

2.- Sobre la causa de los actos jurídicos

(Carta al Director)

Mi admirado Director y querido amigo: Admirado, entre otras razones, por la buena marcha de su dignísima revista, que, a los pocos años de vida, se yergue ya poderosa y eclipsante entre las muchas del género—seguramente demasiadas—que se publican en España; querido, en primer lugar, porque no podemos menos de querer bien los españoles a quien tan acertadamente desempeña un alto magisterio como usted, pero también, particularmente, porque el interés crítico que vino a enfrentar nuestras respectivas posiciones científicas trabó entre nosotros un nexo que, en definitiva, es de afecto positivo. Hecho notable que, cuando llegué, por fuerza de las circunstancias, a desempeñar una docencia en derecho civil, cotidianamente tenía que tomar posición frente a las opiniones de usted, llevado por la congruencia de las mías, pero a pesar de ello—diría mejor, gracias a ello mismo—me encontraba cada día más vinculado por un lazo más y más amistoso. A los ojos profanos, aquella crítica de usted (1) a mis declaraciones sobre la jurisprudencia como fuente primaria del derecho y contra la calificación del derecho foral como privilegio (2) parecía una enconada disputa; no faltó quien arremetió contra mí a mayor abundamiento; no faltó quien azuzara a réplicas de represalia; no faltó tampoco quien olímpicamente juzgara oportuno silenciar una polémica que no parecía reducible a una de esas fichas que se pueden añadir a la nueva edición sin afectar para nada la estructura de un bello sistema de tópicos rudimentarios. De todo hubo en torno a nuestra discusión. Por lo que a mí respecta, nada más contrario a mis gustos y a mi sentido práctico que esas polémicas que podríamos llamar de «pica-pica», empeñadas en la tergiversación de las palabras, de las que no salen más que rencor y tinieblas. Por eso creí más conveniente proseguir—a modo de movimiento cordialmente envolvente—el desarrollo de mis propias ideas, lo que efectivamente he hecho en una serie de trabajos (3). Todavía quedaron inéditas unas Lecciones sobre el Título Preliminar del Código Civil, en las que quería dar una ordenación unitaria a mis proposiciones en la parte general del derecho civil, pero creo que de la lectura de aquellos otros escritos

(1) F. DE CASTRO: *La ciencia libre del Derecho (es fuente primaria del Derecho)*, en *ADC.* 1 (1948), 574; cfr. *Derecho Civil de España*, I, p. 509, n. 4.

(2) *De la "prudencia iuris" a la Jurisprudencia del T. S. y al derecho foral*, en *Información Jurídica*, 1947, p. 63 (éste fué el título originario, ligeramente alterado por la Redacción de la revista).

(3) Por orden cronológico: *De la "lex privata" al derecho privado y al derecho civil*, en *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 25 (1949); *Prelección (sobre el dogma iuris)* de 1950-1951 (publicado en el Programa de Derecho Romano de ese curso); *Prelección (sobre el "empapelamiento de nuestro derecho")* de 1951-1952 (*Progr. de ese curso*); *Los romanistas ante la actual crisis de la ley ("O crece o muere"*, 1952) [una traducción italiana, en *Jus*, 2 (1951), 341; una redacción más amplia, con el título *Jus Europaeum!*, ha aparecido en *L'Europa e il Diritto Romano (Studi in memoria di Paolo Koschaker)*, 1949 (Milán, 1952)]; *Principios para una teoría realista del Derecho*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1 (1953), 301; *Discurso inaugural* del curso 1955-1956 en la Universidad de Santiago (sobre el derecho como educación casuística).

sale suficientemente el sentido congruente de mis posiciones por usted inicialmente combatidas, así como sus fundamentos histórico-rationales.

¿Por qué vamos a ocultarlo? Si yo veo las cosas con ojos distintos a los de los civilistas en general, ello se debe, por un lado, a una deficiencia mía, que no es otra que la de nunca haberme visto en el trance de tener que estudiar derecho civil como opositor; por otro, a que toda la realidad jurídica actual se me aparece bajo la perspectiva relativizante y antidogmática del histórico. Esto hace que aquello que yo digo con buena fe y confianza de decir cosas sensatas choque contra los muros perplejos e imponentes de la dogmática civilista, como si fuera algo insólito y demoledor.

Esto ha vuelto a ocurrir en mi Relección (4) (del curso 52-53) sobre la causa (5). Contra ella ha dirigido sus amistosos dardos un valioso colaborador del ADC., el doctor Desantes (6), y yo agradezco muy sinceramente a mi crítico, no sólo el generoso elogio que hace del sentido general de aquel libro polémico en que aparece, casi inesperadamente, mi escrito sobre la causa, sino muy especialmente el interés prestado a mi toma de posición sobre el arduo tema jurídico sobre el que aquel escrito versa. Gracias a su bien intencionada crítica, he tenido que reflexionar de nuevo sobre el tema, y he podido rectificar en algo bastante importante, a saber, en el uso de la terminología filosófica para un discurso exclusivamente jurídico. En efecto, las atinadas observaciones que Desantes me hace, partiendo de la más pura Escolástica, me han convencido de que, quizá contra lo que él cree, resulta perturbador el hablar de causa eficiente, final, etc., en materia jurídica. Es verdad, yo huía ya un poco de esa terminología, y sustituía lo de «eficiente» por «determinante», pero tampoco ese término es suficientemente claro. Desantes, por su parte, se decide por entender la causa jurídica en el sentido de causa finalis (7). En esto no puedo seguir a mi apreciado crítico, pues si no me equivoco, la causa final implica una referencia a las intenciones subjetivas del que realiza el acto, y eso no interesa al derecho civil, sino a la moral (8). Un caso típico de esta confusión de los afectos morales en las categorías jurídicas es el de la «liberalidad» en la donación. La

(4) Tengo costumbre de leer en cátedra, cada año, una "prelección", el primer día de clase, y una "relección" en otro día indeterminado; la primera anuncia, en forma provisional, algunas ideas que han de ser objeto de mayor reflexión; la segunda anuncia los resultados de una reflexión especial sobre algún tema, no siempre en relación con el de la prelección.

(5) Publicada en el libro *De la Guerra y de la Paz* (BPA., 1954), p. 159. Un amable crítico (E. Sánchez Predote, en *España de Tánger* del 7-IV-1955) insinuaba que el giro "De la..." era una forma latina y no castellana. Nuestros clásicos no creo abonen esa censura. "De lo que sucedió a Sancho Panza rondando su insula" es un giro que no me parece censurable.

(6) José María DESANTES GUANTER: *Una relección sobre la causa*, en ADC. 8 (1955), 533.

(7) DESANTES, p. 526: "Es, por tanto natural que el jurista, al manejar el término causa, se refiera a la causa final"; p. 535: "la causa, la causa del contrato, es única como causa final que es", y *passim*.

(8) DESANTES, p. 526: "Y moralmente la causa relevante: de la bondad del fin, en primer lugar, y de que el acto sea consecutiva con su fin bueno y propio, en segunda instancia, depende la bondad del acto." Intenciones morales, por tanto. Sí, en cambio, tendemos a objetivizar la causa final de un acto jurídico, lo que no parece corresponder a la posición de Desantes, caemos en el fin económico-social; de hecho, muchos juristas han venido a reducir la causa a una tipificación económico-social del negocio.

donación, jurídicamente considerada, se caracteriza por la falta de contraprestación, además de la nota esencial de su resultado lucrativo, pero la intención liberal o no—la *hilaritas* que exige San Pablo (9) o la intención torcida del donante—es algo íntimo y puramente moral. La donación del hombre no liberal—por ejemplo, la del fariseo limosnero o la del buscakerencias—carece de valor moral en absoluto, pero sigue siendo, jurídicamente considerada, una perfecta donación. Cuando nuestra Ley de Partidas define la donación como «un bien fecho que nace de la nobleza e bondad de corazón», tenemos ahí la más clara confusión de lo moral con lo jurídico, pero la «liberalidad» de nuestro Código Civil (art. 618 y 1.274) ha salido de la misma confusión moralizante. Tan pronto atendemos al fin de los actos jurídicos, caemos en el recinto del moralista y nos alejamos de los puntos de vista estrictamente jurídicos.

En conjunto, la crítica del doctor Desantes me parece más drástica que clarificadora. Reconoce él mismo su propensión a moralizar en jurisprudencia, cuando afirma (p. 529) que «querer aislar ontológicamente lo jurídico de lo meta-jurídico tiene un resabio formalista muy kelseniano, pero poco acorde con la realidad de las cosas». Es verdad que yo, como todos los juristas de mi generación, recibí de estudiante el poderoso impacto de Kelsen, pero no creo que mi actual pensamiento «realista» pueda pasar por kelseniano. Con todo, el discernir lo jurídico de lo meta-jurídico me parece una exigencia mínima, renunciando a la cual nos encontramos inmersos en un confuso sociologismo. Para mí, el límite, aunque no determinable a priori, es muy claro. Todo depende del comportamiento real de los jueces: lo que los jueces aprueban, aquello es derecho; y sólo en el Juicio Final lo moral se identificará con lo jurídico (10).

Luego, hay otras pequeñas cosas en el razonamiento del doctor Desantes que no pasan. Por ejemplo, cuando dice (p. 530) que «la donación, la venta, etcétera, se agotan con la entrega». Que previenen una entrega, bien, pero no que se agotan con ella. No. La donación (convenio de donación), la venta (contrato de compraventa), son causas de la entrega que sigue (traditio donationis—, venditionis causa). Puede haber sí una donación o una venta manual, pero aún en ese caso, hay que distinguir, bajo la simultaneidad, un momento convencional y otro real. Por eso la traditio es siempre un acto secundario, que depende de una causa (11). Por el contrario, la ocupación de una res nullius es un acto primario. Esto me sigue pareciendo claro: ningún juez se meterá a indagar la causa del acto de ocupación; Ticio ocupó, la cosa podía ser ocupada, basta.

(9) San Pablo, II Cor. 9, 7: *hilarem enim datorem diligit Deus*. Sobre toda esta cuestión aconsejo a nuestros juristas que lean el estudio de E. F. BRUCK: *Paulus, die Kirchenväter und der "Fröhliche Geber" im röm. Recht: Liberalitas und animus donandi*, en su libro: *Ueber röm. Recht im Rahmen der Kulturgeschichte* (1954), p. 101 [ya edit. previamente en *Traditio*, 2 (1944), 97], y el artículo complementario: *Das Gespenst des fröhlichen Gebers im mittelalterlichen und modernen Zivilrecht*, ibid., p. 137 [ya edit. prev. en *Seminar*, 4 (1946), 45]. Cfr. mi reseña en *Iura*, 6 (1955), 192 ss.

(10) Vid., sobre todo, mis *Principios*, cit.

(11) Los civilistas habrán oído hablar de una famosa antinomia que se quiere ver entre un texto de Ulpiano y otro de Juliano respecto a la *causa traditionis*. Esta antinomia, en mi opinión, no existe; en realidad, ninguno de los dos juristas romanos se refería a la *causa traditionis*, sino a la *causatio* de la cosa donada y aceptada con otra intención y a la posible *exceptio doli* que se podía oponer a tal repetición. Cfr. mi nota crítica en *Iura*, 6 (1955), 145.

Los jueces se preocupan por la causa *traditionis*, pero no por la causa *occupationis* (ya el mismo término resulta repelente!). La crítica de Desantes en este argumento (p. 530), siempre desde el punto de vista finalista (en el caso de ocupación no cabría otro), al decir que se entrega «para pagar» o se coge «para ocupar», me parece que embrolla más que aclara las cosas. Aunque el pago se realice mediante la entrega, también aquí hay que distinguir el convenio de pago (12) del momento instantáneo de su realización: aquel convenio funciona como causa de la entrega en pago (*traditio solutionis causa*). Si se prueba que no había obligación (*indebitum*), como aquella debía ser la causa del convenio de pago, éste viene a carecer de causa y lo mismo la entrega; entonces procede la repetición (13).

En fin, hay otros puntos en los que el razonamiento de mi distinguido y estimado contradictor me parece que no da en el blanco, ni refleja tampoco, al menos por lo que yo he podido captar, un pensamiento congruente y maduro sobre el tema. De ahí que resulte, en mi opinión, lo más conveniente el reconcentrar toda mi teoría de la causa, expuesta en aquella elección (que el lector interesado debe tener siempre presente), en un breve sumario de proposiciones, a fin de que todo el mundo, y especialmente el doctor Desantes, pueda concretar su crítica de una manera más ceñida y se haga posible una discusión articulada, evitando aquella polémica de «pica-pica» que me sigue pareciendo inútil y contraria a nuestra dignidad científica.

Los puntos pueden reducirse a los siguientes:

1. Causa jurídica es el hecho (eventualmente acto) (14) que el juez (o quien asume su función de declarar lo justo) aprueba (15) como fundamento directo, principal (16) y objetivo (17) del efecto jurídico de un acto jurídico.
2. Todos los actos respecto a los cuales el juez indaga la existencia de una causa se llaman secundarios; aquellos otros que no requieren para su efectividad la existencia de una causa jurídica se llaman actos primarios (18).

(12) Esto no quiere decir que, para mí, el pago sea un negocio jurídico, sino un acto complementario. Vid. *infra*.

(13) Si en el derecho romano esta repetición se hacía por una *conditio* y no por una *reivindicatio*, ello se debe, por un lado, al carácter de renuncia formal y abstracta que tenían los actos de enajenación de las cosas mancipables y, por otro, a la consumibilidad de los objetos pecuniarios, sobre los que no hay un verdadero dominio. Cfr. sobre esto mi *Discurso inaugural* cit., p. 19 s.

(14) Llamamos acto al hecho humano que implica una manifestación de voluntad. Los actos jurídicos pueden ser lícitos o ilícitos. Sólo respecto a los primeros vale inquirir la causa jurídica.

(15) DESANTES, p. 527: "Si es derecho lo que el juez aprueba, antes de la demanda el derecho no existe". Replíco: antes (no de la demanda, sino) de la sentencia, el derecho existe como expectativa racional. "Tengo derecho" quiere decir: tengo una fundada esperanza de que el juez falle a mi favor. El juez aplica unas normas generalmente previas (no las inventa para cada caso), pero es él el que crea el derecho al declarar lo que es justo (*is-dicat*). Sobre esta aporía esencial del derecho, vid. mis *Principios* cit., p. 309 s. Esto está en relación con el dinamismo del "ciclo de producción jurídica" que diseñé en *Los romanistas* cit., p. 8 n., y con el mismo dinamismo originario del concepto de *ius*; vid. mi contribución a *Studi Albertario*, II, 279: *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de "ius"*.

(16) En esto se distingue la causa de los requisitos normativos o condiciones de derecho.

(17) Objetivo en sentido jurídico, no económico-social. Cfr. *supra*, n. 8.

(18) DESANTES, p. 529: "Las causas psicológicas, económicas, etc., son las mismas

3. Acto abstracto se dice del acto secundario cuya causa elidida se presume (incluso, eventualmente, con presunción *iuris et de iure*) (19).
4. Negocio jurídico se llama al acto lícito que implica una (o varias) declaración normativa (*lex privata*); los otros actos lícitos que implican declaraciones no-normativas se llaman actos complementarios (20).
5. Contrato es aquel negocio jurídico constituido por dos promesas vinculantes recíprocas e interdependientes (21).
6. En todo contrato, cada promesa funciona como causa de la otra (22).
7. Las promesas unilaterales (23) (no-contractuales) son actos o primarios o abstractos, pero no propiamente secundarios (24).
8. Los actos complementarios son siempre actos secundarios.

causas jurídicas en cuanto que el Derecho les concede relevancia." Conformes; pero precisamente entonces se convierten en hechos jurídicos. Cuando, en cambio, el Derecho, (en mi teoría, el juez) no les concede relevancia, aquellas causas no son causas jurídicas, y los actos que de ellas dependen carecen de causa jurídica: son mis actos "primarios". DESANTES, p. 259 s.: "Si todo acto para ser secundario necesita proceder causalmente de otro acto primario, o lo que es lo mismo, si todo acto para ser jurídico necesita una causa jurídica, ¿cuál fué el primer acto que comenzó a ser jurídico?" Dejo al mismo Dr. Desantes la retractación de este ilogismo.

(19) DESANTES, p. 532: "Los contratos abstractos tienen elidida su causa, pero el contrato puede estar patente y claro, conservar su apariencia bilateral." Si no se elide la contrapromesa, me parece difícil que se pueda elidir la causa. Espero que Desantes me aclare esto. De todos modos, es mucho más claro hablar de acto abstracto que de contrato abstracto.

(20) Quedan excluidos los actos—gestiones u operaciones—que no implican declaración, sino tan sólo manifestación de voluntad. Cfr. supra, n. 14.

(21) Los contratos llamados "reales", como ya expliqué, son antiguas causas crediticias, no-contractuales, que tienden a contractualizarse. En el Derecho Romano clásico, en mi opinión, tan sólo se llegaron a contractualizar la fiducia y el depósito; lo consecuente, hoy, es acabar de una vez ese proceso de contractualización considerándoles como consensuales, a lo que obliga nuestra misma tradición jurídica desde el Ordenamiento de Alcalá. Sobre esto no debe consultarse mi conferencia de 1947 que cita DESANTES, p. 532, n. 7, pues refleja posiciones ya superadas, sino mis *Observaciones sobre el "edictum de rebus creditis"*, en la conocida revista *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 19 (1953), 134-201, a las que alude Desantes como no consultadas. El matrimonio puede, desde luego, construirse como contrato (no-patrimonial).

(22) Esta reciprocidad causal fué, en mi opinión, la que motivó el error de la *causa finalis* en los contratos. Y que se tendiera a hablar de una causa única para cada contrato. Desantes está de lleno en esta línea. Si por este camino la doctrina no ha llegado a un concepto unívoco de causa, ello se debe, a mi entender, a que el camino está errado.

(23) Unilaterales en sentido funcional, no genético, pues se trata de actos convencionales, incluso cuando tienen un destinatario temporalmente indeterminado, como ocurre con la pública promesa; la publicación opera en este caso como aceptación indeterminada del público en general, y de ahí que obligue.

(24) La donación pura no tiene contrapromesa, luego no es contrato; y por eso el Código no incluye la donación entre los contratos (sobre el perturbador 1.274, vid. infra), sino que la coloca en el libro III. Como promesa unilateral, la donación, no teniendo tampoco carácter abstracto, es un acto primario. DESANTES, p. 531, protesta contra esta última afirmación mía, diciendo que es una "quiebra de la tesis". Pero me parece que un juez que se pusiera a indagar las causas de una donación pura se excedería de sus funciones; como no fuera para descubrir una simulación, pero esto es otro caso distinto. Ahora bien: si el juez no indaga las causas de una donación pura —que serían del orden de la liberalidad, generosidad, etc.—, se deduce que tales causas irrelevantes son no-jurídicas; ergo: la donación pura no tiene causa jurídica, es un acto primario. Algo distinto es el caso de la promesa unilateral del fiador. Tampoco aquí hay contrato. El CC. tiene buen cuidado de no llamarle contrato, aunque por conexión de materias trate de ella en el libro IV. Cfr., en relación con este miramiento nominal del Código, cómo se habla allí del depósito:

Expuestos a la consideración y crítica de todos los puntos que anteceden, yo pediría licencia a usted, abusando de su amable hospitalidad en el ANUARIO, para añadir un breve excursu sobre el artículo 1.274 de nuestro Código Civil. Este excursu pertenecía a mi relección leída en cátedra, pero fué emitido en la redacción de la misma destinada a publicarse en Alemania (25) y, por la índole del conjunto, también en el libro donde se publicó dicha relección; resulta así una pequeña novedad de esta carta.

El artículo 1.274 (26) no está tomado del *Code* (27). Como suele ocurrir cuando el legislador se aparta demasiado del *Code*, las interpolaciones no son afortunadas y producen contradicciones internas. Pero en este caso, la genealogía de la interpolación sigue siendo francesa. La cosa ocurrió así:

El *Code* (art. 1.108) exige, para la validez de las «convenciones», cuatro condiciones: consentimiento, capacidad (28), objeto cierto (29) y causa. Pero el *Code* no define la causa, sino que, en la sección correspondiente, en tres artículos (1.131-1.133), viene a decir, aproximadamente, lo mismo que los artículos 1.275-1.277 del Código Civil; en realidad, el 1.133 define lo que es la causa ilícita y no tiene correspondencia en esta sede de nuestro Código civil. No vamos a entrar en la comparación de estos artículos.

Al no definir el *Code* lo que debe entenderse por causa, nuestro meritorio García Goyena se encontró perplejo, pues creía conveniente disipar las oscilaciones que el término tenía entre los autores. Entonces buscó en los discursos que explican el *Code*, y encontró en el discurso 59, como él mismo dice en sus *Concordancias*, 3, pág. 32, una alusión aprovechable: «No hay obligación sin causa y ésta estriba en el interés recíproco de las partes o en la beneficencia de una de ellas». Desafortunada frase, que había de tener malas consecuencias para nuestra legislación patria. Todavía García Goyena buscó

(artículo 1.759) “El depósito puede constituirse judicial o extrajudicialmente”—(art. 1.760) “El depósito (propiamente dicho o extrajudicial) es un contrato gratuito...”—(1.785) “El depósito judicial o secuestro...”; es decir, sólo el depósito que es contractual aparece como contrato. Pero esta promesa unilateral del fiador frente al acreedor suele depender de una causa, que es una determinada promesa o comportamiento del deudor principal; esta causa se elide; ergo: la fianza es una promesa abstracta.

(25) La *Epirrhosis für Carl Schmitt*, para la que se destinó ese escrito, ha sido ferida *sine die*.

(26) Conviene tener presente los términos exactos del artículo 1.274: “En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”.

(27) Para la interpretación de nuestro CC. hay dos instrumentos de primera necesidad, que no deben faltar en la biblioteca —diría en la mesa— de ningún jurista español: el *Code* de Napoleón y las *Concordancias* de García Goyena.

(28) Nuestro correspondiente 1.261 omite lo de la capacidad, como si la falta de capacidad aniquilara el consentimiento (art. 1.263 y 1.264), pero lo mismo podría hacerse con el defecto de causa. Vid. infra este mismo resultado en boca de García Goyena (n. 32).

(29) No vamos a hablar aquí del “objeto”, pero debo advertir que buena parte de las confusiones en torno a la causa están en relación con otras en torno al objeto. Si nos atenemos simplemente a lo que dice el CC. art. 1.271, todo resulta más claro: objeto es la cosa material o el servicio debido (o sobre que versa el negocio). Si tendemos a ver en el objeto el “fin” y en la causa la causa “final”, acabaremos por identificar objeto y causa.

en las fuentes romanas que, naturalmente, no le dieron una definición clara, pero sí una que tomó como puntal: *causa est ratio propter quam aliquid datur aut fit*. A decir verdad, aunque Goyena cita la ley 52 del título de *conditione indebiti* (Dig. 12, 6), esa frase la tomó de Godofredo y no del texto mismo, que dice una cosa muy distinta y bastante más orientadora: *Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, velut cum ideo do quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit: ob rem vero datur ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit*. Esto dice el texto, en el fondo del cual no voy a entrar ahora; pero Goyena no entendió la distinción entre *ob causam* y *ob rem* (relación retrospectiva, propiamente causal, la primera; final, la segunda) (30) y abarcó ambas referencias en el término único de causa: «Si se refiere a lo pasado, se llama *causa praeterita*; si a lo futuro, *ut aliquid sequatur*, es causa futura» (31). Y concluye, después de su no muy feliz búsqueda: «Quede, pues, sentado que causa, bien se refiera a lo pasado o a lo futuro, *est ratio propter quam aliquid datur, aut fit*, sin la que no habría habido consentimiento ni contrato» (32). Quedando esto así sentado, Goyena redactó su artículo 997 del que nuestro 1.274 es una literal copia. Que el discurso 59 fué el que se lo inspiró, lo dice expresa y lealmente.

La clasificación de contratos onerosos, remuneratorios y de pura beneficencia aparece como un esfuerzo para adaptar la donación a la categoría de los contratos, y está en relación con el desgraciado 622 de nuestro Código Civil. De este engendro, en relación con el artículo 943 de García Goyena, ya tuvimos ocasión de ocuparnos hace algún tiempo (33). Goyena, al comentar su art. 997 (*Concordancias* 3, p. 32), se remite expresamente a ese artículo 943 de su proyecto. También se remite al 976, donde los contratos aparecen divididos en dos clases: gratuitos y onerosos, de donde deduce que los remuneratorios deben quedar comprendidos en los onerosos. En realidad, lo de «remuneratorios» se refiere a las donaciones remuneratorias, las cuales, según el 943 de Goyena, se regirán por las reglas de los contratos, precisamente de los contratos onerosos. Todo esto, como es sabido, ha quedado más confuso por la redacción torcida del artículo 622 del Código Civil. Que Goyena, en su artículo 997, estaba pensando en las donaciones, resulta claro de su

(30) Sobre la contraposición de los juristas clásicos entre *datio ob causam* y *datio ob rem*, me permito recomendar la lectura de Fritz Schwarz: *Die Grundlage der conductio in klassischen röm. Recht* (Münster-Köln, 1952), sobre todo el cap. segundo. Cfr. mi reseña en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* III ser. 1 (1954) 55 [*Bol. Univ. de Santiago*, 1954].

(31) En mi Relección decía que la causa era un *prius*, en tanto la causa final es un *posterius*. DESANTES p. 525 c. objeta que la causa, incluso la final, es siempre un *prius*, y probablemente tiene razón; quizá mi manera de expresarme, como la de Goyena aquí, era más intuitiva que filosófica: quería decir que la causa jurídica mira siempre hacia atrás, en tanto la causa final mira siempre hacia adelante. ¿Se podría decir que lo de la prioridad o posterioridad está en el hecho causante y no en la causa? Quizá Desantes, que ha pensado sobre esta terminología filosófica, pudiera aclarar esto mejor que yo.

(32) Este tipo de causa bifronte es la que no me puede inspirar mucha confianza de claridad.—Sobre la falta de consentimiento por falta de causa vid. supra n. 28.

(33) En *Información Jurídica* 1951 p. 490 s. (en colab. con J. Bonet Correa).

observación final (p. 33): «Serán, pues, raras las donaciones que tengan por sola causa la mera o pura liberalidad del bienhechor» (34).

Este esfuerzo por incorporar la donación a los contratos, en un sistema en el que la donación se reconoce como negocio no contractual (35), me parece totalmente desacertado. De ahí resulta que nuestro artículo 1.274, al hablar de la «causa de los contratos», se encuentre con dificultades. En efecto, la donación (no la entrega *donationis causa*, sino el convenio de donación) es un acto primario que no tiene causa jurídica. La «mera liberalidad del bienhechor» es una disposición anímica, es aquella *hilaritas* a la que nos referíamos antes (36), pero carece de valor jurídico. Lo que un juez aprecia en la donación es la falta de una contrapromesa, y, en la medida en que aprecia una correspondencia entre la promesa unilateral y otro acto anterior al que se quiere remunerar con aquella promesa de donación, en esa misma medida se causaliza la donación; lo que ocurre igualmente en el caso de donación con carga: en la medida en que el lucro queda compensado por la carga prometida por el donatario aceptante, la donación se contractualiza.

Quedan todavía aquellos verdaderos contratos que sin ser lucrativos sí son gratuitos (comodato, mandato, etc.) (37). En estos casos hay, precisamente porque hay contrato (38), dos promesas y cada una de ellas funciona como causa de la otra; ésta es la causa «jurídica», aunque el móvil psicológico del contrato todo haya sido la bondad del que prometió sin interés económico (por ejemplo, el mandatario que asume el mandato sin esperar ninguna remuneración).

Que en los contratos cada promesa es causa de la recíproca, se dice, pero mal dicho, en la primera parte del artículo 1.274, al tratar de la causa de los contratos onerosos: «Se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte.» Si suprimimos la referencia a la prestación, las cosas quedan más claras, y vienen a decir lo que nosotros defendemos respecto a la causa: que no hay una causa única del contrato considerado en su conjunto, sino una causa para cada promesa, que es la recíproca. Pero prestación y promesa son dos momentos distintos: aquélla es el cumplimiento de ésta y resulta confuso barajar ambos momentos. La causa de cada prestación es la correspondiente promesa; la causa de cada promesa, la recíproca.

En realidad, la dimensión finalista que se ha entrometido desde antiguo en la consideración de la causa ha producido una confusión entre el análisis de estructura jurídica y el de interés económico; de ahí que se hable de contrato oneroso para designar simplemente al contrato y que no se hable de causa de un acto jurídico (de la promesa), sino de causa «para cada parte contratante».

(34) Afirmación sorprendente, a la que conduce una consideración de la causa no-jurídica. Eso se llama pesimismo moral.

(35) Vid. supra n. 24.

(36) Vid. supra n. 9.

(37) Esta distinción—entre “gratuito” y “lucrativo”—fue formulada en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 20 (1950), 778 s., sin resultados, ni positivos ni negativos.

(38) Vid. supra n. 21, por lo que toca a la contractualización de los contratos llamados “reales”.

Pero no seamos injustos con nuestros legisladores. La confusión sobre el concepto de causa que refleja el Proyecto del 51 y nuestro Código Civil se debe a la falta de rigor mental de los juristas. Sería vano pretender que los legisladores fueran más clarividentes que los jurisconsultos cuya sabiduría codifican. Nuestro desgraciado artículo 1.274, interpolado (ya desde Goyena) en el *Code* recibido, demuestra la falta de una verdadera tradición jurisprudencial que preparara el acto legislativo; pero es que, si la hubiera habido, no habríamos tenido necesidad de recibir el *Code*... ¡con casi un siglo de retraso! (39).

Mi querido y admirado Director: Le agradezco muy sinceramente la hospitalidad que dispensa usted a esta carta, cuya causa es la crítica del doctor Desantes y cuya causa finalis no es otra que la de favorecer desinteresadamente que las discusiones entre nosotros sean cada día más rigurosas y más ceñidas al argumento discutido, pero también más entrañablemente cordiales. Muy amistosamente suyo,

ALVARO D'ORS

Santiago, Festividad de la Traslación, 1955.

(39) Algo parecido hubiera ocurrido en Alemania de no haberse interferido Savigny, que retrasó la codificación también casi un siglo, pero el siglo de la Pandectística.