

## VARIA ROMANA

### I

(CÓDIGO CIVIL 1113.)

Las relaciones entre el Código de Napoleón y el Código de nuestros abuelos, el CC., pertenecen también a la Historia del Derecho.

Leemos en un autorizado civilista: «Pero el art. 1113 de nuestro Código Civil (tal vez por haber copiado la redacción defectuosa del art. 1181 del Código napoleónico) modifica el concepto tradicional de la condición, admitiendo que pueden ser constitutivos de ella los hechos pasados, pues habla de un suceso futuro o incierto».

Más exacto sería decir «...sin duda por haber copiado defectuosamente...» En efecto, el citado artículo napoleónico reza así: «L'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend d'un événement futur *et incertain* ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties». Es decir: El francés asocia, sí, la condición *in praeteritum vel praesens collata* a la verdadera condición; pero nuestro legislador, al seguirle por este camino, empeoró la redacción sustituyendo el *et incertain* por *o incierto*, con lo que no hizo más que confundir las cosas.

Pero hay más. El Código francés no se limitó a la equiparación sin más de las dos categorías, sino que determinó a continuación sus respectivos efectos: «Dans le premier cas»—es decir, de un *événement futur et incertain*—«l'obligation ne peut être exécutée qu'après l'événement. Dans le second cas, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée». El legislador español no quiso pararse en esos distingos, y la equiparación sin más de los dos tipos de condición quedó así consumada. La diferencia despreciada por nuestro legislador es ésta: Los efectos del negocio sólo pueden depender de un hecho futuro, no de un hecho pasado o presente desconocido por las partes. En

este segundo caso hay sí una pendencia, no en relación con el hecho, sino con el conocimiento futuro de una hecho ya acontecido, pero el negocio existe desde el primer momento, aunque sólo a la llegada de la noticia sepamos si existió o no desde el primer momento. En otras palabras: En el primer caso se suspenden los efectos, y en el segundo, tan sólo la exigibilidad de unos efectos surgidos en el primer momento. Ahora bien; en el Código Civil quizá no cabían estas distinciones porque en el art. 1120 se dota a la condición de efectos retroactivos. En el napoleónico art. 1179, que es el modelo seguido por nuestro 1120, se habla de retroactividad para explicar la transmisibilidad: «La condition a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier». En nuestro CC. se dió otro alcance a la retroactividad: «Los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquella» (art. 1120). Claro está que el efecto retroactivo de las obligaciones de hacer o no hacer resultará muy difícil de determinar y por eso el 1120, 2 se remite, y hace bien, al arbitrio de los Tribunales.

Se explica que, una vez admitida la retroactividad de la condición, se desdibujara el matiz diferencial entre la condición propia, ahora con efectos retroactivos, y la condición impropia, que no retrasa los efectos, sino tan sólo su exigibilidad. Por este motivo, si no me equivoco, el legislador hizo una sola de las dos condiciones, y para unificarlas más, substituyó la copulativa *et* por la disyuntiva *o*.

Todas estas complicaciones proceden de la doctrina bizantino-pandectística de la retroactividad. Los romanos, en cambio, no reconocieron tales efectos retroactivos y su régimen era, a la vez, menos esquemático y más claro

## II

### LA LLAMADA "ACCIÓN PAULIANA".

Parece hoy admitido que contra el fraude de acreedores no existió en Derecho Romano una acción, no hablemos ya de la *actio Pauliana*, que es producto bizantino, pero ni tan siquiera una *actio in factum*, como sostenían algunos, sino dos recursos procesales distintos, de cuya tardía fusión adaptadora salió la Pauliana, propuestos en dos respectivos lugares del Edicto pretorio: una *restitutio in integrum* (§ 225), que se restringía al caso de participación en el acto fraudulento, y un *inherdictum* (§ 268)—que probablemente no recibió el nombre de *fraudato-*

*rum* hasta la última época—el cual se podía dirigir contra cualquier adquirente que, sin ser partícipe en el fraude, tuviera la *scientia fraudis*. Ahora bien, al final de este segundo edicto, el pretor, muy prudentemente, prometía el interdicto «*causa cognita et si scientia non sit*». De la abundantísima bibliografía sobre el *fraus creditorum*, me remito a la conocida monografía de SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*, 2 vols., 3.<sup>a</sup> edición de 1945, especialmente I 161 sigs.

Muy prudentemente, porque no fijaba un criterio para tal concesión del *interdictum* como *utile*, sino que el darlo o no dependía de las especiales circunstancias concurrentes al caso y que él apreciaba en su *causae cognitio*. Los juristas de la decadencia, los de la Edad Media, los de la Pandectística y Civilística fueron menos prudentes, precisamente por su deseo de sentar una regla, en virtud de la cual también todo donatario, independientemente del fraude, quedaba expuesto al ataque revocatorio. Sobre esta tradición se leerá con provecho, como siempre, FED. DE CASTRO, en *RDP.* 19 (1932) 215 sigs.; más ligeramente, PUIG PEÑA, en *RDP.* 29 (1945) 543.

Tal tradición, que constituye, como digo, un principio de la moderna dogmática privatística (cfr. H. KRELLER, *Grundlehren des Gemeinrechts* 329), pasó a nuestra Ley Hipotecaria, art. 37 (sin alteración sustancial en la nueva redacción, salvo en la unificación del plazo de caducidad; cfr. A. SANZ, *Comentarios a la Nueva Ley Hipotecaria* 305 sigs., y la nota de GONZÁLEZ PALOMINO 310 sigs.), que concede la acción «rescisoria» (vulgarmente «Pauliana», más técnicamente, «revocatoria») contra todo adquirente «por título gratuito» y siempre que, tratándose de adquisición «por título oneroso», el adquirente haya sido «cómplice en el fraude».

Las cosas no están tan terminantes en el CC., pero, en fin, con una hábil sutura del 643, que hace responsable a los donatarios de las deudas del donante *fraudator*, el 1297, que habla de una presunción de fraude en todo caso de adquisición a título gratuito, y el 1298, se llega a la misma solución práctica de que el adquirente por tal título está expuesto a la revocación aunque no tenga conocimiento del fraude.

Ahora bien: afortunadamente, el 1298 restringe la obligación de indemnizar por imposibilidad de restitución al caso en que el adquirente lo sea de mala fe, y el 457 libera al poseedor de buena fe de la responsabilidad por deterioro o pérdida de la cosa poseída, siempre que no haya incurrido en dolo. Así podrá quedar acomodada a nuestro derecho positivo la regla complementaria del Derecho Común de que el donatario de buena fe responde tan sólo en la medida del enriquecimiento. Pero el problema está precisamente en apreciar cuándo hubo o no enri-

quecimiento. Si suponemos que el objeto donado era cosa consumible, por ejemplo, dinero, lo más probable es que pronto pierda su individualidad por conmixción o consumición. ¿Vamos a exigir del donatario de buena fe que devuelva otra cantidad igual a aquella que recibió y gastó? Aquel donatario pudo gastarse la cantidad donada en un gasto totalmente superfluo. ¿Vamos a castigar su exceso, haciendo que devuelva aquella cantidad, con grave perjuicio para su ordinaria administración? Otras veces, en cambio, la consumición no impedirá que el patrimonio del donatario se hallé actualmente aumentado, enriquecido, por el dinero donado.

También pueden presentarse dudas cuando se trate de cosas no consumibles, incluso de inmuebles, y habrá que tener en cuenta la posición del poseedor de buena fe respecto a frutos e impensas.

Es decir: la acción revocatoria contra un donatario de buena fe (y puede serlo realmente, pese a la equívoca presunción del 643, que parece implicar la mala fe en el *fraudator* con otra que perjudica al donatario) no tendrá casi nunca el mismo alcance que tiene la misma acción dirigida contra un adquirente cómplice o, al menos, de mala fe. En consecuencia, la concepción unitaria de los dos supuestos va contra la naturaleza de las cosas. La distinción no debe hacerse entre adquirente gratuito y adquirente oneroso, sino entre complicidad, mala fe y buena fe. Como en Derecho Romano: *restitutio in integrum, interdictum, interdictum utile*.

Si la acción revocatoria es siempre subsidiaria, dirigida contra un donatario de buena fe, tendrá siempre carácter excepcional. La doctrina del Derecho Común simplificó demasiado las cosas al huir del casuismo para caer en el «regulismo». El legislador, por su parte, nunca será más prudente que cuando se remite al arbitrio judicial. El Pretor, al decir sobriamente *causa cognita*, nos da también una lección de auténtica prudencia.

### III

#### GRATUITO-LUCRATIVO.

La nota anterior me obliga a explicarme sobre un punto que me parece de relativo interés: la distinción entre lo lucrativo y lo gratuito, que generalmente suelen confundirse. Por ejemplo, cuando se trata de clasificar el mutuo. ¿Es gratuito? Sí, porque el mutuario no debe intereses (salvo estipulación aparte): pero no, porque está obligado a devolver. Véase a este respecto el pequeño enredo de PACCHIONI, *Manual de Derecho Romano* (trad. esp.), II, 44, con sus traductores (nota 77). La cosa es mucho más sencilla: Negocio gratuito es todo

aquel que no supone una contraprestación económica, pero, dentro de los gratuitos; hay unos negocios lucrativos, que producen un aumento patrimonial, los de donación. El mutuario no debe intereses, por lo tanto, el mutuo es un contrato gratuito; pero no se hace más rico con el dinero prestado, por lo tanto, no es un contrato lucrativo. No hay que olvidar que el dinero que recibe el mutuario es siempre *aes alienum*; no es suyo. Lo de que adquiere la propiedad de la cantidad prestada es una pura construcción jurídica para explicar la disponibilidad. El mutuario, en realidad, no devuelve otra cosa, sino la misma, porque la identidad de las cosas genéricas está en su género y cantidad. El mutuario dirá siempre al devolver lo prestado: «Aquí tienes *lo* que me prestaste». Y no dirá nada inexacto. No de otro modo que con un paraguas prestado.

## IV

## LA CLÁUSULA TESTAMENTARIA DE MOMMSEN.

En ANUARIO 19, 822 me permití interpretar a mi modo el desasosiego del testador TEODORO MOMMSEN: como insatisfacción de un sabio que esperó de la Ciencia más de lo que la ciencia por sí sola puede dar. Para poner al lector en la pista de los indicios que me inducían a pensar así, quiero reproducir aquí un pasaje poco conocido que se encuentra al final del monumental estudio de MOMMSEN sobre los Derechos municipales de Salpensa y Málaga (ahora, en *Ges. Schriften*, I, 382).

Da gracias allí (en 1855) el gran historiador, filólogo y romanista, todo contento, por las felicitaciones recibidas al haber dado a conocer al mundo sabio nuestros importantes bronce andaluces, y dice que en ocasiones como esa «tritt am lebendigsten und erfreulichsten die unsichtbare Kirche hervor, die trotz alledem und alledem die ernst und sittlich forschenden Wissenschaftsgenossen immer zusammenschliessen wird», y añade que todas las misivas de gente famosa y no famosa de todos los países atestiguan la comunidad espiritual de aquella «Kirche» y confirman el «orgullo por la Gran Ciencia».

Resulta escalofriante pensar que eso decía quien llegó a repudiar todo su prestigio científico como posiblemente falso y llegó a negar su vocación por aquellas ciencias en las que se demostró como innegable coloso. Sigo pensando que mi interpretación es la cierta.

## V

## DERECHO Y «SANTIDAD».

El Derecho es santo porque todo *quod ab iniuria hominum defensum atque munibum est* (Dig. 1, 8, 8) es santo; para ello son «sancionadas» las leyes, *leges sanctae sunt...: quod enim sanctione quadam subnixum est, id sanctum est* (Dig. eod., 9, 3). Así, la misma jurisprudencia es una *res sanctissima* (Dig. 50, 13, 1, 5). Y se explica que *Cassius*, que *ceteros praeminebat peritia legum* (Tac. ann. 12, 12), aparezca como *sanctus Cassius* (Dig. 29, 2, 99), lo que confieso me resistí muchas veces a creer no fuera falsa grafía. Por lo demás, muchos juristas cristianos, hasta nuestro CONTARDO FERRINI, lograron santificarse de verdad, y es de desear que muchos sigan su camino. Pero, francamente, lo que nunca pudimos sospechar es que todo un San Pablo fuera también jurista, y, sin embargo, así lo creía San Fortunato en *de virginitate* VIII 69, al decir:

*Iurisconsulti Pauli comitante volatu,  
Princeps Romana currit ab arce Petrus,*

distico que aprovechó también el autor del Código Calixtino (vid. A. Moralejo, *Las citas poéticas de San Fortunato en el Código Calixtino*, en *Cuadernos de Estudios Gallegos* 14 (1949) 351 sgs.).

Es posible que San Fortunato, como tantos otros escritores ilustres del siglo VI, no supieran, por ejemplo, nada de Griego, pero me resisto a pensar que atribuyera a San Pablo la actividad jurídica del Paulo de las *Sententiae*, tan popular en la época, a través del Breviario de Alarico. Mas bien me inclino a creer que San Fortunato viera en las actividades polémicas y administradoras de San Pablo y en algunas intervenciones concretas, como la reflejada en la Epístola a Filemón, los méritos de un verdadero *iurisconsultus*. En todo caso, los juristas debemos sentirnos honrados por el favor que nos hace el Obispo de Poitiers.

A. D'ORS