

## CAPITULO VIII

### El negocio jurídico

#### § 25.—*Concepto, especies y elementos del negocio jurídico*

Brugi, Ist. §§ 18-20; Pacifici, Ist. II. pág. 328, 387; Gianturco, Sist. I, § 50; Chironi Ist. I, § 56; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 369; Coviello, Man. I, §§ 101-104, 111, Crome, Par. gen., § 20; Windscheid, Pand. I, §§ 69-70; Regelsberger, Pand. I; §§ 135, 147, 148.

*Concepto.*—La más sencilla y corriente definición del negocio jurídico es la siguiente: una declaración de voluntad del particular, dirigida a un fin protegido por el ordenamiento jurídico».

Con esto, mientras la categoría resulta amplísima, abrazando actos de muy distinta naturaleza (como el contrato y el testamento, la aceptación de una herencia y la renuncia de un derecho, el reconocimiento de un hijo natural y el pago de una deuda, la asunción de una tutela y la promesa de contratar), su esfera es completamente distinta de la esfera de los actos ilícitos, porque en estos hay un fin cuya consecución no es permitida por la ley, y distinta también del grupo ulterior de los actos lícitos que, como la edificación o siembra en terreno ajeno, la posesión de una cosa, la omisión, la abstención, etc., no consisten en una declaración de voluntad.

El análisis de las partes de la definición nos dará la noción completa del negocio jurídico, sobre el cual la doctrina no se muestra unánime.

El momento central y predominante es la *voluntad*. Si yo quiero satisfacer un interés y conseguir un fin y el ordenamiento concede eficacia a esta mi voluntad, se actúa el fin querido al reconocerse nacida una relación nueva o extinguida o modifica-

da una preexistente. Si es propiamente la voluntad o la ley la que produce este efecto, es una cuestión en mi opinión inútil, ya que ni la voluntad por sí sola sería idónea a producirlo, sin la tutela del ordenamiento ni éste por sí sólo sin la iniciativa particular. La voluntad debe ser manifestada; no tiene valor para el derecho objetivo una voluntad legítima, pero interna (1). Sólo al manifestarse puede el agente provocar la reacción jurídica querida y esta exteriorización que hace visible la voluntad, dándole una existencia objetiva, es lo que nosotros llamamos *declaración o manifestación*, siendo, por lo demás, indiferente que se efectúe con palabras, con gestos, o con el silencio. La declaración debe ser una declaración privada; con tal requisito se excluyen del concepto negocio jurídico otras declaraciones como la del Juez (sentencias), las de autoridades administrativas (ordenanzas, Decretos) o de una Asamblea legislativa (ley substancial, ley formal) (2). Finalmente la voluntad así declarada debe mirar a conseguir un fin y no sólo un fin lícito, sino un fin que sea tomado en consideración por el Derecho y sea por él adecuadamente protegido.

Sobre este último punto reina una gran disparidad entre los juristas pues mientras unos exigen una voluntad encaminada a conseguir aquellos efectos jurídicos que son a ella atribuídos por el ordenamiento o cuando menos dirigida a producir una reacción jurídica (aunque no se tenga conciencia de sus efectos concretos), otros estiman suficiente que la voluntad mire a un efecto práctico que se dirija empíricamente a la consecución de un fin jurídico. Yo pienso que la verdad se halla en la segunda concepción, no en la primera, que presupone en todos el completo conocimiento de las instituciones jurídicas y el conocimiento de las consecuencias que cada declaración es capaz de producir; pues casi siempre ocurre lo contrario, ya que las más de las veces se ignora el efecto jurídico y hasta el medio técnico para alcanzarlo, y, sin embargo, la voluntad debidamente mani-

(1) La voluntad, en tanto interna, es una mera proposición; ver Fagge-lla, *I Periodi precontrattuali*, Roma, 1918, pág. 21 y *Il potere della volontà nella formazione del negozio giuridico*, Milano, 1912,

(2) Ver Lenel en los *Ihering's Jahrbbb*, XIX, pág. 154 y siguientes.

festada, obtiene el resultado práctico, que constituye la creencia del efecto jurídico.

*Especies.*—No obstante la infinita variedad de los negocios que pueda originar la voluntad privada en la esfera de su autonomía, la doctrina los recoge y distribuye en categorías por notas y características comunes y es esto una exigencia, no sólo científica, sino también práctica, siendo muchas las reglas doctrinales y legales aplicables a muchos grupos de negocios.

a) Todos los negocios exigen una declaración de voluntad; para muchos basta con una sola declaración, siendo una parte tan sólo la que da vida al negocio (negocios o actos unilaterales); otros necesitan dos declaraciones, porque no se producen sino con la intervención de dos partes (bilaterales). Es unilateral el testamento, la renuncia; bilaterales son los contratos, en los que, frente a la declaración de uno está la opuesta, aunque correspondiente del otro. Parte significa, no la persona, sino la dirección de la voluntad, que es única, aunque la manifiesten varias personas, actuando conjuntamente (la renuncia de varios condóminos).

b) El ordenamiento puede exigir que la manifestación se haga con formas o solemnidades determinadas o, por lo menos, acompañada de ellas; el negocio es, entonces, *solemne* o *formal* y en los demás casos *no solemne*. La regla de Derecho moderno (en esto distinto de los antiguos, especialmente del romano antejustiniano muy esclavo de las formas exteriores y hasta simbólico en ocasiones) es que la declaración es libre en su forma, pudiendo el agente manifestarla como quiera. Hay negocios para los que se prescriben formas determinadas, que se resumen en el empleo de la escritura: el testamento debe ser un acto escrito, no admitiéndose el oral; la compraventa de un inmueble debe ser hecha en forma escrita; la obligación cambiaria surge solamente cuando se emplea un documento determinado. Cuando una forma es impuesta por la ley, ésta puede exigirla con fines diversos o como elemento esencial del negocio de modo que la forma es requisito indispensable para la existencia misma del acto, que se considera inexistente si no ha sido observada, o bien solamente a los fines de la prueba, de modo que el acto realizado,

sin la forma escrita, aun existiendo y teniendo plena validez, no puede probarse con todos los medios ordinarios.

*Ad substantiam* se requiere, por ejemplo, el acto escrito en la enajenación de un inmueble y el instrumento público en una donación; *ad probationem*, las convenciones que no se refieren a inmuebles pero tienen un objeto cuyo valor excede de 2.000 liras (1).

c) La mayor parte de los negocios constan de una o varias declaraciones de voluntad, tienen por objeto establecer una relación jurídica actual, obrar en nuestra esfera jurídica mientras vivimos, pues el que el nacimiento del derecho se verifique después de la muerte del declarante, no influye para nada en la naturaleza del acto, ya que la relación se constituyó en vida. Otros tienden a regular el destino de nuestro patrimonio, luego de nuestra muerte. Estos son los actos *mortis causa* que se resumen en el testamento; aquéllos, los designados con fórmula impropia *inter vivos* (2).

d) En los negocios que tienen por objeto una disposición patrimonial, hay que distinguir aquellos en que la atribución patrimonial va acompañada de una contraprestación, de aquellos otros en que falta esta última, de modo que mientras en éstos se da la adquisición de un derecho sin sacrificio alguno por parte del adquirente (actos a título gratuito: legado, donación), en

(1) La materia de las formas en los negocios jurídicos y las relaciones entre forma y substancia pueden estudiarse en Volderndorf, *Die Form der Rechtsgeschäfte*, 1857; Frei, *Zur Lehre von der Form der Rechtsgeschäfte*, 1906; Franz, *Die Formbedürftigen Rechtsgeschäfte des Reichsprivatrechts*, Leipzig, 1907; Ihering *Geist des röm. Rechts*, § 53 y siguientes; Serafini, *Sulla millita degli atti giuridici compinti seuzza l'osservanza delle forme*, Roma, 1874; Ferrarini, *La forma degli atti giuridici* (en *Note di Dir. civ.*, Modene, 1898, pág. 83 y siguientes); Casino, *Sulla forme degli atti giuridici* (Arch. giur., LVII, 1896, pág. 423 y siguientes); Carrara, *La formazione dei Contratti*, Milano, 1915, pág. 357 y siguientes.

(2) Negocios que por su naturaleza íntima o por la finalidad que persiguen participan de los caracteres de una y otra especie y ocupan un lugar medio entre ambas categorías, representando por su anomalía figuras inciertas o mixtas serían, por ejemplo, la institución contractual de heredero o contrato sucesorio en general, la *donatio mortis causa*. Pero tales figuras no son admitidas por nuestro Derecho positivo.

aquéllos hay contraprestación, y, por tanto, cambio de valores (actos onerosos: compraventa, arrendamiento).

e) Finalmente, una importante distinción es la de *negocios causales* y *negocios abstractos*, pero como su perfecta inteligencia exige la previa noción de la causa, se hablará de ella más adelante (§ 29).

*Elementos.*—De lo dicho aquí se deriva como el negocio jurídico en su carácter más abstracto, como categoría general que comprende numerosos y diversos tipos (compraventa, institución de heredero, repudiación de una herencia, etc.), consta de dos fundamentales elementos: declaración de voluntad (o varias cuando a la consecución de un fin no sea suficiente la declaración de uno sólo) y el fin, es decir, la condición objetiva exigida por el Derecho para dar actuación a la voluntad.

En cuanto al primer elemento, se debe estudiar cómo se manifiesta la voluntad, vicios que pueden afectarla, si puede admitirse y en qué límites, una representación en la declaración o en la voluntad misma. Y esto será objeto de la exposición de este capítulo (§§ 26 28). Además, puesto que una voluntad no es eficaz, sino procede de un agente capaz, debe determinarse quiénes son los sujetos capaces y para qué clases de negocios jurídicos lo son, lo cual será explicado en general en la doctrina de las personas (§§ 36, 40, 42) y en particular al hablar de los derechos reales, obligaciones, familia y sucesiones. El segundo elemento, que llamamos causa del negocio jurídico, será estudiado luego del primero (§ 29).

Si los dos citados son requisitos indispensables del negocio jurídico concebido como categoría abstracta y universal, hay otros elementos que, además de éstos, pueden concurrir en los tipos singulares de negocios, ya que cada tipo ofrece una particular estructura que le da una individualidad propia, diferenciándolo de los demás. Ahora bien, para cada uno se dan determinados elementos que constituyen su esencia y cuya presencia es necesaria para que el negocio jurídico se constituya; entre éstos aparecen, naturalmente, en primera línea, la declaración de la voluntad y la causa. Así de la compraventa, son elementos constitutivos la cosa y el precio, del mutuo la entrega de bienes fun-

gibles; de la donación, la forma de instrumento público. Son estos los llamados *essentialia negotii* y su importancia estriba en que restringen la autonomía del particular, ya que si se omiten, el negocio no puede constituirse.

Todos los demás elementos son naturales o accidentales. *Naturales* los que responden a la naturaleza del negocio tipo, que son conformes a su índole, fijados por el ordenamiento mismo y sobreentendidos aún cuando las partes no los incluyan; así, por ejemplo, en la venta es elemento natural la garantía por evicción y todo vendedor responde de ella. Pero es concedido a las partes excluir o modificar a su arbitrio el elemento aquel que no es requisito de la existencia o validez del negocio. *Accidentales*, llámense aquellos que son introducidos por la voluntad de las partes (con tal que el negocio pueda admitirlos) y que tienden a modificar el tipo abstracto en la especie concreta que se crea. Son indefinidos en su número, pero tres de ellos tienen marcada importancia y requieren un estudio especial: la *condición* el *término* y el *modo*.

### § 26.—*Determinación y manifestación de la voluntad*

Brugi, Ist. §§ 24-25; Pacifici, Ist. II, pág. 331; Gianturco, Sist. I, § 51; Chironi, Ist. I, §§ 57, 61, 63; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 378; Coviello Man, I, §§ 112-119; Crome, Par. gen., §§ 23-24; Savigny, Sist. III, §§ 130-139; Windscheid, Pand. I, §§ 72, 75, 77; Regelsberger, Pand. I, §§ 136-142.

Para que la voluntad pueda producir el efecto que persigue, es necesario: 1) que sea manifestada; 2) que la manifestación sea hecha en forma y tiempo oportunos; 3) que la voluntad manifestada concuerde con la interna.

*Manifestación.*—Arte todo debe existir una voluntad interna. Una voluntad seria que derive de persona capaz; no puede constituir base de un negocio jurídico la determinación que se tome en broma o la de un niño. En tanto es interna la voluntad, no actúa en el mundo jurídico; debe, para que esto ocurra, manifestarse, exteriorizarse. El Derecho admite todos aquellos mo-

dos de manifestación, que según el uso o la costumbre son medios idóneos para publicar ese «interno querer»; la palabra, la escritura, los signos, un determinado comportamiento, hasta el silencio, cuando exprese el pensamiento interno, son medios admisibles; sólo en determinados casos exige que la declaración sea hecha con formas preestablecidas.

Puede darse una manifestación de voluntad expresa y otra tácita. *Expresa* es la que consiste en el empleo de medios sensibles, que sean de uso cotidiano en la vida. En primer término, la palabra oral y escrita, los signos por medio de la cabeza y de la mano, una acción positiva o una omisión cuando, según el modo corriente de entender estas últimas, sirvan a manifestar el acto volitivo. Declara de modo expreso su voluntad, no sólo quien habla o escribe, sino también el mudo que se expresa por señas y el comerciante que a mi petición de comprar la mercancía por un cierto precio, responde sin más, entregándome aquélla.

*Tácita* es la manifestación cuando se realizan ciertos actos que no se dirigen propiamente a exteriorizar una voluntad, pero se deduce ésta de la conducta o comportamiento de una persona. Así de la restitución del documento al deudor puede deducirse la intención o voluntad del acreedor de renunciar a su crédito (art. 1.279, artículos 1.188 y 999 del Código civil español), de la gestión de un patrimonio como heredero la de aceptar la herencia (art. 934). Pero es evidente que para que la voluntad se deduzca del comportamiento y de los hechos, precisa que éstos sean unívocos, es decir, que no ofrezcan la posibilidad de diversas interpretaciones.

También se puede tener una manifestación de voluntad con el simple *silencio*. No se puede, en general, afirmar que el silencio equivalga a una declaración, pero tampoco que sea indiferente e inexpressivo. Es cierto que el silencio es, por sí mismo, un hecho ambiguo; que no autoriza a conclusión determinada (*qui tacet neque negat neque utique fatetur*); pero en determinadas circunstancias, puede ser interpretado como manifestación de voluntad y la ley misma le atribuye tal contenido cuando, por ejemplo, reconoce una reconducción tácita en la permanen-

cia del arrendatario, en la posesión de la cosa sin oposición (artículos 1.592 y 1.610) (1).

Especialmente valdrá como declaración cuando, dada una declaración determinada entre dos personas, el modo corriente de obrar implica el deber de hablar; sobre todo cuando una determinada declaración implique para la persona a quien se hace una obligación, el silencio de esta última puede ser interpretado como asentimiento (2).

Si por regla general la voluntad puede ser declarada por los modos dichos algunas veces, la ley exige una declaración expresa (Código civil, artículos 1.188, 1.271, 1.281, 1.902) (3) y otras exige una forma determinada, excluyendo las demás. La declaración puede ser, además, de expresa o tácita, formal o solemne, y baste lo dicho sobre la distinción entre modos solemnes y no solemnes.

Deben distinguirse también en las declaraciones de voluntad las que son dirigidas a uno o más destinatarios, a los cuales deben ser notificadas de modo que el efecto de la declaración no se produce si la notificación falta y las que no necesitan de tal notificación. Las primeras se llaman *declaraciones recepticias* y las segundas *no recepticias*. En las primeras la notificación es elemento constitutivo de la declaración (así, por ejemplo, en los contratos), en las segundas no lo es y tiene un valor declarativo puramente (4).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — Véase art. 1.566 del Código civil español

(2) Véase Simoncelli, *Il silenzio nel Dir. civ.*, *Rend. Ist. Lomb.*, 1897, página 253 y siguientes; Gabba, *Del silenzio nel Dir. civ.*, (*Giur. it.*, 1901, IV, pág. 338 y en *Nouve questioni*, I, pág. 109); Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* (*Foro it.*, 1900, pág. 467 y siguientes); *Il silenzio nelle relazioni giur.* (*Rend. Ist. Lomb.*, XL, 1907); *I rapporti continuativi e il silenzio* (*Riv. Dir. comm.*, 1915, II, pág. 677); Sraffa, *Il silenzio ecc.* (*Giur. it.*, 1908, IV, pág. 353 y siguientes); Pacchioni, *Il silenzio ecc.* (*Riv. Dir. comm.*, 1906, IV, 2. pág. 23); Perozzi, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* (*Riv. Dir. comm.*, 1906, I, pág. 509); Finocchiaro, *Interpr. dei contratti il silenzio* (*Dir. comm.*, 1915, II, pág. 565); Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand.* I, pág. 900.

(3) NOTA DEL TRADUCTOR. — Véanse artículos 1.137, 1.205 y 1.827 del Código civil español.

(4) Ver Barassi, *La notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali*. Milano, 1907 y *Ist. di Dir. civ.*, pág. 137.



*Discordancia entre voluntad y manifestación.*—En tanto la declaración reproduzca íntegra y exactamente la voluntad interna, no puede haber dificultad: el ordenamiento la reconoce siempre que no sea contraria a él. Cuando entre la voluntad y su declaración hay discrepancia, surgen dos graves problemas:

1.º Cómo se puede reconocer la discordancia entre lo que el agente ha querido y lo que ha declarado querer.

2.º Cómo se debe considerar una declaración, a la que en todo o en parte no corresponde el querer interno. Del primer problema no debemos ocuparnos por ser una mera cuestión de orden práctico. El segundo, por el contrario, tiene gran interés por envolver cuestiones teóricas de importancia capital para toda la doctrina del negocio jurídico.

De varios modos puede la voluntad discrepar de la declaración: 1), ni el contenido de ésta es querido ni es querida una declaración cualquiera; así, por ejemplo, si bajo el imperio de la violencia me fuerzan a pronunciar un «sí» que implica consentimiento a la enajenación. Estrictamente no hay una verdadera divergencia entre voluntad y declaración, ya que falta la voluntad dirigida al contenido o ya la dirigida a la declaración; 2), la declaración es querida, pero no su contenido; la divergencia puede recaer sobre el negocio mismo (quería alquilar y he declarado dar en enfiteusis) o sobre la cosa (quería comprar un cuadro de Rubéns y he indicado el de un desconocido) o sobre la persona (quería dar a Cayo y he nombrado a Mevio) o sobre uno cualquiera de los elementos del negocio (quería vender el fundo, pero no por el precio declarado).

Las causas de la discordancia pueden ser diversas, ya que la divergencia misma puede ser querida por el agente o puede por el contrario ser involuntaria. Es querida en la declaración hecha por juego, en la reserva mental, en la simulación. Es involuntaria y hasta ignorada cuando la declaración no conforme al interno querer sea motivada por error o violencia, cuando el representante no la transmita fielmente y en otros casos semejantes. De estas causas tienen especial importancia la reserva mental, la simulación y el error.

1) *Reserva mental* (1).—Se da cuando el declarante quiere internamente cosa diversa de lo que declara y sabe y tiene el propósito de emitir una declaración disconforme, lo cual se hace con frecuencia para inducir a error a aquel a quien la declaración se dirige, si bien puede ser hecha con fines honestos.

2) Cosa distinta es la *simulación* (2). También aquí se da una disconformidad consciente y querida de la declaración con la voluntad, pero resulta preordenada con la parte a que la declaración se dirige y concertado con ella a fin de engañar a los terceros. Si el concierto da vida a un negocio que no era querido (simulamos una venta, pero no queremos ni vender ni crear ninguna otra relación jurídica), la simulación es *absoluta*.

Otras veces se crea un negocio distinto del que en realidad se quiere (encubrimos en una venta una donación) o se declara lo querido, pero uno de los sujetos es distinto (declaro dar a Cayo para ocultar una donación hecha a Mevio) o es diverso el objeto (declaramos en la compraventa un precio diferente del real) o algún otro elemento, la simulación en estos casos es *relativa*, porque un negocio es querido pero resulta disimulado bajo falsas apariencias, y, por tanto, al lado del negocio verdadero (disimulado) que suele encerrarse comunmente en una contradecación (ver artículos 1.319, 1.383, 1.384 del Código civil) (3) se coloca el aparente (simulado). No siempre es el mismo el fin con que se acude a la simulación; se halla frecuentemente en las par-

(1) Kohler, *Studien über Mental reservation und Simulation* (Jahrb. f. d. Dogm., XVI, 1878, pág. 91 y siguientes); Vogel, *Mentalreservation und simulation*, 1900; Fendi, *La riserva mentale il dolo e l'errore nel matrimonio* (Giur. it., 1906, IV, pág. 161 y siguientes).

(2) Ferrara, *Della simulazione nei negozi giur.*, 3.<sup>a</sup> ed., Milano, 1913; *La simulazione assoluta* (Riv. di Dir. comm., 1908, págs. 460, 550 y siguientes); Messina, *La simulazione assoluta* (ib. 1917, págs. 393, 500 y siguientes, 1918, págs. 10, 610 y siguientes); Mirabelli, *Diritto dei terzi*, I, página 450 y siguientes; Coviello, *La simulazione riguardo ai terzi di buona fede* (Giur. it., 1904, pág. 492 y siguientes); Fourcada, *Etude sur la simulation en Droit civil*, 1887; Pestalozza, *La simulazione nei negozi giuridici*, Milano, 1919; (Entr. de la Enc. giur. it.), idem *Appunti in tema di simulazione relativa* (Riv. Dir. comm., 1917, I, pág. 737 y siguientes).

(3) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véanse artículos 1.230, 1.319 y 1.322 del Código civil español.

tes y tiende, por lo común, a eludir una prohibición legal: defraudar a los acreedores, evitar una imposición fiscal, es decir, un fin fraudulento que, sin embargo, puede no existir por cuanto el fraude no constituye fin necesario de la simulación.

3) El error es, en general, un conocimiento falso (1). Pero del error se deben distinguir dos especies intrínsecamente distintas, aunque aquí sólo una interesa: el error que recae en la declaración y el que recae en la voluntad. El primero, que es llamado error *obstativo* (Savigny lo llamaba *impropio*), es el error que provoca una divergencia entre voluntad y declaración, de modo que es querida una cosa y por error es declarada otra. El segundo, llamado error *propio* por Savigny (se llama también *error nulidad* o *error vicio*), es un falso conocimiento que influye en la determinación interna de la voluntad e induce al agente a querer una cosa que no hubiese querido de haber tenido un conocimiento exacto, es un vicio de la voluntad que actúa en la formación, pero no influye en la manifestación.

El error aquí considerado es el error obstativo o sea el que es causa de la divergencia entre voluntad y manifestación (el otro, el error vicio, no crea discordancias, siendo conformes voluntad y declaración y será examinado en el § siguiente). Puede asumir formas diversísimas; una palabra que es empleada con ignorancia de su significado o es equívoca (digo usufructo cuando debía decir uso), la declaración que va dirigida a una persona, confun-

(1) Ver Zitelmann, *Irrthum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879; Leonhard, *Der Irrthum bei inchtigen Verträgen*, Berlín, 1882-3; *Der Irrthum als ursache inchtigen Verträge* 2.<sup>a</sup> ed, Breslan, 1907; Ryck, *Der Irrtum bei Rechtsgeschäft* (en *Festgabe für Beseler*, pág. 124 y siguientes); *Der Irrtum als Nichtigkeitsgrund im Entwurf des B. G. B.*, 1889; Bähr, *Ueber Irrungen im kontrahieren*, 1895; Unger, *Ueber die legisl. Behandlung des Wesentlichen Irrthum* (*Grünhus Zeitschr.*, XV, 1887, pág. 673 y siguientes); Manigk, *Irrtum und Auslegung*, Berlín, 1919; Vareilles Sommieres, *Etude sur l'erreur*, París, 1871; Fubini, *La dottrina dell'errore in Dir. civ. it.*, Torino, 1902; Gabba, *Contributo alla dottrina delle'errore* (*Giur. it.*, 1900, pág. 641 y siguientes); *Nuove questioni* (pág. 1 y siguientes); Venezian, *L'errore ostativo* (St. per Scialoja I, pág. 185 y siguientes); Messina, *Teoria dell'errore ostativo*, Roma, 1915; Venzi en Pacifici, *Ist.* II, pág. 356, n. f. IV, página 280, n. i., Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand.* I, pág. 842; Ruggiero *Non videtur que errat consentore* (en *Diz. pr. di Dir. priv.*).

diéndola con otra (declaro dar a Mevio creyendo que hablo con Cayo), la indicación de un objeto, siendo otro el debido (declaro vender el caballo negro, pensando y queriendo vender el blanco, etc.). También es indiferente que el error provenga de la persona misma del declarante o de otros; se equipara al error mío el cometido por mi representante, que transmite mi declaración de un modo inexacto (dice que yo quiero vender, debiendo decir que quiero arrendar), o el del destinatario que percibe o entiende mal sin declaración, conforme en absoluto con mi voluntad interna (he declarado constituir en depósito una suma y la otra parte ha creído que yo quería darla en mutuo).

Mientras la solución es sencilla cuando ni la declaración ni su contenido eran queridos, debiéndose considerar el negocio inexistente en los casos de verdadera y propia divergencia, la dificultad estriba en averiguar si se debe dar preferencia a la voluntad sobre la declaración o a la declaración sobre la voluntad. No es suficiente aquí el principio lógico según el cual—dada la exigencia de dos elementos para que una tercera entidad se constituya—debería concluirse que no existe negocio cuando de los dos elementos que lo integran uno falta, porque, por el contrario, ambos se dan en este caso, aunque no se correspondan.

En favor de la preferencia a la voluntad interna se puede aducir que, en definitiva, es la voluntad la causa primera de todo cambio jurídico y constituye el elemento decisivo de todo negocio; según una teoría que se llama de la voluntad, debiera considerarse nulo el negocio, porque la verdadera voluntad no se ha exteriorizado, habiéndose manifestado otra que no existe. Pero es fácil observar que como el Derecho no se contenta con el querer interno, sino que exige una voluntad exteriorizada, no puede suprimirse la manifestación, ya que es ella la que despierta en quien la recibe representaciones psíquicas y actos volitivos. Además la seguridad de la contratación no consiente que pueda impugnarse sin más la declaración, alegando que no responde a la voluntad interna. Así se llega a través de estas y otras objeciones a sostener que se debe dar preferencia a la declaración; en efecto, una teoría opuesta, llamada de la declaración, quiere que el negocio surja con el contenido que ha sido decla-

rado y que la manifestación produzca todos sus efectos aunque falte la voluntad correspondiente. También esta teoría es defectuosa, porque olvida el elemento interno y da eficacia a una mera apariencia de voluntad.

La solución sólo puede ser dada por la ponderación de las causas y de los momentos que provocaron y acompañaron las divergencias entre voluntad y declaración. No puede ser absoluta, debiéndose armonizar las exigencias de la seguridad en la contratación, con el principio según el cual no hay negocio sin voluntad, ni puede ser uniforme para todos los casos de divergencia, debiéndose tener en cuenta la conciencia que el declarante o el destinatario tuvieron de la discordancia, la buena o mala fe respectivas, la imputabilidad de la divergencia, según que sea motivada por culpa del declarante (imprudencia, dolo) o bien por otra causa involuntaria. La justa consideración de todas estas circunstancias sirven para pronunciar la nulidad del negocio cuando la declaración sea disconforme sin culpa del declarante y sin que el mismo la conozca, o la validez del negocio en el caso inverso, substituyendo el elemento de la voluntad que falta por un elemento nuevo que la suple y que funciona excepcionalmente como constitutivo del negocio: la responsabilidad. En efecto, quien hace una declaración y sabe que es disconforme, disconformidad que obedece a imprudencia o a otra causa que le sea imputable, tiene una responsabilidad con respecto al destinatario, quien tiene derecho a considerar la expresión conforme con la voluntad interna; la buena fe en la contratación y la seguridad de la palabra ajena exigen que sea protegido quien, dadas las circunstancias en que la declaración fué hecha no tenía motivos para dudar de su conformidad con el querer interno. De aquí precisamente esta limitación al principio: el negocio no es válido cuando la otra parte conocía la discordancia o hubiera podido conocerla.

De cuanto llevamos dicho se deducen las siguientes reglas para los tres casos más notables de divergencia:

1) En la *reserva mental* la declaración produce todos sus efectos como si correspondiese a la voluntad interna, y, por consiguiente, el negocio nace y es válido, porque la reticencia del

declarante, ignorada por la otra parte, no puede anular la declaración.

2) En la *simulación* se deben distinguir las relaciones de las partes entre sí y la de las partes con los terceros, separando, además, la simulación absoluta y la relativa. En la absoluta, la declaración no produce efecto alguno, no crea ningún negocio, falta, en efecto, la voluntad de provocar el negocio contenido en la declaración, ni otro cualquiera. Pero si así es entre las partes, frente a los terceros de buena fe el negocio simulado se debe considerar existente y válido; el tercer adquirente sobre la base del negocio simulado conservará su adquisición con tal que ignorese la simulación. En la simulación relativa, habiéndose querido un negocio y realizado otro distinto, el negocio simulado es nulo, debiendo considerar existente el disimulado, que es el realmente querido (*plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur*) a condición de que en el negocio simulado se contengan todos los elementos substanciales y formales que son necesarios para la existencia del disimulado (así en una venta simulada para ocultar una donación, la que se origina es la donación con tal que ésta sea lícita entre las partes y que haya sido hecho en instrumento público, etc.). Pero frente a los terceros de buena fe, el negocio simulado se considera como existente y válido, de modo que los autores de la simulación no podrían invocar ésta para impugnar la adquisición hecha por el tercero de buena fe.

3) En el caso de error (entendiéndose por tal el *obstativo*), puesto que la discordancia no es predeterminada, sino que es más bien inconsciente, no se puede atribuir a la declaración disconforme eficacia alguna, y por ello el negocio es nulo. En efecto, ya esté el error en el declarante o ya en la otra parte, es siempre cierto que se ha pensado una cosa y que se ha declarado o entendido otra distinta, y que a la deficiente voluntad manifestada o a la falta de consentimiento nada puede sustituir. Pero no siempre el error excluye el concepto de responsabilidad, ya que si la discordancia es involuntaria la causa del error puede serle imputable, cuando hubiera podido evitarse con mayor diligencia (por imprudencia he designado un objeto en vez de otro, he elegido como representante una persona inepta,

etcétera). Se debe, pues, distinguir el error excusable del inexcusable; sólo en el primero la declaración es ineficaz, no en el segundo, en que el negocio es válido. Siendo imputable al declarante una culpa aunque sea de grado mínimo, debe la otra parte ser protegida por la confianza que razonablemente tuvo en la exactitud de la declaración, y la protección se actúa concediendo efecto pleno a la declaración, no obstante la falta de una voluntad correspondiente. Cesa, sin embargo, la protección y es nulo el negocio si falta la buena fe en la otra parte.

### § 27.—*Vicios de la voluntad*

Brugi, Ist. § 24; Pacifici, Ist. II, pág. 336; Gianturco, Sist. I, § 52; Chironi, Ist. I, §§ 58-60; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 460; Coviello, Man. I, §§ 120-124; Cromé, Par. gen., §§ 25-27; Savigny, Sist. III, § 114 y siguientes; Windscheid, Pand. I, §§ 78-80; Regelsberger, Pand. I, §§ 143-146.

El Derecho no puede limitarse a exigir una voluntad y una declaración conforme; debe exigir también que el «querer interno» dimane de persona capaz, que sea serio y verdadero, que se haya formado de modo consciente y libre en el sujeto. Varias causas pueden perturbar la libre determinación de la voluntad e influir sobre el agente de modo que hagan que aquélla se desvíe; bajo la influencia de estas causas se forma una voluntad distinta de la que debió formarse y que hubiera sido la verdadera voluntad del sujeto; surge, pues, una discordancia (no como en los casos examinados entre el querer interno y su manifestación), sino entre la voluntad, como de hecho se ha formado, y la voluntad que se hubiera dado si motivos extraños no la hubieran desviado. Estas causas se resumen en tres: error, dolo y violencia y tienen de común efecto, no ya el impedir que surja el negocio jurídico, sino el hacerlo anulable.

a) *Violencia* (1).—De las dos formas en que puede ejer-

(1) Schliemann, *Die Lehre von zwang*, 1861; Schlossmann, *Die Lehre von zwang*, 1874; Kohler, *Die Menschenhülfe im Privatrecht*, (Jahrbb. f. d., Dogm., XXV, 1887, pág. 1 y siguientes); Blume, *Zur Lehre von durch Dro-*

cerse la coacción sobre la persona, interesa aquí solamente la violencia moral o *vis compulsiva* que, encaminada a forzar una declaración, vicia la voluntad sin excluirla; no la violencia física o *vis absoluta*, que excluye totalmente la voluntad en cuanto priva al violentado de toda posibilidad de querer e impide que nazca el negocio mismo. La violencia moral, consistiendo en la amenaza de un mal que alcanzará al amenazado si no realiza el acto, opera psicológicamente, genera con el temor un estado de libertad incompleta en la persona, pero no suprime la voluntad, ya que es posible siempre la elección entre el mal amenazado y la declaración. La *voluntas coacta* es, sin embargo, siempre *voluntas (quamvis coactus tamen volui)* (1), pero también es cierto que *non intelligitur voluisse qui coactus est* si se mira a la voluntad que se hubiera determinado si no se hubiese producido el temor.

Sin embargo, no toda amenaza invalida el negocio jurídico. Se requieren especiales condiciones determinadas por la ley en el art. 1.112, que declara: «el consentimiento se reputa obtenido con violencia cuando ésta es de tal naturaleza que impresione a una persona sensata infundiéndole el racional temor de exponer su persona o sus bienes (*sostature*) a un mal de consideración». Precisa, por tanto: 1) que la amenaza sea verdadera y seria, no solamente sospechada, lo que implica que el temor que se infunde se base en la suposición verosímil y racional de que será verdaderamente irrogado; no es preciso que el mal sea actual o inminente, sino que pueda ser futuro; 2) que la violencia sea in-

*hung. erw. Willenserklärungen (ib. XXXVIII, pág. 224); Fadda, Tunore riverenziali e violenza nella conclus. d. matrimonio (Riv. pr. di Dir. e giur., III, 1905); Cosentini, La violenza nel Diritto privato, Módena; Sdetfi, Stato di necessita e violenza morale (Riv. di Dir. comm., 1920, II, pág. 622 y siguientes); Demoque, Die la violence come vicedu consentement (Rev. trim. de Dr. civ).*

(1) Paulo en el notable fr. 21, § 5. D. 4. 2. *quamvis si literum esset noluisse tamen coactus volui*, aún más significativo es el de Celso, fr. 22. D. 23, 2, quien con el *maluisse* y con el *invitus* expresa la posibilidad que el violentado tenía de elegir entre el mal y la declaración *Si patre cogente ducit uxorem quam non duceret, si sui arbitrii esset contraxit tamen matrimonium quod inter invitos non contrahitur, maluisse hoc videtur.*



justa o sea ilegítimamente empleada dada la relación en que se hallan las personas entre sí o el fin a que tiende. No es ilícito, por ejemplo, la amenaza del acreedor al deudor de subastarle los bienes, pero se convertiría en tal si pretendiese tener un crédito mayor que el verdadero; 3) que el mal amenazado sea grave, de consideración (*timor maioris malitatis*). Se reputa grave aquel que comparado con la declaración obtenida importa mayor daño que la declaración misma, de modo que entre dos sacrificios se elige el menor. El daño puede ser en la persona o en el patrimonio, en la persona o en los bienes propios o en los de aquellas personas que están unidas por algún vínculo al violentado. Que los vínculos sean de sangre, de afecto o de interés, no importa, pero racionalmente presume la ley que sea como hecha a nosotros mismos la que se hace a la persona o bienes de nuestro cónyuge, de nuestros descendientes o ascendientes; en los demás vínculos debe el Juez indagar si la relación es suficiente para que justifique una aminoración de la libertad en el declarante (art. 1.113) (1); 4) que el temor sea racional, que no haya una evidente desproporción entre el peligro amenazado y la resistencia que todo hombre puede oponer. Si la ley habla de violencia capaz de hacer impresión en una persona sensata, es porque no exige la resistencia de un *constantissimus homo*, como querían los romanos, ni se contenta tampoco con un *metus vani hominis* (2).

Por otra parte, la medida de la proporción no puede ser dada siempre por el tipo abstracto del hombre sensato, ni demasiado fuerte ni demasiado débil, sino que debe serlo caso por caso por las especiales condiciones del sujeto, teniéndose en cuenta el sexo, la edad, etc. (art. 1.112). Se considera que falta siempre tal proporción, más aún, que falta la violencia misma en el temor llamado reverencial, consistente en aquel respeto intenso que induce frecuentemente a las personas sometidas a

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—La disposición contenida en el último párrafo del art. 1.113 del Código civil italiano, no existe en el español que refiere solo la violencia a la persona o bienes del que la padece o de su cónyuge, descendientes o ascendientes.

(2) Ver para estas frases Gayo, fr. 6. D. 4. 2.

la autoridad ajena a realizar actos que no realizarían espontáneamente (art. 1.114). Sin embargo, no puede excluirse *a priori* que el *metus reverentialis* pueda alguna vez asumir la gravedad y la importancia de una verdadera y propia *vis* y, por ende, invalidar el consentimiento; 5) que, finalmente, haya un nexo de causalidad entre la amenaza y la declaración, es decir, que aquélla haya sido empleada para obtener ésta.

Que haya usado la violencia la persona en cuyo favor se hizo la declaración, no es necesario; produce el mismo efecto la ejecutada por persona diversa, con tal que se dirija al mismo fin (art. 1.111) (1). De esto deriva que el temor provocado por un peligro natural o por un hecho humano extraño (naufragio, terremoto, guerra), no entra en el concepto de la violencia; la declaración hecha bajo su influjo será nula o impugnabile por otra causa, por ejemplo, ilicitud, porque alguno se haya aprovechado del peligro o del estado de necesidad en que se hallaba el declarante haciéndose prometer algo de éste (2).

Cuando concurren los requisitos estudiados, el efecto de la violencia es hacer anulable el acto, cualquiera que sea, así, por ejemplo, matrimonio, contratos en general, testamento. A este efecto pueden añadirse otros, como la responsabilidad penal o la indignidad de sucesión en la herencia del violentado para aquel que haya violentado a alguien en su libertad de testar.

b) *Error* (3).—El conocimiento falso de un hecho o de una norma jurídica que se resuelve siempre en ignorancia, ya que ignora la verdad quien posee una noción falsa, puede influir en la determinación interna de la voluntad y extraviarla induciendo a querer cosa diversa de la que realmente se hubiera querido si

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Concuerda con los artículos 1.267 y 1.268 del Código civil español.

(2) Ver Fadda y Bensa en Windscheid *Pand.* I, pág. 924; Venzi en Pacifici, *Ist.* II, pág. 369, n. q.; Coviello, *Dello stato di necessita* (Filang., 1898, p. I. y siguientes); Claps en *Foro it.*, 1898, I, pág. 1.364; Chironi, *Lo stato di necessita nel Dir. privato*, Torino, 1906; Natlini, *Appunti sulla nature giur. dell'atto necessitato* (*Riv. Dir. comm.*, 1901, I, pág. 702); Japón, *Lo stato di necessitá del Dir. priv.*, Milano, 1917; Perassi, *Necessitá e stato di necessitá nella teoria domm. della prod. giur.*, Milano, 1907.

(3) Ver la literatura antes citada.

la noción equivocada no hubi/ra extraviado la mente. Hay aquí dos voluntades: una, formada bajo el influjo de la falsa representación y como tal manifestada; la otra, que no se ha formado siquiera y, por tanto, no ha sido declarada, pero que puede considerarse como efectiva voluntad del agente, porque eliminado el error, ésta y no otra hubiera sido su voluntad. Hay, pues, una discordancia, no como en el error obstativo entre voluntad interna y manifestación, sino entre dos querer, uno manifestado y falso, el otro interno, no desenvelto, y que debe, sin embargo, considerarse el único verdadero (1).

Los puntos sobre los cuales puede recaer el error que vicia la voluntad, son los mismos que aquellos sobre los que puede recaer el error obstativo. Se ha hecho ya una referencia al hablar de este último; precisa ahora completarlo recordando las categorías en que la doctrina agrupa las varias especies de error.

Debe primeramente distinguirse el error esencial del accidental o concomitante. Esencial es el que recae sobre puntos esenciales del negocio, es decir, sobre elementos constitutivos del negocio jurídico, ya resulten tales según la naturaleza intrínseca del tipo abstracto del negocio jurídico, o ya se conviertan en tales en el caso concreto por haber tomado el declarante como momento importante y decisivo uno que no lo sea por sí. Accidental es el error recayente en un momento secundario o accidental del negocio (2).

A su vez, el error esencial puede ser:

a) *Error in negotio*, es decir, error sobre la índole misma

(1) La práctica suele servirse para expresar el efecto del error de dos aforismos tomados de las fuentes romanas (fr. 20. D. 39. 3; fr. 116. § 2. D. 50, 17), *nulla errantis voluntas, non videtur qui errat consentive*. Sobre el valor de estos adagios aplicados al error obstativo y sobre su falsedad entendidos como reglas generales, ver De Ruggiero, *Non videtur qui errat consentive, floccit*.

(2) Adviértase que muchos escritores llaman error esencial aquel que excluye la voluntad, es decir, el error obstativo, y error accidental el que no excluye el querer pero lo vicia, es decir, el error vicio y error nulidad. Preferimos la significación acogida en el texto, porque llamar accidental el error que vicia la voluntad, puede crear el equívoco de que se trate de elementos secundarios del negocio.

del negocio que se realiza cuando se toma por deficiente conocimiento del Derecho una causa jurídica por otra, confundiendo, por ejemplo, la enfiteusis con el arrendamiento (1).

β) *Error incorpore*, que recae sobre la identidad del objeto; por ejemplo, yo declaro querer comprar el caballo que está ante mí y quiero, efectivamente, comprarlo por haberme inducido a ello el haberlo confundido con otro.

γ) *Error in substantia*, un error que versa sobre la esencia de la cosa o sus propiedades que se consideran, en concreto, como esenciales al destino económico y a la función social de una cosa; en otros términos, un error sobre cualidades del objeto que objetiva o subjetivamente, determinan su función; ejemplo: si yo pienso y declaro comprar un anillo que supongo de oro, siendo en realidad de plata dorada, un caballo que creo árabe, siendo sardo en realidad.

δ) *Error in persona*, que recae en la individualidad de la persona, en las cualidades personales que, dada la naturaleza del negocio, suelen ser tomadas en consideración como determinantes de la voluntad o que en el caso concreto hayan sido decisivas para el declarante. Ejemplo: Si yo doy a Ticio una recompensa por creer que ha salvado a mi hijo del naufragio, siendo Mevio el que en realidad lo salvó (error sobre la individualidad personal) o si encargo a un pintor, creyéndolo de gran valía, la restauración de un precioso cuadro, siendo en realidad un simple decorador (error sobre las cualidades esenciales).

Los demás errores son accidentales por regla general; así, el llamado *error in qualitate* es el que designa un error que recae sobre cualidades secundarias; el *in quantitate* para las cosas que se numeran, pesan o miden; igualmente los errores sobre un término, una condición o una cláusula accesoria del negocio.

Sin embargo, también estos pueden elevarse a errores esenciales cuando la cualidad, la cláusula, hayan sido consideradas por el declarante como momentos decisivos para determinarse.

(1) El error sería obstativo si yo he querido arrendar y he hablado de concesión enfiteútica. Análogamente se repite para las demás especies de error, si bien la diferenciación entre error obstativo y error vicio resulte muy sutil.

Finalmente, debe distinguirse el *error de hecho* del *error de derecho* (1), según que la voluntad se determine en una dirección dada por ignorancia o falsa interpretación de una norma jurídica; un precepto existente en el ordenamiento jurídico es ignorado y un precepto que no existe se reputa existente. El primero es todo aquel que recae sobre un hecho, pudiendo, en concreto, asumir una de las figuras ya indicadas (*error in corpore, in substantia, in persona, in qualitate, etc.*).

Dicho esto se debe, ante todo, observar que sólo el error substancial, nunca el accidental, influye en la validez del negocio; sólo el primero, viciando la voluntad en uno de sus momentos importantes, produce la anulabilidad del acto; el segundo es indiferente al Derecho objetivo y puede dar lugar, a lo sumo, a una acción de resarcimiento o a otros remedios reparatorios.

Tampoco influye en la validez del negocio ni produce siquiera efectos menores o secundarios el *error en los motivos*. Esta especie de error no debe ser confundida con ninguna de las anteriores, porque por motivos debe aquí entenderse las representaciones psíquicas internas que han impulsado a realizar el acto jurídico, que han sido ocasión a la determinación volitiva, pero que no son la causa determinante, el motivo último o próximo de la declaración. Así, por ejemplo, si yo me decido a vender mi casa porque creo (erróneamente) que debo abandonar la ciudad en que se halla situada, el error recae en el motivo psicológico interno que impulsó mi voluntad, pero que no influye en la validez del negocio; no hay otra manera de hacer influyente

(1) La antítesis entre *error facti* y *error juris* parece ser del período antejustiniano; Vassalli, *Iuris et facti ignorantie* (*Studi senesi*, XXX, 1913).

La ignorancia o error de derecho es por nosotros considerada como causa que desvía la voluntad o sea como vicio del querer y en consideración a la validez del negocio. No es este el lugar propio de hablar de la ignorancia del Derecho como causa de inobservancia de las normas jurídicas. De esto se ha hablado y visto que tal ignorancia no excusa. Ver Zanobini, *La pubblicazione delle leggi nel Dir. it.*, Torino, 1917, pág. 97 y siguientes y *L'ignoranza della legge* (*Riv. Dir. comm.*, 1919, II, pág. 624 y siguientes).

tal motivo que la de elevarlo a causa determinante consignándolo expresamente como condición.

Para que el error pueda invalidar la declaración es necesario que haya sido la causa única o principal del acto. Y en este aspecto tanto vale el error de hecho como el de derecho; que el Código se refiera sólo a tal requisito por lo que respecta al error de derecho (art. 1.109) (1), no debe inducir a creer que no sea requerido también en el error de hecho, ya que el análisis de la disposición contenida en el art. 1.110 demuestra que también en éste se exige que haya sido la causa principal o determinante del acto. Nada diverso exige, en efecto, la ley cuando declara que el error de hecho produce la anulabilidad sólo cuando recaiga sobre la substancia de la cosa o si se trata de error en la persona cuando la consideración de ésta haya sido la causa principal del negocio; la fórmula comprende las varias clases de error esencial objetivo, de error sobre la identidad o cualidades personales, y puede también extenderse a otros errores de hecho recayentes en otros elementos considerados esenciales por el declarante.

Es preciso, además (aunque la ley no se refiera a ello), que el error sea *excusable*; un error tan burdo que no pueda admitirse que nadie incurra en él o un error menos grave, pero que hubiera podido evitarse con prudencia, no se puede invocar por el que ha incurrido en él para anular la declaración. No falta, sin embargo, quien sostenga que la excusabilidad del error sea requisito necesario para poderlo invocar y quien afirma que todo error influye en la validez del negocio, aunque sea provocado por negligencia, aparte, sin embargo, la responsabilidad por la culpa cometida. Como quiera que sea, para quien exige la excusabilidad, ésta es un elemento que no puede ser valuado sino caso por caso, habida cuenta de las condiciones subjetivas de la persona, debiendo ser juzgada con mayor rigor en el error de hecho.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—El art. 1.266 del Código español exige de un modo general para que el error invalide el consentimiento que recaiga sobre la substancia de la cosa objeto del contrato o sobre las condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

No todas las especies de error influyen en todos los negocios jurídicos. Se ha visto ya, en lo que se refiere al error sobre la persona, que éste no influye sino en los negocios en que la persona o sus cualidades son tomadas en particular consideración; influye, pues, en todos los negocios a título gratuito, principalmente en la donación, en la institución de heredero, en el legado, en aquellos a título oneroso en que la prestación debida consista en una actividad técnica, en aquellos en que la relación jurídica se basa en la confianza; no influye cuando se da un simple cambio económico de dos valores, como en la compraventa o en la permuta. Ninguna clase de error, de derecho ni de hecho, puede invalidar la aceptación de la herencia, que sólo es impugnabile por violencia o por dolo (art. 942). Es impugnabile sólo por error en la persona el matrimonio (art. 105) (1); no invalida la división el error en los bienes (art. 1.038).

Finalmente, el error de derecho no actúa en la transacción (artículo 1.772), la cual, teniendo por objeto prevenir una controversia, se basa en una incertidumbre que puede también recaer sobre el derecho de las partes; no es admitido en la confesión, que es, por regla general, irrevocable, y sólo puede revocarse si fué consecuencia de un error de hecho y nunca bajo pretexto de un error de derecho (art. 1.360) (2) (3).

(1) Es siempre calurosa la controversia sobre si el error aquí admitido por la ley sea el que recae sobre la identidad del esposo o sobre sus cualidades personales y entre éstas sobre sus cualidades físicas, morales o civiles. Ver Gabba, *Sull'errore di persona nel matrimonio*, I, pág. 1 y siguientes; Dusi, *Ancora sulla nullita del matrim per ragione di errore o di dolo* (*Riv. it. per le Sc. giur.*, XXXIV, 1902, págs. 3, 327 y siguientes); Atzeri, *Dell'errore sulle qualità della persone nel contr. di matrim.*, (*Studi per*, Fadda, IV, pág. 173 y siguientes); Degni, *Ancora sull'errore come causa di unllita del matr.*, (*Foro it.* 1912, pág. 970).

(2) Sobre el verdadero significado de esta disposición reina gran discusión en la doctrina; ver De Ruggiero, *Non faletur qui errat* (en *Diz. priv. di Dir. priv.*).

(3) NOTA DEL TRADUCTOR.— El art. 942 citado en el texto concuerda con el 997 del Código civil español, que no es tan expresivo como aquel puesto que se limita a afirmar que la aceptación y repudiación son irrevocables y que una vez hechas no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciesen de alguno de los vicios que anulan el consentimiento. El ar-

c) *Dolo*.—Puede todavía definirse como lo hacía Labeón (fr. 1 § 2, D. 4. 3), *dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam*; es toda actitud contraria a las leyes de la honradez dirigida a provocar engaño en los demás; una voluntad maliciosa que opera mediante engaños para inducir a los demás al error o mantenerlos en el mismo, procurándose con el daño ajeno un provecho. Es, pues, un acto ilícito tomado en consideración como causa que desvía la voluntad de su recta determinación y provoca un error; en tal caso la ley no se detiene en el error, que es ya de por sí un vicio, sino que se fija en la causa y con ello hace posible la anulación del negocio en casos en que el error no lo anularía, por recaer en elementos no esenciales o en motivos internos.

Según la definición recordada, el dolo, que constituye acto ilícito, es el caracterizado por la maldad del propósito, el *dolus malus* de las fuentes romanas; no se pueden equiparar a él las lisonjas, los halagos con que una parte busca en los contratos el influir sobre la otra (*dolus bonus*) (1). El dolo ilícito puede actuar de dos maneras sobre la voluntad: o bien determinándola, de modo que sin él el negocio no se hubiera verificado (*dolus causam dans*), o bien influyendo en los momentos secundarios de modo que sin el dolo el negocio se hubiera realizado, si bien en condiciones diversas y en general menos onerosas (*dolus incidens*) (2).

El dolo que puede invalidar el negocio es solamente el determinante (art. 1.115) (3); el *dolus incidens*, como no influye en la voluntad fundamental de realizar el acto, puede dar lugar a

título 105 con el 101 del español, el 1.038 con los 1.073, 1.074 y 1.079, el 1.772 con el 1.817 y el 1.360 concuerda, parcialmente, con el 1.233 del Código civil español.

(1) Podemos repetir aún hoy con las fuentes romanas que es cosa natural en los contratos el rivalizar en las astucias; ver fr. 22. § 3. 23. D. 19. 2.

(2) Biondi, *Dolus incidens e dolus causam dans* (*Riv. Dir. comm.*, 1914, XII, pág. 100 y siguientes).

(3) NOTA DEL TRADUCTOR.—Concuerda con el 1.270 del Código civil español.



una demanda de resarcimiento de daños, a una reducción de la prestación prometida, a una limitación de los efectos, suprimiendo aquéllos que son consecuencia del engaño.

Es necesario también que el dolo, si se ocasionó en un negocio jurídico bilateral, provenga de la otra parte; si proviene de un extraño es indiferente a los fines de la validez del negocio y sólo podrá producir una acción de resarcimiento contra el tercero autor del engaño, mientras en la relación de los contrayentes entre sí influirá solamente y podrá incluso anular el acto, si concurren todos los requisitos, el error ocasionado por el dolo. Se entiende también que el dolo usado por un tercero es motivo de anulación cuando el otro contrayente conociere su empleo; el obtener provecho de aquél le hace cómplice. Al contrario, en los negocios unilaterales es invocable el dolo, cualquiera que sea quien lo cometa; así en las disposiciones de última voluntad, en la aceptación de la herencia (art. 942) (1).

Adviértase, finalmente, que así como el autor del dolo no podría invocarlo contra la otra parte para invalidar el negocio (2), así también cuando entrambas partes se hayan engañado recíprocamente, ninguna podrá proceder contra la otra, compensándose el dolo de una parte con el de la contraria.

### § 28.—*La representación*

Brugi, Ist. § 19; Pacifici, Ist. II, pág. 398; Gianturco, Sist. I, § 66; Chironi. Ist. I, §§ 74-75; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 411; Coviello, Man. I, §§ 125-128; Crome, Par. gen., § 28; Windscheid, Pand. I, §§ 73-74; Regelsberger, Pand. I, §§ 159-164 (3).

Si normalmente quien realiza un acto jurídico debe quererlo

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Concuerta con el 997 del Código civil español.

(2) Ver sobre los aforismos *nemini dolus suiss prodesse potest*, y De Ruggiero, *Nemo ex proprio dolo commodum consequitur* (en *Diz. pr. di Dir. priv.*).

(3) Para la doctrina romanística y civilística de la representación, consúltense Buchka, *Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingebung von*

y manifestar su voluntad, nada impide, sin embargo, que pueda ser sustituido en la misma determinación interna, funcionando la voluntad del sustituto en lugar de la suya o solamente en la declaración de la voluntad, actuando como instrumento de transmisión de la ajena. En uno y otro caso se tiene una representación en sentido lato, pero representación en sentido técnico sólo es, según los juristas, la primera. Representante no es, en efecto, el *nunciatus* a quien una persona confía el encargo de comunicar a otros su propia declaración; éste es un simple órgano de transmisión de la declaración ajena, un instrumento cómodo equiparable a otro medio cualquiera material de que nos servimos para comunicar a distancia nuestra voluntad, como el correo o el telégrafo (1). Precisa, pues, para que haya representación, que se dé en la voluntad misma la sustitución de una persona por otra, de modo que sea la voluntad propia del representante la que actúa y no la del representado; la voluntad que el primero declara es la suya propia, con el efecto particular de ser considerada como voluntad del segundo.

La representación puede, por tanto, definirse como la institución, merced a la cual una persona realiza un acto jurídico en lugar de otra con la intención de que el acto valga como realizado por ésta y produzca en realidad sus efectos en la misma. El querer que la declaración propia valga como declaración de otro

*verträgen*, 1852; Ihering, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte* (Jahrb. f. d. Dogm. I, 1857, pág. 273, II, 1858, pág. 67 y siguientes); Hellmann, *Die Stellvertretung in Rechtsgeschäfte*, 1882; Mitteis, *Die Lehre von der Stellvertretung*, 1885; Lenel, *Stellvertretung und Vollmacht* (Ihering's Jahrb. XXXVI, pág. 113 y siguientes); Schliemann, *Beiträge zur Lehre von der Stellvertretung*, (Zeitschr. f. ges. Handelsr., XVI, pág. 1 y siguientes); Curzius, *Die Stellvertretung bei Eingehung von verträgen* (Arch. f. civ. Pr., LVIII, pág. 69 y siguientes); Schlossmann, *Die Lehre von der Stellvertretung iusbes bei oblig. verträgen*, 1899; Tartufari, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti* (Arch. giur., XLIV, 1890, pág. 421 y siguientes. XLVI, 1891, pág. 107 y siguientes); Nattini, *La dottrina gen. della procura. La rappresentanza*, Milano, 1910; Pacchioni, *La Teorie moderne sulla rappresentanza* (en Baudry-Lacantinerie, *Contratti aleatori*, pág. 755).

(1) Para la doctrina del representante, ver Carboni, *Sul concetto di nunciatus* (Studi per Chironi, I) y en la Corte d'appello, XVII, 1916, pág. 33. Capocci, *Nuncio* (en *Diz. prat. di Dir. priv.*).

implica que aquel que la hace obre, no solamente por cuenta y en interés ajenos, sino también en nombre de otro; solamente así es posible que el negocio surja como realizado por el representado mismo y que todos sus efectos se produzcan exclusiva y directamente en la persona de éste, sin que el declarante sea partícipe de ellos. Lo cual no sucede cuando alguien obra en interés de otro, pero no en su nombre; el obrar en interés ajeno, pero en nombre propio, implica que todos los efectos se produzcan en la persona del que obra y que se deba, por consiguiente, sobre la base de la relación interna entre ambos, recurrir a un ulterior acto jurídico para injertar en la persona del representado los derechos y las obligaciones creados entre el representante y los terceros.

No es ésta verdadera representación, ya que en la verdadera el representado por sí solo resulta vinculado con los terceros, sin que haya necesidad de actuación alguna para transferir a él los derechos y las obligaciones producidas por la declaración del representante. Si se la quiere designar con el mismo nombre, debe ser llamada representación indirecta para diferenciarla de la verdadera y propia.

La facultad de concluir por otros un negocio y, por consiguiente, el poder de representación, puede derivar de diversas causas, que pueden reducirse a dos: la ley y la voluntad del particular.

*Legal* es la representación de las personas que, en virtud de un particular oficio o de un poder familiar, actúan en lugar de los incapaces o por cuenta de los entes colectivos; por ley, en efecto, corresponde un tal poder al Presidente de un colegio, al Administrador de una persona jurídica, al padre, respecto del hijo sometido a la patria potestad, al tutor, respecto del pupilo o del sujeto a interdicción. No hay, sin embargo, representación cuando la ley requiere la intervención o asistencia de una persona en funciones de otra física incapaz; cuando se trate de personas parcialmente incapaces, la voluntad de quien presta asistencia no sustituye a la voluntad del otro, sino que se añade para integrarla, de modo que no constituye representación, por ejemplo, la asistencia del curador al inhabilitado.

*Voluntaria* es la representación por la que alguien confía a otro el encargo de realizar por él y en su nombre un acto jurídico (mandato, apoderamiento), o la que sin un precedente encargo alguien emprenda la gestión del negocio (gestión). Cuando se verifica este segundo caso (y a él se equipara el otro en que ha sido conferido un mandato, pero el mandatario ha excedido los límites del mismo), no se puede afirmar que el negocio sea realizado naturalmente por el representado y produzca en él todos sus efectos; sólo virtualmente es un negocio del representado, puesto que depende de la voluntad de éste el hacer o no propios los efectos del acto. La voluntad dirigida a este fin es la *ratificación*, la cual puede ser expresa si consiste en una declaración de aprobación del acto realizado por quien no estaba autorizado, o tácita, si se manifiesta en hechos concluyentes que impliquen tal aprobación. Es, por tanto, un acto unilateral que se realiza sin formalidad alguna y que tiene la virtud de atribuir al declarante los efectos del negocio realizado por el otro como si se hubiese efectuado a base de un mandato previo; es un acto que lo sustituye y tiene por ello eficacia semejante a la del mandato (*ratihabitio mandato comparatur*). De lo que se deduce que el negocio concluído por el gestor o mandatario fuera de los límites de su poder de representación se halla en un estado de «pendencia» hasta que haya intervenido la ratificación, no pudiendo producir sus efectos ni para el interesado, que no ha tomado parte, ni para el gestor, que ha contratado con los terceros en nombre ajeno y no en el propio. Sobrevenida la ratificación, ésta actúa retroactivamente y los efectos del negocio se consideran producidos desde el momento inicial, quedando a salvo los derechos adquiridos antes por los terceros (artículo 1.309) (1) (2).

Lo decisivo en todas estas especies es que aquel que obra se halle autorizado a realizar el acto jurídico por otro y lo realice en nombre de éste. Y la autorización, a su vez, puede ser otor-

(1) Senffert, *Die Lehre von der Ratihabitation der Rechtsgeschäft*, 1868; Polignani, *La dottrina della ratifica*, Napoli, 1869; Bertolini, *La ratifica degli atti giuridici nel Dir. priv. rom.*, Roma, 1889.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véase art. 1.313 del Código civil español

gada por la ley (personas incapaces) o por el mismo interesado, ya preventivamente, mediante mandato, ya sucesivamente, por ratificación. La autorización representativa no está, sin embargo, siempre y necesariamente inserta en el mandato; puede haber mandato sin representación, como cuando se encarga simplemente declarar la voluntad del mandante o se encomienda a otro un negocio que se realizará en nombre del mandatario (comisionista). Precisamente la comisión comercial (art. 380 del Código de Comercio) no implica representación (1); el comisionista obra en interés del comitente, pero en nombre propio, de modo que las relaciones surgen entre el mismo comisionista y los terceros, siendo extraño en ellas el comitente (2).

Mientras el Derecho romano seguía el principio de que la representación no es admitida sino en casos excepcionales, lo que se explica en parte por el rigor de formas que domina en aquel Derecho, y en parte por la diversa constitución de la sociedad y la especial organización de la familia (3), el Derecho moderno, continuando la tradición canónica (el Derecho canónico admitió y favoreció el principio de que cada uno puede hacer por medio de otros lo que podría por sí mismo), se inspira en un opuesto sistema. Normalmente, es siempre posible que otro realice por nosotros lo que podríamos realizar nosotros mismos, y nada se opone a que a la ajena voluntad sea conferida una determinación productiva de efectos en nuestra esfera jurídica.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—En el Código de Comercio español hay comisión con representación (art. 245).

(2) Ver Sraffa, *Del mandato commerciale e della commissione*, Milano, 1910; Nattini, *Dottrina generale della procura*, pág. 34 y siguientes; Pacchioni, op. cit. y *Elem. di Dir. civ.*, Torino, 1916, pág. 303 y siguientes.

(3) La causa fundamental del limitado desenvolvimiento de la institución en Roma, hay que buscarla en la posibilidad que gozaba el *pater familias* de realizar actos y negocios jurídicos mediante los hijos y los esclavos, instrumento de adquisición para el cabeza de familia. De aquí la antigua regla *Per extraneam personam nihil adquiri potest* (ver Gayo II, § 95). Notabilísimo fué el desarrollo de la institución en Egipto; los papiros greco-egipcios nos han revelado que allí fué conocida y muy aplicada la representación directa, ya en los negocios, ya en los juicios. Ver Wenger *Die Stellvertretung im Rechte der Papyri*, 1906; Modica, *Introd. alla papirologia giur.*, pág. 98, Mitteis, *Röm Privatrecht*, I, pág. 230 y siguientes.

Sólo excepcionalmente no es admitida tal delegación de voluntad cuando la naturaleza del acto se oponga a ello o una disposición legal exija una declaración personal. Sucede esto, por regla general, en los derechos de familia, en que se contraen vínculos que influyen en el estado personal y que por esto deben ser queridos por el sujeto. Así, por ejemplo, no puede ser contraído el matrimonio por representación, ni verificarse la emancipación (artículos 94-311) o la adopción (art. 755) (1).

Un aspecto muy importante en la doctrina de la representación voluntaria, olvidado por la mayor parte de los autores, es el problema que surge cuando representado y representante actúen separadamente, realizando para el mismo objeto negocios entre sí contradictorios. Puede ocurrir que el representado, sin haber revocado el mandato, realice el negocio que debía ser realizado por el representante y que lo realice de modo diferente a como lo realizó el representante. Vende, por ejemplo, la misma cosa a una persona diversa, o la vende a la misma persona a quien la ha ofrecido el representante, pero a un precio mayor o menor. ¿Cuál de ambos actos prevalecerá? ¿Cuáles serán los efectos y las responsabilidades del representado y del representante entre sí o de entrambos con relación a los terceros?

El problema es complejo y no puede resolverse con una fórmula sencilla. Se deben aplicar los principios siguientes: la representación no despoja al representado de la facultad de realizar por sí el negocio que debe realizar el representante; las voluntades del representado y del representante deben ser consideradas como una sola, o sea como voluntad del primero; por regla general, el negocio primeramente perfeccionado es el que tendrá eficacia; el otro no puede tenerla porque se ha agotado ya el objeto; el vínculo contraído con el tercero por uno o por otro, contrastando con la situación creada por el primer negocio,

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — El art. 87 del Código civil español, autoriza el matrimonio por mandatario a quien se haya conferido poder especial; el italiano sólo lo admite tratándose del matrimonio del Rey o de cualquiera persona de su familia.

El 213 concuerda con el 178 del Código civil español y el 755 con el 670 del Código civil español confirmado, en cuanto la mejora es institución sucesoria, por el art. 830.

originará responsabilidad normalmente del representado, eventualmente del representante, si hubo culpa o error inexcusable; en general, deberá recurrirse a los principios del error.

Más compleja es aún la solución en el caso en que ambos negocios sean contemporáneos, de modo que no pueda funcionar el principio de la prioridad (I).

### § 29.—*La causa en los negocios jurídicos*

Pacifici (Venci); Ist. II, pág. 419; Chironi, Ist. I, § 63 bis; Chironi y Abello, Tratt. I, página 389; Coviello, Man. I, § 130; Crome, Par. gen, § 31; Regelsberger, Pand. I § 167 (2).

El concepto de causa, que el Código menciona solamente refiriéndose a los contratos (artículos I.104, I.119 y I.122), tiene un campo de aplicación más amplio y se extiende a todo negocio jurídico, puesto que de éstos y no solamente de los contratos constituye un elemento esencial. Es, sin embargo, uno de

(1) Ver Riezler, *Konkurrierendes und Kollidierendes Handeln des Vertreters und Vertretenen* (Arch. f. civ. Pr., 1906, pág. 372 y siguientes); Scaduto, *Un capitolo della teoria sulla rappresentanza* (*Annali del sem. giur. dell'Univ. di Palermo*, VIII, 1921).

(2) Windscheid, *Zur Lehre des c. Napoleón von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, 1847; Bähr, *Die Anerkennung. als verpflichtungsgrund*, 2.<sup>a</sup> ed., 1867; Schlossmann, *Zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge*, 1868; Lotmar, *Ueber die causa im röm. Recht*, München, 1875; Crome, *Ueber den Begriff der causa bei den Rechtsgeschäften* (*Zeitschr. f. fr. u. curlr.*, XXI, pág. 558 y siguientes); Stampe, *Das causa-problem. des civilrechts*, Greifswald, 1904; ídem, *Causa und abstracte Geschäfte*, (*Zeitschr. f. ges. Handelsrecht*, LV, 1904, pág. 395 y siguientes); Nlingmüller, *Causa und Schuldsversprechen* (*ib.* LVII, 1906, pág. 155 y siguientes); Brini, *Della causa nel neg. giur.*, Parma, 1881; Ferrarini, *La causa negli atti giur.* (en *Note di Dir. civ.*, pág. 67); Venezian, *La causa dei contratti*, Roma, 1892, (ver *Opere giuridiche*, Roma, 1919, I, pág. 347; Milone, *La causa nei negozi giuridici*, (*Filang.* XXIII, 1898, pág. 422; Claps, *Intorno alla teoria della causa e della presupposizione* (*Giur. it.*, 1901, IV, pág. 318); Bonfante, *Il contratto e la causa del contratto* (*Riv. di Dir. comm.*, 1908, VI, I, pág. 115 y *Scritti geur.* III, pág. 125 y siguientes); Vivante, *L'errore della causa nel contratto* (*Foro it.* 1915, I, pág. 320).

los más discutidos en la moderna teoría del negocio jurídico, en general, y del contrato, en particular (1) (2).

En la serie de las representaciones psíquicas que preceden a toda declaración de voluntad y que determinan la acción humana es siempre posible distinguir la última, que funciona como motivo determinante de la acción de todas las demás que le acompañan. Quien vende, arrienda o dona, obra, o por obtener una contraprestación, el precio de la venta, el canon, en el arrendamiento, o por realizar un acto de liberalidad, desprendiéndose de la cosa propia sin recibir equivalente. Pero el motivo que le impulse a la venta, al arrendamiento, a la donación, puede ser el deseo de satisfacer con el precio una deuda suya, o que no pueda usar él personalmente de la cosa alquilada, o el deseo de remunerar algún servicio. Viceversa, quien compra o toma en arrendamiento, se propone conseguir la cosa o el goce temporal de la misma en compensación del precio o del alquiler que entrega a la otra parte; pero también puede ser inducido a comprar o a tomar en arrendamiento para disfrutar la cosa personalmente o para comerciar con ella, para obtener una ganancia, para trasladarse al lugar en que radica la casa o el fundo comprado o arrendado. En toda la serie de móviles, que se hallan estrechamente ligados entre sí como los eslabones de una cadena, el Derecho toma en consideración sólo el último, el más próximo a la acción, el que la determina, el que sirve objetiva y jurídicamente a justificar el acto, no los otros, más remotos, que han excitado la voluntad proporcionándole ocasión de determinarse, pero que no bastan por sí a determi-

(1) La generalidad de los autores suele hablar de ella con preferencia al ocuparse de la teoría del contrato siguiendo al Código civil francés (artículos 1.108, 1.131 y 1.133) y el nuestro que es una copia de aquel con el añadido del art. 1.121 que no se encuentra en aquel.

En el Código francés el concepto de la causa fué introducido en virtud de las doctrinas de Pothier y de Domat, pero sería erróneo creer que constituye una novedad del Derecho moderno, pues deriva de las doctrinas romanísticas.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.— Véanse artículos 1.261 y 1.275 del Código civil español. En el último se refunde el contenido de los 1.119 y 1.122 del Código italiano.



narla y a justificar el acto; y éstos no los toma en consideración porque carecen, por regla general, de relieve para el Derecho, a no ser que hayan sido incorporados en la misma declaración de la voluntad en forma de modo, condición o supuesto, constituyendo parte integrante de la misma. Pues bien, aquél es la *causa*, es decir, la razón determinante de la voluntad, y para los negocios de contenido patrimonial el fundamento objetivo que justifica la atribución patrimonial; éstos son los *motivos*, o sea, las causas impulsivas individuales o subjetivas; aquél la condición esencial de existencia del negocio jurídico, sin el cual la voluntad no sería capaz de producir el efecto que pretende; éstos la razón ocasional y accidental del negocio, la cual, si bien nunca falta como impulso primordial de la voluntad, no tiene importancia alguna para el Derecho. Y si a toda la serie se quiere llamar motivos, aquél será el *motivo próximo*, porque no cambia nunca por ser objetivamente determinado y caracterizado por la naturaleza e intrínseca finalidad del negocio; los otros, los *motivos remotos*, que responden a representaciones psíquicas internas que pueden ser infinitas y variables, como lo son las circunstancias individuales que mueven a los hombres a ligarse en relaciones entre sí.

Aclarado el que los motivos individuales no deben ser confundidos con la causa, la noción de ésta resulta segura y hasta sencilla si en ella se quiere ver el fin práctico que persigue todo negocio. Todo negocio en sí y por sí, es decir, objetivamente considerado, se dirige a un fin económico-jurídico que se destaca de los fines más particulares e individuales del agente, constituyendo su razón de ser. Este fin objetivo es en los negocios de adquisición, no la atribución patrimonial en sí misma (porque nadie puede querer un tal efecto en sí y por sí sin una causa), que no es ni siquiera la razón ocasional e individual (porque los motivos subjetivos no se toman en cuenta), sino la función que objetivamente realiza el negocio, función económica y social, en vista y en protección de la cual el Derecho *reconoce* la voluntad. No basta una simple declaración para que la atribución querida sea sin más protegida por el Derecho; es necesario que concorra, además, una condición objetiva o de hecho reconocida por el

Derecho como causa justificativa de la atribución, de modo que cuando tal causa falte, la atribución no es reconocida por el Derecho. No basta la voluntad de transferir la propiedad de la cosa y el consignar la misma para que la transmisión del dominio se verifique; precisa una relación con otros que valga a justificar la adquisición, y la relación será, según los casos, una compraventa, una donación, un pago, si se transmite la propiedad de la cosa para obtener en compensación el precio, para realizar un acto de liberalidad o para extinguir una deuda. Por eso en los negocios que no revelan por sí la causa, que se presentan sin contenido material, sólo como forma exterior —*traditio*, constitución de un Derecho real, renuncia—, es necesario indagar la causa, que podrá ser *causa donandi, solvendi o credendi*.

Causa es, pues, el fin económico y social reconocido y protegido por el Derecho; es la función a que el negocio—objetivamente considerado— se dirige, es la condición que justifica la adquisición en cuanto excluye que sea lesiva al derecho ajeno; representa en cierto modo la voluntad de la ley frente a la voluntad privada. De lo que resulta claro (excluidos los negocios abstractos, que no expresan por sí una causa, y por esto mismo capaces de acoger varias y diversas), que todo tipo de negocio tiene por causa propia, correspondiente a la función específica que realiza, una causa que imprime en él carácter y justifica el reconocimiento (I).

A tal doctrina se refiere precisamente la distinción de los negocios jurídicos en *causales o materiales y abstractos o formales*. Que deban todos tener una causa, se deduce del concepto

(1) No obstante esta variedad no es útil reducir las varias especies a categorías generales y a ello se presta la clasificación de los negocios jurídicos en onerosos y gratuitos; la causa en el primer grupo es el cambio de una prestación por otra, en el segundo el espíritu de liberalidad. Según una doctrina difundida entre los civilistas, las causas se resumen en tres categorías, según que se tienda a constituir una obligación a hacer un pago o una liberalidad, es decir, contraprestación o cambio, pago o donación. Otras hablan de cambio, liberalidad y juego. Influye en la concepción a un tiempo demasiado amplia y demasiado restringida, la noción dada por el Código civil de la causa con referencia a los contratos, ver Crome, *Par. gen.*, pág. 290, n. 4; Zacchariae, *Man.* II, pág. 416, n. 2.