunas, y máximamente a aquellas que o tienen causa civil debajo aprobada por las leyes, o a las que los derechos dieron un nombre particular y una acción de este mismo nombre. Estas convenciones se llaman contratos; las demás, pactos. 775. Por tanto, pacto es una convención destituida de nombre y de causa (esto es, de dación o de hecho), que pueda por su naturaleza producir obligación civil; o también es una nuda promesa de una cosa o de un hecho futuro. 776. Los contratos son convenciones que tienen nombre o causa presente civilmente obligante por su naturaleza”.

³⁴⁵ POTHIER, R.-J., *Traité des obligations*, párr. 3.

que, como sabemos, en ninguno de ellos se atribuyó efecto obligacional a ese acto. La operación del derecho moderno consistió, pues, en atribuir tal efecto al *nudum pactum*, si así quiere resumirse esa operación.

Fuera excesivo describir aquí los hitos de la formación del moderno consensualismo. Basta con limitarnos a meramente recordar su conocida afirmación ya en Grocio y su consolidación en sus sucesores de la escuela iusnaturalista, entre los principales: Pufendorf, Thomasiaus, Wolf; y con verificar la recepción del principio en autores con intereses dogmáticos, como Jean Domat (1625 - 1696) y Robert-Joseph Pothier (1699 - 1772). Así, el primero: “*Les conventions s’accomplissent par le consentement mutuel donné et arrête réciproquement*”³⁴⁶; y el segundo: “*Une convention ou un pacte (car ce sont termes synonymes), est le consentement de deux ou de plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement ou pour résoudre un précédent, ou pour le modifier./ L’espèce de convention qui a pour objet de former quelque engagement, est celle qu’on appelle contrat... dans notre droit, on ne doit point définir le contrat, comme... mais qu’on le doit définir: une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou seulement l’une des deux, promettent et s’engagent envers l’autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose*”³⁴⁷. Todavía: “*Le contrat renferme le concours des volontés de deux personnes...*”³⁴⁸.

2. Aceptado el consensualismo como principio formativo de todo acto obligacional, las viejas distinciones caían por falta de base. Si para obligarse basta el consenso, y si un *pactum* consiste primordialmente en un consenso, careció de todo interés distinguir los *pacta nuda* y los *pacta non nuda*, pues ambos, por ser consensuales, obligan. Por otra parte, si para obligarse basta el consenso, y nada más se requiere, también careció de interés distinguir los *contractus nominati*, que además exigen *nomen* para obligar, y los *contractus innominati*, que exigen *causa* para lo mismo.

Es cierto, que los consensualistas no siempre fueron consecuentes con el principio que defendían al enfrentarse con los contratos reales, como el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda, que en el derecho romano y en el *ius commune* exigían, aparte un acuerdo, la entrega de la cosa. Los consensualistas hubieran debido abolir la categoría de los contratos reales y transformar a todos ellos en consensuales. Pero el costo que ello implicaba, a saber: eliminar la obligación restitutoria propia de estos contratos, que no puede darse por nacida mientras no preceda la entrega de la cosa que después se devolverá, de modo de convertirlos ora en un acuerdo que solo obliga a una entrega futura, ora en un acuerdo que obliga a una entrega y a una recepción futuras, no fue algo que ellos estuvieron dispuestos a pagar, y de esta manera la figura del contrato real, tal cual había sido

³⁴⁶ DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (ed. Remy, Paris, 1835), 1ª parte, lib. I, tít. 1, sec. 1ª, párr. 8.

³⁴⁷ POTHIER, R.-J., *Traité des obligations*, párr. 3.

³⁴⁸ *Ibíd.*, párr. 4.

diseñada por el derecho romano y aceptada por el *ius commune*, permaneció como un cuerpo extraño en el derecho moderno de contratos, oficialmente regido por el principio consensualista.

También los viejos contratos innominados representaron una dificultad, porque asimismo ellos tenían estructura real, ya que, consistiendo en un acuerdo inicial consensual, los contratos del tipo *do ut* se perfeccionaban con la ejecución (*implementum*) de la *datio*, y los contratos del tipo *facio ut*, con la ejecución del *factum*. Pero esta dificultad era superable merced a la simple abolición del *implementum*, de modo que las partes quedaran obligadas a cumplir en el futuro la *datio* o el *factum* programados en la convención consensual inicial. Así, por ejemplo, la *permutatio*, que obedecía al tipo *do ut des*, pudo ser convertida en consensual, de guisa que ahora los permutantes, por haber convenido en cambiar dos cosas, quedaron obligados a dárselas recíprocamente, sin necesidad de esperar a que una de ellos diera efectivamente lo suyo a la otra para tener por perfecto al contrato³⁴⁹. Por lo demás, en esto el derecho canónico se había adelantado a los iusnaturalistas.

3. En Hugo Grotius (1583 - 1645), la desconsideración de la diferencia de *nuda pacta* y *pacta non nuda* está implícita, pues no dice palabra alguna sobre esa distinción ni, por cierto, la usa. De pasada alude a la noción de *pactum nudum* y a su carencia de efecto obligacional como doctrinas que: “...*respiciunt id, quod Romanis legibus erat introductum*”³⁵⁰, vale decir, como algo del pasado. En cambio, expresamente desatiende la distinción de *contractus nominati* e *innominati*. Después de referirse a ella, añade: “*At jus naturae ignorat haec discrimina... Nos ergo naturam sequentes, contractus omnes diremtorii, nullo nominatorum aut innominatorum discrimine, ad tria quae diximus genera revocabimus*”³⁵¹.

En el *De iure naturae et gentium* (1672) de Samuel Pufendorf (1632 - 1694) encontramos un repudio expreso a las viejas categorías de los doctores del *ius commune*: “*Interpretes iuris Romani in hoc fere consentiunt: quod pacto generis locum adsignent... Dein pactum dividunt in pactum specialiter sic dictum et contractum. Illud... est... conventio... destituta et nomine et causa... Idque iterum dividunt in nudum et non nudum... Ulterius tradunt: conventiones excedere terminos nudi pacti... ex duplici ratione provenire. Quosdam quippe generali nomine conventionum non stare, sed transire in proprium nomen contractus. Quibusdam autem, etsi nomine proprio et peculiari forma destitutis, subesse tamen*

³⁴⁹ Véase: DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, lib. I, tít. III; WOLFF, Chr., *Ius naturae methodo scientifica pertractatum*, párr. 880; POTHIER, R.-J., *Traité du contrat de vente*, párr. 621

³⁵⁰ GROTIUS, H., *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 11, párr. 4: “...miran a algo que había sido introducido por las leyes romanas”.

³⁵¹ GROTIUS, H., *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12, párr. 3: “Pero el derecho natural ignora estas diferencias... Nosotros, pues, siguiendo a la naturaleza, reducimos todos los contratos dirimentes, sin ninguna diferencia de nominados o innominados, a los tres géneros que antes expresimos”. Para la noción de *contractus diremtorii*: infra XXV, 1.

*causa... Et hos proprie vocari contractus, qui suapte vi obligationem efficacem producant*³⁵². Después de esta exposición, añade: “*Enimvero cum productio actionis in foro civili sit pactis extrínseca, nostrum autem sit, quam ex sua natura eadem vim habent explicare, igitur eam divisionem ita presse sequi nobis heic non licet*”³⁵³. La única distinción de los pactos que Pufendorf acepta es en negativos, dirigidos a que no se pida dar o hacer algo, que solo dan excepción; y positivos, orientados a que algo se dé o haga, los cuales generan obligación cuando versan sobre cosas y conductas que vienen en comercio y suponen dominio y precio de las cosas, evento en el cual toman el nombre de contratos³⁵⁴. De acuerdo con ello, Pufendorf finalmente distingue los pactos estrictamente dichos (*pacta presse dicta*) y los contratos. Por los primeros entiende los pactos negativos, que solo dan excepción, y por los segundos, los pactos positivos que versan sobre la materia antes dicha, que generan obligación y acción, de los cuales trata en capítulo 2 del libro V: *De contractibus qui pretia rerum praesupponunt in genere*³⁵⁵.

Christian Thomasius (1655 - 1728) da un paso más avanzado aun, consistente en la abolición de la diferencia entre pactos y contratos. En el capítulo 7 del libro II de sus *Institutiones iurisprudentiae divinae* (1688)³⁵⁶, bajo la rúbrica “De los deberes de aquellos que pactan” (*de officio paciscentium*), en efecto, se examina el acto que para él recibe indistintamente el nombre de *pactum* o *contractum*, porque “*ignorat Jurisprudentia divina istam pactorum et contractorum divisionem, cum ea tota, quanta quanta sit, originem debeat Romanis*”³⁵⁷. Más adelante verifica que de la antigua regla “*pactum nudum actionem producere non debere*” tuvieron origen las “*distinctionem inter pacta nuda et non nuda, horum in legitima et adjecta; adjectorum in nescio quas subspecies obscurissimas, quarum*

³⁵² PUFENDORF, S., *De iure naturae et gentium* (1672), lib. V, cap. 2, párr. 2: “Los intérpretes del derecho romano casi concuerdan: en asignar al pacto el lugar de un género... Después dividen al pacto en pacto propiamente dicho y contrato. Para los mismos, aquél es la convención... destituida de nombre y de causa... Y enseguida lo vuelven a dividir en nudo y no nudo... Todavía enseñan que las convenciones exceden los límites del pacto nudo... por dos razones. Algunas [sc. convenciones], en efecto, no permanecen en el nombre general de convención, sino que transitan a un propio nombre de contrato. Otras, empero, aunque destituidas de un nombre propio y de una forma peculiar, tienen sin embargo debajo una causa... Y estos se llaman propiamente contratos, que por fuerza propia producen obligación eficaz”.

³⁵³ *Ibíd.*: “sin embargo, como la producción de acción en el foro civil sea algo extrínseco a los pactos, nuestra tarea es explicar que por su naturaleza tienen la misma fuerza, y por ende casi no nos es consentido seguir aquí esa división”.

³⁵⁴ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. V, cap. 2, párr. 3.

³⁵⁵ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. V, cap. 2.

³⁵⁶ Ed.: THOMASIUS, Christian, *Institutionum jurisprudentiae divinae libri tres* (Hala Magdeburgicae, 1720).

³⁵⁷ THOMASIUS, Christian, *Institutionum jurisprudentiae divinae libri tres* lib. II, cap. 11, párr. 59: “La jurisprudencia divina ignora esta division de pactos y contratos, comoquiera que ella, cuanta y cuanta sea, debe su origen a los romanos”.

*singulae infinitis litigiis inter Jctos dederunt occasionem ortae sunt*³⁵⁸; y que “*eidem fonti originem debent divisiones contractuum in nominatos et innominatos*”³⁵⁹, a todo lo cual siguen sus acostumbradas quejas y diatribas contra Triboniano y el derecho justiniano.

En *Les lois civiles dans leur orde naturel* (1689 - 1694) de Jean Domat (1625 - 1696), encontramos las siguientes afirmaciones: “1. *Ce mot de convention est un nom general, qui comprend toute sortes de contrats, traités et pactes de toute nature.* 2. *La convention est le consentement de deux ou plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement ou pour en résoudre un précédent, ou pour y changer.* 4. *Les communications et les commerces pour l’usage des persones et celui des choses, sont de quatre sortes, qui font quatre espèces de conventions...* 7. *De ces différentes sortes de conventions, quelques-unes sont d’un usage si frequent et si connu, qu’elles ont un nom propre... et il y en a qui n’ont pas de nom propre... Mais toutes les conventions, soit qu’elles aient ou n’aient point de nom, ont toujours leur effete, et elles obligent à ce qui est convenu*³⁶⁰. Domat, como podrá apreciarse, incluso exageró hasta el límite posible la desconsideración de las viejas distinciones del *ius commune*, pues para él convención, pacto y contrato son lo mismo, en lo que va envuelta la abolición de las dicotomías *pacta nuda - non nuda*. En cuanto a la distinción de *contractus nominati* e *innominati*, la mantiene, pero reducida a una cuestión de frecuencia de uso, y sin virtualidad alguna, pues ambas especies obligan de la misma manera, sin adiciones especiales para cada una.

Iohannes Heineccius (1681 - 1741), como iusnaturalista en sus *Elementa iuris naturae et gentium* (1737) adopta una distinción, inspirada en Pufendorf, que concierne a la materia, muy diferente a la que le vimos adoptar como civilista en sus *Elementa iuris romani*. Leemos en esa obra: “*Quamvis inter pacta et contractu iure naturae nihil sit discriminis, dum utrumque negotium utriusque consensu capit substantiam, dici tamen potest, contractus ex vetere loquendi consuetudine, ad rerum operarumve commercium, pacta ad alia res factave, quae in commercio esse non solent, pretiñere*”³⁶¹. Así, por ejemplo, el enlace matrimonial, que no

³⁵⁸ THOMASIIUS, Christian, *Institutionum jurisprudentiae divinae libri tres* lib. II, cap. 11, párr. 63: “De aquí se originaron las distinciones entre pactos nudos y no nudos; de éstos, en legítimos y agregados; de los agregados en no sé que especies obscurísimas, cada una de las cuales dio ocasión a infinitos litigios entre los jurisconsultos”.

³⁵⁹ THOMASIIUS, Christian, *Institutionum jurisprudentiae divinae libri tres* lib. II, cap. 11, párr. 64: “A la misma fuente deben su origen las divisiones de los contratos en nominados e innominados...”. Con “fuente”, Thomasius se refiere a los romanos.

³⁶⁰ DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Iª parte, lib. I, tit. 1º, sec. 1ª, párrafos 1, 2, 4, 7.

³⁶¹ HEINECCIUS, J. G., *De iure naturae et gentium*, lib. I, cap. 13, párr. 385: “Aunque por derecho de la naturaleza no haya ninguna diferencia entre pactos y contratos, en tanto uno y otro negocio recibe su sustancia del consenso de una y otra parte, puede sin embargo decirse, merced a la antigua costumbre de hablar, que el contrato pertenece al comercio de las cosas y de los servicios, y el pacto a las demás cosas y hechos que no suelen estar en el comercio”.

atañe a algo que esté en el comercio, constituye –dice– solo un pacto. Pero claramente se ve que en las cosas que entran en el comercio de los hombres, *pacta* y *contractus* son equivalentes.

En Christian Wolf (1669 - 1754), *Institutiones iuris naturae et gentium* (1750), la identificación es completa. Por un lado: “*Conventio est actus, quo duo vel plures idem decernunt, seu in idem agendum aut non agendum consentiunt... Conventiones... non obligant, nisi quatenus promissionem continent*”³⁶². Por otro: “*Conventio, qua duo vel plures in eandem vel easdem promissiones consentiunt, pactum sive pactio appellatur*”³⁶³. En fin: “*Actus, qui perfectam obligationem producunt, dicuntur contractus. Quamobrem pacta et contractus naturaliter non differunt*”³⁶⁴. El esquema de Wolf es, pues, este: en primer lugar, como concepto general, está la convención, de la que el pacto o contrato es la especie, que entonces se define como una convención que contiene promesas. De esto solo se distinguen las convenciones que no contienen promesas, y que, por ende, están fuera del derecho. Pese a que Wolf clasifica los pactos y contratos de muchas maneras, no tiene una palabra siquiera para los pactos nudos o vestidos ni para los contratos nominados o innominados, que simplemente ignora.

Robert-Joseph Pothier (1699 - 1772), en su *Traité des obligations* (1761), afirma: “*Un contrat est une espèce de convention. Pour savoir ce que c’est qu’un contrat, il est donc préalable de savoir ce que c’est une convention. Une convention ou un pacte (car ce sont termes synonymes), est le consentement de deux ou de plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement ou pour résoudre un précédent, ou pour le modifier. L’espèce de convention qui a pour objet de former quelque engagement, est celle qu’on appelle contrat*”³⁶⁵. Según Pothier, pues, la convención o pacto constituye el género, del cual el contrato es la especie. Mientras aquellos tienen por objeto crear, modificar o extinguir *engagemens*, el contrato se limita a su creación.

En relación con la división de los pactos en simples (nudos) y contratos, Pothier añade: “*Les principes du droit romain sur les différentes espèces de pactes, et sur la distinction des contrats et des simples pactes, n’étant pas fondés sur le droit naturel, et étant très éloignés de sa simplicité, ne sont pas admis dans notre droit*”³⁶⁶. Por lo que atañe a la clasificación de los contratos en nominados e innominados, he aquí lo que dice Pothier más directamente sobre ellos: “*Les*

³⁶² WOLF, Chr., *Institutiones iuris naturae et gentium*, párr. 437: “La convención es un acto por el cual dos o más deciden lo mismo o consenten en actuar o no actuar lo mismo... las convenciones... no obligan, sino en la medida en que contienen una promesa”.

³⁶³ WOLF, Chr., *Institutiones iuris naturae et gentium*, párr. 438: “La convención por la cual dos o más consenten en la misma o en las mismas promesas se llama pacto o pacción”.

³⁶⁴ WOLF, Chr., *Institutiones iuris naturae et gentium*, párr. 514: “Los actos que producen obligaciones perfectas se llaman contratos. Por lo cual los pactos y los contratos no difieren naturalmente”.

³⁶⁵ POTHIER, R.-J., *Traité des obligations*, párr. 3.

³⁶⁶ *Ibid.*

divisions que le droit romain fait des contrats, en contrats nommés et contrats innommés... n'ont pas lieu parmi nous"³⁶⁷.

Este recorrido es suficiente para tener por corroborado lo dicho al empezar el presente párrafo: la jurisprudencia moderna orientada por el consensualismo iusnaturalista prescindió de las distinciones que el derecho común de las convenciones tenía formuladas en *pacta nuda* y *non nuda* y *contractus nominati* e *innominati*. El viejo y complejo esquema medieval por lo general quedó sustituido por uno más simple, en el cual *conventio* y *pacta* quedaron identificados como una noción genérica, de que el *contractus*, como categoría general a su vez, hizo parte como especie.

XXV. LA CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA MODERNA, IV: LA EMERGENCIA DE LA DISTINCIÓN DE CONTRATOS ONEROSOS Y GRATUITOS

1. El origen de la moderna división de los contratos es un tema que está por ser estudiado³⁶⁸. En el derecho codificado clásico, en efecto, tal cual lo vemos, por ejemplo, en el *Code Civil*, los contratos aparecen clasificados en unilaterales y sinalagmáticos o bilaterales, en conmutativos y aleatorios, y en onerosos y de beneficencia (gratuitos)³⁶⁹: otros códigos agregan la división de contratos reales, consensuales y solemnes³⁷⁰; también de principales y accesorios³⁷¹. En el derecho común se solía considerar la división de contratos de buena fe y de derecho estricto, y, por supuesto, de nominados e innominados. No es necesario que intentemos trazar aquí la historia de estas divisiones. Por lo demás, aquella que nos interesa ahora es solo la que distribuye los contratos en gratuitos o de beneficencia y onerosos.

Hasta la época de Hugo Grotius (1583 - 1645), esta división prácticamente permaneció en la penumbra. Luis de Molina (1535 - 1600), por ejemplo, que conoce la división bajo los nombres de *lucrativus* y *onerosus*, la confunde, empero, con la división de los contratos en uni- y bilaterales. No bien define correctamente qué sea un contrato lucrativo, caracteriza a los onerosos como aquellos en los que ambas partes adquieren obligaciones, con lo cual, en realidad, define al contrato bilateral. Como es sabido, éste tanto puede ser lucrativo o gratuito, como el mandato gratuito, cuanto oneroso, como la compraventa. Este error de Molina,

³⁶⁷ POTHIER, R.-J., *Traité des obligations*, párr. 9.

³⁶⁸ Cfr. BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (Contratti, successioni, diritti di famiglia)* (Padova, Cedam, reimp. 1971), p. 9: "Nemmeno si può dire che, nel diritto comune, si sia verificata una particolare elaborazione dottrinale intorno alla differenza tra contratti onerosi e contratti gratuiti".

³⁶⁹ *Code Civil*, artículos 1.102 - 1.106.

³⁷⁰ Así el código chileno, artículo 1.443

³⁷¹ *Ibíd.*, artículo 1.442.

extraño a decir verdad, porque habitualmente él se muestra muy bien informado del estado de la ciencia jurídica, nos induce a pensar que la contraposición oneroso - gratuito no estaba aún bien formada.

En realidad, la nueva categoría fue construida sobre la base de los viejos contratos innominados del *ius commune*, vale decir, de la cuatripartición de *dot ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* y *facio ut facias*, aunque a veces se la redujo a tres miembros, sobre la base de considerar que los dos intermedios –*do ut facias* y *facio ut des*– son una sola.

2. En Grotius, esta distinción ocupa casi el primer lugar en su sistema de división de los contratos.

Después de establecer que “los actos de los hombres que tienden a la utilidad de otros hombres” (*actus humanorum qui ad aliorum hominum utilitatem tendunt*)³⁷² pueden ser “simples” o “compuestos”, divide los simples en benéficos (*benefici*) y permutatorios (*permutatorii*)³⁷³.

Los actos benéficos, a su vez, pueden ser “puros” (*meri*) y “con obligación recíproca” (*cum mutua obligatione*). Los puramente benéficos, a su turno, son de presente (*in praesens*), como prestar un servicio útil a otro que no constituya gestión de negocio ajeno, o bien, donar realmente; o de futuro (*in futuro*) y entonces se trata de las promesas (aceptadas) de dar (donaciones obligacionales) o de hacer gratuitamente. Los actos benéficos con obligación mutua consisten en proporcionar una cosa en favor de otro pero sin alienación de la misma, tal cual ocurre en el comodato; o en operar un hecho en favor de otro, del que se sigue algún efecto, como en el mandato y en el depósito³⁷⁴.

Los actos conmutativos o separan a las partes (*diremtorii*) o las reúnen en comunión (*communicatorii*). Los primeros son de tres clases: “doy para que des” (*do ut des*), “hago para que hagas” (*facio ut facias*) y “hago para que des” (*facio ut des*)³⁷⁵. Los segundos comunican cosas o hechos, o bien, ambos para una común utilidad, como ocurre en las sociedades³⁷⁶.

Los actos compuestos o mixtos, que combinan los caracteres de los benéficos y de los permutatorios, lo son por vía principal o por accesión de otro. Así, cuando, sabiendo y queriendo el comprador, paga por una cosa más de lo que vale, se tiene una compra y una donación, o si se paga a un artífice para que confeccione un anillo con materia suya, hay compra y arrendamiento, etcétera. La composición por vía accesoria se produce en las cauciones reales y personales, que si bien son gratuitas, por acceder a actos permutatorios siguen el régimen de estos³⁷⁷.

³⁷² GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12, párr. 1.

³⁷³ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12, párr. 2.

³⁷⁴ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12, párr. 2.

³⁷⁵ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12, párr. 3.

³⁷⁶ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12, párr. 4.

³⁷⁷ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12, párr. 5.

Grotius termina afirmando que “*omnes autem actus aliis utiles, extra mere beneficos, contractuum nomine appellantur*”³⁷⁸.

Bien observada esta abstrusa clasificación, de clara inspiración ramística en la forma, su eje está en la división de actos benéficos y permutatorios, que corresponde a la de gratuitos y onerosos. A su vez, los actos conmutativos o permutatorios prácticamente se agotan en las categorías *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* (*actus diremtorii*), pues el otro extremo, vale decir, el de los *actus communicatorii* de hecho se llena solo con el contrato de sociedad.

En consecuencia, la clasificación de Grotius en realidad se reduce a algo bien simple, cuando eliminamos la categoría de los *actus compositi*, cuya naturaleza es más bien gratuita, de modo que la clasificación queda reducida a esto:

$$\text{Actus} \left\{ \begin{array}{l} \textit{Benefici} \\ \textit{Permutatorii (contractus)} \end{array} \right.$$

De hecho, pues, en Grotius, los actos onerosos, que son los verdaderos contratos, casi coinciden con los viejos *contractus innominati* del derecho común. En consecuencia, en él, las categorías oneroso - gratuito no sirven para dividir a los contratos, sino para distinguir a estos de los no contratos.

3. También Samuel Pufendorf (1632 - 1694) adoptó la distinción como algo central en su sistema, pero, a diferencia de Grotius, él la incorporó en el interior mismos del contrato.

Cierto es que él, desprendido del complejo armazón grociano, comienza su división de los contratos directamente en *unilateres et bilateres*³⁷⁹; *reales, consensuales, literales et verbales*³⁸⁰; y *nominati et innominati*³⁸¹. Pero, después de esta última clasificación, dice: “*Nostro propósito cumprimis congruit distinctio contractuum in beneficos et onerosos*”³⁸². Los primeros atribuyen una ventaja gratuita a una de las partes contratantes, como en el mandato, comodato o depósito; los segundos imponen una carga igual a una y otra parte³⁸³. En seguida, Pufendorf divide los contratos onerosos en cuatro tipos: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* y *facio ut facias*³⁸⁴, vale decir, en los viejos *contractus innominati* de la jurisprudencia medieval. Pero Pufendorf no presenta esta cuatripartición bajo

³⁷⁸ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12 párr. 7: “todos los actos útiles a otros, excepto los meramente benéficos, se llaman contratos”.

³⁷⁹ PUFENDORF, S., *De iure naturae et gentium*, lib. V, cap. 2, párr. 5.

³⁸⁰ *Ibíd.*, párr. 6.

³⁸¹ *Ibíd.*, párr. 7.

³⁸² *Ibíd.*, párr. 8: “La distinción de los contratos en benéficos y onerosos es en primera línea congruente con nuestro propósito”.

³⁸³ *Ibíd.*, párr. 8.

³⁸⁴ *Ibíd.*, párr. 9.

el concepto de tales contratos, sino directamente como una división de los onerosos. De los innominados, tanto como de los nominados, y sin aludir a dicha cuatripartición aún, había hablado precedentemente, según vimos, como de algo del pasado. Pufendorf, pues, se reservó la cuatripartición para dar contenido a la categoría de los contratos onerosos.

4. Si ahora vamos a Jean Domat (1625 - 1696), no menos encontramos el mismo esquema: “4. *Les communications et les commerces pour l’usage des personnes, et celui des choses, sont de quatre sortes, qui font quatre espèces de conventions. Car ceux qui traitent ensemble ou se donnent réciproquement une chose pour une autre, comme dans une vente et dans un échange; ou font quelque chose l’un pour l’autre, comme s’ils se chargent de l’affaire de l’un de l’autre; ou bien l’une fait et l’autre donne, comme lorsqu’un mercenaire donne sa travail pour un certain prix; ou enfin un seul fait ou donne: l’autre ne faisant ou ne donnant rien, comme lorsqu’une personne se charge gratuitement de l’affaire d’une autre, ou que l’on fait une donation par pure libéralité.* 5. *Dans ces trois premières sortes de conventions il se fait un commerce où rien n’est gratuit...* 6. *Dans les donations et dans les autres contrats où un seul fait ou donne, et où l’autre ne fait et ne donne rien, l’acceptation forme la convention...*”³⁸⁵. Domat, pues, dice que hay cuatro clases de convención. Esta cuatripartición Domat la forma merced a la agregación de los actos gratuitos a los diversos tipos de *contractus innominati*. En efecto, el tipo de darse recíprocamente una cosa por otra, como en la venta o en la permuta, corresponde al *do ut des*; el tipo de hacer algo el uno para el otro, como cuando cada cual se encarga de los negocios de su contraparte, corresponde al *facio ut facias*; y el tipo de hacer uno y dar el otro, como cuando se arrienda el trabajo por un precio, corresponde al *facio ut des*. Por si cupiera alguna duda de esta correspondencia, las fuentes citadas por Domat nos terminarán de convencer: a propósito de cada uno de esos tres extremos, el autor reenvía a la l. 5 ff. *de praescr. verb*, vale decir, a D. 19, 5, 5, el célebre pasaje de Paulo en que se enuncia la cuatripartición *do ut des*, etcétera. Ahora bien, de estas tres primeras especies de convención, Domat dice que “*il se fait un commerce où rien n’est gratuit*”. Esta manera negativa de calificarlas no puede esconder, por cierto, que él se refiere a las convenciones onerosas. En fin, el tipo de solo uno hacer o dar, sin que el otro nada haga ni dé, como si alguien se encarga gratuitamente de los negocios de otro (mandato) o si hace una donación, incluye, por cierto, a los actos gratuitos, con lo cual queda cerrada la clasificación oneroso - gratuito.

5. Un último ejemplo lo encontramos en Robert-Joseph Pothier (1699 - 1772). Al iniciar el tema de la división de los contratos, Pothier desecha las clasificaciones en nominados e innominados, y de buena fe y derecho estricto, por no tener lugar en Francia. Las que, en cambio, entiende recibidas por el derecho francés son: contratos sinalagmáticos o bilaterales y unilaterales; consensuales y reales;

³⁸⁵ DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1ª parte, lib. I, tít. 1, sec. 1ª, párr. 4.

interesados de una y otra parte, de beneficencia y mixtos; principales y accesorios; y, en fin, contratos sometidos a ciertas reglas o formas (solemnes) y de derecho natural (no solemnes)³⁸⁶.

Nos interesa la tercera división: aquella que distingue los contratos *intéressés de part et d'autre, de bienfaisance y mixtes*. Claramente, como se ve, además, por las definiciones, Pothier tiene a la vista los contratos onerosos y gratuitos, con el agregado de los que participan de ambos caracteres. En esto seguramente fue influido por Grotius. Añade que los contratos *intéressés de part et d'autre* se subdividen en *commutatifs y aléatoires*. Los primeros son aquellos por los cuales cada parte da y recibe ordinariamente el equivalente de aquellos que ella da, como en la venta; y termina: “*On les distribue en quatre classes: do ut des, facio ut facias, facio ut des, do ut facias*”³⁸⁷. Como dijimos, Pothier había desechado como no recibida en Francia la distinción medieval de contratos nominados e innominados. Pero nuevamente, al igual que sus predecesores, recuperó la cuatripartición de los contratos innominados *do ut des*, etcétera, para incrustarla en la categoría moderna de los contratos onerosos o interesados de una y otra parte como él los llama.

6. Esta galería de autores nos muestra que la división oneroso - gratuito llegó a alcanzar un lugar preeminente en el sistema contractual de la jurisprudencia de los siglos XVII y XVIII, prácticamente dominada por el iusnaturalismo racionalista. Nos muestra, también, que la categoría de los actos onerosos casi constantemente fue llenada con la cuatripartición *do ut des*, etcétera, en que se desplegaba la noción de los *contractus innominati* de la ciencia medieval, no bien casi todos declararan en desuso la distinción *nominati - innominati*.

A nuestro juicio, este fenómeno es una herencia recibida del humanismo por el iusnaturalismo racionalista. Nos referimos al concepto de *συνάλλαγμα - negotium*, entendido como intercambio y comercio, sea en sentido real, la mayor parte de las veces, sea en sentido puramente obligacional.

XXVI. LA CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA MODERNA, V: LA DOCTRINA DEL *συνάλλαγμα* Y LOS CONTRATOS ONEROSOS

1. La voz *συνάλλαγμα* comparece en tres textos del Digesto: en D. 50, 16, 19 (Ulp., 11 *ed.*), en donde se cita la definición de *contractus* de Labeón como *ultra citroque obligatio* y se agrega que eso es lo que los “*Graeci συνάλλαγμα vocant*”; y dos veces en en D. 2, 14, 7, 2: “*dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias*”: eso es –dice Aristón– un *συνάλλαγμα*; y “*dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas, manumisiste*”: hay aquí un *contractus* –dice Ulpiano–, que Aristón llama *συνάλλαγμα*. Esta palabra no había sido considerada por los medievales. Pero llamó la atención de los humanistas, quienes la conectaron con la noción de

³⁸⁶ Todo en POTHIER, R.-J., *Traité des obligations*, párrafos 9 - 15.

³⁸⁷ *Ibíd.*, párrafos 12 - 13.

συνάλλαγμα que Aristóteles emplea en su *ethica ad Nichomacum* para explicar el funcionamiento de la llamada justicia conmutativa³⁸⁸. No nos interesa ahora indagar qué juzgaban Aristóteles, Labeón, Aristón y Ulpiano al hablar de συνάλλαγμα. Pero sí qué entendieron los humanistas con tal palabra³⁸⁹.

a) Tal vez el primero en llamar la atención sobre este concepto fue Andrea Alciatus (†1550)³⁹⁰, para explicar el funcionamiento de la *actio praecriptis verbis*. Observando él que esa acción se da para los contratos del tipo *do ut des* y *do ut facias*, mas no para aquel del tipo *facio ut des*, encuentra la razón de tal anomalía en que en este último no existe un “συνάλλαγμα *id est mutuuum factum obligatorium*”³⁹¹, que también explica como “*mutuuum factum mei dantis et tui accipientis*”³⁹²: en efecto, que alguien haga, sin más, no obliga a otro a dar, si previamente no hubo acuerdo en que algo se hiciera en espera de que una contraparte diera; por el contrario, al iniciarse el contrato con una *datio*, puesto que quien recibe debe consentir en recibir, eso ya implica un acuerdo sobre lo que él mismo tiene que hacer, si es el caso. Alciatus explicaba la etimología de la voz griega como *contra seu vicissim actum*³⁹³. También Guillaume Budé (†1540)³⁹⁴ se ocupó del tema, del cual debemos rescatar su traducción etimológica de esa voz como *commercía*³⁹⁵.

b) Pero quien más partido hubo de sacar de la idea de συνάλλαγμα fue el también humanista francés Franciscus Connanus (François Connanus, †1551)³⁹⁶. Desde luego debemos retener su traducción de la palabra también como *mutua commercía*³⁹⁷. En seguida, su precisión, en parte ya formulada por Alciatus, de que esta “*mutatio autem fieri non dicitur solis verbis, sed re et facto. Nam si convenimus ut res nostras commutaremus, nondum est conmutatio, nisi alter alteri suam tradiderit*”³⁹⁸. Connanus, pues, entendía el συνάλλαγμα en sentido real,

³⁸⁸ ARISTÓTELES, *ethica ad Nichom.* V, 2 (1130b - 113a).

³⁸⁹ Lit.: especialmente PETRONIO, Ugo, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti all'origine del sistema contrattuale moderno*, en *Towards a General Law of Contract* (Berlín, Duncker und Humblot, 1990), pp. 215 ss.

³⁹⁰ Seguimos a PETRONIO, U., *Sinallagma* cit. (n. 389), pp. 219 - 223 y los textos que cita.

³⁹¹ ALCIATUS, A., *De verborum et rerum significatione*, l. Labeo, núm. 7

³⁹² ALCIATUS, A., *De pactis*, rub., n. 15.

³⁹³ ALCIATUS, A., *De verborum et rerum significatione*, l. Labeo, núm. 9: [sc. acto] “contra acto o acto recíproco”.

³⁹⁴ PETRONIO, U., *Sinallagma* cit. (n. 389), pp. 223 - 227 y los textos que cita.

³⁹⁵ BUDAEUS, G., *Commentarium linguae graecae*, s. v. *syμβάλλο*. Véase También *Annotationes in l. ius civile, de iustitia et iure* D. 1, 1 6. PETRONIO, U., *Sinallagma* cit. (n. 389), pp. 224, 225.

³⁹⁶ PETRONIO, U., *Sinallagma* cit. (n. 389), pp. 228 - 236, con las fuentes. Véase también BERGFELD, Christoph, *Franciscus Connanus (1508 - 1551)* (Köln - Graz, Böhlau, 1968), 178 ss.; NANZ, Klaus-Peter, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs* cit. (n. 178), pp. 65 ss.; BIROCCHI, Italo, *Causa e categoria generale* cit. (n. 325), pp. 95 ss.

³⁹⁷ CONNANUS, F., *Commentarii*, l. V *de pactis*, c. 1, n. 4.

³⁹⁸ CONNANUS, F., *Commentarii*, l. V *de pactis*, c. 2, n. 1: “Un cambio, sin embargo, no se dice

vale decir, como una conmutación en que cada parte ejecuta efectivamente lo suyo a favor de la contraparte. Lo cual él desesperadamente trataba de aplicar incluso a los contratos consensuales, como la compraventa, en que la *traditio*, por cierto, no tiene lugar en la formación del negocio³⁹⁹. Con mayor razón ello ocurre en los contratos innominados, que exigen un *implementum causae*⁴⁰⁰; y por lo mismo los pactos nudos no producen acción, pues carecen de *συνάλλαγμα* en el sentido en que Connanus entendía esta noción⁴⁰¹. Para Connanus, en consecuencia, la causa de las obligaciones contractuales (en el sentido de causa eficiente o fuente) radica no en el *nomen*, sino en el *συνάλλαγμα*: “*causam itaque obligationis non esse in nomine, sed in eo quod συνάλλαγμα vocamus*”⁴⁰².

c) La idea de *συνάλλαγμα* permaneció muy constante en la jurisprudencia posterior, aunque no siempre fue aceptada la exigencia de Connanus, en orden a que hubiese un intercambio real y ejecutado para su existencia, como se ve, por ejemplo, en otro jurista francés de la corriente humanística, Louis Charondas Le Caron (†1617)⁴⁰³, quien se contentaba con tan solo exigir una recíproca obligación. Frecuentemente, el recurso a la expresión griega fue sustituido por el uso del vocablo *negotium*, que por lo demás suele aparecer en las fuentes romanas y, a veces, incluso para justificar por qué se da acción en ciertos casos de convenciones no tipificadas con acción propia⁴⁰⁴. Pero lo más importante para nosotros es la verificación de que el *συνάλλαγμα*, o el *negotium* fue identificado con la *causa* desencadenante de las obligaciones en los contratos innominados (el antiguo *interventus rei* de los glosadores). La identificación resultaba natural, desde que el propio D. 2, 14, 7, 2, conectaba la convención *qui in alium contractum non transeat*, pero que *subest causa*, vale decir los contratos que los medievales conocieron como *innominati*, con el *συνάλλαγμα*.

Lo acabamos de ver en Connanus. Pero también, por ejemplo, en M. Wesembeck (†1586): “*συνάλλαγμα... potius [sc. significare] ipsam dationem et rei interventum, seu mutuam rerum traditionem ac permutationem*”⁴⁰⁵. Como se observa, Wesembeck entendía el *συνάλλαγμα* como real y ejecutado por ambas partes (*mutua traditio ac permutatio*), y lo aproximaba precisamente al *interventus rei*.

hacerse solo con palabras, sino real y facticiamente. Pues, si convenimos en intercambiar nuestras cosas, aun no hay intercambio a no ser que cada uno entregue lo suyo al otro”.

³⁹⁹ PETRONIO, U., *Sinallagma* cit. (n. 389), pp. 232 s.

⁴⁰⁰ PETRONIO, U., *Sinallagma* cit. (n. 389), pp. 234 s.

⁴⁰¹ PETRONIO, U., *Sinallagma* cit. (n. 389), pp. 235.

⁴⁰² CONNANUS, F., *Commentarii*, l. V *de pactis*, c. 2, n. 1.

⁴⁰³ PETRONIO, U., *Sinallagma* cit. (n. 389), pp. 237 - 240.

⁴⁰⁴ D. 19, 5, 15, en donde se niega que cierta convención constituya un pacto del cual no nazca acción, porque *habet in se negotium aliquod*, de modo que obliga.

⁴⁰⁵ WESEMBECK, M., *In Pandectas iuris civilis et Codicis Iustiniani libros IIX commentarii* in D. 2, 14 núm. 9: “*συνάλλαγμα* mejor [sc. significa] la dación misma y la intervención de la cosa o mutua tradición y permuta de las cosas”.

Lo propio ocurrió con *negotium*, como se aprecia esta vez en el humanista francés Pierre Lorient (Æc. 1580): “*Item est et alia regula, pactum sine causa factum actionem non producere... Causa autem non dicitur ex geminatione actus, sed quando pactum in se aliquod negotium habet*”⁴⁰⁶. Lorient, en cambio, no se pronuncia acerca del *implementum*.

También en otro humanista francés, Antoine Favre (1557 - 1624) reconocemos la misma línea de pensamiento: “*Sed cum nulla subest causa: id est, cum nullum subest negotium, quod geratur in ipsa conventione...*”⁴⁰⁷. Este jurista, como Wesembeck, entendía *negotium* en sentido real y ejecutado, porque afirma no haberlo “*si pactum sit inter nos initum, hoc modo Dabo tibi Stichum, tu mihi Pamphilum. Hic enim nullum adhuc negotium inter nos geritur, sed tunc geretur, cum ego dabo tibi Stichum, ut vicissim accipiam Pamphilum. Ideo putant quidam, pacta in eo differre a contractibus, quod contractus omnes habent negotium praesens, pacta vero futurum*”⁴⁰⁸. Favre, pues, concibe el *negotium* como un intercambio ejecutado (“*ego dabo ut vicissim accipiat*”).

Como veremos⁴⁰⁹, también el jurista alemán Hermannus Vultejus (Æ1634) definió la causa como negocio: “*Causa autem negotium est, quod cum a iure probatum sit, facit ut obligatio ex contractu fit, et ex contractu actio*”⁴¹⁰. En este caso, la novedad está en que la *causa = negotium* ya no queda conectada exclusivamente con los contratos innominados, pues la definición del *contractus* de Vultejus, como *conventio cum causa* era válida también para los innominados.

Algo semejante encontramos en Arnoldus Vinnius (1588 - 1657): “*Posterius genus earum erat conventionum, quae speciali nomine carent, sed quibus praeter consensum subest causa... et quidem de causa finali id intelligi non potest, cum in omni conventionem paciscentibus finis aliquis propositum sit; neque de causa*

⁴⁰⁶ LORIENT, P., *De pactis, transactionibus et aliis contractibus innominatis*, axiom. XXXVIII: “También existe otra regla, según la cual un pacto hecho sin causa no produce acción... Pero la causa no se dice a partir de la geminación del acto, sino cuando el pacto contiene en sí algún negocio”. La geminación a que alude el autor se refiere a la posibilidad de duplicar un pacto nudo: del primer pacto no nace la obligación, pero sí del segundo, porque vale como *pactum de constituto*.

⁴⁰⁷ FAVRE, A., *Rationalia ad Pandectas* ad D. 2, 14, 7, 2: de la frase que aparece en este último texto “Pero cuando no hay ninguna causa debajo”, Favre dice: “esto es, cuando no hay ningún negocio debajo, que sea gestionado en la misma convención...”.

⁴⁰⁸ *Ibíd.*: “Si se haya iniciado un pacto entre nosotros en este modo: te daré a Estico y tú a mi Pánfilo. Pues aquí todavía no se gestiona ningún negocio entre nosotros, sino que será gestionado cuando yo te dé a Estico de modo que recíprocamente reciba a Pánfilo. Por esto algunos piensan que los pactos difieren de los contratos en que todo los contratos tienen un negocio presente, mientras que los pactos uno futuro”.

⁴⁰⁹ *Infra* XXIX, 1.

⁴¹⁰ VULTEJUS, H., *Iurisprudentiae romanae*, lib. I, cap. XXX, 168: “La causa es, pues, el negocio, que cuando es aprobado por el derecho, consigue que se haga la obligación del contrato, y del contrato la acción”.

*impellente seu ea, quae paciscentes movit ad conveniendum, ut quidam somniaverunt... Sed qui cunctamur causam accipere pro datione vel facto ad conventionem sive statim sive postea accedente, seu pro implemento ab alterutra parte... Illa autem datio ad conventionem accedens 'causa' nostris dicitur. De facto ad conventionem accedente idem iudicato. Paulus negotium vocat... Ulpianus negotium civile, id est tale, quod ad conventionem alioqui nudam accedens constituit συνάλλαγμα, unde obligatio quoque et actio civilis"*⁴¹¹. Vinnius concibe la *causa = negotium = συνάλλαγμα* como cumplimiento efectivo por una u otra parte (*pro implemento ab alterutra parte*).

2. Los humanistas habían redescubierto la noción de *synállagma* a partir de los contratos innominados, pues es a propósito de ellos que, como vimos, D. 2, 14, 7, 2 emplea en dos ocasiones esa expresión griega. Además, la idea de *συνάλλαγμα - negotium* se realiza por excelencia en dichos contratos, según se aprecia a través de la sola formulación de sus cuatro tipos: *do ut des, do ut facias, facio ut des y facio ut facias*, ya que en todos los casos algo se pone siempre a cargo de cada parte, y se genera así una *commutatio* o un *commercium*, lo que no acontece en todos los *contractus nominati*, entre los cuales figuran, por ejemplo, la *stipulatio* (que a lo más admite un intercambio causal, pero jamás típico, por ser estrictamente unilateral), el *mutuum* (sin intereses), la *donatio*, el *mandatum*, el *pignus*, que nunca pueden ser onerosos. Atendido todo esto, resultó muy natural la tendencia a interpretar todos los contratos onerosos, fueran nominados o innominados, según el esquema de los *contractus innominatus*. Así, por ejemplo, hemos observado que en la compraventa –un contrato nominado– solía verse una proyección del *do ut des* –un contrato innominado–, y en el arrendamiento de servicios, una del *do ut facias*, etcétera.

XXVII. LA CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA MODERNA, VI: LA FORMACIÓN DE UNA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

Uno de los más notables aportes de la jurisprudencia de la época moderna al derecho contractual fue la construcción de una doctrina general del contrato, entendida como el sistema de sus elementos o requisitos de universal aplicación a las figuras singulares de contratos, tal como cristalizó en los capítulos 1 y 2 del

⁴¹¹ VINNIUS. A., *Tractatus de pactis* (1646), cap. VIII, núm. 7: "El siguiente género de aquellas era el de las convenciones que carecen de nombre especial, pero en las cuales además del consenso hay una causa debajo... y en verdad esto no se puede entender en el sentido de causa final, como quiera que en toda convención hay propuesto un fin a los que pactan; ni tampoco de causa impelente o aquella que mueve a los pactantes a convenir, como algunos soñaron... Pero aquí contemporizamos en tener como causa para la convención a la dación o al hecho, ora que acceda inmediatamente, ora que acceda después, o como cumplimiento de una o de la otra parte... Así, pues, aquella dación accedente a la convención es llamada 'causa' por los nuestros. Lo mismo se juzga acerca del hecho accedente a la convención. Paulo la llama 'negocio'... Ulpiano, negocio civil, esto es, uno tal que accediendo a la convención, que de otro modo fuera nuda, constituye un *synállagma*, de donde la obligación y también la acción civil".

título 3 del libro III del *Code Civil*, artículos 1.101 a 1.133. Su esquema es el siguiente: el concepto y la división del contrato (cap. 1: *Dispositions préliminaires*), y los elementos o requisitos del contrato (cap. 2º: *Des conditions essentielles pour la validité des conventions*), vale decir: consentimiento (sec. 1ª)⁴¹², capacidad (sec. 2ª)⁴¹³, objeto o materia (sec. 3ª)⁴¹⁴ y causa (sec. 4ª)⁴¹⁵.

1. ¿De dónde deriva este esquema? A nuestro juicio, de las *Institutiones* de Justiniano⁴¹⁶, vale decir, de las de Gayo, aunque esto último no jugó un papel decisivo, porque, como es sabido, las *Institutiones* de Gayo fueron redescubiertas recién a principios del siglo XIX.

El título 18 del libro III de las *Institutiones* de Justiniano está dedicado al tema “de la división de las estipulaciones” (*de divisione stipulationum*), y el 19, al “de las estipulaciones inútiles” (*de inutilibus stipulationibus*), esto es, a las estipulaciones que en sentido general podríamos denominar ineficaces. Justiniano, pues, no presenta la estructura normal de la estipulación, sino su patología; mas, a partir de esta exposición patológica se descubren, por oposición, cuáles vienen a ser los requisitos de una estipulación eficaz.

El esquema distributivo de la materia es el siguiente:

Iust. Inst. III, 18: De la división de las estipulaciones

Iust. Inst. III, 19: De las estipulaciones inútiles

- a) III, 19 pr. - 19, 2: Las anomalías en el objeto
- b) III, 19, 3: La estipulación del hecho ajeno, que es inválida
- c) III, 19, 4: La estipulación en favor de terceros, que es inválida
- d) III, 19, 5: La incongruencia entre pregunta y respuesta estipulatorias, que acarrea la invalidez del acto
- e) III, 19, 7 a 19, 10: Quiénes no pueden estipular ni prometer (mudos, sordos, dementes y pupilos)

⁴¹² El tratamiento discurre sobre la base de sus vicios: error, violencia y dolo, por un lado; y de la carga de obligarse en propio nombre por sí mismo (artículo 1.119), dando pie, así, a la disciplina de la estipulación del hecho ajeno (artículo 1.120), de la estipulación a favor de terceros (artículo 1.121) y de la estipulación por sí y sus herederos (artículo 1.122).

⁴¹³ Se declara capaces a todos, salvo a los menores, a los interdictos (por demencia y prodigalidad) y a las mujeres casadas (artículos 1.123 a 1.125).

⁴¹⁴ El objeto o materia de los contratos, que puede consistir en alguna cosa o en el simple uso o posesión de una cosa, que las partes se obligan a dar, hacer o no hacer (artículos 1.126 y 1.127), con tal que estén en el comercio (artículo 1.128) y sean determinadas a lo menos en cuanto a su especie (artículo 1.129 inc. 1), aunque su cantidad no esté determinada con tal que sea determinable (artículo 1.129 inc. 2). También se admite como objeto una cosa futura, salvo que se trate de una sucesión futura (artículo 1.130).

⁴¹⁵ Se exige la existencia de causa, su verdad y su licitud, bajo pena de producir efectos (artículo 1.131), aunque no se la exprese (artículo 1.132). Termina definiendo como causa ilícita aquella que es prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público (artículo 1.133).

⁴¹⁶ Para lo que sigue: GUZMÁN BRITO, Alejandro, Para la historia de la formación de la teoría

- f) III, 19, 11: Estipulación con condiciones imposibles
- g) III, 19, 14: Estipulación con condición prepostera
- h) III, 19,15 - 16: Estipulación condicionada a morir
- i) III, 19,19 - 20: De nuevo sobre la estipulación en favor de terceros
- j) III, 19, 21: De nuevo sobre la estipulación del hecho ajena
- k) III, 19, 23: El error en la cosa prometida
- l) III, 19, 24: La estipulación con causa torpe
- m) III, 19, 26 - 27: La estipulación a plazo

Si ahora comparamos este esquema con el del *Code Civil*, el resultado del análisis es el siguiente: concepto y división (Inst. III, 18); capacidad (e); voluntad y consentimiento (d), exentos de vicios (k); objeto lícito (a); causa lícita (l); intervención de terceros (estipulación por otro y promesa del hecho ajeno: b, c, i, j); modalidades⁴¹⁷: condición (f, g, h,) y plazo (m). En todo esto tenemos prefigurados, pues, los capítulos 1 (concepto y clases de contratos) y 2 (requisitos del contrato) del título 3º del libro III del *Code Civil*,

2. En la época moderna, el esquema institucional fue recogido por Luis de Molina (1535 - 1600) en su tratado *De justitia et jure* publicada entre 1593 y 1609⁴¹⁸, del que nos interesa su parte *De contractibus*, contenida en el tomo II, que apareció en 1597. Se trata de una de la primeras formulaciones modernas de una doctrina del contrato, con potencia para convertirse en general, aunque todavía formulada de acuerdo con el método escolástico de los problemas (*disputationes*).

Si decimos que Molina formuló una doctrina del contrato con potencia para convertirse en general es porque, en verdad, Molina habla de las *promisiones*, que es el nombre que usa para referirse a las estipulaciones. Pero él entiende que la *promissio* es una especie particular de *contractus*, propiamente una donación⁴¹⁹; lo que no era así en el derecho romano. En éste, una estipulación podía, en efecto, tener causa onerosa, como cuando se promete el precio de una compraventa ya celebrada o se promete una cantidad que previamente se ha recibido en préstamo, como solemos hacer hoy con los modernos pagarés y otros títulos de crédito. De este modo, al identificar promesa con donación, Molina aparece incluso como

general del acto o negocio jurídico y del contrato, III: Los orígenes históricos de la teoría general del contrato, en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 22 (Valparaíso de Chile, 2000), pp. 47 ss.

⁴¹⁷ Que en el *Code Civil* aparecen adosadas a las obligaciones y no como elementos accidentales del contrato. Los autores que seguían el modelo institucional, empero, solían respetar la localización dada en aquél, y trataban de las modalidades dentro del contrato.

⁴¹⁸ Ed.: MOLINA, Luis de, *De justitia et jure* (Coloniae Allobrogum, 1733), 5 vols.

⁴¹⁹ MOLINA, Luis de, *De justitia et jure*, tract. II, dispt. 262 pr.

más restrictivo que Justiniano. Pero históricamente su exposición es trascendente porque inspirará directamente a Grotius, de donde surgirá la moderna doctrina.

El sistema general de esta obra puede ser resumido como sigue: Molina, en una suerte de prefacio general⁴²⁰, declara que su tema central es la justicia. El desarrollo de ese tema aparece distribuida en seis *tractatus*, que versan sobre las siguientes materias cada uno: la justicia en general y sus clases; la justicia conmutativa referente a los bienes externos (*bona externa*); la justicia conmutativa referente a los bienes del propio cuerpo (*bona corporis*) y de las personas que viven en sociedad con nosotros; la justicia conmutativa referente a los bienes del honor y de la fama, así como de los bienes espirituales; del juicio y de la ejecución de la justicia por las potestades públicas; y, en fin, la justicia distributiva.

El tema de la justicia conmutativa acerca de los bienes externos, que cubre el *tractatus* II, corresponde a lo que con terminología moderna llamamos el derecho civil patrimonial, en el cual, empero, vienen también analizadas las personas en sus aspectos patrimoniales; y es el que ahora interesa. Se entiende, en consecuencia, que el punto de partida de este tratado esté constituido por el *ius*, que Molina define en el sentido subjetivo de *facultas* (disput. 1) y divide en *in re* y *ad rem* (disput. 2). A la primera categoría pertenece el *dominium*, y él aparece erigido en el nervio central del tratado. La palabra *dominium* es entendida en un sentido amplio por el autor. No solo alude al de las cosas corporales, más también al de aquellas incorpóreas, es decir, al dominio de los derechos reales y personales; pero también a lo que se llama *dominium iurisdictionis*, o sea, la potestad política; y al dominio sobre los hombres, vale decir la esclavitud.

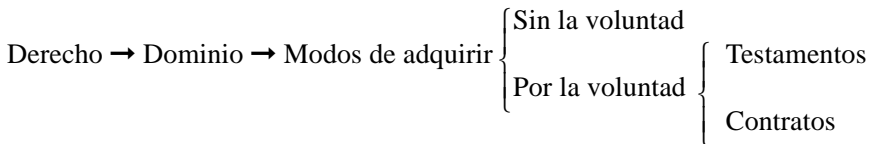
En consecuencia, Molina trata de la definición y clasificación del dominio en general (disput. 3) y enseguida de los *iura in re* diferentes del dominio sobre las cosas corporales: uso y habitación (disput. 5 - 6), usufructo (disput. 7 - 9), enfiteusis, feudo, subfeudo y superficie (disput. 10); finalmente expone las servidumbres (disput. 11). Como tema común a todos, también trata de la posesión (disput. 12 - 17). Enseguida vienen dos largas series de cuestiones concernientes a la potestad pública, sea civil o eclesiástica (disput. 21 - 31) y a la esclavitud (disput. 32 - 40). A partir de la *disputatio* 41, Molina entra en el tema de los modos de adquirir y perder el dominio. Entre la disput. 41 y la 59, examina los modos originarios, que nosotros llamamos ocupación y accesión, todas las cuales pertenecen al *ius gentium*. Las disput. 60 empieza a tratar de la pérdida y adquisición del dominio por “autoridad de la ley” (civil). En primer lugar se habla de la usucapión y prescripción (disput. 60 - 80). Por una razón sistemática no totalmente clara, sigue la doctrina de la restitución (disput. 82 - 94). Se añade el tema de la adquisición y pérdida en virtud de penas (disput. 95 - 97); y en virtud del derecho de guerra (disput. 98 - 123). Con ello finaliza la exposición de la doctrina de la adquisición y pérdida del dominio sin intervención de la voluntad del adquirente o perdedor.

⁴²⁰ *Auctoris consilium operisque hujus generalis quaedam distributio*, que podemos traducir como “Propósito del autor y distribución general en la obra”, en MOLINA, *De justitia et jure*, I, 1 - 2.

Lo cual Molina explica de paso e indirectamente cuando, en la disput. 124, anuncia entrar en el tema de la traslación del dominio en virtud de una voluntad propia del anterior dueño. En primer lugar, en virtud de última voluntad. En otras palabras, a partir de aquí el autor entra de lleno en el tema del derecho sucesorio, que cubre desde la disput. 124 a la 251. En su interior, viene considerados temas del derecho de personas y de familia como la legitimación de los hijos, la patria potestad y las guardas.

La disput. 252 se inicia con estas palabras: “*A disputatione 124 hujus secundi tractatus de justitia, dicere coepimus de translatione domini, propria domini voluntate, indeque hucusque egimus de ultimis voluntatibus. Nunc vero de contractibus est disserendum, ut intellegatur quosque contrahentium voluntate transferatur aut non transferatur dominium et quantum iuris ex unoquoque contractu aut quasi contractu, comparetur*”⁴²¹. Esta materia cubre las disputaciones 252 a 575.

Con esto recibimos una respuesta a la pregunta por la localización sistemática de los contratos en Molina: si se tiene presente que, en definitiva, el tema de la justicia conmutativa se reduce al del dominio en su más amplísimo sentido, entonces el esquema es el siguiente:



Ahora bien, Molina verifica que la palabra *pactum* es más general que la de *contractus*; y entiende aquella con recurso a las dos definiciones de Ulpiano, conservadas la una en D. 2, 14, 12, 2, como *duorum pluriumve in idem placitum et consensus*; y la otra en D. 50, 12, 3 pr., como *duorum consensus atque conventio*. De la palabra *contractus*, Molina no ofrece una definición que entienda como esencial, y se limita a comprobar tres definiciones nominales. En un sentido propio, el contrato es un pacto que, como lo entendía Labeón en D. 50, 16, 19, consiste en una *ultra citroque obligatio*, sentido en el cual la compraventa es contrato, pero no la donación promisorio. En sentido más amplio, pero menos propio, contrato es un pacto que genera obligación para al menos una de las partes, caso en el cual la donación sí es contrato. En fin, en un sentido latísimo y menos propio aún, contrato es cualquier pacto, produzca o no obligación, y ahora una figura como la *acceptilatio* es contrato, pese a que su efecto consiste en extinguir una obligación⁴²². En el tratamiento sucesivo de los contratos, Molina adopta este

⁴²¹ MOLINA, L. de, *De Justitia et Jure*, tract. II, disput. 252, núm. 1: “En la disputación 124 de este tratado segundo sobre la justicia, empezamos a hablar acerca de la traslación del dominio por voluntad propia del anterior dueño, y hasta aquí hemos tratado de las últimas voluntades. Ahora vamos a disertar de los contratos, para explicar hasta qué punto por la voluntad de los contratantes se transfiera o no se transfiera el dominio y qué derechos se adquieran en virtud de contrato o cuasicontrato”.

⁴²² Todo en MOLINA, L. de, *De Justitia et Jure*, tract. II, disput. 252.

tercer sentido lato de la palabra⁴²³. Con ello, en el fondo, este autor viene a considerar que contrato y pacto son lo mismo, ya que no en otra cosa radica el sentido latísimo de esa voz.

Desde la disput. 253 a la 259 (dejando a un lado algunas impertinentes a nuestro tema) se estudian las diferentes divisiones del contrato, así:

Disput. 253: “De los contratos nominados e innominados” (*De contractibus nominatis et innominatis*);

Disput. 254: “Cuáles contratos se perfeccionan solo por la palabra, cuáles por la escritura y cuáles por la obra” (*Qui contractus solo consensu, qui solo verbo, qui scriptura et qui opere compleantur*).

Disput. 259: “Contratos de buena fe y de derecho estricto y otras divisiones de los contratos” (*Contractus, qui bonae fidei et qui stricti juris et de aliis contractibus divisionibus*).

La disput. 261, rubricada: “Quiénes pueden celebrar contratos” (*Qui possint contractus celebrare*), en general alude a lo que hoy llamamos la capacidad de ejercicio, y se discute ahí de los impúberes, menores, dementes, pródigos, etcétera.

A partir de la disput. 262 Molina deja la generalidad de los contratos y entra en las *promisiones*. Su primer problema es cómo se forma el acto promisorio, es decir, lo que hoy corresponde a la doctrina de la formación del consentimiento, así:

Disput. 262: “La promisión difiere del propósito, del doble género de promisiones y simultáneamente de las virtudes de la verdad y fidelidad” (*Promissio differt a proposito et de duplice promissionum genere ac simul de virtutibus veritatis ac fidelitatis*);

Disput. 263: “La promisión no se puede revocar libremente antes de la aceptación y si esto tiene lugar por su naturaleza o por derecho positivo” (*Promissio ante acceptationem revocari ne libere possit et utrum ex sua natura id habeat an ex positivo jure*);

Disput. 264: “Por quién puede ser aceptada la promisión y hasta cuándo vale la hecha por un ausente” (*Promissio a quo acceptari possit et quousque absenti facta valeat*).

La disput. 267: “Para que la promisión o estipulación obligue cuánto debe tener de deliberación y espontaneidad” (*Promissio aut stipulatio ut obliget quantum deliberationis et spontanei habere debeat*) examina el tema de la libertad del consentimiento promisorio y de la fuerza, en parte correspondiente, pues, a lo que llamamos vicios de la voluntad.

Las *disputationes* 268 y 269 examinan el tema de la falta de objeto: la disput. 268: “Si sea válida la promisión o estipulación acerca de una cosa incierta, de un hecho ajeno, de una cosa sagrada o pública y de un hombre libre” (*Promissio aut stipulatio de re incerta, de facto alieno, de re sacra aut publica et de homine libero, an valida sit*). La disput. 269: “Si vale la promisión de una cosa que solo existe en la esperanza. Y para quién perece la cosa prometida” (*Promissio rei, qui*

⁴²³ Así lo dice al comenzar la disput. 245.

solum est in spe, an valeat. Et cui res promissa pereat).

En la disput. 271: “De la promisión de una cosa imposible, ilícita o contra las buenas costumbres (*De promissione rei impossibilis, illicita aut idcirco contra bonos mores, quod occasionem praeberet ruinae et quid si haec ultima juramento confirmetur*) nos encontramos ante cuestiones concernientes a la ilicitud del objeto.

Como puede apreciarse, Molina, adaptado al peculiar método escolástico, expone, empero, prácticamente todos los temas que constituyen la doctrina general del contrato, aunque referida todavía a las *promisiones* (que, por otro lado, para él era un contrato), y lo hace inspirado en el esquema justiniano de las estipulaciones, como la comparación lo demuestra. Pero se observará que falta ahí toda referencia a la causa.

3. El sucesor directo de Molina fue Hugo Grotius (1583 - 1645). La perspectiva general de su tratado *De iure belli ac pacis* (1625)⁴²⁴ es similar a la de Molina, aunque su punto de partida ya no sea la justicia conmutativa, sino las causas de la guerra, que él ve en una *iniuria* (o sea, injusticia) cometida en contra de lo que pertenece a otro o de lo que es suyo. También para él, pues, el *dominium* envuelve un concepto de amplísima significación. Sobre esta base, se ve conducido a tratar de los modos de adquisición del dominio, que clasifica en originarios y derivativos. Entre estos últimos se encuentran las promesas (donación), tratadas en el capítulo 11 del libro II, y los contratos expuestos en el capítulo 12 del mismo libro. Esta distribución se justifica, porque Grotius hace una tajante distinción entre los actos gratuitos (*benefici*) y onerosos (*permutatorii*), de modo de reservar el nombre de *contractus* a los últimos. En capítulo 12, pues, trata de esos actos que incluyen una conmutación o intercambio de bienes y servicios, en tanto el capítulo 11 lo destina a la promesa, que el entiende como donación obligacional (en lo que nuevamente sigue a Molina), no bien sea cierto que hay otros actos gratuitos que no son promisorios (así el comodato, el depósito y el mandato). Por tal razón, Grotius se vio obligado a recurrir a un término superior, común al contrato y a la promesa y demás figuras gratuitas, que encontró en *actus*. El capítulo 11 del libro II de su *De iure belli ac pacis* (1625) se rubrica *De promissis*; y es nuevamente en esta sede en donde encontramos lo que nos interesa⁴²⁵.

El punto de partida de Grotius es la discusión que entabla contra el jurista francés del siglo XVI Franciscus Connanus, en torno al tema de si las promesas tienen fuerza de obligar por derecho civil, lo que aquél había negado y que Grotius quiere, en cambio, afirmar. Es a propósito de ello que el holandés distingue entre promesas

⁴²⁴ Ed.: GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis* (Amsterdami, 1646).

⁴²⁵ Lit.: DIESSELHORST, M., *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen* (Köln-Graz, 1959); AUGÉ, G., *Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius*, en *Archives de Philosophie du Droit* 13 (1968), pp. 99 ss.; WIEACKER, F., *Contractus und obligatio im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung*, en *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (Milano, Giuffrè, 1973), pp. 223 ss.; EL MISMO, *Die verträglichen Obligation bei den Klassikern des Vernunftsrechts*, en *Festschrift für Hans Welzel* (Berlin, 1974), pp. 7 ss.; NANZ, Klaus-Peter, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs* cit. (n. 178), pp. 139 - 149.

perfectas e imperfectas, según el criterio de la dirección de la voluntad; de manera que cuando una persona manifiesta una voluntad, y no un simple deseo o propósito de dar o hacer algo a otro, queda obligada por su manifestación. Se tendrá presente que éste era un tema escolástico, que Molina había expuesto en la *disputatio* 262.

Pero una promesa perfecta tiene algunos requisitos.

El primero es el *usus rationis*, de modo que las promesas de los dementes, amentes e infantes son nulas. Grotius discute también el caso de los menores⁴²⁶. Todo esto corresponde al requisito de la capacidad del derecho codificado.

En seguida trata este autor el tema del error⁴²⁷, del miedo (fuerza) y del dolo⁴²⁸, en cuanto invalidantes de la promesa, tema que discute en sus diversos aspectos. Ahora estamos ante el tema de los vicios del consentimiento.

Grotius entra posteriormente en el asunto que llama *materia promissi*, correspondiente a lo que nosotros denominamos objeto, y que examina tanto desde el punto de vista de su existencia y posibilidad como de su licitud⁴²⁹.

El *modus promittendi* o manera de manifestar el consentimiento incluye no solo la doctrina de la voluntad expresa y tácita, más también el de la representación o actuación por medio de terceros y en favor y en contra de ellos⁴³⁰, lo mismo que la formación del consentimiento mediante oferta y aceptación.

Solo al final del capítulo y de pasada, Grotius alude a la causa, cuando señala que las promesas *quae causam expressam non habent* no necesariamente son inválidas, sin abundar mayormente en el tema⁴³¹.

La influencia de Molina en Grotius queda escondida por el diferente sistema expositivo que éste emplea. Pero que recibió su influencia (y del neotomista belga Leonardo Lessius), está fuera de discusión⁴³².

4. El sistema de Samuel Pufendorf (1632 - 1694) en su *De iure naturae et gentium* (1672)⁴³³ es distinto. Para él ya no es cuestión de la justicia ni de la guerra, sino de los deberes del hombre (*officia*). Uno de estos es el de “guardar la fe de la palabra dada”⁴³⁴. Y se da la palabra a través de actos del hombre que generan obligaciones y que se reducen a las promesas y a los pactos⁴³⁵. De donde

⁴²⁶ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 11, párr. 5.

⁴²⁷ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 11, párr. 6.

⁴²⁸ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 11, párr. 7.

⁴²⁹ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 11, párr. 8.

⁴³⁰ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 11, párr. 11 ss.

⁴³¹ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 11, párr. 21.

⁴³² Como ha demostrado DIESSELHORST, M., *Die Lehre des Hugo Grotius* cit. (n. 425); cfr. WIEACKER, F., *Contractus und obligatio* cit. (n. 425), pp. 223 ss.

⁴³³ Ed.: PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium* (Francofurti et Lipsiae, 1759, reimp. Frankfurt a. M., Minerva, 1967), 2 vols..

⁴³⁴ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 4: *De servanda fide, ubi etiam de divisionibus obligationum*.

⁴³⁵ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 4, párr. 2.

el capítulo 5 del libro III: *De natura promissorum et pactorum in genere*. Estos dos son los conceptos generales de Pufendorf. Dentro de los pactos, él distingue los negativos, dirigidos a que no se pida dar o hacer algo, que solo dan excepción; y los positivos, orientados a que algo se dé o haga, los cuales generan obligación cuando versan sobre cosas y conductas que vienen en comercio y suponen dominio y precio de las cosas, evento en el cual toman el nombre de contratos⁴³⁶. De acuerdo con ello, Pufendorf continúa distinguiendo los pactos estrictamente dichos (*pacta presse dicta*) y los contratos. Por aquéllos entiende los pactos negativos, que solo dan excepción, y por éstos, los pactos positivos que versan sobre la materia antes dicha, que dan obligación y acción. De ellos trata en capítulo 2 del libro V: *De contractibus qui pretia rerum praesupponunt in genere*⁴³⁷.

La doctrina de *pactis et promissis* expuesta por Samuel Pufendorf⁴³⁸ depende, a su vez, de la de Hugo Grotius, a quien cita constantemente; pero constituye un desarrollo mayor de la misma. En efecto, lo que aquél trata en un capítulo, Pufendorf la extiende por tres. Se trata del libro III, capítulo 6: *De consensu circa promissa et pacta adhibendo*; y capítulo 7: *De materia promissorum et pactorum*; a los que todavía se puede agregar el capítulo 8: *De conditionibus promissionum*.

En el capítulo 6, sobre el consenso, se examina las modalidades que puede adoptar su manifestación tanto expresa como tácita⁴³⁹. Sigue el tema de la capacidad absoluta, bajo la denominación de *usus rationis* y su exclusión en los infantes, dementes y amentes⁴⁴⁰ y una discusión sobre la incapacidad relativa de los menores⁴⁴¹. Finalmente comparecen los vicios del consentimiento: error⁴⁴², dolo⁴⁴³ y fuerza⁴⁴⁴.

El capítulo 7 da entrada a los diversos temas concernientes al objeto (*materia*), el cual no debe ser imposible⁴⁴⁵ ni ilícito⁴⁴⁶. Pufendorf termina el capítulo con la consideración de la promesa a favor de terceros⁴⁴⁷ y del hecho ajeno⁴⁴⁸.

⁴³⁶ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. V, cap. 2, párr. 3.

⁴³⁷ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. V, cap. 2.

⁴³⁸ WIEACKER, F., *Contractus und obligatio* cit. (n. 425), pp. 223 ss.; EL MISMO, *Die vertraglichen Obligation* cit. (n. 425), pp. 7 ss.; NANZ, Klaus-Peter, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs* cit. (n. 178), pp. 149 - 155.

⁴³⁹ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 6, párr. 2.

⁴⁴⁰ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 6, párr. 3.

⁴⁴¹ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 6, párr. 4.

⁴⁴² PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 6, párr. 6 - 7.

⁴⁴³ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 6, párr. 8.

⁴⁴⁴ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 6, párr. 9. - 13.

⁴⁴⁵ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 7, párr. 2 - 5.

⁴⁴⁶ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 7, párr. 6 - 9.

⁴⁴⁷ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 7, párr. 10.

⁴⁴⁸ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 7, párr. 11.

El capítulo 8 los destina su autor al tema de las modalidades: condición⁴⁴⁹, lugar⁴⁵⁰ y plazo⁴⁵¹.

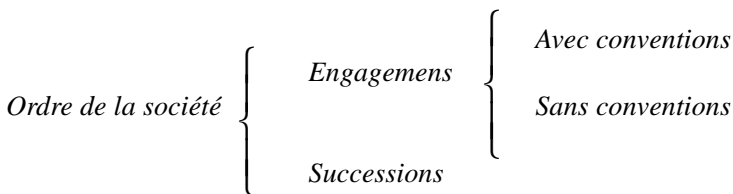
De la causa Pufendorf no dice palabra.

5. También en Jean Domat (1625 - 1696) la convención, que para él es lo mismo que pacto y contrato, alcanza un punto muy alto en su sistema, si bien se observa en este autor un cierto retroceso en cuanto a la formación de una doctrina orgánica de elementos y requisitos de las convenciones. Domat prefirió, en cambio, fijarles sus principios de general aplicación. Aun así nos interesa, porque, no bien de manera inorgánica repetimos, uno de esos principios de general aplicación fue precisamente el de la causa. Ahora, empero, nos limitaremos a examinar el lugar asignado a las convenciones en el sistema.

El sistema domaciano es más simple en su formulación que en su fundamentación. A esta última dedica el más breve *Traité des lois*, que sirve de introducción a *Les lois civiles dans leur ordre naturel*.

No entraremos en los detalles, que aquí no interesan⁴⁵². Para Domat, los conceptos fundamentales son *engagemens* y *succession*, porque el orden de la sociedad (establecido por Dios) se compone de aquellos y se perpetúa merced a ésta. Ahora bien, los *engagemens* son de dos especies: una es la de aquellos que se forman mutuamente entre dos o más personas por su voluntad, lo cual tiene lugar mediante *conventions*, así en las ventas, permutas, arrendamientos, etcétera; otra es la de los *engagemens* que no se forman por el consentimiento mutuo sino por la voluntad de uno solo, como en la gestión de negocios ajenos, o sin la voluntad de ninguno, como en la tutela. Ambas especies tienen en común *diverses suites*, que se reducen a dos especies nuevamente: la de aquellas *suites* que se agregan a los *engagemens* y los afirman, como son las hipotecas, los privilegios, las obligaciones solidarias; y la de aquellas *suites* que extinguen los *engagemens*, o los cambian y disminuyen, y ahora tenemos los pagos, las compensaciones, las novaciones, las rescisiones, las restituciones por entero. Por lo demás, todas estas materias se ven precedidas de un tratado sobre la naturaleza e interpretación de las leyes y sobre las personas y las cosas, en donde Domat se muestra más directamente seguidor del sistema institucional.

El esquema resultante, del que excluimos esta parte préliminaire y las *suites*, para mostrar lo que nos interesa, es, pues, éste:



⁴⁴⁹ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 8, párr. 1 - 5.

⁴⁵⁰ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 8, párr. 6.

⁴⁵¹ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 8, párr. 7.

⁴⁵² Como decimos, todo el *Traité des lois* que precede a *Les lois naturel dans leur naturel*, está dedicado a fundamentar el orden de la sociedad. Un resumen se ve en el cap. XIV.

Domat dedica el libro I de *Les lois civiles dans leur ordre naturel* a las *conventions*, el cual “sera comencé par un premier titre des conventions en général. Car, comme il y a plusieurs principes et plusieurs règles qui sont communes à toutes les espèces de conventions, il est de l’ordre de ne pas répéter en chacune ces règles communes, et de les recueillir toutes en un seul endroit; on placera ensuite, sous des titres particuliers, les différentes espèces de conventions, et on ajoutera à la fin de ce premier livre, un dernier titre des vices des conventions, comme sont le dol, le stellionat et autres, où sera traité de l’effet que doivent avoir dans les conventions l’erreur et l’ignorance du fait ou du droit, la force et la contrainte, et les autres vices qui peuvent s’y trouver”⁴⁵³.

Se ve, pues, que la *convention* (*contrat*, *pacte*) ocupa un lugar muy central en un sistema, de hecho, bipartito (*conventions* - *successions*), pues la idea de *ordre de la société* es nada más que una noción unificadora de partida, que en la exposición jurídica no ocupa ningún espacio.

6. Con Pufendorf, el esquema de una doctrina general de los *pacta* y *promissa* quedó sustancialmente trazado. Solo hizo falta liberarlo del filosofismo con que los iusnaturalistas solían envolver los conceptos y las figuras del derecho romano. Esa fue la obra de Robert Joseph Pothier (1699 - 1772), en su *Traité des obligations* (1761)⁴⁵⁴. Con él, las nociones recuperaron su perfil dogmático-jurídico. Las fuentes de Pothier son, en primerísimo lugar, el derecho romano, pero también Grotius y Pufendorf.

En Pothier, la teoría general del contrato aparece en el interior de una teoría general de las obligaciones, como el título de la obra a la que nos referimos lo indica. La afirmación de partida del autor es que tres cosas resultan ser de la esencia de una obligación: que haya una causa de donde nazca; unas personas entre las que se establezca; y una cosa que sea su objeto. Las causas de la obligación son el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito; a veces la equidad y la ley. Aquí, pues, la palabra *cause* está adoptada en el sentido de “fuente de obligación”.

En primer lugar, Pothier se propone tratar del contrato, a lo cual procede en el siguiente orden: (i) qué sea un contrato; su diferencia con la policitación y qué cosas se deben distinguir en aquél; (ii) divisiones del contrato; (iii) vicios generales que pueden encontrarse en ellos; (iv) personas que no pueden contratar; (v) qué puede ser objeto de los contratos; (vi) sus efectos; (vii) su interpretación; (viii) el juramento que suele adjuntarse a las convenciones⁴⁵⁵.

Después de definir al contrato como especie de la convención destinada a formar una obligación, de diferenciarlo de la policitación o promesa no aceptada, de distinguir en él las cosas que son de su esencia, de su naturaleza y accidentales

⁴⁵³ DOMAT, J., *Traité des lois*, cap. XIV, párr. 10.

⁴⁵⁴ Ed.: POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des obligations*, en *Œuvres de Pothier* (ed. Bugnet, Paris, 1861), X.

⁴⁵⁵ Todo en: POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des obligations*, párr. 2.

y de dividirlo según distintos puntos de vista en sinalagmáticos y unilaterales, consensuales y reales, interesados para ambas partes (onerosos), de beneficencia (gratuitos) y mixtos, principales y accesorios, formales y sin forma⁴⁵⁶, entra Pothier en el tema *Des différents vices qui peuvent se rencontrer dans les contrats*, que son el error, el defecto de libertad (fuerza), el dolo, la lesión entre mayores y menores, el defecto de causa (en donde se expone la doctrina de la *cause honnête*) y lo que Pothier llama el *défaut de lien*, que se da cuando el cumplimiento de la obligación se deja al arbitrio del deudor⁴⁵⁷. En enseguida trata *Des personnes qui sont capables, ou non, de contracter*⁴⁵⁸ equivalente a lo que hoy llamamos la teoría de la capacidad. El tema siguiente es *De ce qui peut être l'objet des contrat. Que ce ne peut être qu'une chose qui concerne les parties contractantes, suivant la règle qu'on ne peut valablement stipuler ni promettre que pour soi*⁴⁵⁹, o sea, las reglas sobre el objeto, la estipulación en favor de un tercero y la promesa del hecho ajeno, temas estos que son reminiscencia del viejo modelo institucional y delatan su origen.

De Pothier al *Code Civil* hay un paso directo.

XXVIII. LA CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA MODERNA, VII: EL LUGAR DE LA CAUSA EN LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

Si ahora nos preguntamos por el lugar que ocupa la doctrina de la causa en la teoría general del contrato, la respuesta salta a la vista con reexaminar los esquemas antes presentados.

En el título III, 19: *de inutilibus stipulationibus* de las Instituciones de Justiniano, de causa se habla en su párrafo 24: *Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet*⁴⁶⁰. Ahora bien, el que promete cometer un homicidio o un sacrilegio, en realidad no promete *ex turpi causa*, sino directamente una *turpis res*. Para que hubiera problema de causa en tales hipótesis, fuera necesario construir la estipulación de otra manera: suponiendo que se ha celebrado un convenio por el cual alguien pagará a otro 1000 para que cometa la fechoría de que ahí se trata, tendría causa ilícita la posterior promesa abstracta de esa cantidad hecha por el interesado en los delitos al que había aceptado cometerlos. Técnicamente, pues, la manera de expresarse las Instituciones no corresponde a una (*turpis*) *causa stipulationis* en el sentido del derecho clásico, sino a una (*turpis*) *res*, que nosotros identificaríamos con un objeto ilícito. En ese texto, por ende, *causa* está por *res*.

⁴⁵⁶ POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des obligations*, párr. 3 - 15.

⁴⁵⁷ POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des obligations*, párr. 16.

⁴⁵⁸ POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des obligations*, párr. 49.

⁴⁵⁹ POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des obligations*, párr. 53.

⁴⁶⁰ “Lo que fue prometido por causa torpe, como si alguno promete que ha de cometer un homicidio o un sacrilegio, no vale”.

Pero el hecho es que en el texto aparece *causa*, y ello fue suficiente para en principio inspirar su tratamiento en un esquema que siguiera al modelo justinianeo.

No ocurrió así en Molina, empero, quien, como vimos, omitió el tema de la causa en su exposición de las *promissiones*. La razón es clara y evidente: para Molina, la *promissio* constituye una donación (obligacional)⁴⁶¹. En consecuencia, no puede tener sino que una causa, vale decir, la donación misma. Ahora bien, de la causa Molina trata ampliamente en materia de pactos⁴⁶², a cuyo género pertenece la promesa. En consecuencia, lo que de la causa dice ahí se entiende aplicable también a las promesas. Por lo demás, aunque en medio de una argumentación a otro propósito, Molina menciona la doctrina especial de la donación como causa de las promesas, en lo cual se muestra de acuerdo con parte de la doctrina tradicional, según la cual no es necesario expresar la causa en la promesa, y cuando no se expresa, se presume la donación⁴⁶³.

En Grotius, en cambio, reaparece el tema de la causa, más para desecharlo⁴⁶⁴. Por un lado, según el derecho natural, las promesas *sine causa* obligan: “*Quod vero promittitur ob causam ante debitam, non eo minus debetur, si jus naturale spectemus, secundum ea quae de rei aliena acceptatione supra diximus: nam et sine ulla causa promissum naturaliter deberetur. Sed hic quoque damnum per extorsionem datum, aut inaequalitas in contractu reparanda venient, secundum tradendas inferius leges*”⁴⁶⁵. Por otro, también por derecho natural, las promesas sin expresión de causa valen: “*Hoc quoque omittendum non est, ne jura civilia cum naturali jure confundantur, neque promissiones quae causam expressam non habent naturaliter esse irritas, non magis quam rerum donationes*”⁴⁶⁶. Grotius, pues, se aparta totalmente de la tradición del derecho romano pretorio y del me-

⁴⁶¹ MOLINA, L. de, *De Justitia et Jure*, disput. 262 pr.

⁴⁶² MOLINA, L. de, *De Justitia et Jure*, disput. 257.

⁴⁶³ MOLINA, L. de, *De Justitia et Jure*, disput. 257, núm. 5.

⁴⁶⁴ Sobre la causa en Grotius: DIESELHORST, M., *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen* cit. (n. 425), pp. 52 - 54; AUGÉ, G., *Le contrat et l' évolution du consensualisme chez Grotius* cit., pp. 104 ss. (pero en la *Inleiding*), 112; BENKE, Nikolaus, *Bemerkungen zu Consideration und Versprechen in Pillans v. Van Mierop*, en *Ius Commune* 14 (1987), p. 32; PETRONIO, U., *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti* cit., en BARTON, John (ed.), *Towards a General Law of Contract* (Berlin, Duncker und Humblot, 1990), p. 243; BIROCCHI, Italo, *La questione dei patti nudi nella dottrina tedesca* cit. (n. 341), *Ibid.*, pp. 195; LUIG, Klaus, *Causa und Innominatvertrag in der Vertragslehre zur Zeit des Naturrechts*, en VACCA, Letizia (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* (Torino, Giappichelli, s. d. [1997]), pp. 227 s.

⁴⁶⁵ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 11, párr. 10: “Pero lo que se promete por una causa anterior debida, no por ello es menos debida, si miramos al derecho natural, según aquello que acerca de la aceptación de una cosa ajena dijimos más arriba: pues también lo prometido sin ninguna causa será debido naturalmente. Pero entonces el daño provocado por la extorsión o la desigualdad entra en la indemnización del contrato, según las leyes que citaremos más abajo”.

⁴⁶⁶ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 11, párr. 21: “Tampoco debe omitirse,

dieval en la materia, que si bien no exigían la expresión de la causa, sí exigían su existencia para la validez de las promesas. La razón de este partido adoptado por Grotius ha sido señalada: para este jurista, el modelo de acto obligatorio es el *pactum nudum*, que se sustenta pura y exclusivamente en el consenso alcanzado por las partes, sin necesidad de un añadido, vale decir, sin necesidad de solemnidades, ni –es lo que nos interesa– de causa, para obligar⁴⁶⁷.

Todavía, pues, Grotius, sintió la necesidad de pronunciarse en torno a la causa, aunque en el modo en que hemos visto. No ocurrió otro tanto con Pufendorf, quien no dice palabra alguna sobre la materia⁴⁶⁸. La razón es la misma vista como válida para Grotius, pero con más fuerza aún, en tanto Pufendorf acentúa el carácter vinculante del consenso con mayor radicalismo que aquél. Lo propio cabe decir para Thomasius⁴⁶⁹.

Los iusnaturalista, así, terminaron por ver la existencia de una suerte de incompatibilidad entre los principios del consensualismo y del causalismo, incompatibilidad que ellos resolvieron en favor del primero. Ello implicó la desaparición de la causa como elemento de la promesa y de los contratos innominados. A veces esta desaparición se manifestó por medio del silencio, como hemos visto haber acaecido ya en Pufendorf. El caso se repitió en Christian Thomasius (1655 - 1728), quien omite completamente toda mención al tema en la parte de sus *Institutiones jurisprudentiae divinae* (1688) dedicada a los pactos, vale decir, en el capítulo 7 de su libro II: *De officio paciscentium*, en donde la exposición sigue más o menos el elenco de argumentos que ya hemos visto tratar a Grotius y a Pufendorf en materia de *promissiones*. En otros casos, el partido adoptado fue mencionar la causa, pero, como ya en Grotius, para declarar que ella no es necesaria por derecho natural. Ahora el ejemplo viene de Christian Wolf (1669 - 1754). En el capítulo VII: *De modo sese alteri obligandi seu promissis et pactis in genere* de la 2ª parte de sus *Institutiones iuris naturae et gentium* (1750), él declara: “*promissio naturaliter non habere debet causam expressa, scilicet cur promittat*”⁴⁷⁰.

Se ve, en consecuencia, que el iusnaturalismo se encaminó por una senda en la que la vieja doctrina de la causa no iría a tener lugar. De hecho, esto explica que en el código austriaco de 1811 ella no aparezca y hasta quizá explica que la pandectística y en fin el código alemán de 1900 y el código sobre obligaciones

para que no se confunda a los derechos civiles con el derecho natural, que las promesas que no tienen una causa expresada, no son naturalmente inválidas, no más que la donación de las cosas”.

⁴⁶⁷ Así DIESELHORST, M., *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen* cit. (n. 425), pp. 54.

⁴⁶⁸ LUIG, K., *Causa und Innominatvertrag* cit. (n. 464), en VACCA, Letizia (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* (Torino, Giappichelli, s. d. [1997]), pp. 230 s.

⁴⁶⁹ Véase LUIG, K., *Causa und Innominatvertrag* cit. (n. 464), en VACCA, Letizia (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* (Torino, Giappichelli, s. d. [1997]), pp. 232 s.

⁴⁷⁰ WOLF, Chr., *Institutiones iuris naturae et gentium*, 2ª parte, cap. 7, párr. 407: “La promesa naturalmente no debe tener causa expresa, esto es, el por qué se prometa”.

suizo de 1911 tampoco le hayan acordado un lugar general como elemento del negocio jurídico o del contrato. De esta línea, que en todo caso queda por ser estudiada, no nos habremos de ocupar más aquí.

XXIX. LA CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA MODERNA, VIII: LA DOCTRINA DE LA CAUSA COMO ELEMENTO PROPIO DE TODO CONTRATO EN ALGUNOS HUMANISTAS

Sin embargo, en forma paralela a la desaparición de la causa como elemento del contrato en el iusnaturalismo, se desarrolló otra tendencia, cuyas raíces están en el humanismo que, por el contrario, acentuó el elemento causal, mas generalizadamente para todos los contratos.

1. En un jurista alemán, característicamente humanista, de la línea sistemática, como Hermannus Vultejus (≅1634), encontramos esta compendiosa definición del *contractus* como “*conventio cum causa*”⁴⁷¹.

Bajo esta definición, Vultejus incluía a los contratos nominados e innominados⁴⁷². Lo importante de señalar para nosotros, por ende, es que, atendido ello, para Vultejus no solo los innominados exigen *causa*, como tradicionalmente se había dicho, mas también los nominados. Ahora bien, ¿qué entendía ese jurista por causa? Lo dice así: “*Causa autem negotium est, quod cum a iure probatum sit, facit ut obligatio ex contractu fit, et ex contractu actio*”⁴⁷³. También: “*substantia contractuum omnium est in consensus, ut materia, et in causa seu negotio tamquam forma*”⁴⁷⁴. La *causa* es, pues, un *negotium iure probatum*. Por otra parte: “*...in genere vero et omnibus contractibus commune est datio vel factum: atque id vel alterutrum, vel utrumque simul*”⁴⁷⁵. En todo contrato existe una combinación de *datio* y *factum*, de uno u otro (*datio* con *datio* y *factum* con *factum*) o de uno y otro (*datio* con *factum* y viceversa). Cuando esa combinación

⁴⁷¹ VULTEJUS, H., *Iurisprudentiae Romanae*, lib. I, cap. XXX: “*Conventio, quae causam habet, contractus dicitur, unde contractum definitio quid sit conventio cum causa*” (“La convención que tiene causa se llama contrato, de donde la definición del contrato como convención con causa”). Sobre esta definición ha llamado la atención BIROCCHI, Italo, *Causa e categoria generale* cit. (n. 325), pp. 137 ss., especialmente, 171 ss., EL MISMO, *Causa e definizione del contratto nella dottrina del cinquecento*, en VACCA, Letizia (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* (Torino, Giappichelli, s. d. [1997]), pp. 189 ss., en especial, pp. 205 s.

⁴⁷² BIROCCHI, I., *Causa e categoria generale* cit. (n. 325), pp. 172; EL MISMO, *Causa e definizione del contratto* cit. (n. 471), p. 206.

⁴⁷³ VULTEJUS, H., *Iurisprudentiae romanae*, lib. I, cap. XXX, 168: “La causa es, pues, el negocio, que cuando es aprobado por el derecho, consigue que se haga la obligación del contrato, y del contrato la acción”.

⁴⁷⁴ VULTEJUS, H., *Iurisprudentiae romanae*, lib. I, cap. XXX, 168: “La sustancia de todos los contratos está en el consenso, como materia; y en la causa o negocio en tanto forma”.

⁴⁷⁵ VULTEJUS, H., *Iurisprudentiae romanae*, lib. I, cap. XXX, 168: “...pero, en general, también a todos los contratos es común la dación o el hecho, ora uno u otro, ora uno y otro a la vez”.

está prevista en abstracto por el derecho, se tienen los contratos nominados (cuya *causa* es *specialis*, por ejemplo, la de dar una cosa con la de dar dinero, que hace la compraventa); cuando la combinación la hacen libremente los particulares, se tienen los innominados (cuya *causa* es, por el contrario, *generalis*).

En esta construcción debemos reconocer un nítido adelantamiento de la teoría de la causa como “función” del contrato⁴⁷⁶, que durante el siglo XX vino desarrollando especialmente la doctrina italiana. Pero eso no nos interesa ahora. Más importante es pensar en que Vultejus probablemente se inspiró formalmente en la doctrina canonística del *pactum non nudum a causa* para concebir su noción de contrato con causa, aunque haya modificado el concepto de causa misma. Por otro lado, debemos recalcar la operación consistente en la extensión de la idea de *causa* a los contratos nominados, que antes solo regía en el ámbito de los innominados. Ello implicaba, en realidad, que el contrato, concebido ahora como figura unitaria, tiene causa o requiere de ella.

2. Otro intento en el mismo sentido de Vultejus fue el del jurista italiano Giulio Pace di Beriga (1550 - 1635), también, como aquél, con quien por lo demás mantuvo algún contacto, perteneciente a la corriente sistemática del humanismo. La definición que de *contractus* ofrece Pace es muy similar a la de su colega alemán⁴⁷⁷: “*Pactum esse tantum consensum, contractum vero esse consensum et causam*”⁴⁷⁸. Nuevamente, el recuerdo de la noción canonística de *pactum non nudum* es inevitable. Pero esta vez nos encontramos con un expreso repudio de las ideas tradicionales de causa como *res et factum*. El nuevo concepto que ofrece Pace aparece en el siguiente texto: “*Causa non est definienda res, sive factum sive tale quippiam, ut doctores definiunt: nam stipulatio neque rem, neque factum habet, causam tamen habet, immo etiam contractus, qui nudo consensus fiunt, causam habent: sed causa est, ut supra exposui, vis illa a iure actui tributa, per quam actus ille producit civilem obligationem et actionem; et dicitur causa per relationem ad effectum, quia est causa obligationis et actionis*”⁴⁷⁹. El concepto de causa resulta ahora totalmente dilui-

⁴⁷⁶ Vultejus recurre también a la noción de fin del contrato, pero la entendía como el efecto que de él nace, cual es la obligación: BIROCCHI, I., *Causa e categoria generale* cit. (n. 325), pp. 176.

⁴⁷⁷ También ha sido BIROCCHI, I., *Causa e categoria generale* cit. (n. 325), pp. 195 - 200; EL MISMO, *Causa e definizione del contratto* cit. (n. 471), pp. 208 - 211, quien ha puesto de manifiesto esta definición.

⁴⁷⁸ PACIUS A BERIGA, I., *Commentarius in titulos Digestorum et Codicis, de pactis* ad. D. 2, 14, 1, 1, 6acD: “Un pacto es tan solo consenso, mas un contrato es consenso y causa”.

⁴⁷⁹ PACIUS A BERIGA, I., *Commentarius in titulos Digestorum et Codicis, de pactis* ad. D. 2, 14, 7, 4, 25aAB: “No se debe definir la causa como una cosa o un hecho o como tal o cual, según los doctores la definen: pues la estipulación no tiene ni cosa ni hecho, y sin embargo tiene causa, más bien asimismo los contratos, que hechos por el nudo consenso, tienen causa: pero la causa es, como expuse más arriba, aquella fuerza atribuida al acto, por la cual aquel acto produce obligación civil y acción; y se llama causa en relación con el efecto, porque es causa de la obligación y de la acción”. Cfr. PACIUS A BERIGA, I., *Commentarius in titulos Digestorum et Codicis, de pactis* ad. D. 2, 14, 7, 2, 6bD: “...consensus autem non fit contractus, nisi

do, como una fuerza atribuida por el derecho a los actos, que los hace producir obligaciones y acciones, y nada tiene que ver con la antigua noción de *datio vel factum*. Tampoco nos interesa mucho esto, y solo cabe poner de manifiesto las operaciones cumplida por Pace, a saber: primeramente, el empleo como telón de fondo del concepto canonista de *pactum non nudum a causa*, con el cual necesariamente se conecta su propia definición de contrato (no bien haya reinterpretado la noción de causa). En seguida, la extensión de la causalidad desde los contratos innominados a los nominados. Aunque ello no esté afirmado expresamente, se deduce, sin embargo, porque el punto de partida de Pace es el concepto de causa de los contratos innominados, puesto que quiere desechar expresamente la definición de los “doctores” de la causa como *res sive factum* (= *datio vel factum*), que tradicionalmente era la propia de aquellos contratos. Finalmente, esta síntesis de que todos los contratos requieren de una causa, esta vez formulada expresamente: “*nam stipulatio... causam tamen habet... contractus, qui nudo consensus fiunt, causam habent*”.

XXX. LA CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA MODERNA, IX: LA DOCTRINA DE LA CAUSA COMO ELEMENTO PROPIO DE TODO CONTRATO EN JEAN DOMAT⁴⁸⁰

1. Por esta misma senda se encaminó Jean Domat (1625 - 1696). En su tratado *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689 - 1694) encontramos un texto célebre, que aquí presentaremos de manera descompuesta para su mejor análisis⁴⁸¹:

- 1 (4.) *Les communications et les commerces pour l'usage des personnes, et celui des choses, sont de quatre sortes, qui font quatre espèces de conventions. Car ceux qui traitent ensemble.*
- 2 *ou se donnent réciproquement une chose pour une autre comme dans une vente et dans un échange;*
- 3 *ou font quelque chose l'un pour l'autre, comme s'ils se chargent de l'affaire de l'un de l'autre;*
- 4 *ou bien l'une fait et l'autre donne, comme lorsqu'un mercenaire donne sa travail pour un certain prix;*

foveatur a iure, a quo accipiat causam, per quam producat obligationem et actionem”. *Hinc est quo Ulp. in l. 7 § sed etsi infra eod. ait omnem contractum habere in se causam* (“...pero el consenso no hace al contrato, a no ser que resulte fomentado por el derecho, del cual reciba causa por la cual produzca obligación y acción. Es lo que Ulpiano dice en D. 2, 14, 7, 2, de que todo contrato tiene causa en sí”). Por cierto, Ulpiano no dice en el texto citado por Pace, que todo contrato tiene causa en sí.

⁴⁸⁰ Lit.: CHEVRIER, George, *Essai sur l'histoire de la cause* cit. (n. 235), pp. 246 ss.; CAPITANT, Henri, *De la cause des obligations* cit. (n. 227), pp. 163 ss.; DABIN, Jean, *La teoría de la causa* (trad. castellana, Madrid, 1955), pp. 17 - 48; GORLA, G., *El contrato* cit. (n. 40), I, 77 ss.; GAZZANIGA, Jean-Louis, *Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'Ancien Régime*, en *Droits. Revue Française de Théorie Juridique* 12: *Le contrat* (1990), pp. 37 ss.

⁴⁸¹ Se trata, por supuesto, de *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (ed. Remy, Paris, 1835), 1ª parte, lib. I, tít. 1, sec. 1ª, párrafos 4 - 6.

- 5 *ou enfin un seul fait ou donne: l'autre ne faisant ou ne donnant rien;*
 6 - *comme lorsqu'une personne se charge gratuitement de l'affaire*
 d'une autre,
 7 - *ou qu l'on fait une donation par pure liberalité.*
 8 (5.) *Dans ces trois premières sortes de conventions il se fait un commerce où*
 rien n'est gratuit, et l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre.
 9 *Et dans les conventions mêmes où un seul paraît obligé, comme dans le prêt*
 d'argent, l'obligation de celui qui emprunte a été precede de la part de l'autre
 de ce qu'il devait donner pour former la convention.
 10 *Ainsi l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de*
 l'un des contractans, a toujours sa cause de la part de l'autre; et l'obligation
 serait nulle, si, dans la vérité, elle était sans cause.
 11 (6.) *Dans les donations et dans les autres contrats où un seul fait ou donne,*
 et où l'autre ne fait et ne donne rien, l'acceptation forme la convention;
 12 *et l'engagement de celui qui donne, a son fondement sur quelque motif*
 raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelque autre mérite du
 donataire, ou le seul plaisir de faire du bien.
 13 *Et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien.*

2. En este texto vemos compendiados varios de los tópicos a que había venido llegando la jurisprudencia de los siglos XVI y XVII en materia convencional. En primer lugar, la disolución de las diferencias entre pactos nudos y no nudos, por un lado, y contratos nominados e innominados⁴⁸² por otro, en beneficio de una noción unitaria de contrato. En Domat, esta simplificación llega a la exageración cuando cancela incluso las diferencias entre convención, contrato y pacto: para él, la palabra *convention* es general y comprende toda suerte de *contrats, traits et pactes de toute nature*⁴⁸³. En seguida está la emergencia de la distinción de contratos onerosos y gratuitos, tal como aparece en 1 a 7 (párrafo 4). En efecto, ahí, las convenciones aparecen clasificadas en cuatro clases, y después distribuidas en dos categorías: una, que incluye las tres primeras clases (2 + 3 + 4), corresponde a las convenciones en donde nada es gratuito, vale decir, a las onerosas; la otra se agota en las convenciones de la cuarta clase (5), con sus dos especies de hacer (por ejemplo, el mandato: 6) y de dar (donación: 7), en ambos casos sin contraprestación, y corresponde a las convenciones gratuitas. En tercer lugar se nos presenta el empleo de los contratos innominados del *ius commune* como modelo para los contratos onerosos, ya que 2 es reflejo del tipo *do ut des*, 3 del tipo *facio ut facias*, y 4 de los tipos *do ut facias* y *facio ut des* (considerados como intercambiables). No falta en Domat ni siquiera el eco de la noción humanística de sunállagma, que vemos proyectarse en la frase 1: “*Les communications et les*

⁴⁸² Aunque Domat menciona esta distinción en el párr. 7, atribuye los mismos efectos a ambas categorías: véase supra XXIV, 3.

⁴⁸³ *Ibid.*, párr. 1.

commerces pour l'usage des personnes, et celui des choses”, con que comienza el párr. 4⁴⁸⁴. En otro lugar hemos comentado que en Domat la *convention* ocupa uno de los dos lugares principales de un sistema bipartito (*conventions* y *successions*)⁴⁸⁵.

3. En medio de este panorama, se nos presentan ciertas afirmaciones de nuestro autor concernientes a la causa en las convenciones, que son presentadas no como un elemento de tal o cual especie de éstas sino precisamente de todas.

a) En las convenciones no gratuitas u onerosas –dice Domat–, “*l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre*” (8), que traducimos así: “El empeño de uno es el fundamento de aquel del otro”. Se refiere, pues, al empeño de cada parte. A esta frase sigue esta otra (10): “*Ainsi l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l'un des contractans, a toujours sa cause de la part de l'autre; et l'obligation serait nulle, si, dans la vérité, elle était sans cause*”; vale decir: “Así la obligación que se forma en estas clases de convenciones en provecho de uno de los contratantes, tiene siempre su causa de la parte de la otra [sc. obligación]; y la obligación sería nula, si, en verdad [sc. en la realidad, de hecho] ella estuviera sin causa”. En este pasaje, la frase “*dans ces sortes de conventions*” se conecta con la frase (8) “*Dans ces trois premières sortes de conventions*” con que comienza el párrafo 5. Vale decir, ambos textos se refieren a las convenciones onerosas. Domat, pues, viene a decir: como en las convenciones onerosas el empeño (*engagement*) de una parte es el fundamento del empeño de la otra, la obligación que en tales convenciones se forma en provecho de uno de los contratantes siempre tiene su causa en la otra obligación, de modo que si la obligación no tiene causa, ella es nula⁴⁸⁶.

b) Por las fuentes que cita Domat en apoyo de sus dichos podemos conocer en qué causa pensaba.

Para la frase (10): “*Ainsi l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l'un des contractans, a toujours sa cause de la part de l'autre*” cita los siguientes textos: D. 19, 5, 5: *do ut facio ut*; D. 50, 16, 19: *ultra citroque obligatio*; D. 12, 1, 1: “*assentimur alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu*”. Las frases latinas que Domat transcribe en sus notas corresponden a la parte que él encontraba la pertinente de los textos completos del Digesto, que por lo demás él ya tenía resumidos a su vez en el extracto de su autoría, que bajo el nombre de *Legum delectus ex libris Digestorum et Codicis ad usum scholae et forum*, fue publicado póstumo en 1700⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ Se recordará la traducción humanística de *συνάλλαγμα* como *commercia*: supra XVI, 1, a) y b).

⁴⁸⁵ Supra XXVII, 5.

⁴⁸⁶ Lo repite y amplía en 1ª parte, lib. I, tít. 1, sec. 1ª, párr. 13: “*Dans les conventions où quelqu'un se trouve obligé sans aucune cause, l'obligation est nulle; et il en est de même si la cause vient à cesser. Mais c'est par les circonstances qu'il faut juger si l'obligation a sa cause ou non*”.

⁴⁸⁷ Este trabajo era el que Domat ordinariamente tendría a la vista al redactar su sistematización de las leyes civiles.

En esa obra, el largo fragmento de D. 19, 5, 5 aparece resumido así: “*In his competit speciebus totius ob rem dati tractatus: aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias*”⁴⁸⁸. No es el caso insistir en que este fragmento era el básico de la noción medieval de *contractus innominatus*. El segundo pasaje citado es D. 50, 16, 19, que en el original contiene un pasaje donde Ulpiano cita la interpretación de Labeón a la palabra *contractus*, que define como *ultra citroque obligatio*, que es la que Domat recoge en su cita. El tercer texto es D. 12, 1, 1, del que Domat destaca esta frase: “*adsentimur alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu*”⁴⁸⁹, que en el original formaba parte de la definición de *creditum*.

Domat, pues, pensaba que estos textos apoyaban la frase (10): “*Ainsi l’obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l’un des contractans, a toujours sa cause de la part de l’autre*”. Pero se observará que ninguno de esos pasajes contiene la palabra *causa*, ni concierne a ella. Es claro, pues, que el autor no sentía la necesidad de explicar esta noción, lo cual insinúa que los textos citados más apoyan otras ideas, como la de que en las tres primeras clases de convenciones se hace un comercio en donde nada es gratuito, a lo que sirve D. 19, 5, 5; la de que el empeño de una parte es el fundamento del empeño de la otra, lo que parece sustentado por D. 50, 16, 19 (“obligación de uno y otro lado”); la de que incluso en aquellas convenciones en donde uno solo parece obligado, como en el préstamo de dinero, la obligación restitutoria del que recibió estuvo precedida por la entrega que le hizo la contraparte, a lo que ayuda D. 12, 1, 1, que contiene, como dijimos, precisamente la definición del *creditum*. Sorprendentemente, pues, la única parte del texto que se queda sin apoyo textual es la parte referida a la causa (10): “*Ainsi l’obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l’un des contractans, a toujours sa cause de la part de l’autre*”. Pero a esta frase sigue otra que sí tiene el apoyo de citas (10): “*et l’obligation serait nulle, si, dans la vérité, elle était sans cause*”. Los textos invocados son: primeramente D. 2, 14, 7, 4: “*Cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem*”⁴⁹⁰. En el *Legum delectus* aparece bajo la misma forma. En seguida está D. 12, 7, 1: “*Est et haec species conditionis, si quis sine causa promissit. Qui autem promissit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem*”⁴⁹¹. No será necesario recalcar que D. 2, 114, 7, 4 era el texto fundamental de la teoría de la causa de los contratos innominados del *ius commune*.

⁴⁸⁸ “En estas formas se concentra el tratado de todas las que son dadas *ob rem*: pues o te doy para que des, o doy para que hagas, o hago para que des, o hago para que hagas”.

⁴⁸⁹ “Asentimos siguiendo la fe ajena, para después haber de recibir algo en virtud de este contrato”.

⁴⁹⁰ “Cuando no hay ninguna causa debajo, consta que en razón de la convención no puede constituirse obligación”.

⁴⁹¹ “Hay también una forma de condición, si alguno hubiera prometido sin causa. Pero el que prometió sin causa, no puede repetir la cantidad, que no dio, sino la obligación misma”.

c) Con estos antecedentes, parece claro que Domat pensaba en la causa de los contratos innominados, es decir, en aquella propia de la doctrina del *pactum nudum a sollemnitate sed non a causa*, que hemos visto repetirse incesantemente a lo largo de los siglos XVI y XVII (y después). Con algunas modificaciones.

Se recordará que para el derecho canónico, un pacto meramente consensual que expresara (o que no expresara, pero respecto del cual se probara) una *causa finalis* o *impulsiva* tenía carácter obligatorio, aunque la causa no estuviera ejecutada (*impleta*). Esto último había supuesto la eliminación de la *causa quae subest*. Para el derecho civil más ortodoxo, necesario era que la *causa finalis* estuviera ejecutada, lo que implicaba mantener además la exigencia de la *causa quae subest*; pero muchos civilistas se adaptaron al régimen canónico, y se contentaron con la mera expresión (o al menos existencia) de la causa. Esta doctrina, empero, tenía como telón de fondo el problema de que los pactos solamente consensuales no generaban obligación, según el derecho romano, y precisamente ella trataba de superar ese defecto, exigiendo mención o existencia de causa, para que el acuerdo generara la obligación. Para Domat, en cambio, plenamente imbuido del principio consensualista, el problema de los *nuda pacta* ya no existía más: cualquier acuerdo consensual era capaz de generar obligaciones. De este modo, para ese autor, la causa ya no podía ser un requisito de la convención en función de hacerla producir obligaciones, que nacían del acuerdo mismo. Por ello en Domat la causa queda transformada en un requisito para la validez de la obligación: “*et l’obligation serait nulle, si, dans la vérité, elle était sans cause*”.

En segundo lugar, Domat abandona la relativa libertad que concedía el *ius commune* para establecer la causa: para el derecho canónico al menos, ésta podía consistir en una *causa finalis* o en una *impulsiva*, con el solo límite de su licitud. El derecho civil tendía a concentrarla en una *datio* o en un *factum*. Para Domat, la causa es siempre una *obligation*.

En cierta conexión con eso mismo –en tercer lugar–, puesto que Domat se refiere a las convenciones no gratuitas u onerosas, vale decir, del tipo *do ut des*, etcétera, de ello concluye, como si dijéramos que por definición, que las obligaciones de tales actos siempre tienen causa. En efecto, como en una convención onerosa, la obligación que nace para un contratante tiene su causa en la obligación que nace para el otro, se sigue entonces que cada obligación siempre tiene causa; en caso contrario, no es onerosa, y por ende no es en principio convención. Es, pues, el caso recalcar el uso del adjetivo “*toujours*” en la frase (10: “*a toujours sa cause*”). Esta es una conclusión que necesariamente deriva del hecho de que la causa aparece ahora como algo propio de toda convención y no solo de algunas. En el *ius commune*, la causa era un elemento exigible, de diferentes maneras según las distintas escuelas, solo con respecto a los contratos innominados. En los contratos nominados, no había problema de causa. Domat, como tantos otros antes que él, superó esta distinción, y la reemplazó por la distinción de contratos (convenciones) onerosos - gratuitos. Si en vez de eliminar la causa en todas las convenciones, se la mantiene para todas, entonces quiere decir que todas las convenciones onerosas (también las gratuitas, a lo que nos referiremos después) exi-

gen causa; y como la causa de la obligación de una parte es la obligación de la contraparte, resulta así que, en efecto, las convenciones onerosas tienen siempre causa, o no son convenciones.

En el resto, Domat adhirió a la doctrina civilista menos exigente, a aquella que se contentaba con exigir expresión o al menos existencia de causa en los contratos innominados, aunque no estuviera *impleta*. Tal es también el significado de la frase (10): “*et l’obligation serait nulle, si, dans la vérité, elle était sans cause*”. La expresión “*dans la vérité*” alude, en efecto, a lo que ocurre en la realidad, independientemente de lo que se diga en la convención misma. En otras palabras, la causa puede estar expresada o puede no estarlo, pero lo que importa es si en la *vérité* hay o no causa. Tal interpretación parece quedar corroborada por este otro pasaje domaciano: “*Dans les conventions où quelqu’un se trouve obligé sans aucune cause, l’obligation est nulle; et il en est de même si la cause vient à cesser. Mais c’est par les circonstances qu’il faut juger si l’obligation a sa cause ou non*”⁴⁹²: esta alusión a las circunstancias, en efecto, indica que Domat pensaba que la existencia o inexistencia de causa era una cuestión de hecho, que no se resolvía en la mera expresión. No podemos interpretar que “*vérité*” significa “cumplida de verdad” (*impleta*), atendida la adhesión de Domat al principio consensualista, que es incompatible con el *implementum causae*, y sobre todo debido a que para él la causa es la otra obligación mismo, esto es, no el cumplimiento de la otra obligación.

4. Esta adhesión al principio consensualista no impidió a Domat aceptar el principio causalista, cosa que sí había ocurrido entre los iusnaturalistas, como vimos⁴⁹³. La incompatibilidad entre ambos principios radica en que cuando se acepta que el solo acuerdo de voluntades de cualquier manera manifestado es suficiente para generar obligaciones entre los que acordaron, no debe exigirse algo extrínseco además, como una causa. Domat superó la incompatibilidad convirtiendo a la causa en algo intrínseco o interno al contrato: el contrato, formado por el mero consenso (con olvido de los reales empero) genera obligaciones recíprocas y no puede dejar de generarlas; al mismo tiempo tales obligaciones funcionan como causas recíprocas de sí mismas, de modo que (10) la obligación que se forma en provecho de uno de los contratantes (10) “*a toujours sa cause*” de parte de la otra obligación.

5. Pero las ideas sobre causa que Domat venía aceptando, encontraban dos obstáculos.

a) Por un lado, las convenciones (9) “*où un seul paraît obligé, comme dans le prêt d’argent*”. En efecto, en una convención como el mutuo, solo el mutuario resulta obligado. El mutuante no contrae obligación alguna. Mal podría entonces decirse que la obligación del mutuario (10): “*a toujours sa cause de la part de*

⁴⁹² 1ª parte, lib. I, tít. 1, sec. 1ª, párr. 13.

⁴⁹³ Supra XXVIII.

l'autre" [sc. *obligation*], porque no hay otra obligación. En el *ius commune*, problema de causa no había en el mutuo. Este era un contrato nominado, cuyo *vestmentum* era la *res* misma, con cuya tradición comenzaba el contrato. Para Domat, el mutuo es un contrato oneroso del tipo *do ut des*⁴⁹⁴. En tales condiciones, debe tener causa. Pero se ve que es difícil encontrarla. A esta objeción, Domat—muy embarazado— responde (9): "*l'obligation de celui qui emprunte a été precede de la part de l'autre de ce qu'il devait donner pour former la convention*". Domat, pues, supone que el mutuante ("*la part de l'autre*") "debía dar para formar la convención" ("*devait donner pour former la convention*"), y así sale del paso. No pudo olvidar que en el mutuo el mutuante no está obligado a dar, pues no se trata de un contrato consensual, sino real, que no existe antes de la tradición de la cantidad. Si una causa se quiere encontrar para la obligación restitutoria del mutuario, ella puede ciertamente encontrarse en la previa *datio* del mutuante. Pero Domat necesitaba encontrarla en una *obligation* del mutuante; y por ello le fabrica *ad hoc* una *obligation*, consistente no en deber dar simplemente, sino en "deber dar para formar la convención", como si se dijera que el mutuante, si es que quiere formar la convención, debe dar la cantidad (!).

b) La exigencia de causa en todas las convenciones, consistente en una *obligation*, todavía encontraba otro obstáculo en la naturaleza de las convenciones gratuitas. En ellas, una parte se obliga a dar (como en las donaciones) o a hacer (como en el mandato gratuito) algo en beneficio de la contraparte, sin que ésta se obligue a dar o a hacer algo, a su vez, en contraprestación. En consecuencia, ahora es sin más inaplicable el principio de que la obligación que nazca para una parte (10) "*a toujours sa cause de la part de l'autre*" obligación, pues falta esta última⁴⁹⁵. Domat responde en el párrafo 6 (11 - 13): "*Dans les donations et dans les autres contrats où un seul fait ou donne, et où l'autre ne fait et ne donne rien, l'acceptation forme la convention, et l'engagement de celui qui donne, a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien. Et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne et ne donne*".

Domat intenta aplicar a las convenciones gratuitas el mismo esquema usado en el párrafo 5 para las convenciones onerosas, consistente en distinguir fundamento y causa por un lado y en considerar que la causa proviene de la otra parte. Primeramente, en efecto, declara que el empeño del que da tiene un fundamento; en seguida, que ese fundamento estriba en un motivo razonable y justo; luego, que tal motivo "hace las veces de causa"; y finalmente que esta función de causa

⁴⁹⁴ El mutuante da una cantidad de cosas de cierto género para recibir otras del mismo género y en la misma cantidad. Domat abunda en esta idea central: véase 1ª parte, lib. I, tit. 6 y sec. 1ª.

⁴⁹⁵ En el mandato gratuito, el mandante puede quedar obligado a indemnizar gastos y perjuicios al mandatario; pero esta obligación no es una contraprestación onerosa o precio, precisamente porque es indemnizatoria, y sobre todo es eventual, pues si el mandatario no tuvo gastos ni perjuicios, nada hay que indemnizarle.

es o proviene de la parte que recibe y nada da. El paralelismo entre el párrafo 5 y el 6 es, pues, completo. En especial lo hay entre “la obligación tiene su causa de la parte de la otra” (párr. 5) y “este motivo tiene lugar de causa de la parte del que recibe y nada da” (párr. 6).

Ahora bien, este paralelismo es sólo formal. En el párrafo 5, el fundamento del empeño de uno es también un empeño, el de la contraparte. En el párrafo 6, el fundamento del empeño del que da no es, en cambio, otro empeño, sino un “motivo”. He ahí una diferencia esencial; y tal diferencia es la que pudorosamente impide a Domat decir que el motivo sea una causa, de guisa de solo limitarse a declarar que “hace las veces de causa”. Por otra parte, falla el paralelismo, en cuanto el motivo a veces no proviene de la parte que recibe y nada da. Proviene de ella cuando el motivo consiste en un (12) “*service rendu ou quelqu’autre merite du donataire*”; pero falla cuando el motivo consiste en (12) “*le seul plaisir du faire du bien*”, pues esto proviene del que da y no del que recibe.

En cuanto a las fuentes citadas por Domat, se trata de D. 38, 2, 8, 3; D. 39, 5, 10 y D. 39, 5, 19, 2, destinadas a apoyar la idea de que la aceptación forma la convención. Enseguida, D. 17, 2, 9, que el autor resume así: “*Non sine causa obveniunt [donationes] sed ob meritum aliquod accedunt*”⁴⁹⁶, y D. 39, 5, 5, para sustentar el contenido que Domat da al “*motif raisonnable et juste*”. Después, D. 39, 5, 1: “*ut liberalitatem et beneficentiam exerceat*”, a propósito del “*seul plaisir du faire du bien*”. En fin, D. 39, 5, 3 de donde rescata la expresión *causa donandi* que ahí figura, en justificación de la frase (13): “*ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne et ne donne*”.

Tanto, pues, el nombre (“motivo”) que Domat impuso al fundamento del empeño que se asume en las convenciones gratuitas, como el contenido que le incorpora, lo mismo que las fuentes que cita en su apoyo, muestran que ese autor convirtió en *lieu de cause* de las convenciones gratuitas, en paralelo con la *cause* de las onerosas, aquello que los romanos consideraban solo como una circunstancia irrelevante de las donaciones, aunque la denominaban *causa*, por lo cual los medievales la llamaron *causa impulsiva*, también irrelevante.

6. Examinemos ahora la manera en que Domat aplicó la teoría de la causa de las convenciones onerosas.

En primer lugar tenemos el siguiente texto, escrito en tema de error: “*Si l’erreur de fait est telle, qu’il soit évident que celui qui a erré n’a consenti à la convention que pour avoir ignoré la vérité d’un fait, et de sorte que la convention se trouve n’avoir pas d’autre fondement qu’un fait contraire à cette vérité qui était inconnue, cette erreur suffira pour annuler la convention... car non seulement la convention se trouve sans cause, mais elle n’a pour fondement qu’une fausse cause*”⁴⁹⁷. Se distingue en el texto, pues, entre ausencia de causa y falsa causa. Domat presenta

⁴⁹⁶ “Las donaciones no vienen sin causa, sino que llegan en razón de algún mérito”.

⁴⁹⁷ 1ª parte, lib. I, tít. 18, sec. 1ª, párr. 7.

ejemplos para cada situación, pero en ambos casos el efecto es la nulidad. El primer ejemplo, de falta de causa, es este: el heredero de un cierto deudor, quien en vida había pagado su deuda sin que la carta de pago fuera después encontrada, se obliga para con el heredero del acreedor al pago: la obligación carecerá de efecto cuando aparezca la carta de pago. El ejemplo de causa falsa es así: dos herederos proceden a la partición de la herencia, aceptando uno en favor del otro cierta adjudicación de bienes que habían aparecido dado a éste en un codicilo, que después es declarado falso: se podrá pedir una nueva partición.

Todavía tenemos este otro texto interesante: “*Si l’ignorance ou l’erreur de droit est telle, qu’elle soit la cause unique d’une convention, où l’on s’oblige à une chose qu’on ne devait pas, et qu’il n’y ait eu aucune autre cause qui pût fonder l’obligation, sa cause se trouvant fautive, elle sera nulle*”⁴⁹⁸. Para ilustrar la doctrina, Domat ofrece este ejemplo: el adquirente de un feudo situado en un territorio donde rige una costumbre que no otorga ningún derecho feudal a otros, transa con el señor feudal dominante sobre un derecho que el adquirente creía debido a aquel por costumbre. Este error de derecho anula la obligación: se trata aquí pues de falsa causa.

Ahora bien, es evidente que en estos textos, Domat usa una doctrina sobre la causa totalmente distinta a la que había presentado al principio. De acuerdo con esta última, en las convenciones onerosas la causa de la obligación de una parte es la obligación de la contraparte. Pero ahora resulta que, en dos casos, el primero y el tercero, en que un deudor que creyendo deber, sin deber en realidad, se obliga al pago de lo que cree deber, la causa es una obligación propia (que por no existir hace la convención tenga falsa causa), no de la contraparte; en otro, el segundo, en el de los herederos que hicieron la partición de la herencia y adjudicaron bienes sobre la base de un codicilo después declarado falso, dejando incluso a un lado que de esa convención no nacen obligaciones para las partes, lo que ya es un problema, la causa (que sucesivamente se demuestra ser falsa) es un legado, y tampoco una obligación de la contraparte.

Si ahora examinamos estas tres convenciones que Domat usa como ejemplo a la luz de la doctrina tradicional del *pactum non nudum a causa*, la situación es totalmente distinta. En el primer caso, la convención reza así: “convengo en darte tal suma para pagar la deuda que mi causante tenía para con el tuyo”: esta convención tiene causa expresada, precisamente la deuda que invoca la persona que se obliga a su pago, la cual, como quiera que ya había sido pagada, no existe, dejando sin causa a la nueva obligación. En el segundo caso, la convención puede ser organizada de esta manera: convenimos en que tal bien sea adjudicado a tal heredero, puesto que le ha sido dado por un codicilo del difunto, y nuevamente la convención de adjudicación aparece con una causa expresada, precisamente el codicilo, que cesa cuando el codicilo es declarado falso. En el tercer caso, la convención se puede presentar de la misma manera que en el primero, porque se

⁴⁹⁸ 1ª parte, lib. I, tít. 18, sec. 1ª, párr. 14.

trata de una deuda que el deudor que se obliga a su pago cree deber por derecho consuetudinario, y que es falsa. Estos ejemplos ponen de manifiesto la reducción a que Domat sometió la doctrina tradicional de la causa. Para ésta, cualquier *causa finalis* y aun *impulsiva* podía actuar como tal. Para Domat, solo una obligación de la contraparte. Pero, víctima de su propia teoría, al momento de ofrecer ejemplos, consciente o inconscientemente, se vio conducido a recurrir a unos en que mejor ilustrada sale la doctrina tradicional que la suya.

7. Examinemos ahora el uso que hace Domat de la causa en las convenciones gratuitas.

En tema de donaciones entre vivos, escribe lo siguiente nuestro autor: “*Il faut faire beaucoup de différence dans les donations entre les motifs que les donateurs expriment comme étant les causes de leur libéralité, et les conditions qu’ils y imposent. Car, au lieu que le défaut d’une condition annule la donation conditionnelle, elle ne laisse pas de subsister, quoique les motifs qui y sont exprimés ne se trouvent pas être véritables. Ainsi, s’il est dit, dans une donation, qu’elle est faite pour des services rendus, ou pour faciliter au donataire une acquisition qu’il voulait faire, la donation ne sera pas annulée, quoiqu’il n’y ait pas de services rendus, et que l’acquisition ne se fasse point. Car il reste toujours la volonté absolue de celui qui a donné, et qui a pu avoir d’autres motifs que ceux qu’il a exprimés*”⁴⁹⁹. Al revés, si el donante expresa que la donación la hace a condición de emplear su emolumento en tal adquisición, carecerá de efecto si el donatario no ejecuta dicha adquisición. Nos encontramos, pues, con que los motivos expresados valen “como causas” de la donación, pero que ellos en verdad son irrelevantes, salvo que se manifiesten bajo la forma de una condición. Es digno de observarse que uno de los ejemplos de motivos es exactamente igual al que Domat había ofrecido en el párrafo 6 del título I sección I (12): “*un service rendu*”. Pero más digno de ser observado aun es que los motivos vienen considerados directamente como causa, y no como “*lieu de cause*”.

Una exposición similar encontramos en tema de disposiciones testamentarias: “*Les motifs sont les causes que les testateurs expriment quelquefois pour rendre raison de ce qui les a engagés à quelques dispositions; et ils sont de deux sortes. L’une, des motifs qui regardent le passé et qui précèdent la disposition du testateur; et l’autre, des motifs qui regardent un fait à venir, et dont l’espérance ou l’attente engage le testateur à quelque disposition*”⁵⁰⁰. Como ejemplo de la primera clase, Domat señala las consideraciones de afección, de estima, o de reconocimiento de buenos oficios o servicios prestados; y de la segunda, la esperanza que tal pariente y amigo del testador quiere hacerse cargo de la tutela de sus hijos. Ahora bien, estos motivos o bien transforman en condicional la disposición o bien carecen de efectos según la intención del testador. En el primer caso, se aplica a las reglas generales de las condiciones, y en el segundo, la disposición es pura y simple.

⁴⁹⁹ 1ª parte, lib. I, tít. 10, sec. 1ª, párr. 13.

⁵⁰⁰ 2ª parte, lib. III, tít. 1, sec. 8ª, párr. 4.

Nuevamente, pues, los motivos, también considerados como causas y no “en lugar de causas”, que no pueden interpretarse como condiciones son irrelevantes en materia de disposiciones testamentarias al igual que en las donaciones.

Esta vez, Domat, dejando a un lado la sustitución de “*lieu de cause*” por “*cause*”, es más fiel a su doctrina sobre la causa de las convenciones gratuitas expuesta en la sec. 1^a: la causa de tales convenciones es un *motif raisonnable et juste*. Solo que ahora se nos revela la vacuidad e irrelevancia de semejante causa-motivo. Su ausencia, su falsedad, su cesación no afectan en nada a la convención, salvo que se los deduzca en condición. Con ello queda puesto en evidencia que esta causa-motivo es algo totalmente distinto a la causa de las convenciones onerosas. Lo cual no es extraño, porque Domat acudió ahora a otra causa: a la *causa impulsiva* del derecho tradicional.

8. El resultado de nuestra indagación muestra que Domat se limitó a trasladar el esquema de la *causa (finalis)* de los contratos innominados (sin la exigencia de su *implementum* o de la *impleta causa quae subest*) a los onerosos, y por ende, a los nominados del derecho tradicional⁵⁰¹. Que se haya limitado a aplicar semejante esquema, le sustrae la originalidad que tradicionalmente se le ha atribuido. Tampoco se mostró original, en el resultado de esta operación, como fue haber exigido una causa para todos los contratos, porque eso era algo que ya se venía diciendo por algunos antecesores suyos, como Vultejus o Pace. Su única novedad fue la de haber reducido la causa de las convenciones onerosas a la obligación de la contraparte, en sustitución de la amplia libertad que otorgaba el *ius commune* para dar contenido a la causa. Pero esta novedad, tan restrictiva, incluso él mismo se vio impedido de aplicarla en los momento en que hubiera tenido que aplicarla.

Con respecto a las convenciones gratuitas, Domat recurrió a la idea de *causa impulsiva* del *ius commune*, y en esto se mostró por fuerza aun menos innovador: también para el *ius commune*, la realidad o falsedad de la causa impulsiva era irrelevante para el destino de la liberalidad, porque solo cumplía la función de señalar que en realidad se trataba de una liberalidad.

Esta doctrina sobre la causa no hubiera tenido ninguna trascendencia, restando como una más, si un sucesor de Domat no la hubiese recogido ni, de él, los autores del *Code Civil*.

XXXI. LA CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA MODERNA, X: LA DOCTRINA DE LA CAUSA COMO ELEMENTO PROPIO DE TODO CONTRATO EN ROBERT-JOSEPH POTHIER⁵⁰²

Nos referimos a Rober-Joseph Pothier. Como ya fue recordado, en su *Traité des*

⁵⁰¹ No es exacto MEIJERS, M, *Les théories médiévales* cit. (n. 227), p. 368, cuando afirma que “C’est à la *causa stipulationis*, telle que les postglossateurs l’ont entendue, que Domat et les auteurs postérieurs ont emprunté leur idée de la casue de la convention”.

⁵⁰² Lit.: CHEVRIER, George, *Essai sur l’histoire de la cause* cit. (n. 235), pp. 250 s.; DABIN, Jean, *La teoría de la causa* cit. (n. 480), pp. 49 - 58; GORLA, G., *El contrato* cit. (n. 40), I, 80 ss.; GAZZANIGA, Jean-Louis, *Domat et Pothier* cit., (n. 480), pp. 37 ss.

obligations, Pothier expone la doctrina de la causa dentro del tema *Des différents vices qui peuvent se rencontrer dans les contrats*, bajo la rúbrica de “defecto de causa en el contrato” (*défaut de cause dans le contrat*)⁵⁰³. Pothier, como tantos antecesores, sigue el modelo institucional, que trataba las estipulaciones desde el punto de vista de su patología, en un esquema que ahora se aplicaba al contrato. Incluso se muestra algo conservador cuando recurre a la terminología medieval: *défaut de cause* = *defectus causae*. Su punto de vista no es, pues, el de la causa como requisito, sino el de la ausencia de causa.

1. Su afirmación inicial es: “*Tout engagement doit avoir une cause honnête*”. Sigue con la indicación de qué deba entenderse por causa en los contratos onerosos: “*Dans les contrats intéressés, la cause de l’engagement que contracte l’une des parties, est ce que l’autre partie lui donne, ou s’engage de lui donner, ou le risque dont elle se charge*; y en los gratuitos: *Dans les contrats de bienfaisance, la libéralité que l’une des parties veut exercer envers l’autre, est une cause suffisante de l’engagement qu’elle contracte envers elle*”. Y termina con el señalamiento de las consecuencias de la falta de causa: “*Mais lorsqu’un engagement n’a aucune cause ou, ce qui est la même chose, lorsque la cause pour laquelle il a été contracté, est une cause fautive, l’engagement est nul, et le contrat qui le renferme est nul*”⁵⁰⁴.

El orden de ideas es, pues, el siguiente: todo *engagement* debe tener una causa (lícita). Si un *engagement* carece de causa u ofrece una causa falsa (entendida la causa como se indica en el texto transcrito), es nulo. Cuando el *engagement* es nulo, también lo es el contrato que lo encierra. De esta suerte, en materia de *défaut de cause*, la nulidad del contrato es solo una consecuencia de la nulidad del *engagement* por carecer éste de causa o tenerla falsa. Dicho en sentido positivo, la causa es un requisito para la validez del *engagement*, no propiamente del contrato.

2. Debemos investigar el origen del pensamiento jurídico envuelto en estas breves líneas de Pothier.

a) En primer lugar, reiteremos algo sabido de sobra. Pothier, en cuanto a esquema al menos, ha retomado la doctrina de Domat.

Domat

Dans ces trois premières sortes de conventions il se fait un commerce où rien n’est gratuit, et l’engagement de l’un est le fondement de celui de l’autre (...) Ainsi l’obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l’un des contractans, a toujours sa cause de la part de l’autre;

Pothier

Dans les contrats intéressés, la cause de l’engagement que contracte l’une des parties, est ce que l’autre partie lui donne, ou s’engage de lui donner, ou le risque dont elle se charge

⁵⁰³ POTHIER, R.-J., *Traité des obligations*, párrafos 42 - 46.

⁵⁰⁴ POTHIER, R.-J., *Traité des obligations*, párrafos 42.

et l'obligation serait nulle, si, dans la vérité, elle était sans cause

Dans les donations et dans les autres contrats où un seul fait ou donne, et où l'autre ne fait et ne donne rien, l'acceptation forme la convention, et l'engagement de celui qui donne, a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien. Et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien

Dans les contrats de bienfaisance, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre, est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle

Mais lorsqu'un engagement n'a aucune cause ou, ce qui est la même chose, lorsque la cause pour laquelle il a été contracté, est une cause fausse, l'engagement est nul, et le contrat qui le renferme est nul.

b) Pero sólo en cuanto al esquema, que podemos describir así: todos los contratos exigen causa. En los contratos onerosos, la causa del empeño de una parte está en algo proveniente de la contraparte. En los contratos gratuitos, la causa está en un motivo que actúa sobre el que hace la liberalidad. Fuera de esta similitud de esquema esencial, las diferencias son notables.

Según Domat, en las convenciones onerosas, la causa de la obligación de un contratante es la obligación del otro. Pothier es más amplio: en los contratos onerosos, la causa de la obligación de un contratante es aquello que la otra le da, o se obliga a darle o el riesgo que asume. Pothier, pues, abandona el reduccionismo de Domat, consistente en concentrar la causa siempre en la obligación de la contraparte. La causa puede ser ahora: una dación, una obligación o la asunción de un riesgo, por parte del cocontratante. Con respecto a los contratos gratuitos, en Domat un motivo razonable y justo que proviene de la otra parte o el solo placer de hacer el bien (que está en la parte que hace la liberalidad), tiene lugar de causa en tales contratos. En Pothier, todo eso aparece reducido ahora a la liberalidad que una parte quiere ejercer hacia la otra, que actúa como causa suficiente de la obligación que con ella contrae. En Domat, en fin, la falta de causa (o la falsa causa) en las obligaciones de las convenciones onerosas acarrea la nulidad de dichas obligaciones. Pero la falsedad del motivo que funda la obligación del que hace la liberalidad no tiene ningún efecto sobre ella. En Pothier, la ausencia o la falsedad de la causa en el empeño contraído en ambos tipos de contratos, hace que aquél sea nulo, nulidad que se comunica al contrato que lo encierra.

Lo más importante de destacar es el contenido más amplio que Pothier otorga

a la causa, con lo que en cierta medida vuelve a las nociones del *ius commune*. La causa puede ser una *datio* ejecutada por la otra parte (*ce que l'autre partie lui donne*), una obligación de dar de la otra parte (*ce que l'autre partie... s'engage de lui donner*), o el riesgo que asume la otra parte (*le risque dont elle –sc. l'autre partie– se charge*). Ciertamente falta aquí el *facere* ejecutado y la obligación de *facere*. Pero es más que posible que Pothier aceptaría ambas posibilidades como causas.

c) Examinemos ahora los ejemplos de Pothier.

El primer ejemplo es parecido a uno de los que ofrece Domat: alguien, creyendo falsamente deber 10.000 libras a otro, por haberle sido legadas en el testamento de su padre fallecido, que, empero, alcanzó a ser revocado por un codicilo que el hijo no llegó a conocer, se obliga a dar cierto predio al supuesto legatario, en pago de las suma legada: “*ce contrat est nul, parce que la cause de mon engagement, que était l'acquittement de cette dette, est une cause qui s'est trouvée fausse*”, de modo que el supuesto legatario no tiene acción para exigir la tradición del predio, y si éste fue entregado, el supuesto deudor tiene acción para repetirlo⁵⁰⁵. El esquema domaciano, como vimos, no puede ser aplicado a la convención de que aquí se trata, porque en ella la contraparte, o sea, el supuesto legatario, no contrae obligación alguna que sirva de causa a la obligación que contrae el supuesto deudor. Según Pothier, la causa de esa convención es la “cancelación o cumplimiento de la deuda” (*l'acquittement de cette dette*). Pero eso no corresponde a lo que él mismo acababa de decir que podía ser la causa de la obligación contraída por el supuesto deudor⁵⁰⁶: algo que el supuesto legatario dé, o se obligue a dar o un riesgo que asuma frente al que se obligó a dar el predio. En el caso, el supuesto legatario nada de eso hace. En consecuencia, tampoco el esquema de Pothier es aplicable al contrato de su propio ejemplo. ¿Por qué? Porque, aun cuando Pothier amplió el contenido de la causa, con respecto al contenido que Domat le había reconocido, no lo amplió lo suficiente, como para volver a hacerlo coincidir con el contenido que aceptaba el *ius commune*. Para éste, sin duda el contrato del ejemplo de Pothier adolecía de causa falsa: precisamente la deuda de 10.000 libras, que no existía, en consideración a la cual el supuesto deudor se había obligado al pago del predio.

3. Todavía hay otro punto.

a) Tanto Domat como Pothier hablan de la causa principalmente con respecto a la obligación o el empeño (*engagement*). Domat se expresa así (10): “*l'obligation... a toujours sa cause de la part de l'autre*”; y agrega: “*et l'obligation serait nulle, si..., elle était sans cause*”. Pothier, por su lado, manifiesta: “*Tout engagement doit avoir une cause honnête*”. Y añade para los contratos onerosos: “*la cause de l'engagement que contracte l'une des parties, est ce...*”; y para los

⁵⁰⁵ *Ibíd.*

⁵⁰⁶ Dejando a un lado que tampoco la cancelación es la causa, porque de ella no puede decirse ser falsa: la cancelación misma es real, lo falso es la deuda, y ésta es, en realidad, la causa.

gratuitos: “*la liberalité... est une cause suffisante de l’engagement*”. La causa no es, pues, de la convención o del contrato, sino de la obligación.

Por otra parte, Domat en algún lugar emplea un lenguaje como éste: “*car non seulement la convention se trouve sans cause, mais elle n’a pour fondement qu’une fausse cause*”⁵⁰⁷, y ahora resulta que la causa es algo perteneciente a la convención. Pero en este otro pasaje: “*Si l’ignorance ou l’erreur de droit est telle, qu’elle soit la cause unique d’une convention, où l’on s’oblige à une chose qu’on ne devait pas, et qu’il n’y ait eu aucune autre cause qui pût fonder l’obligation, sa cause se trouvant fause, elle sera nulle*”⁵⁰⁸, la causa concierne tanto a la obligación como a la convención.

A su vez, el lugar sistemático que Pothier asigna al tratamiento de la causa en su *Traité des obligations* es el párrafo 6, de la 1ª parte, cap. 1, sec. 1ª, art. 3, y la rúbrica de ese párrafo es: *Du défaut de cause dans le contrat*, de modo que ahora la causa es algo que atañe al contrato, cuyo defecto es uno de los vicios que lo pueden afectar. En Pothier, empero, la conexión entre ambas referencias queda perfectamente salvada, cuando expresa: “*Mais lorsqu’un engagement n’a aucune cause..., l’engagement est nul, et le contrat qui le renferme est nul*”. Así, pues, el defecto de causa anula el empeño, y la nulidad del empeño acarrea la del contrato “que encierra el empeño”. Es una suerte de nulidad no directa sino por comunicación de la del empeño afectado.

La explicación de la oscilación del lenguaje “causa del empeño - causa de la convención” en Domat puede encontrarse en el hecho de que, como vimos, su operación en la materia consistió en trasladar un esquema creado para los *contractus innominati* y los *pacta non nuda a causa*, a propósito de los cuales el punto crucial era si generaban obligaciones o no las generaban, lo cual se decidía según tuvieran causa o no la tuvieran. Por ende, tan válido resultaba un lenguaje referido a la causa de la obligación como otro concerniente a la causa de la convención.

b) En Pothier, la explicación es otra. Para comprenderla, necesitamos una breve exposición previa.

Ha sido puesta de manifiesto la existencia de una peculiar construcción del contrato en el pensamiento iusnaturalista, ya presente en Grotius, pero más desarrollada en Pufendorf y, agregamos nosotros, perfeccionada en su configuración por Wolf, que, por el intermedio de Pothier, llegó incluso al *Code Civil*⁵⁰⁹. El artículo 1.108 de este último señala, como primera condición para la validez de

⁵⁰⁷ 1ª parte, lib. I, tít. 18, sec. 1ª, párr. 7.

⁵⁰⁸ 1ª parte, lib. I, tít. 18, sec. 1ª, párr. 14.

⁵⁰⁹ Sobre esto es fundamental: SCHMIDLIN, Bruno, *Les deux modèles de la formation du contrat en droit naturel et en droit pandectiste*, en AA. VV., *Incontro con Giovanni Pugliese* (Milano, 1992), 33 ss.; EL MISMO, *La causa del contrato nel codice civile francese. Qualche osservazione sul consenso unilaterale e la causa lecita nell’obbligazione secondo l’art. 1.108 del codice civile*, en VACCA, Letizia (a cura de), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* (Torino, Giappichelli, s. d. [1997]), p. 283 ss., a quien seguimos en la presente exposición, salvo en el punto que diremos.

las convenciones: “*Le consentement de la partie qui s’oblige*”. Frente a tal formulación, cabe preguntarse por qué el *Code Civil* solo exige el consentimiento de la parte que se obliga y no el de la contraparte, dando así la sensación de que la convención fuera una suerte de acto que exige un consentimiento unilateral. Ahora bien, no se trata de una formulación defectuosa o de una suerte de *lapsus linguae*, sino del reflejo consciente del modo en que el iusnaturalismo entendía una convención.

Para éste, la convención, o el contrato (para estos efectos no es necesario diferenciar), encierra la promesa de una parte, o de ambas recíprocamente, cuyos procesos formativos son estrictamente unilaterales: se inician con una deliberación interna y cristalizan en una determinación de la voluntad (*consensus*), que se expresa por signos externos como decisión de transferir a la contraparte un derecho sobre cierta cosa (*obligatio ad dandum*) o sobre una partícula de su libertad (*obligatio ad faciendum*), que otorga a ésta la facultad de exigir el cumplimiento: tal es una *promissio perfecta*. La convención, o el contrato propiamente tales se forman cuando la contraparte, a su vez, consiente en orden a aceptar la promesa que le fue deferida⁵¹⁰. Al respecto, dice Pothier: “*Le contrat renforce le concours des volontés de deux personnes, dont l’une promet quelque chose à l’autre, et l’autre accepte la promesse que lui est faite*”⁵¹¹. De acuerdo con esto, la convención o contrato exige dos consensos: el de la parte que promete, en orden a prometer lo que promete, y el de la contraparte en orden a aceptar la promesa que le es ofrecida.

Pero los iusnaturalistas insisten en que el consenso de la contraparte no es tanto en relación con el consenso dado por el promitente, en orden a fusionar dos voluntades concordes, como pensamos modernamente que se hace al contratar. Puesto que ellos concibían el contrato como la transferencia de un derecho sobre cierta cosa (cuando se promete dar) o sobre la propia libertad (cuando se promete hacer), del mismo modo en que nadie puede adquirir el dominio si no quiere, tampoco nadie puede adquirir este derecho que se le ha ofrecido transferir si no quiere, de donde la necesidad de su consenso. Ya Grotius: “*Ut autem promissio jus transferat, acceptatio hic non minus quam in dominii translatione requiritur...*”⁵¹². Pero también Pothier, hablando de la promesa aun no aceptada o policitación: “*Or, de même que je ne puis pas par ma seule volonté transférer à quelqu’un un droit dans mes biens, si sa volonté ne concourt pour l’acquérir, de même je ne puis par ma promesse accorder à quelqu’un un droit contre ma personne, jusqu’à ce que sa volonté concoure pour l’acquérir, par l’acceptation*

⁵¹⁰ GROTIUS, H., *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 11, párr. 4; PUFENDORF, S., *De iure naturae et gentium*, lib. II, cap. 6, párr. 1.

⁵¹¹ POTHIER, R.-J., *Traité des obligations*, párr. 4.

⁵¹² GROTIUS, H., *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 11, párr. 14: “Mas para que la promesa transfiera el derecho, se requiere la aceptación, no menos aquí que en la traslación del dominio...”.

de ma promesse”, y en seguida cita a Grocio, en el texto transcrito precedentemente⁵¹³.

Estas mismas ideas encontramos en Wolf⁵¹⁴.

A este orden de nociones pertenece el artículo 1.108 N° 4 del *Code Civil*, cuando, para la validez de las convenciones, exige: “*Le consentement de la partie qui s’oblige*”. El da por sentado, desde luego, que la contraparte aceptará, y nada dice sobre la materia, porque si no acepta simplemente no habrá convención. Pero el artículo 1.108 pone su acento no en la existencia sino en la validez de la convención, y para esta validez es que exige el consentimiento del que se obliga, o promete en la terminología de los iusnaturalistas, para señalar después que el consentimiento puede estar viciado cuando intervino error, fuerza o dolo, caso en la cual la convención no vale. Tampoco tuvo interés el código en situarse en la hipótesis de vicios que afecten al consentimiento dado por el aceptante, porque la promesa del otro por él aceptada lo ha enriquecido con el derecho que adquirió por medio de ella⁵¹⁵.

Es esta concepción del proceso formativo de los contratos y de su estructura interna, que hemos visto llanamente adoptada por Pothier, la que explica su propia concepción de la causa como incidente directamente en la obligación y solo indirectamente en el contrato. El, siguiendo a Domat en el esquema general, al mismo tiempo, y por ello, adoptaba el esquema general del derecho común concerniente a los *pacta non nuda a causa* o *contractus innominati*, según el cual, para que una convención consensual obligara necesitaba de una *causa finalis* (o al menos *impulsiva*). Pero introdujo este esquema en la estructura del contrato recibida del iusnaturalismo, que acabamos de explicar.

El contrato es un mutuo consentimiento sobre la promesa del que se obliga: “*Le contrat renforce le concours des volontés de deux personnes, dont l’une promet quelque chose à l’autre, et l’autre accepte la promesse que lui est faite*”⁵¹⁶. Ahora bien, la promesa, amen del consentimiento del que la formula, requiere de una *causa finalis*; de lo contrario, no puede crear una obligación⁵¹⁷. Pothier encontró

⁵¹³ POTHIER, R.-J., *Traité des obligations*, párr. 4.

⁵¹⁴ Véase Chr. WOLF, *Institutiones iuris naturae et gentium*, párrafos 378, 379, 381 (en relación con 316), 437, 438.

⁵¹⁵ Por cierto, en un contrato sinalagmático, puede él ser afectado por vicios en cuanto promitente, por los que reclamará, pero precisamente en cuanto promitente, no en cuanto aceptante.

⁵¹⁶ POTHIER, R.-J., *Traité des obligations*, párr. 4.

⁵¹⁷ SCHMIDLIN, BRUNO, *La causa del contrato nel codice civile francese* cit. (n. 509), pp. 289 ss., cree que la función de la causa (final) es justificar la transferencia del derecho al aceptante de la promesa. Según esto, la estructura que entonces se formaría fuera semejante a la que se da en tradición (romana), que necesita de *iusta causa* o título traslativo del dominio. Pero esta causa no es final, sino eficiente (en sentido jurídico). Es más probable que Pothier pensara en el modelo del *dare ob rem* (*ob causam* en el sentir medieval y moderno), en que sí tiene lugar la *causa finalis*, como en el *do ut des*.

en la doctrina esbozada por Domat el instrumento que le ayudaba a dar con la causa en las promesas de cualquier contrato, atendido que todo contrato contiene promesas. Aquél había dicho que en las convenciones onerosas la causa de la obligación de una parte es la obligación de la contraparte, y Pothier repitió lo mismo, ampliando, empero, el contenido de la causa, a lo que la contraparte da, o se obliga a dar o al riesgo que asume. El mismo Domat había dicho que en las convenciones gratuitas, la causa es un motivo razonable y justo, de variado contenido, que Pothier esta vez contrajo al deseo de liberalidad. De esta manera, siempre resultaba posible encontrar la *causa finalis* de la promesa de todo contrato interesado en el *onus* de la contraparte, y de las gratuitas, en la liberalidad misma. Es cierto que Pothier no habla de la causa de la promesa en los textos principales sobre la materia, sino de la causa del empeño (*engagement*) o de la obligación. Pero no deja de referir la causa a la promesa, como en este texto: “*Observez à l’égard de cette action, qu’on doit bien distinguer si la cause pour laquelle on a promis quelque chose...*”⁵¹⁸; o en este otro: “*Une promesse a-t-elle une cause licite, lorsqu’elle esta faite à quelqu’un pour qu’il donne ou fasse une chose qu’il était déjà obligé de donner ou de faire?*”⁵¹⁹, y en varios otros pasajes siguientes a éste. Incluso hasta puede sostenerse que como la promesa no genera la obligación, mientras no haya sido aceptada por la contraparte, la causa final opera sobre la promesa antes de ser aceptada, para que pueda ser fórmula en vista del fin que se espera de la contraparte. Si, no obstante, Pothier refiere la causa preferentemente al *engagement* antes que a la promesa, tal vez sea por una concesión a la tradición: *causa obligationis*.

Ahora bien, la conexión entre la causa como causa del *engagement* (promesa) y la causa como causa del contrato, la da el hecho de que el contrato “encierra al *engagement* (promesa)”. De esta manera, el “defecto de causa en el contrato” es en realidad un “defecto de causa del *engagement*”: “*Mais lorsqu’un engagement n’a aucune cause... l’engagement est nul, et le contrat qui le renferme est nul*”⁵²⁰. También: “*Lorsque la cause pour laquelle l’engagement a été contracté, est une cause qui blesse la justice... cet engagement es nul, ainsi que le contrat qui le renferme*”⁵²¹.

En síntesis, pues, Pothier, al extender la doctrina del *ius commune* sobre la *causa finalis* de los contratos innominados a todos los contratos, lo hizo bajo el influjo del esquema iusnaturalista, refiriendo dicha causa, así, no a la convención como un todo, sino al *engagement* u obligación (a la promesa que todo contrato encierra).

⁵¹⁸ POTHIER, R.-J., *Traité des obligations*, párr. 43.

⁵¹⁹ POTHIER, R.-J., *Traité des obligations*, párr. 46.

⁵²⁰ POTHIER, R.-J., *Traité des obligations*, párr. 42.

⁵²¹ POTHIER, R.-J., *Traité des obligations*, párr. 43.

XXXII. LA CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA MODERNA, XI: SÍNTESIS Y PROYECCIONES

1. Después de este largo recorrido, parece verse corroborada la tesis de que Domat, siguiendo el ejemplo de un filón del humanismo sistemático, que ampliaba la causa para todos los contratos, más que el del iusnaturalismo, que la suprimía para todos, concilió el moderno principio consensualista con el viejo principio causalista, merced a una operación dogmática que podemos resumir así: en los contratos onerosos, la causa consiste en las obligaciones por ellos generadas, de guisa que una opera como causa de la otra, y en los gratuitos estriba en un motivo razonable y justo que actúa como causa de la obligación que se produce para el que realiza la liberalidad. El modelo que Domat siguió para construir la causa de los contratos onerosos fue la antigua *causa finalis* de los contratos innominados de la jurisprudencia medieval, correspondientes a las figuras que los romanos conocían como *dare (stipulare) ob rem*. El modelo escogido para la causa de los contratos gratuitos fue el de la antigua *causa impulsiva* (motivo), también posible en los contratos innominados y sobre todo en los nominados como la donación real y la donación promisoria o estipulatoria, correspondiente a aquellos que los romanos conocían como *dare (stipulare) ob causam*. Pero ambas causas fueron introducidas en el interior mismo del contrato, de modo de erigirse en algo intrínseco a él. De esta manera, no hubo incompatibilidad entre consensualismo y causalismo, porque la causa no opera desde afuera, como algo agregado al consenso, sino desde dentro, como efecto del consenso mismo, aunque ello sea más visible en los contratos onerosos y no tanto en los gratuitos.

Pothier asumió el esquema domaciano, no bien haya ampliado el contenido de la causa final de los contratos onerosos, desde la obligación de la contraparte, a aquello que ésta da o se obliga a dar o al riesgo que asume, y construyendo el contenido de la causa de los gratuitos, desde el motivo razonable y justo, a simplemente la liberalidad que quiere ejercer el que actúa la operación; en ambos casos, siempre se considera ser la causa algo intrínseco al contrato y no externo a él.

Tanto Domat como Pothier se mantuvieron fijados en el esquema de fondo tradicional de la causa: ésta, desde siempre, había sido un asunto relacionado con la existencia o inexistencia de una obligación y no con la estructura de los actos. La causa resolvía el problema de cuándo hay obligación y cuándo no, solo que en ciertos y determinados actos, como por ejemplo, los *pacta* o la *stipulatio* (al poderse la enfrentar con la *exceptio doli* del derecho pretorio), en un ambiente que desconocía el principio consensualista como general. Tal continuó siendo el punto de vista de Domat y Pothier, solo que ahora en relación con las obligaciones de todos los contratos y no únicamente con el de las posibles obligaciones de algún sector de ellos. Por tal razón, ambos continuaron refiriendo la causa a las obligaciones.

Pothier, en particular, mantuvo ese esquema combinándolo con una idea surgida en el interior del iusnaturalismo, en orden a ser el contrato un consenso sobre promesas, de modo que las obligaciones surgen no tanto del consenso cuanto de

las promesas mismas. Por ende, la causa final de los contratos onerosos y la causa impulsiva de los gratuitos actúa sobre la promesa convertida en *engagement*. De ahí el principio: “*Tout engagement doit avoir une cause (honnête)*”. Solo que, como el contrato encierra a las promesas, el defecto de causa, haciendo nulo al *engagement*, hace nulo, por comunicación, al contrato: “*lorsqu’un engagement n’a aucune cause ou... l’engagement est nul, et le contrat qui le renferme est nul*”. Lo cual justifique que se pueda hablar del “*defaut de cause dans le contrat*”, aunque no de “defecto de causa del contrato”.

Lo que en Pothier era una “*defaut de cause dans le contrat*” –en lo cual seguía el punto de vista medieval (*defectus causae*), poniendo, pues, el acento en la patología del acto, como ya hacían las *Institutiones* de Justiniano con la *stipulationes inutiles*– en el *Code Civil* se convirtió en una de las “*conditions essentielles pour la validité d’une convention*” (artículo 1.108 pr.). Pero, consciente o inconscientemente, ese cuerpo legal formuló tal *condition* como “*cause licite de l’engagement*” (artículo 1.108 fin), y reiteró, con Pothier, que era “*l’obligation sans cause*” la que “*ne peut avoir aucune effet*” (artículo 1.131), suponiendo, de todos modos, que si ello es así, es también el contrato, que encierra al *engagement* o a la *obligation*, el que, por comunicación de la consecuencia del vicio, tampoco puede tener ningún efecto.

El modelo fijado por el *Code Civil* se expandió de la manera en que vimos, en forma rutinaria y traslaticia, de tal guisa que, olvidadas o ignoradas sus fuentes, ya no se reflexionó más sobre la dualidad causa del contrato - causa de la obligación, hasta Vélez Sarsfield en la Argentina.

2. ¿Qué decir de la doctrina de la causa tal cual la formularon Domat y Pothier? Es un modelo que nació obsoleto y que solo se ha mantenido por el prestigio y la fuerza expansiva que le confirió el *Code Civil*. El modelo correcto era el iusnaturalismo, que prescindía de la causa como elemento configurante del contrato. Su marcha triunfal fue detenida en Francia por Domat y sobre todo por Pothier, pero no se detuvo en los países germánicos. Aceptada la figura del contrato consensual como suficiente para crear obligaciones, no era necesario en efecto, agregarle un elemento causal adicional. El desarrollo histórico de la doctrina de la causa muestra que ella siempre estuvo en relación dialéctica con el problema de si el solo consenso genera o no obligaciones, y en un mundo que tenía reticencias frente al consensualismo, la causa aparecía como el elemento que permitía superar esas reticencias. Una vez que el consensualismo fue definitivamente aceptado, la causa se hizo innecesaria. Los iusnaturalistas fueron, pues, consecuentes.

Pothier recibió un fuerte influjo del iusnaturalismo moderno. Si en materia de causa también se hubiera dejado conducir por éste, tal figura no hubiese llegado al *Code Civil*, y la doctrina de Domat, que él había expuesto tan escuetamente y casi como al pasar, hubiera permanecido desatendida, en el mismo olvido que la de Vultejus y Pace. Pero Pothier, además, estaba anclado en la tradición del *ius commune* (lo cual, por otro lado, lo salvó del filosofismo e ideologismo de los iusnaturalistas), y en éste la causa cumplía una función importante, no para el contrato, sino para algunos contratos: para los innominados y para la estipula-

ción. Como consensualista, Pothier, empero, tenía que rechazar la definición que del contrato daba en su época el *ius commune* como “*conventio nomen habens a iure civili, vel causam*”, y debía aceptar la que venía del iusnaturalismo: “*Consentement de deux ou plusieurs*”. Pero como romanista, Pothier lograba conciliar las dos definiciones si aceptaba la doctrina de Domat, a quien se le había ocurrido que en las convenciones consensuales onerosas la causa estaba representada por las obligaciones que la misma convención generaba, ocurrencia ésa que, por otra parte, se inspiraba en el *ius commune*, en cuanto no era nada más que una extensión a todos los contratos onerosos de la *causa finalis* de los innominados. Los codificadores franceses, fieles a Pothier, también en esto siguieron su ejemplo. Lo propio hizo la escuela de la exégesis; y así la doctrina de Domat - Pothier se convirtió en clásica.

3. Pero la causa, dentro de los límites que le habían señalado los jurisconsultos romanos, seguidos por los medievales, ofrece una función inevitable, que ninguna supresión legislativa puede por ende superar. Desde luego, en todos los negocios que, de una u otra manera, puedan parangonarse con la antigua *stipulatio*, vale decir, en los negocios abstractos. Negocio abstracto no significa negocio “sin causa”, sino solo “sin causa expresada”. Otra cosa es que el ordenamiento prohiba traer a discusión procesal el tema de la causa que estos actos suponen necesariamente, aunque no la expresen, como hacía el viejo *ius civile*, o que permita, en cambio, discutir su existencia o licitud, como hizo el *ius praetorium* con su *exceptio doli*. Problema semejante ofrecen los documentos de reconocimiento de obligaciones, sin valor constitutivo y solo extendidos *ad probationem tantum*, los cuales por ende suponen una causa-fuente, que puede expresarse o no en el documento, pero que debe quedar expuesta a discusión procesal cuando se impugna el documento como no correspondiente a una causa verdadera, o correspondiente de una causa ilícita. Los actos abstractos y los documentos que reconocen obligaciones suelen, en efecto, obedecer a la descomposición de una operación previa celebrada por las partes, y a la deducción de alguna de sus obligaciones en determinado acto abstracto o en un documento reconocedor, como ocurre cuando quienes perfeccionaron una compraventa, por ejemplo, después reflejan la obligación de pagar el precio en un pagaré. En tal caso, diremos que la compraventa es la causa del pagaré (no que lo sea la obligación del vendedor de entregar la cosa).

También las daciones necesitan de una causa –típica, como la compraventa, la donación, el pago, etcétera, en los ordenamientos más fieles al derecho romano, o puramente abstracta, como convenio de transferir y adquirir en el derecho pandectístico, causa abstracta ésta que, a su vez, tiene que tener una pre-causa típica–, y nuevamente surge la necesidad discutir procesalmente la existencia de la causa de la dación o su licitud.

Todos estos actos son *aliunde causandi*, como decía Baldus. Mas, a aquellos que son *causa sui*, para seguir con su lenguaje, como los contratos bilaterales y onerosos, y también los gratuitos, es inútil buscarles una causa *aliunde*. Ellos solo tienen motivos, y los motivos, a menos que las partes o el autor los deduzcan en condición o en modo (cuando ello es posible), o el sistema los tipifique y los

incorpore como elemento estructural (la espera de la muerte en las donaciones *mortis causa*, la espera de las nupcias en la dote y en las donaciones nupciales, etcétera), no deben ser tomados en cuenta.

Así, la doctrina de la causa tendría que ser extraída del lugar en que la situaron Domat, Pothier y el *Code Civil*, vale decir, del punto en que la causa aparece como un elemento estructural de todos los contratos, cual *condition pour la validité de une convention*, y habría que alojarla en el mismo nivel que otros fenómenos del derecho de los actos y convenciones, que tienen lugar solo con respecto a algunos de ellos.

XXXIII. EXCURSUS: SOBRE LOS ORÍGENES ROMANOS DE LA DOCTRINA MODERNA DE LA CAUSA ILÍCITA

En este trabajo hemos omitido referirnos a la causa ilícita. Su tratamiento lo hubiera sobrecargado demasiado. En sustitución, destinaremos el siguiente *excursus* a señalar el origen romano de esta doctrina.

Los juristas romanos estudiaban la ilicitud especialmente a propósito de tres temas: las *datationes*, las *stipulationes* y los *pacta*.

a) En la figura que los juristas romanos conocían como *dare ob rem*⁵²², en donde *ob rem* designa el fin esperado conseguir con la *datio*, la *res* puede ser *honesta* o bien *inhonesta* o *turpis*, vale decir, ilícita. Cuando el fin es lícito, la figura opera normalmente, es decir, si el fin esperado subsigue, se consuma el negocio, y si no subsigue, el que dio dispone de la *condictio* para recuperar lo dado⁵²³. En caso de ilicitud del fin se altera este efecto. Pero es necesario distinguir si la ilicitud está en el que da (*turpitud dantis*), en el que recibe (*turpitud accipientis*) o en ambos (*utriusque turpitud*).

En la hipótesis de *turpitud accipientis*, porque la ilicitud afecta al que recibe y no al que da, como cuando se transfiere un bien o se constituye un derecho real para que el *accipiens* no cometa un delito, o para que devuelva al *dans* algo que le debía por algún otro título, por ejemplo como comodatario o depositario, entonces subsiga o no subsiga el fin esperado, el que dio siempre puede repetir⁵²⁴.

Habiendo *turpitudi dantis*, porque la ilicitud únicamente afecta al que da, como cuando se transfiere algo a una meretriz, lo dado no puede repetirse nunca, incluso si el fin esperado no subsigue. La explicación que ofrece Ulpiano para el ejemplo es que la meretriz obra torpemente siendo tal, pero no recibiendo algo por ser meretriz, ya que es de la esencia de ese oficio recibir por los favores prestados; de lo contrario, no sería meretriz⁵²⁵.

⁵²² Supra X.

⁵²³ D. 12, 5, 1, 1; 12, 4, 1 pr.

⁵²⁴ D. 12, 5, 1, 2; 12, 5, 4, 2; 12, 5, 2 - 1; 12, 5, 9.

⁵²⁵ D. 12, 5, 4, 3.

Si la ilicitud afecta a ambas partes, en fin, como al dar para que cometa un delito el que recibe, no es posible aplicar el criterio que los juristas adoptan en los otros dos casos, que es, como bien se ve, el de sancionar al que está en ilicitud, porque en tal hipótesis ambos están así. En reemplazo, aplican el principio *melior est condicio possidentis*, que en la especie favorece al que recibió, porque posee, frente al que dio, que ya no posee. En consecuencia, nunca se puede repetir lo dado⁵²⁶.

Ahora bien, en el sentir de los juristas, nada de esto tiene que ver con la causa, pues se trata de la ilicitud del fin (*res inhonesta - turpis*). Pero los medievales, interpretando, como sabemos⁵²⁷, que en el *dare ob rem* hay un *dare ob causam finalem*, crearon una doctrina de la causa final ilícita que Pothier acogió enteramente y pasó al *Code Civil*⁵²⁸. Basta fijarse en las fuentes que cita Pothier, para tomar razón del origen de su doctrina: por un lado, la L. 3, ff. *De condict. ob turp. caus.* (= D. 12, 5, 3): “*ubi dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus*”⁵²⁹; por otro la L. 4 § 2 ff. *De condict. ob turp. caus.* (= D. 12, 5, 4, 2): “*Quoties autem accipientis turpitudine versatur, repeti potest*”⁵³⁰. Pero el *Code Civil* nada dice acerca de la repetibilidad o no de lo dado por causa ilícita. Fue con base en textos del Digesto, y seguramente inspirado por Pothier, que Delvincourt trató el tema en su comentario al código, de donde Bello tomó la inspiración, a su vez, para redactar su artículo 1.468: “*No podrá repetirse lo que se haya dado por un objeto o causa ilícita a sabiendas*”⁵³¹. Con respecto a esta disposición hay que tener muy presente que si la ilicitud afecta al que recibió y no al que dio, no debe decirse, empero, que éste dio por causa ilícita, de modo que, a la luz de la doctrina romana, hay que resolver que en tal caso siempre puede repetir.

b) Una ilicitud puede afectar a la *causa stipulationis*, cuando la operación básica, una de cuyas prestaciones, obligacionales o no, que es deducida en estipulación, se ve afectada por ese vicio. Como normalmente, la causa queda oculta detrás de la estipulación abstracta, ésta aparentemente nada de ilícito ofrece, y ello solo viene a quedar en descubierto cuando, por derecho pretorio, merced a la *exceptio doli* opuesta a la *condictio* o a la *actio ex stipulatu* del acreedor, el deudor alega la ilicitud de la causa, trayendo el tema a discusión, para salir absuelto⁵³². Tal es el caso de que no cometer algo ilícito se contrate entre dos por un precio, y

⁵²⁶ D. 12, 5, 3; 12, 5, 4 pr.; 3, 6, 5, 1; 12, 5, 8; 12, 7, 5 pr.; CI. 4, 7, 2.

⁵²⁷ Supra XVII, 1.

⁵²⁸ *Code Civil*, artículos 1.108 N° 4, 1.131 y 1.135.

⁵²⁹ “Cuando hay torpeza así del que da, como del que recibe, decimos que no puede repetirse”.

⁵³⁰ “Mas cuando hay torpeza por parte del que recibe, se puede repetir”.

⁵³¹ Supra I, 2.

⁵³² D. 12, 5, 8, que expone el régimen clásico. Para Justiniano, la estipulación no vale, y así se observa en D. 45, 1, 123 itp. También en D. 2, 14, 7, 3. Cfr. Inst. 3, 19, 24, en donde, empero, está mal presentado el tema, porque lo que ahí se dice más concierne a un objeto ilícito, y no a la causa.

en seguida el que se allanó a pagar la cantidad para evitar el ilícito, la prometa por estipulación al que se la exigió: cuando éste se la demande, puede denunciar la ilicitud de la causa, o sea, del contrato previo que, en efecto, es ilícito, esta vez por su objeto.

Esta doctrina, quizá por estar poco representada en el Digesto, y no ser por ende muy visible, no ha tenido influencia en la formación de la idea de causa ilícita.

c) En el Digesto también se habla de pactos “*quae turpem causam continent*”, como pactar anticipadamente a la comisión de hurto o de injuria con el que eventualmente podría cometer tales delitos, que no se ejercitarán en su contra las respectivas acciones penales⁵³³. Pero estos ejemplos que el texto ofrece son más bien de objeto ilícito, por lo que debemos sospechar aquí la acostumbrada sustitución de *res* por *causa*.

⁵³³ D. 2, 14, 27, 4.