

## SECCION IV—*De la causa.*

§ I.—DEFINICIÓN. ¿CUÁNDO NO TIENE CAUSA UN CONVENIO?

Núm. 1. ¿Qué cosa es causa?

107. Causa licita en la obligación es una de las cuatro condiciones que exige el art. 1,108 para la validez de los convenios, y el art. 1,131 es más explícito, pues prescribe que la obligación sin causa, sobre una causa falsa, ó sobre una causa ilícita, no puede tener ningún efecto. De aquí se sigue que la falta de causa en una obligación, vicia el contrato tanto como una causa ilícita ó falsa. Así, pues, el principio establecido por el Código es que la causa se requiere para la validez, ó mejor dicho, para la existencia de los convenios. ¿Qué cosa es causa? ¿Por qué es una condición esencial para que exista el convenio?

A esta cuestión dan los autores respuestas poco satisfactorias. Por causa de una obligación ó de un contrato, dice Toullier, el Código entiende el motivo que determina á hacer la promesa que contiene; es decir, el porque ha sido hecha. ¿Por qué se necesita una causa para que haya obligación? Toullier responde que nadie se obliga sin un motivo cualquiera, y esto le parece tan evidente que difícilmente se concibe una obligación sin causa; pero cuando se pregunta cuál es el “motivo” sin el cual no podría existir un convenio, la respuesta no es tan sencilla. Según Toullier, debe distinguirse entre la causa “determinante” y principal, y la causa “impulsiva” y accesoria, pues la primera, sola, forma una condición esencial para la existencia de la obligación; (1) pero esta distinción escolástica la juzgamos inútil, pues no serviría de gran cosa al juez, porque se preguntaría de nuevo cómo se puede distinguir la causa “determinante” de la causa “impulsiva.”

1 Toullier, t. 3º, 2, págs. 103 y siguientes, núms. 166 y 168.

lidad de uno de los convenios no podría entrañar la nulidad del otro. (1)

*Núm. 3. Efecto de las partes sucesorias.*

106. La ley prohíbe los pactos sucesorios por motivos de orden público; es decir, que son nulos por aplicación del principio general del art. 6. ¿Pero, en qué sentido son nulos? ¿Son simplemente anulables, ó son inexistentes? El art. 1,131 responde á la cuestión disponiendo que la obligación sobre una causa ilícita no puede tener ningún efecto, y según el art. 1,133, la causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, cuando es contraria á las buenas costumbres ó al orden público. El pacto sucesorio es ilícito bajo todos conceptos. ¿Cuál es la causa del contrato? Un objeto respecto del cual prohíbe la ley celebrar ninguna estipulación, que es la sucesión de un hombre vivo. ¿Por qué prohíbe la ley este convenio? Porque es inmoral y perjudicial para la vida de los hombres; así, pues, la causa es ilícita bajo todos conceptos, y cuando la causa es ilícita el convenio es atacado de nulidad radical y, como dice el art. 1,131, no puede producir ningún efecto, siendo inexistente, y debiendo, por consiguiente, aplicarse los principios que rigen los contratos inexistentes. Nosotros lo hemos expuesto señalando la aplicación, en lo relativo á la prescripción de diez años establecida por el art. 1,304 y la confirmación. Estas cuestiones son muy controvertidas, precisamente en cuanto á los pactos sucesorios. ¿Pueden ser confirmados, ya sea por un acto confirmativo ó ya por la confirmación tácita del art. 1,304? La respuesta negativa es indudable en nuestro concepto, y hablarémos de esta materia al tratar de la confirmación y de la acción de nulidad.

1 Denegada casación, 27 de Noviembre de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 216).

Demante dice también que una obligación sin causa, es un acto de locura, lo cual parece decir que la causa es una cosa más clara que la luz del Sol, y, sin embargo, cuando se trata de explicar lo que es tan evidente, Demante reproduce la distinción medianamente obscura de Toullier: "La causa es lo que en un contrato determina á una parte á obligarse. Esta causa determinante de la obligación no debe ser confundido con la causa impulsiva del contrato, pues es otro el motivo que conduce á contratar." (1) Hay, pues, diferencia entre la "causa" y el "motivo." ¿Cuál es esta diferencia, y cómo comprenderla? ¿Cuándo es una "causa impulsiva" y cuándo una "causa determinante?"

Las explicaciones que da M. Demolombe para definir la causa, no arrojan gran luz sobre nuestra cuestión, pues dice que la causa de que se habla en los arts. 1,108 y 1,131 es la que "determina esencialmente" á la parte á obligarse y que es el objeto directo é inmediato que se propone obligándose; ésta es, en una palabra, la "causa final" de la obligación en sí misma. (2) Decir que la "causa" es la "causa final," es casi decir que la causa es la causa.

108. Domat nos dirá en términos más claros lo que se entendía por causa en el antiguo derecho, y el Código no ha innovado esta materia. Comienza por explicar que las relaciones de los hombres producen cuatro clases de convenios: los que tratan igual ó se dan reciprocamente una cosa por otra, como en la venta y el cambio; los que hacen alguna cosa por otro, como cuando se encargan de negocios de otro; ó bien, cuando uno hace y el otro da, como cuando un operario da su trabajo por cierto precio. Se pueden colocar estas tres especies de convenios en las clases de los contratos que el Código llama commutativos,

1 Demante, continuado por Colmet de Sauterre, t. 5º, pág. 57, número 46.

2 Demolombe, t. 4º, pág. 325, núm. 345.

pues cada una de las partes se obliga á dar ó á hacer una cosa que es considerada como el equivalente de lo que se le da ó de lo que se hace por ella (art. 1,104). Domat dice, en otros términos, que en estas tres especies de convenios «se ejecuta un comercio en que en nada es gratuito y en que la obligación de uno es el fundamento de la del otro, y esto es lo que el Código llama la causa, como Domat nos lo va á decir. Hay una cuarta especie de convenio en los que uno solo hace ó da; y el otro no da ni hace nada, como cuando una persona se encarga gratuitamente del negocio de otra, y tales son también el préstamo y el depósito.

¿Qué es lo que constituye la causa en estos convenios? En los convenios, dice Domat, aun en aquellos en que parece obligado uno solo, como en el préstamo de dinero, la obligación del que pide prestado ha sido precedida, de parte de la otra, de lo que debía dar para ejecutar el convenio. Concluye Domat que la obligación que se forma en estas clases de convenios en favor de uno de los contratantes, tiene siempre su "causa" de parte del otro, pues la obligación sería nula si no tuviese causa. Resta saber cuál es la causa en los contratos á título gratuito, y Domat responde: "La obligación del que da tiene su fundamento en algúu motivo racional y justo, como un servicio prestado, algún otro mérito del donatario, ó el único placer de hacer el bien, y este motivo viene á ser la causa de la parte de quien recibe y no da nada." (1)

Bigot-Préameneu resume las explicaciones de Domat en algunas líneas: "La causa está en el *interés recíproco* de las partes ó en el beneficio de una de ellas." (2) ¿En qué consiste este "interés?" La promesa de una de las partes

1 Domat, *De las Leyes Civiles*, lib. 1º, tít. 1º, pág. 20, núms. 5 y 6,

2 Bigot-Préameneu, *Exposición de Motivos*, núm. 27 (Loctré, t. 6º pág. 152).

constituye el interés que tiene la otra de contratar en los contratos bilaterales, y el "hecho" de una de las partes es la "causa" de la obligación que la otra contrae en los convenios unilaterales. La explicación de Domat, que se apropió el orador del Gobierno, puede ser considerada como la interpretación auténtica del Código.

109. Según esto, es indudable que la causa no consiste en el motivo que obliga á una de las partes á contratar, porque este motivo varía de una persona á otra, en tanto que la causa siempre es la misma, y no puede haber más que una, puesto que consiste en el hecho que produce el contrato unilateral, ó en la promesa recíproca que constituye el contrato sinalagmático. Yo pido prestada una suma de mil francos: ¿cuál es la causa de la obligación que contraigo de reembolsar estos mil francos? Domat nos lo acaba de decir: el hecho ejecutado por el prestamista, es decir, la entrega de los mil francos, es lo que engendra el préstamo. Esta causa siempre es la misma en toda clase de contratos de préstamo, y en cuanto al motivo que obliga á pedir prestado, varía ó puede variar de un préstamo á otro. Yo compro un libro. ¿Cuál es la causa de la obligación que contraigo de pagar el precio? Es la obligación contraída por el vendedor de entregarme la cosa y de transmitirme la propiedad. Esta causa existe en toda venta, y no hay más que esta causa, la cual es idéntica para todos los que compran; pero el motivo de hecho que los impele á comprar puede deferir de una á otra venta: yo compro un libro para hacer un regalo, y compro otro para leerlo con objeto de recrearme, ó bien lo compro porque lo necesito, ó, por último, lo compro para colocarlo en mi biblioteca, sin otro motivo que el de formar colección. Los motivos varian, pero la causa es idéntica, (1) y no es una

1 Colmet de Santerre, t. 5º, pág. 757, núm. 46 bis, 1º

distinción de escuela. Mas adelante dirémos que el error sobre la causa vicia el contrato en su esencia y lo hace inexistente, en tanto que el error sobre el motivo es indiferente.

Para distinguir el motivo de hecho y la causa, dice Záchariae que el autor de la promesa debe ser determinado á obligarse por un motivo jurídico suficiente; (1) pero esto es muy bago y convendría definir la definición y decirnos qué se entiende por un motivo jurídico suficiente. Se puede decir que la causa es el motivo jurídico que legitima la obligación contraída por el deudor, agregando la explicación dada por Domat, y sin la cual la definición no sería inteligible.

110. Resulta de la doctrina de Domat una consecuencia que, bajo el punto de vista de la teoría, es muy importante, y que consiste en que en los contratos á título oneroso la causa se confunde con el objeto; es decir, con la cosa que una de las partes se obliga á dar ó á hacer. Respecto de los contratos bilaterales esto está admitido por todo el mundo, y acabamos de decir que la causa de la obligación contraída por el comprador, es la cosa que el vendedor se obliga á darle. ¿Cuál es la causa de la obligación contraída por el vendedor? Se obliga á transferir la propiedad de la cosa para recibir el precio que el comprador se obliga á pagarle; a-i, pues, la cosa prometida por el comprador es la causa de la obligación del vendedor, y la cosa prometida por éste es la causa de la obligación de aquél, lo cual es indudable respecto de la venta y de todos los contratos bilaterales. (2)

En los contratos unilaterales, la causa de la obligación

1 Aubry y Rau, t. 4º, pág. 320, pfo. 345).

2 Aubry y Rau, t. 4º, págs. 321 y 322, pfo. 345. Demolombe, tomo 24, pág. 326, núms. 346-348. Gante, 19 de Junio de 1873 (*Pascristia*, 1873, 2, 341. En los considerandos, pág. 342).

del deudor es la cosa ó el hecho que presta á la otra parte y que da nacimiento al contrato, y, en este sentido, también el objeto del contrato forma la causa. ¿Por qué se obliga el que pide prestado á restituir la cosa prestada? Porque lo ha recibido á título de préstamo, pues si nada hubiese recibido, indudablemente no estaría obligado á devolver nada; de modo que su obligación de devolver tiene su causa en la entrega que el prestamista le hizo, con facultad de servirse de la cosa. El préstamo se forma por la entrega de la cosa, y al mismo tiempo nace la obligación de devolverla, y en este sentido se confunden el objeto y la causa. Tal es también la doctrina de Domat, que no establece ninguna diferencia entre la causa en los contratos sinalagmáticos y la causa en los contratos unilaterales: la promesa ó el hecho es lo que constituye la causa, y, por lo mismo, la cosa prometida ó hecha.

Se pretende, sin embargo, que en los contratos unilaterales la causa difiere del objeto. Yo me obligo á pagar á usted mil francos, y éstos constituyen el objeto, lo cual, según dice Demolombe, es "absoluto." ¿Cuál es la causa? Es, necesariamente, "relativa," pues puede proceder de un préstamo ó de cualquiera otro contrato; (1) pero esto no nos parece serio. Jamás se debe nada de una manera "absoluta," porque toda obligación nace de un contrato, y la teoría de la causa no se aplica más que á las obligaciones convencionales; así, pues, no se trata de saber cuál es de una manera "absoluta" el objeto de una deuda de mil francos, pues la deuda proviene de un contrato determinado, sino cuál es, en este contrato, el objeto y cuál es la causa. Si la deuda de mil francos nace de un préstamo, el objeto es la suma de mil francos, y la causa es, igualmente, esta suma, que el que la pide debe devolver porque le ha sido prestada.

1 Demolombe, t. 24, pág. 329, núm. 350.

111. No nos queremos detener más tiempo sobre cuestiones puramente teóricas. Lo que acabamos de decir es la reproducción de la doctrina de Domat, de la cual resulta, según nos parece, que la teoría del Código sobre la causa no es jurídica. Si la causa se confunde con el objeto, la ley ha hecho mal en distinguir una de otro y hacer una cuarta condición esencial para la validez de los convenios, y, desde luego, es cierto que el contrato existe y es válido desde el momento en que existen las tres primeras condiciones que exige el art. 1,108 y que son el consentimiento y la capacidad y el objeto. Yo vendo un caballo por mil francos, y desde el momento en que haya consentimiento sobre la cosa y el precio, la venta será perfecta, suponiendo que seamos capaces para contratar. ¿Se necesita la cuarta condición; es decir, la causa? No, porque hay causa por lo mismo que hay promesa de vender y promesa de comprar. Yo doy mil francos prestados. ¿Qué se necesita para que sea válido el préstamo? Es necesario el consentimiento, el objeto y la capacidad para contratar. Desde el momento en que el que recibe el préstamo ha recibido la cosa á título de préstamo, está obligado, el contrato existe, y por sólo el hecho de haber contrato hay causa. ¿Es lógico exigir, como cuarta condición indispensable para la validez de los convenios, un elemento que existe por el solo hecho de formarse el contrato? Y el contrato se forma desde el momento que se cumplen las tres primeras condiciones.

En la donación es evidente que hay una causa por el solo hecho de haber capacidad, consentimiento y objeto, siempre que el consentimiento sea expresado en las formas prescriptas por la ley. Solamente en la donación se confunde la causa, no con el objeto, sino con el consentimiento del donante. ¿Qué es, en efecto, la causa en la donación? La voluntad de conferir un beneficio; es decir, la

voluntad de dar, lo cual constituye el consentimiento. ¿Es jurídico distinguir la voluntad de dar, del consentimiento, cuando el donante no consiente sino porque tiene la voluntad de dar? Siempre sucede que desde el momento en que hay consentimiento, objeto y capacidad, hay donación, pues existe la causa por el solo hecho de formarse la donación, y ésta se forma por el concurso de consentimiento de las dos partes, cuyo concurso implica causa. (1)

### *Núm. 2. ¿Cuando no hay causa?*

112. Los autores dicen que una obligación sin causa sería un acto de locura, lo cual es verdad, en el sentido de que no se concibe una obligación sin causa, y la ley no tenía necesidad de decirlo. La causa por la cual contratamos, es el interés que tenemos en hacerlo, y no es necesario que la ley diga á los hombres que no pueden contratar si no tienen interés. Sin embargo, puede suceder que haya convenios desprovistos de causa, y entonces realmente no hay convenio, y según las explicaciones que acabamos de dar, esto es evidente: confundiéndose la causa con el objeto, en los contratos onerosos, es indudable que no podría haber convenio en donde no hubiera objeto; es decir, interés para contratar; así, pues, el Código tiene razón en decir que una obligación sin causa no existe y no puede producir ningún efecto.

Aunque no haya causa, en el sentido legal de la palabra, siempre hay un interés de hecho que impele á las partes á contratar; pero la ley no reconoce este interés como una causa legítima, y, por consiguiente, declara inexistente la obligación. Hé aquí un caso que se presentó durante la revolución de 1789. Una señora y su hija, encarceladas, acusadas como emigrantes, subscribieron una promesa de

1 Reproducimos en esta materia la opinión que nuestro querido maestro, M. Ernest, Antoine, ha dado á la Universidad de Lieja.

6,000 libras en favor de un individuo que se preciaba de gozar de gran influencia con un representante popular. Se adivina cuál era el móvil de las pobres prisioneras, aunque la causa expresada en el acta era que el acreedor había pagado las contribuciones de las signatarias durante los años de 1791 y 1792. Las detenidas recobraron su libertad y el pretendido deudor las demandó por el pago de 3,000 francos que pretendía se le debían por viajes hechos en interés de aquéllas. Recayó un fallo que le ordenaba suministrar un estado pormenorizado de estos viajes y de su época, y el pretendido acreedor hizo conocer este fallo á la señora, agregando esta amenaza: que esperaba seis días la respuesta, de la cual dependían la vida y la fortuna que, los viajes alegados por él, habían por objeto salvar. Atemorizadas las damas, le pagaron la suma de 3,048 francos, mediante que declarara que no le debían ya nada. Sin embargo, volvió á la carga y se hizo subscribir dos actas por las cuales las dos emigradas le aseguraban una renta perpetua de 400 francos, por salarios, desembolsos y otros favores prestados á las constituyentes; pero al mismo tiempo ellas protestaron, por medio de una escritura pública levantada en secreto, que este convenio les había sido arrancado por temor de amenazas y violencias. Pasaron algunos años y la República cedió su puesto al Imperio, no siendo ya considerados como criminales los emigrados, lo cual no impidió á nuestro revolucionario demandar á las deudoras por pago de los pagarés y obligaciones suscritas por ellas. La primera obligación de 6,000 francos fué anulada por falta de causa, y la renta, como hecha por dolo y violencia. El demandante tuvo la audacia de recurrir á la casación, pero nos parece inútil decir que la resolución de la Corte de París fué sostenida. (1)

1 Denegada casación, 9 de Junio de 1812 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, n.ºm. 533, 1º).

113. Las patentes de invención han dado lugar á convenios declarados inexistentes por falta de causa, pues algunas veces la invención es imaginaria y cuando se hace cesión de ella, la cesión carece de objeto y es como si se vendiese un centauro ó un hipógrifo, porque como no hay objeto real que pueda servir de causa á la obligación contraída por el cessionario, la cesión es inexistente por falta de causa. Tales son los métodos de caligrafía para los cuales el pretendido inventor había obtenido un privilegio de invención: en cinco ó seis días un maestro improvisado podía aprender á escribir ó á perfeccionar la escritura, siempre que tuviese alguna inteligencia. Se encontraron compradores, pero el método era una ilusión. Sin duda se puede perfeccionar la enseñanza de la escritura, como toda enseñanza, pero los nuevos métodos no son invenciones mecánicas que el primero que se presente, sin previa instrucción, pueda poner en obra como se pone una máquina en movimiento, y, por lo mismo, no puede tratarse de una invención que pueda ser objeto de contratos. Se objetaba que la patente hacía prueba de la existencia del método y se concluía de aquí que el contrato tenía un objeto y, por lo tanto, una causa. La Corte de Casación respondió que las leyes de 7 de Enero y 25 de Mayo de 1791 de ningún modo garantizan la realidad de las invenciones que autorizan á patentar, pues lejos de ello, disponen expresamente que las patentes de invención sean extendidas sin previo examen; y el decreto de 25 de Vendimiaro, del año IX, con objeto de evitar los abusos que los inventores pudieran hacer de sus patentes, exige que se haga constar al calce de cada privilegio de invención, que el Gobierno, al acordar la patente sin previo examen, no entiende de ningún modo garantizar la propiedad, el mérito, ni el resultado de una invención. Así, pues, cuando la experiencia prueba que los resultados prometidos por el método son

materialmente imposibles, el contrato de que es objeto se encuentra sin causa, por "la falta de existencia de la cosa cedida." (1) Estos son los términos de que se sirve la Corte de Casación y que vienen en apoyo de la opinión que hemos emitido sobre la teoría de la causa.

Con objeto de evitar la nulidad del contrato, los pretendidos inventores de un método de *statilegie* para la enseñanza de la lectura en algunas lecciones, insertaron en el acta de cesión una cláusula diciendo: "El cessionario está colocado pura y simplemente en lugar del inventor, sin tener ningún recurso contra éste para la restitución del precio de cesión, la cual es hecha á riesgo y peligro del cessionario." Apesar de esta cláusula de no garantizar, la Corte de Casación resolvió que había lugar á la restitución del precio. En el caso la invención era puramente imaginaria, en el sentido de que las disposiciones legales relativas á patentes de invención no podían ser aplicadas. El comprador de una patente entiende adquirir un privilegio que se le garantiza contra todo falsificador, y en caso de falsificación, el Juez de Paz está llamado á investigar los objetos fabricados y vendidos fraudulentamente. ¿Cómo adquirir lo que no existe y que no es susceptible de ser fabricado ni vendido. En cuanto á la cláusula de no garantizar se concibe cuando hay cualquiera cosa que sea objeto de la venta; así es que la obligación del cessionario no tiene lugar, porque él se obliga á pagar el precio de una invención, y si el vendedor no entendió garantizar los productos que resulten, debe, cuando menos, garantizar que existe la cosa vendida. (2)

Lo mismo sería si se tratase de un procedimiento indus-

1 Denegada casación, Sala Civil, 21 de Febrero de 1837, y 15 de Junio de 1842 (Dalloz, en la palabra *Patente de Invención*, núm. 214).

2 Denegada casación, 22 de Agosto de 1844 (Dalloz, en la palabra *Patente de Invención*, núm. 83). Compárese Grenoble, 12 de Junio de 1830 (Dalloz, *ibid.*).

trial susceptible de ser patentado, pero cuyo privilegio estuviese desprovisto de todo valor porque no contuviese más que procedimientos ya conocidos, descriptos y ensayados. La Corte de Casación ha juzgado que la cesión era nula por falta de causa. Se ve que la causa se confunde realmente con el objeto, pues, en el caso, la invención no lo era y, por lo mismo, no tenía objeto la venta, como tampoco tenía causa. (1)

114. El pagaré subscripto para el pago de una obligación inexistente tampoco tendría causa y, por consiguiente, esta última obligación sería también inexistente. Yo me obligo á pagar una suma de mil francos como pago de una deuda contraída por mi tío y después me encuentro un recibo en que consta que había sido pagada la deuda y, por lo mismo, mi obligación es nula por falta de causa. La Corte de París así lo ha juzgado, y no es dudoso que en donde no hay deuda no puede haber obligación de pagarla. (2)

Se presentó un caso muy singular: una persona firmó algunos pagarés á la orden, por valor de veinticuatro mil francos, por dinero prestado. Por acta separada, fechada el mismo día, el subscriptor declaró que los pagarés tenían, por causa real, varios robos que había cometido. Este documento, presentado por el acreedor, dió lugar á persegimientos criminales que vinieron á parar en el pago del pretendido ladrón, y después pidió la nulidad de los pagarés, la cual fué pronunciada por la Corte de Bourges y su resolución fué confirmada por la Corte de Casación, sobre las conclusiones de Merlin. El pretendido deudor sostuvo que los pagarés no tenían causa, pues se había juz-

1 Deuegala casación, 15 de Junio de 1858 (Daloz, 1858, 1, 453).

2 París, 7 de Ventoso, año XI (Daloz, en la palabra *Obligaciones* núm. 531, 1º).

gado que no hubo robo, y á esto respondía el acreedor que no podría oponérsele el fallo, porque no había sido parte. Merlin dice que en los procesos criminales la sociedad es parte, representada por el Ministerio Público; de donde se sigue que el fallo dictado contra la opinión de éste, no puede ser atacado por las partes privadas; (1) pero no entraremos en este debate, que es extraño á nuestro trabajo.

Por la misma razón conviene decidir que la obligación subscripta en cumplimiento de un pacto sucesorio, es nula ó inexistente, porque no hay obligación, puesto que el pacto sucesorio no tiene existencia legal. (2)

115. Cuando la obligación es á título gratuito, no necesita de otra causa que un interés beneficioso ó de afecto. Dos hermanos, queriendo facilitar el matrimonio de su hermana, declaran asegurar al padre del futuro con quien se case su hermana, una fortuna de diez mil francos cuando menos. ¿Es válida esta obligación? La causa expresada en la promesa era, indudablemente, bastante; pero no era ésta la dificultad, pues se pretendía que la causa implicaba un pacto sobre una sucesión futura. Los hermanos habían adelantado la suma de diez mil francos bajo la condición del reembolso que su hermana debía hacer sobre las sucesiones que estaba llamada á recoger de porción paterna. Es indudable que no había ninguna enajenación de derechos sucesivos, pues el convenio no atribuía ningún derecho sobre una sucesión no abierta, ni sobre ningún objeto hereditario, y era, de parte de la hermana, una obligación á plazo, lo cual es muy lícito.. (3)

116. Se ha presentado la cuestión en otras circunstancias, y ha dado lugar á serias dificultades. Se pregunta si

1 Denegada casación, 17 de Marzo de 1813 (Daloz, en la palabra *Cosa Juzgada*, nñm. 551).

2 Angérs, 7 de Marzo de 1866 (Daloz, 1866, 2, 939).

3 Denegada casación, 12 de Julio de 1869 (Daloz, 1870, 1, 59).

una deuda natural puede servir de causa á una obligación civil, y la jurisprudencia ha establecido la afirmativa, dando á la noción de una deuda natural la más grande extensión, pues considera como deudas naturales aun los deberes puramente morales de reconocimiento y de delicadeza. Indudablemente bastan estos sentimientos para revalidar una donación; pero bastarán también para revallidar una obligación á título oneroso? En nuestro concepto no bastan, pues en los contratos onerosos se necesita un interés apreciable en dinero, el cual no existe más que por la promesa ó el hecho prestado por la otra parte contratante, según que el contrato es bilateral ó unilateral (número 108), y como las obligaciones subscriptas en virtud de una obligación de conciencia ó de una obligación natural no entran en ninguno de estos convenios, no tienen causa, á menos que se les considere como actos á título gratuito, pero entonces nace la dificultad de si la obligación será válida en la forma. Hemos examinado la cuestión en el título de las "Donaciones" (1) y la hemos resuelto negativamente; pero la jurisprudencia ha adoptado la opinión contraria: vamos á examinarla, aunque nos parece muy dudosa.

117. Un comerciante declarado en quiebra tuvo algunos arreglos con sus acreedores, y después de ser acordada la transacción, se obligó, para con dos de sus acreedores, á pagarles una suma de treinta y siete mil francos que quedaba debiendo, para el caso en que mejorara de fortuna. Se ha juzgado que esta obligación es válida y que el comerciante está obligado á pagar la suma prometida, si realmente mejora de fortuna. (2) Hay deuda natural en el sentido legal de la palabra; pero la cuestión está en saber si una deuda natural es causa bastante para la obligación

1 Véase el tomo 12 de estos *Principios*, pág. 494, núms. 355-360.

2 Bruselas, 23 de Marzo de 1853 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 67).

civil subscripta para solventarla. Hablarémos de esto al tratar de las deudas naturales.

Un testador recomienda á sus herederos que constituyan una venta relativa en favor de un antiguo servidor, para recompensarle los servicios prestados á su amo. Deferentes los herederos con este deseo, aseguran á dicho servidor una renta de cien francos y después se rehusan á continuar pagando la renta, alegando una disminución de fortuna y la supervivencia de hijos, y se ha juzgado que la promesa era obligatoria y que, por consiguiente, debía ser pagada la deuda.<sup>(1)</sup> Esta era una deuda de reconocimiento, é indudablemente la más sagrada de las deudas, bajo el punto de vista moral; pero en derecho, lo que se da por reconocimiento se da á título gratuito, pues el reconocimiento está considerado por Domat como una causa de liberalidad, y bajo este título, una renta constituida por donación, hubiera sido válida. ¿Pero puede ser constituida por una acta en documento privado? Tal es la verdadera cuestión, que tratarémos más adelante.

Un hijo compró, como bienes nacionales, las fincas que habían pertenecido á su padre y que habían sido declaradas propiedad de la nación; los bienes estaban gravados con una renta, que se obligó á continuar pagando al acreedor. La Corte de Casación reconoció que la obligación no tenía otra causa que sentimientos de honor y de delicadeza,<sup>(2)</sup> é indudablemente ésta hubiera sido una causa legítima de donación. ¿Pero bastaba para legitimar una obligación onerosa, esta deuda que difícilmente puede llamarse deuda de conciencia? En nuestro concepto no; así es que la obligación debía ser anulada, á menos que se la consi-

1 Metz, 28 de Abril de 1806 (*Dalloz, en la palabra Obligaciones, núm. 506, 3º*)

2 Denegada casación, 10 de Marzo de 1818 (*Dalloz, en la palabra Obligaciones, núm. 509, 1º*)

dere como una liberalidad hecha bajo la forma de una obligación onerosa: ésta es siempre la misma dificultad.

Esta ha sido resuelta en favor de la validez del acto, por la Corte de Dauai. En una acta bajo documento privado, se hizo el reconocimiento siguiente: "Me obligó a pagar á una señorita del almacén, la cantidad de dos mil francos en recompensa de los cuidados que tuvo durante la enfermedad de mi mujer, para cumplir la voluntad de la difunta." El signatario se rehusó á ejecutar esta obligación, alegando que era una donación nula en la forma. Se ha juzgado que una obligación subscripta para recompensar servicios prestados, no está sometida á las formalidades de las donaciones entre vivos, y esto no es dudoso si los servicios son apreciables en dinero; pero en el caso no se trataba de pagar servicios prestados, sino de recompensarlos. La Corte añade que no era exagerada la suma que el marido se había obligado á pagar (1) y esta consideración puebla que la Corte no estaba muy convencida de que fuese válido el acto. ¿Es que puede reducirse una deuda? ¿Puede reducirse una liberalidad? La deuda sí, siempre que haya error en la apreciación de los servicios prestados, lo cual supone servicios apreciables. En el caso, no lo eran y, por lo mismo, era una donación que no puede reducirse.

En un caso semejante, la Corte de Caen redujo la cantidad que una viuda se había obligado á pagar á un criado por los servicios prestados á su amo, lo cual equivalía á considerar los servicios como una deuda civil, y en este caso, era válida en la forma; pero nos tiros dudamos que los servicios prestados por un doméstico á su amo sean una deuda civil, pues mientras la suma excede el monto del sueldo, constituye una liberalidad sujeta á las formas de las donaciones. (2)

1 Douai, 2 de Julio de 1847 (Dalloz, 1849, 2, 239).

2 Caen, 10 de Julio de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 16).

118. La oposición entre la jurisprudencia y el derecho nos parece indudable, y se da á conocer en una sentencia de la Corte de Gante. Un hermano subscribió, en favor de su hermana, una acta bajo documento privado, concebido en estos términos: "Reconozco deber á mi hermana una renta vitalicia de seiscientos treinta y seis florines." Habiendo demandado la acreedora el pago de cuatro años de rentas vencidas, el hermano opuso la nulidad del acta, en cuanto al fondo, por contener una obligación sin causa, y en cuanto á la forma, porque no se habían hecho dobles originales del acta. Se juzgó que la obligación tenía una causa, aunque no se hubiese expresado; y, en efecto, la obligación había sido subscripta, por confesión del deudor, por espíritu de liberalidad, en razón de consideraciones de familia, lo cual, dice la Corte, es una causa suficiente de obligación. Esto es vercad, si se trata de una liberalidad. En realidad, la renta había sido constituida á título gratuito, y la sentencia lo reconocía: "Es de principio, dice la Corte, que en los contratos á título gratuito la liberalidad misma es la causa, y una causa suficiente de obligación." Pero si la renta se había constituido á título gratuito, recaía bajo la aplicación del art. 1,969, según el cual, la renta constituida á título puramente gratuito, por donación entre vivos ó por testamento, debe ser revestida de las formas requeridas por la ley. La Corte también lo reconoce, pero agrega que no debe admitirse al deudor que se valga del vicio de forma porque él ejecutó el acta; (1) pero aquí hay confusión é inexactitud. La nulidad del acta bajo documento privado está cubierta por la ejecución del convenio (art. 1,325); pero cuando se trata de una donación, el art. 1,339 dice formalmente que el donante no puede reparar el vicio por ningún acto confirmativo, pues

1 Gante, 5 de Enero de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 4).

como es nulo en la forma, debe hacerse nuevamente en la forma legal.

La doctrina es tan incierta como la jurisprudencia. Toullier aplica al caso la doctrina consagrada por la jurisprudencia, relativa á las liberalidades ejecutadas bajo la forma de un contrato á título oneroso. Todos los actos simulados, dice, siempre que estén exentos de dolo y fraude, deben valer y subsistir de la manera en que las partes contratantes han entendido ponerlas en ejecución; pero esto es muy absoluto, dice Durantón, y la Corte de Casación ha decidido muy bien que se puede hacer una donación bajo forma de renta, si, por lo demás, las partes son capaces de disponer y de recibir á título gratuito; pero cuando una de las partes se obliga á pagar una renta vitalicia, sin otra causa que la intención de una liberalidad, no hay contrato á título oneroso, porque no hay contrato sin causa (art. 1,131) y la intención de la liberalidad, que es causa bastante en las donaciones, no lo es en los contratos á título oneroso. Así, pues, no había contrato oneroso, por falta de causa, y no había donación, por falta de formas. Se dirá que tampoco en la venta hay causa cuando oculta una donación, lo cual es verdad, y ésta es, en nuestro concepto, una objeción decisiva contra la doctrina que ha adoptado la jurisprudencia; pero al menos hay una apariencia de causa que hace que haya contrato aparente, en tanto que ni siquiera hay apariencia de un contrato oneroso, cuando se constituye una renta á título gratuito. El acta era á título gratuito y lo dice el art. 1,969; así, pues, se deben observar las formas prescriptas para las donaciones, como también lo dice el mismo art. 1,969. (1)

119. La teoría de la causa es tan baga y en el fondo tan inexacta, que no debe uno admirarse de que los litigantes

1 Durantón, t. 10, pág. 366, núm. 356. Toullier, t. 3\*, 2, pág. 112, núm. 180.

la invoquen sin razón. Así se ha pretendido que la cláusula por la cual los mayores, que venden un inmueble que poseen por indiviso con menores, garanticen al comprador de toda evicción de parte de éstos, es nula por falta de causa; pero la Corte de Casación ha rechazado esta singular doctrina; (1) el comprador no habría consentido en comprar sin esta garantía; así es que es una condición del contrato que los mayores ejecutan por sí mismos, y lo dice con todas sus letras, que, en este caso, se puede estipular por un tercero, porque la estipulación se hace realmente en interés del estipulante. ¿Podrá decirse que una cláusula en interés del estipulante no tiene causa? ¿Se podrá decir que cada parte tiene que prometer ó estipular? Otras veces se confunde el caso en que no se ha expresado la causa, con aquel en que no hay causa; sucedió en un caso en que se interpuso casación contra una sentencia que había resuelto que un pagaré sin causa tenía por causa una transacción verbal, pretendiéndose que la Corte había declarado con causa, una obligación que no la tenía, pero basta citar el art. 1,132 para responder á la objeción. (2) También se ha juzgado, y es evidente, que la condición impuesta al legatario de subscribir una obligación en favor de tercero, constituye una causa bastante y válida de obligación, aunque el tercero sea un hijo adulterino si, por lo demás, no está establecido legalmente que lo sea. (3)

Se presentó un caso muy singular: en 1843, murió en Fontainebleau una antigua artista de la Ópera, dejando una fortuna bastante considerable, y como no había hecho testamento, eran desconocidos sus herederos. La adminis-

1 Casación, 6 de Junio de 1821 (Daloz, en la palabra *Venta Pública de Inmuebles*, núm. 2.099).

2 Casación, 28 de Noviembre de 1831 (Daloz, en la palabra *Competencia*, núm. 50).

3 Riom, 1º de Marzo de 1830 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 500).

tración pública se había apoderado de la sucesión, pues se la suponía caduca, cuando un agente de negocios, después de haber compulsado los archivos de un gran número de ayuntamientos, encontró á los herederos de la difunta en el departamento del Alto Morne y se propuso hacerles la revelación de esta herencia y continuar sus investigaciones de modo que llegase á establecer sus derechos haciendo á sus expensas todos los gastos necesarios encargándose también de sostener por su cuenta los juicios que pudieran sobrevenir, y estipuló como indemnización la tercera parte del archivo que viniera á tocar á los herederos. Siendo aleatorio el contrato, se convino en que el agente de negocios no podría exigir nada de los herederos en caso de mal resultado, y como no les ocultó la importancia de la sucesión, que podía elevarse, por la linea á que pertenecían los herederos, á la suma de trescientos mil francos, la proposición fué aceptada. En seguida, el agente descubrió á los herederos paternos y no escasearon los pretendientes á los juicios, hasta que una sentencia de la Corte de París liquidó definitivamente la sucesión, resultando que la parte de cada linea se elevaba á trescientos veintiséis mil ciento diecinueve francos. El buscador de sucesiones, después de haber deducido sus gastos conforme al contrato, reclamó por cada linea la tercera parte de lo que quedaba, es decir, ciento seis mil trescientos treinta y siete francos, pero el contrato fué atacado como estipulando honorarios excesivos por el agente de negocios, y como es de jurisprudencia que los tribunales pueden disminuir la remuneración estipulada por un mandatario, se propuso las cifras de diez mil francos; mas la Corte de París rechazó esta demanda y, respecto del recurso de casación, recayó una sentencia de denegada casación. Los herederos pretendían que el contrato no tenía causa, ó que se fundaba

en una causa ilícita; pero la sentencia de la Corte de París hizo constar que era imposible encontrar en este negocio ninguna maniobra que tuviesen un carácter doloso ó fraudulento, con ayuda de las cuales se hubiera sorprendido el consentimiento de los herederos. También hizo constar la sentencia que la cesión de la tercera parte de la herencia había sido estipulada y aceptada con entera libertad; así es que no era exacto decir que era el honorario de un mandato, sino, ante todo, el precio del servicio importante que el cessionario hizo á los cedentes revelándoles una sucesión que debía enriquecerlos y que sin él habrían ignorado completamente. Por otra parte, el contrato era aleatorio: ventajoso para el cessionario, puesto que había tenido éxito y le habría ocasionado una pérdida considerable de tiempo y de dinero si hubiese fracasado. Así, pues, el contrato tenía una causa, y no se podía decir que fuese ilícita. (1)

### § II.—DE LA FALSA CAUSA.

120. Según los términos del art. 1,131, la obligación sobre una falsa causa no puede tener ningún efecto; pero la ley no dice qué debe entenderse por falsa causa. Generalmente se dice que la causa puede ser falsa en dos casos: desde luego, cuando una de las partes, ó las dos, se obligan por una causa imaginaria que suponen que existe, pues en este caso hay error sobre la causa; y en segundo lugar, cuando las dos partes han indicado una causa que sabían que no existía, pues en este caso hay simulación, y una causa simulada oculta siempre una causa real que las partes no quieren confesar, pero que no existe menos, debiendo considerarse únicamente la causa ocultada, y no siendo

1 Denegada casación, Sala Civil, 7 de Mayo de 1866 (Daloz, 1866, 1, 247).

la causa aparente más que simulada. No es de la causa simulada de la que habla el art. 1,131, porque no se puede decir que la obligación sobre una causa simulada es inexistente, puesto que hay causa y, por lo mismo, obligación, bien entendido que la causa sea lícita. Así, pues, por falta causa, conforme al art. 1,131, debe entenderse la causa errónea, ó el error sobre la causa, pues cuando hay error sobre ésta, realmente no existe; de modo que la falsa causa se confunde con la falta de ella.

Se discute, sin embargo, y se pretende que los autores del Código han tenido razón en distinguir la causa falsa de la falta de causa, pero el ejemplo mismo que se cita, conforme á Pothier, prueba que la distinción no es más que nominal. (1) Ha sido legada á usted, por mi padre, una suma de 10,000 francos, y el testamento fué revocado por un codicilo de que yo no tengo conocimientos, y creyéndome falsamente deudor de usted, me obligo á entregarle una heredad en pago de los 10,000 francos. Esta obligación es nula, porque la causa, que es saldar mi deuda, resulta que es falsa. El hecho jurídico supuesto por Pothier es una novación: debo á usted 10,000 francos, y convenimos en que esta deuda será extinguida mediante la deuda de la heredad que le substituyo. Es indudable que la novación es nula, ó, por mejor decir, inexistente. ¿Por qué? ¿Será porque está fundada en una falsa causa? No se ha tenido cuidado de recurrir á la teoría de la causa para explicar la nulidad de la novación. Para que haya novación se necesita una primera deuda, pues no se puede tratar de extinguir una deuda substituyéndola con otra, si no hay deuda, y como en el caso no hay deuda, puesto que el legado revocado se considera como si jamás hubiera exis-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 42. Demolombe, t. 24, página 337, núms. 357 y siguientes. Colmet de Santerre, t. 5º; pág. 59, núm. 47 bis.

tido, no hay novación. Queriendo servirse de la terminología del Código, se dirá: Se necesita que haya una primera obligación que sirva de causa á la segunda, sino no se concibe novación; y como al revocarse el legado no hay primera obligación, no tiene causa y, por lo tanto, no existe. De cualquiera manera que se razoné se llega á la conclusión de que la falsa causa equivale á la falta de causa, y por otra parte el buen sentido lo dice: ¿Cuando se cree que hay una causa, aunque realmente no la hay, no quiere decir esto que no hay causa? Así, pues, la teoría del Código, que distingue la causa falsa de la falta de causa no es jurídica, y el mismo Pothier lo dice: "Cuando una obligación no tiene ninguna causa, ó lo que es lo mismo, cuando la causa por la cual se ha contratado es una causa falsa, la obligación es nula y el contrato que lo confirma es nulo."

Una sentencia reciente de la Corte de Casación confirma plenamente lo que decimos. Un militar creyéndose, en virtud de su número, incorporado á la Armada, contrató con un antiguo militar su reemplazo; después las partes fueron informadas de que, al hacerse el acta, una ley había reducido el contingente de la clase de que formaba parte el militar y que la suerte le había atribuido un número que le aseguraba su liberación. ¿Cuál era la causa de la obligación contraída por el quinto de pagar el precio del reemplazo? Era la obligación de servir en que creía encontrarse: tal es el motivo jurídico que obligó á contratar al quinto. Esta causa era falsa, en el sentido de que las dos partes ignoraban que el quinto fuese liberado, tenían error sobre la causa, y este error hacía que realmente no hubiese causa; así es que el error sobre la causa ó la causa falsa es idéntico á la falta de causa. También la Corte de Casación dice que la obligación del quinto "no tenía causa ó no tenía más que una causa falsa." (1)

(1) Denegada casación, 30 de Julio de 1873 (Daloz, 1873, 1, 320).

121. Puesto que la causa "errónea" se confunde con la falsa causa, la dejarémos á un lado para no tratar más que de la causa "simulada." En donde hay una causa simulada, hay una verdadera causa que las partes han querido encubrir, y esta causa oculta puede ser lícita ó ilícita. Si es ilícita, debe aplicarse el art. 1,131, según el cual la obligación sobre una causa ilícita no puede producir ningún efecto, y se pregunta si al que ha subscripto una obligación sobre falsa causa puede admitírsela la prueba de que la causa indicada es simulada y que la verdadera causa es ilícita, y la respuesta afirmativa no es dudosa. Cuando es ilícita una causa y las partes contratantes indican una causa lícita, quieren defraudar á la ley, y la prueba del fraude siempre se admite, porque el interés general exige que una obligación contraída en violación de la ley, contraria al orden público y á las buenas costumbres, sea anulada; debiendo, por lo mismo, admitir-se que toda persona interesada pueda provocar la anulación de una obligación á la que la ley niega todo efecto, lo cual está en armonía con los principios que rigen los contratos inexistentes, pues toda persona interesada puede valerse de la inexistencia de un acto, y, por lo mismo, las partes contratantes. Un pagaré subscripto por un hombre á favor de una señorita, tiene por causa un préstamo, y pide probar que este pagaré tiene por causa el haberse desdecido de un matrimonio estipulado, y como las promesas de matrimonios son nulas, también lo son las cláusulas penales que las acompañan. Esto es lo que hemos dicho anteriormente y lo cual no es discutido. Resta saber si al subscriptor del pagaré se le admite rendir la prueba de la causa ilícita por testigos y en caso necesario por presunciones. En el negocio que ha sido juzgado por la Corte de Casación, reunidas las salas, se objetaba el art. 1,341, que prohíbe admitir prueba testimonial contra el contenido de los ac-

tos, ni sobre lo que se alegaría haberse dicho antes, al tiempo de celebrarse, ó después de celebrados los actos. La Corte respondió que esta regla recibe una excepción en virtud del art. 1,353, que autoriza la prueba testimonial cuando el acta es atacada por causa de fraude ó de dolo. Se insistió diciendo que el art. 1,353, al hablar de fraude, entiende que una de las partes ha sido engañada, en tanto que en el caso hay fraude á la ley. La Corte respondió que el art. 1,353 no distingue; que es aplicable al caso en que se defrauda á la ley, lo mismo que al caso en que se defrauda á alguna persona, y que, por otra parte, el pagaré subscripto por haberse desdecido de un matrimonio implica un fraude contra el promitente, puesto que la obligación tiende á privarle de la libertad de elección en el negocio más importante de su vida, que es el matrimonio. (1) A decir verdad, la base de la dificultad no está en el art 1,353, sino en el 1,348, pues según este artículo, las reglas sobre la prueba testimonial reciben excepción "todas las veces" que no haya sido posible al acreedor procurarse una prueba literal de la obligación que ha sido contraída respecto de él, debiendo, respecto de la confesión de todo el mundo, generalizar esta disposición en el sentido de que recibe su aplicación en todos los casos en que el que pide rendir prueba de un hecho por medio de testigos no haya podido procurarse una prueba literal, y resulta de la continuación del artículo, como lo dirémos en el capítulo de la prueba de las obligaciones, que la ley se contenta con una imposibilidad moral; y como el que subscribe un pagaré por causa ilícita indudablemente no puede pedir á la otra parte que reconozca que la causa es ilícita, puesto que por este reconocimiento anularía la obligación subscripta en su favor,

1 Denegada casación, 7 de Mayo de 1836 (Dalloz, en la palabra Matrimonio, nñm. 90, 3º)

la prueba testimonial es admisible, y, por consiguiente, también las presunciones (art. 1,353).

La jurisprudencia aplica el mismo principio al caso en que se subscriben los pagarés por una causa lícita en apariencia, y, en realidad, por deudas de juego. Un inglés, jugador desenfrenado, subscribió en favor de un médico pagarés cuya causa era valor recibido en efectivo. El legatario universal del subscriptor sostuvo que la causa era falsa y que los pagarés habían sido subscriptos para liquidar una deuda de juego, y se juzgó que la causa era realmente falsa. Recurso de casación. El pretendido acreedor sostuvo que la Corte de París había fallado por simples presunciones, aunque el acto no había sido atacado por dolo ó fraude y que había una causa simulada, pero que jamás se había confundido la simulación con el fraude. La Corte de Casación denegó el recurso por la razón de que había fraude contra ley, puesto que se quería dar fuerza obligatoria á obligaciones que la ley ha rehusado sancionar por motivos de moralidad, y, desde luego, la prueba testimonial, y, por consiguiente, las presunciones eran admisibles. Inútilmente se objetó que la ley permite pagar las deudas de juego y que los pagarés subscriptos por el jugador constituyan un pago, pues no constituyen los pagarés más que un reconocimiento de la deuda, no cambian la naturaleza, y, por consiguiente, no quitan al deudor ninguna de las excepciones que tienen derecho de invocar. (1)

122. La causa simulada puede también ocultar una causa lícita. Pido prestados mil francos, y como no quiero que se sepa que he pedido prestado, subscribo un pagaré en que se expresa por causa haber recibido mercancías. El

1 Denegada casación, 4 de Noviembre de 1857 (Daloz, 1857, I, 441). Compárese Riom, 23 de Noviembre de 1820, y Colmar, 19 de Febrero de 1828 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 542, 1º y 2º).

acreedor me demanda y yo niego haber recibido las mercancías. ¿Puede admitírseme rendir esta prueba? Es indudable que al que pide probar la falsedad de la causa debe admitírsele la prueba, pues siempre ~~está~~ admitido establecer que cualquiera declaración de una acta es falsa, importando poco que haya otra causa ó que no la haya; pero si el subscriptor del pagaré prueba que ésta tiene una falsa causa, al acreedor le será admitida la prueba de que el pagaré tiene otra causa que es lícita. Esto es de tradición, dice la Corte de Casación, (1) y resulta de los principios elementales que rigen la prueba, pues el que ha subscripto el pagaré tiene contra sí su confesión; así es que á él le corresponde probar que la causa es falsa, y cuando la falsedad de la causa es demostrada, el pagaré no tiene causa aparente y no es nulo por esto, puesto que los pagarés en que no se expresa causa son válidos; pero siendo reconocida como falsa la causa indicada, á quien pretende que hay una verdadera causa, es á quien corresponde probarla. ¿Cómo se hará la prueba? Conforme al derecho común. El acreedor no puede, en este caso, invocar el artículo 1,348 ni el 1,353, porque no hay fraude, sino únicamente simulación, y nada le impide procurarse una prueba literal de la simulación, redactando una contraescritura. Generalmente la prueba se verifica por un interrogatorio sobre hechos y artículos, y entonces nace la cuestión de la fuerza probatoria de la confesión, lo cual da lugar á grandes dificultades que examinarémos más adelante.

123. Las causas simuladas son muy frecuentes, y tomaremos algunos ejemplos de la jurisprudencia francesa y de la belga. Se subscribió una obligación entre once y doce de

1 Casación, 2 de Diciembre de 1812 (Dalloz, en la palabra *Privilegios*, núm. 1,322), y Denegada casación, 9 de Febrero de 1815 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 539, 1º) Compárese Colinet de Santerre, t. 5º, pág. 60, núm. 47 bis, 2º, y todos los autores.

la noche, en el domicilio del acreedor, en que éste encontró al subscriptor solo con su mujer; el acreedor confesó que el pagaré no tenía otra causa que el ultraje que había recibido del deudor, aunque expresaba otra causa reconocida como falsa. El pretendido deudor sostuvo que la causa era ilícita, e indudablemente lo hubiera sido si el pagaré se hubiera subscripto para impedir al marido entablar acusación contra el cómplice de la adultera; pero había otra causa lícita, que es la reparación del daño. La Corte admite que esta causa revalida á la obligación en principio. Todavía el deudor invocó un motivo de nulidad, que era la violencia y el dolo; pero no teniendo este debate nada de común con nuestra cuestión, lo dejamos á un lado, limitándonos á decir que la Corte obligó al deudor á probar que había subscripto los pagarés bajo la amenaza del marido, armado de un fusil, de matarlo, y que el marido y la mujer estaban de acuerdo para obligarlo á firmar el pagaré litigioso. (1)

Fué subscripta una obligación por un quebrado en favor de su acreedor, expresando como causa valor recibido, pero se reconoció por todas las partes que la suma de que el quebrado se declaraba deudor formaba el resto del crédito que había sido repuesto al deudor por una transacción. El acreedor había venido en socorro del quebrado dándole mercancías, por lo cual el pagaré tenía dos causas igualmente lícitas: en primer lugar, la deuda natural que sobrevino á cargo del quebrado que transó, la cual puede servir de causa á una obligación civil; y en segundo lugar, un sentimiento de reconocimiento que en la opinión general se admite también como causa bastante. En consecuencia el pagaré fué declarado válido. (2)

1 Caen, 9 de Abril de 1853 (Daloz, 1854, 2, 189).

2 Poitiers, 2 de Julio de 1872 (Daloz, 1872, 2, 166).

Hay un gran número de sentencias de la Corte de Bélgica en el mismo sentido. (1) Citarémos un caso en el cual era falsa la causa, si que hubiese una verdadera causa, y que revela en ciertas clases de la sociedad una alteración del sentido moral que causaría error si debiera verse como el síntoma de un mal universal. El agente de una sociedad inversa encargó al administrador director de un Banco del crédito mercantil, colocar algunas acciones en Bélgica. Sobre los consejos del agente inglés, el mandatario belga transmitió á la dirección de la sociedad las listas de la subscripción puramente nominales, afirmando falsamente que los subscriptores habían entregado tres libras sobre sus acciones. La sociedad pidió el pago de estas entregas, haciendo valer todas las malas razones que un acreedor de mala fe puede inventar, y se sometió al Tribunal de Comercio, que lo rechazó, sorprendiéndose de ver á los jueces consulares discutir gravemente estas chicanas sin una palabra de reprobación para los culpables. La cuestión de derecho no era dudosa: el administrador belga, que era simple mandatario, no debía rendir cuentas más que de las sumas que realmente había recibido, y él no había recibido nada, pues las subscripciones eran ficticias. Sin duda tuvo razón en prestarse á esta ficción que no tenía otro objeto que obtener que las acciones fuesen anotadas en la Bolsa de Londres, y, por lo mismo, había causa simulada, y en realidad falta de causa. ¿Pero con qué cara osaba invocar el pretendido acreedor un reconocimiento que sabía que era ficticio, puesto que él mismo había sugerido la maniobra? La conciencia se alivia leyendo la sentencia de la Corte de Bruselas. Consta hasta la evidencia, dice la Corte, que las subscripciones falsamente recibidas por solicitud

1 Bruselas, 11 de Abril de 1822 (*Postcrisis*, 1822, pág. 102); 29 de Enero de 1853 (*ibid.*, 1854, 2, 77); 20 de Marzo de 1866 (*ibid.*, 1866, 2, 150); Gante, 29 de Abril de 1865 (*ibid.*, 1865, 2, 166); 17 de Julio de 1872 (*ibid.*, 1872, 2, 220); Lieja, 16 de Mayo de 1863 (*ibid.*, 1869, 2, 109).

del director gerente de la sociedad inglesa, eran puramente ficticias y no habían sido imaginadas más que con objeto de explotar la credulidad pública y de procurar á los autores y á los cómplices de estas maniobras beneficios ilícitos, deduciéndose que la obligación de la cual reclamaba el pago la sociedad, no teniendo por causa más que una incalificable especulación, jamás había tenido existencia jurídica. (1)

### § III.—DE LA CAUSA ILÍCITA.

124. Dice el artículo 1,133: "La causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, cuando es contraria á las buenas costumbres y al orden público." No hay una disposición en el Código que haya dado lugar á tantos debates como el art. 1,133. ¿Quiere decir esto que abundan las causas ilícitas? Si se juzgara de nuestras costumbres por el contrato qu<sup>e</sup> acabamos de relatar (núm. 123), el estado moral de la sociedad sería deplorable y el mal no tendría remedio. Puede ser que lo bago de la ley, que ya hemos señalado, influya algo en los numerosos juicios que se suscitan sobre la causa ilícita. Muchas veces hemos tratado de definir el "orden público y las buenas costumbres," (2) pero estas expresiones son de tal modo generales, que casi escapan á una definición rigurosa. Lo que el Código llama causa "prohibida por la ley," no es muy claro: ¿basta que el convenio sea contrario á una ley concebida en términos prohibitivos para que haya causa ilícita? Indudablemente no, pues la ley dice que la venta de la cosa de otro es nula (art. 1,599), lo cual implica la prohibición de vender la cosa de otro. ¿Equivale esto á decir qua dicha renta es inexistente? Probarémos lo contrario en el título "De la Ven-

1 Bruselas, 22 de Mayo de 1871 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 408).

2 Véase el tomo 1º de estos *Principios*, págs. 81-82, núms. 47-49, y pág. 87, núm. 54.

ta." ¿Cuándo, pues, una prohibición legal entrañará la inexistencia del contrato consentido apesar de la prohibición? Nos parece que se debe distinguir. Cuando la prohibición se ha establecido solamente en interés privado, no hay razón para declarar inexistente el contrato, porque es de principio que las partes contratantes pueden derogar lo que se ha establecido en su favor; así, pues, el artículo 1,133 no debe recibir aplicación más que en los casos en que la ley prohibitiva se refiere al interés general. Pero, así entendida, la primera disposición del art. 1,133 entra en la segunda, que conviene al orden público, porque el orden público, en su más amplia acepción, es sinónimo de interés público. ¿No debe también decirse que las buenas costumbres son de interés general? Esto no podría ser disputado, y llegamos á la conclusión de que hay causa ilícita cuando el contrato vulnera un interés general, el cual es un principio evidente, ya consagrado por el art. 6 del Código Civil, y que era inútil repetir en los arts. 1,108, 1,131 y 1,133. Decimos que esto era inútil. ¿No es evidente que el legislador no puede reconocer ningún efecto á un convenio que ataca al interés general? ¿Se concibe que los particulares puedan lesionar el interés de la sociedad; no decimos impunemente, pero ni aun con el efecto de que sus actos fuesen sancionados, garantizados por el legislador que prestaría á las partes el apoyo de la autoridad para obtener la ejecución forzada de obligaciones que reprende la ley? El buen sentido y la conciencia se sublevan contra semejante absurdo, y en definitiva, la teoría de la causa ilícita es inexacta, como toda la teoría de la causa, pues viene á decir que el interés general prevalece sobre el interés individual. Hé aquí una de las bases del orden social; la regla ya está formulada en el art. 6 del Código, y basta ampliar la expresión para que conduzca á la cuestión que ha deducido el art. 1,108; es decir, que

no podrá haber convenio válido cuando las partes contratantes, en lugar de limitarse á estipular sus intereses privados, se pongan en oposición con el interés general.

125. Antes de entrar en los pormenores, debemos decir una palabra respecto de una cuestión que divide á los autores. Todos admiten que la causa es ilícita cuando el promitente es culpable, y con mayor razón cuando lo son el promitente y el estipulante; pero se supone que el promitente, en un convenio unilateral, se obliga por un motivo lícito á fin de desviar al estipulante de un hecho que reprobaban la moral ó las leyes: tal sería una promesa hecha á un periodista para obligarlo á suspender sus ataques calumniosos contra un hombre honorable, é indudablemente el periodista es culpable de hacerse pagar para abstenerse de calumniar. Pero, en dónde está la falta del que quiere poner fin á un escándalo público? En nuestro concepto, hay causa ilícita tanto por parte del promitente como por la del estipulante. Si yo prometo una recompra á un ladrón para obligarlo á devolver la cosa robada, no fomentaré el robo? Yo hago mal en hacer una promesa á uno de estos periodistas de baja estofa que viven de la calumnia, porque es obligarlo á continuar su oficio de calumniador, puesto que sus vergonzosas especulaciones le producen tan buen resultado. Si, como dice Domat, no se puede estipular un precio para hacer una cosa que la ley del honor y de la probidad nos manda hacer, menos se puede prometer una cosa á quien desconoce la voz de la conciencia. (1) Siendo la cuestión puramente teórica no insistimos sobre ella.

### *Núm. 2. Aplicación.*

#### *I. Orden público. Soberanía.*

126. Nos parece que en la actualidad es evidente que

1 Demolombe, t. 24, pág. 359, núm. 380. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. 5º, pág. 63, núm. 49 bis, 2º

la soberanía y los poderes que le son inherentes, no pueden ser objeto de convenios privados, pero no siempre ha sido lo mismo, pues bajo la influencia de las costumbres germánicas el feudalismo no sólo había dividido la potestad soberana que por sí es indivisible, sino que además la había alterado, considerándola como si fuera de interés privado. Carlo Magno y sus sucesores partieron sus Estados como lo habían hecho los reyes francos y como lo hacen actualmente los ascendientes que distribuyen sus bienes entre sus descendientes. Hé aquí la imagen y la expresión de las costumbres germánicas. La soberanía era un dominio, al estilo de una finca, de modo que el soberano era un propietario; así es que podía vender, dar ó legar sus estados, enajenar los atributos de la soberanía, la justicia, la administración y los impuestos, y el interés público estaba absorbido por el interés privado. Ha habido una lucha secular de los legistas contra el espíritu feudal para dar a la soberanía su naturaleza inenajenable e incommunicable. El feudalismo no fué extirpado sino hasta 1789, pues la Revolución reclamó que la potestad soberana reside en la nación y no en su jefe, y que la nación no puede abdicar, ceder ni dividir lo que es indivisible e incedible. (1) Antes de 1789 se encontraba muy natural comerciar con los puestos públicos, y Montesquieu compró su cargo de Presidente como el primer mentecato pudo haberlo comprado. Felizmente las costumbres corrigieron los vicios de las leyes; pero las malas leyes habrían acabado por viciar las costumbres. La Revolución ha restablecido la armonía entre el orden moral y el orden político.

127. Según nuestro derecho constitucional, los cargos públicos no son susceptibles de propiedad privada, y, por

<sup>1</sup> Ley de 22 de Noviembre 1<sup>o</sup> de Diciembre de 1789. Toullier, t. 3º, 2, pág. 97, núm. 161.

coniguiente, no pueden ser objeto de convenios particulares, de donde resulta que el convenio por el cual un funcionario público ó un ministro se obliga á presentar su dimisión, mediante una suma que la otra parte se obligue á pagarle, tiene una causa ilícita. (1) El jefe del Estado nombra á los funcionarios públicos, debiendo gozar de la más entera libertad en el cumplimiento de esta misión, y no debiendo obrar sobre su determinación ninguna otra influencia que la del bien general. Sería, pues, contrario al interés público que los cargos viniesen á ser objeto de convenios que podrían determinar indirectamente la elección del soberano.

Admira que estos principios hayan tenido algún trabajo en penetrar en la jurisprudencia. La Corte de Casación ha juzgado que la ventaja de una dimisión puede venir á ser materia de una obligación. Ninguna ley, dice la Corte de Grenoble, prohíbe á un funcionario la facultad de renunciar el empleo que se le ha conferido, y desde luego, no le e ti prohibido recibir una indemnización del aspirante, al cual, su retirada deja el campo libre. (2) No, no hay ley que prohíba vender su dimisión, pero hay leyes que prohíben todo convenio contrario al orden público (art. 6, 1,131 y 1,133). No es necesario demostrar que, si el funcionario es libre para presentar su dimisión, no lo es para venderla. No se vende más que lo que está en el comercio y la dimisión de un cargo público, lo mismo que el nombramiento, no están en el comercio después de la abolición de la venta de los empleos. Los autores insisten sobre las consecuencias dañosas que resultarían de este tráfico. Los puestos públicos serían ambicionados no por la capacidad

1 Aubry y Rau, t. 4º, pág. 315, nota 8, pfo. 344, y las autoridades que allí se citan. Chardón y Dalloz son los únicos autores que se han declarado por la validez de estas compras.

2 Véanse las sentencias en el Repertorio de Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 563).

sino por el afán de lucro, el hombre de talento sería puesto al hombre rico, la intriga rodearía con sus lazos á los que disponen en los nombramientos, el elegido trataría de indemnizarse por todos los medios posibles del dinero que ha debido gastar, y el pensamiento de lucro, viciando un orden de cosas en el que debía dominar la idea del deber. Juzgamos inútil entrar en estos desarrollos, pues la jurisprudencia ha hecho justicia á las malas razones que desde luego habían seducido á la Corte de Casación y á algunas cortes de apelación. (1)

En Francia una ley de 18 de Abril de 1816 ha permitido á ciertos hombres públicos, tales como los notarios y los abogados, presentar un sucesor y estipular un precio de cesión con motivo de estas presentaciones. Estas leyes, calificadas de "desgraciadas" por una Corte, no han tenido otro motivo que un interés fiscal, pero hay un interés más grande que jamás debía perder de vista el legislador, pues en un siglo en que se trafica con todo, aun con la conciencia, debía cuidarse de dar acceso en las leyes á esta lepra que rœ nuestra sociedad, y que si no se le pone remedio, acabará por corromperla.

128. Por la misma razón no se puede obligar á pagar los servicios que prestarían los empleados ó las empleadas, porque ha de saberse que también las mujeres juegan su papel en nuestras inmóviles intrigas. Así lo ha juzgado una muy bien fundada sentencia de la Corte de Colmar. La citamos, aunque la cuestión no sea dudosa, para dar á conocer á lo que conduce la venta de una dimisión: una señorita ocupaba el puesto de recaudadora de una lotería, y se obligó, por acta ante el notario, á renunciar en favor de un tercero y á hacerle conferir el empleo, mediante el

1 Véase la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núms. 565-567. Debe agregarse París, 30 de Enero de 1857 (Dalloz, 1859, 5, 194).

que le pagara una pensión vitalicia de quinientos francos. El comprador fué nombrado efectivamente, pero malversó de tal manera los fondos, que en el primer año fué destituido. Entonces una señorita hizo algunas diligencias cerca de la administración para obtener el cargo de la lotería; pero no consiguiéndolo, recurrió á la decesiva influencia de la primera recaudadora para que interpusiese su valimiento, prometiéndole ejecutar las obligaciones del recaudador destituido. La señorita consiguió de nuevo hacer nombrar á su protegida, la cual pagó la renta durante muchos años; pero bajo el pretexto de que los beneficios de la recaudación habían disminuido considerablemente, pidió la reducción de la pensión, y como no la consiguiera, intentó una acción de nulidad del convenio por causa ilícita; y en efecto, la promesa no tenía otra causa que el empleo de la influencia y de la solicitud de la acreedora, con objeto de que la deudora fuese nombrada recaudadora de la lotería. La Corte recordó desde luego que los empleos han dejado de ser vendibles, y después agregó que si se admitía la validez de las obligaciones subscriptas como precio de la influencia y de la solicitud acerca del Gobierno, se establecería un nuevo género de vergonzoso tráfico más desastroso y más immoral. Los jefes de las diferentes administraciones serían las víctimas de las obsesiones y de las decepciones de la venalidad y de la intriga, y no tendría indicios verdaderos, y los puestos públicos vendrían á ser el monopolio de los hombres de negocios y de los intrigantes. Es deber de los magistrados, dice la sentencia, hacer una severa aplicación de la ley á fin de poner al Gobierno al abrigo de las falaces recomendaciones que lo engañan, pues si la justicia no puede atender á todas las intrigas debe, por lo menos, cuando se presenta la ocasión, sostener los principios de moral y de orden

público, sin los cuales no puede subsistir ningún Estado. La Corte declaró nulo el convenio por causa ilícita. (1)

Los abastos, sobre todo los que se hacen en tiempo de guerra, se obtienen frecuentemente bajo condiciones ruinosas para el Tesoro, y para obtener el pago, los abastecedores recurren á nuevas intrigas: el Estado es el que paga. Una casa española tenía crédito contra el Gobierno francés por abastos hechos en 1810 á 1812 á las armadas francesas en España. El crédito no fué liquidado sino hasta la Restauración. Un marqués, pues era en tiempo de los marqueses, se encargó de procurar el pago. No se fijó la suma que había de pagarse al mandatario; pero puede calcularse por un convenio que celebró con una señora, á quien prometió una suma de cuarenta y cinco mil francos por los trabajos y cuidados que se había tomado y continuara tomándose hasta obtener la liquidación definitiva del crédito. ¡Qué de robos ha debido haber en este solo negocio! ¡El Estado estaba obligado á pagar á los que se tomaban el trabajo de robarlo! La dama recibió veinte mil francos, y no conformándose, se quejó al Ministro de Hacienda, reclamando treinta mil francos. Se le opuso la falta de título y presentó el acta; pero la Corte la declaró nula por causa ilícita. Recurso de casación. La solicitante encontraba que su convenio era perfectamente moral, pues era el honorario de un mandato y la ley permite á las mujeres ser mandatarias. La Corte denegó el recurso, fundándose en que había resolución soberana de los jueces de hecho. (2)

Una sentencia reciente, de la Corte de Casación, prueba cuánto cambia el sentido moral de los hombres bajo la

1 Colmar, 25 de Junio de 1834 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 643, 2º).

2 Denegada casación, Sala Civil, 20 de Mayo de 1828 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 643, 1º) Compárese París, 19 de Abril de 1858 (Dalloz, 1858, 2, 160).

influencia de estos vergonzosos tratos, pues acaban por no comprender lo que tiene de deshonroso vender su crédito. ¡Y se trataba de un general! Este general, beneficiario de una concesión, se obligó á partir el provecho con un tercero para remunerarse de sus diligencias y del empleo que había hecho de su influencia para obtener la concesión. Basta enunciar esta proposición, tal y como la formuló el decisionista, para establecer que la causa era ilícita. El general confesó que había recibido acciones sin haber hecho ninguna entrega de valor alguno, y confesó que el único equivalente de las acciones que se le habían dado consistía en las diligencias útiles que había efectuado para obtener la concesión y en el ascendiente que le daba su posición para asegurar el éxito. El general agregó que habría podido obtener directamente una concesión señorial en Argelia, lo cual es tolerado por los reglamentos militares, y que siempre es permitido hacer indirectamente lo que la ley permite hacer directamente. Aquí la Corte lo detuvo y le dió una lección de moral y de delicadeza. "Otra cosa es una concesión directa y personal que hace el Gobierno con conocimiento de causa, después de una instrucción regular, y una concesión que se obtiene indirectamente bajo el nombre de un tercero y con ayuda de una influencia y crédito que tiene tanto mayor peso cuanto que ha debido creerse que el que lo empleaba no tenía ningún interés personal." En este último caso, se obtiene la concesión por una vía extraviada que tiene por objeto desnaturalizarlo en su misma fuente, quitando la facultad que le concede la libertad de sus resoluciones. La Corte habría podido decir libremente que el que obtiene por su posición oficial un favor que se reserva para obtener una parte de emolumento, engaña á la administración. Esta es "sorprendida," dice la sentencia, y la sorpresa es tanto más grande cuanto que quien se inter-

puso para obtener la concesión era, por su posición oficial, la fuente misma de donde emanaba el favor. El convenio que ligaba al concesionario directo con aquel que vendió su influencia (la palabra no es de la Corte) es viciado en su esencia. "Este convenio, dice la sentencia, es ilícito y contrario al orden público, pues toda indemnización aplicada á diligencias que tienen por objeto un acto de justicia ó de munificencia, está prescripta como propia para embarazar la independencia del Estado, quitándole su poder y aun "envileciendo," sin su conocimiento, el uso que de él se hace. (1)

129. El espíritu del tráfico y de especulación invade profesiones que, sin duda, deben procurar á los que las ejercen una existencia honorable, pero cuyo libre ejercicio apenas es compatible con los convenios que hacen de un puesto público, oficio y mercancía. Un abogado se obligó á hacer ejecutar todas las escrituras de su estudio por un empleado, el cual, por su parte, declaró ceder á dicho abogado la cuarta parte de su sueldo y á notificar gratuitamente todos los actos de Palacio. ¿Es lícita esta especie de sociedad? Sobre la demanda del empleado la Corte de Montpellier pronunció la nulidad del contrato, é interpuso casación. El consejero informante atacó estos contratos que, dice, se extienden por todas partes, y cuyo abuso no debe tolerar la justicia. Por una parte, crea una competencia que perjudica considerablemente á los que quedan dentro de los límites de la ley, y por otra parte, el empleado ministerial se encuentra en una dependencia absoluta y servil del abogado, de quien no viene á ser más que servidor. Esto es alterar los cargos creados por el legislador en interés de los particulares que tienen necesidad de su ministerio, y en lugar de un empleado ilustrado, moral é independiente, encontrarán un hombre ignorante que po-

1 Tolosa, 21 de Julio de 1870 (Daloz, 1872, 1, 101).

ne su nombre al calce de los oficios que se le dan á firmar, lo cual es degradar el empleo y envilecer el ejercicio de sus funciones, que tienen tan grande influencia sobre el resultado de los juicios y, por consiguiente, sobre la fortuna de los ciudadanos. La Corte de Casación denegó el recurso. "Los sueldos, dice la sentencia, que el legislador, en su profunda sabiduría, ha atribuido á los cargos de abogado y de oficial ministerial, para asegurar la justa remuneración de los propietarios y su dependencia, no pueden ser modificados arbitrariamente en detrimento de unos y provecho de otros por el efecto de convenios privados, cuyo resultado expondría al público á graves inconvenientes." Teniendo en vista el interés general, fija la ley los sueldos de los empleados ministeriales que ha creado en el mismo interés, y desde el momento en que estos sueldos no están en el comercio, son de orden público, lo mismo que los cargos en sí mismo. Así, pues, todo convenio relativo á dichos sueldos es viciado como contrario al orden público y fundado en una causa ilícita. (1)

130. El consejero Faure tenía razón en señalar el abuso, del cual pedía la represión, como un mal que se iba extendiendo como la gangrena. Hé aquí un contrato celebrado entre una señora y un notario, para la explotación de su estudio. El notario cedió á su socia la mitad en la propiedad y en los beneficios de su estudio, con la carga de soportar la mitad de los gastos. ¿Es válida esta sociedad? Apenas se puede establecer la cuestión. ¿Están en el comercio las funciones públicas? El legislador somete el nombramiento de sus notarios á condiciones rigurosas de capacidad, invistiéndolos de una misión social de la más alta importancia, pues los llama á dar autenticidad á las actas, y al mismo tiempo á ilustrar á las partes con sus

(1) Denegada casación, 29 de Diciembre de 1845, acerca del informe de Faure (Dalloz, 1846, 1, 57).

consejos, de modo que son los confidentes de las familias, encargándoles la ley, como tales, intervenir como mediadores en el acto más grave de la vida, que es el matrimonio. ¡Y se permitiría al notario asociarse para la explotación de su estudio, al primer advenedizo, á una mujer! Solamente la palabra explotación revela el vicio original de estos actos, pues no se explotan funciones sociales, sino que se las ejerce con sentimientos de honor y de delicadeza. (1)

La ley francesa que permite comprar los estudios de notario y de abogado, ha contribuido á infestar estas profesiones del espíritu de tráfico, asimilando el ejercicio de una función social al ejercicio de una industria. No intentamos atacar á la industria y al comercio; pero no permitimos que se introduzca el espíritu del tráfico en donde no tiene qué hacer, y en donde, por esto mismo, vendría á ser una fuente de abusos. Se asocian dos personas, padre é hijo, para comprar un estudio de escribano, y se convino en que la sociedad duraría diez años; que el hijo sería el propietario titular del oficio, encargado solamente de la dirección y del trabajo del estudio y del gabinete; que cada uno pagaría por mitad el precio de la carga, la caución y los gastos, teniendo derecho á la mitad y los beneficios; que el padre tendría un gabinete y que se encargaría de llevar la caja, de la cual tendría una llave. Después de cinco años el hijo declaró á su padre que no tenía en condición continuar en la sociedad, de la cual pidió la anulación. La Corte de París anuló el contrato como contrario al orden público, porque quitaba la libertad de acción al escribano y alteraba la misión que había recibido de la ley. Se ve que en los tribunales tiene mucha facilidad para motivar sus discusiones. En Bélgica no existen se-

1 Casación, 15 de Enero de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 59). Compárese Lyon, 29 de Junio de 1849 (Dalloz, 1850, 2, 155).

mejantes contratos, y si se presentan se les declara nulos por recaer sobre cargos sociales que no están en el comercio. En Francia está en el comercio en cierto sentido; pero este comercio es limitado, pues la ley permite al escribano presentar su sucesor, y no le permite asociarse con el primer advenedizo, para el ejercicio de su cargo. La sociedad, dice la Corte de Casación, recae sobre el oficio mismo y, por consiguiente, sobre una delegación de la potestad pública, y desde entonces está comprendida en el artículo 1,133. Esto quiere decir que la habría revalidado la asociación si no hubiese recaído más que sobre el ejercicio del cargo, pues la sentencia dice que el contrato había podido atribuir al padre, considerado como simple dependiente, una parte de los productos del oficio, proporcionada á la importancia de sus trabajos; pero esto nos parece muy dudoso, pues siempre sería un pacto sobre cargos sociales y una asociación que tendría por objeto una cosa que no está en el comercio. Nada más lícito que el escribano ó el notario pague á sus pasantes todo lo que quiera, á título de sueldo; pero desde el momento en que se asocia al pasante ó á cualquiera otra persona, hay convenio sobre un cargo social, y es contrario al orden público. (1)

131. Se asocian cuatro escribanos para la explotación de sus cargos, y otros escribanos de la misma población entablaron contra ellos una demanda por daños y perjuicios, pidiendo, además, la disolución de la sociedad, que pretendían que era ilícita. Los demandados negaron la existencia de la sociedad, y, sin embargo, rehusaron contestar al interrogatorio sobre hechos y artículos que había ordenado, y sostuvieron que semejante asociación sería lícita y que, por lo tanto, no podría dar lugar á daños y

1 Denegada casación, 9 de Febrero de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 70). Compárese París, 4 de Febrero de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 149).

perjuicios. La Corte declaró que no podía sancionar semejante principio, pues la asociación de dos ó más escribanos para la explotación de sus cargos es contraria al orden público, porque constituye una violación de las leyes que fijan los derechos y los deberes de los escribanos, auxiliares de la justicia, y comprometen gravemente los intereses del público, suprimiendo toda emulación y toda vigilancia mutua y comprometiendo los secretos de las partes. (1)

## *II. Represión de los delitos.*

132. Es tan evidente que son nulos los convenios que tienen por objeto directo ó indirecto un hecho castigado por la ley, que valdría la pena de decirlo si, desgraciadamente, no fueran tan frecuentes estos convenios. Hay delitos para los que la opinión pública muestra una indulgencia culpable. Tal es el contrabando, en el cual parece que solamente se interesa el fisco, y como éste es el enemigo común, se le hace la guerra, se le engaña sin ningún escrúpulo, se toma el partido de los contrabandistas y se admirán sus astucias, y de este modo se vicia la conciencia y se altera á la moral pública. Cuando se trata de convenios ilícitos, los tribunales son los guardianes de la moral lo mismo que los del derecho, y deben mostrarse severos porque están llamados á guardar las bases del orden social.

Una ley de 10 de Brumario, del año V, prohibió la venta de mercancías inglesas ó reputadas como tales. Esta era una verdadera medida de guerra, y no era el fisco, sino el enemigo de la revolución, el que estaba de por medio. Un francés compró en el extranjero mercancías prohibidas, y se juzgó que el convenio era nulo porque estaba fundado

1 Tolosa, 18 de Enero de 1866 (Daloz, 1866, 2, 6).

sobre una causa ilícita, importando poco, dice la Corte de Lieja, que la compra haya sido celebrada en el extranjero, pues la ley tenía por objeto estorbar el despacho y la circulación de mercancías inglesas y excluirlas del consumo, como lo prescribió la declaración de urgencia que la presidió; así, pues, obligaba á todo francés, aun en el extranjero, y el convenio que violaba la ley, violaba también el orden público y fué, por lo mismo, atacado de nulidad. (1)

Aun cuando la prohibición no fuera más que una ley de aduanas, basta que el contrabando sea un delito para que todo convenio que lo favorezca sea atacado de nulidad radical. Se ha juzgado que el convenio que tiene por objeto mercancías prohibidas no da lugar á ninguna acción judicial, y, en consecuencia, al comprador de semejantes mercancías, aunque hayan sido embargadas, no puede admitirse que persiga al vendedor por la nulidad de la venta, sino hasta la concurrencia del valor de las mercancías embargadas. En 1.<sup>a</sup> Instancia se admitió la demanda con garantía, y en Apelación la Corte decidió que los tribunales no pueden conocer de la ejecución ó falta de ejecución de semejantes contratos concertados entre las partes contratantes y que no tienen por objeto más que el fraude y la violación de las leyes. (2) ·Más adelante hablaremos del efecto que produce un convenio ilícito.

133. Son evidentemente ilícitas las asociaciones que tienen por objeto el contrabando, cuando se celebran para introducir mercancías en el país cuyas leyes prohíben la introducción, y, sin embargo, se forman estas sociedades como si se tratara de un objeto lícito. Dos individuos for-

1 Lieja, 11 de Junio de 1812 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 588, 1º).

2 París, 6 de Marzo de 1846 (Dalloz, 1846, 4, 376).

maron, en 1829, una sociedad en participación, para la introducción de mercancías inglesas, y la liquidaron después de dos años. Uno de los asociados presentó una cuenta que dió lugar á un nombramiento de árbitros, los cuales fijaron el saldo en treinta mil francos y se interpuso apelación. La Corte hizo constar que la sociedad tenía por objeto introducir fraudulentamente mercancías cuya entrada estaba prohibida por la ley y substraer á los derechos de entrada objetos que le estaban sometidos, y el doble objeto de la sociedad había sido confesado por las partes y reconocido aun por la sentencia arbitral; así es que, tal sociedad, según dijo la Corte de París, es ilícita y no puede dar lugar á ninguna acción ante los tribunales. Los apelantes no pedían la nulidad de la sentencia arbitral, sino que únicamente la sometían á la Corte en algunas de sus disposiciones. En este estado, la Corte no podía pronunciar la nulidad de la sentencia, pues hubiera tenido que ordenar sobre los puntos del juicio que le estaban sometidos, lo cual no podía hacer desde el momento en que las controversias se fundaban en convenios ilícitos, y, por estos motivos, decidió la Corte que no había lugar á fallar sobre los puntos de la apelación. (1)

La cuestión viene á ser dudosa cuando el contrabando se ejecuta en el extranjero. Se ha juzgado que la sociedad formada para ejercer el contrabando en las costas de Inglaterra, era ilícita. Dice la Corte de Rennes que el convenio es contrario á los principios de derecho natural, y que, por lo mismo, es ilícito; (2) pero este motivo no es admisible, al menos como está formulado, pues la cuestión de si una causa es ilícita está resuelta por un texto de la ley; así es que el art. 1,133 es el que corta la dificultad

1 París, 18 de Febrero de 1837 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 523).

2 Rennes, 1º de Diciembre de 1826 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 591).

y no el derecho natural. Para que un convenio sea contrario á las leyes, al orden público ó á las buenas costumbres, se necesita que sean violadas las leyes francesas, que sea vulnerado el orden público francés, pues aun las buenas costumbres tienen un carácter nacional; por eso es que los jurisconsultos romanos tenian cuidado de agregar que no se podria atentar á las buenas costumbres de su "ciudad." Sin embargo, la moral condena ciertos actos aun cuando no los condenen las leyes nacionales, y aquélla tiende á generalizarse, sin tener en cuenta la división del género humano en naciones. De aquí se sigue que debe considerarse como inmoral lo que prohíbe una ley extranjera, cuando lo prohíbe por un motivo de orden público.

134. Es ilícito todo convenio relativo á un delito, aun cuando la parte obligada no participe del hecho criminal. Un librero celebró, con una compañía de comisionistas públicos, un convenio para la venta diaria de veinte mil ejemplares de un folleto titulado "Llamamiento al pueblo." La compañía se negó á ejecutar el convenio porque el folleto contenía imputaciones calumniosas ó injuriosas para muchas personas. Se objetó que siendo conocido el impresor, el vendedor ó repartidor no podía ser perseguido, y se concluyó que, respecto de este, nada tenía de ilícito el convenio; pero esta defensa no fué admitida, y con razón, pues la calumnia es un delito y, por lo mismo, el escrito calumnioso no puede ser objeto de ningún convenio. Sin embargo, la Corte sostuvo el convenio en lo relativo á no haber sido ejecutado, en el sentido de que declaró bastante el ofrecimiento de los demandados, de la suma que devolvían al librero por la venta de los folletos, haciendo deducción del salario debido por la venta al por menor. (1) Hacemos constar el hecho, que no está de acuerdo con la jurisprudencia francesa que acabamos de insertar.

1 Bruselas, 7 de Agosto de 1865 (*L'Asociación*, 1866, 2, 69).

*III. La libertad.**1. Libertad del obrero.*

135. La constitución de 1789 comienza por una declaración de los derechos del hombre, derechos que toma de la naturaleza, que no puede abdicar, que no le pueden arrebatar y que son imprescriptibles, no pudiendo ser enajenados; lo cual equivale á decir que estos derechos no pueden ser objeto de convenios que tengan por efecto alterarlos ó modificarlos, y entre los derechos naturales del hombre figura en primer término la libertad. El hombre la limita por los convenios que celebra, pero, aun obligando su persona, queda entera su libertad en el sentido de que solamente sus bienes responden por la ejecución de sus obligaciones; de modo que el deudor no puede ser apremiado á ejecutar lo que no quiere, sometiéndose únicamente á los daños y perjuicios en caso de falta de cumplimiento (art. 1,142), y aun estos daños y perjuicios no se deben sino cuando el convenio es válido, siendo nula si atacara á la libertad individual del deudor. Tal sería el convenio por el cual obligara sus servicios de toda la vida, pues, según el art. 1,780, no pueden obligarse los servicios más que por determinado tiempo, ó para una empresa determinada. Tratarémos de este principio en el título "Del Arrendamiento," limitándonos por ahora á desarrollar las consecuencias en lo que conciernen á la causa ilícita que vicia los convenios.

136. La ley de 2-17 de Marzo de 1791 proclamó el derecho que cada uno tiene para ejercer tal profesión ó ejecutar tal negocio, oficio ó arte que le parezca conveniente. No conviene exagerar la extensión de esta ley y concluir que sería nula toda traba á la que se sometiera á alguna persona en cuanto al ejercicio de una profesión ó de una industria. La ley de 1791 no ha hecho más que reproduc-

cir el principio de libertad inscripto en el célebre edicto de Turgot, de 1776. El objeto de Turgot era libertar á los obreros y, por consiguiente, á la industria, de las trabas que las maestranzas y los gremios ponían á la libertad del trabajo, y la ley de 1791 no entendió prohibir los convenios que se celebran en interés privado, libremente apreciado, aunque limiten el ejercicio de este derecho. La dificultad está en precisar el límite en que el contrato viene á ser un atentado contra la libertad, y hé aquí el principio formulado por la Corte de Casación: "Si el convenio priva á un ciudadano, de una manera absoluta, del derecho de ejercer su industria, en cualquier lugar y para siempre, es ilícito porque destruye el derecho que la constitución de 1789, de acuerdo con la naturaleza, declara inalienable; pero si la privación se limita á cierto tiempo ó á cierto lugar, el convenio es válido porque el que lo subscribe podrá ejecutar su industria en otro lugar ó en otro tiempo." Nosotros aceptamos el principio en cuanto á la limitación del lugar, pero se nos dificulta admitirlo en cuanto al tiempo. El trabajo es la ley del hombre: ¿puede prohibirse el derecho de trabajar aunque esto sea por tiempo limitado? Esto sería substraerse durante este tiempo á una ley que ordenó Dios á todas las criaturas.

Las aplicaciones que la jurisprudencia ha hecho del principio, harán comprender la extensión, y quizá justificarán nuestros escrúpulos. Un obrero, que entró como contramaestre ó director de la fabricación en un establecimiento de confitería, contrajo la obligación de no asociarse jamás á otro establecimiento de la misma especie, en Lille ó en el Departamento del Norte, bajo la pena de veinticinco mil francos de daños y perjuicios, en tanto que subsistiera el establecimiento en que era contramaestre, y después de haber ejecutado este convenio durante 10 años, el obrero pidió la anulación como contraria al orden público y á la

libertad de industria. El consejo de los hombres buenos anuló el convenio, pero, en apelación, el Tribunal de Lille lo sostuvo. Estableció el fallo que el obrero quedaba libre para ejercer su industria fuera del Departamento, sin ninguna condición, ó aun en el Departamento, pagando la suma convenida á título de daños y perjuicios. La Corte de Casación denegó el recurso interpuesto por el fallo, y estableció en principio que la libertad del trabajo y de la industria no es obstáculo al convenio por el cual uno de los contratantes se obliga á no ejercer una industria cuya concurrencia sería de tal naturaleza que causara un perjuicio á la otra parte. Tal prohibición, dice la sentencia, no viene á ser ilícita sino cuando fuera general y absoluta, "ya en cuanto á lugar ó ya en cuanto al tiempo." ¿No excede esta fórmula la intención de la Corte? En el caso, la interdicción estaba limitada al Departamento del Norte, y respecto del "lugar" y del "tiempo," estaba bien dicho que el obrero jamás podría establecerse en este Departamento, pero, dice la Corte, la prohibición estaba limitada á la duración del establecimiento en interés del cual se había estipulado. Esta limitación, en nuestro concepto, hubiera sido insuficiente, porque el establecimiento podía durar más tiempo que la vida del obrero y, por consiguiente, venir á ser perpetua: una prohibición perpetua, aunque sea limitada á cierto lugar, nos parece contraria á la libertad del hombre y del trabajo; en realidad, el tiempo era ilimitado, y desde luego debió haber anulado el convenio, según el principio mismo de la Corte de Casación. La sentencia misma lo prueba, pues en la intención de las partes, decía el fallo atacado, la prohibición se había estipulado en favor de todos los poseedores del establecimiento, (1) lo cual equivale á confesar que era indefinida en cuanto

1 Denegada casación, 5 de Julio de 1865 (Dalloz, 1865, I, 425). Compárese Aubry y Rau, t. 4º, pág. 323, nota 16, pfo. 345.

al tiempo, y, por lo mismo, creemos que el consejo de los hombres buenos había juzgado muy bien.

137. Hé aquí un caso en que ha sido juzgado válido el convenio. Un dependiente estaba empleado con un comerciante de novedades, como cajero. En 1858 se le aumentó el sueldo á mil francos anuales y se le concedió, además, un medio por ciento en las ventas. Al mismo tiempo se convino en que hasta el 1.º de Julio de 1866 el dependiente no podría colocarse en ninguna casa de Valenciennes que tuviese los mismos artículos, ni representar en dicha población á una casa extranjera que vendiera estas mercancías. En 1864 el dependiente se separó de la casa y se colocó en otra casa de Valenciennes que hacía al por mayor el comercio que su antiguo jefe ejercía al por menor, y éste lo demandó por daños y perjuicios, rechazando su demanda el Tribunal de Comercio; pero el fallo fué reformado en Apelación, pues como el convenio celebrado entre el primer jefe y su dependiente estaba limitado á cinco años, debía sostenerse, según la jurisprudencia, y no era exacto decir que no tuviese causa, porque, en compensación á las nuevas ventajas que la prohibición temporal estipulada por el jefe daba al dependiente, éste había consentido en ella. (1)

138. La Corte de Metz anuló un convenio semejante porque prohibía al dependiente establecerse "jamás" en la población en que estaba empleado como hombre de confianza, y en los alrededores en diez kilómetros á la redonda. Este convenio, aunque limitado en cuanto á "lugar," era perpetuo en cuanto al "tiempo," y el espíritu de nuestras leyes se opone á que las personas se obliguen á perpetuidad, lo cual resulta del art. 1,780 que no hace más que aplicar al derecho civil el principio de libertad individual que es la base de nuestro orden público. Nuestras

<sup>1</sup> Douai, 31 de Agosto de 1864 (*Dalloz*, 1864, 2, 225).

leyes favorecen el libre vuelo de las facultades individuales y de la competencia. Un negociante puede, sin duda, tomar ciertas medidas, de común acuerdo con sus agentes, con objeto de evitar la competencia desleal que podría hacerle un empleado que abusara de la confianza de que goza, para quitar á su patrón la clientela, con la cual está en relaciones diariamente; pero, dice la Corte, estas precauciones no justifican más que una prohibición limitada en cuanto al lugar y en cuanto al tiempo, pues ir más lejos sería permitir á las partes estipular una especie de incapacidad y de destierro. Resta saber cuál es el tiempo por el que se puede prohibir el ejercicio de una industria, y la Corte responde que el tiempo debe ser razonablemente limitado. (1) Esto es muy general, pero el art. 1,780 deja igualmente indecisa la cuestión y á la apreciación de juez.

La resolución de la Corte de Metz fué casada y aquí renacen nuestros escrúpulos, pues la Corte de Casación dice que la libertad del trabajo puede ser limitada por los convenios de las partes interesadas, los cuales no vienen á ser ilícitos sino cuando entrañan, para uno de los contratantes, la prohibición de su industria de una manera absoluta y general. Y no era tal el convenio litigioso, pues permitía al dependiente ejercer su comercio en todas partes menos en Charleville ó en sus alrededores. La Corte concluyó que la sentencia de la Corte de Metz violaba manifiestamente el art. 1,134; (2) así, pues, admite que puede haber una prohibición perpetua para ejercer una industria en un lugar determinado. ¿No destruye semejante traba la libertad del trabajo que es indudablemente el más natural de todos los derechos, puesto que es la ley del hombre?

139. Hay ejemplos de prohibición absoluta, y generalmente esta es la tendencia de los patronos, quienes, si se

1 Metz, 16 de Junio de 1863 (Dalloz, 1864, 2, 14).

2 Casación, 24 de Enero de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 81).

les dejara obrar, restablecerían la esclavitud, agregando al hombre á una fábrica, como en la Edad Media era agredido á la tierra. El siguiente convenio se celebró entre un contramaestre y un fabricante: éste concedió al obrero una parte proporcional y el obrero se obligó á no servir ni asociarse jamás, directa ó indirectamente, ni en ningún tiempo, á otra fábrica de lápiz. La Corte de Metz anuló el convenio y se interpuso casación, recayendo una sentencia denegándola. Si, dice la Corte, el trabajo es una justa causa de legítimos convenios, es con la condición de que la "libertad personal" de quien obliga sus servicios no será encadenada por una enajenación "perpetua y absoluta" de su trabajo. Por aplicación de este principio, el artículo 1,780 no permite obligar sus servicios más que á tiempo y para una empresa determinada. Una consecuencia necesaria del mismo principio es la prohibición de toda obligación que tenga por resultado obligarse á no hacer, en ningún tiempo ni en ningún lugar, empleo determinado de su trabajo, lo mismo que para tal patrón ó tal establecimiento; (1) así, pues, se ve que la Corte procede del mismo principio que nosotros, que es la libertad del trabajo, y únicamente no está de acuerdo respecto del límite en el cual la libertad hace lugar á la servidumbre. El texto de la ley no resuelve la cuestión; pero el artículo 1,780 suministra un instrumento de analogía en favor de nuestra opinión, reprobando los convenios perpetuos, y la libertad, tal como se entiende en los pueblos modernos, conduce al mismo resultado; es decir, á que la libertad individual es el alma de nuestras instituciones políticas y el principio de nuestra vida. Guardémonos de encadenarla.

Un caso análogo se presentó ante la Corte de Lyón: un

1 Casación, 25 de Mayo de 1868 (Daloz, 1869, I, 277).

dependiente se obligó á no establecer por sí ni en comandita, ninguna casa para el comercio de sombreros de paja, y á no ejecutar ninguna operación como empleado en este género de negocio. El Tribunal de Comercio y la Corte creyeron deber limitar esta obligación á la ciudad de Lyón, lo cual era reconocer que el convenio era ilícito, y, por lo mismo, debió haberlo anulado, pues los tribunales no tienen el derecho de modificar las cláusulas de los convenios, y la sentencia fué casada por este motivo. (1)

## *2. Libertad de la industria.*

140. La libre competencia es otra fас de la libertad. ¿Tiene un límite? ¿Pueden derogarlo los convenios particulares? No nos apartarémos del texto que resuelve estas difíciles cuestiones. De aquí la inevitable incertidumbre de la jurisprudencia. Ocho fabricantes de loza fina formaron una sociedad en partición bajo las siguientes condiciones: cada uno de los asociados hará llevar á un almacén común todos los objetos de porcelana fabricados en su manufactura; estos objetos serán recibidos en cuenta corriente, conforme á una tarifa agregada al contrato, por una comisión de tres miembros que serán propuestos, cada uno á su vez, al fijarse la tarifa; los asociados renuncian, durante los diez años que debe durar la sociedad, á toda venta de cualquiera clase de productos de sus fábricas, por otros medios que los de la sociedad. Se suscitaron numerosas dificultades acerca de la ejecución del contrato, y uno de los asociados acabó por pedir la nulidad, la cual fué pronunciada por la Corte de Bourges, por la razón de que los fabricantes, asociándose y determinando un precio fijo de venta, perjudican al orden público que exige la más entera libertad en el comercio. Se objetó que

1 Casación, 25 de Mayo de 1868 (Daloz, 1869, 1, 277).

nada impedía á otros fabricantes reunirse y hacer competencia á la sociedad, y la Corte respondió que con el ascendiente de su asociación y la reunión de sus fortunas, los fabricantes asociados eran dueños de arruinar el nuevo establecimiento, bajando momentáneamente el precio de la mercancía, y poniéndolo inferior al precio de fabricación. ¿Era esta una asociación prevista y castigada por el art. 419 del Código Penal de 1810? Los asociados fueron perseguidos, pero se interpuso casación y se sostuvo que no son contrarios al orden público más que los convenios que violan una ley; pero esto no es exacto, pues el art. 6 está concebido en el sentido de que prohíbe á los particulares derogar las leyes que interesan al orden público; mas el art. 1,133 es más general, pues declara ilícita la causa, no solamente cuando está prohibida por la ley sino también cuando es contraria al orden público, y, por lo mismo, es ilícita, aun cuando no haya ley prohibitiva. Esto deja una gran libertad á los tribunales. La Corte de Casación pronunció una sentencia denegándola, pero en términos muy reservados: dice que la Corte de Bourges pudo, sin violar expresamente la ley, ver y apreciar en el contrato celebrado entre los fabricantes de porcelana, convenios propios para quitar la libertad del comercio y para perjudicar á la competencia; pero estando esta interpretación en las facultades del juez de hecho, escapa á la censura de la Corte, pues casi es una censura moral. El Abogado General concluyó conforme á la casación; pero fué más lejos, según nos parece, sosteniendo que no es contrario al orden público sino lo que está expresamente prohibido por la ley. En materia penal esto es evidente, pero en materia civil la ley es más amplia, como se ve comparando la redacción del art. 1,131 con la del art. 6. Jauríer dice que la doctrina contraria es de una vaguedad espantosa. “¿Qué! dice, si prometiera á un tribunal de-

clarar ilícita la facultad de salir de su casa, convendría respetar una decisión que, bajo pretexto de garantizar el orden público le acarrearía el atentado más funesto?" (1) Esta es una de las fases de la dificultad; pero todavía tiene otra, pues el art. 1,133 declara ilícita también la causa que es contraria á las buenas costumbres. ¿Equivale esto á decir que los tribunales deberán sostener los convenios, aun los más inmorales entre amancebados, solamente porque la ley no castiga el concubinato? Si la ley ha dejado al juez una gran amplitud en lo relativo á las buenas costumbres, ¿no debe ser lo mismo respecto del orden público? En su más amplia acepción, el orden público es sinónimo de interés general ó público. ¿No se permitirá á los tribunales anular los convenios que vulneran el interés general, como si violaran una ley expresa? La dificultad es muy grande, y nos parece que la Corte de Casación ha obrado sabiamente abandonando la resolución al juez de hecho.

141. Se celebró un convenio entre cuatro comerciantes, que eran los únicos que, en la población, ejercían el comercio de maderas. Queriendo poner término á su competencia, se obligaron á fijar, de común acuerdo, sus precios de compra y de venta con el objeto de asegurarse un beneficio de cuatro ó cinco por ciento. Se suscitaron controversias entre las partes y el Tribunal de Comercio, de oficio declaró nulo el convenio como contrario á la libertad de comercio, y, por consiguiente, al orden público. La Corte de Douai confirmó la resolución por la razón de que los convenios litigiosos tenían por objeto extinguir la competencia que debe existir en el comercio, y la Corte dice que si la concurrencia es contenida dentro de los límites prudentes, afecta esencialmente al interés público, y que,

1 Denegada casación, Sala Civil, 18 de Junio de 1828 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 613).

por consiguiente, los convenios particulares que tienden á limitarla ó á suprimirla son ilícitos y contrarios al orden público. Hacemos notar que la ley no invoca ninguna ley que haya sido violada, salvo los arts. 1,131 y 1,133. Así, pues, los tribunales son los que resuelven soberanamente, si se ha atacado ó no á la libertad del comercio. (1)

Dos fabricantes convinieron en conformarse, para el pago de sus obreros, á una misma tarifa acordada entre ellos. Uno faltó á su compromiso, y, sobre la queja del otro, pidió la nulidad del contrato. El Tribunal de 1.<sup>a</sup> Instancia falló declarando válido el contrato, porque no violaba ninguna ley, pero la Corte de Nancy reformó esta resolución. Es indudable que el convenio litigioso restringía la libertad del comercio que ejercían las dos partes en la misma población, y la Corte añadió que contenía trabas al libre ejercicio y al desarrollo de su industria, pues obligándose á sostener, por tiempo indeterminado, precios invariables para la hechura de ciertos objetos de su comercio, embargaban toda mejora, toda competencia y, por lo mismo, todo progreso, lo cual habría arruinado á ellos y á sus obreros, y además, el público se habría visto obligado á pagar las mercancías á más alto precio que el que habría determinado la libre competencia. Así, pues, respecto de todas, el convenio atacaba al orden público y recaía, por lo tanto, bajo la aplicación del art. 1,131. (2) Se ve que la Corte no cita ninguna ley que haya sido violada, y en realidad no la hay, siendo por consideraciones de economía política por lo que la ley declara que el convenio es contrario al orden público, y el juez de hecho es el que debe decidir.

142. Todo convenio es un obstáculo á la libertad de las partes contratantes, pero esto no es decir que todo conve-

1. Douai, 13 de Mayo de 1851 (Daloz, 1853, 2, 27).

2 Nancy, 23 de Junio de 1851 (Daloz, 1853, 2, 99).

nio entre fabricantes sea ilícito, pues conviene ver cuáles su objeto, y por esto es que los convenios que atacan á la libertad de la industria y del comercio, son declarados ilícitos por los tribunales. Así, pues, si los convenios no conciernen más que á los intereses particulares de las partes contratantes, no hay lugar para anularlos. Los propietarios *pro indiviso* de un ingenio, convinieron en que lo explotaría cada uno alternativamente y fijaron un precio, bajando del cual no les sería permitido ejercer los trabajos de su manufactura durante noventa y nueve años. Esta cláusula, dice la Corte de Tolosa, no interesa más que á los propietarios comunes que se sujetaron á ella, y aunque es posible que sea una traba para los contratantes, ellos son libres para librarse por medio de nuevos convenios; pero esta no es una razón para que el Tribunal anule el contrato mientras conviene á los interesados, pues sería necesario que el comercio, considerado en un sentido absoluto y con relación á los derechos de terceros, fuese cortado en su libertad para que el juez pudiese anular el convenio en interés general. La Corte de Casación confirmó esta resolución. (1) Así, pues, es de jurisprudencia, como lo hemos enseñado, que el orden público se confunde con el interés general, lo cual no es dudoso; pero las dificultades nacen en la aplicación: ¿cuándo puede decirse que es vulnerado el interés general? El límite entre el interés general y el interés individual es muy difícil de trazar, y todo depende de la apreciación de los jueces de hecho.

La Corte de Lyón resolvió la cuestión en el mismo sentido. Muchos fabricantes de extracto de castaño se obligaron á hacer vender sus productos por un solo almacenista, recibiendo éste un 6 p $\frac{1}{2}$  á título de derechos de comisión por las mercancías que vendiera, y haciendo ade-

1 Denegada casación, 4 de Enero de 1842 (Dalloz, en la palabra *Industria*, núm. 418, 2º).

lantos por las que tuviera en depósito ó almacenadas. No escasearon las contravenciones, y el comisionista demandó á los fabricantes por pago de la multa estipulada á título de pena, y éstos pidieron la nulidad del contrato. La demanda fué aceptada por el Tribunal de 1.<sup>a</sup> Instancia y el fallo estableció que asociándose los fabricantes no tenían otro objeto que obtener una alza en el precio de sus productos, y que, en efecto, había habido una alza súbita como resultado de su asociación. Así, pues, el convenio creó un monopolio, con gran perjuicio de los compradores, y, por lo mismo, era contrario al orden público que exige la más entera libertad de comercio; pero la Corte de Apelación reformó esta resolución, y había un motivo para dudar: ¿Eran libres los asociados para fijar sus precios, según les conviniese? El convenio nada decía respecto de esto; es decir, que la libertad de los fabricantes quedaba íntegra, y, por lo tanto, no podía decirse que hubiese coalición con el objeto de crear un monopolio en perjuicio del público. El convenio se comprendía muy bien sin suponer una intención de coalición, pues proporcionaba á los asociados y al comisionista ventajas reciprocas: éste tenía un derecho de comisión que lo obligaba á alterar la venta, y aquéllos vendían más fácilmente sus productos y recibían anticipos sobre las mercancías almacenadas. Así, pues, ni en su objeto ni en sus consecuencias era contrario al orden público el convenio. (1)

#### *IV. Prohibiciones de la ley.*

143. Según los términos del art. 1,133, la causa es ilícita cuando es prohibida por la ley. Hé aquí una causa ilícita sobre la cual parece que no debía haber ninguna duda, puesto que supone una ley formal. En realidad, nuestras

1. Lyon, 18 de Noviembre de 1848 (Dalloz, 1849, 2, 69).

leyes no hablan de una “causa” que prohíben, y la teoría de la causa ilícita no existe más que en el Código Civil, y aun se puede discutir su exactitud; así, pues, la cuestión se reduce á saber si toda prohibición contenida en una ley importa causa ilícita, á lo cual ya hemos respondido de antemano (núm. 124). Cuando el legislador prohíbe y anula, es por lo común, en interés general, y entonces no hay duda, puesto que el interés general se confunde con el orden público, y como hay una ley formal que consagra y sanciona lo que el legislador establece en interés general, la consecuencia es que los convenios de los particulares no pueden derogarla, y que toda derogación es atacada de nulidad radical. Citarémos como ejemplo el artículo 1,597 que prohíbe á los magistrados venir á ser cesionarios de créditos litigiosos, cuando son de la competencia del tribunal en el cual ejercen sus funciones. ¿Estas cesiones las prohíbe la ley en interés general, ó en interés particular? Aquí se ve el lazo íntimo que une al interés particular y al interés general, pues indudablemente la cesión vulnera el interés del cedente y del deudor del crédito; pero vulnera, ante todo, el interés general, los sentimientos de honor y de delicadeza que deben animar á los magistrados y á todos los que contribuyen á que se imparta la justicia, y esto resuelve la cuestión, pues la nulidad es radical por estar fundado el convenio en una causa ilícita. La venta de un crédito litigioso da también lugar al derecho de retracto; pero el art. 1,699 únicamente consagra este derecho en interés del deudor, que es el único que puede valerse de él, y no hay causa ilícita aunque permita rescindir el convenio y desposeer al cesionario.

144. Se formó una sociedad entre dos personas para la fabricación y venta de un remedio secreto, y se suscitaron algunas cuestiones entre los asociados. Uno de ellos pidió

la disolución de la sociedad, y los demandados reclamaron daños y perjuicios, recayendo un fallo que los envió ante árbitros. En Apelación, el demandante sostuvo que la sociedad era nula, y la Corte declaró que las partes no tenían acción judicial, porque el convenio se fundó en una causa prohibida por la ley, causa que evidentemente era de interés general. (1) La prohibición de la ley es para hacer ilícito todo convenio que tenga por objeto causas prohibidas. Estos convenios son más que nulos, son inexistentes, de tal suerte, que no dan ni siquiera una acción judicial. No existen á los ojos de la ley, por consiguiente, ni invocarse pueden ante los tribunales.

145. Las loterías están prohibidas en Bélgica; (2) y en Francia (3) tanto las loterías extranjeras como las belgas. En otro tiempo había una lotería real; y por una increíble aberración, el Estado tenía una casa de juego de azar, el más funesto de los juegos, porque tiende á desviar al hombre de su casa y del trabajo. Después de algún tiempo, los economistas se pronunciaron contra esta abominable institución. "El juego de azar, dice Say, tiene una sensible influencia que habitúa al hombre á esperar de la fortuna lo que debía esperar de su talento ó de su valor; le acostumbra á buscar ganancias en las pérdidas de los otros, más bien que en las verdaderas fuentes de la riqueza. Las recompensas de un trabajo activo parecen mezquinas, comparadas con el atractivo de una gran lotería; éstas son, por otra parte, un impuesto que, aunque voluntario, pesa enteramente sobre la clase menesterosa, á la cual la necesidad sólo puede hacer despreciar el mal de un juego

1 París, 15 de Junio de 1838 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, número 586).

2 Ley de 31 de Diciembre de 1841.

3 Ley de 21 de Mayo de 1836.

desigual, y éste es casi siempre el pan de la miseria que se aventura cuando no es más que el fruto del crimen." (1) Abolida la lotería real precitada, el legislador, naturalmente, debió prohibir las loterías extranjeras; por consiguiente, todos los convenios relativos á estas loterías se fundan en una causa ilícita, y, por tanto, son radicalmente nulos. Las letras de cambio son firmadas para negociación de billetes de una lotería extranjera, los portadores obran en justicia, y, sin embargo, se ha juzgado que debían ser declaradas no admisibles en su demanda, porque la causa de dichas letras es ilícita, y no podía dar lugar á acción alguna, en justicia. (2)

146. Por una rara contradicción la ley belga que prohíbe las loterías exceptúa de esta prohibición las operaciones financieras de potencias extranjeras hechas con prima ó reembolso por vía de suerte, cuando la cuota oficial fuese autorizada por el Gobierno. Exceptúa aun las operaciones financieras de la misma naturaleza hechas por las provincias y comunidades del Reino, lo mismo que las operaciones de las sociedades anónimas ó capitalistas que reembolsan con primas por vía de suerte, cuando son autorizadas por el Gobierno (ley belga, art. 8). Hemos dicho que hay una contradicción notoria en abolir las loterías de un modo y restablecerlas de otro. Se dice en la Exposición de Motivos de la ley francesa: "Crear arcas de ahorro es tanto como excitar el espíritu de orden y de economía tan necesario á las naciones como á las familias; se anima al trabajo individual por el interés social de la propiedad y el interés de la propiedad por la garantía, no menos social, de la conservación. Abolir la lotería es destruir las especulaciones del vicio y de las malas pasiones que demandan

1 Say, *Tratado de Economía Política*, t 3º, pág. 179 de la 5º edición.

2 París, 5 de Junio de 1829 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 584).

á la suerte y al azar lo que sólo el trabajo puede garantizar." ¿Se concibe que el legislador destruyese las loterías como especulaciones del vicio y de las malas pasiones, y que autorizase estas mismas especulaciones dándoles el apoyo de su autoridad?

La lotería ha llegado á ser una excepción; por las malas pasiones, una vez excitadas, no se detienen en el límite que el legislador procura ponerles. El "Crédito Territorial" ha sido autorizado para hacer el reembolso de las acciones por medio de primas. Los propietarios de obligaciones intentaron ceder, antes de cada sorteo, sus derechos á las suertes de los lotes inherentes á sus títulos, habiendo sido fijado en cinco ó seis francos el precio de cada obligación y de cada sorteo; después se extendió esta operación cediendo fracciones de suertes, y uno de estos especuladores creó billetes, dando derecho por veinticinco céntimos á una cuadragésima parte de la suerte agregada á una obligación designada nominativamente. Se procedió contra el especulador y fué condenado á la pena establecida por el art. 410 del Código Penal. Recurso de casación. El recurrente sostuvo desde luego que no hay loterías en la venta de suertes inherentes á una obligación. Se decía que una lotería no existe más que con la condición de que haya uno que gane y otro que pierda, y en la venta litigiosa no había ni quien ganara ni quien perdiese. Es inútil detenernos en esta objeción, pues aunque podría hacerse en Francia no podría objetarse en Belgica, porque nuestra ley define así la lotería: "toda clase de operaciones, bajo cualquiera forma que se ejecuten, destinadas á procurar una ganancia por medio de la suerte" (art. 2), aunque nuestro nuevo Código Penal ha establecido una modificación á esta definición, exigiendo que la operación sea ofrecida al público (art. 301). No aceptamos esta restricción, pues da por resultado que las "especulaciones del vicio y de las

"malas pasiones" vienen á ser lícitas cuando no son ofrecidas al público, la cual es una moral que no comprende más, y resulta de todos modos que las operaciones de que hablamos son loterías. Pero se pretendía que estas loterías estaban autorizadas por la ley, que permite el sorteo con primas para los empréstitos de las sociedades establecidas bajo estas condiciones con autorización del Gobierno; pero el consejero informante respondió á esta objeción y su respuesta es perentoria.

Hé aquí el argumento: el pacto ofrecido al público es un verdadero contrato de cesión, pues el que tiene un título puede transmitirlo, ya sea en su totalidad á una sola persona, ó ya á muchas y por fracciones, y como ninguna ley prohíbe este modo de transmitir, se deduce que no puede ser delito hacer lo que la ley permite. En el fondo de este pacto hay, sin duda, una suerte aleatoria, un suceso que depende de la suerte, y examinando bien aun puede haber una lotería; pero esta suerte, este suceso, esta lotería son las mismas que ha autorizado la ley, permitiendo el reembolso de las obligaciones por medio de primas.

Hé aquí la respuesta: establecer una lotería no solamente es crear una lotería nueva sino también ofrecer al público la posibilidad de tomar parte en otra preexistente, pero después de haber modificado las condiciones; en otros términos, la lotería del sorteo con prima es una excepción, excepción hecha á una prohibición de orden público, y que es, por lo mismo, de la más estricta interpretación; y como no está autorizada sino bajo ciertas condiciones, desde el momento en que éstas se cambian, se sale de la excepción y se entra en la regla general, que es la prohibición. Resta saber si las condiciones se cambian por el fraccionamiento de la suerte, ofrecida al público bajo forma de cesión, y esta operación contiene tres modificaciones á la lotería autorizada, pues es un acto de préstamo de una

suma determinada, pagadera en una época posterior, y á la cual son agregados, como formando parte de ella, los intereses anuales y un beneficio aleatorio á título de prima. ¿Qué hace la especulación? Desnaturaliza el título, la divide en dos; el título creado por la sociedad no es más que un título creado para el especulador; una obligación con prima en que se desprende la suerte que le es inherente, viene á ser una obligación firme y tiene además una suerte de prima separada de la obligación que, según los estatutos, puede existir sola.

Hay una segunda modificación, aun más grave, que concierne á la postura. Según los estatutos, la postura, ó sea el precio de compra de la obligación con prima, precio firme que no está sujeto á otras variaciones que aquellas á que están sujetos todos los valores cotizables de la Bolsa. ¿Qué hace la especulación? Substituye esta postura fija y única con otra arbitraria calculada al agrado del especulador, sin miramiento á la proporción que establece, según su capricho; por una parte, entre el valor de la obligación, y por otra, el valor ficticio de la suerte aleatoria que se le separa entre las diversas personas que transforma en partes que toman á nombre de cinco, de diez, de cuarenta y más. Esta substitución de una postura arbitaria á otra legal, constituye una modificación muy grave y peligrosa á los estatutos que han sido autorizados. El decreto orgánico introdujo la acción de títulos de un valor menor de cien francos; esta disminución es bastante elevada por no ser accesible á aquellos que carecen de ahorro y viven con el dia. Las defiende así contra el contagio de esa fiebre de juego y de esa pasión de enriquecerse súbitamente que ha hecho numerosas víctimas en las clases menesterosas. Esta medida de prudencia y de moralidad llega á ser ilusoria si se permite el fraccionamiento del sorteo. El más pobre es excitado á especular dando como

postura una parte de su salario; es decir, de su ganancia. ¿No equivale esto á desnaturalizar la lotería autorizada, permitiendo lo que tiene intención de prohibir?

La Corte de Casación resolvió en un excelente informe del consejero Nouguier, que el trato litigioso constitúa una lotería no autorizada. (1)

147. Una cuestión análoga ha sido sometida á la Corte. El Gobierno mexicano emitió en 1865, á la Bolsa de París, obligaciones del precio de trescientos cuarenta francos reembolsables por quinientos francos con intereses y primas. Un especulador fracciona estas obligaciones en décimas partes del precio de treinta y cinco francos, y se pretende que ofreciendo las décimas al público propuso á las pequeñas fortunas una verdadera imposición. La Corte de París responde citando el artículo de un diario popular en el que se insiste sobre las suertes ofrecidas á los tomadores de dinero, de fracciones que ascienden á medio millón. Así divididas las obligaciones primitivas cambian de carácter, porque estas obligaciones constituyen la imposición formal de una suma importante, y las primas de las fracciones no son más que un accesorio; por el aumento de su tasa las obligaciones no llegan más que á una especie cómoda. No son otra cosa que las mismas obligaciones divididas; la imposición desaparece, y, por consiguiente, la ganancia por la extracción del sorteo que es el objeto esencial de las partes; el fraccionamiento podría descender á sumas tan pequeñas que los más pobres serían excitados á tomar parte en este juego, y ese es precisamente el peligro que el legislador ha querido evitar prohibiendo las loterías. Hay también otra alteración en las condiciones de la lotería que la ley autoriza; los portadores de obligaciones enteras tienen un título personal y un deu-

1 Denegada casación, Sala Criminal, 10 de Febrero de 1866 (Dáiloz, 1866, 1, 281).

dor, ya sea en el Gobierno, ya en la villa que emite el empréstito. Cuando la obligación se divide, deben reunirse todas las fracciones para que la acción pueda ser útilmente ejercitada; en realidad los portadores, en cincuenta años, no tienen acción sino contra el cedente, que puede llegar á la insolvencia. Se objeta que la postura no se pierde enteramente, porque los cesionarios, en su otra parte en el sorteo, conservan su acción á los intereses y á la devolución del capital. Sin duda, es esta consideración la que llevó al legislador á autorizar los empréstitos con prima; pero esto es nada menos que una excepción que en lo principal sigue los términos rigurosos de la excepción, recayendo en la prohibición. El fraccionamiento de las obligaciones, dice la Corte de Casación, crea otros valores que no son los que la ley autoriza; esto es, una especulación nueva, una lotería prohibida, porque ella sola no es más autorizada. (1) La misma especulación hecha con obligaciones del crédito territorial de cien y de quinientos francos, ha sido, igualmente, declarada ilícita, por la Corte de Casación. (2)

148. Las leyes fiscales son también de orden público, puesto que el fisco es el representante del interés de todos los ciudadanos, y nada más frecuente que los fraudes cometidos por burlar el pago de un impuesto. La ley, por lo tanto, no puede reconocer los convenios hechos en fraude de sus disposiciones. Un copropietario vende á su copropietario la parte que le corresponde en los inmuebles que ambos poseen en indiviso; el vendedor se obliga á dar al comprador poder para vender por menos á nombre de dos copropietarios. El objeto de esta estipulación es substraer

1 Denegada casación, Sala Criminal, 24 de Marzo de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 283).

2 Denegada casación, Sala Criminal, 4 de Mayo de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 284).

al conocimiento del fisco la existencia de la primera venta, por lo cual la causa es ilícita, y, por lo tanto, el convenio nulo. (1) Se ha juzgado, en principio, que todo convenio que tenga por objeto privar del conocimiento de los actos que pueden dar lugar á la percepción de derechos, debe ser declarado nulo y de nulos efectos. (2)

*V. Orden público y buenas costumbres.*

149. El legislador reune de ordinario estas expresiones, (arts. 6, 900 y 1,133). Comprenden el interés general en lo que concierne al derecho civil. Hemos dicho en otra parte que en materia de derecho privado se entiende por orden público el estado de las personas y su capacidad ó incapacidad. Es un principio que los particulares no pueden modificar el estado que la ley da por consideraciones de orden público; el estado de los hombres no es cosa que está en el comercio; hé aquí por qué el contrato de matrimonio, el más favorable de los contratos, no puede derogar los derechos que miran al orden público. (art. 1,388). El matrimonio, su formación y su disolución son igualmente de orden público. Una transacción tiene lugar entre dos esposos sobre una demanda en casación contra una sentencia que había pronunciado la separación de cuerpos. La transacción fué nula, y, por consiguiente, las obligaciones subscriptas, bajo forma de letra á la orden, por la mujer, fueron viciosas por nacer de una causa ilícita, la renuncia del marido á su demanda en materia que es esencialmente de orden público. (3)

150. El matrimonio es un contrato; si se le da este nom-

1 Denegada casación, 16 de Agosto de 1831 (Dalloz, en la palabra *Registro*, núm. 5,123).

2 Bourges, 31 de Marzo de 1838 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 594).

3 Denegada casación, 2 de Enero de 1823 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 597, 1º).

bre no es por colocarlo en la categoría de la venta ó del alquiler. Es, en verdad, el consentimiento de las partes el que constituye el matrimonio; pero este consentimiento no se da en consideración á un interés pecuniario; el contrato que forma es la liga de las almas; pero como las almas ni se venden ni se alquilan, es el afecto el que las une. El dicho vulgar que los matrimonios bajan del cielo, encierra una profunda verdad, pues la unión de las almas es un misterio cuyo autor es Dios, y cuando los hombres quieren colocarse en lugar de Dios la caída es inevitable. ¿Qué decir, pues, de estos intermediarios á los que se da un nombre griego, sin duda para ocultar su oficio deshonroso? Los *proxénētes* hacen los matrimonios á condición de un salario que varía según la fortuna de la mujer que trata de contraer matrimonio, y de ordinario se estipula que la suma prometida no será pagada sino en caso de buen éxito. ¿Semejante convenio puede ser válido? Se le sostuvo ante la Corte de Casación. Sentimos tener que agregar que el apoyo de la demanda dió lugar á una consulta llevando los nombres más honorables del foro de París. Nuestra moralidad debe haber degenerado mucho para que la conciencia de hombres eminentes haya pedido sostener una teoría semejante.

Dicen que este es un mandato y que nada hay más legítimo que la retribución de los pasos que da un mandatario, de los gastos que hace y del tiempo que pierde. Sin duda, dice la Corte de Casación, si el *proxénēte* es un simple mandatario que se encarga de un mandato lícito; si se limita á ejecutar diligencias para dar informes que puedan aclarar las partes contratantes, puede pedir el reembolso de sus gastos y la retribución de sus trabajos; pero no es este el oficio del *proxénēte*, como tampoco lo era del contracitligioso, pues se trataba del pago de una suma

de seis mil francos estipulado para el caso en que, inmediatamente después de sus diligencias, contrajera matrimonio el demandado con una persona determinada, lo cual era una estipulación ruin subordinada á la condición de la verificación de un proyecto de matrimonio, y en relación directa con la importancia pecuniaria del negocio. Semejante convenio, dice la Corte, tiene una causa ilícita porque es contraria al orden público y á las buenas costumbres.

La demanda citó las leyes romanas que admiten la legitimidad del convenio, como si nuestra moralidad fuese todavía la misma de los romanos que cambiaban de mujer como de camisa. Gracias á la severa disciplina del Cristianismo, nuestra moralidad se elevó muy por encima de las enseñanzas de los primeros discípulos de Cristo. No considerarémos más el matrimonio como un mal necesario ni como un remedio contra la impureza, vemos el vínculo de dos almas que se completan por su unión. ¿Qué viene á ser un *proxénète* con los cuidados interesados en un contrato que por su esencia debe ser consentido fuera de toda sugestión, de toda influencia interesada? Aquí dejamos la palabra á la Corte de Casación, que ha pronunciado una sentencia sobre la cuestión perfectamente motivada sobre un informe notable del consejero Laborie.

En nuestra legislación el matrimonio es una obligación irrevocable que toca á los intereses más graves de la familia y de la sociedad, puesto que es su base esencial. Así, pues, el consentimiento de los esposos que se unen ó de los parientes que lo autorizan, debe ser libre, claro y, por consiguiente, ajeno de toda influencia extraña é interesada á obrar sobre la determinación de unos y de otros. Todo esto es de tal naturaleza que bien podía comprometer ó alterar la moralidad y la libertad del consentimiento, y por esto mismo es contrario al objeto de la ley, al

orden público y á las buenas costumbres; y tan es así que en el convenio un tercero se obliga á emplear sus cuidados y diligencia para un matrimonio estipulado en retroacción, bajo la condición de alcanzar éxito, prima calculada menos en razón de los cuidados ó de la diligencia prometidos que en vista de los sucesos y según la importancia del resultado. La demanda fué un espectáculo de fantasía del *proxénète*, en que empleó únicamente sus cuidados para avenir los ánimos de las partes que ni se conocían, separando los obstáculos sin tener en cuenta, de ninguna manera, su determinación. A la ficción la Corte opuso la realidad de las cosas, hecho, sin duda, que obligó á los futuros esposos á conocerse antes de unirse para toda la vida; pero estas relaciones deben ser puras de todo cálculo, libres de toda influencia extraña. ¿Es esto lo que hace el *proxénète*? Esta es la intervención de un agente dominado por ideas de cálculo, de especulación y de tráfico; para asegurar los sucesos, que es la condición del premio estipulado, este agente podría, él mismo, sin fraude, pesar directa ó indirectamente el consentimiento de los esposos ó de sus parientes, obrando del mejor modo para disimular, y para prevenir ó atenuar y combatir las causas más legítimas de vacilación ó de negación.

La demanda provocó una objeción bastante especiosa; la intervención de un tercero no es ilícita por ella misma, no es contraria al orden público y á las buenas costumbres sino cuando se abusa de la influencia ganada por medios frecuentemente muy poco honrosos. El hecho, pues, es sostener el convenio si resulta en los límites de la honestidad y rechazarlo cuando llega á ser deshonesto. La Corte de Casación respondió que en el matrimonio importa prevenir toda influencia ilícita; no es necesario que el daño se realice ó que el mal se verifique, basta que el peligro se deje ver y que el mal sea posible. En efecto, el

mal sería irreparable porque el matrimonio no puede ser declarado nulo por causa de dolo ó de fraude. De ahí este riguroso proverbio: "en matrimonio se engaña el que puede." Inútilmente se dice que se tiene todos los días la acción ó la excepción de dolo ó de fraude contra el tercer culpable de malas intenciones en la ejecución de su mandato. Que la suma estipulada sea pagada ó no, importa muy poco, lo importante es impedir el convenio que se presta á estos abusos; mejor dicho, el convenio por sí mismo es un abuso y acusa el materialismo de nuestras costumbres y el ateísmo de nuestros sentimientos. Al nombre de orden social y de orden moral hay que declarar que este convenio no puede producir vínculo alguno de derecho entre los contratantes, ni llegar á ser objeto de una acción judicial. (1)

151. Un tribunal juzgó que el tercero pudo reclamar una indemnización por sus cuidados y su tiempo; la decisión se funda en el art. 1,375, que obliga al gestor de negocios, en la gestión sin mandato, á indemnizar su intervención. El error es patente, porque en el caso de gestión de negocios no interviene concurso alguno de voluntades. Ahora bien; el *proxénète* comienza por estipular un premio si el matrimonio resulta con éxito; hay, pues, un convenio que no puede provenir de un cuasicontrato; hé ahí la contradicción. Resta saber si en virtud del contrato el tercero interventor puede demandar una indemnización. Nô; el premio no puede reclamarse, porque el contrato es inexistente, y tampoco existe el contrato de mandato; los tribunales no pueden ordenar la remuneración de servicios prestados en donde no hay mandato ni gestión de ne-

1 Denegada casación, Sala Civil, 1.<sup>a</sup> de Mayo de 1855 (Daloz, 1855, I, 147). Véase también el juicio del Tribunal de Niort, muy bien motivado y confirmado por la Corte de Pothier, 9 de Marzo de 1853 (Daloz, 1853, 2, 211). Compárese París, 3 de Febrero de 1859 (Daloz, 1859, 2, 112.)

gocios. Esto mismo dijo después la Corte de Nîmes. (1) Existe un motivo aun más perentorio, ó sea que no puede haber acción, en justicia, sino en virtud de un hecho lícito; y en el caso el hecho es ilícito, pues se trata de la ejecución de un contrato de correduría en que el proxénète ha puesto sus cuidados y su tiempo.

152. El concubinato y la prostitución no son delitos; pero son contrarios á las buenas costumbres, y, por tanto, el art. 1,131 es aplicable. Se ha juzgado que el convenio que tiene por objeto el establecimiento de una casa de prostitución, es ilícito, como contrario á las buenas costumbres y al orden público, y, en consecuencia, las partes carecen de acción para todo aquello que se refiere á un convenio semejante. Los tribunales, dice la Corte de París, no pueden conocer en la ejecución ó inejecución de contratos immorales. (2) Se puede creer que una vez establecidas estas casas gocen de la protección de las leyes en aquello que no implique hechos ilícitos, porque están establecidas con la tolerancia de la autoridad pública; pero la palabra misma que las caracteriza indica que la autoridad las tolera sin legitimarlas, y si las tolera, es por consideraciones de orden público y de salubridad. Se ha juzgado que una casa de tolerancia no es un negocio comercial; á pesar de la tolerancia de la autoridad, el establecimiento es contrario á las buenas costumbres y no puede ser objeto de una venta válida, y en la ejecución podía ser perseguida en justicia. En el caso, "las letras habían sido subscriptas por el comprador, y firmadas por valor recibido de la venta de una negociación comercial." El vendedor persiguió el pago de seis de estas letras protestadas, y hecho el pago al vencimiento, el Tribunal del

1 Nîmes, 22 de Junio de 1868 (*Dalloz*, 1869, 2, 58).

2 París, 30 de Noviembre de 1839 (*Dalloz*, en la palabra *Obligaciones*, núm. 647).

Sena declaró las letras nulas y de ningún efecto; los demandantes reconocieron que la negociación mercantil procedía de una casa de prostitución. Llamar á estas casas negociaciones mercantiles, dice el Tribunal, es tanto como suponer que son lícitas y dan lugar á una acción judicial; inmoral en el fondo, la demanda lo es también en sus circunstancias accidentales, porque califica con un nombre honesto un establecimiento que es esencialmente inmoral. (1)

153. Estos principios se aplican igualmente á los convenios en que intervienen concubinas. Las letras son subscriptas por un individuo en favor de una muchacha, con el único fin de determinarla, como le ha prometido, á continuar con él las relaciones íntimas y vergonzosas que habían existido entre ellos. La causa es, pues, ilícita, y, por consiguiente, hubo lugar á aplicar el art. 1,131; las letras no daban acción alguna, y la que había sido pagada podía repetirse su pago. En el caso, las letras estaban á la orden y habían sido negociadas. La Corte de Casación juzgó que el portador de un efecto de comercio que tiene conocimiento de la causa ilícita, es cómplice con aquél en cuyo provecho se ha subscripto la obligación, y por procurarse el beneficio en el negocio, puede ser condenado solidariamente con el beneficiario del efecto de comercio, á reembolsar al subscriptor la suma que este último se ha obligado á pagar á un portador posterior de buena fe. Esta es la aplicación del principio admitido en jurisprudencia, en cuanto á la solidaridad que resulta de los delitos y quasi-delitos; volveremos á verlo al tratar de la solidaridad. (2)

154. No puede seguirse de lo dicho que toda obligación subscripta en favor de una mujer con la que el subscript-

1 Fallo del Tribunal del Sena, 5 de Febrero de 1867 (Dalloz, 1867, 3, 61). París, 3 de Marzo de 1871 (Dalloz, 1871, I, 222).

2 Denegada casación, 2 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1853, I, 57).

tor ha tenido relaciones ilícitas, es necesariamente contraria á las buenas costumbres, pues el art. 1,383 debe ser combinado con el 1,131. Todo hecho perjudicial da lugar á una acción de perjuicios e intereses en favor del ofendido. Ahora bien, es posible que el hombre que ha vivido en concubinato sea el verdadero culpable; él es el seductor y la mujer ha sido engañada; si se obliga á reparar este ultraje la obligación que contrae será muy lícita. La dificultad está en distinguir si hay una obligación justificada ó si ha sido reciproca; esta es cuestión de hecho que los tribunales juzgan según las circunstancias de cada causa, y deciden, por consiguiente, en sentido diverso, sin que haya contradicción en la diversidad de hechos que entrañan las diferentes decisiones. Las letras son subscriptas valor recibido; la muchacha en cuyo provecho han sido firmadas en rigor, no ha probado el fondo en los hechos, pero por las pruebas rendidas y por las constancias procesales consta que la beneficiada realmente ha prestado sumas al subscriptor, que le ha prestado servicios en su casa y en su comercio; en fin, que le debe una indemnización por su separación. Citarémos, aunque brevemente, los términos de la sentencia; no se sabe en qué ha consistido el perjuicio, la Corte sólo dice que el perjuicio realmente se ha sufrido y que la indemnización forma parte, por lo menos, en el arreglo que representan las letras litigiosas. (1)

La Corte de Riom ha juzgado en sentido contrario. En el caso, la letra había sido firmada por dinero prestado y reparación de perjuicios; la primera de estas causas fué simulada; se pretendió que la segunda, ó sea la indemnización, resultó de la publicidad que los debates dieron á las relaciones que habían existido entre las partes, y de las promesas de matrimonio hechas por el subscriptor á la

1 Grenoble, 23 de Enero de 1864 (Dalloz, 1864, 5, 284).

beneficiada. La Corte juzga que las relaciones se publicaron después de largo tiempo y que la mujer fué tan culpable como el hombre; de modo que las reparaciones reclamadas no tenían, en realidad, más que el precio del concubinato. En cuanto á las promesas de matrimonio, nulas por sí mismas, no pueden dar lugar á indemnización de daños y perjuicios porque no han ocasionado perjuicio alguno material. (1)

En un proceso seguido por la Corte de Besançon, la letra había sido subscripta: "Valor recibido á título de *reconocimiento*." La jurisprudencia admite que el deber moral de gratitud puede ser causa de una obligación natural y, por consiguiente, el fundamento de una obligación civil, pero cuando los servicios prestados sean honestos; la justicia no puede consagrar una obligación cuando la causa del reconocimiento es un ultraje á las buenas costumbres. Ahora bien, la gratitud enunciada en la letra litigiosa se refiere exclusivamente á las relaciones que habían existido desde diez años atrás entre el deudor y la beneficiada; ningún otro servicio natural se citó. Se alegó la reparación de un perjuicio, y la Corte respondió que los términos de la letra repugnaban á esta interpretación; anteriormente no se justificó perjuicio alguno moral ni material, y las relaciones culpables que habían existido entre las partes habían sido en común. Para legitimar la obligación se dijo aún que el concubinato había ya cesado cuando se subscribió la letra. El hecho no era probable ni pudo probarse; la causa es siempre ilícita ya se celebre el contrato antes de las relaciones ilícitas, ya pendientes éstas, y, por tanto, la obligación no sería más que el premio de la depravación; celebrado el contrato después de la terminación de las relaciones, sería el precio de culpables placeres. La Corte tuvo razón en desechar semejantes obligaciones que

1 Riom, 11 de Agosto de 1846 (Daloz, 1846, 2, 179).

eran el precio de cálculos vergonzosos. Se sostuvo aún que la letra podía valer como donación disfrazada bajo la forma de contrato. La sentencia respondió que un acto viciado en su esencia, como contrario al orden público y á las buenas costumbres, no podría producir efecto alguno. (1) Se agregó que la letra considerada como donación era nula en cuanto á la forma y no podía valer como donación directa por vicio de forma, tampoco como donación disfrazada bajo la forma de un contrato oneroso, porque el contrato era inexistente por causa ilícita.

155. Hemos dicho en otra parte que las obligaciones subscriptas en favor de la mujer seducida y del ser á que se ha dado vida pueden ser válidas en virtud del artículo 1,382. Es cierto que hay un concubinato, y en rigor puede decirse que es un acto recíproco que excluye la imputabilidad y, por consiguiente, la acción de daños y perjuicios. Pero es imposible resolver estas dificultades *á priori*; la resolución depende de las circunstancias del hecho. El punto de derecho se reduce á esto: el concubinato, que jamás puede ser lícito, vicia siempre las obligaciones á que da lugar; el art. 1,382 limita, bajo este aspecto, lo que tiene de absoluto el 1,133. A los ejemplos que hemos citado al tratar de la filiación, agregarémos uno tomado de la jurisprudencia belga: Un hombre se obliga á pagar una renta vitalicia de seiscientos francos á la mujer con quien ha vivido en relaciones, y una pensión para la educación y establecimiento del fruto de estas relaciones; muere y la sucesión se niega á cumplir estas obligaciones; la Corte de Bruselas resolvió en favor de la madre y del hijo. En este caso hay motivos bastante poderosos para dotar. La demandante presentó una serie de letras no firmadas, y su contraparte exigió la explicación conforme al

1 Besangón, 19 de Marzo de 1862 (Daloz, 1862, 2, 58).

art. 1,323, limitándose á decir que no tenía noticia del reconocimiento de la escritura y, por lo tanto, la desconocía; esta pretensión es contraria al texto de la ley; la Corte, en vista de este reconocimiento, decidió que, en las circunstancias del caso, las letras debían tenerse por reconocidas. Las letras contenían una obligación formal en favor de la madre y el hijo. Respecto á la madre la renta debía subsistir mientras viviera aquel que le había constituido; esto no es el precio del concubinato; la interesada probó que se trataba de la reparación de un perjuicio, y en este sentido el art. 1,382 es aplicable en cuanto al hijo; el padre igualmente se obligó á hacerle dar una buena educación y á dejarle de qué vivir si él llegaba á morir. Se opuso á esta parte de la demanda que el hijo no había sido reconocido, y que admitirle sería tanto como permitir la investigación de la paternidad que la ley prohíbe. La Corte de Bruselas respondió que la acción nada tenía qué ver con el reconocimiento; que el hijo no se presentó como hijo natural á la sucesión de su padre, sino que se limitó simplemente á reclamar el cumplimiento de una obligación libremente consentida. No puede objetarse más que la obligación estaba viciada por una causa ilícita; que respecto al hijo había una obligación natural de cumplir aquello á que su padre se había obligado libremente. Una obligación tal, dice la Corte, no repugna á las buenas costumbres ni al orden público, y la ordena imperiosamente la conciencia; es decir, que se la puede juzgar como obligación moral, y la ley no puede aprobarla, porque permite al padre natural reconocer á su hijo, y si le permite cumplir sus deberes en toda su extensión, debe también permitirle cumplir en parte proveyendo á las necesidades del sér á quien ha dado la vida. (1)

1. Bruselas, 7 de Agosto de 1860 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 376). Compárese el tomo 2º de estos *Principios*, pág. 483, núm. 308, y Casación, 15 de Enero de 1873 (Dalloz, 1873, 1, 180).

156. El art. 1,133 está concebido en los términos más generales. Todo lo que es contrario á las buenas costumbres constituye una causa ilícita y vicia la obligación á la cual el hecho inmoral sirve de fundamento. Un librero se obliga á imprimir un libro inmoral; ¿puede ser condenado á daños y perjuicios de faltar á su obligación? La publicación de una obra licenciosa es un delito, esto es evidente. Aun cuando no haya delito, si la causa es contraria á las buenas costumbres es ilícita, y, por consiguiente, el convenio es vicioso en su esencia. En el caso que se presentó ante la Corte de Bruselas, el Tribunal arbitrariamente condenó al autor á los daños y perjuicios; la Corte reformó la decisión condenando á ambas partes, por mitad á cada una, en costas, porque el ser admisible la acción procedía de un hecho imputable á la una y á la otra parte. (1)

#### § IV.—CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CAUSA, DE LA Falsa CAUSA Y DE LA CAUSA ILICITA.

157. En la teoría que distingue los convenios inexistentes de los nulos, la causa es una condición iudispensable para que el convenio exista (t. XV, núm. 475). Ahora que sabemos lo que el Código entiende por causa, esta doctrina no puede sufrir la menor duda. Si no hay causa en un contrato sinalagmático, tampoco puede haber objeto, y ¿puede concebirse una venta, por ejemplo, sin que haya una cosa vendida ó un precio? En un contrato unilateral la causa consiste en la prestación del hecho que da nacimiento al contrato; ¿se concibe que haya un préstamo cuando ninguna cosa ha sido dada al pretendido prestatario á título de préstamo? La causa falsa cuando proviene de error se confunde con la falta de causa; vuelve á tratarse, por consiguiente, de la hipótesis de que venimos ocupándonos.

1 Bruselas, 5 de Febrero de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, pág. 17).

Si la causa es simulada, hay que ver si se ha ocultado, si no existe ó si hay falta de causa, y por fin, si hay causa y es lícita, la obligación es válida; si la causa es ilícita vuelve á tratarse la tercera hipótesis; no hay convenio cuando el legislador no aprueba el motivo jurídico que ha obligado á las partes á contratar, pues entonces hay falta de causa, ó falsa causa, ó causa ilícita, y en ningún caso hay convenio.

Esto es lo que el informante del Tribunado declara en términos formales. El proyecto, dice, no distingue sino dos especies de convenios; á saber: las obligaciones á las que la ley niega toda existencia que puede producir efecto, y aquellas que solamente son susceptibles de ser rescindidas. Debe colocarse entre las primeras, aquellas que son contratadas sin causa ó por una causa ilícita ó por falsa causa. (1) Debe contarse entre las segundas las obligaciones de minas, de interdictas, de mujeres casadas y aquellas suprimidas por dolo, error ó violencia. En el primer caso no hay obligación, ó habría que admitir los efectos sin causa, dice el informante. Eso casi es decir que cuando no hay causa es lo mismo que si la causa fuese falsa. Si la causa es ilícita, dice Favard, es, á los ojos de la ley, como si no existiera. (2)

158. El principio tiene alguna dificultad en la aplicación. Un convenio puede contener muchas cláusulas, unas lícitas y otras ilícitas, ¿será por esto nulo en todo? La Corte de Colmar juzgó que el convenio era nulo en todo cuando las diversas estipulaciones tuvieran alguna relación entre sí, de tal manera que una fuese la causa determinante de otra, y todas forman un todo indivisible. Esto es conforme al artículo 1,172; la causa ilícita es, en este caso, la condi-

1 Favard agrega que no hay otras obligaciones de esta naturaleza, lo que no es exacto (Véase núm. 27, en LoCré, t. 6º, pág. 194).

2 Favard, véanse núms. 25, 26 (LoCré, t. 6º, págs. 193 y siguientes).

ción bajo la cual las partes se convinieron, pero la condición ilícita en los contratos á título oneroso vicia el convenio, y resulta nula. Si, por el contrario, las diversas cláusulas son independientes unas de otras, unas serían nulas y las otras válidas. (1)

159. Sobre este punto sostuvo M. Larombiére que está fuera de duda que la nulidad puede ser relativa. Creemos que esta doctrina es errónea, si, como M. Larombiére lo hace, se admite la teoría de los actos inexistentes. La nulidad relativa en un convenio que carece de causa ó que se funda en una falsa, no se concibe. No hay razón para suponer que no haya causa en una venta. ¿El comprador puede decirse que ha entregado el precio? La cuestión no tiene sentido. La ley equipara á la causa ilícita el defecto de causa, y el informante del Tribunado dice (número 157) que la causa ilícita debe ser considerada como no existente á los ojos de la ley, y si la causa ilícita no existe equivale á la falta de causa; ¿cómo habría obligación para una de las partes sin que lo hubiese para la otra? Se cita el art. 1,780 en términos que no puede obligarse á prestación de servicios si no es por tiempo determinado. En la opinión generalmente seguida un convenio por el cual se obligase á prestación de servicios á perpetuidad sería nulo con respecto á las dos partes contratantes. M. Larombiére enseña que este convenio es nulo sólo en interés de la parte que se obliga por toda su vida. (2) Este es un error, en nuestro concepto, y volveremos á verlo cuando nos expliquemos sobre el art. 1,780.

M. Larombiére cita en seguida muchos casos (artículos 2,078, 2,088, 1,855 y 184) en los que la ley, por una presunción *juris et de jure*, prohíbe la causa como si le-

1 Colmar, 23 de Marzo de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 113).

2 Larombiére, t. 1º, pág. 335, núm. 30 del art. 1,133 (Ed. B., tomo 1º pág. 143).

sionará á uno de los contratantes. Nosotros tomamos como ejemplo el art. 2,078: "El acreedor no puede, en defecto del pago, disponer de la prenda; toda cláusula que le autorice á apropiarse la prenda ó disponer de ella, sin las formalidades legales, es nula." ¿Es este el caso de una causa ilícita? Hemos dicho que la causa ilícita implica necesariamente un interés general, que es lesionado por las partes contratantes; pero toda prohibición de la ley no engendra una causa ilícita. En el caso del art. 2,078, el contrato es nulo, no en razón de una causa ilícita, sino porque la ley quiere proteger al deudor desgraciado contra la codicia de su acreedor. Es muy natural que el acreedor no pueda invocar una nulidad que se establece en su contra, en caso de que la nulidad no sea punto de orden público. Esto no es más que una excepción al art. 1,131; es este un caso que no cabe en la aplicación de este artículo. La expresión misma de que Larombière se sirve para calificar el contrato, contradice la doctrina; la ley la presume lesionaria, dice él. ¿Es esta lesión una causa ilícita? Esto no es lo mismo; en general, es un vicio de consentimiento, y en todo caso no se obra sino por un interés puramente individual. Esta es, pues, una cuestión de nulidad, y la nulidad, por su naturaleza, es relativa.

M. Larombière cita todavía casos en que el interés público está de por medio. La ley permite obligarse á una indivisión de más de cinco años (art. 815); permite estipular la redención por un término que excede de cinco años (art. 1,660); permite también reconocer una prescripción no adquirida (art. 2,220). Todas estas prohibiciones se fundan en la utilidad pública, y, sin embargo, dicen, sólo podrá oponer la nulidad del convenio aquel en favor de quien la ley principalmente la ha prohibido. Tomaremos el ejemplo del pacto de retroventa. La facultad de retrotraer no puede ser estipulada por un término que exceda

de cinco años, y si se estipula por un término mayor, se reduce á este término. Un comprador, mediante una suma que se le promete, se obliga á permitir la retroventa durante veinte años; el que ha prometido la suma, dice Larombière, no puede demandar la nulidad del contrato. Nosotros creemos que esto es un error, porque en la causa no hay interés general en que el comprador no pueda renunciar. Al tratar de la venta volveremos á hablar sobre este principio; aquí queremos solamente señalar la extraña teoría del autor que combatimos. Si la obligación es nula, dice éste, la culpa no es de la parte que ha prometido la suma, sino de la que se ha obligado á sufrir la retroventa durante veinte años. Ahora bien, el comprador consiente en la retroventa durante veinte años, no como cumplimiento de una obligación nula, sino por acto de su voluntad. Si, pues, él permite ejercitar la retroventa después de cinco años, el vendedor deberá entregarle la suma prometida y no puede demandar la retroventa, ni dispensarse del pago de la suma estipulada. Larombière confiesa que después de los cinco años ya no puede haber retroventa en el sentido legal de la palabra. El adquirente, en efecto, llega á ser propietario irrevocable al expirar el término legal; puede consentir en volver á vender; pero la segunda venta no es retroventa, ó sea la resolución de la primera venta, pues ésta es una nueva venta que nada tiene de común con el pacto de retroventa. El vendedor no puede obligar al comprador á volver á venderle, cuando él mismo consintió en pagar la suma estipulada, y si el comprador consiente, tampoco puede exigir el pago de la suma convenida por el ejercicio del pacto de retroventa, porque no se obra en virtud de este pacto. (1) Como se ve, toda esta teoría descansa en una confusión de ideas. Creemos inútil refutarla.

1 Larombière, t. 1º, págs. 355 y siguientes, núm. 51 del artículo 1,133 (Ed. B., t. 1º, pág. 151).

160. La teoría de los contratos inexistentes tiene una consecuencia práctica muy importante, ó sea la de la prescripción de diez años que la ley establece para la acción de nulidad (art. 1,304). No se aplica á los contratos que carecen de existencia legal, porque estos contratos no dan lugar á una acción. Jaubert dice formalmente en su excelente informe, sobre el título "De las Obligaciones:" "Es imposible, dice, conservar *la antigua distinción* entre los actos *falsamente calificados de contratos* que jamás producen acción, y los contratos que contienen una obligación y, consiguientemente, el principio de una acción, que sólo puede ser destruida por una excepción." Cuando se contrae una obligación sin objeto ó sin causa, ó procedente de una causa ilícita, es tan nula que el que la ha subscripto ni necesidad tiene de recurrir á la justicia para librarse del cumplimiento, y aun cuando alguna vez sea perseguido siempre se le admitirá responder "que no existe obligación." (1)

Los términos en que se expresa Jaubert son dignos de consideración, y esta no es una opinión personal que él enuncia, pues invoca la tradición para justificar el proyecto que la consagra. No es, pues, cierto, como se dijo alguna vez, que los autores modernos hayan inventado la distinción de los actos que jamás han sido contratos, y los actos que encierran alguna obligación, aunque nula porque es viciosa. Cuando una obligación carece de causa ó procede de una causa ilícita, el informante del Tribunado dice y repite que no hay obligación y, por tanto, acción judicial, ni prescripción de diez años.

La prescripción de diez años envuelve un consentimiento tácito. Si las obligaciones sin causa ó procedentes de causa ilícita no se sujetan á prescripción de diez años, es porque no pueden ser confirmadas, y los dos informantes del Tribunado lo dicen: "No puede confirmarse, dice Jau.

1 Jaubert, informe núm. 60 (Looré, t. 6º, pág. 219).

bert, sino lo que ha existido, aunque carezca de fuerza por algún vicio; de donde se sigue que no pueden, de ninguna manera, confirmarse los pretendidos convenios que la ley jamás ha reconocido su existencia.” (1)

161. Volveremos á tratar de la aplicación de estos principios cuando veamos la acción de nulidad y los actos confirmados. Por el momento nos limitaremos á establecer los principios: la jurisprudencia ha consagrado la doctrina que Jaubert ha formulado con tanta exactitud, rechazando toda acción en las obligaciones contraídas por una causa ilícita. Hemos citado algunas sentencias que asientan que la justicia no puede ocuparse de semejantes contratos. (2) Esto que los tribunales asientan en el caso de que la causa sea ilícita se aplica igualmente á todos los casos en que la obligación carece de causa. La ley no acuerda su sanción, y los tribunales no dan el apoyo de su autoridad sino á los convenios que realmente han existido. Sobre este punto no existe contradicción; una vez que se admite la teoría de los actos inexistentes, por lo que toca al defecto de la acción, esta teoría es incontestable, pues reposa en una antigua tradición.

162. Es posible que el deudor cumpla una obligación sin causa ó procedente de causa ilícita. ¿Podrá tal deudor repetir? Hay que considerar si ha pagado sabiendo que nada debe, pues en este caso ha querido hacer una donación bajo la forma de pago de una deuda. Resta saber si esta donación es válida. Lo sería tratándose de una cosa mueble, porque las donaciones de las cosas muebles son válidas por el hecho de pasar de una mano á otra. Este pago que el pretendido acreedor puede retener, al recibarlo, no es á

1 Jaubert, segundo informe, núm. 24. Favard, informe núm. 27. (Looré, t. 6º, págs. 231 y 194).

2 Compárese Gand, 19 de Junio de 1863 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 341).

título de cumplimiento de una obligación, sino de donación manual; de donde se sigue que si el deudor sólo ha pagado parcialmente, el acreedor no puede reclamar el resto, porque á nada tiene derecho, y el cumplimiento parcial de la obligación no es por efecto de la confirmación, toda vez que no puede confirmarse una obligación inexiste nte. Si el deudor recibió un inmueble en cumplimiento de una obligación que sabía no podía existir, no habría pago, porque no había deuda, ni donación, porque los inmuebles no se donan más que por escrito, y, por lo tanto, el propietario conservaría la propiedad de su cosa y podría reivindicarla. El acreedor alegaría inútilmente que la donación es válida como hecha bajo forma de contrato oneroso; á esta objeción respondemos que el pretendido contrato oneroso es inexistente y no puede existir bajo la apariencia de un contrato que nunca ha existido, y, por consiguiente, tampoco puede producir efecto alguno. (1)

163. Si el pago se ha hecho por error, hay lugar á repetir lo indebido, pues el art. 1,235 lo dice: "Todo pago de una deuda supuesta, que se ha pagado sin ser debido, puede repetirse." Ahora bien, cuando la obligación se ha contraído sin causa ó procedente de causa falsa, jamás produce obligación, según la enérgica expresión de Jaubert, pues el deudor ha pagado lo que no debe, y, por lo tanto, puede repetirlo. El art. 1,235 no dice más que el pago debe hacerse sin error. Volveremos á ver esta cuestión al tratar del pago de lo indebido. La acción de repetir debe ser intentada en el término de treinta años, como lo prescribe el derecho común. Puede creerse que en este caso las obligaciones sin causa, ó que procedan de causa ilícita, pueden producir algún efecto, y ser válidas por el cumplimiento. Nada tiene esto de particular, pues la confir-

1 Durantón, t. 10, pág. 388, núm. 372, y pág. 390, núm. 373.

mación de una obligación inexistente; no se concibe sino como hemos dicho más arriba (t. 15, núms. 451 y 462), cuando el deudor no puede ya repetir después de treinta años; esto es lo que el orden público exige para que toda acción se prescriba. Si no se ha hecho el pago, no habrá necesidad de pedir la nulidad, y siempre sería recibido el deudor á oponer la excepción de inexistencia de la deuda. Jaubert lo dice, y la cosa es evidente; el silencio, la inacción, por largos que fuesen, no podrían hacer válida la nada.

164. ¿Estos principios se aplican á la causa ilícita? La cuestión es saber si el que ha pagado puede repetir. La mayor parte de los autores reproducen la distinción que existía en el derecho romano. Si la falta existe por ambas partes, no hay acción ni repetición; aun más, no puede repetir aquel que ha hecho la promesa, cuando él solo es culpable, pues no se concede la acción de repetir cuando la causa de la promesa no ha sido ilícita sino por parte de aquel á quien aprovecha. (1) ¿Esta distinción aun puede ser admitida en el derecho francés? Ha sido rechazada por los términos generales de la ley, pues los arts. 1,131 y 1,133 no distinguen, aunque debieran distinguir, si los autores del Código hubieran querido mantener la doctrina tradicional que tuvieron á la vista y enseña Pothier, y que sólo el legislador no reprodujo y rechazó. Los artículos 1,376 y 1,377 están igualmente concebidos en los términos más absolutos, é introducir en ellos una distinción sería modificar la ley; es decir, hacerla. Las razones que se dan para justificar la doctrina tradicional no son poco jurídicas. Se cita el viejo adagio que no permite á aquel que obra en justicia invocar su torpeza. El Código no dedica nada á esta máxima, y el presente caso se opone al

1 Durantón, t. 10, pág. 391, núm. 374. Toullier, t. 3º, 2, pág. 76, núm. 126.

espíritu de la ley, así como también al texto. En los términos del art. 1,131, la obligación procedente de causa ilícita no produce efecto alguno. ¿No es esto un objeto muy importante, como es el de impedir la acción de repetir? ¿El orden público y la moral no sufren cuando aquel que ha renunciado el beneficio de un convenio que la ley repreeba, puede aun conservarlo? Hé ahí la verdadera perfección. Valiéndonos del lenguaje tradicional, no hay más que una manera de prevenir este escándalo, y es la de dar la acción de repetir para todos los casos. Se objeta que la posesión es un título de preferencia para el acreedor, pero esta razón no es buena, porque la posesión no es más de un hecho, y ¿este hecho puede importar al interés de la sociedad? El interés de la sociedad lo que quiere es que los convenios ilícitos no apróvechen á persona alguna. (1)

La jurisprudencia se divide, y las sentencias mismas que admiten la acción de repetir son algo indecisas á causa de la influencia singular del derecho escrito, tanto tiempo atacado como razón escrita, que explica estas vacilaciones. Hay una sentencia muy bien motivada de la Corte de Limoges en favor de nuestra opinión. El Tribunal de 1.ª Instancia había negado la acción de repetir, invocando la máxima vanal que no permite excepcionar ni la propia torpeza. La Corte respondió que es útil consultar la legislación romana como razón escrita; esto es, en nuestro derecho civil, lo que hace buscar las razones para decidir y los principios para aplicarlos. Y el Código prohíbe todo esto como contrario á la ley, á las buenas costumbres y al orden público. Un pacto celebrado para la perpetración de un delito, adolece de nulidad palpablemente, puesto que no ha tenido ni un momento de existencia, y,

1 Demanté, continuado por Colmet de Santerre, t. 5º, pág. 164, núm. 49 bis, 4º Marcaidé, t. 4º, pág. 382, núm. 2 del art. 1,133. Demolombe, t. 24, pág. 363, núm. 382).

por consiguiente, no es susceptible de cumplimiento. ¿Si no se cumple el pacto qué sucederá? Se exigiría el pago de una suma que no se debía, y como este pago no puede conferir derecho alguno, estaría sujeto á repetición. La ley no da más excepción á esta regla que la de las deudas de juego, y las obligaciones naturales en el caso de que haya un lazo natural que obligue al deudor. ¿Puede haber lazo natural cuando la ley reprueba y destituye el acto como ilícito? (1)

Hay muchas sentencias en sentido contrario, de la Corte de París, pero bastante mal motivadas. (2) La ley, dicen esas sentencias, no permite á las partes alegar su torpeza ante los tribunales. ¿Cuál es esta ley? Se la buscaría inútilmente en nuestro Código. Este es el prestigio del derecho romano que hace la ilusión de los magistrados; antigüamente se decía: esto está "escrito" y lo que está "escrito" en las colecciones de Justiniano es la ley por excelencia, pero ahora esta ley está abolida y bien pronto no será más que un hecho histórico. La Corte de París dice también que la ley no autoriza la repetición de las cantidades pagadas procedentes de causa ilícita. Esta ilusión va muy lejos, la Corte se ha imbuido en este principio que permite y defiende la ley romana y que olvida el Código Civil. La ley no permite la repetición, siendo así que la autoriza en todos los casos en que no ha habido deuda, á menos que la deuda sea natural (art. 1,235). ¡La ley no permite la repetición! ¿Qué hace en los arts. 1,376 y 1,377? Estas razones infundadas no tienen la opinión en favor de la cual se las alega.

Sin embargo, esta doctrina ha sido seguida por una sen-

1 Limoges, 16 de Abril de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 191). Compárese Caen, 20 de Marzo de 1849 (Dalloz, 1850, 2, 148). Tolosa, 21 de Julio de 1870 (Dalloz, 1873, 1, 66).

2 París, 23 de Julio y 24 de Agosto de 1853 (Dalloz, 1853, 5, 450); 4 de Febrero de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 149).

tencia reciente de la Corte de Casación. El solo motivo en que se fundó, es que el convenio es inmoral de una y de otra parte; de donde infiere que no da lugar ni á una acción de pago ni á otra de restitución. ¿Y el motivo? Es que el demandante no puede sostener su acción de repetición, porque su pretensión alegaba su propia torpeza. (1) ¡Siempre el derecho romano! ¿Se pregunta á la Corte si es este nuestro Código Civil? ¿Y si es el Digesto el que nos rige ó es éste el Código de Napoleón?

#### § V.—DE LA PRUEBA.

##### *Núm. 1. De la falta de causa.*

165. “El convenio, dice el art. I,132, no es válido si la causa no se ha expresado.” Esta disposición está mal redactada. Según los términos del artículo, la ley tiene en vista “el convenio;” es decir, que tendría que decidir la cuestión de saber si un convenio es válido cuando no se expresa la causa de la obligación. ¿Pero se concibe que dos personas celebren un contrato sin expresar la causa? Puede decirse que esto sería una locura. ¡Pedro quiere vender y Pablo comprar, se convienen y su contrato no hace mención ni de la cosa vendida ni del precio! Esto carece de sentido. ¡Pedro se obliga á restituir una cosa que ha recibido de Pablo á título de préstamo, y el convenio que ellos celebran no mencionan el préstamo! No se hace la ley para aquellos que carecen de sus cinco sentidos; pero la ley, en todo caso, debe tener un sentido razonable; pero para ello sólo es válida la venta en que las partes hablan de vender y de comprar.

Lo que la ley dice del “convenio” tiene que decir de

1 Denegada casación, Sala Civil, 15 de Diciembre de 1873. Después deliberada en la Sala del Consejo y según las contrarias conclusiones del Abogado General Charrins (Daloz, 1874, 1, 222).

lo que conste por "escrito" en el convenio. Llega frecuentemente el acto que consta á ser una obligación unilateral que no expresa la causa. Decimos una obligación unilateral porque cuando el convenio es sinalagmático el escrito que en él se encuentra hace necesariamente conocer la causa. ¿Se concibe que las partes celebren un contrato de venta sin decir cuál es la cosa vendida y cuál es el precio? Por esto mismo expresan la causa de sus obligaciones. No hay más de un simple pagaré en que consta que Pedro pagará á Pablo la suma de mil francos, y en el pagaré no consta la suma de donde se deriva la deuda. Esto es lo que se llama un pagaré sin causa. El art. 1,132 se expresa en otros términos: si el pagaré no es causado el convenio deja de ser válido; la misma interpretación tiene el art. 1,132, y es inútil, porque la validez del convenio no depende de la validez del escrito en que consta; el escrito sirve de prueba y no se exige para que el convenio sea válido. ¿Qué importa, pues, que el escrito sea causado ó que no lo sea; no siéndolo el convenio no será menos válido, porque él procede de una causa lícita. Si la ley lo dice, es porque en el antiguo derecho la cuestión fué controvertida, y siguió la opinión que declara nulo el convenio cuando el pagaré no expresa la causa; se presume que cuando en el acto no se expresa la causa, el convenio es sin causa. (1) Esto está mal razonado porque las partes pueden tener razones para no dar á conocer la causa de su contrato, y esto puede de provenir también de una omisión ó una falta en la redacción. Si, apesar del silencio en el acto, el convenio tiene una causa lícita, ¿por qué se le ha de declarar nulo? Un hombre se obliga á pagar una pensión anual al hijo que tuvo con una mujer que acaba de dar á luz; la promesa no tiene causa, y se comprende la razón; en justicia debe

1. Merlin, *Cuestiones de Derecho*, palabra *Causa de las Obligaciones*, pfo. 1º (t. 3º, pág. 243).

admitirse; ¿puede decirse que el convenio es nulo? Nō, dice la Corte de Casación, á menos que la causa de la obligación fuese falsa ó ilícita. (1) Es lo mismo que la obligación subscripta por un joven para alimentar y establecer al hijo de una mujer que está en cinta; el escrito no expresa la causa; fácilmente se adivina la razón. La obligación nada tiene de ilícita porque es el reconocimiento de una deuda natural. (2)

Un caso singular se ha presentado ante la Corte de Bruselas. Un jugador pretendió haber encontrado combinaciones que aseguraban la ganancia contra los banqueros de las salas de juego autorizadas en Alemania. Se forma una sociedad en Bruselas bajo el nombre de "Contra el Banco," con el objeto de explotar este pretendido descubrimiento. Todo el capital de la sociedad desapareció con las pérdidas que experimentó en una sola noche en Hamburgo. Dos personas habían comprado acciones antes de este desastre, y demandaron la restitución de su dinero, que pretendían no haber sido enviado á Hamburgo; el gerente, cargado de reconveniciones, entregó dos bonos á la vista, sobre el monto de la suma perdida, y los bonos no contenían otra causa. Un juicio se entabló, y la Corte de Bruselas aplicó el art. 1,132. (3) Hay un motivo para dudar. El juego no da lugar á acción alguna para las deudas que resultan de él; ¿no debe decirse otro tanto de las compañías formadas con el objeto de jugar? Por estas consideraciones de orden público y buenas costumbres, es por lo que la ley niega toda acción á las deudas de juego, y por las mismas razones no puede dar acción para el cumplimiento de contratos cuyo objeto es el juego. La Corte, pues, debió poner á las partes fuera de juicio.

1 Denegada casación, 18 de Julio de 1822 ( Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 515, 1º).

2 *Agén*, Febrero 24 de 1825 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, 515, 2º).

3 Bruselas, 4 de Julio de 1846 (*Pasicrisia*, 1846, 2, 270).

166. Cuando la causa de la obligación se reconoce y es lícita, la circunstancia de que el pagaré no exprese la causa es indiferente, pues la obligación no será menos válida; sobre este punto no hay duda; pero el deudor sostiene que la obligación es sin causa, y en este caso nace una cuestión de prueba muy difícil. ¿El subscriptor del pagaré debe probar que la obligación es sin causa, ó al del pagaré toca probar que, fundado en la causa de la obligación, demanda el pago? A nuestra vista, el portador del pagaré nada tiene que probar, pues el pagaré es una prueba suficiente; en efecto, en el pagaré consta la existencia de la deuda, lo que es bastante para que el subscriptor deba pagar. Creemos que el pagaré, aunque es sin causa, hace prueba de la existencia de la deuda. En efecto, ninguna ley exige que el escrito que consta en un contrato unilateral exprese la causa de la deuda. El artículo 1,326, la única disposición que el Código contiene sobre la materia, prescribe sobre las formalidades que se requieren, para que un "pagaré" ó un contrato unilateral sea válido, cuando la deuda tiene por objeto una suma de dinero ó cosas fungibles; en cualquier otro caso, la sola firma basta. La ley exige que en el pagaré se haga constar el monto de la deuda, y que contenga un "bono" ó un "visto bueno" cuando no lo ha firmado el que escribe el pagaré; pero la ley no exige que el pagaré exprese la causa de la deuda, ni debe exigirlo. Por el solo hecho de que el signatario se obliga á pagar una suma, se reconoce deudor, y este consentimiento es bastante para hacer constar la existencia de la deuda, y, por tanto, el acreedor tiene una prueba, no siendo necesario obligarle á probar la existencia de una causa lícita. El consentimiento del signatario supone que esta causa existe, pues se reconoce deudor y no hay deuda sin causa.

Esta solución se desprende de los principios que rigen la prueba; no invocamos el art. 1,132, pues, en nuestro concepto, es extraño á la cuestión de prueba; decide una cuestión sobre la validez del convenio, y todo lo que puede deducirse, es que el pagaré sin causa no impide que el convenio sea válido; pero el pagaré sin causa prueba el convenio? El art. 1,132 nada dice sobre esta cuestión. Por esto creemos que no debe citarse en el debate el art. 1,132, y, por consiguiente, el 1,131, que no pueden dar el resultado que se desea. La jurisprudencia se ha adherido á la opinión que acabamos de emitir, pero por motivos que no podemos aceptar, se dice que el pagaré sin causa establece una presunción contra el que lo subscribe. ¿Puede haber una presunción legal sin ley? ¿Y en dónde está la ley que declara que existe presunción de haber causa, y causa legítima en una obligación procedente de un pagaré sin causa, presunción que no puede ser atacada sino por la prueba en contrario que debe rendir el subscriptor del pagaré? (1) El art. 1,132 que se invoca, nada dice sino lo que se le hace decir. Otra corte pretende que la existencia de la obligación hace presumir que tenga una causa justa. (2) No es esta la cuestión; ¿un pagaré sin causa prueba que existe una obligación? Tal es la dificultad sobre la que se dividen las opiniones, porque se busca la solución en la teoría de la causa, debiendo ser en la de la prueba. La Corte de Casación ha juzgado que "la obligación sin causa expresada no puede formar un vínculo de derecho capaz de cumplirse entre las partes." (3) Sentimos decirlo, hay en esta proposición más errores que motivos. Se quiere

1 Agén, 23 de Julio de 1830 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 522, 2º).

2 Angérs, 5 de Enero de 1853 (Daloz, en la palabra *Obligaciones* núm. 523, 3º).

3 Denegada casación, 26 de Diciembre de 1827 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 523).

hablar de la obligación como tal, haciendo abstracción del escrito en que consta; y no debe expresarse en la causa, dice el art. 1,132. Así entendida la decisión de la Corte de Casación, carece de sentido más que la disposición del art. 1,132, porque toda obligación expresa necesariamente la causa por la que el deudor se ha obligado. La Corte ha creído hablar de pagaré, pero es el pagaré el que produce el lazo de obligación, ó es la obligación? El pagaré es la prueba de la obligación, pero no engendra la obligación.

Es inútil insistir en este punto, porque la Corte de Casación ha consagrado la opinión generalmente seguida. Resulta del art. 1,132, dice la Corte, que aunque no se exprese la causa en una obligación, hay "presunción" de que existe, de que es verdadera y de que es licita, á menos que se pruebe lo contrario. Se sigue de ahí "que si aquel contra quien se persigue el cumplimiento de una obligación semejante pretende que hay falta de causa, ó falsa causa, ó causa ilícita, es á él á quien toca rendir la prueba." (1) Así, el art. 1,132 contiene una presunción y, por tanto, una presunción legal. Ahora bien, ¿qué es una presunción legal? Es, dice el art. 1,350, lo que puede destruirse por una ley "especial," por ciertos actos ó por ciertos hechos. Se buscaría inútilmente en el art. 1,132 esta ley "especial" que establece una presunción. ¿Cuál es el hecho litigioso? Una persona subscribe un pagaré sin causa; ¿la ley dice que este pagaré hace presumir la existencia de una causa legítima y, por consiguiente, de una obligación válida? Ni la palabra ni la idea de presunción se encuentran en el texto. No es esta la cuestión de prueba, y por esto debe excluirse del debate el art. 1,132.

<sup>1</sup> Casación, 16 de Agosto de 1848 (Daloz, 1848, 1, 193). En el mismo sentido, Mourlón, *Repeticiones*, t. 2º, págs. 492-495. Dejaer, en la *Revista de las Revistas del Derecho*; t. 5º, pág. 7 (Extracto de la *Revista Francesa y Extranjera*, t. 8.º)

Hay, sin embargo, una idea verdadera en la jurisprudencia. Un fallo de 1.<sup>a</sup> Instancia establece, con razón, que el que subscribe un pagaré por el cual promete pagar la suma de que es deudor, reconoce la existencia de una deuda, ¿y podía obligarse á pagar, sin motivo alguno, cuando nada debe? En realidad, las cosas no pasan así, nadie se obliga á pagar sin razón, y firmar que se pagará es reconocer que se debe, porque no hay pago sin deuda, y como no hay deuda sin causa, el reconocimiento supone la existencia de la causa y de la prueba. En el rigor de los principios habría que decidir que hay un consentimiento escrito, y el consentimiento hace prueba plena contra el que lo da, á menos que sea nulo por error, violencia ó dolo (art. 1,356). Inútilmente el subscriptor alegaría que, según el art. 1,131, no hay obligación sin causa, y, por consiguiente, al demandante toca probar la existencia de una causa. Sin duda, el demandante que reclama el cumplimiento de una obligación debe probar que esta obligación existe, pero este hecho se prueba por el escrito que el demandado se obligó á pagar. Esto es más que una presunción, porque una presunción es un simple razonamiento fundado en una probabilidad, y el pagaré firmado por el deudor es una prueba directa de la existencia de la deuda, en que no hay ni la sombra de un razonamiento. La moral está de acuerdo con el buen sentido para obligar al que se reconoce deudor á cumplir su obligación. Lo contrario sería facilitar la mala fe del deudor, permitiéndole negar su obligación, que pretende que es sin causa. (1)

167. En la opinión contraria se enseña que el pagaré sin causa no forma prueba alguna ni presunción de la existencia de una obligación; que, por consiguiente, al demandante

1 Fallo del Tribunal de Tournón, confirmado por la Corte de Nîmes, 17 de Diciembre de 1849 (Dalloz, 1852, 2, 69).

toca probar que el pago de la obligación se funda en una causa. Supone que el pagaré sin causa no hace prueba de la existencia de la deuda. (1) Esta opinión está en oposición con los términos del acto subscripto por el deudor, porque promete pagar, y esta es la fórmula más simple para indicar lo que se debe, porque ¿qué es pagar? No es más que dar lo que se debe; y puede deberse sin que exista una obligación? Los partidarios de esta opinión se contradicen ellos mismos. Reconocen que el pagaré haría prueba contra el subscriptor, si dijera que él "debe" ú otra expresión análoga. Hay sentencias en ese sentido. (2) Y se invoca la discusión que tuvo lugar en el Consejo de Estado. Jamás hemos comprendido la distinción que se hace entre el pagaré por el cual una persona dice que debe mil francos, y el pagaré en que reconoce que pagará mil francos. Todo "pago" supone una "deuda," dice el art. 1,235; así, la promesa de "pagar" es la obligación de "pagar" lo que se debe, porque la palabra "deber" está comprendida en la palabra "pagar." La consecuencia es que tal pagaré por el cual el subscriptor se obliga á pagar, es prueba contra él de la existencia de una "deuda," y, por consiguiente, de una causa. Es cierto que en el Consejo de Estado, Bigot Frument y Treilhard, suponen que el pagaré contiene la palabra "deber," y si dice simplemente "yo pagaré," el subscriptor no se reconoce deudor. (3) A esto respondemos, como lo hemos hecho más de una vez, que los trabajos preparatorios no son la ley; si se quiere transformar en ley todo lo que dice el Consejo de Estado, harémos un Código Civil diferente del que el cuerpo legislativo ha votado.

1 Aubry y Rau, t. 4º, pág. 324, nota 20, pfo. 345, y las autoridades que se han citado.

2 Véanse las sentencias en el Repertorio de Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, nñm. 519, 1.º y 4.º

3 Sesión del Consejo de Estado, del 11 Brumario, año XII, número 27 (LoCré, t. 6º, pág. 78).

168. Hemos llegado á la conclusión práctica de este debate. En nuestra opinión, el que se obliga á pagar se reconoce deudor; en consecuencia, el acreedor portador de un pagaré tiene una prueba, y una prueba completa, que proviene del consentimiento del deudor; no hay nada que probar. La jurisprudencia admite la misma consecuencia bajo otra forma; el pagaré establece una presunción contra el subscriptor; la presunción tiene lugar de prueba (art. 1,352), pero admite la prueba en contrario; el demandado está, pues, obligado á probar que el pagaré que ha subscripto encierra una obligación sin causa. (1) ¿Cómo se rendirá esta prueba? Por toda vía de derecho. Hay una diferencia entre nuestra opinión y la admitida por la jurisprudencia. Si el pagaré ó una confesión forma prueba completa contra el deudor, y éste no puede revocarlo si no es probando que está fundado sobre un error de hecho, ó que ha sido sorprendido por dolo ó arrancado por violencia. Si el pagaré no era más que una simple presunción, la prueba que resulta podrá ser combatida por toda prueba contraria, como lo dirémos al tratar de las presunciones.

La prueba ha proporcionado á los partidarios de la opinión que hemos combatido, una objeción contra la doctrina que impone al subscriptor la obligación de probar la inexistencia de la causa. Esta prueba, dicen, es imposible. Durantón insiste mucho sobre este argumento. Las causas de las obligaciones, dice, son innumerables. Aun cuando el subscriptor del pagaré llegue á establecer, lo cual es imposible, que no debe nada á título de préstamo, de mandato, de depósito, etc., no se seguirá de aquí que no debe por cualquier otro motivo, de manera que nunca lle-

1 La Jurisprudencia belga es en este sentido, Lieja, 19 de Febrero de 1824 (*Pastorisa*, 1824, pág. 51); Bruselas, 26 de Febrero de 1840 (*ibid.*, 1840, 2, 66<sup>1</sup>), 10 de Diciembre de 1845 (*ibid.*, 1849, 2, 15), y 10 de Julio de 1848 (*Pastorisa*, 1848, 2, 23).

gue á probar que se ha obligado sin causa (1), porque la ley no puede exigir una prueba imposible; por consiguiente, dicen, la prueba incumbe al demandante. En nuestra opinión, la objeción viene abajo; no se puede decir que la ley impone al deudor una prueba imposible cuando le obliga á probar error, violencia ó dolo; no es esta una prueba negativa. La opinión general es que la prueba negativa se resuelve siempre en una prueba positiva; en este sentido no se trata, como supone Durantón, de probar que no se debe por ninguna causa imaginable; en efecto, ¿cuándo hay falta de causa? Ordinariamente cuando las partes son engañadas sobre la existencia de la causa, hay error, porque el error es un hecho positivo. La prueba será también difícil, supone la misma imposibilidad. Sea; el subscriptor del pagaré sufrirá las consecuencias de su hecho; puesto que se ha reconocido deudor tiene que pagar. Inútilmente se alega el adagio según el cual nadie puede ser obligado á rendir una prueba negativa; el Código no reconoce este adagio; dice claramente lo contrario, permitiendo repetir, fundándose en la inexistencia de la deuda, y obliga al demandante á probar que ha pagado lo que no debe, cuyo hecho es negativo. Cuando es por hecho de aquel á quien incumbe la prueba, aunque deba probar un hecho negativo, no tiene derecho de quejarse de que se le impone una prueba imposible.

### *Núm. 2. De la falsa causa.*

169. La falsa causa es errónea ó simulada; cuando es errónea está el error en la causa y es lo mismo que si no hubiera causa. El que pretende que la causa es errónea tiene que probar el error; si, pues, el subscriptor del pa-

1 Durantón, t. 10, pág. 371, núm. 555. Compárese Colmet de Santarre, t. 5º, pág. 61, núm. 48 bis, que responde á la objeción.

garé sostiene que la causa es falsa á este título, á él incumbe la prueba. Sobre este punto no hay duda; si la prueba se rinde, resultará que la obligación es sin causa, y, por tanto, inexistente. Pero el portador del pagaré será admitido á probar, de su lado, que por error se ha expresado una causa que no existe, en lugar de la verdadera. Esto es lo que haría el demandante en este juicio, y tendría que probar el fundamento de su demanda.

Lo mismo sucede cuando la causa es simulada; si el subscriptor prueba que la causa expresada en el pagaré no existe, el portador será recibido á probar que de común acuerdo se ha indicado una causa que no es la verdadera, y también á probar cuál es la verdadera. La carga de la prueba recae, en este caso, sobre el beneficiario por el pagaré. Esta es la aplicación del derecho común que rige las pruebas. En el pagaré consta: valor recibido en mercancías; el acreedor sostiene que el deudor ha recibido las mercancías; si el deudor prueba que nada ha recibido, el pagaré dejará de ser la prueba de la deuda, pues hay una causa falsa, y la causa falsa hace que no haya obligación (art. 1,331), á menos que la causa sea simulada y que la causa verdadera sea ilícita. Esto, naturalmente, al acreedor que pretende que hay una causa oculta es á quien toca la prueba, puesto que el escrito que presentó ha perdido su fuerza probatoria por la prueba que el deudor ha rendido de la falsedad de la causa. La jurisprudencia está en este sentido. (1)

170. ¿Cómo se prueba la falsedad de la causa? Cuando la causa es errónea no hay dificultad alguna. El error se prueba por testigos, indefinidamente; es decir, sin tener respecto al monto pecuniario del hecho litigioso, restric-

1 Denegada casación, 9 de Febrero de 1864 (*Dalloz*, 1864, 1, 211). Besangón, 13 de Febrero de 1865 (*Dalloz*, 1865, 2, 29). Bruselas, 10, de Abril de 1832 (*Fasicrisia*, 1832, pág. 106).

ción alguna. Esta es la aplicación del art. 1,348 en los términos de que la prueba testimonial se recibe por cesión, en el caso en que el acreedor no pueda procurarse una prueba documental, y es evidente que, en caso de error, esta imposibilidad existe.

No puede decirse otro tanto en caso de simulación. En general, la prueba testimonial no se admite para probar la simulación cuando una de las partes, la cual demanda, alega en contra de la otra. La razón es porque fácilmente pueden hacer una letra falsificada y así procurarse una prueba documental. Cuando no puedan oponer la excepción del art. 1,348 (1) vuelven á estar comprendidos en la regla que prohíbe la prueba testimonial, y existiendo un escrito que pruebe la obligación y la causa, no puede alejarse error cuando hay que aplicar la regla del art. 1,341, pues no puede recibirse la prueba testimonial contra el contenido del escrito, porque las letras son tertimonio. (2) La prueba testimonial no es admitida sino cuando no hay un principio de prueba por escrito. Se pregunta: ¿el pagaré puede servir de un principio de prueba? Esto depende de las indicaciones que se encuentren; si hacen probable el hecho alegado de simulación, la prueba testimonial sería admisible; este es el derecho común. La Corte de Besançón así lo juzgó en un caso bastante singular. Un cultivador había subscripto un pagaré por el que reconocía deber á una mujer la suma de tres mil trescientos francos "que ella le había prestado en su necesidad." Encargó á sus hijos cumplir esta obligación, agregando que no podían negarse á pagar ni á anularla por medio de los tribunales, y se obligó también á pagarle intereses hasta su muerte. Constaba que la beneficiada, doméstica, no había

1 Bruselas, 7 de Mayo de 1845 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 330).

2 Bruselas, 26 de Diciembre de 1849 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 110).

podido prestar una suma tan importante, y que el subscriptor jamás se había encontrado en la necesidad de pedir prestado. Resta saber cuál es la dificultad de derecho: ¿las indicaciones del acto podían ser combatidas por los herederos del deudor? ¿Podían rendir prueba testimonial de que no hubo préstamo, cuando en el pagaré constaba un préstamo? La Corte de Casación que hizo la objeción, la respondió diciendo que, en el caso, el pagaré litigioso formaba un principio de prueba. "Las diversas indicaciones, dice la Corte; la época en que pudo exigirse el cumplimiento; las precauciones extrañas tomadas por el subscriptor; las cargas impuestas á sus herederos; la prohibición de recurrir á las vías judiciales contra este título, son indicios escritos que dan toda fuerza de verdad á la imputación de la falsedad de la causa expresada. Había también otra dificultad. El art. 1,347 exige que lo escrito provenga de aquel á quien se le opone, y el escrito provino no del beneficiario sino del subscriptor. La Corte respondió que la demandada, valiéndose de la ocasión, se la apropió oponiéndola á los herederos. (1) Sobre este punto nos reservamos volverlo á tratar en el capítulo "De la Prueba de las Obligaciones."

171. Si el acto es auténtico y se expresa una causa falsa, ¿podrá inscribirse para probar la simulación? La negativa ha sido juzgada por la Corte de Bruselas, (2) y es cierta. Esta es la aplicación de los principios que expondremos más adelante. La simulación es el hecho de las partes y no del notario; no se ataca, pues, al acto; se reconoce, por el contrario, que el notario ha hecho constar las declaraciones de las partes; y el acto, cuando ha sido inscripto, hace fe de las declaraciones y no de la verdad de las declaraciones. De donde se sigue que la simulación podrá probarse según el derecho común.

1 Besangóu, 13 de Febrero de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 29).

2 Bruselas, 5 de Febrero de 1834 (*Pasterisía*, 1834, 2, 32).

172. La falsedad de la causa es frecuentemente establecida por el interrogatorio sobre hechos y artículos á que el beneficiario del pagaré es sometido. Pero reconociéndose que la causa expresada no es verdadera, el beneficiario hace una restricción á su consentimiento, declarando que el pagaré tiene tal causa. Nace entonces la cuestión de la indivisibilidad del consentimiento. Por regla general el consentimiento no puede dividirse contra aquel que lo ha hecho (art. 1,356). La Corte de Casación aplicó este principio á un caso en que todas las probabilidades estaban en contra del subscriptor; había comenzado por sostener que la causa expresada era sincera; declaró que realmente no había entregado la suma reclamada, por causa de préstamo; alegó otra causa que no era más verdadera que la primera. La Corte se fundó en estas circunstancias, y recibió á los deudores la demanda. Sobre la demanda en casación, el fallo fué declarado nulo, (1) y la sentencia dividió el consentimiento que la ley declara indivisible. La indivisibilidad del consentimiento es frecuentemente una arma para la mala fe, como lo veremos en el capítulo "De la Prueba de las Obligaciones," en cuyo caso la jurisprudencia permite dividirlo. Hay un caso en que no cabe duda; el portador del pagaré reconoce que la causa expresada es falsa, é indica otra causa, pero la falsedad de la causa se prueba independientemente del consentimiento; entonces está obligado el beneficiario á rendir la prueba directa de la causa verdadera que alegó y no puede prevalecer su consentimiento, porque el subscriptor no lo invocó. (2)

173. Sin decir que el subscriptor del pagaré pueda con-

1 Casación, 28 de Abril de 1807, y Denegada casación, 13 de Julio de 1808 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 544, 1º) Comparese Tolosa, 27 de Diciembre de 1830, y Burdeos, 9 de Julio de 1833 (Dalloz, núm. 544, 2º).

2 Denegada casación, 19 de Junio de 1812 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 546).

ceder el juramento al portador sobre la falsedad de la causa, el juramento puede concederse en cualquier caso de contestación en que se pida. ¿El portador es admitido, en este caso, á prestar un juramento en este sentido, que declare la falsedad de la causa expresada, pero agregando que el pagaré tiene otra causa? La dificultad se presentó ante la Corte de Bruselas, en un caso bastante extraño. Una señorita reconoce, por acto auténtico, haber recibido el mismo día una suma á título de préstamo; los herederos niegan que haya préstamo y conceden el juramento al demandante; aquél declara que, en efecto, no existe préstamo, pero que la obligación tiene otra causa lícita, porque se habían anticipado, por cuenta de la señorita, sumas destinadas al rescate de los cautivos en los Estados bárbaros; ofrece jurar que la suma que reclama tiene esta causa. Sobre esto se suscita una discusión sobre los términos en que este juramento debía prestarse. Los herederos sostienen que el demandante se niega á prestar el juramento que se le ha concedido, y que debe rechazarse su demanda, como lo exige el art. 1,361. El beneficiario respondió que no puede, sin faltar á la verdad, prestar el juramento que se le ha concedido, pero que la causa simulada no impide la existencia de una causa verdadera, y no se obligó á prestar juramento sino sobre la existencia de una causa. La Corte juzgó que el demandante no puede ser obligado á jurar pura y simplemente que la causa es falsa, pero que los demandantes, por su parte, tampoco están obligados á sos tener la concesión del juramento, tal como la parte contraria quería prestarlo. (1) Volveremos á ver esta cuestión al tratar del juramento.

174. Cuando la causa es simulada y existe otra verdadera que se oculta, los dos hechos son indivisibles, si una misma prueba establece todo el hecho, la inexistencia de

1 Bruselas, 9 de Abril de 1828 (*Pasitrisia*, 1828, pág. 184.)

la causa expresada y la realidad de la que se oculta. La Corte de Casación lo ha juzgado así en un caso en que los libros de comercio de las partes interesadas establecían que la causa expresada era falsa y probaban, al mismo tiempo, que existía otra causa verdadera. No pudo admitirse la prueba porque establecía la falsedad de la causa, ni rechazarla, porque demostró la existencia de una causa legítima. La prueba es realmente indivisible en el caso. (1) ¿Puede concluirse de esto que toda prueba es indibisible? Lo veremos más adelante; notaremos solamente que la ley dice que el consentimiento es indivisible, y nada dice de toda prueba.

175. Hemos supuesto hasta aquí que hay siempre simulación y que la causa simulada ocultó una causa lícita. La causa verdadera puede también ser una causa ilícita que las partes hayan querido ocultarla para burlar la aplicación del art. 1,131. ¿El subscriptor del pagaré puede ser admitido á rendir la prueba de la causa ilícita? Sí, y sin duda alguna. Inútilmente se diría que se ha hecho cómplice de un hecho ilícito, simulando una causa falsa con el fin de hacer válido lo que la ley repreuba. Esto podría sostenerse en la opinión que no permite al demandante alegar su torpeza ó su falta; en nuestra opinión, toda parte interesada debe ser admitida á probar que la causa es ilícita, porque la sociedad está interesada en que el fraude á la ley sea descubierto y en que la obligación que la ley declara ilícita no tenga cumplimiento. ¿Cómo se rendirá la prueba de la causa ilícita? Se trata de un fraude á la ley, y, por lo tanto, toda prueba es admisible, la prueba testimonial y las simples presunciones. Tal es la jurisprudencia, como lo dirémos en el capítulo "De la Prueba de las Obligaciones." La Corte de Casación lo juzgó así, pero la sentencia come-

(1) Denegada casación, 13 de Marzo de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 284).

tió el error de igualar la simulación y el fraude. (1) Hemos dicho que la simulación se somete al derecho común; así, el art. 1,353 no habla sino de fraude y de dolo.

*Núm. 3. De la causa ilícita.*

176. Las partes contratantes tienen cuidado de no expresar la causa ilícita sobre la cual su convenio está fundado, puesto que sería proporcionar la prueba de la inexistencia de sus convenios. Si indicaran la causa indicarían una falsa causa: en uno y en otro caso cada una de las partes interesadas será admitida á probar que la causa es ilícita; y esta prueba podrá hacerse por testigos y por presunciones. Este es el derecho común para todo hecho ilícito (art. 1,348, núm. 1). Que no se objete que las partes han podido procurarse una prueba documental, un contráescrito, porque la objeción no tendrá sentido. ¿El que hace una estipulación ilícita firmará un escrito que permita á la otra parte no cumplir su obligación?

La aplicación de estos principios presenta alguna dificultad cuando el pagare tiene por causa relaciones de concubinato. Se cita una sentencia de la Corte de Casación, que debe haber decidido que la prueba del concubinato debe resultar del acto mismo, lo que excluiría la prueba testimonial y las presunciones. La sentencia no dice esto, es extraña á nuestra cuestión. En el caso se trata de una donación hecha entre dos que han vivido en concubinato. Estas donaciones son permitidas; y no pueden ser anuladas si se declara que el concubinato ha sido la única causa de la donación. ¿Cómo probar este hecho? Sobre este punto la sentencia es muy vaga. La Corte dice que el acto de donación no enuncia que el hecho tenga por causa rela-

1 Denegada casación, 27 de Julio de 1808 (Daloz, núm. 526, 1º) 7 de Enero de 1829 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,048), 4 de Noviembre de 1857 (Daloz, 1857, I, 441).

ciones ilícitas entre el subscriptor y la beneficiada; que no podrá suplir con su silencio este miramiento sin volver á caer en averiguaciones peligrosas, reducidas á justo título por el legislador. Se deduce de aquí que la prueba del concubinato debe resultar del acto mismo. ¿No es esto traspassar los términos de la sentencia y el pensamiento de la Corte? La sentencia agrega que, en la especie, los hechos y documentos del proceso no prueban necesariamente que el convenio no tenga otra causa que las relaciones culpables que se supone haber existido entre las partes; relaciones, por otra parte, que habían acudido en la fecha en que se celebró el acto cuya nulidad se demanda. (1) La sentencia nada resolvió en principio. Desde que un convenio es atacado en virtud del art. 1,133, la prueba se rinde según el derecho común, y, por tanto, por testigos si se trata de un delito ó de un cuasidelito, ó, en general, de todo hecho por el cual el demandante no se puede procurar una prueba documental (art. 1,348). La Corte de Casación no dice lo contrario, y si lo hubiera dicho, su sentencia no tendría ninguna autoridad, en vista del texto de la ley.

1 Denegada casación, 26 de Marzo de 1860 (Daloz, 1860, I, 255.)