

Negocio abstracto y reconocimiento de deuda

JOSE LUIS DE LOS MOZOS

SUMARIO: Planteamiento.—I. EL PROBLEMA DEL NEGOCIO ABSTRACTO DESDE LA PERSPECTIVA DEL SISTEMA INTERNO DEL DERECHO CIVIL: a) Diferencias entre el Derecho alemán y el Derecho español respecto de la diversa disposición del ordenamiento en materia de negocio abstracto y de la distinta significación de la causa. b) El *negocio real abstracto* del Derecho alemán como base de la construcción sistemática de la disciplina del negocio abstracto, a pesar de sus incongruencias.—c) Necesaria reconstrucción en torno a una valoración adecuada del elemento causal como comprobación sistemática en la causa del negocio y en la causa de la atribución.—II. EL RECONOCIMIENTO DE DEUDA: PRIMACÍA DE UNA CONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA SOBRE EL ARGUMENTO COMPARATISTA O MERAMENTE CONCEPTUAL.—a) Tipos de reconocimiento según su alcance: reconocitivo, declarativo y constitutivo (confesión y reconocimiento).—b) Fidelidad histórica al criterio causalista.—c) La jurisprudencia del T. S. y el juego del artículo 1.277 C. c.

PLANTEAMIENTO

Aunque la doctrina del negocio abstracto, generalmente, se plantea en sus justos términos, también es cierto que se pueden observar ciertos excesos terminológicos y de expresión que pueden inducir a confusión con alguna facilidad, sobre todo cuando son innecesarios porque no se corresponden con la estimación real y efectiva del problema. Por otra parte, de los supuestos que se califican, por el sector de la doctrina que en tal sentido se manifiesta, de negocio abstracto, es acaso el *reconocimiento abstracto de deuda*, juntamente con la *promesa abstracta*, el que más repugna, de una manera intuitiva a una normal conciencia jurídica, ya que tal configuración, aun llegando a la concepción meramente *formal* del negocio abstracto, choca con la convicción de que el Derecho debe mantener, salvo en circunstancias muy excepcionales que por ello han de ser singularmente contempladas, un mínimo de fundamentación material en cualquier clase de relaciones jurídicas.

Por esto causa cierta extrañeza encontrar, en particular en la jurisprudencia, afirmaciones en las que, en términos algo excesivos, se habla de negocio abstracto de reconocimiento de deuda (1). Cómo

(1) Así con antecedente en las SS. de 14 de enero de 1935 y 27 de junio de 1941, en las SS. de 8 de marzo de 1956 y 13 de junio de 1959. Y en relación

puede fácilmente comprenderse, lo que aquí se trata, es poner en tela de juicio, en general, el criterio expansivo con que se ha tomado el concepto y la denominación de negocio abstracto, y, en particular, la configuración del reconocimiento de deuda como negocio abstracto. Para ello hemos llamado la atención, haciendo constar nuestra extrañeza por la terminología utilizada, en particular por la jurisprudencia. Así nos encontramos con que la sentencia de 14 de enero de 1935 habla de *causa abstracta*, cuando la causa no puede ser abstracta (sea del negocio, contrato o atribución); ha de ser concreta, material. Si un negocio, contrato o atribución no tiene causa, hay que buscarle otro fundamento. Otra cosa distinta, aunque íntimamente relacionada con ello, es que, en el negocio abstracto, se haga abstracción de la causa. Pero entonces lo importante es determinar cómo y por qué tiene esto lugar.

Por otra parte, el camino elegido para abordar el tema se centra en torno a la fundamentación del pretendido negocio abstracto de reconocimiento de deuda en relación con la admisión y alcance reconocidos al negocio abstracto en el Derecho español. Pero un excesivo desarrollo del conceptualismo, en relación con esta materia, nos impide partir de un análisis en relación con la naturaleza jurídica de esta figura (2). Aunque el adoptar esta postura no sólo depende de un prurito metodológico, sino porque al pretender estudiar el reconocimiento de deuda, en relación con el negocio abstracto, nos encontramos, como veremos, con que esta temática principalmente ha sido objeto de desarrollo, modernamente, a propósito de los llamados *negocios de fijación* que obedecen, en numerosas tendencias doctrinales, a una construcción técnica derivada de la propia doctrina alemana del negocio abstracto. Y, entonces, si respecto de ésta es unánime la convicción, tanto entre sus partidarios como entre sus detractores, de que hay que someterla a una necesaria adaptación para aplicarla en nuestro Derecho, tendremos que hacer notar que no se ha intentado, en cambio, en relación con su derivado, el reconocimiento de deuda, sino de modo ocasional, aunque se le califica de negocio abstracto.

Con todo, no se pretende tampoco situar la cuestión, exclusivamente, desde el punto de vista de una crítica de la teoría del negocio abstracto. Teoría que, como es sabido, desde un principio tuvo en Alemania sus detractores (3), conforme a una tendencia

con esta jurisprudencia, como base del reconocimiento del negocio abstracto en nuestro Derecho, NÚÑEZ LAGOS, *Cobro de lo indebido y enriquecimiento sin causa*, en *Mucius Scaevola*, XXX-2, (Madrid, 1961), págs. 638 y ss. y CASTAN, *Derecho civil español, común y foral*, IV, 9.ª ed., Madrid, 1961, págs. 787 y ss.; en contra de ese criterio jurisprudencial, LÓPEZ VILAS, *Estudio sobre el reconocimiento de deuda*, en RDP, 1965, págs. 873 y ss., y en particular, págs. 871-873. Pero, sobre todo, ESCRIVÁ DE ROMANÍ, *El reconocimiento abstracto de deuda y la Sentencia de 8 de marzo de 1956*, en RCDI, XLI (1965), págs. 1045 y ss.

(2) Aparte de que esto ya ha sido últimamente intentado correctamente por LÓPEZ VILAS, *Op. cit.*, en RDP, 1965, págs. 873 y ss.

(3) Antes de la publicación del BGB y precisamente en relación con la

que, con posterioridad a la publicación del BGB, lejos de irse reduciendo, se ha ido engrosando, adquiriendo aún mayor volumen en ciertas "épocas constituyentes", como sucedió en torno al fracasado Proyecto del VGB. A esta época corresponde, precisamente, la acerba crítica de F. HECK recayendo sobre el negocio tipo que sirve de fundamento sistemático al negocio abstracto, es decir, sobre el *negocio real abstracto* que el BGB establece para la transmisión de la propiedad y otras modificaciones reales (4). Crítica que fundamenta en la "jurisprudencia de intereses", utilizando a veces argumentos de *lege ferenda*, dada la ocasión y el planteamiento que ofrece el Derecho positivo alemán. En nuestro caso, con un planteamiento diferente, en relación con nuestro propio ordenamiento, no tenemos necesidad de abandonar el puro plano de la dogmática, sin que, por ello, olvidemos del todo la presencia de los intereses (5) que, tradicionalmente, ponen en juego los conceptos jurídicos, sobre todo, si son utilizados reflexivamente y con moderación, en contraste con el *sistema interno* del propio ordenamiento, que es, únicamente, donde tienen sentido (6). Por ello, antepondremos las consideraciones siste-

discusión parlamentaria del Primer Proyecto, tiene especial interés el trabajo de STROHAL, *Rechtübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, en *Iher. Jb*, 27 (1889), páginas 335 y ss.

(4) *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, Tübingen, 1937. Trabajo a cuya divulgación ha contribuido últimamente la RCDI, 1965, págs. 1443 y ss., publicándole traducido y en cumplimiento de un propósito que expresa su Consejo de Redacción en el preliminar a su inserción en las páginas de la revista y que merece toda alabanza.

(5) Para una acertada crítica de la "jurisprudencia de intereses", ya DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 3.^a ed. (1.^a, 1942), Madrid, 1955, págs. 503 y ss.; WIEACKER, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, trad. esp., Madrid, 1957, págs. 510 y ss.; LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín-Göttingen-Heidelberg, 1960, págs. 123 y ss. y, allí, otras referencias. KASER, en su conferencia, *En torno al método de los juristas romanos*, trad. esp., Valladolid, 1964, págs. 33-34, en nota, nos indica que: "el llamado *nuevo* método de valoración de intereses en el último decenio ha sido relegado a un segundo plano por perspectivas metodológicas más recientes, que sobrepasando la ponderación de intereses tratan de llegar a una visión más profunda de las normas supremas del Derecho, sobre todo en relación con la elaboración jurídica extralegal".

(6) La técnica comparatista de la "jurisprudencia de conceptos" toma a éstos sin raíces. Pero no por ello hay que olvidar que la *dogmática* lleva en sí misma una función representativa (sistemática) y una función axiológica (valorativa), como ha dicho BERTI, *Teoria generale della interpretazione*, II, Milano, 1955, pág. 813. Lo que toma un profundo sentido al comprobar el valor de un principio en relación con un determinado ordenamiento. Por ello, el "sistematismo", podemos decir, siguiendo a ESSER, "no es una arbitraria construcción geométrica, sino el encuadramiento necesariamente consecuente" de una cuestión, en relación con el complejo de cuestiones o problemas en que se halla comprendida (*Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad. esp., Barcelona, 1961, págs. 8-9). Si bien la referencia de ESSER alude a un planteamiento no absolutamente coincidente con el que nos ocupa, aunque sirve para fijar el alcance que queremos dar al *sistema*, lo que por otra parte tratamos de conseguir hablando de *sistema interno* para evitar

máticas al análisis de los intereses, lo que puede quedar para otra ocasión. De este modo, evitaremos caer en una elaboración jurídica puramente naturalista, además que, como ha dicho KASER siguiendo a WIEACKER, a propósito de un planteamiento semejante, así “adquieren también concepto e institución un significado mucho más profundo de los que hubiera podido normalmente soñar la aburrida polémica en torno a la llamada jurisprudencia conceptual” (7).

I. EL PROBLEMA DEL NEGOCIO ABSTRACTO DESDE LA PERSPECTIVA DEL SISTEMA INTERNO DEL DERECHO CIVIL

a) *Diferencias entre el Derecho alemán y el Derecho español respecto de la diversa disposición del ordenamiento en materia de negocio abstracto y de la distinta significación de la causa.*

PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, ilustres defensores de la aplicación de la teoría del negocio abstracto a nuestro Derecho, no dejan de reconocer, como no podían por menos, las diferencias existentes entre ambos ordenamientos, en este punto (8), aunque partiendo de la posibilidad de adaptación de esta disciplina, conscientes de las dificultades que ello implica, por otra parte. Pero antes de hablar de estas diferencias y de las correspondientes dificultades con las que tropieza la adaptación del esquema del negocio abstracto, vamos a indicar qué se entiende por negocio abstracto en el Derecho alemán.

Es curioso hacer notar de antemano, y esto siempre ha estado presente en la doctrina, que, precisamente, es a propósito del negocio abstracto donde la doctrina alemana se ocupa del tema de la causa, lo que llevará consigo una visión inadecuada del objeto primordial de este planteamiento. Hecha esta advertencia, que no conviene olvidar desde el primer momento, nos encontramos con que la doctrina alemana, de acuerdo con el BGB, entiende por *negocio abstracto* aquel en el que el *convenio causal no forma parte del contenido del negocio*. Así indican ENNECERUS-NIPPERDEY que: “La declaración

equivocos. Que se puede hablar de sistema en estos sentidos y en el que aquí nos interesa como contrapuesto a la ordenación positiva de las leyes, no ofrece duda. Así, KASER reconoce la existencia de un *sistema interno* en el Derecho romano clásico, pues aunque los conceptos romanos o las normas sean configuradas en torno al caso concreto, “no hay que olvidar que los juristas elaboran y manejan cuidadosamente estas normas, ya de por sí flexibles, de modo que no choquen unas con otras. Esta manera de compaginar las normas unas con otras implica ya una buena dosis de sistemática interna que desborda el mero empirismo”. Bien que concluirá diciendo que el sistema de la jurisprudencia clásica se diferencia del sistema de las codificaciones en que es un sistema abierto, en vez de un sistema cerrado (*Op. cit.*, págs. 35-36). Para un planteamiento general sobre los problemas del sistema, sobre todo, WILBURG, *Entwicklung eines beweglichen Systems in bürgerlichen Rechts*, Graz, 1950.

(7) *Op. cit.*, pág. 34, en nota.

(8) *Notas a ENNECERUS-NIPPERDEY, Tratado de Derecho civil*, I-2, traducción española, 2.^a ed., Barcelona, 1950, págs. 87 y ss., y *Op. cit.*, II-2, 2.^a ed., Barcelona, 1950, pág. 534, por lo que se refiere al reconocimiento de deuda.

de enriquecer el patrimonio de otro por sí sola (más la aceptación si se trata de un contrato), y sin la causa, constituye el contenido del negocio. *El negocio queda separado, abstraído del convenio causal; es un negocio abstracto.* Considerada en sí esta separación de lo que económicamente es conexo aparece como artificiosa. No obstante, los negocios abstractos son muy frecuentes porque dan mayor relieve a la claridad y seguridad de los efectos del negocio, dando en consecuencia a los derechos que constituyen una gran facilidad para su circulación en el tráfico" (9). También von THUR se sitúa en el mismo punto de partida, efectuando con toda propiedad un análisis del mismo, al decir que "toda atribución patrimonial se funda en una finalidad jurídica (la causa), que por lo general establecen las partes. El negocio de atribución patrimonial es causal cuancto, como ocurre en la mayoría de las relaciones crediticias, el acuerdo sobre la causa integra el negocio de atribución. Sin embargo, y con más frecuencia el acuerdo sobre la causa se considera como un elemento externo que no entra en el *factum* de la atribución; si la atribución se efectúa mediante contrato, para su validez no se exige más que el acuerdo de las partes respecto de la modificación jurídica que se proponen realizar" (10). E igualmente LARENZ, al poner de relieve, por otro lado, la función del negocio abstracto en relación con la peculiaridad de sus efectos, se hace cuestión del sentido que puede tener una promesa de prestación abstracta, independiente y aislada, diciendo que: "Nadie querrá obligarse frente a otro sin alguna causa o finalidad; para el que se obliga siempre habrá subjetivamente una causa de su obligación. Si, no obstante, se obliga sin consideración a un fin negocial determinado mediante una promesa aislada, lo hará casi siempre para suplir (sustitución de la obligación, novación) o para reforzar la obligación constituida de otro modo (mediante un negocio de contenido concreto y de finalidad definida), en el caso de refuerzo la nueva obligación se coloca al lado de la anterior para darle más solidez. También es posible que una obligación dudosamente vinculante haya de ser fijada y para ello se crea una pretensión con base distinta." Pero lo verdaderamente importante, como añade el propio LARENZ es que: "El fortalecimiento de una obligación mediante constitución de otra dirigida al mismo resultado, pero como vinculación *autónoma*, repercute en el proceso a favor del acreedor. Si éste reclama judicialmente la prestación, ha de afirmar, y en caso de ser negados, probar aquellos hechos de los que se deduzca la pretensión afirmada. A este fin cuando se trata de hechos complicados, por ejemplo, de pretensiones derivadas de un contrato de gestión de negocios o de sociedad (sobre abono de gastos, comisiones, ganancias) pueden presentársele grandes dificultades de prueba. En los contratos bilaterales ha de contar, además, con que el deudor puede ejercitar la excepción de contrato no cumplido y ello le

(9) *Op. cit.*, I-2, pág. 78.

(10) *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, III-1, traducción cast., Buenos Aires, 1948, pág. 118.

obligará a probar su contraprestación o que el demandado estaba obligado a cumplir previamente la suya. En muchos casos puede hallarse ante plazos de prescripción breves. Mucho más fácil es para él que, sin necesidad de remitirse a la relación jurídica originaria, pueda invocar sencillamente que el demandado se ha obligado frente a él "independientemente" a realizar la prestación que se le exige. De esta forma será considerablemente facilitada la carga de la afirmación y de la prueba y precisamente por esta razón con frecuencia insistirá en dicha promesa (11).

Con estas referencias ya nos hacemos una idea del punto de partida de la cuestión, de su configuración técnica, de la razón de política legislativa para su establecimiento y, sobre todo, de la función que cumplen en relación con sus consecuencias jurídicas. Sólo queda indicar que, en el Derecho alemán, son abstractos los actos dispositivos (12) y ciertos negocios que fundamentan obligaciones. En particular, es abstracta la transmisión de la propiedad y la constitución, transmisión y modificación de los demás derechos reales y de los derechos sobre bienes inmateriales, también lo son la remisión y la transmisión de los créditos (cesión de créditos, asunción de deuda, remisión de deuda) y algunos pocos negocios obligatorios (promesa abstracta de deuda, reconocimiento de deuda, emisión de títulos al portador, letra de cambio y otros negocios literales propios del tráfico mercantil) (13).

Ahora bien, como previamente hemos advertido, el núcleo de la cuestión depende del concepto de causa y de su configuración, pero este tema le reservamos para la revisión crítica de la propia doctrina alemana del negocio abstracto, no hay por qué plantearle ahora a propósito de la adaptación de aquella doctrina a nuestro Derecho. Aquí lo único que interesa es el diverso sentido con que se toma el término causa y de lo que se deduce su diferente configuración en ambos ordenamientos. En el Derecho alemán se habla de causa a propósito del enriquecimiento injusto (§§ 812 a 882 BGB); pero, en todo caso, la causa no es un requisito extrínseco del negocio; como sucede en los Derechos latinos, se trata de una mera *causa naturalis*, no de una *causa civilis*, y viene representada exclusivamente en sentido subjetivo, conforme a esa concepción aludida, como la *finalidad* querida por las partes (acuerdo sobre la causa) (14). En cambio, en nuestro

(11) *Derecho de obligaciones*, II, trad. esp., Madrid, 1959, págs. 460 y ss. y, concretamente, págs. 461-462.

(12) Para el concepto de negocio de disposición, Von THUR, *Op. cit.*, II-1, páginas 264 y ss.

(13) Así, por todos, Von THUR, *Op. cit.*, III-1, págs. 118-119; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Op. cit.*, I-2, pág. 82.

(14) Esto explica el que el prodio BAEHR, uno de los epígonos de la doctrina del negocio abstracto, durante el siglo XIX, facilitara el camino de su admisión al considerar que se podría hacerlos derivar del principio de la *autonomía privada* (*Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, 2.ª ed., Cassel, 1867, pág. 169, cita de LARENZ, *Op. cit.*, II, n.º 462.) Una reacción crítica, frente a este planteamiento encontraremos en diversos autores, por el momento: ESSER, *Schul-*

Derecho, con independencia de la concepción que se tenga de la causa, ésta viene establecida como requisito autónomo del negocio jurídico (arg. ex art. 1.261 C. c. y concordantes), por lo que al admisión del negocio abstracto, en los partidarios de esta tendencia, se subordina a la presunción sobre la existencia y licitud de la causa en los contratos, establecida en el artículo 1.277 del Código civil, con lo que se trata, necesariamente, de negocio abstracto en sentido *procesal* o formal, si bien esto no aparezca exactamente configurado en todas sus consecuencias por esa orientación doctrinal (15), o se pretende, en virtud de una interpretación expansiva del propio artículo 1.277 del Código civil generalizar la posibilidad de los negocios abstractos, como defienden PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (16).

Ahora bien, esta admisión, aun la de carácter limitado o parcial, implica un contrasentido, al llevar las cosas más lejos que el modelo propuesto, pues, a pesar de que en la adaptación que se propugna se invoque también el artículo 1.255 del Código civil, la cuestión de la *autonomía privada* como fundamento del negocio abstracto, no queda muy clara, ya que en el sistema del BGB (17) la autonomía privada al configurar la *causa naturalis* del negocio sirve de fundamento, precisamente, a los negocios causales, no al negocio abstracto. Así, el propio LARENZ dice que el reconocimiento de la autonomía privada, como todo principio de Derecho, no puede reconocerse sin limitaciones y, por ello, el BGB, al admitir el negocio abstracto, "ha procurado, mediante la estructuración de las normas del enriquecimiento injusto, que el deudor conserve las excepciones derivadas del negocio primitivo que sirve de base a la promesa abstracta" (18). Y con más claridad, Von THUR expresa que "la naturaleza abstracta de los negocios dispositivos no descansa en la voluntad de las partes, que no tienen mucha comprensión para las cuestiones técnico-jurídicas, sino que depende

drecht, 2.ª ed., Karlsruhe, 1960, págs. 50-51; LANGE, *BGB. Allgemeiner Teil*, séptima ed., München und Berlin, 1964, págs. 256 y ss.; BOEHMER, *El Derecho a través de la jurisprudencia*, trad. esp., Barcelona, 1959, págs. 606 y ss.; pero, sobre todo, FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1965, págs. 152 y ss. y 167 y ss. De todos modos, cuando se alude en el texto a *causa naturalis*, se tiene presente el hecho de que el ordenamiento no exige la causa, advertencia que hacemos para distinguir la configuración de la causa en este sentido de la doctrina medieval de la *causa naturalis*, que se desarrolla particularmente entre los canonistas.

(15) Así, NÚÑEZ LAGOS, *Op. cit.*, en *Mucius Scaevola*, XXX-2, págs. 628 y ss. CASTAN, *Derecho civil*, IV, págs. 776 y ss.; OSSORIO MORALES, *Lecciones de Derecho civil, Obligaciones y contratos (Parte General)*, Granada, 1956, páginas 266 y ss. Sobre este argumento, recientemente, LÓPEZ VILAS, *Los llamados negocios jurídicos abstractos*, en RDP, 1965, págs. 487 y ss. y, concretamente, págs. 496 y ss.

(16) *Op. cit.*, I-2, págs. 91 y ss. y II-2, págs. 527 y ss.

(17) Otra cosa puede resultar de la fundamentación de la teoría del negocio abstracto, anterior al mismo, lo que nos lleva al planteamiento crítico que hemos reservado para más adelante.

(18) *Op. cit.*, II, págs. 462-463.

de la estructura del Derecho objetivo y se justifica por razones de política legislativa" (19). Por otra parte, hay que tener presente que la disciplina del negocio abstracto se completa con una estricta regulación sobre el enriquecimiento injusto (§§ 812 a 822 BGB) y, además, con las reglas que ENNECERUS agrupa de la manera siguiente, como contrarias al principio de abstracción: "a) Las partes pueden (exceptuando la transmisión de fincas, § 925) elevar la validez del convenio causal a condición (más exactamente, *condictio in praesens collata*) de la eficacia del negocio de disposición. b) En ciertos casos, el negocio causal y el negocio de disposición, que sirve para el cumplimiento del primero, pueden estar ligados recíprocamente de tal suerte que haya lugar a la aplicación de la regla del § 139 (20). c) La misma falta que es achaque del convenio causal puede alcanzar también al negocio de disposición; así ocurre frecuentemente con la impugnabilidad" (21).

Estas diferencias en la fundamentación del negocio abstracto, en ambos Derechos, han sido advertidas en nuestra doctrina, justamente, por los detractores de la adaptación de la teoría del negocio abstracto al Derecho español. Así, ALBALADEJO, ROCA SASTRE y otros autores entienden que los particulares no pueden crear a su arbitrio negocios abstractos, ya que la abstracción sólo sería posible cuando la ley derogase los artículos 1.261, 3.º, y 1.274 del Código civil (22); insistiendo, por otra parte, en que la abstracción lograda al amparo del artículo 1.277 del Código civil es meramente *procesal*, que únicamente implica relevación de la prueba de la causa (23), alcance que, como veremos, sólo puede admitirse aun con muchas restricciones. Incluso PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER reconocen que existe alguna diferencia entre el Derecho alemán y el español, en relación con el amparo y defensa del deudor, frente a la acción del acreedor, en el negocio abstracto, pues su oposición al crédito no se halla fundamentada en una *condictio*, sino en la acción o reconvenión de nulidad (24), con lo cual los efectos son diferentes. Lo que nos revela, con toda claridad, el desajuste sistemático de esta tendencia doctrinal al pretender la adaptación del negocio abstracto al Derecho español. Y esto sin considerar,

(19) *Op. cit.*, III-1, págs. 119-120.

(20) Cfr. § 139 BGB. "Si una parte de un negocio jurídico es nula, es nulo todo el negocio jurídico si no ha de entenderse que sería celebrado incluso sin la parte nula."

(21) *Op. cit.*, I-2, pág. 83.

(22) ALBALADEJO, *Notas a CARIOTA FERRARA, El negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, 1956, pág. 167 y, después, en otros trabajos, opinión que reitera en su manual, *Derecho civil*, I, Barcelona, 1961, págs. 390-393; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, Barcelona, 1954 (5.ª ed.), págs. 716-717.

(23) ALBALADEJO, *Ibid.*; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, I, págs. 702 y ss. y *El enriquecimiento sin causa*, en *Estudios de Derecho privado*, I, Madrid, s/d., págs. 490 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1954, págs. 168 y ss.; LÓPEZ VILAS, *Op. cit.* en RDP, 1965, páginas 490 y ss.

(24) *Notas a ENNECERUS-NIPPERDEY, Op. cit.*, II-2, pág. 534.

por ejemplo, que tanto para la transmisión de la propiedad como respecto de la promesa o el reconocimiento de deuda no existen en nuestro Derecho preceptos análogos a los §§ 925, 929 y 780 y 781 BGB, respectivamente.

Volviendo a la distinta significación de la causa, en ambos Derechos, nos encontraremos con que, a pesar de ello, la más reciente doctrina alemana plantea la cuestión en términos que no dejan lugar a la menor duda. Así, W. FLUME dice que “todo negocio de atribución requiere un fundamento jurídico, una causa, para que la atribución como tal quede justificada en relación con el negocio establecido por las partes. La atribución puede obtenerse mediante disposición negocial o mediante regulación legal”. Añadiendo que “el concepto de causa viene aquí por ello determinado como el fundamento de la atribución...”, “lo que se consuma inmediatamente bien a través de una fundamentación legal o a través de la determinación de una regulación negocial” (25). El mismo JAHR, ferviente defensor del principio de abstracción, en un reciente trabajo, da por supuesta esta fundamentación legal del negocio abstracto al decir que “las partes, al utilizar los sistemas típicos, se adaptan a los fines previstos en el ordenamiento”, lo que tiene perfecto sentido, sobre todo en el propio planteamiento en que se desenvuelve su trabajo (26).

La diferencia, por tanto, entre ambos ordenamientos es bien elocuente. “La técnica de la atribución en los *negocios abstractos* —dice W. FLUME— funciona en contra del aforismo medieval, por lo que podría formularse diciendo: *cessante causa non cessat effectus*”, de acuerdo con los §§ 812 y siguientes del BGB. En cambio, en los negocios causales rige el viejo aforismo: *cessante causa, cessat effectus* (21). Otro tanto podría decirse, generalizando la contraposición, entre el Derecho alemán y el Derecho español en esta materia.

b) *El negocio real abstracto del Derecho alemán como base de la construcción sistemática de la disciplina del negocio abstracto, a pesar de sus incongruencias.*

La doctrina alemana del negocio de atribución pone de relieve la continuidad sustancial de este esquema, tanto para los negocios traslativos de los derechos reales como respecto de los negocios obligatorios; de este modo se confunde la *causa del negocio jurídico* con la *causa de la atribución*. No obstante, el planteamiento respecto de la continuidad interna del negocio de atribución es perfectamente correcto. Esto provoca un paralelismo entre el mecanismo de los *negocios reales* (que sirven para la constitución, modificación, transmisión y

(25) *Op. cit.*, II, *Das Rechtsgeschäft*, págs. 152-153.

(26) *Zur iusta causa traditionis*, en ZSS, *rom. abt.*, 80 (1963), págs. 141 y ss. y, concretamente, pág. 149.

(27) *Op. cit.* II, *Das Rechtsgeschäft*, págs. 156-158.

extinción de la propiedad y de los derechos reales) y las normas de cumplimiento de las obligaciones. Paralelismo que también se observa en el Derecho español. Por ello, no debe extrañarnos que W. FLUME considere la transmisión de la propiedad como paradigma de los negocios de atribución y enfoque desde este punto de vista el planteamiento de la cuestión de los negocios abstractos (28).

Ya sabemos cómo FLUME considera el fenómeno del negocio abstracto. Toda atribución requiere un fundamento jurídico; este fundamento puede ser negocial o legal; lo mismo sucede con la transmisión de la propiedad. Lo que ocurre, según la opinión del profesor de Bonn, es que la doctrina alemana toma como base de la distinción entre negocios de atribución causales y abstractos la diversa configuración, en el ordenamiento de la técnica jurídica positivista, así dice: "Los negocios de atribución abstractos presentan en el ordenamiento una configuración semejante a la de los negocios atípicos, ya que el fundamento de la atribución no forma parte del negocio. En los negocios causales, por el contrario, la determinación del fundamento de la atribución pertenece al contenido del negocio. La distinción se aclara contraponiendo, por ejemplo, la transmisión de la propiedad regulada en forma abstracta por nuestro ordenamiento y el contrato de compraventa como negocio causal". Añadiendo, por otra parte, que "la transmisión de la propiedad es configurada por el ordenamiento como un negocio atípico, su fundamento en nuestro Derecho no puede manifestarse. No existe en él un acto de transmisión de la propiedad mediante la compraventa o la donación, sino un acto de transmisión de la propiedad *per se* que no revela el fundamento jurídico y por el que es válida la transmisión de la propiedad". De ahí la conclusión que extrae FLUME y que aquí queremos poner de relieve: "Por ésto, la regulación atípica del negocio de atribución que abstrae su fundamento jurídico, se manifiesta, en la regulación de los negocios jurídicos, en el negocio abstracto" (29).

Y es, en torno a este punto, donde se centran las críticas más certeras, en relación con la configuración por el ordenamiento del *negocio abstracto* y, con su más importante soporte sistemático, el *negocio real abstracto*, que sirve para la transmisión de la propiedad, en absoluta desconexión con la vida real del Derecho, donde la configuración atípica de la autonomía privada viene dada de antemano por el propio ordenamiento (30). Así, conforme al § 925 BGB, para la transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles, basta la manifestación formal del acuerdo del enajenante y del adquirente, reiterando lo dis-

(28) *Op. cit.*, II, pág. 152. Por otra parte, dice que "en el Derecho positivo alemán se regulan los negocios de disposición abstractos a imagen de la transmisión de la propiedad en los negocios dirigidos a la creación de derechos reales; en cambio, los contratos obligatorios suelen ser generalmente causales" (página 158).

(29) *Op. cit.*, II, pág. 153.

(30) *Op. cit.*, II, pág. 154.

puesto por el § 873 y, en términos análogos, conforme al § 929 BGB, para bienes muebles.

Por ello, la configuración abstracta del negocio jurídico real fue impugnada, ya durante los trabajos preparatorios del BGB, por la autorizada opinión de STROHAL, quien hubiera preferido una fundamentación causal del negocio real de disposición (31). Opinión que fue seguida por otros autores; así, RUMPF, alegó como argumento decisivo, según indica F. HECK (32) que la regulación del BGB, rompía la relación entre la norma y la realidad vital (33). Llegando incluso a decir, NEUNER, conforme a una interpretación un tanto original del § 929 BGB que, en caso de bienes muebles, lo que dice el Código es que el acuerdo y la tradición, son *necesarios*, no que sean *suficientes* (34). Lo que es naturalmente inadmisibile, de acuerdo con la más elemental técnica interpretativa. El propio F. HECK, desde su peculiar punto de vista, nos dirá que “los intereses de la vida se pronuncian claramente en contra de la característica abstracta, que se halla alejada, y, sobre todo, no ha surgido de una reflexión inspirada en las necesidades vitales, sino que es un producto de la antigua jurisprudencia conceptual” (35) y, entre otros muchos autores, H. LANGE, en varios trabajos sucesivos, hará una crítica del principio de abstracción, partiendo de la consideración de sus fundamentos ideológicos, conforme a los ideales del liberalismo del siglo XIX, propugnando para una futura reforma del Derecho alemán, la implantación del principio causalista (36), propósito que, como el de F. HECK, tiene la mala fortuna de apoyarse en los proyectos de reforma del nacional-socialismo, aunque la propia crítica de H. LANGE, como la de otros autores, se halla dotada de un fundamento más profundo (37).

(31) *Op. cit.*, en *Iher. Jb.*, 27 (1889), págs. 335 y ss.

(32) *Op. cit.*, en RCDI, 1965, pág. 1447.

(33) *Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den §§ 138 y 817 BGB*, en *Ziv. Arch.*, 117, págs. 350 y ss. (cit. de F. HECK, *Ibid.*).

(34) *Abstrakte und Kausale Übereignung beweglicher Sachen*, en *Rhein Z.*, 14 (1925), págs. 6 y ss. (cit. de H. J. MOECKE, *Kausale Zession und Gütgläubiger Forderungserwerb. Ein Beitrag zur Überwindung des Abstraktionsprinzips*, Freiburg Schweig, 1962, pág. 25 y de F. HECK, *Op. cit.*, en RCDI, 1965, página 1445).

(35) *Op. cit.* en RCDI, 1965, págs. 1447-1448.

(36) *Abstraktes oder Kausales dingliches Rechtsgeschäft*, en *Deut. Recht.*, 1935, págs. 485 y ss.; *Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung in Boden und Fahrnisrecht*, en ACP, 148 (1941), págs. 28 y ss.; *Aus dem Rechtsleben, Rechtswirklichkeit und Abstraktion*, en ACP, 148 (1943), págs. 188 y ss., trabajo que constituye, por otra parte, una diatriba del libro de BRAND, *Eigentum und Austanschgeschäft* (publicado en los cuadernos de la Academia de Leipzig), número 120, 1940, que sigue la misma tendencia con un alcance, en cierto sentido, más restringido.

(37) No en vano años atrás había publicado un trabajo sobre la fundamentación histórica de su teoría, *Das Kausale Element in Tatbestand der Klassischen Eigentumstradition* (publicado en los cuadernos de la Academia de Leipzig, núm. 53), 1930, y su postura permanecerá en su *Lehrbuch cit.*, *BGB, Allgemeiner Teil*, págs. 256 y ss. Más adelante aludiremos a la colocación de la doctrina de LANGE, aunque sea brevemente y en relación con el tema. En cam-

Y así podríamos ir acumulando otros testimonios, en los que se manifiesta, a diversa escala, desde distintos puntos de vista e incluso en un plano de *lege ferenda*, aunque, generalmente, tratando de adaptar el planteamiento de *lege lata* al argumento causalista, de la reacción contra el principio de abstracción; lo que vuelve a aparecer después de la última postguerra, en la doctrina, con la misma intensidad. Utilizando, para ello, conforme a una nueva orientación interpretativa, todos los resquicios que ofrece el ordenamiento. Así conforme a la doctrina del error, de acuerdo con el § 119 BGB, se busca y pone de relieve, a la vez, el fundamento causal en la impugnación del negocio abstracto (38). También poniendo de relieve que el BGB no cierra la posibilidad para una fundamentación causal, a través de las prescripciones sobre la repetición y la condición, establecidas en el § 813 (39). O tratando, en fin, de buscar restricciones al principio de abstracción, conforme a un análisis de la situación de los intereses (40). No obstante, hay que reconocer que, en la doctrina alemana, como no podía por menos, predomina la concepción abstracta en el Derecho de co-

bio, otras construcciones aisladas, con un fundamento más bien retórico que otra cosa, se han desenvuelto mostrando una mayor servidumbre, respecto de la configuración legal del ordenamiento alemán, así la aportación de BAUS, *Schranken des abstrakten Erwebs*, Berlín, 1939, quien, partiendo de KLINGMÜLLER (*Der Begriff des Rechtsgrundes*, Breslau, 1901) y LEHMANN (*Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 4.^a ed., Berlín und Leipzig, 1933, § 25, III, 3 b), que cita ALVAREZ SUÁREZ (*El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945, pág. 22) acabará por fortalecer el principio de abstracción. Lo que también, desde un punto de vista histórico, acometerá PFLÜGER, *Zur Lehre vom Erwebe des Eigentums nach römischem Recht*, München und Leipzig, 1937. Pero ambas aportaciones tendrán en Alemania, posteriormente, escasa resonancia. También conviene destacar los trabajos de KRAUSE, *Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts*, en ACP, 145 (1939), págs. 312 y ss., y de LOCHER, *Das Recht zum Grundstück*, en ACP, 148 (1943), págs. 1 y ss. De todos modos, para una referencia de las diversas posiciones causalistas, W. FLUME, *Op. cit.*, II, pág. 176 y, sobre todo, tanto para el Derecho alemán como para el Derecho suizo, H. J. MOECKE, *Kausale Zession...*, cit., págs. XIII-XIX, indicación bibliográfica muy completa con anterioridad a 1962.

(38) Para esto W. FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, Münster, 1948 y *Op. cit.*, II, pág. 177; también, STAUDINGER-COING. *Kommentar zum BGB*, 11.^a ed., Berlín, 1965, com. al § 119, n. 16 y ss.

(39) Así, NEUER, *Op. cit.*, en Rheim Z., 14 (1925), pág. 28, cit. de H. J. MOECKE, *Op. cit.*, pág. 27.

(40) Para esto, aparte de F. HECK, *Op. cit.* en RCDI, 1965, págs. 1449 y ss., W. FLUME, *Op. cit.*, II, págs. 177 y ss. y H. J. MOECKE, *Op. cit.*, págs. 28 y ss. Las consideraciones más comunes que se hacen en este orden son las siguientes: posibilidad de la inmoralidad del negocio abstracto, que por el hecho de serlo, de momento queda impune; prestarse a la aceptación consciente de lo indebido; al ser indiferente a la abstracción la consideración de las buenas costumbres, puede ir en contra de lo dispuesto en el § 138 BGB, a propósito del negocio inmoral; resulta absurdo el consentimiento en la transmisión de la propiedad cuando la cosa sigue en poder del *tradens*, y otros muchos aspectos, en materia de concurso de adquirentes, restitución de frutos, doble *condictio* (para esto último, BOEHMER, *Op. cit.*, págs. 71 y ss.), etc.

sas (41), a pesar de la crítica y de la discusión contra ella (42). Sin embargo, va perdiendo terreno en el derecho de obligaciones (43). Por ello, hoy, lo mismo que cuando los trabajos preparatorios del BGB, como recuerda H. J. MOECKE, citando a STROHAL, aún queda en pie la discusión en torno al fundamento del negocio abstracto (44). Argumento que, en la misma Alemania, toma fuerza, a pesar de ser contrario al Derecho alemán vigente, al considerar, como expresa W. FLUME, que “siempre—esta actitud—estará justificada de otro modo, pues, la general y consiguiente orientación del principio de abstracción, como se halla establecida en el Derecho alemán, no se encontrará en ningún otro ordenamiento jurídico vigente o histórico” (45).

JAHR, argumentando de nuevo en pro del principio de abstracción, vendrá a decir que en esa inherencia al fin que se manifiesta en la aportación y concurso de la voluntad de las partes al *esquema legal* o tipo se halla el concepto de causa en el Derecho moderno, lo que no impide que en el caso del negocio abstracto *die kausal vereinbarung aus dem vertrag ausscheidet*, por lo que habla de una “*inneren*” o “*inhaltlichen Kausalität*” o “*Abstraktion*” (46). Pero el argumento que aparece como una constante, en la doctrina del negocio abstracto, viene tomado de SAVIGNY (47), donde se dan cita, en virtud de un exagerado triunfo del *consensualismo*, la pérdida de una auténtica noción de la causa, al confundirla con la función creadora de la *autonomía privada* (48), junto a la ruptura, por otra, con la antigua tradición romana, siempre permanente en el *usus modernus pandectarum* a lo largo del Derecho intermedio, según la cual, la transmisión de la propiedad requiere un fundamento causal, con-

(41) Así, WOLFF-RAISER, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts* de ENNECERUS-KIPP-WOLFF, III, *Sachenrecht*, Tübingen, 1957, págs. 117 y ss.; SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, III, Stuttgart und Köln, 1953, págs. 126-127; F. BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, München und Berlin, 1963, págs. 28 y ss.; pero, sobre todo, WESTERMANN, *Sachenrecht*, Karlsruhe, 1960, págs. 21 y ss., quien se ocupa de la regulación expansiva del concepto de negocio abstracto sobre el Derecho de obligaciones. Para un planteamiento teórico y crítico de nuevas posturas contrarias, el reciente trabajo de JAHR, en *ZSS, rom. abt.*, 80 (1963), págs. 141 y ss.

(42) Para esto, aparte de las referencias anteriores, H. J. MOECKE, *Op. cit.*, páginas 24-25, y W. FLUME, *Op. cit.*, II, págs. 176-177.

(43) Así, sobre todo, recientemente, W. FLUME, *Op. cit.*, II, págs. 158, 176 y ss., y 180 y ss.

(44) *Op. cit.*, pág. 39.

(45) *Op. cit.*, II, pág. 176. En el mismo sentido y con referencia a los Derechos suizo y austriaco, H. J. MOECKE, *Op. cit.*, pág. 40.

(46) *Op. cit.*, en *ZSS, rom. abt.*, 80 (1963), págs. 147-150.

(47) *System des heutigen römischen Rechts*, 1840-1849, III, pág. 312; IV, páginas 156 y ss.

(48) Lo que tiene sus orígenes en el Derecho común tardío, en el Humanismo y en las diversas tendencias del Derecho natural. Para esto: DE LOS MOZOS, *La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto*, en *RDN*, 33-34 (1961), págs. 383 y ss., en la moderna doctrina alemana, véase: W. FLUME, *Op. cit.*, II, págs. 165-166, y anteriormente LANGE, *Op. cit.* en *ACP*, 146 (1941), págs. 28 y ss.

forme a la teoría del *título y el modo* y que, además, había sido acogida en el ALR prusiano y en el ABGB austríaco. Resolviendo la vieja antinomia entre el D,12,1,18 (ULPIANO) y el D,41,1,36 (JULIANO) (49), con la teoría de que para transmitir la propiedad bastaba el simple *animus transferendi dominii* (50). Por tanto, el fundamento dogmático del *negocio abstracto*, fuertemente apoyado en la sistemática interna del Derecho civil alemán, en el *acuerdo real abstracto* que sirve para la transmisión de la propiedad, se remonta a la propia doctrina de SAVIGNY. Las tendencias posteriores no harán más que seguir esta corriente, sobre todo, en cuanto a su fundamentación interna: utilizando la deformación de la teoría de la causa (51). En la técnica de su cobertura externa, el propio O. BAEHR, pretende atribuir al negocio abstracto el fundamento de la *stipulatio*, diciendo que aquel se encuentra en el mismo lugar de la *stipulatio* del Derecho romano (52), argumento que aparecerá, después, en todos los defensores de la teoría (53), a pesar de que se halla carente de un fundamento histórico sólido, pues ya según pusieron de relieve SOHN-MITTEIT, mediante la *exceptio non numerata pecunia*, en la época de JUSTINIANO, había perdido su carácter abstracto (D,22,3,25,2 y 4) (54). Pero, a pesar de ello, y, de otras dificultades que aquí no son del caso, esta tendencia tiene a su favor la corriente favorable de la época —hoy periclitada— que acaba por triunfar en el BGB, conforme a los ideales del Pandectismo, viniendo a coincidir así, la orientación que alienta en sus presupuestos teóricos

(49) D,12,1,18: "Si yo te diere una cantidad en concepto de donación y tú la recibieras como entregada por mutuo, escribe JULIANO, que aquí no hay donación. Pero veamos si esto será un mutuo. Mi opinión es que tampoco existe mutuo en semejante caso, ya que de ninguna manera este dinero se hace de propiedad del que lo recibió, puesto que lo aceptó bajo diferente concepto. Por esto es que, si lo hubiera consumido, aun cuando quedaría sujeto a la *condictio*, sin embargo, podría usar de la excepción de dolo en cuanto en atención a que el dinero fue gastado, según así era la voluntad del donante". D,41,1,36, "Si consentimos en lo que se ha de entregar, pero no estamos conformes en las causas, no acabo de ver por qué razón será ineficaz la entrega; p. ej. si yo creyese..., pero si te entregase alguna cantidad por causa de donación y tú la recibieses como prestada, consta que pasa a ti la propiedad, y no es impedimento que no estuviésemos conformes en la causa de darla y recibirla".

(50) Sobre esto, FELGENTRAEGER, *Friedrich Carl von Savignys Einfluss auf die Ubergangslehre*, Diss. Göttingen, Leipzig, 1927. Obra que viene tomada en cuenta posteriormente por todos los que se ocupan de este problema. Por todos, W. FLUME, *Op. cit.*, II, págs. 174-175, y H. J. MOECKE, *Op. cit.*, págs. 3-4.

(51) Así, O. BAEHR, que viene considerado como el fundador de la teoría del negocio abstracto, hace depender su posibilidad de la libre determinación de la autonomía privada, *Op. cit.*, 2.ª ed., pág. 169; y lo mismo harán sus continuadores. Una exposición breve y razonable de esta problemática, en H. J. MOECKE, *Op. cit.*, págs. 8 y ss.

(52) *Op. cit.*, 2.ª ed., págs. 171 y s.

(53) En la doctrina española, por todos, CASTÁN, *Derecho civil*, IV, págs. 779 y ss. Lo mismo NÚÑEZ LAGOS, en diversas de sus obras, a lo que más adelante haremos referencia.

(54) *Instituciones de Derecho privado romano*, tra. esp., Madrid, 1929, página 578.

individualistas (55) con la técnica que había desarrollado el germanismo en los campos que le deja libre la romanística (56), uno de los cuales es el Derecho mercantil y, en particular, la teoría de los títulos valores (57), lo mismo que en materia de posesión de bienes muebles, donde la tradición germanista es más profunda en todo el Derecho europeo, aunque muy atenuada por la técnica romanista, siendo muy curioso, en este punto, la evolución que presenta el Derecho suizo, después de la codificación (58). Pero, anteriormente y, en general, tiene lugar uno de los capítulos fundamentales de la comercialización del Derecho civil llevada a cabo durante el siglo XIX (59) y que se expresa, claramente, en la razón de política legislativa que se arguye en el fundamento del negocio abstracto, al invocar la *seguridad en el tráfico*, tanto para el *negocio real abstracto* como para los restantes negocios abstractos (negocios de disposición obligatorios de naturaleza abstracta). Así en los *Motiven* del BGB, se encuentra la afirmación de que “la configuración causal de la transmisión de la propiedad — como en general del negocio de disposición — es apropiada para poner en peligro la *seguridad en el tráfico jurídico* (60), no faltando tampoco quien haya pretendido dotar al principio de abstracción de un fundamento teológico (61). Pero la razón invocada como funda-

(55) Esto se manifiesta claramente, conforme a los dictados de una ética social autónoma, propia de la concepción individualista de la sociedad. en esta orientación expansiva, que se presenta en el principio de abstracción, teniendo que desligar el efecto jurídico de su fundamento de justicia material, que es lo que había contribuido a consolidar en el Derecho común, mediante la influencia del Derecho canónico y del Derecho natural, la categoría general del contrato, como manifestación del reconocimiento de la autonomía privada. Por otra parte, según observa FLUME, certeramente, esta orientación ha dejado en sombra al negocio causal (*Op. cit.*, II, pág. 176). Con lo que se ha contribuido al oscurecimiento de la causa, no sólo de la atribución abstracta, sino de toda relación obligatoria, haciendo muy costoso y llenando de dificultades el desarrollo del punto de vista causalista, sobre todo, para conseguir una construcción acertada.

(56) Para esta afirmación, WIEACKER, *Historia*, págs. 358 y ss.

(57) H. J. MOECKE, *Op. cit.*, págs. 4-5.

(58) Por un lado, el Derecho suizo, en materia de adquisición de inmuebles, se separa de la teoría del *acto o contrato real abstracto*, según los artículos 974, 975 ZGB (Para esto mi maestro, SERRANO y SERRANO, *El Registro de la Propiedad en el Código civil suizo*, Valladolid, 1934, págs. 4 y ss., y 165 y ss.), pero para muebles se mantiene tácitamente, en un principio, ante el silencio del artículo 714 y la discusión se extiende después de publicado el ZGB, hasta que la jurisprudencia, a partir de 1929, se decide, en este punto, por la transmisión causal (H. J. MOECKE, *Op. cit.*, pág. 5). Criterio que es diverso del seguido en materia de obligaciones, aunque, últimamente, cada vez es más firme la reacción causal (*Ibid.*, pág. 24).

(59) Comp., igualmente, DE CASTRO, *Derecho civil*, I, págs 135 y ss.

(60) W. FLUME, *Op. cit.*, II, pág. 176; H. J. MOECKE, *Op. cit.*, pág. 5. De acuerdo, B. MÜGDAN, *Die gesamten materialen zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlín, 1889, III, pág. 4; también *Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Berlín, 1889, III, página 7.

(61) Así, DERNBURG, en ACP., 40 (1857), págs. 2 y ss., y IHERING, *Geist des römischen Rechts*, III, 1, págs. 206 y ss. (cit. de W. FLUME, *Op. cit.*, II, página 176).

mento, salvo para muy contados negocios de la práctica mercantil, a los que se concede, tradicionalmente, en alguna de las relaciones que producen, carácter abstracto (cheque, letra de cambio, otros títulos-valores) o en todo caso, como sucede con los billetes de Banco y, ello, porque tales negocios son herederos de la antigua *obligatio literis* y no de la *stipulatio* como se ha creído equivocadamente, la abstracción carece de una base cierta, pues, como dice FLUME, la protección que se pretende alcanzar, para el interés de los terceros o de los posteriores adquirentes, se consigue técnicamente mediante la *protección de la buena fe* (62), la cual, no solamente no ha perdido tradición romana, en el Derecho moderno, sino que se ha enriquecido con la aportación germánica. Ahora bien, conforme al principio de abstracción, la situación de aquellos en algunos casos es mucho peor que conforme a una configuración causal del negocio (así resulta del § 122 BGB) (63), yuxtaponiéndose ambas regulaciones, en todo caso, y viéndose limitado el efecto del negocio abstracto por las posibilidades de impugnación del negocio (§§ 119 y 142 BGB) (64), lo que demuestra lo forzado del establecimiento del régimen del negocio abstracto, según indica FLUME (65). Igualmente MOECKE dice que a la seguridad del tráfico jurídico se atenderá, precisamente, por influencia germánica, y, sobre la base del desarrollo moderno de la antigua institución de

(62) Así dice que "El interés de los terceros o de los posteriores adquirentes, y con ello el interés del tráfico jurídico, no quedará justificado por el valor del fundamento de la abstracción, sino a través de las prescripciones en favor del adquirente de buena fe" (*Op. cit.*, II, pág. 176).

(63) Cifr. "Si una declaración de voluntad es nula, según el parágrafo 118, o está impugnada en base a los parágrafos 119 y 120, el declarante, cuando la declaración haya de emitirse contra otro, ha de indemnizar a éste, o, en todo caso, a todo tercero del daño que el otro o el tercero sufra por la circunstancia de que hayan confiado en la validez de la declaración, no excediendo, sin embargo, la cuantía del interés que el otro o el tercero tengan en la validez de la declaración".

"La indemnización de dolo no tiene lugar si el perjudicado conocía la causa de la nulidad o de la impugnabilidad, o no la conocía o debía conocer a consecuencia de negligencia."

(64) El § 119 BGB, se refiere al error, en su diversas clases. En cuanto al § 142, se expresa de la siguiente manera:

"Si es impugnado un negocio jurídico impugnabile, ha de considerarse nulo desde el principio."

"Quien conoció o debió conocer la impugnabilidad, es tratado, si la impugnación se realiza, como si hubiese conocido o debido conocer la nulidad del negocio jurídico."

(65) *Op. cit.*, II, pág. 177. Este argumento ya había sido utilizado por STROHAL, al poner de relieve que el ordenamiento no podía eliminar del todo la causalidad a pesar del principio de abstracción y con independencia de ello, pues, en los casos en que el adquirente, como fundamento de una determinada causa, declara aquello que se halla en relación con otra distinta, la transmisión de propiedad no se realiza" (*Op. cit.* en *Iher. Jb.*, 27 (1889), págs. 343 y ss.). De este modo prevalece aquí el D,12,1,18 sobre el D,41,1,36. Es decir, al contrario de lo que se hace ver en el fundamento teórico del principio de abstracción aplicado a esta materia.

la *Gewere*, en materia de transmisión de los derechos reales (66), en las codificaciones del siglo XIX, por medio de otras instituciones (Registro de la Propiedad) y sobre la base de la *adquisición de buena fe* (67). Lo que tiene, en nuestro Derecho, un eco profundo y concreto, tanto en el régimen del artículo 464 del Código civil como en el artículo 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria. Pero aquí no se trata del principio de abstracción, sino que este planteamiento se desarrolla en materia de *legitimación*, dejando a salvo la fundamentación causal. También F. HECK, en la doctrina alemana, y desde su peculiar punto de vista, toma este motivo de la protección del adquirente como tema central para combatir el principio de abstracción (68).

Por último, diremos también que la historia ha venido a dar la razón al principio causalista respecto al tema que sirve de base para fundamentar sistemáticamente toda la teoría del negocio abstracto, al esclarecer en contra de la opinión de SAVIGNY la famosa antinomia entre el D.12,1,18 y D.41,1,36, prevaleciendo el primero y, con ello, el que, conforme al Derecho romano clásico, la *traditio* no des cansa en el simple acuerdo de las partes (*animus domini transfere ndi*), sino en una *iusta causa* (negocio obligatorio), por lo que, sin su concurrencia y validez, no se operaba la transmisión de propiedad. Cuestión que ha esclarecido en sus justos términos la moderna romanística, llegando a conclusiones definitivas después de los trabajos de M. KASER (69) y sobre la pista de la reacción causalista contra

(66) Como dice H. J. MOECKE, *Op. cit.*, pág. 6, con ello se deroga el principio romano "*nemo plus iuris ad alium transferre potest ipse habet*". Lo que sirve de fundamento a la doctrina de la legitimación corporal o tabular.

(67) H. J. MOECKE, *Ibid.* y allí bibliografía. Puede verse también E. HUBER, *Los preceptos de forma en el Derecho privado suizo*, trad. esp. en el volumen, *Estudios sobre la publicidad en el Derecho privado*, Madrid, 1919, en particular, págs. 105 y ss.; SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, págs. 165 y ss., y 169 y ss.; WIELAND, *Les droits réels dans le Code civil suisse*, trad. fran., París, 1913, págs. 140 y ss. Para la doctrina española, sobre todo, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, págs. 147 y ss., y 510 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*, en RDP, 1947, págs. 941 y ss., y LACRUZ, *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957, págs. 106 y ss. y 169 y ss., aunque estos últimos llegan a conclusiones particulares de las que no soy absolutamente partidario. No obstante, en estos últimos autores, en general, puede encontrarse un planteamiento correcto de la cuestión y abundantes referencias a las diversas posturas doctrinales.

(68) *Op. cit.*, en RCDI, 1965, págs. 1449 y ss.

(69) La expresión más perfecta de su teoría la tenemos en su trabajo, *Zur "iusta causa traditionis"*, en BIDR, 64 (1961), págs. 61 y ss., también en su conferencia pronunciada en diversas universidades europeas y traducida al castellano, *Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho romano y en la dogmática moderna*, Valladolid, 1962, y en su manual, *Römisches Privatrecht*, 3.ª ed., München und Berlin, 1964, págs. 96 y ss. Por lo que atañe a la interpretación de la antinomia citada en el texto y sus repercusiones en la valoración del Derecho postclásico, compruébese la variación de criterio del propio KASER, conforme a las dos ediciones de su tratado: *Das römische Privatrecht*, III, München, 1955, págs. 351-353, y *Das römische Privatrecht*, II, *Die Nachklassischen Entwicklungen*, München, 1959, págs. 197 y ss. La tesis de M. KASER se desarrolla mediante un estudio evolutivo de la cuestión en las diversas

el BGB; pero con mayor propiedad y eliminando las dudas que anteriormente hacían surgir un punto de apoyo para la tesis contraria (70), sin que por ello haya dejado de tener ilustres precursores (71),

etapas del desarrollo del Derecho romano, proclamándose el carácter causal de la *traditio* para la transmisión de la propiedad, a partir del final del período republicano, conservando su carácter de *contrato real* para la transmisión de la posesión. Para esto le sirven de apoyo sus investigaciones anteriores sobre, *Eigentum und Besitz in altrömischen Recht*, Köln-Graz, 1956 (2.^a ed.), poniendo en relación la diversidad de régimen de la *traditio* causal (fundada en una compraventa, donación, constitución de dote, concesión de préstamo) con la *compraventa al contado* del Derecho arcaico y, después, del postclásico, donde vuelve a aparecer como consecuencia de la vulgarización, función que de una manera autónoma o subordinada a aquélla (para el pago del precio) viene a adquirir también la *solutio*, la que en el Derecho clásico es también causal, lo que tiene un antecedente, por otra parte, muy antiguo como resulta de la equiparación del *indebitum* al *furtum* procedente del Derecho antiguo. Y examinando la procedencia del *título putativo*, para la tradición, a diferencia de la *usucapio*, que es lo que confunde, también después, la vulgarización (Sobre esta línea es definitivo el trabajo de WUBBE, en cierto modo, también, como el autor, discípulo de M. KASER: *Die Interessenlage bei "Traditio" und "Usucapio"*, en *Tijdschrift*, 32 (1964), págs. 558 y ss.), aunque en algunos casos es probable que dispensaran los juristas clásicos de este requisito, si bien haciéndolo cuando se entregaba dinero. Cuestión que el propio M. KASER desenvuelve de nuevo en su trabajo, *Das Geld im römischen Sachenrechts*, en *Tijdschrift*, 29 (1961), págs. 216 y ss (Sobre esto he hecho un intento de aplicación a nuestro Derecho en otro lugar, De los Mozos, *El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965, págs. 212 y ss., a propósito del artículo 1.160 C. c. y de otros preceptos.) E igualmente respecto del tema sobre el *disenso* en la causa, como el que plantea la propia antinomia entre D,12,1,18 y D,41,1,36 (cuando donándose dinero el que lo recibe lo toma como préstamo), que tiene explicación por la interpolación del segundo texto, donde los compiladores han sustituido *mancipatio*, que era un negocio abstracto ya en desuso, por *traditio*. Conclusión a la que llega también por el examen de las fuentes de la jurisprudencia escolar, sobre todo, GAI, I, 2,20.

(70) Así el propio LANGE, antes citado, será uno de los autores más representativos de esta tendencia históricamente desorientada. Pero LANGE como otros autores, para abordar la cuestión toma un concepto de causa que es un *tertius genus* entre el concepto tradicional en esta materia, y en el que se invoca como fundamento en la teoría del negocio abstracto y que prevalece en el BGB, negativamente, sobre todo, en relación con el negocio real de transmisión de la propiedad. Desarrollándose, tanto a propósito de éste, sobre un plano histórico y de *lege ferenda*, pero también con pretensiones de aplicación a la constitución dogmática de *lege lata* y, paralelamente, o mejor dicho, por expansión, en toda la problemática del negocio abstracto y a propósito del negocio causal. Todo ello, claro está, según la diversa escala tomada por cada autor, dentro de esta tendencia general, que concibe a la *traditio* y, en general, al negocio de transmisión como un *acuerdo real causal* (*Kausale dingliche Einigung*) de forma que se dota a la causa de un valor independiente, pero no como *negocio*, sino como *acuerdo causal*. Esta doctrina aparece en el Derecho moderno entre algunos romanistas del siglo XIX, seguidos después por otros muchos y participando de ella numerosos civilistas, así: FITTING, *Wesen des Titulus bei der Ersitzung*, en ACP., 52 (1869), pág. 401, nota 199, en cierto modo la acoge también HOFMANN, *Die Lehre vom titulus und modus*, Wiem, 1873, y ya, decididamente, FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1908, págs. 398 y ss.; BESLER, *Beitrage zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Tübingen, 1920, págs. 126 y ss.; SIBER, *Römisches Recht, II, Römischen Privatrechts*, Berlín, 1928, págs. 74 y ss.; HAZENWINKEL-SURONGA, *Mancipatio en Traditio*, Diss. Amsterdam, 1931; EHRHARDT, *Iusta*

si bien no ha sido objeto todavía, en parte por ser aún doctrina reciente de desarrollo por la dogmática, que, por ahora, se limita a aceptar sus consecuencias, o a utilizar el argumento en contra del principio de abstracción; así, esto le permite considerar a W. FLUME la superioridad de la transmisión causal, equiparando el sistema alemán a una tradición efectuada o a un acuerdo sobre la tradición cuando aún no se ha concluido, por ejemplo, el contrato de compraventa (72). En cambio, en la doctrina suiza se acoge un punto de vista diferente, de acuerdo con el diverso carácter que presenta la configuración legal en materia de inmuebles y con la interpretación que la jurisprudencia, a partir de 1929, ha dado de la cuestión, a propósito de muebles, inclinándose por el criterio causalista, siendo de hacer notar la observación que agudamente recoge H. J. MOECKE, del plano histórico, de que sólo en materia de usucapión se mantiene cierto carácter abstracto en el Derecho moderno (73). Pero volviendo a FLUME, nos encon-

causa traditionis, Berlín-Leipzig, 1931, y otros muchos. Aquí habría que agrupar a algunos autores suizos (Véase la reseña bibliográfica de H. J. MOECKE, *Op. cit.*, págs. XIII y ss.), de entre los trabajos modernos, el más importante es el de FUCHS, *Iusta causa traditionis*, Bâsel, 1952, quien se aparta de esa tendencia, aunque a juicio de KASER, no llega a calar bien en todos los matices. Es curioso que en la doctrina húngara siga también la tendencia que venimos comentando, BENEDEK, *A iusta causa traditionis a római jogban*, Budapest, 1959 (referencia en *Iura*, 11 (1960), págs. 369-370). De todos modos, esta doctrina permite el doble juego de la abstracción y de la causación, de ahí su propagación. Nos recuerda la observación de FLUME, *Op. cit.*, II, pág. 176, al hablar de que la influencia de la regulación del negocio abstracto ha dejado en sombra al negocio causal y con ello ha oscurecido el tema de la causa, como antes indicamos. Por otra parte, esta doctrina se adapta mejor a las imprecisiones históricas dominantes hasta hace poco más de quince años, sobre todo a propósito del Derecho vulgar y también a la configuración de la causa conforme a la teoría de DOMAT, y que han recogido aparentemente los Códigos latinos, donde aparece como la *causa de los inominados*, en los que las prestaciones autónomas de un negocio vienen a ser (salvo en la *causa donandi*) como causa de la otra. (Para esto mi trabajo citado en RDN, 33-34 (1961), págs. 300 y ss.) Incluso no tiene nada de extraño que, últimamente, esta teoría sea alabada por uno de los defensores más recientes y apasionados del principio de abstracción (JAHR, *Op. cit.*, en ZSS, *rom. abt.*, 80 (1963), págs. 151-152). Y ya, por último, diremos que, dado el planteamiento de que parte, no resuelve esta doctrina los problemas que presenta la cuestión en el plano histórico o en el plano dogmático. En este sentido, KASER, *Op. cit.*, en BIDR, 64 (1961), págs. 68-69.

(71) Aparte de aportaciones dispersas sobre puntos particulares que coadyuban al esclarecimiento de la cuestión y que, indirectamente, le sirven de apoyo al propio KASER (véanse las referencias en el último de los trabajos citados), la pauta la señalará KUNKEL, quien, según hace notar JERÓNIMO GONZÁLEZ, no sin sorpresa, cambiando de criterio se orienta por este camino a partir de la 2.ª edición del manual de JÖRS (1935), la 3.ª es una reimpresión de ésta (1949); JÖRS-KUNKEL, *Römisches Privatrechts*. Berlín-Göttingen-Heidelberg, 1949, págs. 127 y ss. La edición española se hace sobre la segunda edición alemana.

(72) *Op. cit.*, II, pág. 182. En cambio, constituye una auténtica diatriba contra la fundamental aportación de KASER el citado trabajo de JAHR, *Op. cit.*, en ZSS, 80 (1963), págs. 141 y ss., pero su propia lectura nos convence más aún en favor de la tesis que ataca al desenvolverse en un plano puramente retórico, tomado de la "tópica" del principio de abstracción, como diría VIEHWEG.

(73) *Op. cit.*, págs. 5-6 y 8 y ss., y allí referencias. A esto ya hemos aludido

tramos que, cuando trata de poner en relación el negocio causal con el negocio abstracto y discurrir, a propósito de ello, sobre la causa de la atribución, o sobre la causa en general, con que no aparecen recibidas en el plano dogmático las consecuencias extraídas de la enseñanza histórica y aportadas por la reciente romanística, a pesar de la apertura de este autor en favor del principio causalista (74). Pero esta es una cuestión que concierne a la doctrina alemana, por cierto que espinosa y difícil a la vista de su ordenamiento positivo. En cambio, en nuestro Derecho la aportación histórica de la reciente romanística nos trae el renuevo de otros planteamientos semejantes que tienen en nuestra doctrina gratas resonancias (75). Pero, sobre todo, ofrece un claro espejo al artículo 609 del Código civil. Y aunque este tema—el de la *iusta causa traditionis*—sea distinto del que nos ocupa, mereciendo atención aparte, se halla íntimamente vinculado, desde el planteamiento de la sistemática interna del Derecho civil, a la cuestión del negocio abstracto, sirviendo de núcleo, en términos comparativos, para marcar las hondas diferencias entre el ordenamiento alemán y el español.

c) *Necesaria reconstrucción en torno a una valoración adecuado del elemento causal como comprobación sistemática en la causa del negocio y en la causa de la atribución.*

No vamos aquí a ocuparnos del problema de la causa, ni a propósito del negocio jurídico, ni tampoco en relación con la atribución patrimonial, tema que ya hemos dejado planteado en otro lugar (76); pero sí queremos hacer algunas reflexiones críticas, a modo de recapitulación, conforme a los puntos de vista anteriormente alcanzados en el presente trabajo y en relación con el tema que nos ocupa.

En primer lugar, ya hemos dicho que la causa cumple en el Derecho español una función diversa a la del Derecho alemán, lo que depende de su diferente instrumentación en el ordenamiento. Mien-

en nota anterior, indirectamente, al exponer en síntesis la doctrina de M. KASER y también hemos hecho aplicación de esta doctrina anteriormente, DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, págs. 250 y ss. Lo mismo puede decirse de la *usucapio secundum tabulas*.

(74) De este modo su concepto de la causa en los distintos aspectos contemplados, se mantiene en el mismo terreno que en LANGE (*Op. cit.*) y muy próximo al de los defensores del *Kausale dingliche Vertrag*, a pesar de contener precisiones críticas muy interesantes (*Op. cit.*, II, págs. 158-174). En un plano parecido encontraremos también a otros autores: ESSER, *Schuldrecht*, págs. 6 y ss., 50 y ss. y 682 y ss.; BOEHMER, *Op. cit.*, pág. 606 y ss., y LARENZ, *Op. cit.*, II, págs. 513 y ss.

(75) Así, sobre todo, los diversos trabajos de JERÓNIMO GONZÁLEZ, aunque sólo desde el punto de vista histórico, ya que al final se decide por el acto abstracto, trabajos aparecidos sucesivamente en la RCDI, allá por los años veinte, y recogidos, después, en *Estudios de Derecho hipotecario y de Derecho civil*, I, Madrid, 1948, págs. 296 y ss., y el importante trabajo de mi maestro, SERRANO y SERRANO, *Iusta causa traditionis*, en RCDI, 1934 y 1935, con un análisis exhaustivo de la doctrina anterior a 1934. También ALVAREZ SUÁREZ, *El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945.

(76) *Op. cit.*, en RDN, 33-34 (1961), págs. 383 y ss.

tras en nuestro Derecho la causa es un requisito autónomo del negocio y, por tanto, es una *causa iuris*, en el Derecho alemán es una simple *causa naturalis*. Esto implica y pone de relieve una diferencia sustancial de sistema, no es un mero accidente. Ahora bien, si no se hace una valoración adecuada del significado de la causa, se puede caer en evidente contradicción, llegando a poner las cosas en el mismo estado que postulan los defensores de la adaptación a nuestro Derecho de la disciplina del negocio abstracto, a pesar del obstáculo que ofrecen las profundas diferencias sistemáticas que hemos visto y las propias incongruencias que se manifiestan en la disciplina del BGB, según hemos indicado.

Bien es verdad que una cosa es la causa del negocio y otra la causa de la atribución (77), pero también hay que reconocer que existe una continuidad esencial entre una y otra, tanto en su desarrollo inicial, en la doctrina del Derecho común, como a través de las implicaciones que presenta la doctrina de las *causas* en el Derecho moderno (78), lo que se pone de manifiesto en la doctrina alemana contraria al principio de abstracción, como acabamos de poner de relieve. De modo que, la consideración sobre la causa del negocio abstracto, influye en la consideración de la causa del negocio causal y a la inversa. Pero la cuestión se hace patente de la siguiente manera: Al no ocuparse el BGB de la causa más que a propósito de los negocios abstractos (salvo las incongruencias antes indicadas), la causa se mueve en un plano natural (*causa naturalis*), confundiéndose con el reconocimiento por el ordenamiento de la *autonomía privada* y, entonces, la causa se lleva al fin querido por las partes. Desarrollándose de este modo, hasta sus últimas consecuencias, pero fuera de su propia sede, el principio iusnaturalista, *pacta sunt servanda*, debido a un excesivo imperio del *consensualismo* que aparece tanto en diversas manifestaciones teóricas desde el Derecho común, como en el triunfo definitivo de esta tendencia en los albores de la época moderna (fines del siglo XVIII) (79). De esta manera, se tergiversa la noción

(77) Para esto véase mi trabajo citado, en RDN, 33-34 (1961), págs. 373 y ss., y también, DÍEZ PICAZO, *El concepto de causa en el Derecho civil*, en ADC, 16 (1963), págs. 3 y ss., especialmente, págs. 26 y ss. = *Symbolae Serrano y Serrano*, I, Valladolid, 1965, págs. 181 y ss. Una concepción diferente sigue, en cambio, NÚÑEZ LAGOS, *Causa de la "traditio" y causa de la "obligatio"*, en RCDI (1961), págs. 573 y ss.

(78) Sobre este argumento, la fundamentación metodológica de VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad. esp., Madrid, 1964, en general y en particular, páginas 87 y ss. y 99. Concretamente sobre el tema el importante trabajo de SÖLLNER, *Die causa in Kondiktionem-und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, en ZSS, rom. abt., 77 (1960), páginas 182-269, y, sobre todo, la insuperable investigación del inolvidable profesor CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1959, págs. 27 y ss., 97 y ss., 113 y ss., etc. Otras referencias, en mi trabajo anteriormente citado; también MEIJERS, *Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation et la cause de la donation*, en Tijchr. 14 (1936), págs. 365 y ss.

(79) Para esto véanse las referencias oportunas en la doctrina citada en la nota anterior.

de la causa, tanto para el negocio como para la atribución. Perdiéndose la noción de la misma, por una clara confusión de planos, el de la *causa* y el de la *autonomía privada*. Pero, la cuestión de la causa, es la cuestión de la fundamentación jurídica de la atribución, o del negocio. Fundamentación que ha de consistir en una base de *justicia material*, hacia lo que el Derecho ha tendido en su evolución en toda época, base que ha de ser *objetiva*, no *subjetiva* y *formal* y que el ordenamiento acepta *mediante* el reconocimiento de la autonomía privada. Al decir, *mediante*, queremos significar que la *autonomía privada* es sólo el fundamento *mediato* que no releva de la necesidad del fundamento *inmediato* que viene expresado por la *causa*. Lo contrario supone abandonar el planteamiento al *consensualismo individualista* del Pandectismo y del siglo XIX, en general, basado en una Ética formal de deberes (80), a la que el jurista no tiene por qué verse vinculado definitivamente. Ahora bien, según esto, el fundamento del negocio o de la atribución (causa), viene establecido como la "medida" de su adecuación al ordenamiento (*causa iuris*, *causa civilis*) y, entonces, consiste en la *base material* de la atribución (contrato obligatorio, donación) (81), o en la *función social del negocio* (82), *mediante* el libre juego de la *autonomía privada* (*causa remota*). Pues, no se concibe, en el plano jurídico, una libre facultad o autorización, sin la correspondiente limitación (83). Este es el sistema de nuestro Código civil, a pesar de sus incorrecciones de expresión y de las dificultades interpretativas que plantea. Entonces, en caso contrario, la abstracción de la causa tiene que venir dispuesta por el ordenamiento positivo, o mejor dicho, por la ley, sobre la que descansa, en tal caso, el fundamento de la atribución o del negocio. En cuyo caso los efectos no dependen de la causa, sino simplemente del propio ordenamiento y de la vinculación de la voluntad privada al mismo, de ahí que, en el Derecho alemán, las posibilidades de impugnación del negocio abstracto, en general, se fundan como hemos visto, exclusivamente, en defectos del consentimiento. Lo que sucede es que, al plantear esto en términos tan generales, como lo hace el BGB, la razón de su explicación también se generaliza, de modo que se sitúan en el mismo plano los poderes del ordenamiento que los poderes de los particula-

(80) Por todos, WIEACKER, *Historia*, págs. 378 y ss.

(81) En este sentido es curiosa la implicación entre condición y causa que he puesto de relieve en otro lugar: DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en RDN, 33-34 (1961), págs. 396 y ss.

(82) En este planteamiento ha acertado la doctrina italiana, por todos, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2.^a ed., 3.^a reimp., Torino, 1960, páginas 172 y ss.; CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, cit., págs. 486 y ss.; SANTORO PASSARELLI, *Doctrinas generales del Derecho civil*, trad. esp., Madrid, 1964, págs. 141 y ss.

(83) Ya F. VON HIPPEL, en una obra que ha devenido clásica apuntaba a la fundamentación social del negocio jurídico, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, Tübingen, 1936, págs. 7 y ss., 74 y ss y 110 y ss.; tema que se ha intensificado en la doctrina alemana, desde el punto de vista de las relaciones entre *Grundrecht* y *Privatrecht*.

res y al obtener el negocio abstracto un fundamento *formal* (*voluntas legis*), adquiere la causa un planteamiento paralelo al hablarse de voluntad de los particulares (por eso hemos hablado de *causa naturalis*) (84).

En segundo lugar, toda esta problemática se viene a complicar en su planteamiento dogmático (pues desde el punto de vista de la sistemática interna parece más claro) con la aportación de la teoría de *DOMAT* y su acogida en los Códigos latinos. *DOMAT*, no acierta a comprender la significación que adquiere el problema de la causa en el Derecho romano (85), no se da cuenta que, dado el sistema contractual romano, la causa sólo se revela en el campo extranegocial (*ex varii causarum figuris*) o a lo sumo en los contratos *innominados*. Los demás se justifican por el tipo (*BONFANTE*) o por la función (*SCIALOJA*) (86), representado en sus distintas categorías (*re, forma y nomen*). De esta manera *DOMAT*, lo que desenvuelve es la causa de los *innominados* que se desarrolla, sobre todo, en el juego de las obligaciones recíprocas, como muestra la norma paradigmática del art. 1.124 C. c. Además, *DOMAT*, hablaba de la causa de la *obligación*, no de la causa del *negocio*, lo que nuevamente nos confirma en su error, ya que la causa de la obligación, salvo para las obligaciones extranegociales (artículo 1.901 C. c.) se halla en el *negocio* mismo y no en la prestación de su equivalencia. Una derivación de la tesis de *DOMAT*, hallamos en la doctrina del *Kausale dingliche Vertrag* que, como vimos, tanta extensión había cobrado en las distintas posturas contrarias al principio de abstracción, entre los autores alemanes, en parte, seguramente, también, por influencia de un error histórico. Así por lo que se refiere a la *emptio-venditio*, como causa de la tradición, la influencia de su configuración arcaica, en la que la compraventa aparece como un negocio al contado, llegando con el tiempo a hacer intervenir una *promissio* o *stipulatio* para el pago del precio, se manifiesta claramente ya que, según esta teoría, aunque toda transmisión se hallaba justificada (por el negocio causal) fuera de la tradición, ésta dependía, en definitiva, del acuerdo traslativo. Idea que, como modernamente se ha demostrado, era extraña al pensamiento de los juristas clásicos (87) y, entonces, no siendo además necesario que dicho acuerdo revele la causa, nos encontramos con que las prestaciones recíprocas, actúan de causa una de la otra, conforme a la mecánica de su cumplimiento. Esquema que se adapta también a la mutua dependencia entre negocio causal y negocio abstracto, conforme a la disposición del ordenamien-

(84) De acuerdo, W. FLUME, *Op. cit.*, II, pág. 155.

(85) Vid.: DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en RDN, 33-34 (1961), págs. 300 y ss.

(86) Para estas precisiones, mi trabajo citado últimamente, *loc. cit.*, páginas 318 y ss., 335 y ss. y 343 y ss.

(87) Pues no cabe pensar, como dice M. KASER, que en la compraventa o en la donación, hubiera necesidad de acuerdo real para que se transmitiera la propiedad. Además, por ese camino, se llegaría a consecuencias absurdas de tipo procesal, insostenibles para el Derecho romano (*Zur iusta causa traditionis*, en BIDR, 64 (1961), págs. 68-69).

to alemán. En este sentido W. FLUME, aún viendo más allá de la propia disposición de la disciplina positiva establecida en el BGB y, con claridad, dice que “lo normal es que tanto para el negocio abstracto regido por la ley o por negocio jurídico —recordemos el carácter general de la admisión del negocio abstracto en el Derecho alemán— la obligación se fundamenta como una consecuencia...”, lo que se revela “más claro en los negocios causales, donde una prestación es equivalente de la otra, por eso hablamos de obligaciones recíprocas en las que la exigencia de cada prestación tiene como causa su equivalencia, p. ej., en el contrato de compraventa, causa de la obligación o de la prestación del vendedor es la obligación o prestación del comprador” (88). De esta manera, el negocio al contado, como dice el mismo FLUME, vendrá a coincidir con el negocio causal, aunque sea considerado en el ordenamiento como abstracto (89). Agregando, por otra parte, que al yustaponer sobre la *causa naturalis*, que es indiferente al ordenamiento, el efecto del negocio de transmisión de la propiedad, regulado en el § 925 BGB y, sobre todo, pensando en la posibilidad de condicionar o aplazar dicho efecto (párrafo segundo del mismo párrafo) y, en la regulación expansiva del contrato de compraventa (§ 445 BGB), llega a decir que, en este sentido, la adquisición de la propiedad se fundamenta en la compraventa y, de este modo, el pago del precio, funciona como condición de la transmisión de la propiedad (90). De este modo, efecto recíproco e intención aparecen perfectamente vinculados (91). No parece sino que la exposición se hubiera construido utilizando el art. 1.274 C. c. en vez del 609. Pero la explicación hay que encontrarla, en la vinculación subjetivista que se halla prendida, en la propia doctrina de DOMAT, a propósito de la *causa donandi*. Aunque, realmente, la cuestión tenga su origen en la propia “armonística” de los Glosadores, al implicar *causa* y *condictio*, estableciéndose un precedente del paralelismo entre *causa de la obligación* o *del negocio* y *causa de la atribución*. La primera, se desenvuelve como *causa finalis (subjetiva)* y, a la segunda, se le aplica el punto de vista de las *condiciones*, sólo instrumentalmente objetiva (acabará, como sabemos, siendo considerada como el *animus domini transferendi*) (92). Aquella, se desarrollará sólo en materia de donaciones y de testamentos (93), pero por la fuerza expansiva de la “tópica” *consensualista*, ya será tarde cuando DOMAT reemprenda el

(88) *Op. cit.*, II, págs. 155 y 170.

(89) *Op. cit.*, II, pág. 170.

(90) *Op. cit.*, II, pág. 174.

(91) Es igual que ambas cosas se dejen en un mismo plano o que artificiosamente (aunque con una lejana resonancia no exenta de precisión) se distribuyan en dos, hablando de *causa objetiva* y de *causa subjetiva*, como hace BAUS, siguiendo a KLINGMÜLLER (Véase referencia anterior y ALVAREZ SUÁREZ, *Op. cit.*, páginas 22 y ss.).

(92) Así SÖLLNER, *Op. cit.*, en ZSS, *rom. abt.*, 77 (1960), págs. 226-228, y MEIJERS, *Op. cit.*, en *Tijdschr.*, 14 (1936), págs. 378 y ss.

(93) Esto explica el último inciso del artículo 1.274 y los artículos 619, 767 y 1.334 C. c.

argumento. Ahora bien, el mal está en el propio *DOMAT*, lo mismo que en sus precursores en la doctrina del Derecho común, no tanto por haber separado la *causa donandi*, sino por transformar los contratos de cambio (consensuales o reales) en contratos innominados, como ha dicho *SÖLLNER*, con toda justeza (94), de esta manera, aun sin abandonar formalmente un punto de vista objetivo se descompone el tema de la causa y por esto se habla de *causa solvendi, credendi, donandi*, descomponiendo con ello la unidad del negocio, en sus prestaciones, como en los innominados. Pero esto tendrá su relevancia, como hemos dicho, en el campo extranegocial, o a lo sumo aparecerá como un reflejo, no de la causa, sino de los efectos que produce el negocio atípico que puede servir de base para la construcción de su causa, sentido que hay que dar a la norma refleja, especular, contenida en el art. 1.274 C. c., sin abandonar, por ello, la concepción de que la causa viene constituida por la *función social* del negocio (95). Pero tratando de la causa de la atribución, la cuestión se presenta todavía más clara apelando a la base sistemática que nos ofrece el art. 609 C. c.

En la misma línea criticada se sitúa, también, *FLUME*, como comprobación de lo que venimos diciendo, cuando al hablar de la causa de los negocios abstractos, dice, por otra parte con exactitud, que se piensa sólo en las *causa credendi, solvendi, donandi*, con olvido de la *datio ob rem* y de la *datio ob causam* (96). Lo que se comprueba, por otro lado, cuando al prestar solamente atención a la primera, expone su punto de vista. De todos modos, la *datio ob causam* se puede vincular o al juego de los *contratos reales* del Derecho romano, categoría que propiamente no ha sobrevivido en el Derecho moderno (97), o a la tesis del *contrato real causal*, anteriormente rechazada, llevando a cabo, en todo caso, una descomposición de los elementos del negocio, con lo que se construye la *causa civilis* como si fuera *causa naturalis* (*naturalis ratio*), lo mismo que en el esquema de los *innominados*.

En cuanto a la *datio ob rem*, *FLUME*, la mantiene vinculada al planteamiento de los *innominados* y como consecuencia de la implicación intencional en él subyacente (98). De esta manera, se dificulta la comprensión de la función que representa la intervención de la *res*,

(94) *Die causa im Konditionem-und Vertragsrecht*, loc. cit., págs. 226-227.

(95) Mi trabajo citado, en *RDN*, 33-34 (1961), págs. 400 y ss. En sentido contrario *NÚÑEZ LAGOS*, *Op. cit.*, en *RCDI* (1961), págs. 573 y ss.

(96) *Op. cit.*, II, pág. 155.

(97) *JORDANO BAREA*, *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958, páginas 93 y ss. y 117 y ss.

(98) Así, este autor dice que la *datio ob rem* es una atribución mediante un acuerdo intencional, sin que el adquirente quede obligado a la prestación, sino en relación con el fin alcanzado. La *datio ob rem* puede quedar privada de dos maneras de fundamento jurídico, cuando el acuerdo intencional no es considerado eficaz, o cuando no se alcanza el fin previsto. En este último caso, le falta a la atribución el fundamento del acuerdo intencional. La *datio ob rem*—prosigue— sólo es actualmente aplicable en relación con los contratos obligatorios, fundamentalmente, porque éstos—a diferencia del Derecho romano, donde se establecía un *numerus clausus* de tipos contractuales— son de configuración libre. Usualmente, mediante una prestación se pretende la contraria, en general, a toda

en el planteamiento que nos ocupa. Y en relación con ello, la descomposición negocial, tiene sentido cuando se trata de la *donación manual* donde la entrega de la cosa cumple función de *forma*, siempre exigida para los donaciones, y, como solución que adopta el ordenamiento que no obedece a razones dogmáticas o de sistema, sino a criterios de oportunidad y de orden público, como dice agudamente JORDANO (99). Por otra parte, la intervención de la cosa o de la prestación, se revela autónomamente, como ya hemos dicho y reiterado, en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas (art. 1.124 C. c.) y más aún que en el campo de los *innominados*, pues en el Derecho moderno todos los contratos son *consensuales*, lo que equipara a los nominados y a los innominados frente al problema de su fundamentación; se manifiesta en cambio en las obligaciones extranegociales, donde encontramos la *datio ob causam* y la *datio sine causa* (por inexistencia o error), que impide, en el primer caso, la *condictio* (art. 1.901 C. c.), rindiendo legítima la atribución (el Código habla de *pago*, impropriamente, en sentido vulgar) o que la posibilite (arts. 1.895, 1.896 C. c.) y que encuentra, por otra parte, un claro precedente romano en el terreno de las *condictiones*. Aunque hay que advertir que en esta materia nos encontramos con ciertos efectos que consolidan la *atribución*, no por causa de la aplicación del *principio de abstracción*, sino por razón de la protección de los intereses del tráfico, mediante la *protección al adquirente de buena fe* (caso del art. 1.895 en relación con el 1.160 C. c. y del art. 1.899 C. c.). Lo que al implicar esta cuestión con el pago, no quiere decir que éste pueda concebirse como abstracto, sino que aquí sucede también algo parecido a lo que ocurre en el caso de la *donación manual*, y es que la intervención de la cosa, en este caso por razón de su *naturaleza* (dinero o cosa fungible), configura una dispensa del régimen general, aparte de la implicación de la buena fe. Lo que también tiene un claro precedente romano (100).

Pero a estas conclusiones no puede llegarse sin abandonar la concepción *consensualista* de la causa y la tendencia subjetivista, tan extendida durante el siglo XIX y aun en el presente (101), a propósito

obligación corresponde la contraprestación prevista. La *datio ob rem* es sólo una pieza autónoma, actualmente, cuando una prestación es consecuencia de una intención (*Op. cit.*, II, págs. 155).

(99) *Op. cit.*, págs. 147 y ss. La colocación, por otra parte, en el artículo 609 C. c. de la donación, no debe inducir a engaño; no es que la donación sea *modo*, lo que sólo viene a tener realidad en la *donación manual* (que seguramente es lo que tuvo en cuenta el legislador y que nos explica su expresión autónoma), sino que queda también incluida entre los "ciertos contratos" a que el mismo precepto alude. Para esto, JORDANO, *Op. cit.*, págs. 117 y ss. y 147 y ss., también, VALLET DE GOYTISOLO, *Donación, condición y conversión jurídica material*, en ADC, 5 (1952), págs. 1205 y ss. En sentido diverso, últimamente, LALAGUNA, *Lor arts. 623 y 629 del C. c. y la naturaleza de la donación*, en RDP, 1964, págs. 275 y ss.

(100) Véanse las referencias indicadas anteriormente al exponer en síntesis la doctrina de M. KASER y, por otra parte, la cuestión del alcance de la anti-nomia entre el D,41,1,36 y D,12,1,18.

(101) Para esto, mi trabajo citado sobre la causa, *loc. cit.*

del negocio jurídico en general. Lo que paralelamente tiene sus manifestaciones también a propósito de la atribución patrimonial, sobre todo en aquellas cuestiones a que se extiende o pretende extenderse el principio de abstracción, como en materia de créditos documentados, negocios de garantía, confesión de dote, cesión de créditos, promesa, reconocimiento de deuda, etc. Campo en el que, conforme a aquella orientación, se llega a admitir, a través del artículo 1.274 del Código civil, cuando habla de promesa en lugar de la prestación, el principio de abstracción que, por otra parte, se desarrolla al amparo del artículo 1.277 del Código civil con un criterio expansivo que no se ajusta a nuestra tradición jurídica ni a los principios del *sistema interno* de nuestro ordenamiento, invocando como base el reconocimiento de la autonomía privada al amparo del artículo 1.255 del Código civil, bajo el pretexto de obtener una mayor seguridad en el tráfico, sin tener presentes los negocios típicos y olvidando que aquella seguridad se consigue ampliamente por la protección dispensada a la buena fe. Así, en el sentido criticado y conforme a un planteamiento parecido en el Derecho francés, en cuanto a la causa del negocio, llegará a decir CAPITANT que “el artículo 1.132 de nuestro Código civil—análogo a nuestro 1.275 C. c.—, tal y como lo hemos interpretado fundándonos en la historia, es el precedente exacto de los artículos 780 y 781 del Código civil alemán y del artículo 17 del Código suizo de las obligaciones. Entre el régimen alemán, por una parte, y el de nuestro Código civil y el Derecho suizo, por otra, no hay más que una diferencia, consistente en que el primero somete a la validez de la promesa abstracta a la redacción de escritura. Pero esta diferencia entre nuestro Derecho y el Derecho alemán se halla singularmente atenuada en la práctica por nuestro artículo 1.341” (análogo a nuestro 1.280 C. c., especialmente párrafo último) (102). Aquí vemos aparecer, en la doctrina de CAPITANT, claramente, la confusión entre *causa* y *prueba*, en relación íntimamente con los problemas de *forma* y *legitimación*. A la relación entre *causa* y *forma* ya hemos aludido en otro lugar y acabamos de hacer ahora una referencia a propósito de la donación (103), implicación que, como hemos visto, no responde a problemas de fundamentación, sino a razones de oportunidad. Pero hay otra relación entre *causa* y *forma* que no ha sido tenida en cuenta por CAPITANT, y es que la *abstracción* ha sido vinculada en los ordenamientos antiguos (*obligatio literis, stipulatio, mancipatio, Sala, Auflassung*) a la *forma*; pero la forma viene impuesta imperativamente por el ordenamiento, lo mismo que en ciertos casos el negocio abstracto, en el BGB. También es verdad, volviendo al planteamiento del sistema interno, que en el Derecho francés, como sucede en el Derecho italiano (104), la transmisión de la propiedad, aunque cau-

(102) *De la causa de las obligaciones*, trad. esp., Madrid, 1922, págs. 383-384.

(103) *La causa del negocio jurídico*, cit., loc. cit., págs. 355 y ss. y 396 y ss. Para las consecuencias de esta orientación subjetivista de la causa en la doctrina suiza, H. J. MOECKE, *Op. cit.*, págs. 8 y ss.

sal, por esa especial concepción de la causa, que ha prevalecido en particular en la doctrina francesa, se adapta mejor al Derecho justinianeo y bizantino, donde triunfa la doctrina del *negocio real causal*, que al Derecho clásico, sobre cuyas huellas, en lo que me complace llamar la “provincialización de la enseñanza de Bolonia”, se desarrollará la teoría del “título y el modo” que acaba por prevalecer en otros Derechos romanistas (Prusia, Austria, Suiza, Holanda, España, Brasil, etc.) (105).

Otro tanto, aunque relacionado con la interpretación del artículo 1.274 del Código civil, encontraremos en NÚÑEZ LAGOS, cuando pretende fundar, bien que con otros fines (pues, en definitiva, se muestra siempre decidido causalista), la *causa del documento* (como causa de la atribución) en la absorción por éste de las propiedades de la antigua *stipulatio*, cuyo lugar ocupa, haciendo con ello un juego peligroso entre causalidad, legitimación y prueba, y de este modo vincula la *stipulatio* a la interpretación del artículo 1.274, cuando dice que “en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte”, considerando que el término *promesa* equivale a *stipulatio (promissio)*, o se halla en lugar de ella; y así dice que “en la técnica de la causa no se hace referencia a la prestación debida, sino a la prestación ejecutada o que se ejecuta (*datio*). La prestación por ejecutar—añade—(en el futuro) es la promesa” (106). Pero más lógico parece interpretar el artículo 1.274 como refiriéndose al contenido de las obligaciones (dar, hacer, o no hacer). Aparte de que este precepto que hemos calificado de especular reproduce los *efectos* que se producen conforme a la causa (de acuerdo con una técnica de expresión un tanto primitiva) y no alude a la causa en sí misma (o lo hace sin completar el ciclo de expresión que hubiere sido adecuado). Lo que NÚÑEZ LAGOS no advierte, ya que para él la causa es la causa de los innominados. Tampoco podemos admitir ese alcance que se pretende para el término *promesa* del artículo 1.274, porque esto supondría desconponer, por ejemplo, en la compraventa sus propios efectos conforme a las prestaciones independientes de cada parte, con lo que caeríamos en un planteamiento arcaizante, igual que el que viene criticado por KASER para el Derecho romano, es decir, a la entrega de la cosa, el pago del precio se sustituye por una *promissio*, con lo que se desvincula de su causa (107). Entonces, el error sobre la cosa, sus vicios y defectos no impedirán el pago del precio. Consecuencia que no puede aceptarse.

(104) Vid. KASER, *Compraventa y transmisión de la propiedad*, cit., páginas 27 y ss.

(105) KASER, *Ibid.*

(106) Así, entre otros de sus muchos trabajos sobre el mismo tema, en *Contenido sustantivo de la escritura pública*, en RDN, 43 (1964), págs. 7 y ss., anteriormente, en *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid 1950, página 369, y en *Op. cit.*, en RCDI (1961), págs. 573 y ss.

(107) Según KASER, esta derivación de la antigua *venta al contado* aparece recogida en VARRON, *de re rustica*, 2,1,15 (*Römisches Privatrecht*, cit., pág. 97).

II. EL RECONOCIMIENTO DE DEUDA: PRIMACÍA DE UNA CONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA SOBRE EL ARGUMENTO COMPARATISTA O MERAMENTE CONCEPTUAL

Ya hemos advertido al comienzo de este trabajo de las dificultades dogmáticas que encierra el planteamiento del reconocimiento de deuda, al haberse desarrollado doctrinalmente en íntima conexión con la doctrina de la abstracción, como un ejemplo típico de la manifestación del subjetivismo (fundado en el elemento intencional de la autonomía privada) en el planteamiento de la *causa naturalis*, o lo que es lo mismo, en la construcción de la *causa civilis* como *causa naturalis*, y que acaba por llevar a su descomposición. Porque no se crea que existe, por nuestra parte, ningún prejuicio teórico contra la construcción de DOMAT sobre el tema de la causa, ni siquiera porque este prejuicio se halle fundado en consideraciones históricas, lo que ya sería bastante para descargarle de su calificación como prejuicio, sino porque la concepción de DOMAT lleva en sí misma su propia destrucción y, con ello, los valores materiales que trata de proteger, como acabamos de ver en un aspecto a propósito del artículo 1.274 del Código civil, quedan indefensos. Es decir, la pretendida concepción *objetiva*, en el planteamiento de los innominados se desvanece con la implicación intencional, hacia la que su construcción se ve inexorablemente atraída, viniendo a la larga a quedar supeditada a la concepción *subjetiva*.

Por otra parte, el tema del reconocimiento, agravado por cuestiones terminológicas (confusión entre reconocimiento y confesión en la terminología medieval), aunque en un plano más aparente que real; pero que, en ocasiones, ha inducido a la confusión a la doctrina, se viene a implicar con el problema de la *prueba* y de la *legitimación*. Y aquí se establece una peligrosa relación entre estas cuestiones y la *causa*. Todo ello, además, en relación con la teoría del *documento* y a través de una implicación inadecuada entre *stipulatio* o *promissio*, antiguos negocios abstractos, hoy desaparecidos de nuestro Derecho y que pretenden vincularse al valor actual de la *escritura pública*, en el sentido de que la *escritura* ocupa el lugar de la antigua *stipulatio*, como defiende NÚÑEZ LAGOS (108), lo que constituye un planteamiento más bien idealizante y retórico que otra cosa, sin tener en cuenta los profundos cambios operados, en cualquier plano, por el Derecho moderno, lo que en el nuestro se remonta ya al *Ordenamiento de Alcalá*. Esta cuestión se manifiesta, como veremos, al distinguir entre *escrituras recognoscitivas* y *escrituras dispositivas* (o mejor dicho, entre negocios de uno y otro orden) y al relacionar esta cuestión con el problema de la causa de la atribución, en los términos que antes acabamos de indicar, bajo lo cual se halla subyacente la función de la *forma* y la relación a la que antes hemos aludido entre *causa* y *forma*.

(108) *Contenido sustantivo de la escritura pública*, cit., y otros trabajos anteriores.

Por último, una profunda y variada literatura dificulta, más que facilita, la comprensión de esta problemática, al mezclarse todas estas cuestiones en la doctrina de los llamados *negocios de fijación* y al entremezclarse también los campos de los *negocios de disposición* y de los *negocios y actos aclaratorios*, aparte del parentesco de éstos con los que la doctrina alemana llama *facta concludentia*, simples actos que pueden provocar una modificación real u obligatoria (aceptación, renuncia, ocupación, percepción de frutos, *divisio. adjudicatio* (109); todo ello sin que la doctrina, salvo excepciones, trate de atenerse a criterios sistemáticos o a una adecuada ponderación de los intereses, cayendo conforme al abuso del “método de conceptos” en los mismos excesos y errores que se manifiestan ya en las “escuelas cultas” del Derecho común, por el abuso de la “*armonística*” o del “*ars combinatoria*”, como veremos aunque sea sumariamente.

Por eso renunciamos a fundar nuestro análisis de la cuestión en un estudio previo de la *naturaleza jurídica* del reconocimiento de deuda, aunque no por ello vayamos a renunciar a las referencias críticas necesarias; pero al hacerlo así pensamos, sobre todo, en la representación de los intereses en pugna que nos pone de relieve la consideración de la vida diaria del Derecho.

Pues bien, nos encontramos con que nuestro Código no guarda silencio absoluto sobre el *reconocimiento de deuda*, aunque se muestra muy parco en alusiones al mismo. Expresamente sólo alude a él a propósito de la interrupción de la prescripción el artículo 1.973, al hablar de “cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor”. Por otra parte, habla de reconocimiento, con los mismos efectos interruptorios, artículo 1.948 (“reconocimiento expreso o tácito por el poseedor del derecho del dueño”), el artículo 1.647 se refiere a que el dueño del dominio directo podrá exigir del “que se encuentre en posesión de la finca enfiteuticá” el reconocimiento de su derecho. Pero este precepto tiene un campo de aplicación particular y lo mismo el primero, aunque puede servir, como veremos, para determinar el alcance de reconocimiento de deuda, como autorizadamente se ha defendido (110). En cambio, dentro del mismo planteamiento, el artículo 944 del Código de comercio habla de “reconocimiento de las obligaciones” y de “renovación del documento en que se funde el derecho del acreedor” (111). Por otra parte, hay que tener en cuenta

(109) A estas cuestiones me he referido anteriormente, DE LOS MOZOS, *La renuncia a la sociedad legal de gananciales*, en ADC, 13 (1960), págs. 80 y ss., aunque en relación con la renuncia; también, en términos generales, en *La conversión del negocio jurídico*, Barcelona, 1959, pág. 55 y, precisamente desde el punto de vista de la limitación de la autonomía privada, por razón de la eficacia que la ley confiere a estas “actuaciones de la voluntad”. Y por lo que se refiere al alcance de la *divisio*, en relación con este planteamiento, igualmente, en *La partición de herencia por el propio testador*, en RDN, 27 (1960), páginas 181 y ss.

(110) Así, DIEZ-PICAZO, *La prescripción en el Código civil*, Barcelona, 1964, páginas 131 y ss.

(111) La doctrina mercantil no suele ocuparse de este problema en el sen-

también, cuando se habla de "reconocimiento de los créditos" en el Derecho concursal. Y, en fin, el artículo 1.224 del Código civil dice que: "Las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato nada prueban contra el documento en que éstos hubiesen sido consignados, si por exceso u omisión se apartaren de él, a menos que conste expresamente la novación del primero" (112). Aunque, además, habrá que tener en cuenta las normas que el Código dedica a la *confesión extrajudicial* (arts. 1.231, 1.232 y 1.239 C. c.).

Un análisis de estas referencias es realmente poca cosa, aunque se trate de integrarlas dentro del sistema interno del Código y aun conforme a los precedentes deducidos del Derecho histórico para poder efectuar cualquier planteamiento en relación con el reconocimiento de deuda. Esto explica el que se acuda al Derecho comparado, especialmente al Derecho alemán, y por lo demás, una vez constatada esta referencia, los intentos de elaboración dogmática serán una consecuencia lógica. Efectivamente, los §§ 780 y 781 BGB se refieren a la validez de la promesa y del reconocimiento de deuda simplemente por el hecho de que se hagan constar por escrito (113), siendo considerados como negocios abstractos al amparo de lo dispuesto con carácter general por los §§ 812 a 822 BGB. Por otra parte, en el artículo 17 OR suizo se establece que "el reconocimiento de una deuda es válido aunque no enuncie la naturaleza de la obligación". Es decir, se establece igualmente con carácter abstracto, aunque por ello no falten opiniones en contra (114). En el Derecho italiano el artículo

tido del texto: GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III, Madrid, 1964, páginas 163 y ss.; URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1964, pág. 446-447.

(112) Criterio que se muestra de forma paralela en el art. 1.219 C. c. y aún con más fuerza, lógicamente, en el art. 1.230.

(113) Cifr. "Para la validez de un contrato por el cual se promete una prestación de forma que la promesa deba originar por sí misma la obligación (promesa de deuda), es necesario, en tanto no se halle prescrita otra forma, que la promesa se haga por escrito" (§ 780).

"Para la validez de un contrato por el cual se reconoce la existencia de una relación obligatoria (reconocimiento de deuda) es necesario el otorgamiento escrito de la declaración de reconocimiento. Si se ha prescrito otra forma para la constitución de la relación obligatoria cuya existencia es reconocida, requiere esta forma el contrato de reconocimiento" (§ 781).

(114) Es curioso el planteamiento de la cuestión en Derecho suizo. De una parte, la transmisión de la propiedad inmueble se organiza por el ZGB, conforme al principio causal. Durante largo tiempo se discute si la transmisión es causal o abstracta en materia de muebles, ante el silencio del art. 714, pero a partir de 1929, la jurisprudencia se inclina definitivamente por el criterio causal (MOECKE, *Op. cit.*, pág. 24). En cambio, en Derecho de obligaciones, es más amplio el imperio del principio de abstracción, aunque con muchas limitaciones, incluso a propósito de la interpretación del art. 17 OR, la jurisprudencia se manifestó siempre vacilante entre considerar el reconocimiento como negocio abstracto o dejar reducido su alcance a simple medio de prueba (W. YUNG, *La théorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée en Droit suisse*, th. Gèneve, 1930, págs. 102 y ss.). Pero recientemente se puede decir que, a pesar del acercamiento del Derecho suizo al negocio abstracto, en el campo del Derecho de obligaciones se halla abierto un proceso de revisión

lo 1.988, que se refiere a la promesa de pago y al reconocimiento de deuda, establece que: "La promesa de pago y el reconocimiento de deuda dispensan a aquél a favor de quien se hace de la carga de probar la relación fundamental. La existencia de ésta se presume salvo prueba en contrario." Donde, sobre todo en relación con el sistema contractual italiano, su alcance meramente probatorio se revela más claro, aunque no han faltado tampoco opiniones encontradas, en particular al poner en relación esta cuestión con el tema de los *negocios de fijación* y con la *confesión extrajudicial* (art. 2.730) (115).

En conclusión, donde únicamente aparece claramente el carácter abstracto del reconocimiento de deuda es en el Derecho alemán, como una cuestión íntimamente vinculada a la admisión del negocio abstracto con carácter general, fundamentado en la autonomía privada antes de la publicación del BGB y en su propio reconocimiento y sistema con posterioridad al mismo (116), y sobre esta base se ha desarrollado en los diversos países, con los consabidos intentos de adaptación. Teniendo particular interés la doctrina italiana, por existir en aquel Derecho un planteamiento equivalente al Derecho español en materia de causa del negocio y sin que este concepto haya sido deformado por la doctrina, sino todo lo contrario, como ha sucedido en el Derecho francés (117).

Conforme a estos precedentes, la situación se plantea de la siguiente manera, CASTAN, siguiendo a PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, y lo mismo otros autores, admiten el carácter abstracto del reconocimiento de deuda, por los mismos argumentos que admiten el negocio abstracto en general, es decir, obteniendo su fundamento en la autonomía privada (art. 1.255 C. c.) y desarrollando su alcance, confor-

a fondo del principio de abstracción; el propio trabajo de H. J. MOECKE constituye una importante aportación en este sentido con relación a la cesión de créditos. Siendo interesante la sentencia que cita este autor del Tribunal Federal de 13 de marzo de 1958, porque a propósito de esta materia viene a considerar el argumento sistemático, que hemos utilizado a lo largo del presente trabajo, con base en el cambio operado en materia de muebles.

(115) Por todos, CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, págs. 237 y ss.

(116) Así, BAEHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, 2.ª ed., Casel 1867 y *Zur Verständigung über den Anerkennungsvertrag*, en *Iher. Jb.*, (1858), págs. 283 y ss. y 366 y ss., fue propiamente el iniciador, seguido después por RUMELIN, *Zur Lehre von Schuldsversprechen und Schuldankennissen*, en ACP, 97 (1905), págs. 211 y ss. y ACP, 98 (1906), págs. 156 y ss. y J. SIEGEL, *Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde*, en ACP, 111 (1914), páginas 1 y ss., aunque también vienen a influir las aportaciones de DEGENKOLB, *Die Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion*, en ACP, 71 (1887), páginas 1 y ss. y de STAMPE, *Das causa Problem des Civilrechts*, Greifswald, 1904., a propósito del negocio de fijación y de la función de la causa, respectivamente. Doctrinas que fueron expuestas por vez primera en España, por NÚÑEZ LAGOS, desde su conferencia en la Academia Matritense del Notariado en 1943.

(117) Hemos omitido, por otra parte, deliberadamente, toda referencia al Derecho francés, porque en relación con el planteamiento que aquí nos ocupa, legalmente, no presenta interés; únicamente por lo que afecta a la relación entre causa y reconocimiento de deuda, ya hemos hecho constar anteriormente, desde un punto de vista crítico, la opinión de CAPITANT. Puede verse en la

me al art. 1.277 C. c. (118). NÚÑEZ LAGOS, por otra parte, aun mostrándose causalista, si bien conforme a su peculiar concepto de la causa y a propósito de la teoría del documento, viene a hablar de *reconocimiento constitutivo* en algunos casos (119). Además, hay que tener en cuenta que al poner en relación reconocimiento y confesión, se ha dado lugar en la doctrina a algunos equívocos terminológicos muy explicables, pero que pueden llevar a producir alguna confusión innecesaria. Y, en fin, como puede comprenderse, frente al problema del alcance del reconocimiento de deuda, la cuestión de su naturaleza jurídica es puramente secundaria, sobre todo, porque la figura no presenta un planteamiento unitario (120) y, como tampoco lo presenta respecto de su función y alcance, habrá que partir de este punto de vista. De todos modos, antes de entrar en el examen de esta cuestión tenemos que rechazar la configuración abstracta del reconocimiento de deuda, por la superioridad del argumento sistemático sobre la pura construcción conceptual basada en el Derecho comparado, sin que sea preciso insistir más sobre este punto.

- a) *Tipos de reconocimiento según su alcance: reconocitivo, declarativo y constitutivo (confesión y reconocimiento).*

Para hablar de los tipos de reconocimiento tenemos que hablar tanto del reconocimiento, en sentido estricto (= reconocimiento constitutivo), como de las figuras afines del mismo; aunque todo ello se halla en el seno de una gran imprecisión terminológica, pero también es verdad que el resultado de esta imprecisión no implica consecuencias importantes, desde el punto de vista adoptado, por eso, las precisiones que hagamos en este orden no se las puede conceder más que una utilidad instrumental en relación con el mismo. Y así, en un primer término, hablamos de reconocimiento con alcance meramente *reconocitivo*, o confesión extrajudicial *extractu sensu*; reconocimiento con alcance *declarativo*, o confesión extrajudicial, en sentido amplio y, en fin, de reconocimiento *constitutivo*, del que únicamente puede admitirse con tal alcance el causal y siempre que tenga, además, carácter negocial.

Como cuestión previa, ya hemos reconocido que se halla el problema terminológico, pero de ello no vamos a ocuparnos de manera autónoma, sino al compás del somero análisis que nos proponemos.

Empecemos por el reconocimiento meramente *reconocitivo*, en sentido estricto y que hemos dicho se identifica con la confesión ex-

doctrina, no obstante, DIKOFF, *Les actes juridiques abstraits et le Code civil française*, en RTDC, 1932, págs. 352 y ss.

(118) CASTAN, *Derecho civil*, IV, págs. 792 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, Notas a ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Op. cit.*, II-1, págs. 530 y ss.

(119) *Op. cit.*, en RDN, 43 (1964), págs. 99 y ss., y otros trabajos anteriores.

(120) El propio LÓPEZ VILAS llega a esta consecuencia después de hacer

trajudicial tomaña, también, con este mismo alcance. En este caso se trata de un simple medio de prueba de libre apreciación por los Tribunales (art. 1.239 C. c.), e incluso podemos pensar, siguiendo a VALLET DE GOYTISOLO (121) y, en contra de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (122), que se trata de mera confesión de hechos, para distinguirla de la confesión que recae sobre la *relación jurídica*, que tiene carácter declarativo (123), teniendo lugar, por otro lado, como un *simple acto* no negocial. Aquí no deberíamos hablar de reconocimiento, sino simplemente de confesión, tanto por razón de la materia como por razón de los efectos.

El reconocimiento con alcance *declarativo* presenta ya más dificultades. Este sería, como hemos dicho, el campo de la confesión extrajudicial en sentido amplio. Para unos, no cabe —en relación con el apartado anterior— ninguna relación posible, así GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, entiende que la confesión de una relación jurídica, no es propiamente confesión, sino reconocimiento de deuda (con o sin expresión de causa) a todos los efectos legales (124), con lo que, por otro lado, se amplía el campo del reconocimiento propiamente dicho, a costa de esta categoría intermedia. Esto supone una nueva perspectiva sobre el conjunto, de modo que según la tesis de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, se contraponen *confesión de hechos* (que provoca un efecto no querido) y *confesión de relaciones jurídicas* (= reconocimiento de deuda), que se configura siempre como negocio. Ahora bien, en esto va implícita la noción y alcance de los *negocios de fijación*, según el punto de vista de FURNO (125).

La obra de FURNO, tiene el mérito de haber reaccionado contra la extraordinaria extensión que cobró, en la doctrina italiana, la teoría de los *negocios de fijación*, debido a la influencia pandectista, llegándose a defender su naturaleza constitutiva y abstracta. Pero a la vez, arremete con los llamados *negocios declarativos*, admitidos por la doctrina dominante, especialmente partiendo de MESSINA (126), y, sobre todo, de CARNELUTTI (127), para quien las partes, en el negocio de fijación, no pretenden crear ni modificar la relación anterior, sino únicamente conferirle carácter de *certeza* (128), aunque no falten quienes, siguiendo la orientación que parte del propio MESSINA, entiendan que

una correcta exposición desde este punto de vista, *Op. cit.*, en RDP, 1965, páginas 866 y ss.

(121) *Observaciones a la Resolución de 11 de marzo de 1957, en relación con la S. del TS. de 2 de febrero de 1951*, en RCDI, 1957, págs. 477 y ss.

(122) *La confesión extrajudicial y el art. 1407 C. c.*, en AAMN, 1962, páginas 461 y ss.

(123) VALLET, *Op. cit.*, en RCDI, 1957, págs. 486 y ss.

(124) *Op. cit.* en AAMN, 1962, pág. 476, texto y nota 24.

(125) *Negocio de fijación y confesión extrajudicial*, trad. esp., Madrid, 1957.

(126) *Contributo alla dottrina della confessione*, en *Scritti Giuridici*, III, Milano, 1948.

(127) *Documento e negozio giuridico*, en RDPC, 1926, I, págs. 207 y ss.

(128) Esta misma opinión es seguida por G. STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, en RDPC, 1933, I, págs. 132 y ss.

el negocio de fijación tiene carácter constitutivo o *dispositivo* (129), lo que tiene, además, otras implicaciones a las que luego aludiremos. Otros, en fin, entenderán que, a pesar de su naturaleza *constitutiva*, cumplen tales negocios una función *declarativa* (130), opinión que es bastante atrayente y que, en sí misma, no se separa sustancialmente de la primera que es la seguida por la doctrina dominante (131). Pero volviendo a FURNO, nos encontramos con que no admite para los *negocios de fijación*, otro alcance que el meramente *probatorio*, e incluso suprime la distinción entre confesión judicial y reconocimiento de deuda (para él los arts. 1.988 C. c. it. y 2.730 del mismo, son una reiteración, un precepto doblemente expuesto en el articulado del *Codice civile*), además, el acto de confesión o de reconocimiento, así concebido, carece de significación comercial (132). Esta postura, en Italia, tuvo bastantes seguidores (133), apareciendo en España en GONZÁLEZ PALOMINO (134) y recientemente en GARCÍA BERNARDO (135). Pero, como contrapartida, el propio FURNO entiende que hay que distinguir entre *confesión extrajudicial* y su *prueba documental*, y, sobre esta base, GONZÁLEZ PALOMINO pretende que si el hecho de la *confesión extrajudicial* se acredita por un medio de prueba legal (documento público o privado reconocido) vale como *confesión judicial*, es decir, como prueba plena. Lo que parece inadmisibles, ya que se aplicaría, en vez del artículo 1.239, los artículos 1.231 a 1.234 del Código civil (136). Pero esto no es más que una muestra de las muchas derivaciones que en esta materia presentan los planteamientos puramente dogmáticos. Más interés tiene, en relación con este tema, el problema de distinguir entre *reproducción comercial*, que es sinónima al concepto y alcance aquí utilizado y admitido de *negocio de fijación* y la llamada *renovatio contractus*, pero a ello aludiremos más adelante.

Llegados a este punto, no tenemos más remedio que admitir el alcance de lo que hemos llamado *reconocimiento declarativo*, distinto de la confesión de meros hechos, que tiene una exclusiva relevancia probatoria, y distinto también del reconocimiento de deuda. La presencia de reconocimientos de esta naturaleza, en nuestro ordenamiento, es evidente. VALLET nos cita los siguientes supuestos: artículos 129 a 138 (reconocimiento de hijos naturales), 1.334 (reconocimiento de dote), 1.647 (reconocimiento por el enfiteuta del derecho del

(129) Así, ASCARELLI, *La letteralità dei titoli di credito*, en RDCom, 1932, I, pág. 276 y CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942, págs. 94 y ss.

(130) GIORGIANI, *Il negozio d'accertamento*, Milano, 1939.

(131) Así, por todos, CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, págs. 238 y siguientes, y allí una ampliación de las referencias indicadas.

(132) *Op. cit.*, págs. 31 y ss.

(133) Entre otros, BARBERO, *Sistema istituzionale del Diritto privato*, 6.^a ed., II, Torino, 1962, págs. 725-726.

(134) *Negocio jurídico y documento*, en CCNV, 1951-II.

(135) *Formalismo jurídico y documento notarial*, en RDN, 36 (1962), páginas 89 y ss.

(136) Así fundadamente, VALLET, *Op. cit.*, en RCDI, 1957, págs. 487-488.

dueño del dominio directo) y 1.973 (reconocimiento de la deuda por el deudor a efectos de interrumpir la prescripción) (137). A los que podríamos añadir el artículo 944 del Código de comercio (reconocimiento de las obligaciones y renovación del documento en que se funde el derecho del acreedor). Cabe imaginar también otros supuestos conforme a las necesidades del tráfico jurídico. Pero no siempre es necesario que se trate de *negocios de fijación*; lo verdaderamente interesante es que se trate siempre de actos o negocios, ya unilaterales, ya bilaterales, que muestren este alcance declarativo directa o indirectamente. En este sentido, y al ocuparse del reconocimiento contemplado en el artículo 1.973, DÍEZ PICAZO, refiriendo este precepto al artículo 1.948 (cualquier reconocimiento del derecho del dueño por el poseedor interrumpe la prescripción) y consiguiendo con ello una interpretación satisfactoria del mismo, dice que “en ocasiones, efectivamente, se trata de un verdadero negocio jurídico de fijación o renuncia; pero puede ser también una simple declaración con valor confesorio o un efecto indirecto de otra declaración o de otro negocio. Si el poseedor toma en arrendamiento la finca o la porción discutida reconoce el derecho del dueño” (138). Con lo que se corrobora nuestro punto de vista. Ahora bien, poniendo en relación esta materia con el reconocimiento de deuda propiamente dicho y con el alcance constitutivo de este reconocimiento, en sentido sustantivo, vemos que existe una notable diferencia. La que separa los negocios de fijación de los negocios de disposición. Esto se revela claramente desde el punto de vista de la causa, cuestión que ha sido descuidada por la doctrina o mal entendida. Los efectos de un exagerado conceptualismo en este campo son verdaderamente desorientadores. Así, la doctrina del *negocio de fijación* se ve atraída por un elemento que se desfigura en su función retóricamente, el *elemento vetus*, según el cual se justifica el negocio o acto declarativo por la vinculación con este precedente, que simplemente se trata de reconocer o de aclarar; pero esto nunca puede referirse a la *causa*, sino al *motivo*, el cual se revela, como hemos dicho en otro lugar (139), a través del *objeto del negocio* (arts. 1.271-1.273 C. c.). De este modo, y ello es cierto, se revela el alcance *subordinado* de este tipo de reconocimiento declarativo al acto o a la situación anterior. Sirve, por tanto, mérito que no cabe negar a esta doctrina, para distinguir el reconocimiento *constitutivo* del meramente *declarativo* (140); pero deja sin resolver el problema de la

(137) *Op. cit.*, en RCDI, 1957, pág. 494. Un carácter análogo en cuanto a la estructura del acto se encuentra en el art. 1364, en relación con el 1394 C. c., por cuanto hace posible la renuncia a la sociedad de gananciales, implicando el establecimiento *ab initio* del régimen dotal.

(138) *La prescripción en el Código civil*, cit., págs. 135 y ss. y, anteriormente, en *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, págs. 177 y ss., refiriendo este planteamiento a la consideración de la conducta contradictoria.

(139) DE LOS MOZOS, *El objeto del negocio jurídico*, en RDP, 1960, páginas 373 y ss.

(140) Así dice NÚÑEZ LAGOS, refiriéndose a los actos a que antes hemos aludido, que “en todos estos casos el elemento *vetus* queda “apreciado conjun-

causa, una vez más, por partir de una concepción subjetiva. Cuestión que ha sido igualmente denunciada, con relación a la doctrina italiana, por CARIOTA FERRARA (141) y satisfactoriamente resuelta al decir que las dudas sobre este punto dependen del alcance del reconocimiento, ya que “si no produce ninguna modificación de la relación preexistente, no hay razón para negar su justificabilidad incluso desde el punto de vista de la causa: cualquier función puede considerarse admisible hasta que no hay desplazamiento patrimonial” (142). Congruentemente con ello, el régimen de tales reconocimientos declarativos viene establecido por el artículo 1.224 del Código civil, aplicable tanto al reconocimiento de deuda a que alude el artículo 1.873, como a los supuestos contemplados en el artículo 944 del Código de comercio, siempre que se haga el reconocimiento mediante documento.

Nos queda ahora ocuparnos de la tercera categoría de reconocimientos, la del *reconocimiento constitutivo* o reconocimiento de deuda en sentido estricto. Antes de nada vamos a plantear una cuestión terminológica. Nos basamos al establecer esta distinción en que, respecto de las categorías anteriores, aquí se trata siempre de negocios jurídicos, unilaterales o bilaterales. Por eso podemos contraponer confesión y reconocimiento, aparte de que esta cuestión—aunque olvidada—tiene su abolengo histórico. La *confesión* siempre tiene un alcance reconocitivo o declarativo, sea de hechos o de relaciones jurídicas (nos referimos, claro es, a la confesión extrajudicial, como radicalmente distinta de la judicial, y por ello no caemos en el error de dar alcance constitutivo a algunos supuestos de confesión, como es frecuente en algunas de las tendencias doctrinales indicadas). Mientras que el *reconocimiento* es constitutivo o dispositivo y por eso tenemos que someterlo a un examen causal. No es que los reconocimientos meramente declarativos sean *abstractos*, sino que en ellos la causa cumple una función indiferente, es como si lo fueran; prueba de ello es que se puede llegar a ese alcance confesorio por medio de sim-

tamente” por las partes, y recogido en síntesis o mencionado en el texto de la escritura. En esta breve mención del elemento *vetus* está la esencia de esta clase de escrituras. Por recogerse brevemente este elemento *vetus* se diferencia la escritura de reconocimiento de la de constitución, pues en ésta jamás se recoge en modo alguno el elemento *vetus* (*Hechos y derechos*, pág. 343.)

(141) “La doctrina, especialmente la italiana, ha considerado poco el tema con referencia a la causa puesta en relación con la influencia del negocio sobre la situación jurídica preexistente y con la eventual modificación (o peor, constitución o extinción) de la relación fijada. Incluso los autores que han estudiado agudamente la función de la fijación y, por consiguiente, la causa, se han detenido en la consideración de la eliminación de la incertidumbre o de la *litis* (CARNELUTTI), pero han descuidado la necesidad de una justificación de la situación jurídica en particular en lo patrimonial.” Esto es importante para lo que luego hemos de decir en relación con el reconocimiento constitutivo y para la relación que la doctrina ha establecido entre reconocimiento y transacción. Añadiendo el ilustre profesor de Nápoles, que esto explica, cómo NICOLA, en general, se limita a afirmar que la función de fijación entra entre las causas lícitas (*Op. cit.*, pág. 242, nota 652).

(142) *Op. y loc. cit.* texto.

ples actos jurídicos. Ahora bien, lo que no cabe es confundir las cosas partiendo de un concepto expansivo, como sucede en la doctrina del negocio de fijación; por eso tenemos que volver a un planteamiento que antes, en parte, ya hemos rechazado.

En esta línea se sitúan BAEHR y todos sus seguidores, conforme a la orientación que ya conocemos. BAEHR entiende que se dan supuestos de obligación abstracta en los casos siguientes: 1) Cuando se ha elegido una forma (abstracta) determinada, admitida por la ley. 2) Cuando tal situación resulta de la posición que ocupa la promesa frente a su causa; y 3) *Siempre* que estemos en presencia de un *reconocimiento* de la existencia e inexistencia de una regulación jurídica anterior (143). Como vemos, este último es el que tiene aquí verdadero interés, sobre todo porque la presencia del elemento *vetus* excitará la imaginación de la doctrina posterior sobre los negocios de fijación negativamente, en el sentido que hemos visto al invocar el testimonio de CARIOTA FERRARA y, positivamente, al llegar a admitir (aun partiendo esencialmente del principio causalista) un inesperado efecto abstracto, olvidando que la causa del negocio de fijación, así entendida, sólo sirve para fundamentar una función meramente declarativa (144). Esta es la postura de NÚÑEZ LAGOS en relación con el documento notarial. Pero esta postura responde a otras implicaciones, como vamos a ver, entre lo que cuenta la reacción contra la propia doctrina de BAEHR. En cuanto a éste, según el propio NÚÑEZ LAGOS, el fundamento de su teoría se halla en la consideración de que el "reconocimiento es un subrogado de la relación causal de deuda (o de Derecho de obligaciones) en todo pago (o en todo desplazamiento patrimonial)". El prototipo del reconocimiento es el recibo. Por asimilación, el pagaré, la promesa de deuda, etc." (145). Por otra parte, la explicación de BAEHR de este fundamento no deja de ser artificiosa y puramente retórica; así dice que: "el reconocimiento es, pues, un producto de la generalización de los fundamentos jurídicos de la *condictio indebiti*. El reconocimiento, como su embrión el pago, es abstracto, aísla el negocio jurídico (pago, reconocimiento) de su causa (relación jurídica anterior)". Conforme a lo cual establece que el reconocimiento abstracto se da: a) En el cumplimiento, ejecución o pago de una promesa de deuda al referir y aplicar el hecho del pago a una obligación preexistente; b) Por extensión en toda *datio solvendi causa*; y c) En la *promissio debiti*" (146). En suma, en el planteamiento transcrito se encuentran al desnudo todos los argumentos de la doctrina del negocio abstracto: la estrecha implicación entre *causa* e *intención*, la relación técnica entre *causa* y *condictio*, y el vulgarismo proveniente del negocio al contado del Derecho romano arcaico,

(143) Así, NÚÑEZ LAGOS, en *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, en AAMN, 1945, pág. 483.

(144) CARIOTA FERRARA, *Op. cit.*, pág. 243.

(145) *Op. y loc. cits.*, pág. 483.

(146) NÚÑEZ LAGOS, *Op. y loc. cits.*, pág. 485.

que pone en relación *causa* y *cumplimiento* y que cobra el impulso de la *causa de los innominados*.

No vamos aquí ahora a hablar de otras críticas sobre la teoría de BAEHR, pero sí vamos a fijarnos en que, en la doctrina alemana, y al amparo del establecimiento del reconocimiento de deuda en el § 78r BGB, se distingue entre el reconocimiento como declaración de voluntad y el reconocimiento como mera declaración testimonial (147), y entonces, como al primero se le concede carácter constitutivo y en él se comprenden aquellos negocios de fijación o reconocimientos declarativos de que antes hemos hablado, resulta que se hace más fácil la equiparación para una configuración abstracta de los diversos casos, por una influencia de unos con otros comprendidos en el grupo; esto sucede, sobre todo, en la teoría de la *renovatio contractus*. Es curioso también hacer constar, para dar una idea del confusionismo terminológico en la materia, que MESSINA (148) llega a conclusiones parecidas desde el punto de vista contrario, es decir, hablando de la confesión. Por otra parte, la relación entre *transacción* y *negocio de fijación* viene a contribuir para dotar de fuerza constitutiva al reconocimiento de deuda indebidamente, sobre todo en aquella doctrina que ve el fundamento de la transacción en el *elemento vetus*: eliminación de la incertidumbre o de la *litis* (149), opinión que anteriormente hemos rechazado, siguiendo a CARIOTA FERRARA y que por lo que concierne a nuestro Derecho, tropieza, además, con el texto suficientemente expresivo del artículo 1.809 del Código civil (150).

Pero volviendo al tema de la *renovatio contractus*, nos encontramos con que ya desde DEGENKOLB (151), siguiendo la línea de BAEHR, se habla del *reconocimiento como causa*, o más exactamente, *en lugar de la causa*. El planteamiento no puede ser más artificioso. Según DEGENKOLB, en la práctica notarial alemana se viene a reconocer la naturaleza de contrato al acto de otorgamiento. "Pero si el reconocimiento es un contrato, el convenio preliminar es *a posteriori* un pacto de contrahendo y convenio preliminar y otorgamiento documentado posterior están en la misma situación que convenio y cumplimiento que obligación y pago." Como no se pueden cumplir ambos contratos a la vez, hay una *renovatio contractus* y sólo tiene validez el posterior, aunque todo ello depende de la voluntad de las partes (152), como una *quaestio facti*, es decir, en cuanto al alcance indicado o al meramente *reproductivo*. Después este planteamiento se

(147) *Ibid.*, págs. 486 y ss.

(148) *Op. cit.*, en *Scritti*, III, págs. 8 y ss.

(149) Así, CARNELUTTI, *Op. cit.*, en *RDPC*, 1926, I, pág. 187; CANDIAM, *Documento e negozio giuridico*, Parma, 1925, pág. 100; GIORGIANI, *Op. cit.*, páginas 55 y ss.

(150) Para esto, de todos modos, GULLON BALLESTEROS, *La transacción*, Madrid, 1964, págs. 53 y ss.

(151) Para una exposición de esta doctrina, NÚÑEZ LAGOS, *Op. cit.*, en *AAMN*, 1945, págs. 394 y ss.

(152) NÚÑEZ LAGOS, *Op. cit.*, en *AAMN*, 1945, págs. 395-396.

rectifica y perfila por sus seguidores (153) y viene aplicado por NÚÑEZ LAGOS al reconocimiento documental. Pero no hay que olvidar que en la opinión de este autor influyen otras dos cuestiones: de un lado, su configuración de la *escritura* como heredera de la antigua posición de la *stipulatio*, aunque no deje de tener para él tal configuración un carácter más bien ideal y metafórico como es justo (154), y de otro, su concepción de la causa como hemos referido (155). *Sea* como fuere, en opinión de NÚÑEZ LAGOS, “en presencia de una escritura la alternativa es clara: o es reconocitiva, si encaja en el artículo 1.224, o es constitutiva, si queda fuera de los supuestos a que claramente alude el artículo 1.224 del Código civil” (156). Al alcance constitutivo se llega mediante la configuración autónoma del documento, es decir, sin relación con la situación jurídica anterior. Así, con relación a la configuración por el Notario de un acuerdo anterior de las partes (157), lo que desde el punto de vista del Derecho material apenas ofrece trascendencia. No obstante, el propio NÚÑEZ LAGOS aplica esta construcción a la escritura de *reconocimiento de deuda*. En ella nos dice, hay una declaración de voluntad, no una declaración de verdad, lo que es absolutamente cierto. Por otra parte, añade que: “basta la voluntad del deudor para que la relación jurídica de deuda exista y desenvuelva toda su eficacia, mientras los Tribunales no le liberen declarando que la obligación de devolver carece de causa, o que la causa es ilícita de conformidad con la ley de Usura”. Lo que también es cierto, aunque no absolutamente. Lo es en sus consecuencias, no en su fundamentación. “No es lo mismo—vuelve a decir el ilustre Notario—cuando se trata de situaciones más complicadas, como reconocimiento de saldo, de servidumbres, de censos, de escrituras otorgadas por ascendientes, etc., ya que “en todos estos casos el elemento *vetus* queda *apreciado conjuntamente* por las partes, y recogido en síntesis o mencionado en el texto de la escritura. En esta breve mención del elemento *vetus* está la esencia de esta clase de escrituras. Por recogerse brevemente este elemento *vetus* se diferencia la escritura de reconocimiento de la de constitución, pues en esta jamás se recoge, en modo alguno, el elemento *vetus* (158)”. Pero el planteamiento, desde el punto de vista del Derecho material, no depende de la técnica del otorgamiento, o de su documentación, sino de la causa; prueba de ello es la relación entre reconocimiento y novación, y reconocimiento y transacción, a la

(153) Téngase en cuenta las referencias doctrinales anteriores y la exposición que hace NÚÑEZ LAGOS, *Ibid.*, págs. 397 y ss.

(154) *Hechos y derechos*, págs. 105 y ss.

(155) *Hechos y derechos*, págs. 367 y ss. y *Op. cit.*, en MUCIUS SCAEVOLA, XXX-2, págs. 257 y ss. y 452 y ss.

(156) *Op. cit.*, en AAMN, 1945, pág. 411.

(157) *Hechos y derechos*, págs. 289 y ss.

(158) *Op. cit.*, en último lugar, págs. 342-343 y *Op. cit.*, en RDN, 43 (1964), páginas 73 y ss.

(159) *Ibid.*

que alude, también NÚÑEZ LAGOS (159), pero no deduciendo, de ello, a mi juicio, conclusiones acertadas. Esta implicación tiene efectivamente abolengo en la dogmática jurídica, pero también tiene el mismo abolengo su planteamiento inadecuado que data de la armonística de los Glosadores. Efectivamente, el reconocimiento no constitutivo guarda relación con la novación, como establece el propio artículo 1.224 C. c., dejando a un lado si se trata de verdadera novación o no (160); en cambio, la relación con la transacción es de naturaleza diversa, ya que si hay propia transacción, no basta sólo la eliminación de la incertidumbre, como sucede en los nudos negocios de fijación sin atribución patrimonial, sino el que existan recíprocas concesiones de las partes (art. 1.809 C. c.). Es decir, la atribución necesita una causa (161). Pero volviendo al curso de la exposición de NÚÑEZ LAGOS, nos dice que “en su eficacia el reconocimiento fue siempre equiparado a la novación. Hay nuevo consentimiento para el elemento *novum*. Más el *vetus*, simplemente mencionado, pero expreso, queda como causa *expresa* e *intradocumental* y salvo pacto en contrario produce efectos retroactivos. El *vetus*, como causa expresa, puede producir la nulidad por las mismas causas que en la novación”. Argumento que es admisible, pero que no deja de ser rebuscado y, sobre todo peligroso, cuando a renglón seguido le da base para admitir que “firmada la escritura rige el *novum* y no el *vetus*, porque son sucesivos e incompatibles en el tiempo”, bien que luego reconozca que “si el *novum* perece, renace el *vetus*, porque *vetus* y *novum* son alternativos en su eficacia” (162). No obstante queda siempre latente el alcance constitutivo del reconocimiento, por el hecho de no guardar relación con la situación precedente y, de ahí, la posibilidad de deducir, indirectamente, un reconocimiento abstracto de deuda. Sirve a ello de fundamento, su teoría *insular* del documento, metáfora que alcanza, por otra parte, una brillante plasticidad, así dice: “cuando la escritura mantiene su insularidad en términos absolutos, sin puente de escape hacia los actos anteriores, la escritura es constitutiva” (163). Este planteamiento, aparte de su peligrosidad en el sentido indicado, presenta otro reparo que ha sido visto con exactitud por LADARIA, para quien la alternativa entre escritura reconocitiva y escritura constitutiva, no se puede hacer depender de que encaje la primera en el art. 1.224, quedando fuera la segunda, diciendo que, en cualquier forma, “las calificaciones que NÚÑEZ LAGOS aplica a la escritura notarial deben en este caso aplicarse a la declaración negocial hecha ante el Notario (164). Así mismo hay que hacer notar que mostrándose

(160) SANCHO REBULLIDA, *La novación de las obligaciones*, Barcelona, 1964, páginas 157 y ss. y 297 y ss.

(161) Volvemos al planteamiento de CARIOTA FERRARA, anteriormente expuesto, *El negocio jurídico*, pág. 243.

(162) *Finchos y derechos*, pág. 344.

(163) *Op. cit.*, en último lugar, pág. 299.

(164) *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, págs. 117 y ss. y allí referencias, en un planteamiento de conjunto muy interesante en relación

NÚÑEZ LAGOS, decidido causalista (165), debido a su concepción de la causa, a la que ya antes hemos aludido, llega a la admisión del juego abstracto (o mejor dicho como si fuera abstracto) del reconocimiento de deuda, mediando escritura pública. Así cuando dice que: "El reconocimiento es un subrogado de la *datio*, una promesa a *posteriori*; en todo caso un paralelo de la promesa. *Datio ob causam* y *promissio* son equivalentes *funcionales* en el momento de nacer el negocio jurídico. *Datio solvendi causa* y reconocimiento son también equivalentes funcionales en el momento del pago: Es decir, frente a una obligación precedente que hay que pagar (*solutio*) caben dos posiciones, *datio solvendi causa*, prestación ejecutada; o nueva promesa en signo de pago, como subrogación o subrogado del pago" (165). Pero ésto, no se da plenamente ni respecto al recibo o pagaré, sino solamente en la *escritura pública de reconocimiento*, porque sólo en ella es donde se rompe la relación con el precedente y aún de manera más acusada que en la renovación de letras de cambio (166).

Recapitulando lo que venimos diciendo, vemos que la misma evolución o perfeccionamiento del pensamiento de NÚÑEZ LAGOS, e incluso el trasplante de la misma teoría del plano de los principios al de la realidad, nos va a dar la razón. Así podemos decir, que el reconocimiento meramente *reproductivo* o *recognoscitivo* de una manifestación de voluntad anterior, o de una situación jurídica o relación ya existente, no tiene más que un alcance *declarativo*. Si se introduce una modificación, no siempre esta implicará *disposición*, o puede que esta disposición sea considerada, como *novación* o como *transacción* y, entonces la valoración de la atribución se hará *en relación* con el precedente, en cuanto supone una alteración o una fijación, pero recayendo también sobre la atribución misma. Es decir, en estos casos, el alcance *constitutivo* no impide la relación con el precedente. Por último, cuando se trate de reconocimiento *constitutivo*, con alcance *dispositivo* (escritura de reconocimiento) (167), la declaración se desconecta, si se quiere, de su precedente, pero para que tenga validez debe expresar la *causa*, ya que un reconocimiento *abstracto* no es admisible, sobre todo, por la consideración de que, en la realidad, no existe precedente alguno o sea de naturaleza ilícita. Pero no es lo mismo un reconocimiento abstracto, que un reconocimiento en el que se expresa la causa de forma *shintetizada*, en el sentido de una simple cláusula de estilo, como entiende NÚÑEZ LAGOS (168), considerando, por otra par-

con la *renovatio contractus* y respecto de la *reproducción del negocio jurídico*.

(165) *Hechos y derechos*, pág. 370 y, anteriormente, *El enriquecimiento sin causa*, 1.^a ed., págs. 39 y ss.

(166) *Hechos y derechos*, págs. 387 y ss. y *Op. cit.*, en RDN, 43 (1964), páginas 73 y ss. y 106 y ss.

(167) Un caso distinto que nada tiene que ver con esto es el contemplado en la S. de 28 de octubre de 1944, que plantea un conflicto entre declaraciones contractuales sucesivas. (Vid. LADARIA, *Op. cit.*, págs. 120-121.)

(168) *Op. cit.*, en RDN, 43 (1964), págs. 106 y ss.

te, lo que llama *confesión* de la causa, como una supervivencia histórica de la doctrina de la *cautio discreta*, cuando ésta es la única admisible en el Derecho moderno, al desaparecer los tipos generales de negocio abstracto (*stipulatio, promissio*), ya que la cuestión no depende del artículo 1.277, sino del artículo 1.261 y del 1.275, inciso primero, y precisamente, por otra parte, esto es lo que distinguía en el Derecho antiguo el *reconocimiento* de la *confesión: la expresión de la causa*, como vamos a ver seguidamente.

Por lo demás, la *causa* sirve de puente en relación con la situación precedente, incluso si es *falsa* por no adaptarse a él pura y simplemente, o en relación con la disposición operada, cabiendo la aplicación del artículo 1.276 (169). En cambio, el reconocimiento que no expresa la causa, se rige por el artículo 1.277, pero también por el artículo 1.275, como vamos a ver a la hora de señalar el alcance que se puede conceder e incluso que se concede usualmente a ese precepto. Pero antes vamos a ocuparnos de una breve referencia histórica.

b) *Fidelidad histórica al criterio causalista.*

MEIJERS, en un artículo importante para la historia de la causa, dada su autoridad indiscutible (170), comienza señalando la polarización en el sentido ya indicado de la investigación sobre esta materia en la doctrina alemana durante el siglo XIX, aludiendo a los trabajos de LIEBE sobre la causa de la *stipulatio* y a su influencia en BAEHR y en otros epígonos de la teoría de la abstracción. Indicando, por otra parte, que la verdadera doctrina sobre este tema ha encontrado su camino en Italia, citando a MESSINEO y RUGGIERO, autores en los que se manifiesta ya la causa como *función social* del negocio.

En los glosadores, según MEIJERS, la causa del contrato, como también hemos dicho, se acaba llevando al planteamiento de los innominados. Establecer cómo y cuándo tiene esto lugar sería importante para la historia común del Derecho europeo, lo que es imposible realizar dentro de los límites que ofrecen unas simples notas, como ocurre en el presente trabajo. Pero la observación de MEIJERS implica un punto de partida diferente necesariamente y que hace suponer una situación anterior, como hemos expuesto en otro lugar (171), a propósito de la idea de *causa naturalis* y *causa civilis*, en la teoría de los *pacta* y, sobre todo, cuando encontramos en AZON que entre las seis clases de *vestes*, cuatro son los contratos nominados de GAIUS (*res, verba, lites y consensus*), una más, la *cohaerentia contractus*, tomada, de la *aequitas* cristiana, y sólo la sexta responde a la idea de los innominados, el *pactum rei interventu* (172). Lo que se muestra

(169) De acuerdo VALLET, *Op. cit.*, en RCDI, 1957, pág. 497.

(170) *Op. cit.*, en *Tijdschr.*, 14 (1936), págs. 365 y ss.

(171) DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en RDN, 33-34 (1961), págs. 355 y ss.

(172) *Summa Codicis*, II, 3, núm. 19 y IV, 64, núm. 3 y 4 (ed. Lugduni, 1576, págs. 15 y 99).

aún más claramente en PLACENTINO, como defensor de la *causa naturalis* (173). Otro tanto hallaremos en la doctrina de la *convenientia*, según OURLIAC, en la lucha contra el formalismo representado por la *stipulatio* (174), y en fin, en el origen de todo el planteamiento de la doctrina de la causa, que, como *causa legis*, se halla en el propio planteamiento del Derecho común, según CALASSO (175). Todo esto implica, para nosotros, una consecuencia importante. De momento, basta hacer constar que tarda en imponerse, partiendo de la causa de los innominados, una tendencia subjetivista. Y mucho antes, en la época de los primeros glosadores, tiene lugar “la provincialización de la enseñanza de Bolonia”, por medio de fuentes escolares al estilo del *Liber Pauperum* de VACARIUS, que en su mayor parte han desaparecido. Por otra parte, es en ACCURSIO (gl. *causa*, al D, 2, 14.7) donde se opera el cambio, como expresión más alta de la “línea culta” entre los glosadores, cambio que también admite NÚÑEZ LAGOS (176). En cuanto a la causa de la *stipulatio*, advierte el propio MEIJERS (177) que se ha exagerado su trascendencia por algunos glosadores y posglosadores, lo mismo que ha hecho después la doctrina moderna; y su planteamiento parte igualmente de ACCURSIO, para quien la causa de una estipulación puede ser *re* o *spe* (gl. *idoneam* al D.44.4.2.3), apareciendo fuertemente implicada por la aplicación de la armonística con la causa de la *condictio*; pero como la relaciona también con los contratos *innominados*, se encuentra con una dificultad insoluble en materia de donaciones”. Cuando la estipulación se refería a un contrato a título lucrativo no atribuía acción, salvo que el contrato entre en una de las rúbricas de los contratos reconocidos. En cambio, la estipulación hecha con intención de gratificar al acreedor era siempre válida si contenía una obligación de dar, de hacer o de no hacer. Pero esto encontraba la dificultad todavía de compaginarlo con el D.44.4.2.3 (178), según el cual se podía oponer la excepción de dolo a la prestación sin causa, o con causa manifestada de esta forma, y entonces, para resolver esta dificultad, se dice a menudo que la estipulación es válida sin causa si la intención de gratificar queda probada (179). Después esta se aplica, según SÖLLNER, por la glosa accursiana, a la obligación contraída en docu-

(173) *Summa Codicis*, II, 3 (ed. Moguntiae, 1536, págs. 41 y ss.).

(174) “*La convenientia*”, en *Etudes Pétot*, París, 1959, págs. 413 y ss.

(175) *Il negozio giuridico*, págs. 225 y ss.

(176) *La estipulación en las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá*, discurso de recepción en RALJ, Madrid, 1950, págs. 30 y ss. y 35.

(177) *Op. cit.*, en *Tijdschr.*, 14 (1936), págs. 369 y ss.

(178) Cifr. “Si alguno hubiese estipulado con otro sin causa y después pidiese en virtud de aquella estipulación, ciertamente, a mí me parece que no le obstará la excepción de dolo malo, aunque al tiempo que se estipuló no se haya verificado dolo malo, con todo, se ha de decir, que al tiempo de la contestación del pleito comete dolo el que persevera en pedir por aquella estipulación, aun cuando al interponerse tuviere justa causa...” (ULPIANO, *Lib. 76 del Edicto*).

(179) MEIJERS. *Op. y loc. cit.*

mento, en lugar del pago de una suma de dinero (180), pero vuelve a tropezar con el límite que viene impuesto por el C.4,30,3 (181), según el cual, en el caso de *mutuo*, se mantiene siempre la *exceptio doli* y la *non numerata pecunia*.

Y aquí viene el nervio de toda la cuestión; la causa de la obligación se fundamenta, de una parte, en el *negocio precedente* y, de otra, para solucionar el problema de la exclusión del *mutuo*; la armonística utiliza un texto que nada tiene que ver con esto, que sale de la doctrina de la *condictio* y de donde toma ACCURSIO el concepto de causa de la *stipulatio* (el texto aludido es el D.2,14,7,4) (182), al implicar la promesa con la *datio vel factum* y, además, le relaciona con otros; así, C.4,30,13 (183), C.4,30,14 (184), D.4,6,28,3 (185), con lo cual se pretende que la obligación así constituida devenga firme por la existencia del documento y el transcurso del plazo de dos años. Pero entonces, como dice SÖLLNER, la glosa viene forzada en el caso del *mutuo* al quedar situada bajo la *cautio*, en el sentido del C.4,30,13, en el que no se trata de una estipulación documental, sino de una *obligatio litteris* (186). Opinión que también comparte BUSSI (187). Y no olvidemos que estas obligaciones han dado lugar a los modernos *titulos valores*, aunque también haya que reconocer en ellos la influencia germánica; pero ésta viene por el camino de la *legitimación*, no de la causalidad. Esta diferencia entre *obligatio litteris* y *stipulatio* no era bien entendida por los glosadores, añade SÖLLNER, porque una *stipulatio* sin mención de causa debía ser en principio válida, mientras que una obligación literal, como en el caso del D.39,5,26 (188), sin indicación de una

(180) *Op. cit.*, en ZSS., *rom. abt.*, 77 (1960), pág. 223.

(181) Cifr. "Si fueres demandado en fuerza de una obligación, aun cuando hayas dado hipoteca, si opones la excepción de dolo malo, o bien la de dinero no contado, el actor deberá justificar haber hecho la entrega del dinero, y si no lo acredita serás absuelto" (*Constitución* de ANTONINO, en el 198).

(182) Cifr. "Pero cuando no hay causa alguna para la convención consta que de esto no puede resultar obligación. Por eso el pacto nudo no produce obligación, pero produce excepción" (ULPIANO, *Lib. IV del Edicto*).

(183) Cifr. "Ordenamos como ley general que, si contraída por escrito una obligación por cantidad de dinero que no proceda de préstamo, si en ella se designa especialmente la causa, no sea permitido al deudor exigir de su acreedor el que la justifique, debiendo atenerse a su propia confesión; pero le es lícito justificar por evidentes pruebas por escrito que los hechos pasaron de otro modo, y no como constan en la obligación" (*Constitución* de JUSTINO).

(184) Cifr. "Por lo tocante a los contratos en los que se declare haberse recibido alguna cantidad en dinero u otra cosa, el que lo confiesa o su heredero debe oponer la excepción de dinero no contado... dentro de un bienio, y éste transcurrido no ha lugar a formular semejante querrela (*Constitución* de JUSTINIANO, año 528). A renglón seguido se establecen numerosas excepciones.

(185) Considera diversas excepciones al cumplimiento de las obligaciones y de los plazos, sobre todo en relación con situaciones de ausencia, cautiverio en servicio de la república, etc. (situaciones derivadas del *ius postliminii*).

(186) *Op. y loc. cit.*, pág. 224.

(187) *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune*, Padova, 1937, págs. 247 y ss.

causa, era por de pronto inválida. La diferenciación es para la glosa accursiana superficial y, en lo sucesivo, *stipulatio* y obligación literal serán igualmente tratadas (189). De esta manera y según apunta también el propio autor citado, se desarrollará una teoría de la causa respecto de los negocios documentales, que es lo que quiere NÚÑEZ LAGOS respecto de la *stipulatio* (190). Ahora bien, fuera de su eco doctrinal, lo que no queda claro es el alcance que pueda tener la continuidad histórica de esta doctrina. No podemos contestar más que en parte a este interrogante, pero vamos primero a ocuparnos de una cuestión vecina.

También aparece en la glosa, a partir de ACCURSIO, un nuevo punto de vista para la *causa* de la *traditio* y en lo que se dan las mismas implicaciones que en otros aspectos de la doctrina de la causa, y, en cambio, nuestro Derecho antiguo (ley 46, tít. XXVIII, P. 3.^a) y nuestro Código civil (art. 609) siguen una trayectoria diferente (191). La observación la apunta SÖLLNER, pero no la desarrolla (192), limitándose a referir la gl. *iusta causa* al fragmento contenido en D.41,1,31,pr.; pero aún es más interesante la gl. *dissentiamus* al famoso pasaje del D.41,1,36 y sobre el *dissensus in causa*, donde parte de elevar a principio general para su discurso la expresión de que en la tradición "*nos consensimus in dominio transferendo*", situando a la promesa en el lugar del pago (193), que cumple así, como había observado LANDSBERG, función de *causa precedente* (194), pero dándole un sentido nuevo que no tenía en PLACENTINO (195), ni en AZON (196), ya que la *causa precedente* en esos autores hace la función de lo que luego se llamará *titulus*, siendo la tradición el *modus*, en lo que se halla de acuerdo BUSSI (197). Cuestión que no fue vista con claridad por LANDSBERG, ni en relación con el cambio operado por ACCURSIO, ni respecto de la diferente opinión de AZON (198).

(188) Cifr. "El consentimiento solo a ninguno constituye deudor, v. gr., lo que quiero donar al hombre libre, aunque diga en mi libro de cuentas que se lo debo, no se entiende que hay donación" (POMPONIO, *lib. 5 Q. Mucius*).

(189) *Op. y loc. cit.*, pág. 225.

(190) *Hechos y derechos*, págs. 81 y ss.

(191) Para esto, sobre todo, JERÓNIMO GONZÁLEZ, *Op. y loc. cit.*

(192) *Op. cit.* en ZSS, *rom. abt.*, 77 (1960), pág. 228.

(193) *Digestum novum seu Pandectarum iuris civilis (Tomus Tertius)*, Lugduni, 1569, col. 382.

(194) *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre von Eigentum*, Leipzig, 1883, págs. 52 y ss.

(195) *In Summam Institutionis*, Moguntiae, 1537, ad 2,1,45, pág. 21.

(196) *Summa Codicis*, cit. ad C. 7,26,8, folio, 160 v.

(197) *Op. cit.*, I, págs. 36 y ss.

(198) A pesar de que en su *op. cit.*, págs. 102 y ss., siguiendo a HUGO, recoge el que el concepto de la glosa accursiana sobre la causa se encuentra ya a propósito del D, 41,2,3,4, que se refiere al *animus possidendi*, es decir, se halla en relación con la doctrina de la *usucapio*, seguramente porque LANDSBERG está influido por la concepción de los pandectistas del siglo XIX. Lo que se halla en contra de la opinión de AZON últimamente referida y que el propio LANDSBERG nos transmite en *Die Quaestiones de Azo*, Freiburg i. Br., 1888, páginas 102 y ss.

Tampoco FUCHS, recientemente, aprecia con claridad estos matices, ni se empeña en ello (199), aunque su labor sea también muy meritoria desde otros puntos de vista. En cambio, en lo que llamamos las fuentes de "la provincialización de la enseñanza de Bolonia", aparece más claro el significado de causa precedente, como título, sin responder a la implicación de la *datio pro soluto*, o sin depender de ella exclusivamente, lo que desarrolla la armonística de la *glosa ordinaria*, mientras que en estas fuentes o no aparece o presenta aquella implicación menos intensidad.

Como aquí agrupamos fuentes de diversa procedencia y, sobre todo, de procedencia confusa, luego haremos una valoración general de las mismas, sin perjuicio de indicar los particulares pertinentes a medida que aludamos a ellas.

Todavía en *Lo Codi* (VII,23 y IV,58), las cuestiones se presentan respondiendo a una mezcolanza de diversas tendencias, provenientes del Derecho postclásico e influidas por elementos germánicos y autóctonos y se refieren, más bien, a la necesidad de la *traditio* para que se efectúe la transmisión de la propiedad (200). Otro tanto sucede en el *Brachylogus iuris civilis* (2,8,1-5), aunque con mayor precisión terminológica, pues, se habla de *título precedente*, refiriéndose a la compraventa, dote, donación, *pro soluto*, etc. (201) y lo mismo hallaremos en la *Summa Decretalium* de BERNARDUS PAPIENSIS (3,11) cuando indica las causas de la *alienatio*, hablando de venta, dote donación, permuta, prenda, enfiteúsis, etc. (202). Aunque no falten otras, en las que, la influencia postclásica y vulgar, es aún más fuerte (203) y de la que, naturalmente, no pueden librarse por la continuidad del Derecho vulgar en Occidente, ni aún en las esferas más cultas, ya que todo ello se halla relacionado con la famosa antinomia entre el D,12,1,18 y D,41,1,36 de la que no se ha dado una explicación satisfactoria hasta hace unos años, como hemos visto. Pero sin caer en los extremos de la armonística accursiana, o de las posibles deformaciones posteriores, en las sucesivas ediciones italianas de la obra de ACCURSIO (204).

(199) *Iusta causa traditionis*, cit., págs. 32 y ss.

(200) *Lo Codi*, I (*In der Lateinischen übersetzung des Ricardus PISANUS*), ed. FITTING-SUCHIER, Halle, 1906, págs. 254 y ss. y 122 y ss.

(201) *Brachylogus iuris civilis*, ed. BÖCKING, Berolini, 1829, págs. 11-12.

(202) *Summa Decretalium*, ed. LASPEYRES, Graz, 1956 (reimp. de la ed. de Lübeck, 1860), pág. 76.

(203) Así, entre las fuentes romano-canónicas, la *Lex romana canonice compta* (270), según la edición de G. MOR, *Lex romana canonice compta*, Pavia, 1927, págs. 188-189 y estudio preliminar, pág. 24, donde aparece el planteamiento de los *inominados* implicado con la causa de las *condiciones*, o con el cumplimiento. O entre las fuentes escolares, el *Epitome exactis regibus* (11, 24), de mediados del siglo XII, según la ed. de M. CONRAT, *Dic Epitome exactis regibus*, Berlín, 1884, pág. 127.

(204) En este sentido opina P. TORELLI, *Scritti di storia del Diritto italiano*, Milano, 1959, págs. 279 y ss. Aunque dentro de esta línea culta tendríamos que colocar al fundador de la Escuela de Bolonia, IRNERIO, y entonces nos encontramos con que algunas de las cuestiones y tendencias indicadas en ACCURSIO tienen en aquél también su precedente. Así, en relación con el

Lo que constituye, por otra parte, un ejemplo claro de que la historia del Derecho europeo no es sólo historia de la tradición culta, sino también, historia vulgar, o mejor dicho, una amalgama entre ambas tradiciones. Y de lo que encontramos, aquí, una nueva prueba en el *Liber Pauperum* (VII,16 y IV,1) de VACARIUS, a propósito de la famosa antinomia, al distinguir la doctrina de la *causa vera*, aplicable a la transmisión de la propiedad, de la *causa putativa*, que entra en juego en el pago y se relaciona con la *condictio indebiti* (205). Breve digresión que, volviendo al argumento sistemático, nos permite intuir con alguna aproximación el significado de la recepción de esta materia en las Partidas (206).

Lo mismo sucedió en el tema tangencial de la tradición y a propósito, no del alcance de la *traditio ficta*, en alguna de las tendencias germánicas y autóctonas del Derecho medieval europeo, sino de su pervivencia y engarce con las restantes tendencias, en relación con la importancia de esta forma de tradición para la teoría del *documentum* (207) y, sobre todo, para el negocio de transmisión de la propiedad, lo que se revela con más claridad en las fuentes primitivas preirnerianas, en las romano-canónicas y, en general, en las de la provincialización de la enseñanza de Bolonia, en particular en relación con el apasionante tema del *ius ad rem* (208).

cepto de causa, al decir que consiste en *dationem seu factum vel contractum* a propósito del C,2,3,8 (BESTA, *L'opera d'Irnerio*, II, *Glosse inedite d'Irnerio alle Digestum vetus*, Torino, 1896, págs. 144 y ss.). Lo mismo, aunque no aparece tan claro, en *Quaestiones de iuris subtilitatibus* (VI, 61, XXII, 74, XXIII, 75), ed. FITTING, Berlín, 1896). En cambio, nada puede deducirse de su estudio sobre la *usucapio* (C,7,26,6), según la ed. de FITTING, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlín, 1894, págs. 246-247. Pero la observación de TORELLI también puede ser aplicada a IRNERIO y aún con mayor motivo. Para esto; A. ALBERTI, *Ricerche su alcune Glosse alle Istituzioni e sulla "Summa Institutionum"* pseudoirneriana, Milán, 1935, y también TORELLI, *Op. cit.*, páginas 43 y ss.

(205) *The Liber Pauperum Vacarius*, ed. ZULUETA, London, 1927, págs. 213 y 110, respectivamente.

(206) Cifr. "Apoderan vnos omes a otros en sus cosas, vendiendogelas, o dandogelas en dote, o en otra manera, o cambiándolas o por alguna otra derecha razón". Aunque hay que reconocer que esta misma ley (46, tit. 28, p. 3.^a) alude a la implicación de este planteamiento del título de la transmisión con el pago del precio, pero en esto hay que ver razones de oportunidad, no consideraciones dogmáticas. El Derecho siempre atiende a este doble plano y cualquier planteamiento histórico no debe olvidarle; lo que sucede es que las necesidades cambian a medida que cambia la conciencia de que uno queda obligado por un acto jurídico; en el Derecho antiguo, en cualquiera de sus estadios, esta conciencia no es tan clara, y por eso se implica la compraventa-causa con la compraventa momentánea, pero cuando estas circunstancias desaparecen lo único que queda del Derecho antiguo es la tendencia doctrinal, las necesidades sociales han desaparecido con los tiempos que las vieron nacer.

(207) Así la ley 4, tit. 26, P 4.^a, manifiesta la influencia de la *Gewere* all influir en el elemento corporal de la *traditio*. En cambio, en la ley 66, tit. 18, P 3.^a, a propósito de la *traditio cartae* y con un carácter más general que en otras leyes, por su contenido, vemos que se distingue ésta del apoderamiento corporal.

Pero volviendo a la teoría de la causa respecto de los negocios documentales, nos encontramos con que SÖLLNER concluye sus investigaciones, diciendo, que la propia obligatoriedad de las mismas, "no dependía tanto de la forma de la estipulación, sino de que la estipulación se fundamenta en una causa. Prácticamente, con ello, la estipulación ha venido a coincidir con su prueba documental, pero la prueba debe traer consigo la *causa*, por eso queda erigido el documento como fundamento de la obligación. Esta función probatoria era en buena parte perjudicial para la *exceptio non numerata pecunia*. Por eso quedará descartada en el documento notarial medieval, frecuentemente, mediante la regular fórmula de su renuncia (209). Pero también hay que tener en cuenta que, en esta materia, influye notablemente el Derecho canónico, como pone de relieve el propio SÖLLNER, derivándolo del concepto de *causa naturalis* en el mismo SANTO TOMÁS y de su manifestación en el *Liber Extra* de las Decretales (cc. *Antigonus* y *si cautio*) que lleva a interpretar a los canonistas, en sentido distinto, el problema de la *cautio* en la *stipulatio* (210), admitiendo únicamente la *cautio discreta*, por ello, si en un documento no se hallaba expresada la causa le consideraban absolutamente nulo, mientras que los Glosadores sólo le concedían la *exceptio doli* (211). Lo que nos ex-

(208) Sobre la *traditio ficta*, NÚÑEZ LAGOS, *Hechos y derechos*, págs. 105 y ss. y en relación con el alcance indicado en el texto, LEICHT, *Il Diritto privato preirneriano*, Bologna, 1933, págs. 136 y ss., sobre todo, pág. 140, cuando concluye que el traspaso del dominio depende de la *traditio corporalis* del siglo VI al IX, indicando después que las diversas orientaciones sobre la *traditio* dependen del diverso significado que dan al término (pág. 141). A mi juicio, en esta referencia al significado, hay que comprender no solamente el significado conceptual, sino de forma más verosímil, el de su utilización, pues si abandonamos este punto de vista nunca entenderemos el alcance del Derecho antiguo. Volviendo a LEICHT vemos que todo ello guarda, por otra parte, relaciones muy diversas; en Francia aparece bien pronto el germen de la tendencia espiritualista, ya que en el *procedimiento Carolingio*, a la investidura simbólica sigue la investidura real; pero en plena Edad Media encontramos, al contrario, la formulación de la teoría del *ius ad rem* debida a Jacques de REUVIGNY. También puede parecer lo contrario en el Derecho longobardo, a través de la confesión del precio en la escritura, pero no guarda más que una remota relación con el tema, al considerarse la compraventa como un negocio al contado, concepción que como arcaica luego no prevalece, aparte de que en sí misma la compraventa no produce la adquisición de la propiedad (*Op. cit.*, págs. 226 y 232). Para una información posterior, en relación con el contenido del texto y a propósito del tema del *ius ad rem*, aparte de los trabajos de JERÓNIMO GONZÁLEZ, *Op. y loc. cit.*, págs. 300 y ss., los trabajos siguientes: EISFELD, *Beiträge zur Geschichte des ius ad rem* (juris. Diss.), Kiel, 1935; MEIJERS, *Het zogenaamde de jus ad rem*, en RIDA, 5 (1950), págs. 183 y ss., pero sobre todo una preciosa nota de KOSCHAKER, en su trabajo póstumo, *Eheschliessung und Kauf nach alten Rechten, mit besonderer Berücksichtigung der älteren Keilschriftrechte*, en *Symbolae Hrosny*, IV (1951) (= *Archiv Orientalni*, XVIII-3), págs. 210 y ss., nota 59 a las págs. 270-271, y las observaciones de H. THIEME, en *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*, en ZSS, *germ. abt.*, 70 (1953), páginas 230 y ss.

(209) *Op. cit.* en ZSS, *rom. abt.*, 77 (1960), págs. 228-229.

(210) Para esta cuestión en Derecho romano, DEKKERS, *Des méfaits de la stipulatio*, en RIDA, 4 (1950), págs. 361 y ss.

plica la redacción de la ley 9, tít. I P 5.^a (212) que se interpreta según la glosa de GREGORIO LÓPEZ, en el sentido de permitir la prueba en contra, aún en el supuesto de que hayan pasado los dos años, salvo que se hubiese hecho renuncia a la *exceptio non numerata pecunia* (213). Exceptio que se conserva en nuestro Derecho antiguo, a diferencia de lo que ocurre en Alemania o en Francia, según SÖLLNER (214). Aunque, en general, como observa MEIJERS, agudamente, toda la trayectoria de la *stipulatio* hacia el Derecho moderno y la implicación que presenta con la doctrina de la *causa finalis*, como expresión de la intervención de las partes, se explica por la necesidad de evitar el incumplimiento de las obligaciones derivada del desconocimiento de reglas precisas “en relación con el error en la sustancia del contrato y en relación con los efectos jurídicos de la no-ejecución de las obligaciones de un contrato sinalagmático por defecto o por fuerza mayor” (215). Esta precisa observación de MEIJERS, nos ayuda a interpretar el carácter de la regulación de las Partidas a propósito de la *stipulatio*, o mejor dicho del antiguo campo de la misma, de la que sólo conserva poco más que el nombre de *promission* (ley 33, tít. II, P. 5.^a y siguientes), cuando, por otra parte, el principio consensualista aparece definitivamente triunfante en el Ordenamiento de Alcalá (ley única, tít. 16) (216), pero esto nos aparta, de nuevo, de la cuestión propuesta, ahora bien, volviendo al *reconocimiento de deuda*, baste transcribir un texto elocuente por sí mismo del propio Código de las Partidas, para confirmarnos en la opinión que hemos venido desarrollando. Se trata de la ley 7.^a, tít. 13, P. 3.^a, que ya tuvie-

(211) *Op. y loc. cit.*, pág. 243.

(212) Cifr. “Esperança fazen los omes a las vegadas, vnos a otros, de se emprestar alguna cosa, e aquellos a quien fazen esta promesa, fazen carta sobre sí, ante que sean entregados della, otorgando que la han rescebido; e despues acaesce, que les fazen demanda sobre esta razón, bien assi como si les ouiesse fecho el prestido verdaderamente. E quando tal cosa como esta acaesciere, dezimos, que este que fizo la carta sobre si, deue esto querellar al Rey, o a algunos de los otros que juzgan en su logar, como aquel que le prometio de prestar marauedis, e non gelos quiso prestar, nin contar, nin dar; e deue pedir, que le mande dar la carta que tiene sobre el, de los marauedis que le prometio de prestar. E si se callare, que non lo muestre assi, ante que dos años passen despues que fizo la carta dende en adelante, non podría poner tal querella. E si gela demandasse despues, sería tenudo de darle los marauedis, bien assi como si los ouiesse rescibido. E si ante que los dos años se cumpliessen, lo querellasse, segund que es sobredicho. non sería tenudo de responderle por tal carta, nin de pagarle los marauedis. Fueras eude, si el otro pudiere prouar, que le auia dado, e contado los marauedis, que le prometiera de prestar; o si el debdor, que auia otorgado, que auia rescebido los marauedis prestados, renunciase a la defension de la pecunia non contada. Ca estonce non se podria amparar por esta razon si este renunciamiento atal fuesse escrito en la carta.”

(213) *Las siete Partidas del sabio rey Don Alfonso el nono*, II, Madrid, 1799, páginas 640-641.

(214) SÖLLNER, *Op. y loc. cit.*, pág. 229.

(215) *Op. cit.*, en *Tijdschr.*, 14 (1936), págs. 395-396.

(216) Vid. NÚÑEZ LAGOS, *La estipulación en las Partidas*, cit., pág. 47, con puntos esenciales de contacto en relación con el texto, pero en un sentido diferente.

ron en cuenta, NAVARRO AMANDI y SÁNCHEZ ROMÁN (217), dice así: “Otrosi dezimos, que si algunos conocen fuera de juyzio que deuen dar marauedis, u otra cosa a otro *e non disen señalada razon* por que deuen dar aquello que conocen: Tal conocimiento como ese no empeze a los que lo fagan, nin son tenudos de pagar aquella debda, si non quisieren. Fuera ende, si aquel a quien fizieron la conocencia, prouase *quisada razon* porque ge lo querian dar. Mas si alguno conociesse la cuantia de aquella debda, o la cosa que otorgó que deue dar, *e la razon por que la deue*, diciendo: Otorgo que deuo a Fulan tantos maravedís, que me prestó, o tal cosa que me dió en guarda; o pusiesse en su conocencia otra razón derecha, estando la otra parte delante, o por personero; estonce dezimos que uale, de manera que es tenuto de pagar lo que conocio...” La ley transcrita hace referencia a la *confesión extrajudicial*, la cual constituye reconocimiento de deuda cuando expresa la *causa*, así prosigue diciendo: “Como cuando alguno dize a otro: Dote, o prometote de dar cien marauedis por tal obra, o por seruicio que me feciste. E esta palabra que dize, porque señala la razón porque fue fecha la donación o el prometimiento”.

c) *La jurisprudencia del T. S., y el alcance del art. 1.277 C. c.*

Vamos a referirnos, casi exclusivamente, a las sentencias que anteriormente hemos citado. En primer lugar, nos encontramos con la *S. de 14 de enero de 1935*, en la que se dice que “la confesión o el reconocimiento de deuda es *causa abstracta formal* del negocio abstracto de constitución de hipoteca por el deudor” (218). Expresión que resulta inadmisibles, ya que no puede existir causa abstracta, ni cabe confundir el carácter formal de la hipoteca con su abstracción. Lo que sucede es que la hipoteca es un derecho real de garantía, en el cumplimiento de una obligación pecuniaria y, como tal, su constitución como contrato y el derecho mismo constituido, es de naturaleza *accessoria*, como en todo derecho de garantía y, entonces, la *causa* de la atribución no cabe hallarla con independencia de la obligación principal que garantiza, según los arts. 1.857 y 1.858 C. c. y 104 L. H. (salvo en los casos excepcionales de la hipoteca independiente o de la hipoteca de propietario). Como nos lo prueba, la propia sentencia citada

(217) Vid. DE LOS MOZOS, *La causa*, en RDN, 33-34 (1961), págs. 393-394.

(218) Por otra parte, la misma sentencia dice que: “en los negocios de naturaleza abstracta, la causa contractual actúa como una simplificación práctica de todos los elementos complejos creadores para facilitar su inclusión bajo la forma concreta *con que la norma legal* los define, tomando así el puesto preeminente de causa única, que por el mero hecho de ser conforme a la previsión legal, encierra la sustancia de *causa justa formal*, sin que quepan contra ella —a salvo el carácter subsidiario de ciertos remedios— otras impugnativas directas que las dirigidas a combatir los vicios del consentimiento”. Y a pesar de los términos criticados en que se expresa, a que hemos aludido en el texto, es, por otra parte, aprovechable su doctrina, al poner de relieve que el negocio abstracto viene dado por la ley, en relación con lo que anteriormente hemos expuesto.

que a pesar de manifestarse en tales términos reconoce que: “los préstamos anteriores son los negocios obligacionales o causales subyacentes”. Con lo cual, por lo que atañe al *reconocimiento*, establece su alcance declarativo, no constitutivo. Esto nos recuerda lo que suele ser tan frecuente en la práctica notarial: fundamentar una hipoteca sobre un reconocimiento de diversas obligaciones anteriores del deudor, vencidas y no satisfechas, haciéndose expresión de la causa y aun del precedente, incluso si las obligaciones proceden de títulos-valores en las que se ha desenvuelto un juego abstracto, conforme al alcance reconocido por el ordenamiento (219). Entonces no es preciso hacer expresión de causa, ya que no son causales las obligaciones precedentes, en el caso de que así fuere; pero sí hará falta mencionar el precedente. Un supuesto de esta naturaleza es el recogido en la *S. de 27 de junio de 1941*, sobre las relaciones entre acreedor (tomador, endosante) y avalista, manteniendo un criterio idéntico a la anterior; pero también aquí existía un documento privado, con expresión del negocio jurídico-causal de la letra que dio origen al pleito, aunque no hubiera hecho falta por razón de la materia. Es decir, ninguna de estas dos sentencias puede invocarse para establecer el reconocimiento por la jurisprudencia del negocio abstracto en general. Otro tanto podemos decir de la *R. D.G.R.N. de 31 de julio de 1928*, en la que se contempla un caso de hipoteca constituida en garantía de un crédito ajeno, puesto que la relación entre el acreedor y el dueño de los bienes será abstracta, ya que la exigencia de la causalidad viene sustituida por la disposición del ordenamiento, el cual no sólo tipifica esta conducta, sino que justifica los efectos jurídicos: artículo 1.857 del Código civil, párrafo último y 138 L. H. Por otra parte, y en general, la *R. de 11 de febrero de 1931* negó la inscripción de las transmisiones abstractas, en base a la teoría del título y el modo.

Según la doctrina, son las *SS. de 8 de junio de 1956* y *13 de junio de 1959* las que dan entrada al *negocio abstracto de reconocimiento de deuda*; pero, como vemos, se trata en todo caso de mera abstracción *procesal*, que no impide la prueba en contrario por el deudor. Aún más que esto, si vemos los antecedentes que sirven de base a la *S. de 8 de marzo de 1956*, nos daremos cuenta del mero alcance *probatorio*, no constitutivo, del documento en que se fija el reconocimiento. Tiene alcance constitutivo, en cuanto a la determinación del *quantum* de la deuda y en cuanto a su *existencia*, pero no sirve para fundar propiamente una obligación autónoma. El demandante, en este caso, no se basa únicamente en el documento, sino que le pone en relación con otras circunstancias que fundamentan la obligación; así, según el primer *resultando* de la sentencia, el demandante apoyaba la reclamación diciendo que el demandado compró, en este caso, a las demandantes unas participaciones indivisas que pertenecían a éstas, quedando adeudando dicho señor, como consecuencia de tal adquisición, unas cantidades que, según documento

(219) Por todos, GARRIGUÉS, *Tratado*, II, págs. 197 y ss., 252 y ss. y 548 y ss.

privado que se formalizó para *fixar* dicha deuda, ascendían a la cantidad determinada que expresa el documento y que se compromete a pagar dicha cantidad antes de la fecha que también se indica, ofreciendo aval (fianza) de una sociedad, que se confirma por carta de la misma dirigida a las demandantes. Con estos precedentes, se explican las declaraciones contenidas en la sentencia, aunque sí sería de desear en ellas una mayor sobriedad de expresión, por ejemplo, cuando dice que el “reconocimiento funda una obligación *independiente*, con sustantividad propia, o sea, independiente de la existencia de la deuda reconocida, pues el que declara querer pasar por la existencia de una deuda contra él, declara también, por ese sólo hecho, querer conducirse con esa conformidad, o sea, querer hacer la prestación que se reconoce deber”. Por que esto no se compagina con lo que dice, por otra parte, el querer determinar el *alcance* del reconocimiento de deuda, señalando que “es contrato por el cual se considera como existente contra el que la reconoce, pudiendo tener por objeto exclusivo dar a la otra parte *un medio de prueba*, o comprometerse a *no exigir* prueba alguna de la deuda o, finalmente, querer considerar la deuda como *existente* contra el que la reconoce”; y, sobre todo, al señalar la forma de proceder en estos casos, diciendo que: “la cuestión de que existe reconocimiento constitutivo de deuda ha de resolverse por interpretación, según el tenor literal del reconocimiento, su finalidad y las circunstancias concurrentes”. Como vemos, un planteamiento de esta naturaleza hace muy distinto un reconocimiento en estas condiciones, al que resulta de la renovación de uno o varios préstamos o de renovación de obligaciones cambiarias mediante un reconocimiento de deuda en documento público, donde necesariamente habrá de aludirse al *precedente* o a la *causa*, en defensa de los intereses en juego. Por eso no tienen sentido ni las analogías conceptuales que se invocan ni ciertas expresiones que pueden inducir a error.

Es curioso, por otra parte, que la sentencia citada, seguramente por tener presente un concepto subjetivo de causa, diga igualmente que si no se indica en absoluto la causa de la obligación o se indica, en general, el valor constitutivo del reconocimiento, ha de resolverse de manera afirmativa, mientras que si se indica, salvo razones especiales, ha de rechazarse. Solución que responde a un prejuicio absurdo, contraria a una adecuada valoración sistemática del problema y de la tradición de nuestro Derecho histórico y que no tiene otra razón explicable que la de desconfianza hacia las partes, desconfianza infundada porque la expresión de la causa establece el *punte* con la situación precedente y siempre es posible, además, su impugnación: conforme al artículo 1.276 del Código civil.

Lo mismo sucede con la *S. de 13 de junio de 1959*, la que apareciendo como confirmatoria, doctrinalmente, de la anterior, se refiere a un caso que guarda más bien relación con las anteriores, ya que se trata de un reconocimiento que recoge el *precedente*, consistente en unas letras de cambio y sus intereses, en que no se pone

en juego, pues no es impugnada por los demandados la acción de los actores, conforme a argumentos materiales, sino solamente mediante excepciones que no afectan a su fundamentación causal, cuando, por otra parte, aunque se hable en la sentencia de que las partes constituyen un negocio abstracto de reconocimiento de deuda que sustituye a las obligaciones cambiarias anteriores, lo que las partes llevan a cabo es una *documentación* de un negocio jurídico anterior, buscando el efecto típico del artículo 1.973 del Código civil para interrumpir la prescripción y para dotar al acto, nuevamente documentado, de un régimen más favorable respecto a la duración del ejercicio de las acciones fundamentalmente.

Porque efectos de esta naturaleza no cabe negar al reconocimiento de deuda, pero esto es independiente de su fundamentación causal; así, es perfectamente correcta la opinión de NÚÑEZ LAGOS cuando dice que la escritura de reconocimiento produce, "*por lo menos*, estos cuatro efectos: interrumpe la prescripción en las relaciones jurídicas reconocidas, las dota de título ejecutivo, de un título para el tráfico y de un medio de prueba privilegiado. Esto sin contar la eficacia declarativa en cuanto a las relaciones jurídicas de fondo" (220).

Interpretada así esta jurisprudencia, queda más claro el alcance que ha de darse al artículo 1.277 del Código civil, a cuyo amparo se permite, en nuestra doctrina, la admisión, más de una manera ideal y genérica que, en concreto, del llamado *negocio abstracto procesal*, siempre vinculado de una u otra manera, hasta en el planteamiento de la demanda por el actor, a un precedente causal (221), salvo que ese precedente se refiera a negocios o a aspectos negociales más bien que, el ordenamiento, configura singularmente como abstractos. Tanto más cuando, en tales casos, la *excepción de cosa juzgada* haría imposible el ejercicio de la *condictio* que, por enriquecimiento injusto, podría intentar el demandado ulteriormente, como en el caso de los artículos 1.895 y siguientes del Código civil.

(220) *Hechos y derechos*, pág. 345. No obstante, no es aceptable la afirmación referida a "un título para el tráfico", aunque cabe pensar que el propio autor citado esté pensando al decirlo en un reconocimiento causal, o con expresión abreviada o elíptica de la causa, que es lo mismo.

(221) En el mismo sentido, ESCRIVÁ DE ROMANÍ, en *Op. cit.*, en RCDI, XLI (1965), pág. 1058, con base en el art. 524 LEC.