

CAPÍTULO IV

REFUTACION DE LOS ARGUMENTOS SACADOS DE TEXTOS DE APARIENCIA CONTRARIOS

20. L. 9, Parr. 2 de statut (40-7).

Réstame probar que los textos sobre los cuales nuestros adversarios creen poder fundar su teoría, no contradicen la opinión que acabo de exponer.

He aquí los textos:

La L. 9, Parr. 2 de statut, es la verdadera fuente y origen de todo el error. Si con las palabras *ea in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt*, el jurista hubiera querido decir lo que, siguiendo un error de Gayo, se ha querido entender (el objeto de la obligación no puede ser más que una prestación de valor económico) hubiera sostenido, como resulta de los testimonios de las fuentes indicadas, una tesis falsa. ¡Cómo conciliar su aserto con sus testimonios!

Según vemos en estos, los bienes y los intereses que no tienen por fin el dinero y el valor pecuniario, pueden también ser evaluados en *dinero; pecunia lui praestarique possunt*. Pero eso, no es cierto respecto de una prestación imposible, y precisamente se trataba de una de ese género en el caso que el jurista

tenía que resolver. El esclavo prometido es hombre hecho libre por consecuencia de una disposición testamentaria, resultando así imposible el prestarlo: *LIBERTAS pecunia LUI non potest nec reparari potest*; esto es, la libertad no tiene equivalente, ni para el mismo esclavo (*libertas res inaestimabilis est*, L. 106 de R. J. 50-7), ni para los terceros, porque no se puede comprar con dinero una persona libre; la libertad, una vez adquirida por el esclavo, no puede serle quitada (*reparari non potest*) ni vuelta a comprar con dinero al mismo (*lui non potest*).

Entendido de este modo, el pasaje de que se trata adquiere una significación que permite armonizarlo con las otras decisiones de nuestras fuentes. Pero si entre la fórmula abstracta de un principio y las decisiones concretas de nuestras fuentes se tropieza con una contradicción, nos limitaremos a seguir las instrucciones mismas de nuestras fuentes (L. 1, de R. J. 50-17: *Regula est quae rem, quae est, brevitor anarrat. NON UT EX REGULA JUS SUMATUR, sed ex jure, quod est, regula fiat*. L. 202, *ibid.*: *Omnis definitio in jure civili periculosa est, parum est enim ut non subverti possit*); cuando tengamos que referirnos a las decisiones concretas, corrigiendo la fórmula según ellas o bien entendiéndola de tal manera que con ellas se concilie.

21. Reúno estos dos textos, porque, en mi concepto, es preciso explicarlos de la misma manera:

2. L. 95 de V. O. (45-1) y

3. L. 7 de praesc. verb. (19-5).

Hemos declarado jurídicamente obligatoria la promesa hecha por el inquilino al dueño de abstenerse de hacer ruido con la música. A ese caso, oponemos aquel en el cual un médico hace que su enfer-

mo le prometa, a causa de la excitación de su sistema nervioso, que se abstendrá de la música. Esta promesa, ¿es de igual modo obligatoria? No, sin duda. Y sin embargo, la convención tiene exactamente el mismo tenor que en el otro caso. ¿En dónde está, pues, la diferencia? La respuesta se ve clara: el arrendador tiene un interés, el médico no; aquél ha reclamado la promesa en su propio interés, éste en el del enfermo; no pasa de ser un consejo de médico su recomendación; ahora bien, ese consejo no pierde su carácter de tal, porque se haya *prometido* seguirlo.

L. 2, Parr. 2 Mand. (17-1).

...*Cujus generis mandantum consilium magis est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur.*

L. 2, pr. *ibid.*

...*Quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur.*

Llegamos, en vista de todo, a la regla siguiente: la promesa debe tener un *interés* para aquél a quien se hace, aunque este interés no sea de naturaleza *patrimonial*. La razón admite que el arrendador se haga prometer por el locatario que se abstendrá de tocar la música, o que no tendrá perros; y no admite que tal promesa se exija por una persona que viva al otro extremo de la ciudad. No es exacto que toda convención, por ser tal, obligue: no obliga más que cuando la restricción que el que promete se impone aproveche a aquel que la recibe; es preciso que el uno *gane* lo que el otro *sufra*; la simple *restricción* como tal no encuentra protección jurídica; es preciso que esté motivada y justificada por el interés de otro.

Esta noción de finalidad en el dominio jurídico es la esencia de todos los derechos en el sentido sub-

jetivo (los intereses jurídicamente protegidos según mi definición).

La L. 15, pr. de serv. (8-1) insiste en términos explícitos sobre esta *noción de finalidad*, en materia de servidumbres prediales.

Quotiens nec haminum nec praediorum servitutes sunt quia NIHIL VICINORUM interest, non valet, veluti; ne per fundum tuum eas aut ibi consistas; it ideo si mihi concedas jus tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur: aliter atque si concedas mihi, jus tibi non esse in fundo tuo aquaris quaerere MINUENDAE AQUAE MEAE GRATIA.

Así, la promesa de no abrir pozos en su propio suelo no tiene efecto, en cuanto no constituye más que una mera restricción impuesta a una de las partes; no se convierte en eficaz y obligatoria sino cuando se añadan intereses de la otra parte (garantía de alimentación de los otros pozos). Cuando lo que uno pierde lo aprovecha el otro, la promesa no es simplemente un acuerdo de voluntades (fuerza obligatoria abstracta del contrato); tiene un sentido racional, un fin (*finalidad de la servidumbre predial*).

La promesa de detenerse a una corta altura en la construcción de una casa, es obligatoria cuando se hace de vecino a vecino (*servitus altius non tollendi*), no es obligatoria y sí completamente ineficaz cuando se hace a quien habita a lo lejos (condición de la *vecindad* para la servidumbre predial).

Es preciso, pues, un *interés en el contrato* para que éste sea obligatorio. No tenemos para que investigar por el momento de que naturaleza debe ser este interés; bástanos esta proposición negativa: *sin interés no hay convención obligatoria*.

Auxiliados por este principio, abordemos ya el primero de los textos citados.

DEL INTERÉS EN LOS CONTRATOS

L. 95 de V. O. (45-1).

Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, si apparet, quo in loco insulam fieri voluerit, si et ibi insulam fieri ejus interest.

Reconozco desde luego que no he parado mientes en otras ocasiones en la significación de ese texto, y sólo me consuela el pensar que otros lo han comprendido tan mal como yo. Me había imaginado el caso de la ley en el sentido de que uno pactase con un empresario de edificios un contrato relativo a la construcción de una casa (*locatio conductio operis*), y que luego se hiciera prometer la ejecución de ese contrato en la forma de la estipulación. No podía figurarme que el propietario debiera también probar aquí previamente su interés en la ejecución del edificio, porque, pensaba yo, el interés no puede ser puesto en duda ya que tenemos como prueba el contrato mismo. Si se puede poner en tela de juicio el interés de la estipulación, ¿por qué no ha de suceder lo propio en la *locatio conductio operis* que le ha precedido? Según esto, el demandante en la acción de este último contrato, ¿deberá también comenzar por consignar su interés? ¡Absurdo! Y este absurdo no es menor porque ese contrato es *stricti juris* y el otro *bonae fidei*—distinción a que se ha acudido para evitar la aplicación de ese texto a nuestro Derecho actual.¹ Lo que es absurdo, lo es como *jus strictum* y de *bonae fidei*, y por mi parte yo no he descubierto hasta ahora en

¹ Por ejemplo, Baron, *Pandectas*, párr. 208 (pág. 415); por lo demás la exposición que hace el autor de nuestra teoría es irreprochable. Windscheld, *Pandectas*, II, párr. 251, nota 3ª, cree poder explicar los textos por la necesidad de la condena pecuniaria que toma como punto de partida. Pero esta necesidad existía para todas las acciones, y es bien cierto, sin embargo, que el demandante, en la *reivindicatio*, *condictio ex mutuo*, *actio emte*, *actio conducti*, etc., no debía empezar por probar su interés.

el Derecho romano nada absolutamente absurdo, ni aun en el *jus strictum*.

La impresión de sorpresa que ese texto produce, aumenta cuando se advierte que el estipulante no había designado siquiera el solar sobre el cual el edificio debería de elevarse, según se infiere de las palabras: *si apparet, quo in loco insulam fieri voluerit*. ¿Dónde se ha visto nunca un contrato para construir un edificio en el cual se hubiera omitido ese punto? Tales son las consecuencias a las cuales me llevaba mi concepción anterior del texto, y se comprenderá el porqué me parecía tal texto un enigma.

Los demás juristas, que yo sepa, partían del mismo supuesto.

La glosa advierte respecto de ese texto: *Si quis stipulator, TIBI insulam fieri, debet locum designare, in quo fieri eam vult, alias non valet stipulatio*, y nadie, que yo sepa, ha pensado ni aun posteriormente en otro caso.

¿En qué se funda, sin embargo, el *sibi fieri* que supone el texto? El mismo texto no contiene la palabra *sibi*; *Quid*, ahora, ¿si el estipulante hubiese tenido en su intención, no un edificio sobre su propio suelo, sino sobre el ajeno, no un edificio para él, sino para el mismo que promete? Se me dirá: ¿qué interés razonable podría tener en que el otro se edifique una casa? Y respondo: un especulador quiere convertir en solares de edificación una zona extensa de terreno situada en una localidad aún no edificada. Su interés le aconseja, pues, imponer a todos aquellos que le compran un solar situado en ese sitio la obligación de edificar una casa: *insulam fieri*.

En vez de esta hipótesis puramente abstracta, citaré un caso concreto y positivo.

Hace algunos años un particular donaba al mi-

nisterio de la Guerra prusiano un gran espacio de terreno edificable, situado en Lichterfeld, cerca de Berlín, para erigir una escuela militar. La traslación de la escuela militar de Berlín a Lichterfeld, debía, según todas las probabilidades, determinar a una porción de industriales y comerciantes a ir a establecerse en esta localidad, y a comprar en ella terrenos para edificar; de este modo la donación resultaba bien pagada. Ahora bien; cuando el acto de donación se verificaba, el donante se aseguraba de una manera indudable de la creación de la escuela en Lichterfeld; ¿puede nadie dudar que tenía algún interés en la ejecución de la convención, y que el ministerio de la Guerra no hubiera tenido derecho de disponer de otra manera del terreno donado, sino que, por el contrario, tenía la obligación de edificar allí la escuela militar?

Comparemos ahora la L. 95 de V. O. citada:

Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, si apperet, quo in loco fieri insulam volerit, si et TIBI insulam fieri ejus interest.

Yo creo que tenemos ya la explicación.

Abordo ahora el tercer texto citado:

22. L. 7 de praesc. verb. (19-5).

Si tibi decem dederó, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas quanti mea interest, aut si nihil interest condicam tibi, ut decem reddas.

Ese texto emana del mismo Papiniano, que advierte expresamente en la L. 54 Mand. (17-1) y en la L. 7 de serv. exp. (18-7), antes citadas, a propósito de las convenciones que tienen por objeto la manumisión o el buen trato del esclavo, que en la *bonae fidei judicia* (y de ese número es también, según la

L. 2, Parr. de prec. (43-26), la *actio praescriptis verbi*) no es preciso un interés pecuniario, sino que basta el puro interés personal (*affectus ratio*). La L. 7 cit. no puede, por consiguiente, tener la significación que se le quiere dar: que un contrato relativo a la libertad de un esclavo no da lugar a una acción más que cuando se liga a él el demandante por un interés en *dinero*.

Pero ¿cómo conciliar la L. 7 cit. con los otros dos textos?

Para conseguirlo hay un doble medio.

En primer lugar, no ver exclusivamente en el interés, el interés del *dinero* conforme a lo que dejamos dicho antes. Sin duda las palabras *quanti interest* parecen indicar *dinero*. Pero la indicación cuantitativa del interés se armoniza especialmente con los intereses no económicos, como lo prueba el Parr. 7 pr. J. de inj. (4-1).

Sea postea praetores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam aestimare, ut iudex vel TANTI reum condemnet, quanti injuriam passus AESTIMAVERIT, vel minoris, prout ei visum fuerit.

El *segundo* medio es el siguiente: Papiniano no admite el interés personal respecto de un esclavo más que para los esclavos propios, y no para los extraños. En aquéllos, podríamos decir para completar su pensamiento, este interés es explicable, es el resultado natural de las relaciones domésticas entre el amo y el esclavo. La cosa es muy distinta cuando se trata del esclavo extraño. Es tan extraño frente al tercero como los miles de esclavos que viven en Roma. ¿Qué interés puede tener el tercero en que llegue a ser libre? ¿Por qué él y no otro cualquiera? He ahí por qué el derecho toma bajo su protección los contratos del *amo* anterior respecto de la libertad y el buen trato

DEL INTERÉS EN LOS CONTRATOS

de un esclavo. Pero no cuando se trata de un esclavo que le es completamente extraño.

En apoyo de esta opinión podría invocarse la importancia que el Derecho romano concede siempre al interés *personal* tocante a la cosa *propia*. Si la reclamación del demandante se refiere a la prestación de la cosa de otro, el demandado debe prestar simplemente el interés pecuniario; si se refiere a la restitución de la cosa *propia*, el demandado debe atender también al interés personal —de afección— (*quanti in litem actor juraverit*). El que vende su casa, puede imponer al comprador, con respecto del trato de la misma, restricciones (*legem dicere*) que no tendrían efecto alguno respecto de una cosa que no le pertenece.²

En lo que concierne al contrato relativo a la manumisión del esclavo, el Derecho romano le hace producir efectos muy diferentes, según que interviene en favor del esclavo *propio* del estipulante o en favor del esclavo de *otro*: en el primer caso tiene un efecto *real*, en el segundo un efecto *obligatorio*; en otros términos: en el primer caso, si el comprador no cumple el contrato, el esclavo se hace libre *ipso jure*; en el segundo, no se da al vendedor más que una acción personal.

De este modo se puede comprender que el mismo jurista exija en la L. 7 cit. un interés pecuniario en la liberación de un esclavo, y declare, por el contrario, en la L. 54 cit. como suficiente el simple inte-

² Es lo que he demostrado en otro lugar (*Espíritu del Derecho romano*, tomo IV, nota 497). Me limito aquí a citar los textos que se relacionan con la cuestión. En cuanto a la primera proposición, V. L. 19 de serv. (8-1); L. 6 p. Comm. praed. (8-4); L. 11 de relig. (11-7); L. 9 Cód. de pact. int. emt. (4-54); en cuanto a la segunda, V. L. 61 de pact. (2-14).

rés de afección. En la primera se trata de un esclavo *extraño*; en la segunda, de un esclavo *propio*.

Es preciso reconocer que esta distinción no deja de tener algún fundamento legítimo.

Tomemos un ejemplo en nuestra época actual: cuando uno vende un caballo de montar que ha usado durante algunos años, y al cual ha tomado cierto cariño, es fácil de comprender (y así ocurre frecuentemente), que imponga al comprador la condición de no dedicarle a trabajos rudos y penosos. Se comprende también que, cuando se lega su galería de cuadros o su biblioteca al Estado, al municipio, etc., se ponga por condición no vender, ni dispersar, o bien cuando se vende un predio rural, que el parque y el monumento de un antepasado que en él se encuentran serán respetados. Por el contrario, jamás he oído decir que tales condiciones se pongan a propósito de caballos, bibliotecas, galerías, parque, etc., de otro.

Un padre o un tutor que coloca su hija o pupila como sirviente, puede estipular por ella el trato, con relación a la alimentación y al trabajo, y, según nuestras explicaciones, no puede negársele la acción correspondiente; si un tercero hiciera lo mismo, su contrato no produciría más efectos jurídicos que los que en Roma producía la libertad del esclavo extraño.

Los dos textos antes citados pueden de este modo ponerse a un lado, no quedando, entre los que invocan los defensores del valor pecuniario de las obligaciones, más que la L. 38, Parr. 17 de V. O. (45-1). Pero como ese texto no dice una palabra de la necesidad del interés *pecuniario* para la obligación, y exige sólo que la obligación tenga un interés *para el acreedor*, del que ya me ocuparé más adelante, puedo prescindir de él por el momento.

Termino, pues, afirmando que no hay un solo

DEL INTERÉS EN LOS CONTRATOS

texto en nuestras fuentes que exija como condición indispensable de la obligación el *valor pecuniario* de la prestación; que hay, en cambio, una serie que demuestra que el juez romano podía también condenar en dinero con motivo de intereses no económicos, y esto, no sólo en las acciones penales, sino también en las de contrato. Pero aunque no hubiera ni un solo testimonio en ese sentido para esas últimas, fuera de la prueba relativa a las penales, que la *pecuniaria aestimatio* de la *condemnatio* en Gayo, IV, 48, y que no implica el reconocimiento del principio del *valor pecuniario*, bastaría para quitar todo fundamento al dogma de que la obligación no puede tener por objeto más que una prestación de naturaleza patrimonial. Ese dogma, en sí mismo, no es otra cosa que un error ocasionado por una mala inteligencia de una referencia de la historia del Derecho.

Para el juez, no hay duda, la regla que resulta de esta teoría es perfectamente cómoda. Le dispensa de investigar trabajosamente hasta dónde puede extender la protección de los intereses puramente personales, y le permite ponerse al abrigo de toda duda y de toda dificultad; dondequiera que el valor pecuniario no puede señalarse. . . : ¡rechaza la acción! y basta. Pero una cosa es el interés del juez, y otra el de la vida, y se trastornan las relaciones naturales de las cosas cuando se subordina este último al primero.

La indeterminación de la medida o del punto de vista adecuado para el juez no son razón bastante para prescindir de ellos, cuando las necesidades de la vida los exigen, reemplazándolos con otros que sí tienen para el juez la ventaja de la precisión, no convienen en la vida práctica. La medida del *diligens paterfamilias* que debe servir al juez para hacer la distinción tan importante entre la *culpa lata* y la *culpa*

levis, no es menos indeterminada y menos elástica que la del interés personal, y la condición del *largo espacio de tiempo* (*usus longaevus, longa consuetudo, tenaciter conservata*, etc.), para la costumbre, no cede, en tal concepto, a las dos nociones precedentes. Por otra parte, la misión del juez consiste precisamente en encontrarse en estado de remediar con su propia prudencia y saber, y con un tacto exacto, las imperfecciones de las fórmulas abstractas del Derecho. Un juez que no sabe más que aplicar maquinalmente los principios abstractos, es indigno de ese nombre. La misión que le confiere la L. 54 Mand. (17-1) *in bonae fidei iudiciis AFFECTUS rationem habendam esse*, no es más difícil que la aplicación exacta a un caso particular de la noción del *paterfamilias*, de la condición de la *longa consuetudo* y de tantas nociones jurídicas.

De ninguna manera quiero rehuir y dejar para el juez las dificultades de la aplicación práctica de la regla que aquí defiendo; creo, por el contrario, que es mi deber completar las explicaciones al fondo puramente negativo que yo acabo de dar, mostrando positivamente hasta dónde debe extenderse la protección de los intereses no económicos o personales. No es que yo estime posible agotar el asunto, pero confío en que, tratándose de una materia de que la teoría prescinde con cierta prudente circunspección, no vendrá mal un estudio aunque sea modesto.