

importantes como el carácter de declaración **contra se pronuntiatio** de la confesión, y con la exigencia de capacidad para ser parte en el proceso, que, a su vez, condiciona la capacidad para prestar una confesión fuera de juicio.

## X.2. Los vicios en la declaración confesoria.

### X.2.1. Introducción.

La regulación normativa de los vicios de la voluntad o de la declaración tiene, por norma general, su sede en los artículos dedicados al contrato en general (87). Sólo excepcionalmente vienen regulados para los demás actos jurídicos (88). Esta situación normativa ya fue criticada por BORELL: "si el consentimiento es elemento esencial para la perfección de los contratos, y su libre manifestación lo es para que tenga plena eficacia, estas mismas ideas pueden aplicarse a los demás actos jurídicos cuya producción dependa de la voluntad, pero, así como el Código civil contiene y desarrolla una teoría respecto de los primeros, sólo ofrece algunas disposiciones aisladas con relación a los segundos..., dando lugar a grandes inconvenientes" (89) (90).

En lo que se refiere a la confesión extrajudicial sólo hay un precepto que alude al vicio que puede darse en ella. Dispone el art. 1234 del C.c. que "la confesión sólo pierde su eficacia probando que al hacerla se incurrió en error de hecho".

Esto en principio no excluye que en la confesión extrajudicial pueden producirse otros vicios como

el error de Derecho, el error obstativo, la violencia, la intimidación, el dolo, el fraude o la simulación(91).

Pero al mismo tiempo debemos tener presente que la confesión es una declaración de ciencia, por lo que el análisis de los vicios en ella es distinto al de los vicios de una declaración negocial.

Esta diferencia fundamentalmente se debe a la falta de un elemento intencional cualificado. La voluntad en la confesión se reduce a la aseveración de unos hechos y a la conciencia de que estos hechos pueden ser desfavorables al confesante.

En la confesión, además, se produce una situación paradójica. Por un lado, es un acto jurídico. Por otro, una declaración que se refiere a hechos. En la medida que es un acto, éste puede ser válido o inválido, existente o inexistente. En la medida que se constatan hechos, éstos o son verdaderos o son falsos.

Como acto jurídico puede ser impugnado por causas que vician o anulan la voluntad del declarante. A veces, es relativamente fácil que se prueben estas causas, sobre todo cuando afectan a la libertad de emisión de la declaración, como la intimidación o la violencia. Otras veces, sin embargo, por razones prácticas y otras sustantivas, resulta más fácil probar la falsedad de los hechos, y, por tanto, la falsedad de la declaración, que demostrar el fraude, la simulación, el error obstativo o el error de Derecho.

En nuestra opinión, la confesión extrajudicial difícilmente puede concebirse como un acto en fraude de ley, tanto en su vertiente objetiva como en su vertiente subjetiva.

Admitir, por otro lado, la simulación en la

confesión significa atribuir una intencionalidad negocial que la confesión no tiene.

Por las mismas razones debe rechazarse que una confesión extrajudicial puede estar viciada por un error de Derecho o por un error obstativo.

Incluso en el error de hecho se exige un elemento subjetivo que en una confesión no debe ser decisivo, si se tiene en cuenta su naturaleza de declaración de ciencia.

En todos estos casos, la confesión debe impugnarse por falsedad de los hechos, revocando la declaración confesoria (92) (93), en vez de pedir su nulidad por algún vicio que se pueda dar en ella. Los efectos son los mismos: los hechos ya no constituyen prueba para fijar la verdad.

#### X.2.2. El error de hecho.

Según el art. 1234 del C.c. la confesión pierde su eficacia cuando el confesante incurre en error de hecho. La primera cuestión a debatir es si el error de hecho un una confesión tiene unas características propias o si es semejante al error de hecho que invalida la voluntad negocial.

En primer lugar, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el art. 1265 del C.c., según el cual "será nulo el consentimiento prestado por error...", sin precisar de qué error se trata. Hay unanimidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (de) que el error al que hace alusión el citado precepto se refiere al error de hecho, al error de Derecho y al error obstativo.

En segundo lugar, para que el error de hecho invalide el consentimiento debe reunir los requisitos que se recogen en el art. 1266 del C.c.. En base a esta norma, DE CASTRO resume los requisitos que se deben tener presentes para que el error de hecho pueda invalidar el consentimiento: a) Creencia inexacta. b) Disconformidad entre lo que se crea y lo que es. c) Motivo o causa de la celebración del contrato (94).

Trasladado esto a la confesión extrajudicial, exige, sin embargo, unas precisiones (95). El error de hecho invalida, en caso de ser una confesión, una declaración de ciencia (96) (97) (98) (99), en la que es impropio hablar de consentimiento, por tratarse de una declaración sobre hechos. Los efectos, no obstante, son los mismos; en uno y otro caso dejan de ser eficaces. En cuanto a los requisitos del error de hecho en una declaración confesoria no tiene sentido exigir que el error sea <sup>el</sup> <sup>la</sup> motivo o causa de la confesión. Basta, en principio, para que el error de hecho deje sin efectos probatorios a la confesión que en el confesante haya una creencia inexacta de aquello que conoce y una disconformidad entre lo que él cree y la realidad de los hechos. Por el contrario, ~~no tiene ningún sentido~~ <sup>tiene impropio</sup> exigir que el error de hecho, para que tenga relevancia, sea el motivo o la causa de la declaración confesoria.

De ello se deduce que el error de hecho al que alude el art. 1234 no es del todo equiparable al error de hecho que viene regulado en el art. 1266 del C.c.

¿Cuáles son, pues, los caracteres del error de hecho en la confesión?.

1º. El error de hecho implica automáticamente la insubsistencia del hecho confesado.

2º. Debe existir la falsa creencia del confesante sobre el hecho confesado, porque en caso contrario sería una declaración falsa.

Cabe, no obstante, hacer otra precisión en cuanto al error de hecho. Concretamente se debe tener en cuenta la buena o mala fe del confesante. En el supuesto de que haya error de hecho se debe presumir que hay buena fe, mientras que si hay mala fe la declaración en vez de ser impugnada por error de hecho, debe anularse por falsedad (100).

#### X.2.3. El error de Derecho

El error de Derecho ¿puede dejar sin eficacia probatoria a la confesión?. O en otras palabras ¿tiene sentido una declaración de ciencia que sólo trata de poner en conocimiento unos hechos que sean resultado de una creencia inexacta por parte del confesante en cuanto a sus consecuencias?.

Desde el punto de vista estrictamente legal, el C.c. no alude para nada al error de Derecho como causa de ineficacia probatoria de la confesión. Por otro lado, a tenor de la literalidad del art. 1234, la doctrina entiende que del precepto está excluido el error de Derecho. Y esto por dos razones: a) si en la confesión no hace falta una intención especial de producir unos efectos jurídicos, entonces, no tiene razón de ser el error de Derecho; b) además, si la confesión sirve para demostrar la verdad, sería incongruente que una creencia inexacta sobre sus consecuencias jurídicas produjera la ineficacia probatoria de la misma. La misma razón de ser de la prueba, medio para acercar la realidad al juez, impide que el error de Derecho pueda invalidar los actos probatorios.

Desde otro ángulo, LESSONA se pregunta "sí el error de Derecho se refiere sólo a las consecuencias legales de la confesión, o también al error, por parte de aquél que confiesa, de no impugnar la confesión, ignorando los medios que tenía para ello"(101). Más bien se trata de una ignorancia que no puede ser protegida por el Derecho. El art. 6-1 del C.c. es tajante: "La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento". Si el confesante ignora que existen medios para impugnar una confesión, no por ello se puede decir que hay un error de Derecho por parte del confesante (102). La confesión también en estos casos hace prueba contra su autor (art. 1232 del C.c.).

Otra cuestión que cabría plantearse es sí hay error de Derecho por parte del confesante cuando cree que está obligado a confesar fuera del proceso cuando no lo está. Tampoco en este caso se puede hablar de un error de Derecho. La falsa creencia de estar obligado a confesar unos hechos que realmente se han producido no puede afectar para nada a la declaración confesoria. Una vez puesto en conocimiento los hechos, y si son verdaderos, poco importa que existiera una creencia a confesar. El confesante podrá impugnar la confesión por otras razones, pero nunca porque creía que estaba obligado a ello. Admitir tal posibilidad sería de nuevo un contrasentido. Lo importante de la confesión es que permite encontrar la verdad; poco puede importar lo demás.

Sin embargo, cabe plantear error de Derecho en el supuesto siguiente, aunque sea sólo hipotético: En caso de un reconocimiento de deuda de naturaleza negocial, el que reconoce tiene la creencia de que se trata de una confesión extrajudicial; la creencia de que su declaración fuese sólo una prueba y no un negocio jurídico, siendo, además, la causa o el motivo por el cual el declarante presta la confesión. Se dan aquí

los requisitos de un error de Derecho:

1º. Una creencia, pero inexacta, de que por medio del reconocimiento de deuda, se aporta un medio de prueba, cuando en realidad el reconocimiento de deuda no sólo prueba la existencia de una obligación anterior, sino que por medio de él se crea un nuevo vínculo distinto al anterior.

2º. La confesión era el motivo o la causa de la declaración. Cuando se da este supuesto podría hablarse de un error de Derecho.

Pero no cabe un error de Derecho en un caso i.verso. El que confiesa no puede alegar después que hay error de Derecho, porque tuviera la creencia de que estaba prestando un reconocimiento negocial, con unas consecuencias jurídicas distintas a la confesión, ni puede pretender que la causa o el motivo de su declaración fuese el reconocimiento negocial. El planteamiento debe ser el siguiente: Se confiesan unos hechos. Después el declarante alega que él creía que no sólo probaba unos hechos, sino que, además, creaba un vínculo distinto al anterior. Las consecuencias jurídicas, desde luego, no son las mismas. Pero si con la primera declaración sólo se prueba la existencia de unos hechos, y con la segunda no sólo se prueba sino que además se crea un vínculo negocial, aquélla no puede destruir a ésta. La declaración confesoria es sólo una declaración dirigida a probar unos hechos y como tal debe ser tratada.

#### X.2.4. El error obstativo.

Más difícil aún es que se dé un error obstativo (103) en una confesión extrajudicial. Yo declaro "reconozco una deuda", pero lo que quería era confesar

la deuda. Y viceversa, yo declaro "confieso que soy deudor de A", pero lo que yo quería era reconocer una deuda. Dada la estrecha similitud entre ambos términos no se puede decir que en tales casos se produce un error llamado obstativo. Por la misma razón, menos aún se puede producir un **lapsus linguae o calami**.

Sobre el error obstativo PANUCCIO asienta las siguientes conclusiones:

- a) El error obstativo está incluido en la fórmula del error de hecho.
- b) No comparte la doctrina que considera que la confesión viciada de error obstativo debe considerarse nula e inexistente.
- c) Cualquiera que sea la tesis que se acepte en cuanto al negocio viciado de error obstativo, no puede olvidarse que se encuentra ante una declaración de ciencia: para tal tipo de acto no comercial el error obstativo no puede configurarse más que como error de hecho, como divergencia entre la declaración y la realidad. Propiamente el error de hecho quiere decir en esta materia divergencia entre la realidad declarada y la realidad efectiva; no ya divergencia entre la declaración y la voluntad de declarar. Si se confiesa por un lapsus un hecho que no se quería confesar, la divergencia entre la voluntad y la declaración queda irrelevante (104).

El error es en estos casos propiamente un error de hecho, que nunca puede ser calificado como un error obstativo. Y el lapsus de confesar un hecho que no se quería confesar no tiene ninguna relevancia para el Derecho, no tanto por la irrelevancia de la divergencia entre voluntad y la declaración, como por

la declaración de ciencia que pone a conocimiento unos hechos; poco debe importar entonces que un hecho se haya confesado por un lapsus.

#### X.2.5. La violencia.

El art. 1234 del C.c. no menciona a la violencia como causa de rectificación de la confesión extrajudicial. Sin embargo, no cabe la menor duda que la violencia puede anular por completo la voluntad del declarante de una confesión, cuando la violencia es absoluta, o puede viciarla, cuando es relativa. La confesión, como cualquier acto, independiente de su naturaleza, es un acto libre que puede estar sometido a coacción. En este sentido la violencia puede ser causa de inexistencia o invalidez de una confesión.

Aunque el art. 1267 párrafo 1º del C.c. tiene su sede en la normativa referente al consentimiento y sus vicios, rige también para los demás actos jurídicos. Por tanto, la confesión pierde su eficacia probatoria cuando se prueba que la violencia empleada en la confesión era tal que al confesante le estaba impedido toda resistencia. La violencia a que se refiere el precepto de la llamada **vis** absoluta, lo que tiene como consecuencia la inexistencia de la confesión.

Pero la violencia relativa sólo invalida la confesión conforme a la normativa vigente. Sin embargo, habría que plantearse sí los efectos de la violencia relativa deben ser los mismos para una declaración de ciencia.

En cuanto a la confesión judicial parece que es indiferente que la violencia sea absoluta o sólo re-

lativa. El art. 442 de la LEC es claro al respecto: "Serán nulos todos los actos judiciales practicados bajo la intimidación o la fuerza".

En cuanto a la confesión extrajudicial habría que preguntarse si es aplicable el art. 1268 del C.c.. La literalidad del propio precepto impide que se tenga en consideración cuando dispone que "la violencia o intimidación anularán la obligación". La referencia expresa a la obligación excluye a los demás actos que no sean obligacionales como la confesión.

Tampoco puede extenderse lo dispuesto en el art. 442 de la LEC a un acto que no es procesal.

La respuesta debe venir por otros derroteros. No debe importarnos, en principio, tanto la distinción entre violencia absoluta y violencia relativa, sino los hechos que se han relatado bajo coacción. La confesión extrajudicial al ser un acto voluntario y libre no debe ni puede ser aniquilada o viciada por la violencia (105). Pero el problema no está ahí sino en los mismos hechos de la confesión, porque puede darse la siguiente paradoja: Una confesión prestada bajo violencia puede aportar unos hechos que son verdaderos. En este caso, ¿puede el juez admitir la rectificación de la confesión por violencia relativa?. Por otro lado ¿puede el juez ignorar unos hechos verdaderos, aunque hayan sido confesados bajo violencia?.

¿Cómo se resuelve esta paradoja?. A nuestro entender el juez debe partir siempre de la presunción de que los hechos confesados en tales circunstancias son falsos. Por tanto, el juez ni siquiera tiene que plantearse la verdad de los hechos cuando el confesante puede probar que hubo violencia en la emisión de su declaración.

Es este sentido podríamos aventurar las si-

güentes conclusiones:

1º. No tiene tanta trascendencia si la violencia en la confesión es absoluta o relativa.

2º. Los hechos confesados en tales circunstancias se presumen falsos o inciertos.

No obstante, hay un inconveniente legal para la validez de nuestra afirmación anterior. Nos referimos al plazo para poder rectificar la confesión. ¿Rige para el caso de violencia relativo el plazo de cuatro años?. O ¿se aplica el art. 1963 del C.c. en virtud del cual prescriben las acciones personales a los quince años las que no tengan señalado término especial?

Consecuentemente, conforme a la normativa vigente se debe cuestionar, a pesar de las consideraciones anteriores, el tipo de violencia que hace ineficaz o inválida la confesión. Según sea el tipo de violencia así será el plazo para la impugnación. Sin embargo, atendiendo a la naturaleza de la declaración confesoria, se debe presumir la falsedad de los hechos relatados bajo violencia, sin que haga falta distinguir si es absoluta o relativa, considerando a la confesión en tales casos como falsa. Desde esta perspectiva el plazo que debería regir es el de 15 años.

#### X.2.6. La intimidación.

Todo lo que se ha dicho para la violencia en la confesión extrajudicial es aplicable por igual cuando ésta se presta bajo intimidación. De acuerdo con lo que se ha dicho anteriormente podemos afirmar:

1º. Aunque el art. 1234 del C.c. no hace men-

ción a la intimidación como causa de rectificación de una confesión, no hay duda alguna que, como acto libre que es, puede estar viciada por intimidación.

2º. A diferencia de la violencia, la intimidación sólo puede viciar la declaración, sin que pueda ser declarada inexistente.

3º. Para los requisitos de la intimidación se debe tener en cuenta el art. 1267, párrafo 1º y párrafo 2º del C.c.

4º. No es aplicable por analogía el art. 442 de la LEC.

5º. Los hechos prestados en confesión bajo intimidación, aunque sean verdaderos, deben presumirse como falsos o inciertos.

#### X.2.7. El dolo

El dolo ha sido estudiado tradicionalmente como vicio del consentimiento en los testamentos y contratos, como fuente de responsabilidad y como causa de pérdida de los derechos hereditarios (106). El dolo es concebido como "todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en propio beneficio" (107). De acuerdo con el art. 1269 sólo hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas es inducido, el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho. En materia de los negocios jurídicos unilaterales -como dice DE CASTRO- habría que sustituir la referencia al contratante que es inducido por otro a cele-

brar el contrato, por la de la persona beneficiada o interesada que emplea la maquinación para que se emita la declaración negocial (108).

Lo mismo se puede decir para la confesión. El dolo debe ser entendido en este caso como un acto de mala fe empleado por un tercero. El resultado de este dolo es una representación mental equivocada de unos hechos que en la realidad son distintos. SERRA DOMINGUEZ pone de manifiesto que en la confesión extrajudicial se deben distinguir dos clases de dolo: a) Cuando el dolo haya inducido al error de hecho, la confesión podrá rectificarse, pero no en méritos del dolo, sino del error de hecho padecido como consecuencia del dolo. b) Si el dolo no se traduce en error de hecho, es totalmente intrascendente para determinar la rectificación de la confesión (109) 110).

¿Qué requisitos rigen para que el dolo vicie la declaración confesoria?.

- La conducta por parte del que provoca la confesión debe ser insidiosa.

- La declaración del confesante debe quedar viciada.

- La conducta insidiosa debe ser la determinante de la declaración.

- El dolo debe inducir al error de hecho, sin que sea relevante la distinción entre dolo grave y dolo incidental, distinción que por el contrario produce efectos distintos si la declaración es negocial (art. 1270 del C.c.).

No obstante, como advierte PANUCCIO, refiriéndose al Derecho italiano "será difícil verificar después, en un acto como la confesión, los caracteres del dolo que la ley requiere a los fines de la acción de anulación, por ejemplo, el ser notorio a la contraparte en el caso de dolo proveniente de ter-

cero (art. 1439 del C.c.), o sea, el carácter de elemento determinante en la formación de la volición (dolus causam dans, art. 1440 del mismo Código)"(111).

En relación con el dolo está la teoría de los actos ilícitos que no tienen, a nuestro entender, una relevancia en un acto, como la confesión, que no se realiza para producir unos efectos jurídicos determinados. Aunque caben actos ilícitos fuera de toda relación jurídica, especialmente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, es difícil que una confesión extrajudicial sea un acto ilícito, cuando los actos ilícitos tienen en común la violación del ordenamiento jurídico.

Se puede hacer la salvedad para el supuesto de la confesión extrajudicial hecha en fraude de ley. Al faltar la norma de cobertura -el art. 1232 párrafo 1º se refiere sólo a la confesión judicial- la confesión extrajudicial fraudulenta es más bien un acto contra ley.

#### X.2.8. El fraude.

La confesión, como todo acto jurídico, puede ser un acto fraudulento (112). Sin embargo, cuando es una confesión extrajudicial se puede objetar que, en caso de ser un fraude de ley, falta la norma de cobertura que permite hablar de un fraude de ley en el sentido técnico. Y en caso de ser un fraude en perjuicio de acreedores o herederos falta el elemento intencional en la declaración confesoria, o por lo menos una intención relevante (113).

El Código civil (114) en el art. 1232 dice:

"La confesión hace prueba contra su autor", y a continuación, en el párrafo segundo, declara "se exceptúa el caso en que por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes". El párrafo primero puede considerarse -ya en el terreno del fraude de ley- como norma de cobertura para que una confesión sea un acto en fraude de ley. El párrafo segundo alude directamente al fraude de ley y a sus consecuencias.

Este precepto aunque no distingue entre confesión judicial y confesión extrajudicial, hace sólo referencia a aquélla, si se tiene en cuenta lo dispuesto en el art. 1239. Sobre su posible carácter fraudulento, SERRA DOMINGUEZ dice: "... el riesgo de fraude es inherente a cualquier acto jurídico, y su represión no estriba tanto en suprimir sus consecuencias jurídicas. En la mayoría de las ocasiones podrá evitarse el fraude mediante la reducción del principio **contra se** a sus justos límites: si la confesión perjudica a tercera persona no rige el principio de la prueba plena. En otras la intervención del tercero perjudicado podrá evitar el fraude" (115) (116). Si bien SERRA DOMINGUEZ considera que cualquier acto jurídico puede ser fraudulento, parece indicar que sólo la confesión judicial, y no la confesión extrajudicial, puede ser fraudulenta, dado su valor de prueba plena.

A diferencia de la confesión judicial, no hay tal norma de cobertura para la confesión extrajudicial, que sólo es una prueba libre. La falta de carácter de prueba legal impide, a nuestro entender, que una confesión extrajudicial que persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, sea calificada como un acto fraudulento. En tales supuestos se trataría propiamente de un acto contra ley. La confesión extrajudicial puede, evidentemente, ser un medio para burlar una norma imperativa o prohibitiva, que sería la norma eludida. Pero para que sea un acto frau-

dulento, en su sentido técnico, necesita de una norma de cobertura de la que carece la confesión prestada fuera del proceso. Excepcionalmente, en algunos supuestos, una declaración confesoria puede tener su norma de cobertura, como el reconocimiento de hijo extramatrimonial, pero que por sus particularidades no tratamos aquí. También podría plantearse el carácter fraudulento de una confesión por la que se declara que un bien es privativo del otro cónyuge (art. 1324 del C.c.). En este caso podría pensarse que la norma de cobertura es el art. 1324. Pero tampoco aquí el art. 1324 puede concebirse como tal norma, y ello por dos razones evidentes: a) La confesión sobre el carácter del bien tiene prácticamente el mismo valor probatorio que una confesión extrajudicial. b) El art. 1324 está pensando más en un acto en fraude de terceros que en un acto en fraude de ley. Por tanto, también en este caso la confesión sobre el carácter privativo de los bienes del otro cónyuge que trata de eludir el cumplimiento de una ley debería ser calificado más bien como un acto en **contra legem**, y si es en perjuicio de los acreedores o de los herederos como un acto **contra personam**. Igualmente se consideraba como acto contra ley la confesión que se hace para burlar la imperatividad del antiguo art. 1334 (suprimido por la Reforma de Ley de 11/1981 de 13 de mayo) por el que se declara nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio. Otro artículo, que por su redacción oscura será objeto de comentario en otro momento, es el antiguo art. 1344 del C.c. (también suprimido por la Reforma antes citada) que dispone: "La dote confesada por el marido, cuya entrega no constare, o constare sólo por documento privado, no surtirá más efecto que el de las obligaciones personales". Aunque aquél art. 1344 disponía que la confesión de una dote que no constare o constare sólo por documento privado tenía el mismo efecto que el de las obligaciones personales, no por ello podía servir de norma de cobertura, porque la confesión de una dote es sólo una decla-

ración de ciencia sujeta a la libre apreciación de los tribunales, como cualquier otra confesión extrajudicial. De ahí que cuando mediante la confesión de una dote se quería burlar una norma imperativa, ésta no podía considerarse como un acto en fraude de ley, sino como un acto contra ley.

Tampoco puede calificarse como fraude en ley la confesión prestada en testamento sobre la pertenencia de un bien para evitar el pago de la legítima. También en este caso se trataría de un acto contra ley. Además, la confesión como acto de constatación de hechos difícilmente puede contener una intención de querer burlar una norma. El fraude, desde esta óptica, hay que buscarlo, por tanto, no en la confesión sino en el acto que se asevera.

Hay que observar, nos dice GONZALEZ ENRIQUEZ, que para la entrada en juego del art. 1232 párrafo 2º del C.c., es preciso que se trate de materia sustraída a la autonomía de la voluntad; no basta con que esté prohibido legalmente un determinado negocio relativo a esa materia, puesto que éste ya es un problema concerniente a la causa, y en este aspecto ya sabemos que el sistema de control de legalidad es diferente al que resulta del art. 1232: se presume que el eventual negocio que encubriría la confesión si es falso tiene una causa ilícita y conforme a la ley, mientras no se pruebe lo contrario" (117).

Por otro lado, PANUCCIO niega que la confesión pueda rectificarse porque sea fraudulenta. Cuando se ha confesado conscientemente un hecho falso, la declaración permanece irrevocable, incluso si el hecho es falso (118).

La confesión puede, por otro lado, perjudicar los intereses de acreedores o herederos. En tales supuestos ¿puede calificarse a la confesión como un acto

fraudulento?. Los perjudicados, evidentemente, pueden impugnar la declaración, pero, ¿como acto fraudulento?, o ¿simplemente cómo una declaración falsa?. Una declaración en la que sólo aparecen hechos el elemento intencional no puede tener relevancia. Como es difícil probar que mediante la declaración se querían perjudicar unos intereses determinados, habría que acudir a otros medios probatorios. Mucho más práctico es la denuncia de la falsedad de los hechos, que, en caso de ser estimada, redundaría en beneficio de los interesados. Por tanto, es más efectivo la prueba de la falsedad de los hechos que el carácter fraudulento de la confesión. En todo caso, como dice SERRA DOMINGUEZ, "la intervención del tercero perjudicado podrá evitar el fraude". Y por último -prosigue él- "al no extenderse a dicho tercero los efectos fraudulentos de la sentencia, ni venir afectado por la cosa juzgada, podrá formular un proceso declarativo ordinario en el que se anulen a su respecto los efectos fraudulentos de la sentencia" (119).

#### X.2.9. La simulación.

La confesión tampoco puede ser un acto simulado. FERRARA en su conocida monografía "La simulación de los negocios jurídicos", considera, entre otros, como actos no simulables los actos unilaterales y los actos formales (120). Su razonamiento es el siguiente: "Como la simulación requiere el concurso de varias partes contratantes, está excluida del campo de los actos unilaterales; y si el declarante tiene una voluntad opuesta a lo que declara, ésta constituye reserva y no simulación" (121). "Lo que integra la declaración de voluntad es fruto exclusivo de la actividad del declarante, que perfecciona y hace autónoma su declaración:

el accipiente no hace otra cosa que recibir pasivamente la notificación, sin cooperar en modo alguno" (122). "Por eso no son simulables el otorgamiento de un poder, la revocación de mandato, el constituirse en mora, la emisión de un título al portador, la confirmación de una obligación anulable, la confesión extrajudicial, etc." (123).

Con referencia especial a la simulación en los actos unilaterales MARANI niega que la confesión extrajudicial pueda ser un acto simulado. En concreto afirma: "Puede hacerse alusión a otra categoría de actos unilaterales respecto a los que no es aplicable la disciplina de la simulación, aunque no puede hacerse volver pura y simplemente a la realización del Derecho (sino tal vez en una función amplia de tutela de desenvolvimiento de la relación). Se trata de actos que expresan mejor que una fijación la verificación de un hecho. En caso de disconformidad respecto del hecho verificado deriva única y simplemente una acción dirigida a establecer si hay o no correspondencia entre el hecho fijado y la declaración. Quien quiera que tenga interés puede hacer declarar ésta no correspondencia sin tener que impugnar la simulación del acto" (124).

Además, como señala SERRA DOMINGUEZ, "no existe cauce legal habil para poner de relieve la simulación de la confesión...; no existiría -dice- persona legitimada para ello, ya que evidentemente el confesante no puede ser admitido a demostrar que simuló conscientemente su propia declaración" (125).

Aparte de estas consideraciones, la naturaleza misma de la confesión impide, a nuestro juicio, que pueda ser un acto simulado. La confesión es, como ya se ha repetido muchas veces, una declaración de ciencia que versa sobre unos hechos, los cuales no son disponibles. Como los hechos son indisponibles, difícilmente pueden

ser simulados; los hechos en el caso que sean constatados para producir una simulación, sólo pueden ser falsos o verdaderos. Falta, además, todo elemento intencional. Aunque puede existir en el declarante un fin de engañar a los terceros extraños al acto, este fin se consigue no tanto por la simulación de unos hechos, que no pueden ser simulados bajo nuestro punto de vista, sino por la falsedad de unos hechos. Además, por qué probar la simulación (o el fraude), para deducir de ahí la falsedad objetiva del hecho confesado, como parecen defender PESCATORE, LESSONA, GUASP o DEVIS ECHEANDIA (126) cuando se puede probar directamente la falsedad.

Por tanto, la confesión no sólo no puede ser un acto simulado por no encajar en el esquema de la simulación, sino de su propia naturaleza se deduce que la intencionalidad de engañar no es relevante en una declaración que sólo se remite a hechos. También por razones prácticas resulta mucho más efectivo la denuncia de la falsedad de los hechos que la impugnación del acto por simulación.

#### X.2.10. Conclusiones.

A lo largo de estas páginas se han expuesto las particularidades de la confesión extrajudicial en materia de ineficacia e invalidez. Los criterios que rigen para los negocios jurídicos, como ha quedado manifiesto, no pueden ser aplicados mecánicamente a la confesión prestada fuera del proceso.

Su existencia y validez está estrechamente relacionada con su propia naturaleza jurídica. Al constituir una declaración de ciencia, el elemento intencional queda reducida a la conciencia por parte del confesante que el acto de confesión puede ser perjudicial pa-

ra sus propios intereses. Ello excluye que en la voluntad del confesante, a efectos de la validez de su declaración, tenga alguna relevancia el dolo, la simulación o el fraude. Incluso, cuando se trata de un error de hecho, a diferencia de otros actos jurídicos, no es necesario en él un motivo especial para que se produzca. Y ningún sentido práctico tiene en la confesión el error obstativo y el error de Derecho. En este sentido, como señala DEVIS ECHEANDIA, la voluntad del confesante, la intención que haya tenido al declarar, y, por lo tanto, los efectos jurídicos que haya podido perseguir, deben ser indiferentes e irrelevantes para determinar su valor como prueba, de la misma manera que lo son para la existencia jurídica de la confesión (127).

Al confesante, dice, le bastará aportar la prueba contraria o alegar la que en este sentido haya producido su contraparte (128). Lo mismo se puede decir para el tercero perjudicado por una confesión.

Demostrando que los hechos son falsos no hace falta invocar otras circunstancias que den lugar a la inexistencia o invalidez del acto confesorio (129).

La invalidez e ineficacia queda reducida a la violencia y a la intimidación. Por ser la confesión, como cualquier otro acto jurídico, un acto libre, cualquier ataque al ejercicio de esa libertad incide en su validez y eficacia. En consecuencia, la confesión debe estar ausente de cualquier coacción (violencia relativa) o amenaza (intimidación). Incluso, la confesión no puede llegar a existir cuando la violencia es absoluta.

Cabe hacer la impugnación, además, por otro camino, demostrando la falsedad de los hechos, lo que produce también la falsedad de la declaración confesoria. Resultará al confesante o al tercero mucho más fácil, por lo menos eso cabe pensar, probar la falsedad

de los hechos que probar un vicio que incide en la validez de su confesión. El efecto en ambos casos es el mismo: la confesión deja de tener una eficacia probatoria.

### X.3. El principio de indivisibilidad.

Otro criterio no extendible a los negocios jurídicos es el principio de la indivisibilidad que, por el contrario, si se tiene en cuenta para la valoración de aquéllas confesiones que no son simples (130).

Aquel principio romano "**confessio qualificata non est dividenda, sed vol tota accipienda, vel tota reicienda**" fue acogido por primera vez en el Código civil francés, asumido posteriormente por otras legislaciones europeas y americanas de inspiración continental, entre las cuales algunas intentaron superar la formulación absoluta del principio de indivisibilidad del art. 1356 del Código civil francés, precisando cuando la confesión es divisible, como lo hace nuestro C.c. en el art. 1233.

Hay confesiones que contienen dos o más declaraciones, no siempre idénticas, incluso a veces contradictorias cuando hay una **declaración contra se** y una **declaración pro se**. Estas confesiones reciben según la identidad que hay entre los hechos que se confiesan, el adjetivo de calificada, compleja o compuesta.

Cuando las confesiones versan sobre los hechos, la conexión más que en las declaraciones se debe buscar en los hechos que se confiesan. No es lo mismo que el individuo confiese una deuda sin más, alegando que lo fue en virtud de un préstamo, que confiese de-

pués que la deuda no está vencida aún. Menor identidad hay cuando el declarante confiesa la existencia de la deuda y a continuación diga que fue compensada por unos servicios que él prestó posteriormente al beneficiario de la confesión. Si entre los hechos hay conexión **-capita conexa-** la confesión es, en principio, indivisible. Si no hay conexión entre los hechos **-capita separata-** la confesión es divisible.

Los principios de divisibilidad o indivisibilidad son principios probatorios que inciden, en consecuencia, directamente sobre la valoración del medio probatorio, en este caso sobre la confesión.

Hoy, sin embargo, estos principios han dejado de tener la relevancia que en otras épocas tenían, ante la importancia cada vez mayor de la apreciación conjunta de las pruebas, especialmente cuando se trata de pruebas libres, como es el caso de la confesión extrajudicial. Después de estudiar los principios de divisibilidad e indivisibilidad en los distintos sistemas jurídicos, especialmente los sistemas alemán, francés e italiano, SCHMIDT en su tesis doctoral "Teilbarkeit und Unteilbarkeit des Geständnisses im Zivilprozess" llegó a la siguiente conclusión: "Der Unteilbarkeitsgrundsatz ist durch die freie Würdigung des Parteizeugnisses überholt und gegenstandlos worden" (131).

Otro criterio que desplaza la efectividad práctica de estos principios es el de la carga de la prueba que incide directamente en las confesiones cuando son complejas, cualificadas o compuestas.

Estas consideraciones son extrapolables a la confesión del Derecho español, con la precisión de que el art. 1233 del C.c., a diferencia del art. 1356 del Código civil francés, es más concreto al señalar los criterios de divisibilidad. El citado precepto dice: "La confesión no puede dividirse contra el que la

hace, salvo cuando se refiere a hechos diferentes, o cuando una parte de la confesión está probada por otros medios, o cuando en algún extremo sea contraria a la naturaleza o a las leyes".

Habrá que preguntarse también si el principio de indivisibilidad juega para la confesión extrajudicial cuando constituye sólo una prueba libre. SERRA DOMINGUEZ lo niega. En su opinión, "el concepto de indivisibilidad ligado y exclusivo a la confesión, como prueba legal, se ve justificado por la colocación sistemática del precepto en el C.c., y por la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo. El artículo 1233 C.c. est  colocado inmediatamente después del artículo 1232, que establece el carácter de prueba vinculante de la confesión, y antes del artículo 1234 C.c. que limita la p r-  
dida de eficacia de la confesión. Unicamente en un contexto de la confesión como prueba legal tiene sentido el artículo 1233" (132).

DEVIS ECHEANDIA, por el contrario, cuando analiza la confesión extrajudicial y sus problemas, considera que no hay diferencia con la confesión judicial en cuanto a su divisibilidad o indivisibilidad (133).

A nuestro entender en la confesión extrajudicial, igual que en la confesión judicial, se pueden tener en cuenta estos principios. Ahora bien, estos principios tienen poca relevancia cuando la declaración confesoria, independientemente de que si es cualificada, compleja o compuesta, es apreciada libremente por los tribunales. Es discutible la efectividad de este principio por la tendencia cada vez más pujante, de los tribunales a la apreciación conjunta de los medios de prueba.

Ello, sin embargo, no excluye que la mayor o menor conexión plantee problemas de indivisibilidad que habrá que tener en cuenta a la hora de su valoración.

NOTAS CAPITULO PRIMERO, TITULO SEGUNDO

- 1.- "Documento y negocio jurídico", Op. cit., pág. 525.
- 2.- "Nota in margine alle nuove leggi processuali". Riv. Dir. proc. civ., Tomo I, 1942, pág. 235.
- 3.- También después de la Reforma del Código civil italiano de 1942 mantienen algunos la identidad absoluta entre el reconocimiento de deuda y la confesión extrajudicial. Así, FURNO: Negocio de fijación y confesión extrajudicial. Op. cit., pág. 86; Idem: "Promessa di pagamento e ricognizione di debito", Riv. Trim. Dir. e Proc. civ., 1950, págs. 99 y 105.
- 4.- La confesión extrajudicial ya tenía su asiento en nuestros cuerpos legislativos históricos: Fuero Real, Libro II, Título VIII, Ley 2ª; Eusepicilia Libro V, Título XII, Ley 1ª; Siete Partidas, Partida III, Título XIII, Ley 3ª.
- 5.- Fue objeto de regulación a lo largo de la codificación en España en los siguientes proyectos: Proyecto de 1821, arts. 253 y ss. Proyecto de 1836, los arts. 2092 y ss. (en este proyecto se regula por separado la confesión judicial de la extrajudicial); Proyecto de 1851, arts. 1228 y ss. y, finalmente, en el actual Código de 1889, en los arts. 1231 y ss.. No podemos ignorar en cuanto a la confesión judicial su regulación paralela en la Ley procesal civil, arts. 579 a 595 y arts. 448, 449 y 463 del mismo cuerpo legal.
- 6.- Sobre la identidad con el reconocimiento de deuda, vid. DONATI: "La dichiarazione ricognitiva di debito", Riv. Dir. civ., 1979, págs. 562 y ss. con amplia referencia a la literatura italiana. En España se ha pronunciado por la identificación del reconocimiento de deuda con la confesión extrajudicial últimamente ZUMALACARREGUI: Op. cit., págs. 234 y ss.
- 7.- Sobre la confesión judicial dice PRIETO CASTRO "que es el más típico ejemplo de olvido y mala inteligencia y a veces, incluso, corrupción de los principios contenidos en el derecho histórico español por causa de la recepción de otros extraños a él, sobre todo del Código napoleónico", "Claves para la reconstrucción y práctica del Derecho español sobre la confesión judicial civil", Rev. Der. Proc., 1928, pág. 481.
- 8.- En este sentido SERRA DOMINGUEZ: "La regulación positiva de la confesión en juicio, tanto en el C.c. como en la L.e.c., dista mucho de ser satisfactoria, lo que ha motivado unas críticas por parte de la doctrina que han culminado en una profunda revisión en los proyectos de reforma", Comentarios al Código civil..., Op. cit., pág. 231.
- 9.- Vid. BONET y NAVARRO: La prueba de la confesión en juicio. Barcelona, 1979, pág. 78.
- 10.- En Italia, sin embargo, ambas confesiones se equiparan, al menos en su valor probatorio: "La confesión extrajudicial hecho por parte o por quien presenta tiene la misma eficacia probatoria que la judicial" (art. 2735 del Código civil).

- 11.- Negocio de fijación y confesión extrajudicial. Op. cit., pág. 89.
- 12.- PANUCCIO: Op. cit., pág. 125.
- 13.- Comentarios al Código civil..., Op. cit., pág. 354; PANUCCIO: Op. cit., pág. 125.
- 14.- PANUCCIO: Op. cit., pág. 112.
- 15.- RODRIGUEZ ESPEJO considera que la confesión extrajudicial *strictus sensu* es una declaración de ciencia: "La confesión extrajudicial, concepto y naturaleza", Pretor, 1957, págs. 247 y ss.; GONZALEZ PALOMINO: Op. cit., págs. 143, la define como una declaración de hechos.
- 16.- BULOW: Das Geständnissrecht, Freiburg, 1899, pág. 185; CORRIGLIO: "Atto di citazione e confessione giudiziale", Riv. Dir. proc. civ., Tomo I, 1928, págs. 207 y 213.
- 17.- MESSINA: "Contributo a la dottrina della confessione", en Scritti giuridici. Tomo III, Milano, 1948, págs. 51-52.
- 18.- Tesis que en España defiende, por lo menos para la confesión judicial, GOMEZ ORBANEJA: "La confesión judicial anticipada", Escritos en homenaje al Prof. Prieto Castro, Tomo I, Madrid, 1979, págs. 521 y ss.; también PRIETO CASTRO: Claves para la reconstrucción..., Op. cit., pág. 492.
- 19.- Según PANUCCIO en la época de la codificación la confesión fue acogida como contrato... Una confirmación genérica de la tesis negocial encontramos a comienzos del siglo... La tesis sustancialista (contractual) ha sido reiterada en tiempos más recientes, pero con una especificación especial: se trata de un negocio, no de un contrato, de una declaración unilateral que no necesita aceptación y que produce sus efectos propios luego de recibida por el destinatario (Op. cit., págs. 10 y 11).
- 20.- Una postura más particular la mantiene MESSINA que califica a la confesión extrajudicial como un negocio abstracto (Op. cit., pág. 51).
- 21.- "Prozessualische Rechtsgeschäfte sind jene Parteiwillenserklärungen durch welche prozessuale Rechtsverhältnisse oder einzelne subjektive Prozessrechte absichtsgemäss und unmittelbar geschaffen, abgeändert oder beendet werden, und zwar in der Weise, dass die Rechtsproduktion einzig und allein durch Erklärung des von dem objektiven Prozessrechte sanktionierten Parteiwillens hervorgerufen wird", TRUTTER: Über prozessualische Rechtsgeschäfte, München, 1890, Reedición, 1972, Darmstadt, pág. 130.
- 22.- Como señala PANUCCIO: "El negocio procesal es una figura bastante discutida y no falta quien subraya la infructuosidad y la inutilidad práctica del concepto". "Para quien lo admite debería hablarse en dos sentidos de negocio procesal. En sentido amplio... y en sentido estricto...". "La confesión no es un negocio jurídico procesal en sentido amplio" (Op. cit., págs.

102-103). En España defiende la existencia del negocio jurídico procesal GOMEZ ORBANEJA Derecho procesal civil, Tomo I, Ed. 8ª. Madrid, 1976, pág. 330. Como negocial procesal podría, en opinión de OGAYAR AYLLON, calificarse a la transacción judicial Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XXII, Vol. 2º. Madrid, 1983, págs. 8 y ss.

- 23.- La confesión judicial anticipada, Op. cit., pág. 522.
- 24.- IBIDEM, pág. 512.
- 25.- Sobre la verdad se ha elaborado la teoría de la verdad material de la verdad formal y de la verdad suficiente. Sobre las distintas concepciones, vid. FURNO: Teoría de la prueba legal, trad. GONZALEZ COLLADO, Madrid, 1952, págs. 13 y ss. Vid. también JIMENEZ CONDE: La apreciación de la prueba legal y su impugnación. Salamanca, 1978, págs. 32 y ss.
- 26.- Op. cit., pág. 71.
- 27.- IBIDEM, pág. 72.
- 28.- Op. cit., pág. 155.
- 29.- IBIDEM, pág. 156.
- 30.- IBIDEM, pág. 160
- 31.- IBIDEM, pág. 161.
- 32.- Op. cit., pág. 253.
- 33.- IBIDEM, pág. 252.
- 34.- En la "Reconstrucción histórica de la confesión", (Op. cit.), PRIETO CASTRO advierte que en la ley alfonsina esta declaración no está concebida como una manifestación de voluntad que abre la puerta a la idea del negocio jurídico o medio de disposición de derechos, sino como manifestación de conocimiento con contenido y destino estrictamente procesales.
- 35.- Así CARNELUTTI: "Documento y negocio jurídico", Op. cit., pág. 526
- 36.- Teoría general de la prueba judicial. Buenos Aires, 1972, Ed. 2ª. Tomo I, pág. 662.
- 37.- "Documento y negocio jurídico", Op. cit., pág. 526
- 38.- El "animus confitendi" es un concepto relativamente moderno, no conocido por los romanos (SECKEL: Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, Jena, 1907).
- 39.- Op. cit., pág. 139.
- 40.- Sobre el problema de la voluntariedad de la confesión y del animus confitendi y sus diversos significados vid. DEVIS ECHEAN-

DIA (Op. cit., pág. 589 y ss).

- 41.- Corte di Cassazione de 4 de febrero de 1949. En uno de sus considerandos a la Sentencia dice: "El **animus confitendi** constituye elemento esencial de la confesión".
- 42.- Los tribunales italianos tienen en cuenta el **animus confitendi** con más rigor en la confesión extrajudicial que en la judicial (Cass. de 27 de julio de 1956 en Nr. 2912, Rep. Foro it. 1943-1945, voce confessione).
- 43.- Sobre el **animus confitendi** en la jurisprudencia italiana y sus diferentes concepciones vid. PANUCCIO: Op. cit., nota 65, pág. 40. Entre las distintas concepciones se pueden citar: a) El **animus** como voluntad y conciencia de obligarse (App. Florence 5 de abril de 1955); b) El **animus** como voluntad para suministrar una prueba al adversario (Cass. 13 de junio de 1956 n.º. 2053); c) El **animus** como intención de suministrar una prueba al adversario, con el conocimiento en el declarante de reconocer un derecho ajeno y de no poderlo después discutir (Cass. 3 de agosto de 1942 n.º. 2391); d) El **animus** como el simple conocimiento de reconocer un hecho ventajoso para la otra parte.
- 44.- "Sull **animus confitendi** e sulla teoria oggettiva della confessione", Riv. Dir. proc., Tomo II, 1950, pág. 17.
- 45.- SERRA DOMINGUEZ al indagar en la naturaleza de la confesión judicial incluye el **animus confitendi** como elemento necesario para aquellas teorías que la consideran como un negocio jurídico, Comentarios al Código civil..., Op. cit., pág. 226.
- 46.- Op. cit., pág. 523.
- 47.- IBIDEM, pág. 532.
- 48.- Op. cit., pág. 210
- 49.- Vid. GOMEZ ORBAJENA: Op. cit., pág. 506.
- 50.- Op. cit., págs. 12, 12 y 18.
- 51.- Op. cit., pág. 18.
- 52.- Opinión también defendida por PRIETO CASTRO: Op. cit., pág. 500
- 53.- Op. cit., págs. 239 y 240.
- 54.- IBIDEM, pág. 242.
- 55.- Op. cit., pág. 216.
- 56.- Op. cit., pág. 582.
- 57.- Op. cit., pág. 144.
- 58.- Op. cit., pág. 238.
- 59.- Op. cit., pág. 492.

- 60.- Op. cit., pág. 582.
- 61.- Vid. BONET y NAVARRO: Op. cit., págs. 214 y ss.
- 62.- Citados por DE CASTRO, Op. cit., pág. 298.
- 63.- Teoría de la prueba legal, Op. cit., pág. 210.
- 64.- IBIDEM, pág. 212.
- 65.- Negocio de fijación y confesión extrajudicial, Op. cit., pág. 33.
- 66.- Una posición muy particular es la mantenida por FURNO, según el cual, conforme al Derecho italiano, una declaración puede ser, a un mismo tiempo, en función de las dos voluntades distintas: la privada y la legal, con eficacia dispositiva y probatoria, según la voluntad de que deriven; una misma declaración puede ser sustantiva y probatoria; la confesión extrajudicial encaja en este tipo de declaraciones. (Teoría de la prueba legal, Op. cit., pág. 211). En los mismos términos Negocio de fijación y confesión extrajudicial, Op. cit., pág. 168.
- 67.- Op. cit., págs. 102 y 103.
- 68.- Op. cit., pág. 110.
- 69.- Distinto es la confesión integradora de un título ejecutivo. Nos referimos a la confesión que se haya prestado en escritura pública, la cual, en virtud del art. 1429 núm. 1 de la LEC constituye título ejecutivo. Así también es título ejecutivo la escritura de reconocimiento. Forman igualmente parte de los títulos ejecutivos los documentos que hayan sido reconocidos bajo juramento ante el Juez competente (art. 1429 núm. 2).
- 70.- En los procedimientos de apremio de negocios de comercio (arts. 1544 y ss. de la LEC) los únicos medios de prueba son los documentos y la confesión judicial.
- 71.- El proceso de ejecución. Barcelona, 1982, pág. 51.
- 72.- Vid. también REYES MONTERREAL: El llamado juicio ejecutivo en la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Tomo I, Ed. 2ª. Barcelona, 1963, pág. 81.
- 73.- Teoría de la prueba legal. Op. cit., pág. 196. Vid también GOMEZ ORBANEJA: Op. cit., pág. 60. En su opinión, "la confesión en sí es, evidentemente, un acto, pero el título ejecutivo está constituido por su documentación en autos".
- 74.- Op. cit., pág. 82.
- 75.- PRIETO CASTRO: Op. cit., pág. 504. al comentar el art. 1231 párrafo 2º del C.c., afirma que se trata de un error, porque si, fuera del proceso la confesión origina un vínculo de carácter contractual recepticio, dentro del proceso no es más que un acto procesal...".

- 76.- Por el contrario SERRA DOMINGUEZ: Comentarios al Código civil... Op. cit., pág. 355, considera que el art. 1231 se aplica indiscutiblemente a la confesión extrajudicial... sin precisar si la capacidad que se requiere para esta confesión se diferencia de la capacidad de un acto procesal.
- 77.- En el Derecho italiano la capacidad que se requiere para confesar es la capacidad para disponer (art. 2731), lo que ha llevado a cierta doctrina, en base a este requisito, a defender el carácter negocial de la confesión. Con el requisito de la capacidad de disponer para la confesión en el Derecho italiano se requiere -según PANUCCIO: (Op. cit., pág. 13) evitar que el incapaz por medio de una confesión realice actos de disposición que le están prohibidos o que mediante tales sean eludidas disposiciones de orden público.
- 78.- No coincide totalmente la capacidad material con la capacidad procesal. Según GOMEZ ORBANEJA los conceptos de capacidad para ser parte y de capacidad para comparecer en juicio son estrictamente procesales. Corresponden a la personalidad y a la capacidad de obrar del Derecho civil, pero no deben confundirse con ellos. (Op. cit., pág. 129).
- 79.- Capacita e minora età nella problematica della persona umana. Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, 1975, pág. 184.
- 80.- Del tema de la capacidad de obrar no se ha preocupado excesivamente la doctrina española, y menos aún de la capacidad de obrar en los actos no negociales. En Italia merece especial consideración el trabajo de MIRABELLI: L'atto non negoziale nel diritto privato italiano. Napoli, 1955, pág. 197. Más concretamente el estudio de STANZIONI: Op. cit., y FALZEA: "Capacità (teoria generale)", en Enc. dir., Milano, 1960, VI, págs. 16-19 y 41-43.
- 81.- FLUME en su magnífica monografía dedicada al negocio jurídico, al plantearse si el art. 104 del BGB es aplicable también a aquellos actos que no son negociales, mas que negar de antemano la aplicación del citado precepto, opina que ello depende de las características propias de cada acto jurídico no negocial ("Rechtshandlungen") Según él: "Viehlmehr ist jeweils zu prüfen, ob betreffs der in Frage stehenden Art der Rechtshandlung die Problematik in Hinsicht auf die Geschäftsfähigkeit die gleiche oder ähnliche ist wie für die das rechtsgechäftliche Handeln" (Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Das Rechtsgeschäft. New York, 1975, pág. 213). Hecha esta advertencia FLUME analiza la capacidad en los actos reales sin unos efectos jurídicos relevantes; la obtención de la posesión; la pérdida de la posesión; la elección y renuncia del domicilio; los actos realizados en el negotium gestororum; el perdón; y finalmente el consentimiento para la intervención quirúrgica.
- 82.- En el mismo sentido STANZIONI: La materia, cioè, esige un'analisi attente ad individuare ed a tener conto della condizioni in presenza delle quali si compie el singolo atto o si effettua la singole dichiarazioni. Op. cit., pág. 148.

- 83.- En cuanto a la determinación de la capacidad de obrar juegan distintos criterios. STANZIONI apunta a tres criterios: a) el criterio del interés; b) el criterio económico-patrimonial; c) el criterio subjetivo o voluntarista (Op. cit., págs. 156 y ss)
- 84.- Vid. SERRA DOMINGUEZ: Op. cit., págs. 251 y 253 y ss.
- 85.- "In effetti, altro è la capacità negoziale; altro è la capacità degli atti non negoziale e dell'illecito. Per questi ultimi basta la capacità naturale, vista como capacità d'intendere e di volere" (STANZIONI: Op. cit., pág. 184).
- 86.- La capacidad de obrar implica una capacidad de entender y de querer que no se puede dissociar totalmente, ya que ambas están unidas por un ligamen que puede ser mayor o menor según sea el acto. Pero esta capacidad de querer y de entender en los actos no negociales es mínima, porque estos actos no están dirigidos a producir unos efectos especiales. Por norma general se antepone la capacidad de querer a la de la capacidad de entender.
- 87.- Arts. 1265-1266 y 1300 v ss. del Código civil.
- 88.- Art. 1234 para la confesión judicial; art. 1895 en relación con el cobro indebido; (art. 1901 del C.c.); arts. 73 y ss. en cuanto a la nulidad del matrimonio; arts. 673 y 674 para los testamentos; art. 444 para la posesión; etc.
- 89.- La nulidad de los actos jurídicos. Barcelona, 1947, pág. 380.
- 90.- La misma objeción la hace De la MOUTTE: L'acte juridique unilateral. Paris, 1951, pág. 204.
- 91.- "El art. 1234 entendido literalmente nos llevaría a consecuencias absurdas y totalmente inadmisibles". (GONZALEZ ENRIQUEZ. Op. cit., pág. 483.
- 92.- La posibilidad de revocación sólo deberá afectar a la confesión extrajudicial, porque la otra clase no es más que un acto procesal, manifestación de conocimiento, en su esencia tan irrevocable como no podría revocarse una admisión hecha en cualquier escrito instructorio". (PRIETO CASTRO: Op. cit., pág. 505).
- 93.- PANUCCIO prefiere hablar de rectificación en vez de revocación. "Es manifiesta la distinción entre la revocación y rectificación, o sea, entre el acto con el cual se elimina una declaración de voluntad y aquél mediante el cual se resta eficacia, en todo o en parte, a una declaración de ciencia. El primero es seguramente acto de voluntad; el segundo es, en su lugar, una declaración de ciencia. En conclusión, dice, atendiendo a entrambos tipos de declaraciones y a entrambos remedios (revocación y rectificación), que, mientras las declaraciones de voluntad son revocables, no rectificables, las declaraciones de ciencia son rectificables, no revocables" (Op. cit., págs. 50 y 51)
- 94.- Op. cit., pág. 111.
- 95.- Para GONZALEZ ENRIQUEZ (Op. cit., pág. 483) el error de hecho

se entiende como el error en el contenido de la confesión, es decir, error al creer que lo confesado era cierto no siéndolo en realidad.

- 96.- "La fórmula del C.c. debe ser rectificada en el sentido de interpretarlo, dando al concepto de error no su sentido técnico de vicio de voluntad, sino su sentido más amplio y vulgar de pura discordancia con una realidad" (GUASP: Derecho procesal civil. Tomo I, Ed. 3ª. Madrid, 1968, pág. 362)
- 97.- Comentando el art. 1356 del C. civil francés De la MOUTTE dice: "L'erreur est prise ici en consideration, non point parce qu'elle a pu alterer le consentement, mais parce qu'elle a provoqué une déclaration contraire a la réalité, laquelle dans ces condictions, doit être tenue pour inopérante... L'aveu, par bien des aspects, est traité par le législateur, en véritable acte juridique, mais sa fonction probatoire lui confère une nature particulière. Que la volonté du déclarant ait été viciée, le fait est secondaire, ce qui importe, c'est de savoir si la déclaration est exacte ou inexacte". (Op. cit., págs. 199 y 200).
- 98.- SERRA DOMÍNGUEZ considera al error de hecho no como un vicio de voluntad: "La rectificación de la confesión sólo se permite acreditando el error involuntario del confesante, no porque dicho error implique un vicio de voluntad, sino por suponer la quiebra del carácter de prueba legal de la confesión en juicio" (Comentarios al Código civil... Op. cit., pág. 310).
- 99.- A veces basta con demostrar solamente la inexistencia de un hecho conexo con el que se ha confesado" (PANUCCIO: Op. cit., pág. 56).
- 100.- Así GONZALEZ ENRIQUEZ (Op. cit., pág. 483) opina que el error de Derecho que está excluido del art. 1234 es el error sobre las consecuencias jurídicas de la propia confesión, es decir, ignorar su carácter de prueba y su irrevocabilidad.
- 101.- Op. cit., pág. 522.
- 102.- La ignorancia de la ley tiene mayor incidencia en la confesión extrajudicial cuando tiene valor de prueba legal.
- 103.- Por razones metodológicas incluimos aquí el error obstativo.
- 104.- Op. cit., págs. 57 y 58.
- 105.- Según SERRA DOMÍNGUEZ la violencia producida extraprocesalmente es distinta. Esta relevancia procesal únicamente a efectos de "Fictia confessio", al impedir que el confesante acuda a la citación judicial (Comentarios al Código civil... Op. cit., pág. 303).
- 106.- DE COSSIO Y CORRAL: El dolo en el Derecho civil. Madrid, 1952, pág. 32.
- 107.- DIEZ-PICAZO: Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Madrid, 1978, Vol. 1º, pág. 115.

- 108.- Op. cit., pág. 150.
- 109.- Comentarios al Código civil... Op. cit., pág. 304.
- 110.- La declaración confesoria, por razón de su naturaleza, se presta más a la impugnación de los hechos, o bien por falsedad, o bien por error de hecho, que a la impugnación por dolo.
- 111.- Op. cit., pág. 60.
- 112.- Sobre las tendencias objetivas y subjetivas del fraude de ley vid. DE LA VEGA BENAYAS: Tecría, aplicación y eficacia de las normas del Código civil. Madrid, 1976, Ed. 1ª. págs. 216 y ss. Vid. también la tesis doctoral de NAVARRO FERNANDEZ El fraude de ley, realizada en el Departamento de Derecho Civil, 1ª Cátedra, Granada, 1984.
- 113.- Entre otros, LESSONA, por el contrario, admite la rectificación de la confesión por fraude (Op. cit., pág. 519).
- 114.- El Proyecto de 1851 del Código civil no contiene párrafo semejante.
- 115.- Op. cit., pág. 264.
- 116.- Hay un cierto temor a que las confesiones en el ámbito del derecho patrimonial familiar sean utilizadas para defraudar a la ley. Vid. VALLET DE GOYTISOLO: Op. cit., págs. 477 y ss.
- 117.- Op. cit., pág. 491.
- 118.- Op. cit., pág. 61.
- 119.- Comentarios al Código civil... Op. cit., pág. 264.
- 120.- La simulación de los negocios jurídicos. Trad. Rafael ATTARD y Juan DE LA PUENTE. Madrid, 1962, pág. 122. Vid. también MARANI: La simulazione negli atti unilaterali. Padua, 1971.
- 121.- Op. cit., pág. 140.
- 122.- IBIDEM: pág. 141.
- 123.- IBIDEM, pág. 142.
- 124.- Op. cit., pág. 136 y 137.
- 125.- Comentarios al Código civil... Op. cit., pág. 305.
- 126.- Op. cit., págs. 735 y 736.
- 127.- IBIDEM, pág. 730.
- 128.- IBIDEM, pág. 731.
- 129.- Sobre la falsedad y sus distintos significados vid. Nueva Enciclopedia jurídica Tomo IX, 1958, págs. 467 y ss.

Sobre la falsedad penal vid. HERNANDEZ GUIJARRO, J.J.: "Naturaleza de falso testimonio" ADP, 1967, págs. 333 y ss.; JIMENEZ ASENJO: "Falso testimonio", NEJ, Tomo IX, 1958, págs. 527 y ss.; TORIO LOPEZ, A.: "Introducción al falso testimonio" ADP, 1965, págs. 37 y ss.

Según QUINTANO RIPOLLES la noción de falsedad en el Derecho civil se concreta principalmente en dos circunstancias contractuales: la simulación y el dolo, reunidos en el sustento común y negativo de falta de veracidad que se aproxima invenciblemente a la falsedad criminal. La falsedad documental. Madrid, 1952, pág. 17.

- 130.- "La indivisibilidad de la confesión nada prueba a favor de la configuración negocial: ella se establece para favorecer las confesiones y la verdad en el juicio, no ya como defensa de la voluntad del confesante, y puede justificarse según el carácter objetivamente desfavorable para el declarante, del hecho confesado" (PANUCCIO: Op. cit., pág. 14).
- 131.- Teilbarkeit und Unteilbarkeit des Geständnisses im Zivilprozess. Berlin- New York, 1972, pág. 57.
- 132.- Comentarios al Código civil... Op. cit., pág. 288.
- 133.- Op. cit., pág. 760.

CAPÍTULO SEGUNDO. LA ESCRITURA DE RECONOCIMIENTO.

I. DELIMITACION PREVIA.

Para una exacta comprensión del significado de la escritura de reconocimiento, incluida entre los documentos públicos mencionados por el Código civil, es oportuno la previa delimitación de ésta con figuras afines.

La escritura de reconocimiento ha sido identificada por parte de la doctrina con el fenómeno de la repetición o reproducción de los negocios jurídicos. Tienen de común ambos la sucesión de dos declaraciones. Pero se distinguen en la naturaleza de la declaración que sucede a la declaración anterior. En la escritura de reconocimiento la segunda declaración es siempre de naturaleza confesoria; en la repetición o reproducción, por el contrario, la declaración posterior es de la misma naturaleza que la anterior, por norma general de tipo negocial. La voluntad de reconocimiento en una escritura pública es la de hacer constar la existencia de un documento que contiene un hecho constitutivo. La voluntad que se repite es necesariamente de idéntica naturaleza que la voluntad repetida. Distinto es el significado que se quiere atribuir a la voluntad de repetir o reproducir, la cual, para alguna doctrina, constituye una categoría negocial inominada (1). Sólo en un supuesto la transcripción no es propiamente un fenómeno de repetición o reproducción: cuando la transcripción del texto se hace "en pasado". No es lo mismo

volver a declarar que "vendo o compro" que declarar que "he vendido o he comprado".

Tampoco cabe encuadrar la escritura de reconocimiento en la renovación o **renovatio contractus**. Las cuestiones que en torno a la renovación, y en especial, a la **renovatio contractus** se plantean, como la insularidad de la segunda declaración respecto de las anteriores, no son trasladables a la escritura de reconocimiento.

Distintos a la escritura de reconocimiento es también el reconocimiento de una obligación. La escritura de reconocimiento tiene por objeto el reconocimiento de la existencia de un documento. Implícitamente se reconoce el hecho que dió origen al documento reconocido, pero el hecho constitutivo -la obligación- puede ser reconocido también directamente. En este caso el supuesto no es subsumible en el art. 1224 del C.c. Con mayor razón deben separarse nítidamente ambas figuras cuando el reconocimiento de una obligación no es confesorio sino negocial.

Idéntico planteamiento debe hacerse cuando el reconocimiento es propiamente una fijación jurídica, preferentemente transaccional, o de tipo novatorio. La fijación de una relación jurídica, como expresión de una voluntad negocial, no tiene su fuente legal en el art. 1224. Por otro lado, este precepto alude **in fine** a la novación, pero entonces yo no se trata de una escritura de reconocimiento, sino de un acuerdo novatorio de naturaleza negocial y de eficacia constitutiva inserto en un documento público.

Conviene también precisar de nuevo el alcance del significado de la confirmación en el Derecho moderno, mas cuando la escritura de reconocimiento tiene su origen en la confirmación **in communi** y en la confir-

mación *in speciali*. Hoy la confirmación *in communi*, como término, está en desuso, siendo la escritura de reconocimiento la que cumple las funciones de aquélla figura. La confirmación *in speciali*, a parte de significar la transcripción literal en "pasado" del documento anterior, ha evolucionado hacia dos instituciones que tienen hoy unos perfiles propios perfectamente delimitados. Nos estamos refiriendo a la confirmación como acto para sanar los vicios de un contrato anulable (arts. 1310 y ss. del C.c.) y la confirmación como acto novatorio (art. 1224 *in fine*).

Es común la afirmación de que la escritura de reconocimiento es un documento probatorio que tiene por contenido una declaración confesoria que versa sobre la existencia de un documento que, a su vez, contiene un hecho constitutivo. Independiente de la naturaleza confesoria de esa declaración, que nadie pone en duda, habrá que plantearse sí es subsumible en los arts. 1231 y ss. del C.c. que regulan la confesión extrajudicial.

Por último, puede distinguirse de la escritura de reconocimiento la copia de documentos originales, la cual es sólo un documento que se limita a probar un documento precedente, sin contener voluntad alguna.

## II. ANTECEDENTES HISTORICOS.

Para comprender la verdadera dimensión del art. 1224 del C.c. no pueden ser ignorados sus antecedentes histórico-legislativos. Anterior al Código de Napoleón se distinguen dos especies de documentos reconocitivos, según su fuerza probatoria: A) Aquéllos en los cuales el documento primordial consta en su integri-

dad que equivale al título primordial y que dispensa al acreedor de presentarlo, cuando se haya perdido. B) Los reconocimientos en los cuales no consta el contenido del título primordial. No eran admitidos como prueba y su único efecto era interrumpir la prescripción.

Los documentos recognoscitivos **in forma speciali** -documentos recognoscitivos que transcriben el título primordial- y los actos recognoscitivos **in forma communi** -documentos recognoscitivos en los que no consta el título primordial- es una distinción que estableció DUMOULIN en su Commentaire sur la Coutume de Paris. POTHIER recogió esta distinción en su obra Des obligations (2), que después pasó al Código civil francés. El art. 1337 regula, en primer lugar, el documento recognoscitivo ~~en el cual el título precedente está especialmente relatado.~~ <sup>-se habla de actos recognoscitivos-</sup> En segundo lugar, hace referencia a los documentos recognoscitivos que transcriben con exceso o con deficiencia el título primordial. Y, por último, contempla un supuesto más específico: varios reconocimientos conformes, que están sostenidos por la posesión, teniendo uno de ellos por fecha más de 30 años.

?  
Sólo los primeros tienen eficacia probatoria y dispensan al acreedor de aportar el título primordial. Los ~~otros~~ <sup>de más</sup> documentos no tienen eficacia probatoria. <sup>\*</sup> Esta formulación legal del Código civil francés sobre el documento recognoscitivo pasó al Código civil italiano de 1865, pero con ~~una~~ <sup>la</sup> innovación ~~importante~~ <sup>de</sup> no establecer ninguna distinción entre el reconocimiento **in forma speciali** y reconocimiento **in forma communi**, lo que permitió atribuir tanto a uno y otro reconocimiento fuerza probatoria. Estas directrices las acoge de nuevo el Código civil italiano de 1942 en la redacción del art. 2720. En España, aunque el proyecto del Código civil de 1851 -art. 1218- se inclina por el Código francés, el Código civil de 1888 opta por la no distinción entre ambos tipos de escritura de reconocimiento, por lo que tiene eficacia probatoria cualquier escritura de reconocimiento, siempre que no se aparten por exceso u omisión del

En cuanto al último supuesto, el acreedor podrá no disponer de presentar el título primordial

contenido del título primordial.

### III. LA AUTONOMIA DE LA ESCRITURA DE RECONOCIMIENTO.

La escritura de reconocimiento es un documento público que tiene por contenido una declaración confesoria, cuyo objeto es, como se deduce de la lectura del art. 1224, un documento anterior, el cual tiene a su vez por contenido un acto o un contrato. Este documento puede ser transcrito literalmente -estaríamos en entonces en presencia de un documento recognoscitivo **in speciali**- o puede hacerse una referencia de modo más general -sería entonces un documento recognoscitivo **in communi**-. Una y otra escritura de reconocimiento tienen eficacia probatoria.

Constituyen un medio probatorio **sui generis** por razón de su objeto consistente en un título o en un documento, adquiriendo un significado especial cuanto éstos son transcritos literalmente.

Lo que caracteriza a la escritura de reconocimiento, respecto de la confesión extrajudicial contenida en una escritura pública y de la repetición o reproducción de un negocio jurídico anterior, es el título o el documento objeto del reconocimiento.

Son, por tanto, supuestos diferentes: 1) la confesión extrajudicial directa de un acto o de un contrato hecha en escritura pública subsumible en los arts. 1231 y ss. del C.c. y demás normas referentes a la prueba del documento público; 2) la reproducción o repetición de un negocio jurídico, figura más bien doctrinal, no regulada positivamente, y 3) la escritura de reconocimiento que versa directamente sobre un título o un do-

cumento, figura a la que hace referencia expresa el art. 1224 del C.c.

Vamos a desarrollar a continuación estas ideas, que consideramos esenciales, para comprender el verdadero alcance de la escritura de reconocimiento del art. 1224.

Quien conoce con profundidad las dificultades de lo que se entiende por escritura de reconocimiento se habrá percatado que disentimos totalmente de lo manifestado por NUÑEZ LAGOS, para quien el objeto de la escritura no es el documento, sino el acto o contrato que en el se contiene. Su tesis es la siguiente: "En la escritura de reconocimiento hay en juego dos declaraciones del mismo contenido pero en tiempo diverso: la declaración de voluntad contenida en el documento primario que pertenece al pasado, y la declaración de verdad de la escritura pública que pertenece al presente. La primera pasa a la escritura pública, pero no como tal declaración de voluntad -sería un fenómeno de reproducción-, sino como declaración de verdad" (3).

Pero qué es lo que se reconoce ¿el acto o contrato?, como da a entender NUÑEZ LAGOS, o ¿el documento?, como defendía ya CARNELUTTI (4).

Admitir la posición de NUÑEZ LAGOS significa, en nuestra opinión, que el contenido de la escritura de reconocimiento es idéntico al de un documento público que tiene por contenido una confesión extrajudicial que asevera un acto o un contrato anterior. En este caso la escritura de reconocimiento dejaría de ser una categoría judicial autónoma y consecuentemente el art. 1224 no tendría **ratio** alguna. Pero como dato mucho más relevante es que si la tesis de NUÑEZ LAGOS es la verdadera, los criterios de impugnación de la escritura a los que hace referencia el art. 1224 no tienen mucha razón de ser, siendo aplicables más bien los criterios genera-

les de cualquier confesión extrajudicial.

Recientemente ha sido un jurista italiano, GRAZIANI, quien se ha preocupado de este tema, y cuya postura suscribimos totalmente. Para GRAZIANI debe distinguirse la declaración de reconocimiento de un documento precedente que indica el hecho constitutivo y la declaración de reconocimiento que directamente tiene por objeto el hecho constitutivo (5). La primera es una verdadera y propia **declaración contra se** que tiene por objeto el hecho de la existencia de un documento precedente (6), y en la segunda se constata directamente el hecho constitutivo de derecho (7). Pero GRAZIANI aún matiza más la distinción. En aquélla el hecho constitutivo es probado indirectamente mientras que en ésta el hecho es probado directamente (8). Entendemos, por citar un ejemplo, que no es lo mismo reconocer en documento público la existencia de una letra de cambio, documento que se reconoce, que reconocer en ese mismo documento la obligación crediticia que dió origen a la letra de cambio. No es lo mismo, tampoco, reconocer un documento de servidumbre que reconocer la relación jurídica que se ha creado mediante la servidumbre. Ello tiene, como hemos dicha antes, una trascendencia práctica a la hora de impugnar las declaraciones de reconocimiento.

Además, la eficacia probatoria no es la misma. Cuando el objeto de la escritura es directamente el hecho constitutivo, su eficacia probatoria es más intensa que cuando tiene por objeto sólo un documento. La escritura de reconocimiento prueba la certeza de la existencia del documento, pero no el acto o contrato contenido en él. En este sentido no tiene razón CORDON MORENO, cuando considera que una u otra postura carece de trascendencia practica (9).

Vamos a matizar un poco más nuestro pensamiento. Partimos de la idea de que la escritura de reconocimiento tiene por objeto un documento y no un acto o

un contrato. El documento reconocido a su vez prueba ese acto o ese contrato. Siguiendo paso a paso la formulación de este documento podemos apreciar hasta tres medios probatorios: 1) La escritura de reconocimiento que prueba la declaración de reconocimiento. 2) La declaración de reconocimiento que prueba el documento reconocido. 3) Y éste prueba el acto o contrato contenido en el documento primitivo. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1218 el documento público sólo alcanza a la declaración confesoria, el hecho que motivó al otorgamiento de la escritura pública, pero no al documento ni a los hechos constitutivos. El valor probatorio del documento depende de la confesión misma, y los hechos del documento confesado. Se puede objetar que el documento confesado, al ser el objeto de la declaración de reconocimiento, forma también parte del hecho que motivó la realización de la escritura de reconocimiento. Desde esta óptica, el documento público prueba con la misma intensidad la declaración de reconocimiento como el documento confesado. Pero <sup>se</sup> se benefician de la prueba legal los hechos constitutivos relatados en el documento original. Estos hechos hay que valorarlos libremente.

Hay otros argumentos para fundamentar que la escritura de reconocimiento es un reconocimiento de un documento y no de un acto o de un contrato:

1) En su origen histórico, la escritura de reconocimiento era un documento reconocitivo de otros documentos.

2) El art. 1337 del Código civil francés, que inspiró a los Códigos posteriores, no hace alusión al acto o contrato, sino que en los tres párrafos que dedica a la escritura de reconocimiento habla siempre de título primordial.

3) Nuestro proyecto de 1851 en los dos párrafos del art. 1218 utiliza la expresión "título primordial".

4) Esta es también la **ratio** de los arts. 540 y 1641 del C.c. en materia de las servidumbres no usucapibles y de la enfiteusis.

5) Y aunque el art. 1224 utiliza los términos "escrituras de reconocimiento de un acto o contrato" se refiere al reconocimiento de documentos cuando a continuación establece que "ésta nada prueba contra los documentos en que éstos hubiesen sido consignados que por exceso u omisión se aparten de él".

Queda claro, pues, que en la escritura de reconocimiento se reconocen documentos, no actos ni contratos. O en otras palabras, mediante la escritura de reconocimiento se prueban directamente documentos e indirectamente los actos o contratos contenidos en él.

A continuación, nos vamos a centrar en la escritura de reconocimiento que recoge el tenor literal del documento anterior. Este tipo de reconocimiento ha recibido el nombre de documento **recognoscitivo in speciali**, siendo el caso más típico la elevación a escritura pública de un documento privado. ¿Pero cuál es el presupuesto para determinar en qué supuestos es aplicable el art. 1224?. O en otras palabras, ¿cuándo estamos ante un fenómeno de repetición y cuándo ante una escritura de reconocimiento en caso que se transcriba literalmente el documento anterior?.

Es común, como ya se ha repetido varias veces, entre la escritura de reconocimiento y la repetición, la sucesión de dos declaraciones. Pero cuando se trata de una escritura de reconocimiento la declaración contenida en la misma es de naturaleza confesoria, refiriéndose a un hecho pasado, mientras que en la repetición la declaración que se repite es de idéntica naturaleza que la que se repite, creando una situación de "presente". En la repetición o reproducción no hay ninguna voluntad de confesar, sino la de repetir, la cual se presta por razones de diversa índole, como es la de dar una

mayor publicidad al documento anterior, otorgar al documento una mayor eficacia probatoria, inscribir el documento en el Registro de la Propiedad, gozar de la protección registral... En ninguno de estos supuestos hay propiamente una confesión de un documento anterior, ni del acto o contrato contenido en él.

Así, por ejemplo, consideramos distinto el supuesto del documento en el cual se transcribe literalmente el documento precedente que contienen el acto o contrato, con la única finalidad de repetir el contenido, pero en un documento más solemne, que el documento en el cual, transcribiendo literalmente el contenido, se reconoce el documento anterior.

Pero, ¿dónde está realmente la diferencia entre uno y otro supuesto?. ¿Cómo podemos percibir que se trata de una repetición o de una escritura de reconocimiento?.

Si la voluntad de repetir es la de volver a declarar la voluntad anterior, siendo ésta de idéntica naturaleza que aquélla, la transcripción tendrá que hacerse en presente. Ahora si la voluntad de reconocer es dar a conocer un hecho pasado, la transcripción tendrá que hacerse en pasado. No es lo mismo declarar de nuevo que "vendo" o "compro" que declarar que "he vendido" o "he comprado", aunque ambas declaraciones se prestan en un documento público. Existe un matiz importante que diferencia las dos declaraciones. La repetición, aunque se refiere a un hecho pasado, actualiza ese hecho, crea una situación nueva, aunque el contenido no varía respecto del documento anterior. Por el contrario, en la escritura de reconocimiento se reconoce sólo un hecho pasado, pero no se llega a actualizar ni se crea una situación nueva.

La transcripción literal del documento primor-

dial en la escritura de reconocimiento tiene su origen en la antigua distinción que estableció DUMOULIN, y en la que se inspiraron los legisladores del Código de Napoleón. La exigencia de DUMOULIN, para que la escritura tenga eficacia probatoria - que la transcripción se haga conforme al contenido del documento original - tuvo como fruto que el art. 1337 del Código civil francés exija que el tenor del documento primordial esté "spécialement relatée", si no el acreedor estaría obligado a presentar aquél documento. Esta exigencia de la literalidad, por lo menos en sus orígenes, dió lugar a que la repetición de un negocio en documento público y la escritura de reconocimiento eran una misma cosa.

Inmediatamente a la publicación del Código civil, sus comentaristas se preguntaron por el significado de aquella formulación. Para LAURENT no hace falta que el título primario sea copiado literalmente: "la ley no lo exige. A partir de aquí "es difícil definir lo que el acto de reconocimiento debe contener, porque se puede decir que el tenor del acto primitivo está en lo relatado; es menos que la transcripción de la que habla el art. 1336 y más que lo sustancial de la obligación (10) que el art. 1336 exige para los actos confirmativos; hace falta, pues, decir, con los autores, que las disposiciones del título deben ser reproducidas, pero que no deben serlo textualmente" (11). Otros, como AUBRY y RAU, piensan que la expresión parece haber sido añadida con la intención de exigir lo que resulta del conjunto del acto reconocitivo que reproduce las disposiciones mismas del título primordial (12).

Lo sorprendente es que Códigos tan significativos como el italiano de 1865 y el español de 1888 no acogen en su sede normativa esta expresión. Incluso el proyecto de GARCIA GOYENA da un ligero giro al disponer en el art. 1218 que "para que una escritura de reconocimiento dispense de la presentación del título primordial, debe contener sustancialmente el tenor de este úl-

timo". Existe ciertamente un matiz importante entre que la escritura de reconocimiento contenga sustancialmente lo dispuesto en el documento precedente o que éste sea especialmente relatado en documento público posterior. Incluso ya LAURENT en su análisis del art. 1337 mantiene que es suficiente para cumplir con el mandato de este precepto "que la convención original se encuentre relatada en sus cláusulas esenciales" (13).

En razón de la propia formulación del art. 1224 de nuestro Código, el planteamiento, ya en terrenos de la civilística española, es parcialmente distinto al conceder este precepto eficacia probatoria tanto a la escritura de reconocimiento que transcribe el documento original como a aquélla que no lo transcribe.

Para NUÑEZ LAGOS, principal estudioso de la escritura de reconocimiento en nuestro país, el art. 1224 contempla los supuestos de la escritura pública con exhibición del documento primario y la escritura de reconocimiento sin exhibición de ese documento (14). Cuando se exhibe el documento primario en la escritura, aquél puede ser privado o público, el cual puede ser incorporado a protocolo -distingue aquí a su vez entre la protocolización principal y la protocolización accesoria o puede ser transcrito. En los supuestos de protocolización no hay propiamente una transcripción. En cuanto al documento primario transcrito en escritura pública, NUÑEZ LAGOS entiende que "la transcripción puede ser íntegra o sólo de la parte fundamental, eliminando lo episódico y circunstancial que ya no tuvieran vigencia" (15).

Este es también el parecer de la Sentencia de 28 de octubre de 1944 (R. 1179), única sentencia del Tribunal Supremo que se pronuncia directamente sobre el alcance del art. 1224 del C.c., según la cual "el art. 1224 no tiene otra significación que la de medio de reconocimiento de un acto o contrato preexistente; y es

notorio que así como en este caso, de igual modo que cuando el acuerdo primario y la escritura coinciden, ésta no hace otra cosa que dar forma a la ya preexistente".

Para nosotros no hay duda que el art. 1224 contempla los supuestos de transcripción de un documento preexistente en escritura pública. Pero esta transcripción, como hemos defendido en páginas anteriores, deberá hacerse "en pasado". Si la misma se hace "en presente" ya no estamos ante un supuesto de escritura de reconocimiento sino en el de la repetición de un acto o contrato o de un negocio jurídico anterior. La declaración transcrita "en presente" comparte con la escritura de reconocimiento que ambas suceden a una declaración anterior. Pero se diferencian de ésta en que se "actualiza" la voluntad anterior, que se repite, por norma general, en un documento más solemne. La declaración de reconocimiento, aunque sea un transcripción pero "en pasado", se ciñe a confesar la existencia de un documento, y el hecho constitutivo contenido en éste sigue perteneciendo al pasado. Sólo se da a conocer un documento. No es lo mismo la expresión en documento posterior "compro-vendo", aunque ya anteriormente se constituyó el contrato de compraventa, que la expresión "he comprado-he vendido". Volver a repetir es actualizar la voluntad que en su día ya se prestó. Reconocer, sin embargo, es quedarse en el pasado; es una confesión, no una repetición.

Estas ideas tomadas de IRTI se manifiestan, según él, en resultados más concretos: a) Los negocios repetidos son idóneos para desarrollar los mismos efectos, mientras que el efecto de la confesión es heterogéneo y diverso del efecto del negocio narrado. b) Los legitimados a repetir son las partes del primer negocio, mientras que la confesión es una declaración unilateral (16).

Aunque NUÑEZ LAGOS no se pronuncia directamente sobre esta cuestión, parece que adopta por la misma distinción, cuando afirma que la primera declaración pasa a la escritura de reconocimiento, pero no como tal declaración de voluntad, sino como declaración de verdad. En la escritura pública no se dice "quiero", en tiempo presente, sino, en tal fecha, quise, hice, etc., siempre refiriéndose a un hecho pretérito (17).

¿Qué sucede cuando la escritura pública difiere del contenido documento original?. Dispone el art. 1224 que en este caso la escritura nada prueba 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. ¿Quiere decir esto que la escritura de reconocimiento no tiene en este caso ninguna eficacia probatoria?. ¿O significa más bien que el documento anterior ya no hace prueba contra terceros, sino sólo interpartes?. Admitir lo primero significaría que siempre que la transcripción no se haga literalmente, la escritura no sería un documento probatorio. Además excluiría los supuestos de reconocimientos *in communi*. El único sentido que puede tener la disposición legal es que el documento posterior, que difiere del contenido del documento anterior, es el que hace prueba contra terceros, mientras que el documento anterior sólo hace prueba interpartes.

En caso de divergencia interpartes ¿prevalece lo dispuesto en la escritura pública?, ¿hay que tener en cuenta los actos anteriores para una correcta interpretación de la voluntad de los contratantes?. La primera solución fue defendida en la Sentencia antes mencionada, la del 28 de octubre de 1944, y que representa la llamada teoría de la insularidad, que se caracteriza por aislar la escritura pública, su contenido, de los actos anteriores, estableciendo que "no es posible hacer prevalecer contra los términos categóricos y claros

del documento notarial una posible convención anterior que no sólo se llevó a la escritura, sino que pugnaba abiertamente con la estipulación anterior". La segunda solución, la cual nos parece la más correcta, es la que mantiene DE CASTRO, quien al estudiar la sustantividad de la escritura pública, teniendo presente la Sentencia antes referida, afirma que "la ley no permite un corte arbitrario de la declaración negocial, atender sólo a lo escriturado y considerar extrajurídico o fuera del negocio todo lo demás" (18).

Una u otra solución, sin embargo, no son aplicables cuando la escritura tiene por contenido una declaración confesoria, es decir, cuando se refiere a un hecho pasado. En este caso, prevalece la declaración negocial sobre la que versa la confesión, sin que sea necesario una interpretación conjunta de ambas declaraciones.

El art. 1224 admite también escrituras públicas de reconocimiento sin exhibición de documento primario, o lo que es lo mismo, el art. 1224 incluye las escrituras que no trascriben el contenido del documento que contiene el hecho constitutivo. En la práctica, dice NUÑEZ LAGOS (19), se dan las siguientes situaciones: a) reconocimiento de deudas o de saldos deudores; b) reconocimiento de censos, en especial enfiteusis o cargas reales análogas; c) reconocimiento de servidumbre no usucapibles.

Unas breves reflexiones sobre cada tipo de escritura de reconocimiento.

La escritura puede tener por contenido una confesión que se refiere directamente a la existencia de una deuda o a la relación jurídica originaria de la deuda. En ninguno de estos supuestos es aplicable el art. 1224. Sólo cuando en la escritura se alude directamente al documento en el que consta la deuda cabe ha-

blar de una escritura de reconocimiento.

También cabe reconocer en escritura pública títulos constitutivos de derechos reales. Cuando se reconoce un documento anterior que prueba la existencia de la propiedad, de la servidumbre, del censo o de cualquier derecho real, la norma a aplicar es el art. 1224. Pero si se alude directamente al hecho constitutivo sin más, entónces se trata de una escritura que contiene una declaración confesoria.

La eficacia de la escritura de reconocimiento se manifiesta en diversos aspectos:

- 1) Interrupción de la prescripción (1948 y 1943 del C.c.).
- 2) Por su forma pública tiene eficacia ejecutiva (art. 1429 núm. 1 de la LEC).
- 3) Produce el efecto de la prórroga cuando la declaración reconocida hubiese perdido su vigencia.
- 4) Es un medio probatorio de los incluidos en los documentos públicos.

- 1.- "L'accordo di ripetizione è figura di negozio innominato", como dice IRTI: Op. cit., pág. 159.
- 2.- Tomado de PLANIOL y RIPPERT Tratado Elemental de Derecho Civil. Las Obligaciones., Trad. de la Ed. 12ª. por M. CAJICA, Ciudad de Méjico, 1945, pág. 92.
- 3.- Contenido sustantivo de la escritura pública. Op. cit., pág. 124
- 4.- "El documento reconocitivo es un documento en el que se contiene el reconocimiento de la existencia de un documento precedente". "Note in margine alle nuove leggi processali", Riv. Dir. proc., 1942, pág. 234
- 5.- Op. cit., págs. 97 y ss.
- 6.- IBIDEM, pág. 98.
- 7.- IBIDEM, pág. 99
- 8.- IBIDEM, pág. 102.
- 9.- Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Tomo XVI, Op. cit., pág. 174.
- 10.- Principes de Droit civil français. Paris-Bruxelles, 1976, Tomo XIX, pág. 415.
- 11.- Citado por LAURENT: Op. cit., pág. 416.
- 12.- IBIDEM, pág. 416.
- 13.- Contenido sustantivo de la escritura pública. Op. cit., págs. 120 y ss.
- 14.- IBIDEM, pág. 122.
- 15.- Op. cit., págs. 63-64.
- 16.- Contenido sustantivo de la escritura pública. Op. cit., pág. 124.
- 17.- Op. cit., pág. 310.
- 18.- Contenido sustantivo de la escritura pública. Op. cit., págs. 124.
- 19.- La opiniones de NUÑEZ LAGOS resultan confusas y contradictorias. Primero dice que la parte confesoria es tan simple que queda reducida a la confesión de la certeza de la deuda. Pero después añade que estamos ante un reconocimiento constitutivo, siendo no aplicable el art. 1224 en cuanto a la deuda confesada (IBIDEM, pág. 124).

CAPITULO TERCERO. EL RECIBO COMO MEDIO DE PRUEBA DE DEUDA.

El recibo constituye un ejemplo típico de medio de prueba de deuda, concretamente que la deuda ha dejado de existir. Tiene, por tanto, un significado negativo o liberatorio, en cuanto que prueba que el deudor ha cumplido con su prestación. Extendido por el acreedor a favor del deudor, el recibo sirve a éste como medio de prueba de la extinción de la obligación que tenía con aquél. Normalmente en el recibo se alude a la causa de la extinción de la obligación, por ejemplo, entrega de materiales, prestación de un servicio, compra de un bien, etc., siendo el medio de prueba para el deudor de haber pagado el precio. A veces, en el recibo sólo se constata haber recibido X tal cantidad, lo que dificulta conocer cuál es el fundamento de esta entrega de dinero reflejada en el documento de recibo. El recibo, en ocasiones, constituye un medio de prueba de haber entregado anticipadamente una cantidad de dinero, por ejemplo, cuando es a préstamo (1); incluso, el recibo puede ocultar una donación o algún acto fraudulento.

Esta descripción casi formalista del recibo puede dar a entender que este medio de prueba está fuera de las discusiones doctrinales que tan prolíferas son en los demás medios probatorios que constatan la existencia de la deuda. Pero este estado pacífico sólo lo es aparentemente. También aquí la doctrina se ha esforzado en dar explicaciones en cuanto al significado de la declaración contenida en el recibo.

NOTAS CAPITULO SEGUNDO TITULO SEGUNDO

Destaca especialmente la dada por BÄHR, para quien el recibo contiene un reconocimiento contractual negativo, y, por tanto, vinculante para el acreedor. Equipara el recibo al reconocimiento negativo de deuda, por el cual, el acreedor declara a favor del deudor inexistente la deuda. "Su propio nombre (en alemán "Quittung") afirma, indica que no se trata de un medio de prueba, sino de un acto de voluntad". "Sin duda, nos dice, se puede alegar que el expedidor quiere mediante tales documentos -se refiere también al documento de deuda (Schuldschein)- obtener contra sí un medio de prueba. Pero querer un medio de prueba para la deuda, significa querer la deuda, y querer la deuda, significa prometer la deuda" (2). Equipara el recibo, también el documento de deuda, a los contratos romanos formales. Incluso, señala, "se podría denominarlos como la moderna stipulatio y acceptilatio" (3). Y en consecuencia, a efectos procesales, el recibo da lugar a una excepción independiente, procesalmente diferente de la demanda y de la excepción de la relación material (4). Comparte estas ideas también COLLATZ, para quien el recibo contiene un contrato de extinción de deuda, afirmando "que si el recibo quiere tener realmente una configuración jurídica ha de ser como un contrato de reconocimiento negativo" (5). Incluso WINDSCHEID, aunque sólo excepcionalmente, admite que el recibo puede contener un reconocimiento obligatorio, especialmente cuando se emite con conocimiento de que no ha habido pago y no en vista de pago (6).

Principalmente por las consideraciones de BÄHR, otro jurista alemán, BULOW, volvió a plantearse la naturaleza jurídica del recibo, negándole cualquier naturaleza negocial o contractual, y, por tanto, cualquier identificación con el recibo negativo de deuda. Los criterios que establece son los siguientes:

1) El reconocimiento negativo tiene por objeto inmediato la inexistencia de una relación obligacional. El recibo, que lo denomina "confesión de cumpli-

miento de la deuda", se refiere a un hecho individual del que se deduce que la relación obligacional ha dejado de existir.

2) El contrato de reconocimiento es un negocio jurídico. La confesión de cumplimiento de deuda, por el contrario, no es un negocio jurídico. Sólo constituye un medio por el cual se expone la realidad ya existente, dando así a conocer la verdad de una parte del supuesto de hecho, siendo, por tanto, un medio de conocer la verdad ("Wahrheitserkenntnismittel").

3) El contrato de reconocimiento negativo requiere la colaboración de ambos intervinientes. La confesión de cumplimiento de deuda se causa sobre una declaración unilateral.

4) Aquél está sometido a los requisitos generales para la validez de los contratos. Para ésta el Derecho no establece ninguna regla, dependiendo más bien de la valoración de la prueba que se realice.

5) La confesión extrajudicial puede ser combatida por una contraprueba. La fuerza del contrato de reconocimiento negativo sólo puede ser sacudida por las acciones de enriquecimiento injusto -criterio sólo válido en el Derecho alemán-.

6) La confesión de cumplimiento de deuda se refiere al pasado... El reconocimiento asegura el futuro...

La esencia del recibo para BULOW es: a) Constituye un medio de prueba de una confesión extrajudicial sobre el pago de una prestación adeudada. b) Contiene la inexistencia de la deuda. c) Tiene regularmente el significado de un medio de prueba (8).

Sus consideraciones pueden entenderse hoy como las dominantes entre la doctrina jurídica. El recibo, en palabras de FURNO, "no es en sí y por sí la declaración confesoria de haber recibida un pago, sino el documento de tal declaración y no otra cosa (9), consistiendo en una declaración liberatoria, de extinción de la deuda" (10).

Independientemente de los propios criterios

que rigen en el Derecho alemán, donde el reconocimiento negativo está admitido como figura contractual, debe rechazarse toda identificación del recibo con una voluntad negocial en cuanto a su contenido, porque en él sólo hay una voluntad de constatación de un hecho concreto: el pago, que significa la extinción de la obligación. Si fuera otra la voluntad del expedidor de tal documento el supuesto de hecho caería fuera del ámbito del recibo. La cuestión una vez más gira sobre el documento como forma y el contenido del mismo. Dos planos unidos pero separados al mismo tiempo. El recibo presenta lo que nosotros en otro momento denominamos el continente y el contenido de un documento, o, en otras palabras, el aspecto externo e interno del documento.

El Tribunal Supremo en ocasiones ha visto en el recibo más que un medio exclusivamente de prueba un documento de contenido contractual. Concretamente en tres sentencias del Tribunal Supremo se ha basado en el recibo para deducir de él un posible vínculo oblitatorio de las partes firmantes. En estas tres sentencias se planteaba la entrega de dinero anticipado, justificado mediante la entrega de un recibo a favor del acreedor. En la Sentencia de 6 de junio de 1908 (Col. 84), al interpretar la naturaleza y el alcance del documento, afirma el Tribunal Supremo: "El recibo librado por quien recibe una cantidad, en favor del que lo entrega, constituye por sí un título que determina la obligación de restituir o devolver la suma recibida, mientras no conste de algún modo que se entrega a calidad de regalo o donación". En la Sentencia de 4 de mayo de 1927 (Col. 27) el Tribunal Supremo confirma la sentencia del Tribunal a quo, según el cual, en el documento -calificado de recibo- no aparece expresamente la causa del contrato, ni determinado si era onerosa, renumeratoria o de pura liberalidad. El Tribunal Supremo no consideró infringido el art. 1277 del C.c., y además declaró que la prueba de las presunciones no pueden utilizarse favorablemente a la tesis del demandante, por no estar acre-

ditados hechos de los que hayan de deducirse las presunciones, y que entre ellos el que se pretende deducir exista un enlace preciso y directo...". Y por último en la Sentencia de 17 de febrero de 1981 (R. 531), el Tribunal Supremo vió a tenor literal del recibo y atendiendo a la intención de las partes un contrato de compraventa en el que queda perfectamente identificada la finca.

En estos supuestos el Tribunal Supremo deduce del recibo un vínculo obligatorio, no en razón del documento sino en virtud de las declaraciones contenidas en el mismo, deduciendo de éstas una obligación de devolver lo prestado o de cumplir con lo pactado o de no poder exigir porque no existe causa. Pero en estos casos ya no estamos ante un recibo propiamente dicho, sino ante documentos que contienen declaraciones que van más allá de la constatación de unos hechos. Reconocer una deuda, prometer el pago de una deuda, comprometerse a la perfección de un contrato de compraventa en un documento, aunque se llame "recibo", tienen un significado jurídico bien distinto al recibo verdadero (11). El recibo es sólo un medio de prueba que contiene una confesión extrajudicial.

Podemos añadir que el recibo tiene un valor instrumental, en cuanto que sirve para facilitar las relaciones crediticias, especialmente cuando las prestaciones entre el acreedor y el deudor son continuas o complejas.

El recibo, además, tiene un efecto de "tranquilizar" al deudor por parte del acreedor, de no poder exigirle éste de nuevo el pago de la deuda. Algunos autores llaman al recibo una "declaración de apaciguamiento" (12). Esta característica, calificada por BULOW como económica, no debe influir, sin embargo, en una distinta valoración probatoria, que, como se ha dicho, contiene una confesión extrajudicial.

Otra característica del recibo constituye la presunción de hecho que implícitamente contiene este documento: el hecho de haberse extinguido la deuda por pago. Por tanto, quien refuta su propio título de deuda o su recibo debe probar que no recibió el pago que menciona, ni antes ni después de la entrega del documento (13).

NOTAS CAPITULO TERCERO. TITULO SEGUNDO

- 1.- Vid SANAHUJA: "Estudio sobre el reconocimiento de deuda", L.N., 1945, págs. 223 y ss.
- 2.- Op. cit., pág. 193.
- 3.- IBIDEM, pág. 197.
- 4.- IBIDEM, pág. 198.
- 5.- "Zuhr Lehre vom Schuldversprechen, Schuldanerkennntnis und von der Quittung", Ihr. Jb., Tomo 40, págs. 137-138.
- 6.- Lehrbuch des Pandektenrechts, Tomo II, Ed. 5ª, Frankfurt, 1882 págs. 559, 560 y 561.
- 7.- "Zuhr Lehre von der rechtlichen Natur der Quittung", Ihr. Jb., 1911, trabajo póstumo, terminado por el Prof. REGELSBERGER, págs 2 y ss.
- 8.- IBIDEM, págs. 5-6.
- 9.- Negocio de fijación y confesión extrajudicial. Op. cit., pág. 213.
- 10.- IBIDEM, pág. 213.
- 11.- Vid. SANAHUJA: Op. cit., págs. 218 y ss. Comparte mas bien la línea del Tribunal Supremo establecida en la Sentencia de 6 de junio de 1908 (Col. 84).
- 12.- Vid. BULOW: Op. cit., págs. 14 y ss.
- 13.- VON THUR: Derecho civil. Los hechos jurídicos. El negocio jurídico., Buenos Aires, 1948, trad. RAVA, págs. 282-283.

CAPITULO CUARTO. SIMILITUD Y DIFERENCIAS ENTRE  
LA CONFESION Y EL RECONOCI-  
MIENTO DE DEUDA.

Al comienzo de este capítulo advertimos de la dificultad que existe para diferenciar realmente una confesión de deuda de un reconocimiento que versa sobre una deuda.

Después de analizar la confesión como institución autónoma y con unas características propias, nos debemos plantear la similitud o no entre la confesión y el reconocimiento, porque de esta reflexión depende el desarrollo posterior de nuestra investigación.

Hasta ahora prácticamente sólo hemos sentido las características de la confesión, especialmente las de la confesión extrajudicial que, resumiendo, se define como una declaración de ciencia que versa sobre hechos personales y perjudiciales, y, por tanto, es una declaración contra **se pronuntiatio**, que puede estar documentada, siendo de la apreciación de los tribunales la verdad constatada en ella.

Al lado de la confesión ha aparecido constantemente el término reconocimiento, a veces como símil a la confesión, y otras veces como algo distinto a ella, tanto en el primer título, donde se exponen las diferentes declaraciones de reconocimiento que se producen en las distintas áreas del Derecho civil, como en el segundo título, referido al reconocimiento como declaración probatoria, que es lo mismo decir confesión prestada fuera del proceso. Durante todas estas páginas nos hemos esforzado en encontrar las características

propias de la confesión extrajudicial y del reconocimiento, apuntando ya un poco las diferencias que entre ambas declaraciones existen.

La cuestión, no obstante, sigue en pie. ¿Realmente existen diferencias entre el reconocimiento y la confesión?

Ciertamente es difícil apreciar en la práctica alguna diferencia: "yo confieso que te debo tal cantidad" es prácticamente igual a decir "yo reconozco que te debe tal cantidad". Y, sin embargo, el Derecho se empeña en establecer diferencias entre una y otra declaración.

A nivel legislativo, distintos ordenamientos, como el alemán (art. 780 del BGB), el italiano (art. 1988 del Codice civile), el argentino (art 718), han regulado expresamente el reconocimiento de deuda, y, por tanto, como figura distinta a la confesión extrajudicial. La doctrina, por igual, ha querido ver en ésta las características de una declaración de ciencia y en aquéllas de una declaración negocial (abstracta o de fijación). Y la jurisprudencia no ha puesto especiales objeciones a esta diferenciación.

Esta tendencia por parte del Derecho de diferenciar el reconocimiento de la declaración de ciencia responde, en el fondo, a lo que dice CARNELUTTI: "El hecho de que no se advierte casi en absoluto la distinción en la práctica, no libra al jurista de su deber de ponerla en claro" (1). Este mismo autor advierte que "estas disquisiciones pueden resultar al práctico como inútiles cosas abstrusas", pero también es cierto, como él indica igualmente, "que desde el punto de vista teórico la distinción tiene grandísimo relieve" (2).

Mucha tinta ha corrido desde entonces y las explicaciones sobre una y otra figura no han dejado de

producirse. De una manera sintética podríamos hacer el siguiente cuadro para señalar las diferencias más palpables entre la confesión y el reconocimiento.

<u>Confesión extrajudicial</u>	<u>Reconocimiento</u>
- Declaración de ciencia.	- Declaración negocial (abstracta -material o procesal- o de fijación).
- Medio de prueba (no <b>per se</b> )	- Voluntad negocial.
- No tiene especial relevancia el elemento intencional.	- Estructura bilateral.
- Estructura unilateral	- Sometido a las normas de obligaciones y contratos.
- No son aplicables directamente las normas de obligaciones y contratos.	- Contiene derechos y obligaciones.
- Contiene hechos.	- Altera la relación jurídica preexistente.
- No altera hechos.	- Eficacia inter-partes y frente a terceros en determinados casos.
- Eficacia inter-partes.	- Vincula a los tribunales.
- Sujeto a la apreciación de los tribunales.	

Esta distinta caracteriología, que conceptualmente no presenta especiales dificultades, choca, sin embargo, con la realidad jurídica, en la que la duda es constante sobre sí una declaración de reconocimiento, en concreto de deuda, es sólo una declaración de ciencia o algo más.

Este es, quizás, el nudo central sobre el que la doctrina y la jurisprudencia se han volcado, tratando de encontrar una respuesta al dilema de sí una declaración aparentemente confesoria puede contener una voluntad negocial.

Es un hecho palpable que una misma declaración "reconozco" o "confieso" pueda contener una voluntad bien negocial, bien confesoria. El reconocimiento

igualmente puede contener una declaración exclusivamente dirigida a probar un hecho como una voluntad de quedar vincularse de nuevo a la parte a la que va dirigida la declaración. "No corresponde a la confesión, dice CARNELUTTI, ningún negocio de derecho material, porque la declaración en tales casos no modifica ni se propone modificar el estado jurídico preexistente" (3). En cambio, "cuando existe el reconocimiento, entonces, verdaderamente la segunda declaración es un nuevo negocio de derecho material" (4). El Derecho no puede ignorar una realidad tan evidente. De ahí el intento por parte de la doctrina, especialmente en el siglo pasado y a comienzos del presente, de encontrar algún tipo contractual que se ajuste a las características de esta declaración. Es en este momento cuando mayores dificultades se presentan, ya que desde la óptica del contrato o del negocio jurídico la declaración de reconocimiento no encuadra, en principio, en la declaración negocial. La declaración de reconocimiento no modifica la relación jurídica preexistente. Tiene, además, su causa en esta relación jurídica reconocida. Difícilmente puede concebirse como un negocio jurídico o contrato cuando no produce ninguna modificación ni tiene una causa propia.

Otra preocupación de la doctrina es el otorgamiento al reconocimiento de deuda de una independencia que por sí no tiene. La relación jurídica anterior como causa del reconocimiento de deuda y la no modificación de ésta impide que la declaración tenga una independencia. Esta falta de independencia incide negativamente en la eficacia del reconocimiento de deuda, el cual, no tiene por sí una fuerza suficiente para desprenderse de la relación jurídica reconocida. Por ello, parte de la doctrina recurrió a una construcción, criticada por muchos de artificial, de separar el reconocimiento de deuda de su causa, abstrayendo ésta de la declaración de reconocimiento, logrando así la independencia. Me-

dante la abstracción material de la causa, el reconocimiento se convierte en un título de crédito independiente y con eficacia constitutiva, que sólo se destruye mediante las acciones de enriquecimiento sin causa. Entendido así el reconocimiento de deuda se diferencia claramente de la declaración que confiesa la existencia de una deuda.

Las consecuencias procesales de este tipo de reconocimiento, que obligan al deudor a invertir la carga de la prueba para contrarrestar así las pretensiones del acreedor, tuvo como resultado que otro sector de la doctrina se fijara en este momento procesal para catalogar al reconocimiento de deuda como un negocio jurídico con efectos procesales, doctrina que tiene especial aceptación en aquéllos sistemas jurídicos donde la causa no puede abstraerse, pero sí presumirse. Aunque el reconocimiento de deuda concebido como un negocio abstracto procesal no constituye un negocio independiente, sí tiene unos efectos propios, sobre todo en el terreno procesal, que lo distingue de la confesión extrajudicial.

Pero la dificultad de diferenciar a ambas declaraciones persiste. La separación del reconocimiento de deuda de la relación jurídica anterior mediante la abstracción material o atribuirle efectos procesales mediante la presunción de causa, son construcciones doctrinales que si bien conceptualmente pueden ser clarificadoras tropiezan una vez más con la realidad jurídica, en la que el reconocimiento de deuda sin alusión de causa o sin causa específica, además poco frecuente en la práctica, puede ser concebido, por qué no, igual que una declaración negocial o como una declaración confesoria. El silencio de la causa puede entenderse tanto como un hecho -no se alude al hecho originario de la deuda reconocida- como un elemento del negocio jurídico anterior que no es mencionado en la declaración de reconocimiento.

Otro criterio que configura la naturaleza jurídica de la declaración de reconocimiento es la propia relación jurídica que es reconocida. La doctrina pronto se percató de que la mayoría de las declaraciones de reconocimiento se prestan normalmente después de una incertidumbre o de una controversia, precisamente con el fin de dar certeza a la relación incierta o controvertida. Con ello, el reconocimiento adquiere otro significado, ya que con este enfoque la voluntad del reconociente no depende exclusivamente de la relación jurídica preexistente, sino que tiene un contenido propio, que es la fijación de ésta, con lo cual la voluntad contiene una causa propia que es distinta a la causa del negocio reconocido. Resultado de este enfoque es que el reconocimiento es concebido como un negocio de fijación, algunos además añaden que es de cariz transaccional, y, por tanto, es un negocio autónomo del negocio preexistente.

Nuevamente se pueden apreciar diferencias entre el reconocimiento y una confesión prestada fuera del proceso. Si bien ésta se presta también para dar certeza a las relaciones jurídicas, su finalidad es exclusivamente probatoria, mientras que la certeza que se obtiene mediante el reconocimiento tiene un alcance material, ya que vincula al deudor y al acreedor a estar a lo reconocido, y, consecuentemente, contiene una renuncia de las pretensiones por parte de uno de ellos -por parte del deudor cuando el reconocimiento es positivo y por parte del acreedor cuando el reconocimiento es negativo-.

Pero también este planteamiento resulta insatisfactorio a la hora de establecer, con cierta seguridad, cuándo una declaración de reconocimiento sólo asevera un hecho o causa un vínculo jurídico entre las partes. Ello demuestra que todo el esfuerzo de la doctrina resulta en cierta medida estéril, y significa incluso un fracaso, cuando es incapaz de ofrecer al jurís-

ta práctico unos criterios convincentes.

Ello no es, sin embargo, óbice, para que el esfuerzo continúe, especialmente cuando en la práctica se prestan muchos reconocimientos de deuda con el fin de crear un nuevo vínculo jurídico. Pero en este reto la premisa no debería ser tanto buscar un único tipo contractual, tarea que de antemano está condenada al fracaso, sino en hacer ver al jurista práctico las muchas manifestaciones de una declaración que da a conocer la existencia de una deuda, y, sobre todo, convencerle que el análisis de la figura del reconocimiento de deuda es ante todo una labor de interpretación. Constituye, por el contrario, un planteamiento erróneo querer establecer categóricamente las características de una confesión o de un reconocimiento de deuda. Conceptualmente, como hacen muchos autores, quizás, cabe fijar lo que es una confesión y lo que es un reconocimiento. Pero en la práctica jurídica, repetimos, habrá que analizar minuciosamente la declaración de reconocimiento para calificar a ésta como una declaración negocial o como una declaración de ciencia.

Se nos puede objetar de nuevo que si teóricamente esto tiene su importancia, en la práctica la cuestión tiene un valor casi residual, ya que los efectos de una y otra declaración son los mismos. Yerran los que así piensan, ya que de la concepción material o procesal se derivan consecuencias materiales y procesales no siempre acordes, lo que evidentemente tiene también importancia para los prácticos, los cuales, según a la concepción que se acojan pueden adoptar distintos mecanismos de defensa ante las pretensiones de la parte contraria.

De toda esta disertación última podemos sacar momentáneamente varias consecuencias de interés:

- 1) Conceptualmente se pueden establecer diferencias entre la confesión y el reconocimiento de deuda

(vid. el cuadro sinóptico).

2) En la realidad resulta difícil apreciar cuándo una declaración de reconocimiento es de ciencia o negocial.

3) Las distintas concepciones negociales del reconocimiento de deuda (negocio abstracto material o procesal, de fijación o de caríz transaccional) ayudan, pero no son determinantes en la tarea de demarcación a la que el jurista está obligado.

4) Por tanto, hay que recurrir a la interpretación para determinar sí la declaración responde a una voluntad negocial o sólo a una voluntad confesoria.

5) La distinción es importante no sólo para los teóricos sino también para los prácticos.

NOTAS CAPITULO CUARTO. TITULO SEGUNDO

- 1.- "Documento y negocio jurídico", Op. cit., pág. 528.
- 2.- IBIDEM, pág. 526.
- 3.- IBIDEM, pág. 526.
- 4.- IBIDEM, pág. 527.



TITULO III

EL RECONOCIMIENTO DE DEUDA COMO  
NEGOCIO O CONTRATO ABSTRACTO .

SUBTITULO I

SU CONFIGURACION EN EL DERECHO ALEMAN O LA ABSTRAC-  
CION MATERIAL .

INTRODUCCION

Después de analizar el significado del reconocimiento en general, y sus múltiples manifestaciones en el Derecho civil, en el segundo título nos centramos en el reconocimiento de deuda de tipo probatorio, o lo que es lo mismo, en la confesión que constata extrajudicialmente la existencia de una deuda. Anunciamos la posibilidad de que un reconocimiento de deuda pudiera contener en vez de una declaración de ciencia una declaración negocial, aunque, como ya señalamos, somos conscientes de la dificultad que existe para determinar cuándo un reconocimiento es sólo probatorio y cuándo es contractual.

Apuntamos, además, que la doctrina se ha esforzado por encontrar un tipo contractual para fundamentar en él la eficacia material. El tipo contractual elegido, ya en el siglo XIX, fue el negocio abstracto obligacional, creado por la doctrina alemana, y que tiene su manifestación más concreta en el reconocimiento y en la promesa abstracta de deuda.

Nuestro propósito consiste ahora en estudiar este tipo de negocio jurídico en general y, después, el reconocimiento de deuda. Ello nos obliga forzosamente recurrir al Derecho alemán, porque es donde esta figura ha tenido su máximo desarrollo.

Son varias las razones las que justifican este estudio:

Ofrecer al jurista español un conocimiento más profundo del negocio abstracto, y más concretamente del negocio abstracto obligacional, de cuya figura poco se ha tratado en nuestro país. Consideramos, además, necesario una actualización de la teoría del negocio abstracto a la que tan atraída se siente

el Derecho español. Más, cuando resulta quizás decepcionante el último estudio realizado con profundidad sobre el negocio abstracto (o de la abstracción de causa), en concreto por ZUMALACARREGUI ("Causa y abstracción causal en el Derecho español"), cuyas aportaciones resultan un poco pobres, en cuanto que no ha tenido en cuenta los estudios más específicos ni los más recientes.

Precisar con la mayor exactitud posible el significado jurídico del negocio abstracto, y, en especial, del negocio abstracto obligacional, ya que de los resultados que aportaremos se podrán obtener mejores conclusiones para la traslación o no de esta categoría jurídica a nuestro Derecho, tentación que siempre ha existido.

Ello, además, nos va permitir comprender el verdadero alcance de la abstracción y presunción de causa, instituciones jurídicas afines, pero que presentan entre sí notables diferencias:

a) Desde el punto de vista histórico tienen unos orígenes distintos. Mientras la teoría de la abstracción de causa es un producto "típicamente" alemán, aunque su origen más remoto sea el Derecho romano, la presunción de causa se llega a formular fundamentalmente por la jurisprudencia italiana y francesa, a finales del siglo XVIII, como respuesta a los documentos de deuda que silencian la causa, especialmente del ámbito mercantil.

b) Consecuentemente reciben también una diferente formulación dogmática. La abstracción de la causa es ante todo una construcción artificial, obtenida mediante la separación del negocio jurídico de su causa. Por el contrario, la presunción de

causa es, más bien, una respuesta práctica a un problema que constantemente surgía ante los tribunales: ¿qué eficacia tiene un documento que no indica la causa? En este sentido, la presunción de causa constituye un elemento más de la teoría de la causa: a falta de expresión de la causa en el contrato se presume que la causa existe y es lícita. No así la abstracción de causa que, de alguna manera, destruye la teoría de la causa.

c) Ello implica también consecuencias prácticas. Mediante la teoría de la abstracción de causa la validez y eficacia del negocio jurídico no dependen de las vicisitudes de la relación jurídica precedente, es decir, que el negocio está abstraído de la causa, de ahí su nombre. Y sólo concede a la parte perjudicada unas acciones llamadas de enriquecimiento injusto. La presunción de causa, por el contrario, no otorga esta protección al negocio jurídico que tenga su causa en otro anterior. Sólo produce una presunción a favor del acreedor de que hay causa y que ésta no es anómala. Depende ya del deudor destruir esta apariencia creada a favor del acreedor.

Existe una última razón que nos mueve a realizar un estudio profundo del negocio abstracto. Del negocio abstracto ha surgido una nueva categoría jurídica que hoy es el centro de atención: el negocio o contrato de fijación. Los que tenemos la fortuna de ver el Derecho hoy con una cierta perspectiva del pasado más reciente, concretamente la evolución que ha sufrido esta institución durante el presente siglo, podemos detectar que el negocio abstracto, y más concretamente el reconocimiento abstracto de deuda, constituye el puente entre las declaraciones que prueban una relación jurídica previa y las declara-

ciones que fijan esa relación jurídica, manifestación ésta que va ser el siguiente escalón en el análisis del reconocimiento de deuda, después de haber investigado en el reconocimiento de deuda de naturaleza abstracta tanto en su vertiente material, que es la predominante en el Derecho alemán, como en su vertiente procesal, que es la que rige en nuestro Derecho.

**CAPITULO PRIMERO. ALGUNOS FUNDAMENTOS HISTORICOS DE LA ABSTRACCION DE CAUSA.**

¿Cuál es la razón histórica de la aparición de la teoría de la abstracción de la causa? ¿Fue realmente, como critican muchos, sólo una construcción dogmática, artificial, ajena a las realidades de su tiempo? ¿O es un fenómeno más complejo, como piensan otros, en el que han incidido estructuras sociales y económicas?

Como primer dato significativo, la teoría de la abstracción de la causa encuentra su primera formulación, y sus principales defensores, en la Alemania del siglo XIX. La teoría de la abstracción, su desarrollo y su acogida en los textos legislativos está unida estrechamente a la evolución jurídica de aquel país. Existía por entonces un clima jurídico especialmente propicio a la elaboración de un derecho nuevo. Fundamentalmente lo creó la falta de unidad jurídica que no se logra hasta 1.900. Ante textos tan diversos, como el Código de NAPOLEON, que regía en el lado izquierdo del Rhin, el Código de SAJONIA que entró en vigor en 1.862, el Código de AUSTRIA, normativa para BAVIERA, y el Código de PRUSIA en 1.792, se levantó un movimiento jurídico en el que hubo dos corrientes - una a favor de un Derecho nuevo, y otra a favor de una actualización del Derecho romano-y que culminó en el pandectismo, cuya influencia fue decisiva en la redacción del BGB.

¿Cómo debería ser este Derecho? Independiente-

mente de las dos corrientes, encabezada una por THIBAUT, y otra por SAVIGNY, y del pandectismo que surge posteriormente, hay un denominador común: Crear un derecho formal, técnico, científico y sistematizado, ajeno a toda influencia ideológica y política. Para ello se centraron el Derecho romano, especialmente en el de la época justiniana, con la finalidad de dar una mayor base científica al Derecho que se estaba elaborando. Al mismo tiempo existía una preocupación por dotar a la sociedad alemana, que estaba entrando en la era industrial, de un derecho nuevo.

No obstante, estos breves pero necesarios datos, aunque pueden haber incidido (sólo indirectamente) en la formulación de la teoría de la abstracción de la causa, - son comunes para explicar cualquier institución jurídica creada por la Ciencia jurídica alemana del siglo XIX. Por tanto, deben existir otras razones más específicas que - expliquen la aparición de la teoría de la abstracción de la causa.

Uno de los primeros en dar una explicación histórica fue NEUBECKER. Para él -refiriéndose en concreto a la teoría de la abstracción de la causa- "el desarrollo - histórico puede resumirse en las siguientes palabras: contrato real, contrato formal real, contrato formal simbólico, contrato verbal y literal. Sólo lentamente se va separando el derecho material del derecho procesal, el derecho de obligaciones del derecho de cosas, la voluntad de la - palabra y de la forma. En los comienzos domina la palabra. Y así como el derecho penal asimila el hecho a la voluntad, el derecho procesal y el derecho civil asimilan la palabra a la voluntad. El antiguo derecho es un derecho formal, el antiguo negocio jurídico y el antiguo proceso una querrela formalizada, en la que el Estado interviene en pro de la paz. Predomina el tipo, la voluntad y la concepción de la colectividad se antepone a la voluntad y a la concepción de los individuos. No se profundiza en el espíritu de las

partes que intervienen en el proceso y en el negocio jurídico. No tenemos causa, y, por lo tanto, tampoco tenemos abstracción de la causa. Tenemos formalidades. Con el aumento del individualismo se produce un cambio. El contenido rompe la forma, la voluntad se separa de la palabra, el individuo se libera del tipo. Con las antiguas formas se pierde la antigua libertad y dependencia -- (UNFREIHEIT), se llega a una nueva libertad y dependencia: la libertad de la forma y la dependencia del Estado y del juez. Así llegamos al principio inquisitorio del proceso y al dogma de la voluntad en el derecho material. Ahora también tenemos el dogma de la voluntad, en concreto de carácter abstracto, pero sin control judicial. Tiene similitud con el antiguo derecho en el que se basa, con la diferencia esencial de que ha desaparecido la característica fundamental del antiguo contrato: la forma. - Aparentemente tenemos las ventajas de las dos etapas evolutivas, esto es, la libertad frente a la forma y también frente al Estado. Pero esto es demasiada libertad, es libertinaje, es la soberanía del individuo, más concretamente del acreedor, mientras que el deudor se convierte mediante el ejercicio de su libertad, en esclavo de su palabra. Al lado de esta evolución, que giraba exclusivamente en torno a la obligación individual románica surgió otra que puede ser denominada obligación germánica o moderna del tráfico, cuyo elemento esencial es el documento, la carta en contraposición a la noticia, lo que significa una aproximación en mayor o menor medida del derecho de obligaciones al derecho de cosas"(1).

Su enorme facilidad para sintetizar en pocas líneas la razón de la abstracción de la causa, nos ha llevado a transcribir su pensamiento respecto de cómo ha surgido el negocio abstracto, en el que confluyen, por un lado, el formalismo del Derecho romano,

y, por otro, el formalismo del Derecho alemán medieval. La teoría de la abstracción, esta es su explicación, está íntimamente ligada a la evolución del formalismo. En los comienzos del Derecho romano la forma era un elemento esencial para la organización jurídica. La forma juega también un papel importante en el Derecho medieval, pero no tanto como un elemento integrante de la organización jurídica, que apenas existía, sino precisamente como medio para probar la voluntad de los particulares y de los órganos públicos. Con la era industrial la forma adquiere un nuevo protagonismo, concretamente para garantizar y facilitar el tráfico de los créditos y de los bienes. También la voluntad evoluciona: en sus comienzos estaba, como la causa, absorbida totalmente por la forma; con el Derecho justiniano y el Derecho de los glosadores y canonistas la voluntad se espiritualizó, distinguiéndose de la forma y de la causa, como elemento integrante pero al mismo tiempo autónomo del contrato; y después, por la influencia del Derecho natural se distingue entre la voluntad externa y la voluntad interna. Esta distinción va permitir a los pandectistas adoptar la voluntad negocial a las necesidades del tráfico de la sociedad industrial. Especialmente la voluntad externa unida a la forma permitirá la construcción de figuras — como los títulos de crédito en el ámbito del Derecho de obligaciones, o al acuerdo real en el ámbito del Derecho — muy útiles para estas nuevas exigencias. Cuando esta voluntad no expresa la causa, y se reviste de una forma determinada, en concreto es insertada en un título, ayuda a facilitar la transmisión de los créditos y de los bienes. Se contraponen así la voluntad formal del Derecho romano clásico, la voluntad causal y la voluntad abstracta, con la matización de que ahora, tanto la voluntad causal como la voluntad abstracta, se separan de la forma, mientras que aquella voluntad se caracterizaba por estar absorbida totalmente por

la forma.

Si bien la abstracción de causa tiene su origen en el Derecho romano arcaico y clásico, su formulación teórica se produce en el siglo XIX. Se preguntan los historiadores si esta formulación es exclusivamente teórica, de cierta artificialidad, o si responde a unas necesidades concretas del tráfico. Recientemente BUCHHOLZ, analizando los sistemas registrales de las ciudades hanseáticas, se pregunta "si la abstracción de la causa responde a un doctrinarismo ajeno a la realidad o a fuerzas vivas basadas en impulsos prácticos y determinados por el tiempo".

Centrándose en el contrato abstracto real, piensa que "en sus orígenes era una figura puramente teórica. Desarrollar un sistema de negocios de atribución determinado por finalidades económicas hubiese estado en contradicción con la concepción de sus creadores. Esta negación de un nexo causal entre la doctrina de la tradición y una configuración pragmática del Derecho de tráfico, se deriva necesariamente de la situación espiritual del pandectismo: la Ciencia jurídica, ajena a los problemas de la época del gran capitalismo, vivía en su mundo de sistemas y conceptos formales, y a pesar de este tipo de formalismo, del alejamiento libremente elegido de las funciones sociales y económicas del Derecho privado, de los problemas fundamentales de la libertad del individuo (libertad burguesa) y del poder, expresaba -más inconsciente que conscientemente- un compromiso latente de intereses con las exigencias de la naciente sociedad industrial y comercial -igualdad formal de todos los sujetos económicos, función reguladora del libre juego de las fuerzas-. Aunque el desarrollo teórico de las fuentes de la abstracción de causa no es un producto del pensamiento liberal, las consecuencias prácticas y los efectos de este

modelo jurídico favorecían en gran medida a los intereses de la moderna sociedad comercial: La flexibilidad de este sistema, que no sólo sustituye conscientemente la concurrencia jurídica del presupuesto individualista, sino que además consigue una mayor libertad de configuración, separando el medio y el fin, era capciosa". (2).

Ciertamente la teoría de la abstracción de la causa es una elaboración esencialmente científica, que indirectamente, más de lo esperado, ha influido positivamente en el tráfico inmobiliario y en la circulación de los créditos. Pero también han tenido que estar presente en su construcción dogmática las directrices que entonces estaba marcando la economía. Por lo menos para Stampe "la aparición de los negocios jurídicos abstractos es una característica de la economía monetaria desarrollada y del consiguiente aumento de las necesidades de intercambio y de crédito ". "En estos tiempos -decía entonces Stampe :- cobra importancia la función de la política jurídica de potenciar, según las posibilidades, el intercambio y el valor del crédito de las mercancías adecuadas al tráfico patrimonial correspondiente"(3).

También WIAECKER, cuando analiza algunas instituciones elaboradas por el pandectismo alemán, en concreto la abstracción obligacional, señala, refiriéndose al reconocimiento de deuda, que "asimismo éste constituía una necesidad evidente del moderno tráfico de crédito, no sólo porque dispensaba al acreedor de la prueba de la causa de la obligación, sino sobre todo porque era un elemento constitutivo imprescindible de las operaciones de pago y de la cuenta corriente y un elemento necesario de la asignación (ANWEISUNG), lo que constituía única vía romana a los títulos de valores, ante todo a los títulos a la or-

den" (4).

El dogmatismo y la artificialidad eran mayores en la abstracción real que en la abstracción obligacional. Por lo menos el propósito de BÄHR, el principal creador del reconocimiento y de la promesa de deuda abstractos, era ofrecer a la doctrina un estudio práctico, pero no sólo con la finalidad de exponer los resultados de la experiencia práctica, sino de establecer las bases teóricas para el reconocimiento y la promesa, instituciones que hasta entonces no habían sido objeto de un tratamiento especial.(5)

Los propios redactores del BGB eran muy conscientes de la enorme utilidad de la abstracción para asegurar la titularidad y circulación de los bienes, así como para garantizar el crédito. Esta era sustancialmente la filosofía del segundo y definitivo proyecto del BGB. En la Exposición de los Protocolos se afirma, en relación con la abstracción real, que la configuración abstracta se acomoda a las circunstancias jurídicas que se han producido en Alemania en los tiempos modernos, a consecuencia de las necesidades prácticas. Asimismo se hace hincapié en las ventajas de la concepción abstracta de la traditio, como la de facilitar el tráfico jurídico o la prueba, o la de acelerar los trámites registrales...(6).

Algunos han querido ver en la abstracción influencias del iusnaturalismo. Para BRANDT, no comparado por WIAECKER "en la evolución del concepto de contrato hemos seguido el camino de la reducción de los requisitos de validez hasta llegar a la mera declaración de voluntad. Este concepto general del contrato enlaza -finalizando la época del Derecho natural de la ilustración- además del requisito de la traditio en la adquisición de la propiedad con el contrato

de transmisión de la propiedad, cuyo contenido es abstracto. Esto está relacionado con la posición fundamental del Derecho natural, con el "FREIHEITSRECHT" de la propiedad, y de ello ha surgido también la cuestión fundamental de cómo se adquiere la propiedad. El contrato de transmisión de la propiedad en la época del Derecho natural es ya -y esto es lo decisivo- internamente abstracto, esto es, que contiene sólo las dos voluntades dirigidas a la transmisión de la propiedad, la del transmitente de transmitir la propiedad, y la del adquirente de adquirir la propiedad" (7). Según BRANDT, la abstracción interna es previa a la abstracción externa. Y la posibilidad de una abstracción real interna sólo puede tener su fundamento en el Derecho natural. Autores como GROTIUS, PUFENDORF y THOMASIIUS, crearon las bases para la elaboración posterior del negocio abstracto. La teoría de la voluntad adquisitiva de GROTIUS, la posibilidad de transmisión de la propiedad por el contrato según PUFENDORF -y que admite WOLFF- y la doctrina de la libertad, son los fundamentos de los negocios abstractos reales.

No comparte esta tesis WIEACKER, quien en un comentario a la obra de BRANDT, niega la influencia del Derecho natural en la configuración abstracta de los negocios de transmisión. "No se puede percibir una intervención del principio de transmisión conforme al Derecho común en el Derecho natural teórico. ¿Cómo hubiesen sino GROTIUS (D.q.b.a. p II 12/15) y WOLFF (GRUNDSÄTZE 1754/320) admitido expresamente "naturaliter" para la transmisión de la propiedad sólo el contrato? Muy al contrario, el Derecho natural coincide con la oposición jurídica alemana con el principio de la tradición, precisamente este es el motivo por el que se contemplan también en los códigos iusnaturalistas el **ius ad rem**" (8).

Independientemente de su mayor o menor dogmatismo, de la influencia en su construcción de la estructuras económicas, de los fundamentos del Derecho natural, la teoría de la abstracción de la causa es una construcción eminentemente individual.

Un estudio histórico de la teoría de la abstracción de la causa debe iniciarse forzosamente con SAVIGNY y BÄHR, quienes, cada uno en un campo, fueron los creadores de esta teoría; SAVIGNY en los derechos reales, y BÄHR en los derechos de crédito. A partir de ahí se podrá indagar hasta qué punto sus construcciones son exclusivamente dogmáticas y en qué medida tienen un entronque con el Derecho romano. Analizando el momento histórico concreto, se podrán analizar las posibles influencias que han podido tener las estructuras económicas en sus teorías. Situada históricamente la teoría de la abstracción, habrá que investigar en sus fuentes como en su posterior influencia, especialmente en el pandectismo y en los redactores del BGB. Finalmente puede ser objeto de estudio su proyección en los demás sistemas jurídicos, las críticas que ha levantado, la crisis que se produjo a raíz de la jurisprudencia de intereses, su eficacia práctica y el estado actual de la teoría en Alemania. Todo ello es una tarea de investigación histórica que está por hacer.

SAVIGNY, al analizar el sistema romano de la transmisión de bienes, y en contra de la opinión dominante, que defendía la teoría del título y el modo, concibió a la tradición como un contrato por el que las partes acuerdan transferir y adquirir la propiedad, sin que ello origine una obligación, con la finalidad de modificar la relación jurídica real. SAVIGNY vió en la tradición algo más que un acto jurídico. Para él en la tradición hay una voluntad real, una voluntad distinta a la voluntad obligacional. Una voluntad

orientada exclusivamente a transmitir y adquirir un bien. Pero para analizar su teoría hay que seguir los pasos que dió SAVIGNY. Su construcción del acuerdo real abstracto no se produce de una forma definitiva y concluyente, sino que es resultado de muchas investigaciones a lo largo de su vida. Ya antes de su libro "**System des heutigen römischen Rechts**" y de su otro libro "**Obligationsercht**" (1.853, Tomo II) defendió una teoría - distinta a la del título y modo, teoría hasta entonces - dominante sobre la adquisición de la propiedad.

Su investigación concluye en 1.827, recogida en unos apuntes de un alumno suyo (9). Posteriormente la expone de nuevo en sus dos obras antes citadas. Este es el núcleo de su pensamiento:

" Que la tradición sólo en relación con la justa causa puede dar lugar a la propiedad lo prueban los textos de ULPIANA XIX,7; 1, 31 pr. D. de ACQUIR. RER. DOM. Aliqua justa causa no tiene que ser enmendado como alia qua, no es romano afirmar tal cosa... Algunos lo han entendido así: traditio debería ser solutio, esto es la disolución (AUFLOSUNG) de la obligación que está encaminada a la tradición. Sólo cuando es una donación no acordada la propiedad se transmite por la traditio, que se produce sin la obligación; también cuando a petición de otra persona se presta una suma, se convierte a éste en propietario, sin que previamente se haya realizad<sup>o</sup> una relación obligacional.

En otros lugares se dice: Propiedad se transmite mediante la entrega de la posesión sólo cuando el propietario tiene la voluntad de transmitir la propiedad, sin que se hable para nada de la justa causa ( 40 J. de DIVIS. RER.; 1.9 3 D. de ACQUIR. RER. DOM.) Justa causa no es la intención de la transmisión de la propiedad, pero está en estrecha relación, ya que,

cuando se analiza de cerca la intención, se observa que normalmente ésta unida a otra relación jurídica, la que posibilita la intención; así, en la relación con el mendigo se aprecia un **animus donandi** o en el **mutuum el animus obligandi**. Lo probable es que el jurista sólo ve el caso común y lo generaliza; pero la intención para la donación o para el préstamo es también una justa causa, que debe estar presente antes en el alma del tradente que en el acto.

La traditio es en general y necesariamente un contrato, en cuanto que transmite sólo la propiedad cuando ambas partes expresan de común acuerdo su voluntad; esta circunstancia es importante porque cualquier contrato puede estar condicionado (**pactum reserv. dom.**)

Su tesis tuvo impacto inmediato en las Universidades alemanas y en todos los demás ámbitos jurídicos, propagada por sus discípulos, asentida posteriormente por juristas tan significativos como WINDSCHEID (cuya influencia en la redacción del BGB fue notabilísima) y DERNBURG, y que, finalmente, encuentra su formulación positiva en el art. 929 del BGB. (10)

En torno a la tesis de SAVIGNY hay temas controvertidos como el significado de la tradición en la transmisión de dominio, el significado de la **iusta causa**, la interpretación de los textos de ULPIANO y JULIANO, y la causa remota y la causa próxima.

Para llegar a un exacto conocimiento de la naturaleza contractual y abstracta de la tradición se necesitaría un estudio muy pormenorizado de su evolución, que desborda, por supuesto, nuestro objetivo. Pero en síntesis, SAVIGNY formuló por primera vez la teoría del acuerdo real abstracto, por considerar que el **animus transferendi** y el **animus adquerendi** constitu-

yen una voluntad contractual distinta a la voluntad de contenido obligacional. En el tráfico de bienes inmuebles importa la voluntad real, única voluntad que puede producir una modificación en la situación jurídica real.

BAHR, por su parte, formuló la teoría de la obligación abstracta, acudiendo, como SAVIGNY, a las fuentes romanas, concretamente se fijó en la **stipulatio**, que, como la tradición, se desprendió con el tiempo de las formas solemnes, para dar paso a los documentos de deuda, como la **cautio**, el **chirographum** y la **epistolae** literal. Su teoría se concretiza en los siguientes términos:

" El proceso artificial de la abstracción por el que la relación obligacional pasa a otra fase, al desligar la mera promesa de su relación natural con su causa jurídica ("RECHTSGRUND"), eleva a la misma a ser una obligación independiente. Si nos preguntamos por los medios que la posibilitan, encontraremos, como en cualquier ámbito del Derecho, dos momentos que actúan entre sí, la voluntad jurídica y la forma de su expresión... La estipulación aparece como un contrato, que comparte con todos los demás contratos la concurrencia de dos voluntades de las dos partes. Pero diverge de los demás contratos en cuanto a su carácter interno, que convierte la mera promesa por medio de la abstracción de la causa en una obligación independiente. Entre los contratos romanos el reconocimiento era relegado a un segundo plano, siendo decisivo la forma del acto jurídico. Entre nosotros, las formas contractuales romanas han sido sustituidas por el simple acuerdo de voluntades. Para que la declaración de reconocimiento sea considerado como un contrato debe ser tenida en cuenta ante todo la voluntad de obligarse, concretamente "**mit einem solchen Willen, welcher aus dem ursprünglichen Bestand oder Nichtbestand der Verbin-**

**dlichkeit nicht mehr die Bedingung seiner Gültigkeit, sondern nur seine Voraussetzung (causa) entnimmt"(11).**

BÄHR, en la tercera edición de su obra, en 1.892, describe el eco que tuvo su teoría en la doctrina alemana y que recibió el respaldo definitivo ya en el Congreso de Juristas alemanes, en 1.869 y 1.871. Textos legislativos alemanes anteriores al BGB, como el Código de Sajonia de 1.862 (arts. 21-22) y el Derecho de obligaciones de DRESDEN de 1.855 (arts. 992-996), se acogieron a la teoría abstracta del reconocimiento de deuda formulada por BÄHR.(12)

Un estudio histórico sobre la abstracción de causa, como dijimos, está aún por hacer. Aunque el punto de partida debe ser el Derecho romano, en donde aparece la abstracción de la causa en su estado más puro, el momento histórico de más interés para el investigador es el proceso de codificación en Alemania, que, movido por la creación de un Derecho distinto al que hasta entonces regía, e inducido por las nuevas corrientes que se respiraban desde comienzos del siglo XIX, introdujo figuras jurídicas si no totalmente nuevas, sí distintas, como son las dos figuras aquí contempladas - el acuerdo real abstracto y el reconocimiento y la promesa abstracta de deuda-, con el fin de dar nuevos mecanismos contractuales al tráfico jurídico.

Se puede discutir mucho sobre las razones históricas, económicas e ideológicas que hayan influido en la creación de éstas y otras figuras jurídicas. Sin duda alguna, el liberalismo fue un factor decisivo. La prepotencia del individuo, la libre competencia entre los particulares y la fluidez del tráfico jurídico, son principios típicamente liberales que estaban en la mente de los creadores del contrato real abstrac-

to y de los contratos obligacionales abstractos. Pero también es cierto que estos principios han informado todo el ordenamiento jurídico que entonces se estaba elaborando, y que culminó con la redacción de los diversos cuerpos jurídicos. Por tanto, no se puede decir que estos principios hayan sido los factores exclusivos de la formulación de la teoría de la abstracción de la causa. Más bien forma parte de la teoría jurídica en general preponderante en aquella época, caracterizada por un fuerte iusnaturalismo y conceptualismo, y en la que la recepción del Derecho romano juega un papel decisivo.

Seguimos pensando que si bien todos estos factores son determinantes para la teoría de la abstracción de causa, su formulación tuvo especialmente éxito en Alemania debido a la autoridad científica de SAVIGNY y BÄHR, y al predominio de una escuela jurídica (primero la escuela histórica y después el pandectismo) sobre otras. Sin ellos, difícilmente hubiese sido acogida la teoría de la abstracción de causa en el texto normativo del - BGB. Una vez formulada la teoría de la abstracción de - causa era fácil su admisión en cuanto que respondía a las nuevas exigencias del tráfico jurídico moderno. Pero igualmente podría haberse incluido la teoría del título y modo o la presunción de causa, instituciones que también tienen perfecta cabida en un sistema liberal. - En el fondo, responden a distintas formas d ver las cosas. Sólo que al final, por factores más bien de tipo - general como era la necesidad de un Derecho nuevo, la - recepción del Derecho romano o la economía de tipo liberal, ha triunfado en Alemania la teoría de la abstracción de causa, tanto en el ámbito del Derecho real como en el Derecho de obligaciones, en vez del título y el modo, - como en Italia y España, o el contrato consensual, como en Francia, o la presunción de causa, institución recogida en casi todos los textos latinos.

NOTAS CAPITULO PRIMERO, SUBTITULO I. **TITULO TERCERO**

- 1.- "Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzügen", Berlin, 1.903, págs. 7-9.
- 2.- "Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht. Zur Geschichte der - Auflassung und Grundschuld", Frankfurt, 1.978, págs. 311-312. Estudia especialmente los sistemas registrales de las ciudades hanseáticas (Lübeck, Hamburg y Bremen). En cuanto al negocio abstracto real, que en su opinión es un fenómeno global, distingue tres fases en su desarrollo; a) die Idee des "abstrakten dinglichen Vertrages", b) die Lehre "vom Formalakt"; c) die - Rückbesinnung auf die immobilienrechtliche publica fedes, págs. 317 y ss.
- 3.- "Causa und abstrakte Geschäfte", Zeitschrift das gesamte Handelsrecht, nº 55, 1.904, pág. 403
- 4.- "Pandektenwissenschaft und Industrielle Revolution", Jhr. Jb. 68/69, pág. 17.
- 5.- Op. cit.; pág. VII; de nuevo pág. 224.
- 6.- Protokoll, pág. 509.
- 7.- "Eigentumserwerb und Austauschgeschäft", Berlin, 1.940, pág. 53. Según este autor la primera formulación del acuerdo real abstracto se encuentra en el Codex Theresianus, por influencia de MARTINI, págs. 53 y ss.
- 8.- Comentario de WIEACKER a la obra de BRANDT en DRW, 1.941, págs. 159 y ss.
- 9.- Vid. Felgenträger "Friedrich Carl V. Savigny Einfluss auf die Übergangslehre", Leipzig, 1.927, págs. 36-37.  
La aportación más valiosa para conocer el pensamiento de SAVIGNY sobre la transmisión de los bienes es la de FELGENTRÄGER, quien en su conocida monografía describe los precedentes a la teoría de la abstracción, así como la evolución de la teoría savigniana, con los apuntes que fueron hechos en su día por - discípulos de SAVIGNY. FELGENTRÄGER, en un intento de sintetizar las ideas de SAVIGNY, señala: a) La tradición es en sí un contrato en el cual se entrecruzan dos declaraciones de voluntad que contienen un **animus transferendi** y un **animus adquirendi**. b) El acuerdo real "dinglicher Vertrag" es independiente del contrato obligacional. c) La relación del acuerdo real - con el negocio base "Grundgeschäft" es la del cumplimiento - con su motivo. "Der dingliche Vertrag steht zu seinem Grundgeschäft in dem Verhältnis von Leistung zu deren Motiv" d) la **iusta causa** es sólo subsidiariamente un requisito de la transmisión (Die **iusta causa traditionis** der Quellen ist als der Inbegriff aller der Momente anzusehen, aus den auf einen Übergangswillenskonsens gleichgelassen werden kann. Nur in diesem subsidare Sinne ist sie ein Erfordernis der Ubereignung) Para conocer la doctrina de SAVIGNY puede consultarse la monografía De los MOZOS "Doctrina de F. VON SAVIGNY en la transmisión del dominio", RGLJ, -

1.967, nº 223. págs. 72 y ss., cuyos apartados 3,4 y 5 coinciden prácticamente con el estudio de FELGENTRÄGER.

- 10.- Para un exacto conocimiento de la evolución legislativa del BGB hasta su redacción definitiva en cuanto a la transmisión de bienes inmuebles se puede consultar la obra de SCHUBERT "Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB". Del trabajo se desprende que el acuerdo real abstracto fue admitido sin discusión alguna en los trabajos preparatorios. Como antecedentes es también ilustrativo el discurso parlamentario de BÄHR sobre el Proyecto de la Ley de 1.872 de Prusia (GBO) en el que se llega a formular por primera vez el acuerdo real abstracto. Está publicado en Jhr. Jb. 11, págs. 1 y ss., bajo el título "Die preussischen Gesetzentwürfe über die Rechte an Grundvermögen". El silencio sobre la teoría de la abstracción de la causa en la redacción del BGB lo confirma MUGEL en su monografía "Bemerkungen zum Sachenrechts des Entwurfs des BGB", Gruchotsbeiträge 37, 1.893, págs. 334 y ss., criticando al mismo tiempo el negocio abstracto por ignorar los vicios que pueden haber en la causa subyacente y por la excesiva protección a los terceros. Vid también BRANDT, Op. cit., págs. 76 y ss., que ofrece datos interesantes tanto de la legislación prusiana como de la redacción primera y segunda del BGB. Ultimamente FELIPPO "Die Lehre der abstrakten Ubereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19 Jhr.", in Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19 Jhr., editado por H. COING y WILHELM, Tomo II; Frankfurt, 1.977, ha vuelto sobre los orígenes de la teoría de la abstracción de causa en el ámbito del Derecho real.

11.- Op. cit. pág. 15.

12.- IBIDEM, pág. 132.

**CAPITULO SEGUNDO. LA CRITICA A LA ABSTRACCION DE CAUSA.**

La crítica a la abstracción de causa, que nunca ha cesado, puede sintetizarse básicamente en tres corrientes:

a) Oposición frontal al principio de abstracción.

b) Supresión del principio de abstracción, sin alteración sustancial del sistema alemán de transmisión.

c) Relativización o modalización del principio de abstracción, mediante la introducción de mecanismos correctores.

**I. CRITICA CONTRA EL PRINCIPIO DE ABSTRACCION DE CAUSA.**

La crítica contra la abstracción es fundamentalmente una crítica conceptual, histórica y de Derecho comparado.

1. La crítica conceptual es, sin lugar a duda, la de mayor alcance tanto por la magnitud de sus obras, que son innumerables, como por su rigor y profundidad científica. Exponer esta crítica rebasa totalmente nuestro objetivo. Con un intento de cerrar definitivamente toda la polémica surgida en torno al

concepto de la abstracción de la causa, FLUME afirma-quizás con un tono demasiado tajante, pero significativo para conocer el estado actual de la discusión científica en Alemania (que se centra más en los aspectos positivos que en los aspectos conceptuales)- que este principio "a priori no es ni verdadero ni falso" (1). Esencialmente toda crítica conceptual, y esto también es extendible a la abstracción, depende del sistema en el que tiene su proyección legal. Toda crítica a la abstracción choca inmediatamente con el sistema jurídico que acoge por ley este principio. Por el contrario, es inútil aquel esfuerzo dogmático que intenta introducir figuras abstractas en un sistema eminentemente causalista. Por muy fundamentado que sea el planteamiento cuando la causa constituye requisito esencial la abstracción de la misma debe rechazarse. Por otro lado, combatir a la abstracción es relativamente fácil desde una postura causalista. Tampoco queremos entrar en la polémica de si los negocios son siempre causales o pueden ser también abstractos. Entrar en la dialéctica causa-abstracción nos puede llevar a un terreno resbaladizo, porque el mismo concepto de la causa se presta a múltiples interpretaciones, cuyo análisis daría lugar más bien a un estudio de la causa, y que incluso podría terminar, como sucede con frecuencia, en una discusión artificial y bizantina. De ahí que HECK, uno de los máximos representantes alemanes del sector crítico a la abstracción, renunciara de antemano a cuestionar la naturaleza abstracta o causal del negocio jurídico real (2) (3).

2. La crítica histórica es paralela a la crítica conceptual. Fundamentalmente la crítica histórica se centra en el Derecho romano, desde la época arcaica hasta la época justiniana, y su influencia posterior, especialmente en la época de los glosadores y posglosadores, y más tarde en la escuela histórica

y en el pandectismo alemán. Mientras la stipulatio, antecedente romano de la figura del reconocimiento de deuda, fue una figura casi desconocida hasta el siglo XIX - por lo menos en Alemania -, cuya importancia fue resaltada por primera vez en aquel siglo por juristas tan insignes como GNEIST, LIEBE y BÄHR, la traditio ha sido siempre objeto de las más diversas interpretaciones, debido básicamente a la dificultad de precisar lo que se entiende por justa causa. La polémica se avivó especialmente con la teoría de SAVIGNY, quien con su nuevo planteamiento acerca de la traditio y del significado de la *iusta causa* rompe con los esquemas entonces vigentes. A raíz de ello, se ha profundizado aún más en los textos romanos y en las interpolaciones de los glosadores y postglosadores.(4).

3. De mucha menor operatividad es la crítica a la abstracción de la causa en base a la comparación con otros sistemas jurídicos. Es verdad que la teoría de la abstracción ha tenido poca influencia a nivel legislativo en otros sistemas jurídicos. "El BGB ha influido en el mundo de forma desigualmente inferior al Code de NAPOLEON. Ha ejercido su influencia en el Lejano Oriente y en Grecia, menos en Italia, y en algunos países latino-americanos. También ha dejado huella en el Uniform Commercial Code de U.S.A.. Actualmente las ventajas del BGB parecen salir de nuevo a la luz. Así por ejemplo en Israel se ha analizado nuestro Código en cuanto a los actos abstractos y causales de disposición" (5). Sólo en el Derecho suizo se permiten legalmente los negocios abstractos en la esfera obligacional y algunos en la esfera real. "Pueden ser abstractos sobre todo los negocios de disposición (Tradicción, cesión, remisión, etc, no así la disposición registral, vea ZGB 956-1) y contratos obligacionales unilaterales, como por ejemplo, la promesa independiente de una prestación en un contrato de cambio o en

un contrato bilateral limitado (la promesa abstracta de deuda de un comprador o del prestatario)" (6).

Si en el plano legislativo se ha prestado poca atención a la teoría de la abstracción, en el plano doctrinal, por el contrario, la atención ha sido mucho mayor. Especialmente ha sido muy sensible a la teoría de la abstracción la doctrina italiana, la cual, en ocasiones, ha admitido la abstracción de ciertos negocios, como el reconocimiento de deuda, la promesa de pago, la asunción de deuda, la expromisión, la delegación, o de algunos títulos de crédito, como la letra de cambio o el cheque. También nuestra doctrina se ha sentido atraída por esta teoría, aunque son pocos los que han admitido la abstracción en nuestro sistema. Incluso la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien en pocas sentencias, ha calificado ciertos negocios como abstractos.

## II. SUPRESION DEL PRINCIPIO DE ABSTRACCION DE CAUSA.

La crítica a la abstracción en Alemania, más que una crítica conceptual o histórica, ha sido fundamentalmente una crítica dirigida a la eliminación del principio abstracto, que se ha caracterizado sobre todo por mantener a la tradición como un contrato, pero de carácter causal. Esta proposición de **lege ferenda** encontró sus mayores defensores precisamente en la época del nacionalsocialismo alemán.

Es, pues, necesario separar las diversas corrientes de crítica contra la abstracción habidas en Alemania, teniendo presente ante todo el sistema jurídico en vigor, porque, como dice FLUME, "en general la problemática de la eliminación del principio de la

abstracción es mucho más compleja que la polémica contra la abstracción" (7).

La crítica, con el pretexto de eliminar la abstracción, se centró fundamentalmente en el acuerdo real, crítica que se tradujo después en una propuesta de reforma del sistema de transmisión de bienes, en especial el de bienes inmuebles. Entre los propugnadores de un nuevo sistema, que tuvo su mayor respaldo en la época del nacionalsocialismo, cabe destacar a KRAUSE, LANGE, HECK, BRANDT y LOCHER. Posteriormente a MAY, YAHR, ROTHER y KEGEL.

Las razones para reformar el principio de la abstracción durante el nacionalsocialismo eran principalmente de carácter político e ideológico - la abstracción es un principio artificial no al alcance del "VOLKSGEIST" y la mayor intervención que supone del Estado en la esfera de los particulares - y, quizás, de oportunidad, ya que todo nuevo sistema jurídico-político provoca la necesidad de nuevas reformas legislativas. Esta reforma culmina en un proyecto de 1.942, que sólo se refiere a la transmisión de bienes inmuebles ("**Liegenschaftsrechts**"), bajo los auspicios de la Academia del Derecho alemán (Sección del Derecho de suelo) (8) (9) (10).

A las razones políticas e ideológicas para reformar el sistema de transmisión de bienes alude claramente KRAUSE: "Para llegar a una decisión política entre los tres principios (principio contractual, principio de transmisión y principio del acuerdo real) hay que plantearse qué elementos son necesarios para una transferencia jurídico-política libre, permitida por el Estado, tanto con respecto a los intereses de la colectividad como a los de las partes" (11).

Aboga además por la tradición como acto jurídico de ejecución (12), desechando su naturaleza contractual, que según él, sólo se justifica en un sistema abstracto. (13)

Igual que KRAUSE, LANGE invoca los principios políticos e ideológicos que inspiraron el sistema político surgido después de la II República de WEIMAR para pedir la eliminación de la abstracción en la transmisión de los bienes, pero manteniendo los demás preceptos reguladores: "En la lucha de la revolución nacionalsocialista por un Derecho nuevo, el principio de abstracción se convierte en uno de los puntos de atracción más importante contra el antiguo derecho. La división de un contrato unitario nunca es popular. Se puede proteger el tráfico también sin el principio de la abstracción." (14) (15) (16).

Una monografía crítica sobre el negocio real abstracto muy conocida en los círculos españoles es la de HECK (17). Como LANGE, HECK tiene en cuenta el sistema jurídico vigente, proponiendo dentro del sistema la sustitución del acuerdo real abstracto por el acuerdo real causal. Para combatir la abstracción examina los intereses que informan a este dogma (el interés del tráfico, el interés de la claridad y el interés de la prueba), para concluir que estos intereses están también presentes, y mejor defendidos, en un sistema causalista (18). Su propuesta de **lege ferenda**, sin variar sustancialmente las demás normas jurídicas que regulan la transmisión, es la siguiente: "La modificación jurídica (la transmisión de la propiedad) no se produce cuando falta una causa justificante y cesa cuando la causa desaparece" (19). Su pensamiento hay que encuadrarlo en aquel movimiento llamado la jurisprudencia de intereses, tan en boga en la Alemania durante los primeros decenios del siglo XX, y que surgió como una corriente contra la jurisprudencia de los

conceptos, siendo el principio de la abstracción, dado su elevado conceptualismo, presa fácil.

Más tarde, BRANDT rechaza como KRAUSE, la naturaleza contractual del acuerdo real, negando que sea abstracto o causal, y propone que se vuelva al sistema del título y modo. Después de analizar el negocio abstracto real en el plano histórico y su uso en el tráfico jurídico formula su opinión: "He llegado a la conclusión de que la cuestión de la adquisición de la propiedad no puede separarse del tipo negocial concreto, o sea, que ha de resolverse de forma diferente según los distintos tipos"(20).

Resultado de todo este movimiento crítico, la Academia de Derecho alemán encarga al profesor LOCHER un informe y la redacción de un proyecto sobre la transmisión de bienes inmuebles, estableciendo como criterio orientador que se mantuviera el acuerdo real, pero no como un acto abstracto sino causal. LOCHER en su informe rechaza la abstracción por cuatro razones fundamentales:

1. La ahistoricidad del negocio abstracto: "El principio de la abstracción es desconocido por la evolución jurídica nacional, también por el Derecho común antiguo y sobre todo por el Derecho General de Prusia...".

2. Se protegen intereses que no deben ser protegidos: "La decisión jurídica política sobre su conservación o eliminación no depende en primera línea de si es o no un artificio técnico jurídico político, sino de si necesario o no para garantizar los intereses dignos de protección".

3. El excesivo dogmatismo de la abstracción

causal: "Las consideraciones doctrinales pueden justificar aún menos la conservación del principio de la abstracción".

4. La artificialidad de la abstracción: "Sin lugar a dudas es cierto que el aislamiento jurídico del acto de atribución de su fin es artificial, en tanto que separa algo que debe permanecer unido"(21).

Años más tarde, después de la desaparición del Estado nacionalsocialista, pocas han sido las voces que se han alzado contra la abstracción. Entre éstas se puede destacar a MAY, quien se planteó de nuevo el dogma de la abstracción, pero en el terreno de la transmisión de los bienes muebles, defendiendo la tesis de que la transmisión de un bien se funde en la realidad en un sólo acto, y no en tres actos como pretende el Derecho alemán: negocio causal, negocio real abstracto y la entrega (22).

La última crítica a la abstracción parte de KEGEL, quien después de analizar los diferentes sistemas jurídicos en cuanto a la causa como requisito del contrato, especialmente el sistema anglosajón, condena la abstracción de la causa, por considerar que "la abstracción de la disposición es un defecto jurídico político del Derecho alemán. Deberíamos de renunciar a ella. Con ello conseguiríamos la ventaja adicional, mencionado por SAVIGNY al final del tomo octavo, de liberar los ánimos de los jóvenes estudiantes del terror que les ha infundido hasta ahora la inútil erudición que sigue esta teoría"(23).

Actualmente, aparte de algunas honrosas excepciones (como ROTHER, que ha profundizado en la abstracción en cuanto que los negocios abstractos ante todo constituyen negocios de cumplimiento, o JAHR,(24),

que ha revisado las concepciones de la *iusta causa traditionis* y su relación con la abstracción en el Derecho romano clásico), el dogma de la abstracción tiene el beneplácito de toda la moderna civilística alemana.

"En torno al debate del principio de la abstracción en el Derecho civil alemán, afirma ROTHER, se ha producido un silencio". Pero añade que "aunque se considere inevitable que los problemas teóricos pierdan vigencia por el paso del tiempo o sean relegados al olvido, antes de ser resueltos realmente, debería sorprender, en este caso, la marginación general de la conocida controversia".(25).

### III. RELATIVIZACION DEL PRINCIPIO DE ABSTRACCION DE CAUSA.

La aplicación excesivamente rigurosa del dogma de la abstracción puede dar lugar, por causa de su rigor conceptual, en ocasiones, a situaciones verdaderamente injustas, que la jurisprudencia alemana, a veces, ha tratado de corregir.

Así, desde el comienzo de la entrada en vigor del BGB, la jurisprudencia(26), y también la doctrina (27), ha tenido que enfrentarse a aquellos acuerdos reales y otros negocios abstractos en los que subyace una causa ilícita.

Conforme a la abstracción contemplada en el BGB la ilicitud de la causa no afecta para nada a la validez y eficacia del negocio abstracto. Como contraprestación los perjudicados pueden, no obstante, ejercer la *condictio ob turpem cuasam* de acuerdo con

el art. 817 apartado segundo. Esta consecuencia constituye, pues, una excepción a lo dispuesto en el art. 138 que establece la nulidad de aquellos negocios jurídicos que atentan a las buenas costumbres. Precisamente este artículo no da pie a extender las consecuencias de un negocio ilícito también a los negocios de naturaleza abstracta, propuesta no falta de contradicciones, si se quiere conjugar adecuadamente ambos preceptos, porque según el precepto que se aplique la solución es distinta. Si entra en juego el art. 138-1 el negocio abstracto con causa ilícita es radicalmente nulo, dando lugar a la acción reivindicatoria en el ámbito de los negocios abstractos reales. Si se aplica el art. 817-2 sólo cabe la excepción de la **condictio ob turpem causam**. Caben tres soluciones: a) El art. 138-1 prevalece sobre el art. 817-2. b) El art. 817-2 excluye al art. 138-1. c) Ambos preceptos coexisten y se aplican según los supuestos.

La primera es una respuesta a la necesidad de satisfacer una situación que resulta inadmisibile en un sistema valorativo. Como se dijo alguna vez, con la abstracción el juez tiene las manos atadas para cuestionar y enjuiciar la inmoralidad de los actos abstractos. Al contrario, la segunda respuesta es consecuencia lógica del sistema en que está inserto el negocio abstracto, dejando al perjudicado no en una total indefensa al concederle la **condictio** del art. 817-2. Se basan además en que los negocios abstractos no se prestan a valoraciones, dado su carácter ascético. La tercera responde a una síntesis, intentando conjugar los distintos intereses que hay en juego, y para resolver ciertas situaciones que necesariamente deben ser declarados nulos.

Además, la cuestión sobre la ilicitud de los negocios abstractos puede prestarse a dos enfoques

distintos:

a) El negocio causal ilícito se extiende al negocio abstracto.

b) El negocio abstracto por sí sólo puede atentar a las buenas costumbres.

Entender que la ilicitud del negocio causal alcanza al negocio abstracto significaría la ruptura con el sistema abstracto, cuando se caracteriza precisamente por mantener independiente éste de aquél. Dejaría, además sin su ratio al art. 817-2 que no tendría aplicación cuando el negocio abstracto sea declarado nulo. Por extensión, podrían afectar igualmente al negocio abstracto aquellos negocios sin causa o con causa falsa. Lo que llevaría a la desaparición del sistema abstracto.

Por otro lado, es una afirmación muy común entre los que defienden la abstracción que el negocio abstracto no puede ser inmoral, dado su contenido objetivo, ascético, estereotipado, quedando cualquier fin o móvil ilícito fuera de la voluntad abstracta, cuya única finalidad es la de producir una modificación en la relación jurídica real o en la relación jurídica obligacional. En contra de esta afirmación se ha alegado que la voluntad abstracta no puede ser tan ajena a los móviles o fines ilícitos, si se tiene en cuenta que la **condictio** del art. 817-2 se ejerce porque la causa es **ob turpem**. A favor de la ilicitud misma de los negocios abstractos están los diversos preceptos que sancionan con nulidad a algunos negocios abstractos que atentan a las buenas costumbres. Así el reconocimiento de deuda prestado por parte de quien pierde frente a quien gana, en virtud de un juego ilícito, no origina ninguna obligación, según lo preceptuado

en el art. 762-2 del BGB. A tenor del art. 656 del BGB tampoco origina obligación el reconocimiento de deuda o la promesa de pago realizado por la información de la ocasión por contraer matrimonio o para la mediación en la celebración de un matrimonio. En apoyo de la aplicación del art. 138-1 se ha acudido también al art. 138-2, cuya sanción es aplicable por igual a los negocios causales y a los negocios abstractos. Sin embargo, el verdadero tema de batalla no está tanto en romper la abstracción a favor de la sanción de los negocios abstractos basados en una causa ilícita, como en la aplicación o no del art. 138-1, cuando existe una norma más concreta como es el art. 817-2.

Ultimamente se ha pronunciado a favor de la aplicación del art. 138-1 FLUME, cuyo razonamiento es el siguiente: "El argumento positivista por el que se ha querido deducir del art. 817 la inaplicabilidad del art. 138 al negocio abstracto de atribución no cabe ser admitido. Metódicamente es erróneo determinar el campo de validez del art. 138, argumentando que para el art. 817 quedaría un campo de aplicación suficientemente amplio. No se comprende por qué el art. 817 debe perder su primacía en favor del art. 138. La cuestión de la aplicabilidad del art. 138 al negocio abstracto de atribución no tiene relación alguna con el principio de abstracción. La inmoralidad debe darse más bien de forma independiente para el negocio abstracto de atribución" (28).

Opta, pues, por la ilicitud misma del negocio abstracto aunque, como veremos después, hace una matización respecto de los negocios abstractos obligacionales, al considerar que la ilicitud se da siempre, tanto en el ámbito obligacional como en el real, cuando el acuerdo atenta contra los intereses de los terceros o de la comunidad.

No es este, sin embargo, el parecer de la jurisprudencia alemana. Por norma general concede al perjudicado la **condictio ob turpem causam**, y sólo excepcionalmente por razones de justicia declara la nulidad del negocio abstracto en base a una causa ilícita subyacente (29).

Otro de los criterios en los que se basan los críticos para romper con el dogma de la abstracción es a través del art. 139 del BGB que dispone: "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" (30) (31).

Se argumenta que, aunque los negocios abstractos son independientes del negocio causa, en ocasiones existe entre ambos una unidad tanto en el plano jurídico como en el económico. En los casos que existe una unidad -especialmente cuando es ésta la voluntad de los contratantes- los vicios o anomalías del negocio subyacente -afectan también al negocio abstracto, siendo aplicables, en estos casos, el mencionado precepto. Argumentan que esta unidad se puede dar sobre todo en la transmisión de bienes muebles, donde los distintos actos jurídicos -negocio causal, acuerdo tratativo y entrega- se fusionan en un único acto y en una única voluntad. Este carácter unitario entre el negocio subyacente y el posterior acuerdo traslativo se plantea también cuando en un mismo documento se han formulado los dos negocios. Lo mismo se puede decir para el negocio abstracto obligacional que sucede a otro negocio causal anterior.

Pero ¿cuál es la ratio del art. 139?. Sancionar con nulidad todo el negocio jurídico, aunque la nulidad sólo se da en parte del negocio, siempre que afecte al negocio restante. Si el negocio en parte es válido pero está condicionado por la parte declarada nula, la

nulidad debe declararse para todo el negocio jurídico. Se declara también la nulidad de los negocios conexos o ligados, condicionados entre sí. "Para la aplicación del art. 139, dice ANDRÉ, se debe partir de que básicamente todo negocio jurídico puede ponerse en relación con la relación jurídica global ("GESAMTRECHTSGESCHÄFT"). "A excepción de algunos casos determinados, la validez de cualquier negocio jurídico se puede hacer depender de una condición. Cuando esto es admisible, entonces debe ser admitido que la validez de un negocio jurídico se pueda subordinar a otro que está en relación con este negocio jurídico"(32). "Desde esta perspectiva, los negocios abstractos que admiten condición podrían caer bajo la órbita del art. 139, declarándose nulo el negocio abstracto que estuviera condicionado por un negocio anterior nulo" (33). Esta tesis, sin embargo, choca frontalmente con el art. 925 del BGB que determina que es ineficaz el acuerdo traslativo que se realice bajo una condición. Por lo tanto, desde la concepción nulidad-condición los acuerdos reales abstractos nunca pueden ser declarados nulos de acuerdo con lo dispuesto en el art. 925.

Otra es la opinión de BREYHAN. Según él, "el art. 139 no contiene para las partes prescripción alguna sobre cómo han de efectuar varios negocios jurídicos cuando éstas desean que dependan jurídicamente entre sí; tampoco determina que las partes hayan querido establecer una relación de dependencia entre los dos negocios jurídicos, sino que existe un supuesto de hecho que indica que ellos quieren que un negocio jurídico dependa de otro" (34). Para él, el negocio jurídico causal en relación con el negocio de transmisión es siempre una parte del supuesto de hecho global (Gesamtatbestand), que es el presupuesto y el sentido del art. 139. En buena lógica, de ello se deduce que la nulidad del negocio causal arrastraría normalmente también la -

del negocio de transmisión, e independientemente de que los negocios hayan sido celebrados al mismo tiempo o no (35).

De nuevo es FLUME quien pone las cosas en su sitio. "En realidad, afirma el principio de abstracción es negado cuando se intenta excluirlo mediante el art. 139, a pesar de que su validez inalienable es un elemento estructural decisivo para la regulación del tráfico jurídico comercial en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en opinión de los redactores del BGB como por el espíritu del art. 139 en el marco de las normas, pero no hay lugar a duda de que el art. 139 no puede servir de argumento para la eliminación o limitación del principio de la abstracción" (36). "En el intento de eliminar el principio de abstracción mediante la aplicación del art. 139 o mediante la ficción de una condición no se capta la problemática real, que resulta precisamente de admitir positivamente el principio de abstracción como algo absoluto. Esta problemática se centra en saber en qué medida el negocio de disposición depende en su validez de cualquier incertidumbre que puede surgir del negocio causal. El problema real, por ejemplo, en el caso del error, no es la cuestión doctrinal de si el negocio de disposición deba anularse porque el negocio causal sea declarado nulo por error en caso de impugnación, sino de si cualquier error, que debe considerarse según la estipulación del negocio causal, también debe afectar a la validez del negocio de disposición" (37).

NOTAS CAPITULO SEGUNDO, SUBTITULO I. **TITULO TERCERO**

- 1.- Op. cit., pág. 176.
- 2.- Op. cit., pág. 1.451.
- 3.- En Alemania el trabajo más serio e inmediato después del primer proyecto del BGB contra la abstracción fue de STROHAL "Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches", Jhr. Jb., 27, págs. 335 y ss.. Son de interés los siguientes trabajos: KRUCHMANN "Über abstrakte - und kausale Tradition und 929 BGB", Abr., 13, 1.897; BECHMANN, "Der Kauf im Gemeinen Recht", Berolini, 1.870; BERNHOFT "Der - Besitztitel im römischen recht", Halle, 1.875; LENEL "Quellenfor- schung in den Ediltentkommentaren", ZSS, röm.Abt.3, 1.889, págs. 178 y ss.; MAYER "Die iusta causa traditionis bei Tradition und Usukapion", Erlangen 1.871; Dernburg "Beiträge zur Lehre von der iusta causa", ACP, 40, 1.887, págs. 2 y ss.; KINDEL "Konsenzprinzip oder I, 1,10", Jhr.Jb., 29, 1.890. El trabajo que agrupa a toda la doctrina, tanto extranjera como alemana, habida después de la teoría de SAVIGNY, es el de FUCHS "Iusta causa traditionis", Basel, 1.952. La monografía de Beyrle en el libro homenaje a GUSTAV BOHMER (1.954) "Der dingliche Vertrag" fue la última crítica de fondo al sistema abstracto. Desde entonces las críticas se han apaciguado y actualmente existe un general reconocimiento al sistema abstracto. Pueden consultarse las monografías de De los MOZOS "Crisis del principio de abstracción...", Op. cit., y "La doctrina de F. C. VON SAVIGNY...", Op.cit., que recoge toda la literatura jurídica alemana surgida sobre la abstracción en relación con la tradición. En España son de especial interés: SERRANO Y SERRANO "Iusta causa traditionis", RCDI, 1.943, págs, 722 y ss; ALVAREZ SUAREZ "El problema de la causa en la tradición"; Madrid, 1.945; NUÑEZ LAGOS "Causa de la traditio y causa de la obligatio", RCDI, 1.961, págs. 573 y ss; GONZALEZ "Desde la teoría del título y modo al llamado principio del consentimiento", RCDI, 1.925, págs. 170 y ss; DIEZ-PICAZO "La tradición y los acuerdos tratativos", ADC, 1.966, págs. 555 y ss;
- 4.- Una revisión histórica muy significativa de la traditio y su relación con la iusta causa puede verse en los trabajos de KASER "Zur iusta causa", BIDR, 1.961, págs. 68 y ss., y JAHR "Zur Iusta causa traditionis", ZSS,röm.Abt., 1.963, págs. 141 y ss. Este último autor después de indagar de nuevo en los textos romanos - afirma que el Derecho romano no sólo conocía la abstracción - externa sino también la abstracción interna.
- 5.- KEGEL "Sollen Verpflichtungsgeschäfte abstrakt oder kausal sein?", Internationales Rechts und Wirtschaftsordnung, Libro homenaje a F. A. MANN para su setenta cumpleaños, 1.977, pág. 55.
- 6.- GUHL "Das schweizerische Obligationsrecht", Ed. 7ª, 1.980, Zürich, pág. 89.
- 7.- Op. cit., pág. 177.

- 8.- Ausschuss für Bodenrecht der Akademie für deutsches Recht.
- 9.- Formaron parte de la comisión: FELGENTRÄGER, BACHS, BUSSE, BLO-MEYER, EPPING, HESSE, LANGE, LOCHER, SCHMIDT, SIBER, TENSCHERT, WEBER, WEIAAWE, WIEACKER.
- 10.- El art. 873 en el nuevo proyecto se formuló en los siguientes - términos: "Zur rechtsgeschäftlichen Verfügung über ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstücke ist in den Fällen der Veräu-sserung, der Belastung und der Inhaltsänderung vorbehaltlich be-sonderar Vorschriften ein Vertrag über den Rechtsgrund das zu-geleiche mit dem Vertrag oder gesondert herbeigeführte Einverständnis des Verfügenden und des anderen Beteiligten über den Vollzug der Rechtsänderung (Vollzugsvereinbarung) und die Eintragung der Re-chtsänderung im Grundbuch erforderlich".
- 11.- "Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts", ACP, 145, 1.932, pág. 312.
- 12.- IBIDEM, pág. 314.
- 13.- Además objeto que en el sistema abstracto no quedan resueltas dos cuestiones: 1) Durch die Verbergabe oder Eintragungsbewilligung und Auftrag vorgenommenen Vollziehung bedenkt der inneren Verknüpfung mit der rechtsgeschäftlichen oder sonstigen causa. 2) Nicht gelöst ist die Frage des Erwerbschutzes ( Op. cit., pág. 324).
- 14.- "Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung im Boden und Fahrnisrechts" ACP, 146, 1.933, pág. 29.
- 15.- IBIDEM, pág. 31.
- 16.- Vuelve a pronunciarse contra el sistema del BGB en "System des - deutschen Vermögensrecht", ACP, 147, 1.934, págs. 290 y ss.. Sus ideas sobre un derecho nuevo ya lo había expuesto en "Liberalismus Nationalsozialismus und bürgerliches Recht", 1.933.
- 17.- "Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft", Edit. Mohr, Tübingen, 1.937, traducido al español por GOMEZ VALENZUELA y revisado por LACRUZ BERDEJO, publicado en la RCDI, 1.965, págs. 1.444 y ss.
- 18.- Op. cit., especialmente las págs. 1.459 y ss.
- 19.- IBIDEM, pág. 1.507.
- 20.- Op. cit., págs. 295-296.
- 21.- "Neugestaltung des Liegenschaftsrecht"; Berlin, 1.942, págs. 62-63.
- 22.- "Die Möglichkeit der Beseitigung des Abstraktionsprinzip bei den Verfügungsgeschäften des Fahrnisrechts", 1.952.
- 23.- Op. cit., pág. 88.

- 24.- Vid. las conclusiones de Yalis, Op., cit., pág. 174.
- 25.- "Die Erfüllung durch das abstrakte Rechts.geschäft", ACP, 169, pág. 1.
- 26.- Un estudio amplio de la jurisprudencia sobre los negocios abstractos se puede encontrar en Rumpf, Op. cit., y en Breyhan - "Abstrakte Uebereignung und Parteiwille in der Rechtsprechung", 1.929.
- 27.- La doctrina alemana ha prestado especialmente atención a la - incidencia del art. 138-1 del BGB en los negocios abstractos y su relación con el art. 817-2 a comienzos del siglo veinte. - PUede consultarse: MAIER "Die Einwirkung des wegen Vertosses gegen die guten Sitten nach 138-1 nichtiges obligatorisches Rechtsgeschäftes", SCHREIBER "Abhängigkeit des Erfüllungsgeschäft von obligatorischen Verträge bei anfechtbaren und unsittlichen Rechtsgeschäftes, Gruchotsbeiträge, 52, 1.908, págs. 515 y ss; MARCUSE "Wirkungen der Ungültigkeit des Kausalgeschäft, Gruchotsbeitrag, 66, 1.923, págs. 159 y ss; RUMPF: "Die neue Rechtssprechung zu den, Par. 138, 817, BGB, ACP, 117, 1.919, págs. 315 y ss; MITTEIS, "Zur Auslegung des 138-1", Festschrift, Leipzig, - Juristenfakultät, Dr. Adolf Wach, 1.915, págs. 15 y ss; EHLER, Die Anfechtung des schuldrechtlichen und dingliches Geschäft", ZHR, 107, 1.939, págs. 17 y ss; JACOBY "Die Eigentumsübertragung an Bordellgrundstücken", JW, 1.912, págs. 451 y ss; VON THUR - "Eigentumserwerb aus unsittlichen Vertrag", ACP; 120, 1.922; págs. 1 y ss; MATTHEISSEN "Die Eigentumsübertragung an Bordellgrundstücken", JW, 1.911, págs. 923 y ss; OERTMANN "Abstrakte Versprechen aus rechtswidrigen Verpflichtungsgrunde" D.J. 1.902, Nr. 5. VOLLMER "Ist das auf rechtswidrigen Grunde beruhende abstrakte Schuldversprechen nichtig?" Leipzig, 1.910, tesis doctoral; - JACOB "Der abstrakte Vertrag im BGB in Beziehung zu 138-1 BGB, Abs. 1", 1.909, tesis doctoral;
- 28.- Op. cit., pág. 383.
- 29.- Por ejemplo la Sentencia del Reichsgericht 145, 152 ff, citada y criticada por FLUME, Op. cit., pág. 387.
- 30.- Vid. LEITSCHUTZ "Ist 139 BGB auch auf abstrakte Rechtsgeschäfte anwendbar?"; DJZ, 1.909, págs. 432 y ss. ANDRÉ "Ein Beitrag zu 139 des BGB, Festschrift Enneccerus Sonderdruck, Marburg, 1.913; GOLDMANN "Ist bei gleichzeitiger Vornahme von Kausal und Verfügungsgeschäft und Ungültigkeit des ersteren 139 BGB anwendbar?". Gruchotsbeiträge, 56, 1.912, págs. 161 y ss; BREYHAN, Op. cit.,
- 31.- Sobre la jurisprudencia a comienzos del presente siglo sobre el art. 139 del BGB en relación con los negocios abstractos, en - especial, en relación con los acuerdos traslativos de bienes - inmuebles vid. BREYHAN, Op. cit., capítulo III.
- 32.- Op. cit., pág. 12.
- 33.- En estrecha conexión con el art. 139 está la condición tácita

(stillschweigende Bedingung) que igualmente puede condicionar la validez y eficacia del negocio abstracto, siendo, no obstante, - aplicables los mismos criterios aquí expuestos. La condición - tácita, igual como el art. 139, no entra en el esquema de la abstracción material.

34.- Op. cit., pág. 113.

35.- IBIDEM, pág. 110.

36.- Op. cit., pág. 178.

37.- Op. cit., pág. 179.

### CAPITULO TERCERO. EL NEGOCIO JURIDICO ABSTRACTO

#### I.1.El negocio jurídico abstracto: su concepto.

El concepto de negocio abstracto se formula en contraposición al negocio causal (1). Son negocios abstractos "aquellos en que la causa no está incorporada, sino ausente de él, radica en otra relación entre las partes, produciendo el negocio los efectos con independencia de la causa"(2). Como consecuencia de la no inserción de la causa en el negocio abstracto es concebido también como un negocio formal (todo negocio abstracto es formal, pero no todo negocio formal es abstracto).

Cualquier intento de definir al negocio abstracto ha girado siempre sobre el tema de la causa, pero no es éste el único criterio para determinar cuando un negocio es abstracto. Son muy acertadas las premisas que estableció COHN, y que se deben tener en cuenta para calificar a un negocio como abstracto. Según COHN (3) deben darse en todo negocio abstracto:

- a) Dos momentos contractuales que están separados.
- b) Un contenido negocial estereotipado.
- c) La independencia del negocio posterior respecto del negocio anterior.

Es común a todos los negocios abstractos que, aunque independientes, coexistan con los negocios

de naturaleza causal.(4). Así, la compraventa o la donación preceden al acuerdo real abstracto, la concesión de créditos es previo a la constitución de una deuda inmobiliaria o a la transmisión fiduciaria de seguridad. Y el reconocimiento de deuda es resultado de un momento obligacional anterior. Deben diferenciarse, pues, siempre dos momentos contractuales. En el área del Derecho real, el momento real abstracto (por ejemplo, acuerdo traslativo) del momento obligacional (por ejemplo, compraventa). En el área del Derecho obligacional, el momento obligacional abstracto (por ejemplo, reconocimiento de deuda) y el momento obligacional causal (por ejemplo, un contrato de ejecución de obra). Son dos momentos que se suceden en el tiempo, independientes, sin que sean preparatorios o auxiliares el uno respecto del otro, con efectos propios.

Otro criterio común de todo negocio abstracto es su contenido estereotipado. Si por estereotipado dicese de fórmulas, expresiones que se repiten sin variaciones, es evidente que este fenómeno se da en el acuerdo real abstracto, en el que las declaraciones del transmitente y la del adquirente son siempre las mismas; en términos parecidos igualmente cabe hablar de un contenido estereotipado, aunque un poco más variado, en el reconocimiento de deuda. Ello es en razón de una voluntad muy concreta (voluntad de transmitir y de adquirir, voluntad de reconocer una deuda) y precisa (yo transmito y yo adquiero, yo reconozco la deuda). La concurrencia de voluntades en un negocio abstracto se reduce por norma general a una única voluntad. En el acuerdo traslativo la voluntad real se caracteriza por un **animus transferendi** y un **animus adquirendi**, pero todas las demás voluntades que pueden estar en la mente de los contratantes, o que pueden provenir del contrato subyacente, no trascienden al acuerdo real, ni lo condicionan. Lo mismo sucede en el recono-

cimiento de deuda, en el que la voluntad del reconocedor se caracteriza exclusivamente por el reconocimiento de un **debitum**; tampoco aquí trasciende otro **animus** ni la voluntad del contrato subyacente. Pero, es más: la voluntad que se tiene en cuenta es la voluntad externa, la voluntad declarada. El ánimo de transferir y de adquirir, el ánimo de reconocer, es un ánimo expreso, un ánimo manifestado formalmente. Por esta razón, la voluntad abstracta no puede ser jamás ilícita, contraria a las leyes, a la moral o al orden público. De ahí que este criterio sea fundamental para la debida aplicación del art. 138-1 del BGB, cuya interpretación ha forzado en más de una ocasión a sustituir la abstracción por un sistema causal, o por lo menos dió lugar a un cierto intento de relativización del principio de la abstracción. También el interés de estos negocios es un interés muy concreto, si se entiende por interés aquel que origina un negocio jurídico y que por tanto encuentra su reglamentación en él. En el acuerdo traslativo, el interés es el de transmitir un bien. Por lo que se refiere al reconocimiento de deuda, el interés está en la creación de una relación crediticia menos compleja para reforzar así la prueba del **debitum** a favor del acreedor.

Sigue, no obstante, como criterio fundamental para calificar a un negocio como abstracto la abstracción de la causa; es decir, es negocio abstracto el negocio jurídico posterior que no incorpora la causa del negocio anterior. Ahora bien, la distinción entre negocio abstracto posterior y el negocio causal anterior no reside tanto en la incorporación de la causa en el negocio posterior como en su independencia respecto del anterior, en tanto que, aunque la causa de éste esté viciada o inexistente, la validez de aquél no queda por ello afectada. De ahí que la característica típica del negocio abstracto es su independencia del negocio causal. Y esta independencia sólo se manifiesta-

ta cuando la causa del negocio anterior no incide para nada en la validez y eficacia del negocio posterior. Este criterio es importante, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 139 que, como el art. 138 I y II, ha servido de estandarte para combatir la abstracción, intentando así introducir la causa del negocio anterior en el negocio abstracto, sin que sea necesario una modificación del BGB (5).

#### I.2. Características del negocio jurídico abstracto.

1. Los negocios abstractos no incorporan una causa específica.
2. Los negocios abstractos son independientes de los negocios causales.
3. En los negocios abstractos la voluntad y el contenido es expreso, formal, concreto y preciso. El interés negocial es único.
4. Por norma general los negocios reales son abstractos, mientras que los negocios obligacionales sólo los son excepcionalmente.
5. Los negocios abstractos tienen como medios correctores la **actio condictio**.
6. La abstracción es absoluta en aquella relación en la que intervengan tres sujetos ( por ejemplo, la delegación, la asunción de deuda o la letra de cambio) y relativa cuando es "inter-partes".
7. La abstracción protege con más eficacia los intereses

de terceros que el principio de la buena fe.

8. Los negocios abstractos son frecuentemente formales, pero no siempre (así, por ejemplo, la transmisión fiduciaria de la propiedad, la deuda inmobiliaria o la promesa de deuda o la promesa de pago otorgados en base a una liquidación o por vía de la transacción).
9. Los negocios abstractos para su existencia necesitan del respaldo legal, con la única excepción de la transmisión fiduciaria que es de origen jurisprudencial.

### I.3. Negocios jurídicos abstractos en el Derecho alemán.

Son considerados negocios abstractos en el Derecho alemán el acuerdo real de transmisión (arts. 873 y 929 del BGB) y los demás contratos que constituyen, extinguen o transmiten derechos reales. Entre los negocios abstractos obligacionales, que son los menos, está la promesa de deuda (art. 780 del BGB), el reconocimiento de deuda (art. 781 del BGB), la remisión de deuda (art. 397 del BGB), y aquellos de carácter titulado, como el cheque (Ley de Cheque de 14.8.1933) y la letra de cambio (Ley de Letra de cambio de 21.6.1933). También tienen naturaleza abstracta la cesión de créditos (art. 398 del BGB), la asunción de deuda (art. 414 del BGB) y la delegación (art. 783 del BGB) (6).

## II. OTRAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL NEGOCIO JURIDICO ABSTRACTO

### II.1. La voluntad abstracta

Un tema debatido es si la voluntad negocial puede ser abstracta. O, en otros términos ¿ puede la voluntad excluir por sí la causa?.

Después de la aparición del BGB, uno de los primeros en plantearlo fue DU CHESNE, el cual considera que no cabe hablar de una voluntad negocial abstracta. "No existe un negocio abstracto en el sentido de que las partes no estuviesen de acuerdo con la causa del contrato o intentaran ocultarla mutuamente"(7). En todo caso, dice, "la voluntad abstracta es una voluntad de cumplimiento ("ERFÜLLUNGSWILLE"),..., esta es su verdadera naturaleza" (8).

La voluntad abstracta es una voluntad artificial a la que sólo puede dar sustantividad el propio legislador. No existe la posibilidad de separar la voluntad del ser humano de su fin, de su razón o de su causa. Evidentemente toda voluntad consciente, con relevancia jurídica, y que tiene como fin el de constituir, modificar o extinguir la relación jurídica, contiene una causa. También la voluntad abstracta responde a un fin, como dice MARBURGER, a un fin económico o jurídico, pero que tiene su causa en una relación jurídica anterior. Por un lado, la voluntad abstracta carece de una causa propia, afirman sus críticos, por depender de otro negocio jurídico, pero, por otro, no se puede negar que la voluntad abstracta es resultado de un fin concreto. No obstante, también se plantea

si realmente responde a un fin, cuando la voluntad abstracta es concebida como una voluntad ascéptica, formal, expresa, ajena a la ilicitud o a la inmoralidad. Es un fin objetivo, prefijado por el legislador, por el que se presta un negocio abstracto. Este es además un fin predeterminado, igual para cualquier negocio abstracto. Dice MAY que "no existe una voluntad abstracta, sino sólo una voluntad dirigida a un fin determinado, en concreto, a obtener un resultado mediato (con excepción de los negocios gratuitos). La abstracción de la disposición es por eso una creación del Derecho positivo y no tiene que ver nada con la voluntad de las partes"(9). Este fin concreto, objetivo, está en las propias necesidades de asegurar, garantizar, facilitar el tráfico jurídico tanto en la esfera jurídico real como en la esfera de los créditos. Así el acuerdo real abstracto asegura la transmisión de los bienes en cuanto que la causa que subyace no puede afectar a la validez y eficacia del mismo. Con ello, además, se facilita el intercambio de los bienes; primero, porque el acuerdo real se ciñe exclusivamente a la transmisión, sin que en él exista otra voluntad que no sea la de transmitir y adquirir la propiedad; y segundo, porque los terceros que adquieren no tienen que estar dependiendo de las vicisitudes de las relaciones jurídicas anteriores. También el reconocimiento o la promesa de deuda abstractos son resultados de un fin concreto: garantizar el crédito y facilitar su cobro al acreedor.

Claro está que este fin es predeterminado por el legislador. La inserción de los negocios abstractos en el Derecho alemán se produce en un momento económico muy concreto: el comienzo de la sociedad industrial, que imponía nuevas fórmulas jurídicas para el intercambio de los bienes y créditos. Una voluntad independiente de su causa era ideal para dar respuesta

a ciertas instituciones que por entonces no encajaban ya del todo en el sistema económico, y al mismo tiempo servía para fundamentar otras nuevas. Por obra de la ley se separaron artificialmente dos momentos negociales, el negocio causal del negocio posterior, llamado abstracto, por entender que era la mejor fórmula para satisfacer el interés de garantizar y asegurar el tráfico jurídico. (10)

En este sentido es acertada la crítica a la abstracción, en cuanto que sólo por obra de la ley se puede separar la voluntad de su causa. Esta voluntad no se puede dar en el ámbito del Derecho de los particulares. La casi indiferencia del negocio abstracto de su causa - la indiferencia no es total, ya que se le puede oponer las acciones de enriquecimiento sin causa - le distingue de los demás sistemas en los que la causa siempre incide en la validez y eficacia del negocio posterior. Por eso, no le falta razón a aquellos que califican a la voluntad abstracta de artificial.

DU CHESNE, que niega que la voluntad negocial sea abstracta, admite sin embargo, que la declaración sea abstracta(11). Pero se refiere más bien a declaraciones emitidas en los títulos de crédito que se caracterizan por no expresar la causa. No siempre están claras las diferencias entre una declaración que no expresa la causa y la declaración propiamente abstracta. Tienen de común que en ambas no se expresan la causa. Son además declaraciones formales en cuanto que el título constituye el fundamento de la existencia del crédito. Por ello, más que acudir a sus características externas, que son idénticas, se debe preguntar en qué medida pueden afectar las anomalías de la causa subyacente a las declaraciones que ESCRIVA ROMANI llama de "expresión abstracta". De nuevo es la ley quien decide si la declaración es propiamente abstracta o

no. En la medida que la causa afecta a la validez y a la eficacia del título, la declaración es causal o abstracta. A diferencia del Derecho alemán, nuestro sistema opta a la vez por una causalidad y abstracción, según sea la posición del acreedor, en algunos títulos de crédito como el cheque y la letra de cambio. Son causales en cuanto le son oponibles al primer acreedor las acciones procedentes de la causa inexistente, ilícita, falsa o defectuosa. Son abstractos en cuanto que el tercero acreedor (delegado en el cheque, tomador en la letra de cambio), es ajeno a las vicisitudes de la relación de valuta entre el primer acreedor y el deudor.

## II.2. Abstracción y novación

La abstracción de la causa y la novación aunque son instituciones de distinta estructura tienen un origen común: la *stipulatio*. En el Derecho romano clásico el medio más usual para causar la novación, aparte de la *transcriptio* y *litiscontestatio*, es la *stipulatio*. Más tarde, en la época de JUSTINIANO, constituye el único instrumento para producir efectos novatorios (12). En su origen, la *stipulatio* como la *transcriptio* se caracterizaban por ser negocios de naturaleza abstracta. Sus efectos eran los propios de una novación: extinción de una obligación anterior y constitución de una obligación nueva, o como con más precisión dice SANCHO REBULLIDA, apoyándose en WINDSCHEID, extinción mediante constitución (13). Pero la pregunta que debe uno hacerse, y lo hace SANCHO REBULLIDA, es cuándo y por qué la *stipulatio* produce novación en el Derecho clásico (14). En opinión suya, la titulación es la característica y fundamento de la virtud novativa de la *stipulatio*. Es decir, cuando

la **stipulatio** hace alusión a la causa. Si la nueva obligación, siendo de "idem" (incompatible), no se refiere expresamente a la antigua, no se produce la novación (15). Por tanto, la **stipulatio** con expresión de causa constituía un acto novatorio, siempre que existiera una incompatibilidad entre la obligación anterior y la obligación posterior. En caso de no existir tal incompatibilidad la **stipulatio** era accesoria no novatoria. Y si en la **stipulatio** no se expresaba la causa, el acto era abstracto.

En el Derecho justiniano la novación se produce preferentemente mediante la **stipulatio**, después de la desaparición de la **transcriptio** y la **litisconstitatio**. Como consecuencia de la espiritualización del Derecho romano la voluntad adquiere cada vez más importancia en la configuración de las instituciones jurídicas. Así también en la novación. Se requiere, para que la **stipulatio** cause novación, que exista entre los contratantes el **animus novandi**. Aunque la **stipulatio** había dejado de ser un negocio formal y abstracto, la presencia del **animus novandi** hacía imposible la novación mediante un acto de naturaleza abstracta. Conviene además hacer una precisión. En opinión de SANCHO REBULLIDA, en el Derecho occidental el término **novatio** se hace impreciso y carente de sentido técnico unívoco(16). El Derecho oriental ofrece un aspecto más conservador de la institución; se mantiene, en cierta medida, el concepto clásico y se amplían algunos detalles de su regulación. Sin embargo, en su orientación general experimentó un giro que en opinión de SANCHO REBULLIDA conviene destacar: "desde que la estipulación se libera de la antigua forma verbal y la obligación se juzga exclusivamente por la voluntad de los contratantes, deja de tener razón de ser la estipulación "titulada" como clave de su virtualidad novatoria; la cuestión de si una obligación debe novar o no a

otra anterior, no puede ya resolverse según el simple tenor de las palabras". La nota distintiva -remata SANCHO REBULLIDA- es el **animus novandi** (17). Desde entonces, la novación y la abstracción de la causa dejan de tener caminos paralelos para ir por caminos opuestos. La razón es a todas luces clara: el **animus novandi** no encaja en la estructura de los negocios abstractos.

Además, con el Derecho justiniano desaparecen definitivamente los negocios abstractos por la lógica evolución de un Derecho formal a un Derecho consensual. Tenemos que esperar hasta el siglo XIX para la aparición de nuevo de los negocios abstractos, cuyos postulados, sin embargo, no son los mismos que los del Derecho romano. Mientras que la novación ha seguido su propia evolución hasta la Codificación y tiene hoy su regulación, a excepción de algunos cuerpos civiles como el BGB, en la mayoría de los Códigos civiles europeos.

No obstante, ya en terrenos del Derecho alemán, la abstracción, tal como viene regulada en el BGB, tiene cierta similitud con la novación. Para ENNECCERUS-LEHMANN incluso la novación es la extinción contractual de una obligación existente por virtud de una nueva obligación abstracta (18). PEREZ GONZALEZ y ALGUER trasladan esta idea al Derecho español (19) (20).

Es característica de la novación la de producir la extinción de una obligación mediante la constitución de una nueva obligación. Ahora lo que nos debemos plantear es si la novación se puede causar mediante una obligación abstracta. Hay muchas razones para rechazar esta posibilidad. Y esencialmente porque la novación tiene una estructura distinta al negocio abstracto, lo que no impide que compartan alguna característica en común.

Concretamente la abstracción tiene de común con la novación el que también mediante un negocio abstracto se crea una nueva obligación contractual, independiente y distinta de la anterior. Pero no por esta razón se puede ya afirmar que el negocio abstracto constituye un acto novatorio. Más todavía, la novación no se puede causar mediante una obligación abstracta como pretende ENNECCERUS. O el acto es novatorio -cuando reúne los requisitos de la novación- o el acto es abstracto. El que la abstracción produzca efectos similares a la novación no quiere decir que sea equiparable a la novación. Más bien han sido los efectos los que dieron lugar a que la abstracción desplazara a la novación. Hoy en el Derecho alemán la figura de la novación ha caído en desuso. Las razones pueden ser, en primer lugar, la imprecisión técnica de la novación, en segundo lugar, la dificultad de probar el **animus novandi**, y en tercer lugar, la regulación legal de otras instituciones con efectos similares.

Además, si se tiene en cuenta la estructura en su totalidad de ambas instituciones es fácil ver que las características de una y otra no son las mismas.

Un requisito fundamental en la novación es el **animus novandi**. Sin este requisito no hay novación. En la abstracción, sin embargo, no existe ningún ánimo de novar, en todo caso, y eso sólo para los voluntaristas, el negocio abstracto es resultado de una voluntad abstracta que, a diferencia de la voluntad de novar, se caracteriza por la abstracción de la causa, con el consiguiente efecto de que la relación jurídica anterior no incide en la validez y eficacia del negocio abstracto. El ánimo de novar se caracteriza por la voluntad de sustituir una obligación por otra. La voluntad abstracta, por el contrario, se caracteriza por independizar el negocio abstracto de los vicios del

anterior.

Se presume que hay también novación cuando existe una incompatibilidad entre la obligación anterior y la obligación posterior. Criterio que no se exige para la abstracción. Afirma SANCHO REBULLIDA que una segunda obligación es incompatible con la primera cuando responde a la misma causa (21). Por contra, un negocio abstracto aunque tiene su origen en una relación jurídica anterior, no toma su causa, no la absorbe, sino que se abstrae de ella. Precisamente es característica del negocio abstracto silenciar la causa o aludir a ella sólo genéricamente, pero no "toma" la causa; dejaría, de ser, en este caso, un negocio abstracto. Evidentemente el negocio abstracto es de distinta naturaleza que el negocio que le precede, pero no es propiamente incompatible con éste, como lo demuestra el hecho de que la obligación anterior no se extingue y que al negocio abstracto le son oponibles las excepciones de la relación jurídica anterior.

Y estas son otras dos diferencias radicales con la novación. Un negocio abstracto no produce la extinción de la obligación anterior. Y en consecuencia, el deudor puede plantear excepciones, prefijadas por la ley, de la relación jurídica anterior. El acreedor, además, puede optar por exigir el crédito en base al negocio abstracto o en base al negocio causal. Mientras que la novación tiene como efecto la extinción de la obligación novable, sustituyendo una obligación por otra.

La obligación anterior ha de ser, además, existente y válida. La inexistencia o la invalidez afecta negativamente a la novación. En caso de inexistencia, la novación no se produce. En caso de invalidez, la novación es nula (22). Sin embargo, en la abstrac-

ción poco importa la inexistencia o invalidez de la obligación anterior si se ha celebrado el negocio abstracto. Precisamente es la nota más característica del negocio abstracto, cuya validez y eficacia queda intacta ante una relación jurídica anterior anómala.

Hay otros criterios que diferencian ambas instituciones. Así, por ejemplo., el acuerdo real abstracto de bienes inmuebles no admite en el Derecho alemán condición. La novación, por el contrario, admite condición. Los negocios abstractos están sujetos a una determinada forma. Por contra, la novación no requiere ninguna forma. Los negocios abstractos están predeterminados por la ley, a diferencia de los actos novatorios, que pueden ser todos aquellos que insertan en su declaración el **animus novandi** o son incompatibles - en el sentido que apunta SANCHO REBULLIDA - con la obligación anterior, habiendo contratos especialmente aptos por su finalidad y estructura como la transacción y el compromiso (23). Se discute también si la novación es un negocio o sólo un efecto, tesis ésta que hoy predomina, lo que no excluye que haya contratos novatorios, cuestión que no se llega a plantear siquiera en la abstracción.

En Alemania, además, se pone en duda el valor práctico de la novación (24), mas cuando están los negocios abstractos, los negocios de transformación y los negocios de transmisión de créditos.

Los que combaten la abstracción tampoco recurren a la novación. Para KUBLER "la imposibilidad de sostener la teoría del contrato obligacional abstracto prohíbe construir la modificación de la obligación, por alusión a los arts. 780 y 781 del BGB, como novación". Se basa en que "no existen instituciones independientes de sustitución, modificación o constitución de la obli-

gación abstracta o causal"(25).

### II.3. Abstracción y forma.

El negocio abstracto tiene una íntima conexión con el negocio formal. Tal es la conexión que la doctrina entiende que no caben negocios abstractos sin forma.

La forma no siempre ha tenido en el negocio abstracto la misma concepción. Puede distinguirse:

1. La forma igual a abstracción.
2. La forma como sustitución de la causa.
3. La forma como una cualidad intrínseca al negocio abstracto.
4. La forma como garantía del negocio abstracto.

1. La primera concepción corresponde al Derecho romano en sus primeras etapas. El Derecho romano en sus comienzos era un Derecho formal. En el Derecho antiguo, y aún en el período clásico, el sistema contractual romano se halla presidido por dos principios: el formalismo y la oralidad (26). Predominaba la forma sobre los demás elementos del contrato. La forma tendía entonces a ser un valor absoluto. Absorbía la voluntad y hacía la función de causa. Entre los negocios formales la **stipulatio** era un claro ejemplo de estas características.

Hay varias razones que justifican este predominio de la forma. Para FLUME "al comienzo de cualquier desarrollo jurídico aparece el negocio jurídico necesitado de forma: sólo mediante actos formales pueden originariamente constituirse relaciones jurídicas. El negocio jurídico y la forma no están pensados como

algo independiente. Forma y negocio jurídico son más bien al comienzo una misma cosa. Sin guardar la forma el acto negocial es inegicaz. La forma es "forma eficiente" ( WIRKFORM ) (27).

La forma tenía entonces además un marcado significado religioso. Es un hecho histórico cierto, dice De La PAGE, que el Derecho fue, en su origen, esencialmente religioso (28). Hay otros dos factores que caracterizaron notablemente al principio la formación de los contratos formales en el Derecho romano: El **numerus clausus** y el principio "**ex nudo pacto non obligatio nascitur**", según el cual los pactos sin forma no engendraban obligaciones.

Pero a lo largo de la evolución del Derecho romano, la forma deja de tener ese papel preponderante, para convertirse en un elemento más del contrato.

En el momento que la forma pierde su carácter absoluto los negocios abstractos también dejan de existir en el Derecho romano, lo que explica la estrecha relación entre el órgano abstracto. Esta desaparición coincide con la creciente espiritualización del Derecho romano, y que culmina en el Derecho justinianeo. El negocio jurídico se hace cada vez más complejo, cuya fuente ya no es la forma, sino la voluntad de los contratantes. Y consecuentemente también aparece la causa.

Esta evolución se refleja perfectamente en la **sitipulatio**, antecedente romano del reconocimiento de deuda, la cual, como describe muy bien ALVAREZ SUAREZ, pasó por tres fases bien diferenciadas: " En la primera, correspondiente al Derecho antiguo, rígico y formalista, la **stipulatio** es un acto esencialmente oral con fórmulas precisas en latín, que las partes han de pro-

nunciar íntegramente; y los efectos jurídicos del negocio se producen precisamente por virtud de las palabras pronunciadas. En la fase segunda, que se corresponde con la influencia del *ius gentium* en el antiguo *ius civile*, las formas se suavizan, admitiéndose otras palabras, e incluso se difunde en la práctica una modalidad más sencilla, consistente en que el contenido del acto era expuesto tan sólo por el estipulante, mientras que el promitente expresaba su adhesión al acto con una sola palabra: "**promitto**", "**spondeo**". Junto a esta simplificación en la forma comienza ya en este periodo a apuntarse la influencia del documento...(29). En el periodo postclásico todavía se da un paso más en esta evolución de la *stipulatio*. Consiste en que, aun cuando no se hayan pronunciado las palabras solemnes, se presumen como pronunciadas *iuris et de iure*... (30). En las compilaciones de JUSTINIANO aparece ya la *stipulatio* como un acto escrito, sin exigencia alguna formal"(31).

Más que de negocios abstractos se debería entonces hablar de negocios formales. Bastaba que la forma del negocio se hubiera cumplido para que este produjera efectos. No se cuestionan la voluntad ni la causa, elementos que el Derecho antiguo desconocía. Con la aparición de la causa necesariamente se tiene que plantear la validez y eficacia de aquellos que no expresan la causa. Es entonces cuando se puede hablar de negocio abstracto. Pero en su origen eran negocios formales.

2. En el Derecho romano arcaico existía una implicación estrecha entre la forma y la causa (32). La forma entonces absorbía a los demás elementos del acto jurídico: la voluntad y la causa. Bastaba la forma para establecer la existencia del negocio jurídico (33). Pero ya en la misma evolución del Derecho romano

se empieza a distinguir los diferentes elementos que integran el acto jurídico. La forma deja de tener la fuerza de suplir la causa, e incluso la voluntad, para convertirse en un elemento más que configura el acto jurídico. Y hoy no hay duda alguna en considerar a la forma, cuando se exige, como un requisito estructural de la manifestación de la voluntad, junto con la causa y el consentimiento que siempre deben existir para cumplir con los requisitos que señala el art. 1.261 de nuestro Código Civil. Ni siquiera con la aparición en los sistemas causales de los títulos valores y de los títulos de crédito, en los que no se expresa la causa, la forma suplanta a la causa, porque también en éstos la causa, por la norma de la presunción de causa, está presente, aunque fuera de los títulos.

3. Hasta el siglo XIX no se volverá a plantear esta íntima conexión que existe entre el negocio abstracto y el negocio formal. Sólo a partir de la formulación teórica del negocio abstracto, los doctrinarios de nuevo se enfrentan a este dilema. Y la respuesta no podía ser otra. El negocio abstracto es esencialmente un negocio formal. La forma es una cualidad intrínseca al negocio abstracto, porque no cabe un acto abstracto sin forma. Laten aquí todavía los principios del Derecho romano antiguo, en el que, como dice DIKOFF, "la abstracción y el formalismo son dos nociones indivisibles, y por consecuente, el derecho contemporáneo, su sucesor fiel, no podía admitir uno de estos fenómenos sin el otro "(34). Pero hay otra razón más poderosa, y a la vista del Derecho positivo, de exigir la forma. "La creación de un acto abstracto es un procedimiento artificial de la técnica jurídica de "démembrement" construido sobre la unidad empírica y esta creación es sólo posible gracias a la intervención de la forma escrita"(35) (36).

No se concibe, pues, el negocio abstracto sin forma. Pero respecto del negocio abstracto del Derecho romano, y no podía ser otro el significado, la forma no tiene una consideración absoluta. Ahora se distingue claramente entre el acto abstracto y la forma que le sirve de soporte. Ello se deriva de que también el negocio abstracto es producto de la voluntad, siendo la forma el cauce de la expresión de esta voluntad. Se puede poner en entredicho la voluntad abstracta como tal, pero el negocio abstracto se produce por una voluntad negocial. En esto se diferencia el negocio abstracto actual del Derecho romano que no separó nunca la voluntad de la forma.

4. En la exigencia de la forma en los negocios abstractos, ya citándonos al BGB, han pesado también razones políticas-legislativas. La especial protección al adquirente y al acreedor, tanto en la esfera de los Derechos reales como en la de los Derechos obligacionales, a través de los negocios abstractos, se garantiza mediante la forma. Incluso el mismo tráfico jurídico obliga a que las relaciones se hagan bajo una forma determinada. Es difícil concebir, además, en aras de la seguridad jurídica, un acuerdo real abstracto o un reconocimiento de deuda sin forma. Además, la forma se acrecienta cuando afecta a negocios abstractos del área comercial, como la letra de cambio o el cheque.

Hay otra razón que justifica la forma, y se debe a una característica ya propia del negocio abstracto. Dado su contenido estereotipado, preciso y parco, la forma evita que estos negocios se realicen apresuradamente. La forma, en cierta medida, frena a los contratantes; permite, en definitiva, que éstos actúen en conciencia. Y esto tiene especial relevancia si se tiene en cuenta los efectos especiales a que da lugar un negocio abstracto.

Pero no siempre se requiere la forma. Así, por ejemplo, el acuerdo real abstracto sobre un bien mueble o el reconocimiento de deuda o la promesa de pago que se presta en base a una liquidación o en vía de transacción no necesitan la forma escrita (art. 782 del BGB).

### III. TIPOS DE ABSTRACCION DE CAUSA Y TIPOS DE NEGOCIOS ABSTRACTOS.

#### III.1. Tipos de abstracción de causa.

De CASTRO distingue dos tipos de abstracción: **la abstracción absoluta** -cuando la validez del negocio abstracto suponga la definitiva firmeza de sus efectos- y **la abstracción relativa** -cuando el negocio se considera válido, sin atender a la causa, procurando remediar sus posibles resultados injustos, concediendo a la parte perjudicada una acción por enriquecimiento injusto-(37).

Por los artículos 812 y ss. del BGB que conceden a los perjudicados por inexistencia de causa o causa ilícita las acciones correspondientes para reparar el desequilibrio a que da lugar un negocio abstracto cuando se dan estas circunstancias; la abstracción en el Derecho alemán es relativa, como en los demás sistemas que admiten negocios abstractos materiales. La abstracción absoluta, por el contrario, sólo se llegó a conocer en la época arcaica del Derecho romano.

Otro criterio para clasificar a la abstracción es la distinción entre la **abstracción material** o sustancial y la **abstracción procesal**. La abstracción

material significa que los negocios abstractos tienen unos efectos propios y son independientes respecto del negocio causal. En la medida que el negocio abstracto es independiente produce como cualquier negocio una modificación en la relación crediticia o real, pero con la característica de que esta modificación no es alterada por anomalías que procedan de la causa del negocio subyacente. Como contraposición a la abstracción material está la abstracción procesal, introducida por la doctrina alemana y asumida después por la doctrina italiana, para justificar las distintas clases de declaraciones de voluntad en las que no se expresa la causa o se expresa sólo de una manera general. Ello ha dado pie a la introducción en los sistemas causalistas de algunos negocios calificados de abstractos como el reconocimiento de deuda o la promesa de pago. Preceptos como los artículos 1.132 del Código civil francés y 1.277 del Código civil español que asientan el principio de que en todo contrato se presume la causa, dieron lugar a calificar como abstracción procesal aquellos fenómenos jurídicos en los que no se expresa la causa o se hace sólo de forma indeterminada. En la vertiente material permite atribuir a éstos los efectos de un contrato, aunque en los artículos 1.131 y 1.261 de los cuerpos legales respectivos se exija la causa como requisito esencial de los contratos. En la vertiente procesal significa la inversión de la carga de la prueba, por la que el deudor está obligado a demostrar la inexistencia o anomalías en la causa que dió origen a la deuda, si se quiere librar de ella. En el Derecho italiano la figura de la abstracción procesal se reduce al reconocimiento de deuda y a la promesa de pago. (art. 1.988)

Sin embargo, no consideramos muy apropiado este término de abstracción procesal, cuando es mucho más explícito la expresión "presunción de la causa",

que aunque tiene algunas semejanzas con el fenómeno de la abstracción material, se distancia de él en cuanto a los efectos distintos que produce el negocio abstracto de tipo material. Así el requisito de la causa aunque se presume debe existir siempre y además ha de ser lícito. En caso contrario, los efectos a que dan lugar los negocios sin causa o con causa ilícita no son los mismos en un sistema de abstracción de la causa que en un sistema que admite la presunción de la causa. En consecuencia, los medios de defensa también son distintos. De ahí que la independencia del negocio posterior respecto del negocio anterior no se dé en la presunción de la causa. También la posición jurídica del acreedor y del deudor no es la misma en un sistema abstracto que en un sistema causal.

Por la división tan tajante entre los derechos personales y los derechos reales, introducida por el pandectismo alemán, se habla también de una **abstracción obligacional**, que en el BGB constituye una excepción, y de una **abstracción real**, que, por el contrario, constituye la regla general, existiendo entre ambas notables diferencias, que se manifiesta en los diversos intereses que hay en juego, en la distinta eficacia inter partes y frente a terceros y en un tratamiento diferente en cuanto a la causa inmoral y su incidencia en el negocio abstracto.

"En los negocios jurídicos reales, dice HECK, (38) se trata de limitar la protección causal para favorecer al acreedor, mientras que la facilidad de la prueba no tiene importancia alguna. En los contratos obligacionales abstractos, en cambio, lo que se busca, precisamente, es esa facilidad de la prueba en beneficio del contratante acreedor" (39). Para HECK los conflictos de intereses regulados y el fin vital de las normas son distintos. De ahí que el estudio axiológico

deba realizarse separadamente. Pero ¿cuáles son estos intereses que hacen diferenciar una abstracción de la otra?. En la abstracción real se trata de asegurar la titularidad del adquirente en relación con su bien (celebrado el negocio real abstracto el adquirente es indiscutiblemente titular, a no ser que el mismo negocio abstracto esté carente de algún requisito, facilitando al mismo tiempo la transmisión del bien, sin que el tercer adquirente se vea afectado por la inexistencia o ilicitud de la causa del negocio habido entre el segundo vendedor y el vendedor anterior, incluso cuando tenga conocimiento de estas anomalías. La abstracción real es un sistema orientado a asegurar la titularidad de aquél que está en posesión del bien adquirido por medio del negocio real abstracto. Por el contrario, la abstracción obligacional está orientado a facilitar el cobro del crédito del que uno es titular en virtud de un reconocimiento de deuda abstracto o una promesa de pago de igual naturaleza. Se acercan a la abstracción real, no obstante, los títulos valores o de crédito en los que la titularidad tiene un papel más acentuado. Así por ejemplo, los títulos valores o de crédito al portador no sólo son instrumentos idóneos para el cobro del crédito, sino que quien esté en posesión de los mismos tiene la titularidad suficiente como para exigir el cumplimiento de la deuda y como para negociar con ellos. Pero en definitiva, mayor es la eficacia en la abstracción real que en la abstracción obligacional.

La posición jurídica del adquirente como la de su sucesor respecto del bien es firme en un sistema abstracto, aunque el negocio subyacente contenga una causa ilícita o una causa inexistente. La posibilidad de oponer frente al adquirente las acciones de enriquecimiento injusto no afecta a la titularidad misma sobre el bien adquirido. Esta firmeza no se logra,

sin embargo, en la relación obligacional abstracta. El acreedor titular de un reconocimiento de deuda o de una promesa de pago de tipo abstracto tiene una posición jurídica más débil, precisamente por ser titular de un crédito que se desvanece ante una acción de enriquecimiento injusto. Si se han garantizado 1.000 marcos alemanes por medio de un reconocimiento de deuda, y tiene éxito la acción de enriquecimiento injusto, el acreedor está obligado a una devolución equivalente, aunque conforme a los efectos de la abstracción sigue siendo titular de un crédito, porque la inexistencia o la ilicitud de la causa no afecta a la validez del título; sin embargo, este título no tiene eficacia alguna. La acción de enriquecimiento no destruye el título de reconocimiento, pero sí su contenido; incluso, la acción de enriquecimiento se puede hacer valer contra sus acreedores. Pero no cuando se trata de títulos valores o títulos de crédito. Aquí, como en los sistemas causalistas, el tercero tiene la misma posición firme, por la que no se le pueden oponer acciones derivadas de las relaciones entre librado y librador y delegante y delegatario, por citar los ejemplos más típicos de relaciones triangulares en el ámbito del Derecho de crédito (40).

No es tampoco igual la problemática, en opinión de FLUME, de la inmoralidad en un negocio abstracto obligacional que en un negocio abstracto real. En sede del art. 138-1 del BGB, el primer negocio es siempre nulo, mientras que el segundo es nulo sólo cuando atenta a los intereses de terceros o de la comunidad. Según él, "debería ser evidente que una promesa abstracta de deuda es nula, cuando conforme a los principios generales vigentes en el art. 138 contravenga las buenas costumbres. De aplicarse éste, subsiste para el deudor una excepción contra la inmoralidad, ya que la promesa abstracta de deuda se ha emitido sin causa

jurídica. Aunque la promesa abstracta sea contravenir a las buenas costumbres únicamente en su fin, es importante que su ejecución no sea contemplada por el Derecho (41).

"La problemática es distinta en los negocios abstractos de disposición que en el contrato abstracto de deuda. Se trata de si se puede desestimar por inmoral la modificación jurídica moral pretendida por la disposición. Si el mismo disponente actúa de forma inmoral, y la modificación no afecta a terceros ni a los intereses generales de la comunidad, no existen motivos para que el ordenamiento jurídico no reconozca la modificación que pretende el negocio de atribución; por el contrario, sería peligroso permitir al disponente invocar la inmoralidad"(42).

Como contraposición a la **abstracción interpartes** está la **abstracción frente a terceros**. Esta abstracción se refiere a aquellos supuestos en los que interviene un tercero frente al cual no cabe interponer excepción alguna de la relación causal subyacente o de base que existen entre las otras dos partes. Ejemplos típicos son la letra de cambio o la delegación

en los que el tomador o el delegado son extraños, a la relación existente entre el librado y librador, entre el delegante y el delegatorio, y, por tanto, no le son oponibles las anomalías que pueden darse en las relaciones de éstos. Tiene igual especial relevancia la abstracción de otras modificaciones jurídicas reales en la que el tercero no está protegido directamente por el principio de la buena fe, como sucede en los sistemas causalistas, sino por la abstracción de la causa.

A nuestro entender, en el área del Derecho de crédito, estas situaciones a que dan lugar la letra de cambio o la delegación, más que un fenómeno de abs-

tracción, son consecuencia de la propia estructura de sus relaciones complejas. La posición del tercero y su relación con el delegatario, o con el librador, siendo indiferente a las relaciones entre éstos y el delegante y el librado, es resultado no de la abstracción sino de la propia estructura de estas relaciones crediticias complejas.

Distinto alcance tiene, sin embargo, la abstracción cuando se produce una transmisión de un bien u otra modificación jurídica real. En estos casos, se desborda toda la estructura jurídica real al ser protegido también el tercer adquirente de mala fe.

### III.2. Tipos de negocios jurídicos abstractos.

En el Derecho alemán el negocio abstracto es objeto de diversas denominaciones como las siguientes: negocio de disposición, negocio de atribución, negocio de cumplimiento y negocio auxiliar:

#### **Negocio de disposición. (Verfügungsgeschäft)**

En el ámbito real los negocios de disposición son predominantemente abstractos. En el ámbito de los derechos de crédito, por el contrario, son preferentemente causales. Independientemente de su naturaleza, abstracta o causal, el reconocimiento de deuda también es denominado como un negocio de disposición, en cuanto que modifica un derecho de crédito existente (43) (44).

#### **Negocio de atribución. (Zuwendungsgeschäft)**

No son sólo negocios de atribución los nego-

cios reales sino también los obligacionales, ya que la atribución puede consistir en obtener una prestación o en fundamentar el crédito de una prestación (45) (46). De ahí que el reconocimiento de deuda reciba el calificativo de negocio de atribución. Fuera de los negocios de atribución no cabe hablar de negocios abstractos. No obstante, COHN entiende que "excepcionalmente el otorgamiento de poder debe ser considerado igualmente como un negocio abstracto, por su carácter independiente y autónomo de la relación de la que emana el otorgamiento"(47).

#### **Negocio de cumplimiento. (Erfüllungsgeschäft)**

Es muy común denominar al negocio abstracto negocio de cumplimiento. Una de las características del negocio abstracto es precisamente su cumplimiento de un negocio obligacional anterior. Ultimamente ROTHER, (48) profundizando en la naturaleza de los negocios abstractos, ha vuelto a plantear de nuevo la importante distinción entre los negocios obligacionales ( por ejemplo, compraventa) y los negocios abstractos o de cumplimiento ( por ejemplo acuerdo real), destacando el lazo espiritual ( **geistige Band** ) existente entre ambos. Concretamente, y esta es su aportación, estudia las distintas situaciones jurídicas que se pueden producir entre la constitución del contrato obligacional y el posterior cumplimiento del mismo.

Pero no siempre encaja el negocio abstracto en el llamado negocio de cumplimiento. Así el reconocimiento de deuda de tipo abstracto no puede ser calificado como un negocio de cumplimiento. El reconocimiento de deuda no es propiamente un negocio de cumplimiento, porque si así fuera daría lugar a la extinción de la relación jurídica anterior. Con el reconocimiento de deuda, por el contrario, subsiste la relación obligatoria primitiva quedando la nuevamente aceptada agrega-

da a ella .(48). El acreedor dispone entonces de dos créditos dirigidos al mismo objetivo. Además, el reconocimiento de deuda no hace las veces de pago ( vid. art. 364 pár.2 del BGB). De ahí, que no se pueda decir que el reconocimiento de deuda sea una negocio de cumplimiento, sino, en todo caso, un modo de satisfacer - al acreedor.

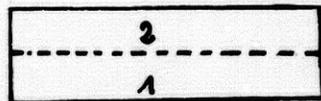
### **Negocio auxiliar. (Hilfsgeschäft)**

La denominación de negocio auxiliar al negocio abstracto -hoy en desuso- fue introducida por STAMPE (50) para explicar la relación de éste con el negocio de base (Grundgeschäft). Estos negocios auxiliares constituyen, según STAMPE, un subgrupo de los negocios de cumplimiento, que sólo sirven para la modificación de los efectos normales del negocio base o para su seguridad o para su total ejecución. ENNECCERUS, sin embargo, no considera que esta concepción sea la más apropiada para explicar el significado del concepto de la causa o la naturaleza de los negocios abstractos. Su razonamiento es el siguiente: "1. No todo negocio abstracto supone otro negocio básico ( promesa de deuda en razón de un crédito derivado de delito o abstracto ( fianza, concesión de prenda ). 3. También son posibles los negocios auxiliares para perfeccionar o desarrollar otros negocios auxiliares ( fianza de una promesa de pago, subfianza ). 4. Aunque el negocio auxiliar se refiere a un negocio básico, no es este negocio básico mismo la causa, sino la determinación de las partes sobre qué efecto debe desplegar el negocio auxiliar sobre los derechos nacidos en virtud del negocio básico, sobre si éstos, por ejemplo, deben ser suprimidos, asegurados o modificados por él... 5. La relación de dependencia con respecto al negocio básico es tan diversa en cuanto a cada uno de los negocios auxiliares (recuérdese únicamente la transmisión, la cesión, la

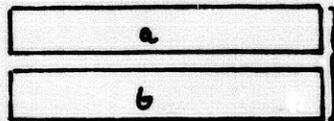
letra de cambio, la promesa de deuda, la fianza ),  
que el concepto general del negocio auxiliar apenas  
puede tener una significación jurídica"(51).

NOTAS CAPITULO TERCERO, SUBTITULO I. **TITULO TERCERO**

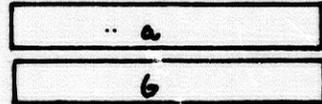
- 1.- Vid. CARIOTA FERRARA: El negocio jurídico, trad, ALBALADEJO, Madrid, 1.956, págs. 158 y ss.
- 2.- DORAL y DEL ARCO, Op. cit., pág. 66.
- 3.- COHN "Zur Lehre vom Wesen der abstrakte Geschäfte", ACP, 135, - págs. 677 y ss.
- 4.- Muy ilustrativo es la explicación del principio de la abstracción por WESTERMANN Sachenrecht, Karlsruhe, 1966, pág. 28



Negocio obligacional. Las dos obligaciones 1) y 2) son elementos constitutivos del negocio de carácter sinalagmático.



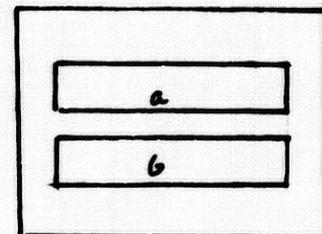
Negocio abstracto. Son negocios independientes. Son negocios de cumplimiento. a= negocio abstracto, b= negocio de base (Grundgeschäft)



Vicios comunes. Por ejemplo, arts. 138, 119, 123 del BGB.



Negocios de base como condición del negocio abstracto de cumplimiento. También aquí es un negocio independiente, b se constituye, sin embargo, por la voluntad de las partes como condición del negocio abstracto. Deja de existir b, deja de existir a automáticamente.



Posibilidad de un negocio unitario, a y b como una unidad de hecho y como una unidad jurídica. Esta unidad no se produce por ley sino por obra de la voluntad de los particulares.

- 5.- "Man wird das Wesen der Abstraktion innerhalb des geltenden Rechts darin erblicken dürfen, dass durch die Rechtsordnung eine Gruppe von tatbeständliche Elemente ohne Rücksicht auf ihren etwaigen wirtschaftlichen Tatbestandes zu einem rechtsgeschäftliche stereotypen Inhalt ausgesondert und vor dem verbleibenden weiteren Rechtsgeschäft in bezug auf ihr rechtliches Schicksal entgegen der Vorschrift des 139 BGB abgesondert wird", COHN, Op. cit., pág. 88.
- 6.- Desde la crítica de HECK al negocio jurídico abstracto, en su monografía "El negocio jurídico real abstracto", Op. cit., es frecuente la afirmación en España que la teoría de la abstracción está en crisis. Vid. De los MOZOS "Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español", ADC, 1.972, págs. 1.027 y ss. No es ésta, sin embargo, la realidad. En el Derecho alemán los ne-

gocios abstractos, especialmente en el Derecho real, son de pre<sup>re</sup>ferente utilización debido a razones fundamentalmente económi<sup>ca</sup>s. Así, por ejemplo, por una hipoteca de tipo romano, acceso<sup>ria</sup>, se constituyen cinco hipotecas no accesorias (Grundschild) o llamadas también abstractas, por deuda inmobiliaria (GONZALEZ y ALGUER) o deuda territorial (QUINTANO Y HEILPERN). Para conocer su incidencia en la economía alemana puede ser de interés la tesis doctoral de SECKELMANN "Die Grundschild als Sicherungsmittel", 1.962. El carácter abstracto, no accesorio de la deuda inmobiliaria, es decir, su independencia del crédito, y la no exigencia de una forma especial, han hecho de esta institución uno de los medios más usuales para garantizar el crédito. Pueden consultarse además: WEBER "Sicherungsgeschäfte", München, 1.973; KLEE "Eigentümergrundschild und Schuldgrund", Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung, 1.922, págs. 361 y ss.; FELGENTRAGER "Hypothek und Grundschild", Festschrift für Julius Gierke, Berlin, 1.950, págs. 140 y ss.; RIPPEN "Kreditsicherung durch Grundschild", Mitteilungen aus der Praxis, Zeitschrift für das Notariat in Baden Württemberg 1.961, págs. 193; BLOMAYER "Hypothek und Grundschild", 1.953; WEISBECKER "Die Grundschild in ihren Beziehungen zur persönlichen Forderung", 1.922; STOCKMAYER "Die Grundschild als Kreditsicherungsmittel", 1.954; RABEL "Rechtsfragen zur Kreditsicherungsschild", NJW, 1.957, 579 y ss; LOPAU "Die Rechtsstellung des Schuldners bei der Kreditsicherung durch Grundschilden", NJW, 1.972, págs. 2.254 y ss; POLZIN "Die praktische Anwendung der Grundschild", ACP, 134, págs. 219 y ss.

Constituye también negocio abstracto para garantizar el crédito "Die Sicherungsübereignung", o transmisión fiduciaria de seguridad (trad. de GONZALEZ y ALGUER) o aseguramiento (trad. de QUINTANO y HEILPERN). Es una figura jurídica de creación jurisprudencial, tiene su fundamento en el "Treuhand", y tiene la misma función que la prenda sin desplazamiento. Es de interés la siguiente bibliografía: FRIEDHELM CARL "Lex commissaria und Sicherungsübereignung", ACP, 1.968, págs. 362 y ss; CAHN "Die Sicherungsübereignung als gangbarste Form des Kreditgeschäft", Zentralblatt für Handelsrecht, 1.926, págs. 426 y ss; KLEIN "Sicherungsübereignung und abstrakte bzw. kausale Gestaltung des dinglichen Übereignungsgeschäft in der kontinentale Judikatur und Rechtslehre", Basel, 1.958; ADAMS "Oekonomische Analyse der Sicherungsrechte. Ein Beruf zur Reform der Mobilär Sicherheiten", Athenäum, 1.980.

Es interesante la tabla elaborada por el Instituto de MAX PLANCK en el año 1.976, recogida en el estudio de ADAMS. Dado el interés de los datos económicos que se ofrecen en ella y la incidencia que tienen los negocios abstractos para garantizar el crédito en relación con otras instituciones transcribimos esta tabla estadística:

(remisión a la página siguiente )

Sicherungsformen  
( Formas de garantía )

Sicherungsgläubiger  
( Acreedores de garantía )

Sicherungsformen ( Formas de garantía )	Kreditinstituten ( Institutos de crédito )	Warenlieferante ( Comerciantes )	Andere ( Otros )	Insgesamt ( Total )
Eigentumsvorbehalt ( Reserva de dominio )	-	12'1	0'7	12'8
Konzernvorbehalt	-	0'1	-	0'1
Pfandrechte ( Derechos de prenda )	1'1	0'4	1'2	2'7
Sicherungsübereignung ( Transmisión difuciaria de seguridad )	12'5	0'8	2'0	15'3
Hypotek ( Hipoteca )	7'1	0'3	1'3	8'7
Grundschuld ( Deuda territorial )	32'9	2'2	3'2	38'3
Abtretung zu Forderung ( Cesión de créditos existentes )	2'4	0'3	0'9	3'6
Abtretung zuk. Forderung ( Cesión de créditos futuros )	0'7	2'7	1'6	5'0
Globalzession ( Sesiones globales )	4'5	3'4	0'7	8'6
Andere ( Otras formas de garantía )	1'5	0'4	2'4	4'3
Insgesamt ( Total )	62'7	22'8	14'4	

- 7.- "Der abstrakte Vertrag". Zeitschrift für Rechtspflege, 1.921, - pág. 163.
- 8.- IBIDEM, pág. 167.
- 9.- OP. cit., pág. 27.
- 10.- La misma opinión, entre muchos otros, comparte LOCHER: "Ob diese Verfügung ohne Rücksicht auf ihren Rechtsgrund wirksam ist oder nicht, dies zu bestimmen ist in erster Linie Sache der Rechtsordnung...als Zuwendung ist sie ohne Zuwendungszweck psychologisch unmöglich, ohne causa, zum mindestens im subjektiven Sinne, undenkbar. Der Gesetzgeber hat es in der Hand die Zuwendung...kausal oder abstrakt zu gestalten...Richtig ist zweifellos, das die - rechtliche Isolierung des Zuwendungsaktes vom Zuwendungszweck - zusammengehöriges trennt und darum etwas künstliches ist" (págs. 62 y 63).
- 11.- Op. cit., pág. 168.
- 12.- Römer "Die bedingte Novation" Tübingen, 1.963, pág. 3.
- 13.- "La novación de las obligaciones", Barcelona, 1.964, pág. 35.
- 14.- IBIDEM, pág. 73.
- 15.- IBIDEM, pág. 74.
- 16.- IBIDEM, pág. 84.
- 17.- IBIDEM, pág. 85.
- 18.- "Derecho de obligaciones", revisado por LEHMANN, Vol. 1º, trad. y anotado por PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, Barcelona 1.954, pág. 365.
- 19.- Nota a ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, "Derecho de obligaciones" Op. cit., Volumen 1º, pág. 369.
- 20.- Más confusa aún es la afirmación de SANCHO REBULLIDA, respecto de los negocios abstractos, Op. cit., pág. 346. Afirma que el único acto con virtualidad novatoria es el contrato; de ahí que la nueva obligación tenga que ser necesariamente contractual. A continuación afirma que por influencia germána pudiera parecer que no siempre - la **nova obligatio** nace del contrato de novación. Se refiere al negocio unilateral abstracto del que puede nacer la **nova obligatio**. Son varias las objeciones que se le pueden hacer; 1) El negocio abstracto unilateral es también un contrato en cuanto que requiere la aceptación, y, en consecuencia, la **nova obligatio** es también contractual. 2) El negocio abstracto no produce los efectos de la novación (con la abstracción se crea una obligación independiente pero no se extingue la anterior), y, por tanto, la obligación nueva no es una **nova obligatio**. 3) Pretender que la **nova obligatio** nazca inmediatamente de un negocio abstracto y mediatamente de un contrato de novación sólo sirve para complicar el tema. 4) Aunque prescinde de plantearse sí el negocio abstracto es adaptable o no al Derecho español, está claro que no encaja en nuestro sistema.

- 21.- Op. cit., pág. 350.
- 22.- Vid., Op. cit., págs. 334 y ss.
- 23.- IBIDEM, pág. 354.
- 24.- Así ya WINDSCHEID "Lehrbuch des Pandektenrechts", Tomo II, - Edición 5ª, Frankfurt, 1.885, pág. 344.
- 25.- Op. cit., pág. 148.
- 26.- ALVAREZ SUAREZ, "Los orígenes de la contratación escrita", - AAMN, Tomo IV, 1.948, pág. 75.
- 27.- Op. cit., pág. 244.
- 28.- "L' obligation abstraite en droit interne et en droit comparé", Bruxelles, 1.957, pág. 67.
- 29.- Op. cit., pág. 78.
- 30.- IBIDEM, pág. 79.
- 31.- IBIDEM, pág. 80.
- 32.- Vid., De Los MOZOS, "la forma del negocio jurídico", Op.cit., págs. 761 y 774.
- 33.- Vid., De CASTRO, Op. cit., págs. 278 y 279.
- 34.- "Les actes juridiques abstraits et le Code civil français", RTDCIV, Tomo XXXI, 1.932, pág. 341.
- 35.- IBIDEM, pág. 341.
- 36.- Sobre la estrecha relación entre el negocio abstracto y la forma. Vid. FURNO "Negocio de fijación y confesión extrajudicial", - Op. cit., págs. 147 y ss,
- 37.- Op. cit., pág. 290.
- 38.- Op. cit., pág. 1.495.
- 39.- Sobre la distinción vid. también a ZUMALACARREGUI, Op. cit., - pág. 126.
- 40.- Es discutible la aplicación del art. 404 del BGB en virtud del cual "el deudor puede oponer al nuevo acreedor las objeciones que al tiempo de la cesión del crédito, eran fundadas contra el antiguo acreedor". A favor de HECK, Op. cit., pág. 1.497. Este precepto no es aplicable a los títulos valores o títulos de crédito.

- 41.- Op. cit., pág. 384.
- 42.- IBIDEM, pág. 384.
- 43.- Vid. W. THUR "Derecho civil" Teoría general del Derecho civil alemán. Los hechos jurídicos, Volumen II, Buenos Aires, 1.947, - trad de TITO RIVA, pág. 283.
- 44.- CARIOTA-FERRARA, Op. cit., distingue entre negocio dispositivo en sentido estricto y negocio dispositivo en sentido amplio, - págs. 221 y ss.
- 45.- FLUME, Op. cit., pág. 152.
- 46.- "Ausschlaggebend ist dass die ganze abstrakte Lehre auf dem Begriff der Zuwendung gerichtet ist", ROTHER, Op. cit., pág. 6.
- 47.- Op. cit., págs. 69-70, Vid, también, FLAT US " Ist die Kollmacht abstrakt oder Kausal?", Gruchot's Beiträge 52, 1.890, págs. 753 y ss.
- 48.- Op. cit., págs. 1 y ss.
- 49.- LARENZ, Op. cit., pág. 419.
- 50.- Op. cit., págs. 387 y ss.
- 51.- ENNECCERUS-KIPP-WOLFF Derecho civil ( Parte General), trad. - PEREZ GONZALEZ y ALGUER, Volumen 2º, Barcelona, 1.935, pág. - 79, nota a pie de página.

**CAPITULO CUARTO. EL RECONOCIMIENTO ABSTRACTO DE DEUDA.**

I. El reconocimiento abstracto de deuda y la teoría de BÄHR.

El pensamiento de BÄHR, plasmado en su obra "Anerkennung als Verpflichtungsgrund", es decisivo para la comprensión y configuración abstracta del reconocimiento de deuda, tal como hoy se conoce esta figura contractual.(1)

Encontró entre sus contemporáneos una casi total acogida, respaldado, además, por IHERING, quien abogó a favor de la naturaleza contractual del reconocimiento de deuda, reflejada en la primera parte de su estudio. Su obra que para muchos es concebida como un estudio excesivamente teórico, fue realizada, sin embargo, con un propósito eminentemente práctico. En el prefacio a su obra BÄHR manifestó que su intención era ante todo escribir un libro práctico, pero con una precisión: "práctico, sin embargo, no en el sentido de exponer sólo los resultados de la experiencia diaria. Para ello la presente disertación incluso está relativamente en contradicción, al trata de abrir un camino a la doctrina, la cual ciertamente ha penetrado en muchos aspectos particulares, pero no ha encontrado en ningún modo una reconocimiento amplio y general"(2).

A los 39 años de la primera edición de su obra, y satisfecho de su éxito, BÄHR afirmó:

"Que estos pensamientos hasta ahora hayan

permanecido desconocidos, tiene su causa en que a nuestra ciencia le falta toda iniciativa para pensar. Desde que tenemos una ciencia jurídica alemana, han pasado por la tribuna cientos de miles de juristas. No es entonces sorprendente que ninguno de los juristas haya tenido la idea de que en la expedición de un documento de deuda haya una voluntad viva, cuya oferta y aceptación puede ser un negocio jurídico, y que es misión de la ciencia jurídica el indagar en la naturaleza de este negocio jurídico" (3).

Su propósito es, pues, dar una base teórica a una serie de figuras jurídicas que se caracterizan por garantizar al acreedor el crédito, centrándose fundamentalmente en el reconocimiento de deuda. La premisa fundamental que inspira toda su investigación es la de dar al acreedor un instrumento que garantice eficazmente el cobro de su crédito. A diferencia de la propiedad, que encuentra su mejor protección en la posesión, los derechos de crédito encuentran normalmente su protección en la demanda judicial. Distingue aquí los contratos en los que existe un intercambio simultáneo entre prestación y contraprestación (contratos sinalagmáticos perfectos) y los contratos en los que la prestación es previa a la contraprestación (contratos sinalagmáticos imperfectos). En éstos últimos distingue, a su vez, dos tipos de contratos: los contratos por medio de los cuales se entre una cosa no fungible ( por ejemplo el depósito ) y los contratos por medio de los cuales se entrega una cosa fungible - (Préstamo). Si existen pocas garantías en el contrato sinalagmático perfecto (la simultánea prestación y contraprestación constituye una cierta garantía para las partes contratantes de que el contrato llegue a su buen fin y que cada parte esté satisfecho del crédito que le corresponde), las garantías son menores en los contratos sinalagmáticos imperfectos, y más

aún en aquellos contratos en los que existe previamente una entrega de una cosa fungible.

Quien conoce estos peligros, dice BÄHR, debe preverlos. Para ello existen dos medios:

a) "Previamente se puede facilitar la prueba de la relación jurídica que fundamenta hechos".

b) Se puede otorgar a la relación jurídica una nueva base, la cual, en vez de la originaria, puede actuar procesalmente"(4).

La configuración material del reconocimiento de deuda para garantizar así más eficazmente el crédito al acreedor fue su gran aportación a la civilística alemana e inspiró directamente a los redactores del Código civil alemán para la inclusión del reconocimiento abstracto tanto en el primero como en el segundo y definitivo proyecto.

Para la configuración material del reconocimiento de deuda, BÄHR se fija especialmente en el Derecho romano y en base a él, tratando de responder a la práctica de los tribunales de su tierra, formula por primera vez científicamente el reconocimiento de deuda como contrato, y concretamente como contrato abstracto. Las valiosas aportaciones de GNEIST, LIEBE, SAVIGNY, ERXLEBEN y WINDSCHEID, y su propia formación romanista, permiten a BÄHR realizar un estudio muy profundo de la **stipulatio** y de su evolución en el Derecho romano. La **stipulatio** es el antecedente y la base teórico histórica de todas aquellas figuras que tienen por contenido el reconocimiento de una relación jurídica anterior. Estudia, en primer lugar, el carácter de la **stipulatio**, en especial, como medio para independizar la promesa obligatoria de su causa jurídica;

en segundo lugar, la relación de la **stipulatio** con su causa y la influencia de la misma en la eficacia de la **stipulatio**; en tercer lugar, los negocios afines a la **stipulatio**, como la **acceptilatio**, el **constitutum**, el **pacto non petento**, la **confessio in iure** y la **transactio**. Finalmente, la evolución de la **stipulatio** hacia un documento de deuda y la impugnación de éste.

Aunque es cierto que las bases teóricas de la figura del reconocimiento de deuda como contrato están en el Derecho romano, concretamente en la **stipulatio**, BÄHR sabía que esta figura predominantemente formal no era trasladable, sin más, al Derecho del siglo XIX. No podía tampoco ignorar que el mismo Derecho romano había sufrido una profunda transformación a lo largo de los siglos, tan profunda que aquel principio "**nudum pactum obligatio nem non parit**" fue sustituido por el principio diametralmente opuesto "**nudum pactum obligationem parit**". Precisamente el significado distinto de la forma y la especial relevancia de la voluntad declarada llevan a BÄHR a un planteamiento nuevo del reconocimiento de deuda:

"El demandado me ha otorgado en una determinada ocasión una promesa, aceptada por mi, de pagarme 100 ducados; yo solicito que sea condenado a ello. ¿puede considerarse la demanda como fundamentada? Se podría decir no sin documento: es aquí un acuerdo del demandante y del demandado sobre una declaración de voluntad por el que se quiere constituir una obligación entre ellos; por tanto, un contrato suficientemente pretendido. No obstante, un tribunal no admitiría fácilmente esta demanda; y creo que con razón. Aquella pretendida promesa simple se presenta al instante como algo psicológicamente indeterminado; necesariamente debería subsumirse en la misma causa (**Rechtsgrund**) determinada. En la normal existencia de la obligación

la promesa simple no tiene, separada de su causa, una vida independiente, más bien forma sólo junto con ésta ese acto de voluntad que llamamos contrato"(5).

"La consecuencia inmediata es que actualmente la simple promesa, mientras pertenece a la normal existencia de la obligación, no se hace valer por sí sola en el proceso, sino sólo con la exposición del contrato en su conjunto (Gesamtvertrages) en el cual está inserto. Este enlace íntimo de la promesa obligatoria con su causa se debe deducir de la voluntad presunta de los contratantes. Si en general el libre movimiento de la voluntad es hoy un principio fundamental del Derecho de obligaciones, entonces la voluntad debe tener la libertad de abandonar aquel enlace y de aislar la promesa simple - para elevarla a un contrato consumado. Porque en el Derecho romano tiene esta capacidad indudablemente a través del contrato formal; pero a la voluntad liberalizada de la forma no le pueba asistir una menor fuerza que a la que está unida a la forma " (6).

Pero esta voluntad necesita a su vez un cauce para expresarse, aunque, a diferencia del Derecho romano, la voluntad se distingue claramente de la forma. Superado el formalismo hoy se debe partir del principio material. "Para nosotros, afirma Bähr, constituye inversamente el principio material el punto de partida, y a partir de aquí aparece la necesidad de formas protectoras, lo que se traduce en un cierto formalismo. En este sentido se encuentran el Derecho romano y el Derecho actual en aquel centro, el cual responde a las necesidades verdaderas de la vida"(7).

Entre los contratos que como la **stipulatio** garantizan el crédito BÄHR enumera los siguientes:

- a) el negocio de liquidación de cuentas.
- b) la declaración simple de reconocimiento.
- c) la facturación; paralelamente en el ámbito comercial: el abono de cuenta, liquidación definitiva de cuentas y fijación de la cuenta corriente.
- d) el documento de deuda y la carta de pago, paralelamente en el ámbito comercial la letra de cambio. (8)

"Los contratos señalados tienen como elemento común el reconocimiento de la existencia o inexistencia de una relación obligatoria, y ciertamente constituyen en la regla un reconocimiento verdadero. A estos contratos se les puede calificar como contratos de reconocimiento, ya que toman exclusivamente su elemento material del reconocimiento de una relación jurídica que está fuera, y por eso ellos la indican en su manifestación exterior"(9).

Su pensamiento es resultado de tres factores que confluyen a lo largo de su discurso sobre la figura del reconocimiento obligacional. Una formación romanista muy sólida que permite a BÄHR legitimar el reconocimiento de deuda como un contrato en base a la *stipulatio*. La exaltación de la voluntad individual como motor decisivo para la constitución de relaciones jurídicas, y que se refleja en el valor que atribuye a la voluntad psicológica, capaz de abstraerse de la relación jurídica anterior. Y por último, la cada vez más imperiosa necesidad de otorgar instrumentos de garantía procesal al acreedor, especialmente en el área del Derecho comercial.

La obra de BÄHR fue acogida al principio

con cierta timidez por la dogmática alemana (10) (11), pero posteriormente se impuso por la decisiva intervención de IHERING, el cual sentó las bases para la inserción del reconocimiento de deuda en los textos legislativos de su época (12), y fue respaldada definitivamente por la BGB.

## II. La Octava y Novena Asamblea de Juristas Alemanes.

La Octava y Novena Asamblea de Juristas Alemanes, celebrados en 1.869 y 1.871 respectivamente, dieron el respaldo definitivo para la admisión del reconocimiento de deuda como contrato abstracto.

Se había formulado la siguiente pregunta: ¿Debe el Derecho alemán de obligaciones acoger la fuerza obligacional del contrato de reconocimiento y cómo debe regularse este negocio jurídico?. Entre las distintas ponencias que salieron a la palestra para responder a estos interrogantes destacó la de IHERING, quien en favor del carácter abstracto del reconocimiento de deuda alegó las siguientes consideraciones:

a) Un contrato dirigido a "ser sólo deudor" o al pago de una suma de dinero (o de cualquier objeto) tiene fuerza vinculante sin expresión de causa de la obligación.

b) Una excepción contra la obligación le corresponde al deudor sólo conforme a los presupuestos de la teoría romana de la **condictio**.

c) Mientras la intención de las partes no sea contraria, tiene el acreedor la elección de demandar

en base a la promesa de deuda o al negocio que subyace (13).

Pero la razón básica en la que se apoya IHERING para fundamentar la naturaleza obligacional del reconocimiento de deuda está en la autonomía privada. El reconocimiento de deuda como contrato abstracto no es una concesión legal, sino que es consecuencia de un principio fundamental en nuestro Derecho privado: la voluntad tiene fuerza suficiente para obligarse aunque no se exprese la causa, siempre que las partes tengan realmente la intención de crear una deuda abstracta.

### III. El primer y segundo Proyecto del BGB.

En el primer proyecto, la promesa y el reconocimiento de deuda vienen regulados en los artículos 683 y ss. No se opta sólo y exclusivamente por los contratos abstractos. Cuando el reconocimiento o la promesa expresan su causa, será misión de los tribunales el de determinar si en estos casos constituyen sólo un medio de prueba, o un contrato de prueba, o un contrato abstracto, y precisar en cada caso las consecuencias jurídicas a que dan lugar.

Se admite el reconocimiento de deuda y la promesa de naturaleza abstracta cuando no se enuncia en la declaración la causa de la obligación o sólo se menciona de una manera muy general.

Ambas instituciones se equiparan. Y como requisito formal se exige que las declaraciones que tengan por contenido un reconocimiento o una mesa se hagan por escrito, pero sólo para la declaración que

se emite frente al acreedor. Dispone el Proyecto que -  
las declaraciones deben ser aceptadas por el acreedor -  
para que sean consideradas contratos. En cuanto a la -  
**condictio indebiti** los redactores del primer Proyecto -  
conceden más posibilidades de defensa al deudor que -  
los del segundo. Además, el deudor, en virtud de los  
artículos 685 y ss., podía crear un título obligatorio,  
como la extensión de un título al portador, la emisión  
de una letra de cambio o el reconocimiento de una deuda  
inmobiliaria. El Proyecto optó, por tanto, por una fór-  
mula amplia de reconocimientos de deuda. Por un lado se  
admitió el reconocimiento abstracto, por otro, tenía -  
cabida por vía legal el reconocimiento causal, y final-  
mente se tuvo en cuenta el reconocimiento meramente -  
probatorio.

El segundo Proyecto vuelve a las tesis de -  
BAHR e IHERING. En la segunda redacción se prescindió  
del reconocimiento como medio probatorio y del recono-  
cimiento causal, dada la inseguridad jurídica que se po-  
día crear si dejaba en manos de los tribunales la de-  
terminación de naturaleza de estos actos. Se ópto exclu-  
sivamente por el reconocimiento de naturaleza abstracta.  
En opinión de los redactores "sobre la cuestión si exis-  
te un contrato abstracto, no depende de si la causa  
obligacional originaria está indicada o no en el contra-  
to de reconocimiento; también cuando está mencionada,  
el contenido de la relación obligacional no se determi-  
na en base a ella, sino por el reconocimiento. La obli-  
gación reconocida sigue siendo un puro deber de presta-  
ción abstracto, aunque las partes hayan mencionado -  
la causa de la obligación en el contrato de reconocimien-  
to en cuanto sea necesario para el fundamento de la de-  
manda que se basa en la causa de esa obligación".

Sin embargo, como veremos después, la insegu-

ridad jurídica surgió de nuevo cuando los tribunales entraron en valorar las declaraciones de reconocimiento, no atendiendo exclusivamente a la declaración sino a la voluntad misma de los declarantes y a los intereses que hay en juego y a la relación jurídica anterior origen de estas declaraciones. Hoy, en el Derecho alemán, un reconocimiento, aunque no exprese la causa o sólo lo mencione de una manera general, no por ello es de antemano un reconocimiento abstracto. Será el juez quien determine la naturaleza de cada reconocimiento, lo que ha originado sin lugar a duda una amplia literatura crítica en torno al reconocimiento de deuda, que tendremos ocasión de analizar en páginas posteriores.

#### IV. La doctrina alemana.

Muy diversa es la respuesta de la doctrina alemana al reconocimiento de deuda de naturaleza abstracta. Desde la doctrina que acepta sin más discusión el reconocimiento de deuda de tipo abstracto hasta la doctrina más reacia en admitirlo. Hemos tenido ya conocimiento de la postura de la doctrina alemana respecto de la teoría de la abstracción en general. Ahora nos vamos fijar en aquella doctrina que más de cerca ha analizado el reconocimiento de deuda y ha ofrecido alternativas al reconocimiento de naturaleza abstracta. Una de las primeras críticas al reconocimiento abstracto de deuda es la efectuada por NEUBECKER, quien, en una conocida monografía, trata de acercar el reconocimiento abstracto a la presunción de causa, intentando demostrar que en el fondo son instituciones que prácticamente se equiparan. La obra de mayor interés, por lo sugerente que es y por su visión totalizadora que tiene del reconocimiento de deuda, probablemente

es el trabajo de RUMELIN, cuyas ideas todavía hoy son de una enorme actualidad. Su pensamiento, además, constituye una clave para la evolución doctrinal posterior del reconocimiento de deuda. RUMELIN fue uno de los primeros en formular el reconocimiento de deuda como un contrato de fijación de cariz transaccional. Desde entonces la doctrina se ha preocupado más en analizar la semejanza del reconocimiento de deuda con la transacción que su naturaleza abstracta. Fruto de su pensamiento es que hoy en el Derecho alemán tienen cabida tanto el reconocimiento abstracto como el reconocimiento causal, éste último concebido la mayoría de las veces como un contrato de fijación. Recientemente KUBLER y MARBURGER han intentado avanzar en esta última concepción del reconocimiento de deuda, y de cuyas aportaciones tomaremos notas cuando analicemos con más profundidad el título IV el reconocimiento de deuda como contrato de fijación. En esta línea de investigación, que es hoy la que predomina, los matices son muchos. Se habla de contrato de fijación o de cariz transaccional (KUBLER y MARBURGER), de contrato de prueba (SELLERT), de contrato de naturaleza declarativa (LARENZ) o de contrato de naturaleza constitutiva (WILCKENS) o simplemente de inversión de la carga de la prueba (NEUBECKER). Un planteamiento muy particular es el de -- KRÜCKMANN, el cual, prefiere hablar no de contrato de reconocimiento sino de un apoderamiento que constituye a favor del acreedor para reclamar sus pretensiones. Nuestra atención, de momento, sólo se va a centrar en los siguientes autores: NEUBECKER, RUMELIN, KUBLER, MARBURGER y KRÜCKMANN.

IV.1. NEUBECKER.

Para NEUBECKER el reconocimiento de deuda tiene un significado bien distinto. El reconocimiento de deuda que no expresa la causa no es un contrato sino una declaración abstracta, es decir, una declaración formulada abstractamente. Su tesis es la siguiente: -- "Promesa de deuda y reconocimiento de deuda están pensados abstractamente, pero en la realidad no los son; por el contrario, son procesalmente abstractos. Son suficientes de acuerdo con su concepto, pero no por la configuración positiva, sino para el fundamento de la demanda, y proporcionan la posición de la prueba. Dan lugar, por tanto, a una demanda de deuda abstracta" (14) (15). Sin embargo, a continuación afirma, sin dar ninguna otra explicación posterior, que caben obligaciones en el ámbito de los títulos valores "cuando al contrato y a la forma se añade el factor público para causar la abstracción" (16).

NEUBECKER, influenciado por los sistemas latinos y anglosajón, ataca a la abstracción en su punto más débil: la voluntad abstracta, una voluntad que para muchos es algo artificial. NEUBECKER en esto fue tajante: "No existe una voluntad abstracta". Lo que él admite es la declaración abstracta a la cual la ley puede atribuir determinados efectos (17). Existen contratos, declaraciones y títulos ejecutivos que no expresan la causa, sin que ninguno de ellos contenga una voluntad abstracta. Conceptualmente, dice él, el contrato abstracto puede separarse de su causa. Pero esta separación se tiene que producir por obra del Derecho objetivo (18). Aunque sea este el caso del Derecho alemán, NEUBECKER se opone a la abstracción material, principalmente por la inexistencia de una voluntad abstracta. Difícilmente, argumenta, el acreedor podrá en caso de duda demostrar que la voluntad de los contratantes era abstracta.

Su concepción de la abstracción en el Derecho de obligaciones es otra. Es una concepción procesal al querer conducir la "cuestio" a la esfera litigiosa. La declaración que no expresa la causa es fundamento de demanda y tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba. Significa, en términos más sencillos, que el acreedor, en caso de un reconocimiento de deuda sin expresión de causa, no tiene que aportar otros documentos que justifiquen su crédito. Es al deudor quien corresponde probar lo contrario.

Este esquema es prácticamente equivalente, por lo menos en cuanto a su resultado, al reconocimiento abstracto material. También aquí al acreedor le basta el reconocimiento de deuda para cobrar su crédito, y el deudor tiene a su favor las acciones por enriquecimiento injusto. Facilita de alguna manera la comprensión de una figura tan compleja como el reconocimiento de deuda sin expresión de causa. Evita la discusión sobre muchas cuestiones de contenido excesivamente dogmático. Y con ello, como dice NEUBECKER, se obtiene la conformidad con el Derecho europeo (19).

Pero nos preguntamos si esta explicación suya sobre el reconocimiento de deuda que no expresa la causa es realmente satisfactoria. Veremos, al estudiar el reconocimiento de deuda en nuestro sistema jurídico, que la teoría de la abstracción procesal, de la que NEUBECKER es uno de los primeros en formularla, deja sin responder muchas cuestiones que afectan directamente a la comprensión de esta figura.

#### IV.2. RUMELIN.

Un paso decisivo para la comprensión del

reconocimiento de deuda lo dió RUMELIN. Su estudio sobre los reconocimientos de deuda y la promesa de pago han influido extraordinariamente en los trabajos científicos posteriores, tanto de la doctrina alemana como de la doctrina extranjera, hasta el punto que, por muy - significativa que sea el avance de la investigaciones, el punto de partida constituye, junto con la obra de BÄHR, siempre el pensamiento de RUMELIN.

Cuando RUMELIN se enfrenta al negocio abstracto obligacional parte de la siguiente premisa: "Primera- mente se debe plantear la cuestión de los fines de las partes, sobre todo las necesidades prácticas que se pueden poner en relación con el instituto de la obligación abstracta. Sobre esta base podrá entonces determinarse en qué forma estos fines han influido en la formulación jurídica de las normas legales"(21).

Cuatro son los fines que en opinión de RUMELIN se pueden dar en los reconocimiento de deuda y en las promesas de deuda:

a) Descarga de la fundamentación de la demanda para el acreedor, el cual está posibilitado para la interposición de la demanda sin estar obligado aludir a la relación causal subyacente.

b) El fin de fijación o el de poner término a un conflicto entre las partes.

c) En parte, al fin de fijación se añade el fin de la modificación o novación de la obligación.

d) La fundamentación de intercambio de créditos, en el que un tercero que ocupa el lugar del acreedor sea protegido en atención a la relación causal.

En cuanto al primer fin, RUMELIN afirma que

" en un gran número de casos el fin aquel que llamamos como "fin de la descarga de la demanda" es fundamento único en la emisión por escrito de una promesa de deuda o de un reconocimiento de deuda"(22).

Claro está que este fin no justifica por sí el negocio obligacional abstracto. No es un criterio determinante ni tampoco excluyente para el reconocimiento o la promesa de naturaleza abstracta. Pero para que un negocio cumpla esta finalidad no hace falta acudir a éstos. También los reconocimientos basados en el principio de presunción de causa tienen como finalidad la de facilitar la prueba del crédito del que son titulares. En otros sistemas jurídicos, como tendremos ocasión de comprobar después, hay preceptos, como el art. 1.277 del Código Civil español, el art. 1.988 del Código Civil italiano y el art. 1.132 del Código Civil francés, que dan base legal suficiente para admitir reconocimientos que no expresan la causa y cuya finalidad única es la de poner en una posición procesal más ventajosa al acreedor. Pero en estos casos habrá que preguntarse si esta finalidad es causa suficiente para atribuir a estas declaraciones naturaleza contractual.

Sobre el segundo fin RUMELIN comenta que "no hay duda alguna que el legislador ha configurado a las fijaciones transaccionales, en cuanto las ha separado de la relación causal con que están conexas, como una obligación independiente, y con ello las ha puesto en relación con el contrato obligacional abstracto" (23).

La doctrina posterior ha dado razón a RUMELIN, y ha demostrado que es innecesario acudir al reconocimiento abstracto cuando se opta por él, sólo con la finalidad de fijar una relación conflictiva o incierta, con el fin además de evitar un posterior pleito. Esta

es una característica más específica de otra figura que hoy tiene una autonomía propia como es el reconocimiento de naturaleza declarativa, especialmente aquél que tiene un cariz transaccional.

Tanto el reconocimiento abstracto como el reconocimiento no abstracto, que son resultado de una voluntad negocial, provocan una modificación de la relación jurídica anterior. Excepcionalmente el reconocimiento puede ser también novatorio extintivo, cuando sustituye la relación jurídica anterior por una nueva.

Pero en la mayoría de los supuestos el reconocimiento negocial subsiste con la relación jurídica anterior. Cuando se trata de un reconocimiento abstracto se da la particularidad de que el reconocimiento es válido y eficaz, aunque la relación jurídica anterior sea inexistente o esté viciada. Fuera del sistema abstracto, por el contrario, el reconocimiento de deuda, si bien modifica la relación jurídica anterior, depende de las vicisitudes de éste. Salvo esta particularidad, también el reconocimiento abstracto, como apunta RUMFLIN, tiene un alcance modificativo, en cuanto no causa la extinción de la relación que le precede, pudiendo el acreedor acudir indistintamente al reconocimiento y al contrato subyacente causal.

El cuarto fin responde a aquellas situaciones de carácter triangular, como la asignación (o también delegación), el crédito documentado, el giro bancario, la letra de cambio aceptada por un tercero,..., en las que la promesa de deuda de naturaleza abstracta es de mucha utilidad para garantizar el crédito del nuevo acreedor o forzar el cumplimiento del nuevo deudor. La abstracción es en estos casos de mayor intensidad, ya que la promesa de deuda es, en el Derecho alemán, abstracta en un doble sentido: como independiente de

la relación de cobertura o de provisión de fondos y como independiente de la relación de valuta o de atribución.

#### IV.3. KUBLER

Una de las monografías últimas más importantes sobre el reconocimiento y la promesa de deuda es sin duda alguna la presentada por KUBLER como escrito de habilitación a la Universidad de Tübingen en el curso 1965/1966. La tesis que defiende en ella parte de una investigación dogmático-histórica de la doctrina del reconocimiento en el siglo XIX, de un estudio exhaustivo de las decisiones del Tribunal Supremo Federal alemán, y de una comparación con el Derecho de obligaciones civil y mercantil de Italia y Francia.

Su tesis, como ya indica el título de su monografía "**Feststellung une Garantie**", no es una sino dos: el reconocimiento de deuda como contrato de fijación y el reconocimiento de deuda como contrato de garantía.

Rechaza el reconocimiento de deuda como contrato abstracto por diversas razones, y a las que haremos constante mención a lo largo de nuestro análisis del reconocimiento de deuda según el BGB, y que contrastaremos a la hora de estudiar el reconocimiento en nuestro sistema jurídico; pero hay una razón fundamental, - la razón final, en la que se basa para negar la abstracción en el reconocimiento: su pretendida, pero falsa, efectividad práctica y su ficción. Su primera tesis se resume en la siguiente argumentación: "Es patente que en la práctica de las partes que intervienen en el reconocimiento, a excepción de casos muy aislados, - no piensan en la prescripción y apenas en la dependencia jurídica, o en otras consecuencias diversas, dudosamente relevantes, de la configuración abstracta o no del

contrato. Ellos no tienen ni pueden tener generalmente una concepción de las distintas posibilidades de reconocimientos abstractos y no abstractos, menos aún de las distinciones difíciles, que la doctrina complica. Ellos pretenden la garantía y la fijación de una relación obligacional, quieren eliminar dudas posibles y reales; y estos fines los consiguen tan bien o tan mal con el reconocimiento declarativo que con un reconocimiento independiente, separado de la causa subyacente... Con una breve ojeada a la jurisprudencia se sabe lo que hay detrás de los bastidores: la manipulación de disposiciones sobre la forma y la prescripción mediante difusas y discrepantes ponderaciones de equidad"(24).

Pero hay reconocimientos y promesas de deuda cuya finalidad no es la fijación de una relación litigiosa o de una relación incierta. Se refiere a aquellos supuestos en los que hay una modificación jurídica al intervenir un tercero, como sucede en la asignación, en el crédito documentado o en el giro bancario. Las declaraciones de promesas que presta el tercero, que en términos generales recibe el nombre de delegado, son conformes al Derecho alemán contratos abstractos. También en estos casos KUBLER les niega la condición abstracta, calificándolos de contratos de garantía, aunque no descarta su carácter de fijación (25). Así, por ejemplo, dice: "En el ámbito de la asignación no hay necesidad ni lugar para el art. 780 del BGB ni para la construcción del reconocimiento abstracto de deuda" (26). "Es preferible, argumenta, no denominar abstracción la exclusión de presupuestos de la promesa de garantía por obra de las partes, como tampoco se califica de abstracto los contratos a favor de tercero o la asunción cumulativa de deuda"(27).

#### IV.4. MARBURGER

MARBURGER no niega directamente el reconocimiento abstracto, pero se pregunta si en la realidad se dan reconocimientos de esta naturaleza. Parte de la premisa que toda voluntad encierra un fin. "La afirmación que la actuación humana es una actuación con un fin, que no existe una voluntad sin causa, no se puede negar. Pero no se trata de eso. Voluntad obligacional abstracta no quiere decir que las partes quieran fundamentar una deuda, sin perseguir un otro fin económico o jurídico. Sólo significa que para la existencia de la obligación, de acuerdo con la voluntad de las partes, no importa, más concretamente, no importa de momento, si aquel fin, la causa, se realiza o no" (28). "Si es posible conceptualmente, teóricamente, tal voluntad, la consiguiente cuestión es: ¿Se da realmente?" (29).

MARBURGER analiza el reconocimiento de deuda sólo como una declaración de fijación. Cuando es ésta la finalidad del reconocimiento de deuda, dice, no hace falta acudir al reconocimiento de naturaleza abstracta. Esta función la cumple perfectamente el contrato de fijación. "En relación con la fijación de una relación obligacional litigiosa o incierta el contrato abstracto no sólo sobra. Precisamente porque el negocio causal de fijación es suficiente para eliminar el litigio o la incertidumbre, incluso en estos casos es erróneo entender que se trata de un reconocimiento abstracto conforme al art. 781" (30).

Compartimos la opinión de MARBURGER cuando el reconocimiento abstracto se presta con la finalidad de evitar y/o fijar una situación incierta. En estos casos no hace falta acudir al reconocimiento a que

hace referencia el art. 781. Pero ello no impide que el reconocimiento abstracto tenga una relevancia práctica. Aunque se discute mucho si existe realmente una voluntad capaz de abstaerse de su causa, hay supuestos en los que los contratantes no quieren que incida sobre el reconocimiento la causa anterior. El reconocimiento abstracto sigue teniendo una efectividad práctica, no desconocida, especialmente en el ámbito comercial, tanto en las relaciones inter-partes como en las relaciones en las que interviene un tercero. Si muchas veces critican en la esfera meramente civil los contratantes no sean conscientes de su voluntad abstracta, en la esfera comercial, por el contrario, los contratantes no quieren, en ocasiones, que la causa anterior influya en la relación crediticia posterior. Ejemplos claros lo constituyen el reconocimiento de saldo en la cuenta corriente mercantil y en la cuenta corriente bancaria, o la promesa de deuda por parte del delegado (asignado) en la delegación (asignación), en el crédito documentado o en el giro bancario.

#### IV.5. KRÜCKMANN

"El reconocimiento como apoderamiento" es el título de un artículo de KRÜCKMANN, cuyo planteamiento acerca del significado del reconocimiento resulta bastante particular. Desde su punto de vista el reconocimiento es un apoderamiento para el contrario, en base al cual puede exigir sus derechos (31). Constituye una declaración de apoderamiento que es equiparable a un poder irrevocable (32). Ello explica la fuerza vinculante del reconocimiento contractual, fuerza que se basa en la irrevocabilidad del apoderamiento (33). Para KRÜCKMANN el reconocimiento tiene una doble naturaleza declarativa y constitutiva. Es declarativa en cuanto que constata una relación jurídica anterior

sin modificarla - sólo cabe hablar de cierta modificación respecto de la eficacia interruptura y confirmativa de la relación jurídica preexistente- (34). Y es constitutiva, porque la única forma de causar un vínculo jurídico es mediante un acto de apoderamiento, que es un acto constitutivo (35). Internamente, afirma, es declarativa y externamente constitutiva (36).

KRUCKMANN, además, critica la distinción, que para él no es clara, entre el reconocimiento abstracto y el reconocimiento causal. Sólo es claro, dice, que se llama reconocimiento causal al que alude al título originario, mientras que en el reconocimiento abstracto el título se silencia (37). A efectos prácticos, sin embargo, considera que no existen grandes diferencias entre uno y otro tipo de reconocimiento. Esto se manifiesta cuando el reconocimiento se presta en el marco de la transacción (38). En el lenguaje jurídico, no obstante se puede apreciar, como dice KRUCKMANN, hasta cuatro tipos de reconocimiento:

a) Reconocimiento abstracto y no titulado. Es aquél que no indica su propio título (que es normalmente la transacción, es decir, cuando el reconocimiento se presta para excluir una situación litigiosa "Ausserstreitsetzung"; en este sentido cualquier reconocimiento es causal), ni el título de la relación jurídica previa.

b) Reconocimiento titulado y abstracto. No alude a la relación jurídica anterior, pero indica la causa del propio reconocimiento.

c) Reconocimiento no titulado y causal. Alude sólo a la relación jurídica originaria.

d) Reconocimiento titulado y causal (39).

Por último, entre sus reflexiones se puede destacar la negación de la equiparación entre el reconocimiento causal y el reconocimiento declarativo. Mientras éste siempre es causal, aquél puede crear una nueva situación jurídica (Rechtslage) (40).

#### V. EL CONCEPTO DEL RECONOCIMIENTO ABSTRACTO DE DEUDA.

Definir el reconocimiento de deuda de naturaleza abstracta es establecer las notas más características que permitan, si es posible, distinguir esta figura contractual de otros reconocimientos de deuda. Para ello nos fijaremos en:

- la configuración legal del reconocimiento abstracto de deuda.
- la expresión o no de la causa.
- la voluntad abstracta.
- la forma.

El Código civil alemán no define en su artículo 781 el reconocimiento de deuda. La expresión que utiliza la norma "reconocimiento de la relación obligatoria" es, si bien una característica del reconocimiento abstracto, también compartida por otros reconocimientos que aseveran la existencia de una obligación. Por otro lado, la creación de una relación obligatoria en virtud de un reconocimiento, como señala el párr. 2º del art. 781, no puede considerarse como una manifestación exclusiva del reconocimiento abstracto; comparten

esta característica el reconocimiento novatorio - que más que un acto de reconocimiento es un acto novatorio y, con matices, el reconocimiento declarativo. Más explícito es el BGB en cuanto a la promesa abstracta. En virtud del art. 780 la promesa abstracta de deuda origina una obligación independiente o una obligación en sí misma. Sólo entonces, y cumplido el requisito de la forma que prescribe el citado artículo, la promesa de deuda puede ser abstracta. También el reconocimiento abstracto de deuda, aunque no lo diga expresamente el artículo 781, da lugar a una obligación independiente. Pero esta característica es trasladable por igual al reconocimiento de tipo novatorio, cuando la novación es extintiva. Podemos concluir, por tanto, que las dos notas del BGB - referencia a la existencia de una relación obligatoria (anterior) y constitución de una obligación independiente - no son suficientes ni determinantes para definir al reconocimiento de deuda de naturaleza abstracta.

Un criterio mucho más significativo para definir el reconocimiento abstracto es la expresión o no de la causa en la declaración de reconocimiento. Es un criterio dominante de la jurisprudencia y de la doctrina alemana el de calificar como abstracto al reconocimiento de deuda que no expresa la causa o sólo alude a ella genéricamente. Por el contrario, si la causa aparece especificada en la declaración de reconocimiento o es un reconocimiento declarativo, o también llamado de fijación, o es sólo un medio de prueba. Aunque incluso, en ocasiones muy aisladas, el reconocimiento con causa expresa puede ser de naturaleza abstracta cuando así las partes lo hayan acordado, o sea esa su voluntad.

Pero igualmente aquí la no expresión de la causa, no su alusión genérica, no es un criterio atri-

buable exclusivamente al reconocimiento abstracto. En un sistema causal que admite la presunción de causa pueden tener validez contractual aquellos reconocimientos que no expresen la causa, y no por ello se calificarán como abstractos. Por tanto, se puede afirmar que si bien la no expresión de la causa es un dato muy importante a tener en cuenta para la determinación del reconocimiento como contrato abstracto, no es excluyente. Además, no debe olvidarse que en el Derecho alemán el reconocimiento causal, aunque no está configurado legalmente, tiene plena aceptación y tiene, incluso, mayor relevancia que el reconocimiento abstracto.

En consecuencia, si la no expresión de la causa es un criterio no determinante para definir el reconocimiento abstracto, debemos dar otro paso hacia delante. Concretamente nos podemos fijar en la voluntad del declarante para saber si un reconocimiento es abstracto. Desde una concepción subjetiva es perfectamente defendible el reconocimiento abstracto cuando es voluntad de las partes el crear una obligación independiente de su causa. Pero es muy discutible que pueda existir una voluntad capaz de aislar la nueva obligación de la obligación anterior. Desde la aparición del reconocimiento abstracto, la doctrina, y también la jurisprudencia, han centrado sus críticas en esa inexistencia de una voluntad abstracta. Es imposible -afirman muchos- que la voluntad pueda separarse de su causa, tanto en el plano psicológico como en el plano jurídico. Y por esta razón se ha afirmado que el reconocimiento abstracto, como todos los negocios abstractos, es una creación, o como dice De CASTRO una invención artificial.

Otro criterio en el que se fija el juez para determinar si un reconocimiento es o no abstracto es la forma. Pero la forma es sólo un requisito legal que no incide directamente en la concepción del reconocimiento abstracto.

Concluyendo, se puede afirmar que, si bien, la referencia a una relación jurídica anterior, la constitución de una obligación independiente, la no expresión de la causa o su mención sólo genérica, la voluntad abstracta y la forma son notas características del reconocimiento abstracto, no son determinantes para definir al reconocimiento abstracto. En consecuencia, cualquier formulación del reconocimiento abstracto en base a estas notas será incompleta y criticable, especialmente cuando se compara con otros tipos de reconocimientos de crédito. Ello se debe quizás a su propia artificialidad. Y como toda figura dogmática sólo se puede mover dentro de sus propios esquemas. El reconocimiento abstracto debe además su existencia a la ley. Fuera de la ley es difícil justificar un reconocimiento de naturaleza abstracta, porque su particularidad reside no tanto en lo que se entiende por el reconocimiento abstracto sino en su indiferencia ante las anomalías que pueden darse en la causa de la relación jurídica anterior, característica que sólo puede determinarse por el Ordenamiento jurídico.

#### VI. REQUISITOS DEL RECONOCIMIENTO ABSTRACTO DE DEUDA.

Los requisitos del reconocimiento de deuda de naturaleza abstracta no plantean especiales problemas.

Por su condición de contrato requiere el concurso de la oferta y de la aceptación, que consiste en el reconocimiento de una deuda, o en términos más generales, en el reconocimiento de una prestación, por parte del reconociente a favor del acreedor, y de la aceptación del reconocimiento por parte de éste. A falta de la aceptación, la declaración de reconoci-

miento no produce ningún efecto negocial, siendo su valor únicamente probatorio. El art. 781 del BGB alude expresamente al reconocimiento de deuda como contrato. Excluye, pues, el reconocimiento de deuda como negocio jurídico unilateral. En cuanto al cruce de dos voluntades, requisito indispensable para el reconocimiento abstracto de deuda, este contrato puede calificarse como bilateral. Estas dos voluntades -reconocimiento y aceptación- dirigidas a producir efectos jurídicos dan lugar a un verdadero y auténtico contrato, al que le son aplicables las disposiciones generales del BGB en materia de contratos.

El objeto del reconocimiento de deuda es por norma general una deuda pecuniaria. Pero no hay obstáculo para que cualquier otra prestación pueda ser objeto de un reconocimiento. Así es como debe entenderse la expresión "Schuldverhältnisses" que utiliza el art. 781. Aunque en la discusión del primer y segundo proyecto algún sector quiso reducir el objeto del reconocimiento a la deuda dineraria, la controversia pronto se decantó a favor de su alcance más genérico.

El reconocimiento de deuda se caracteriza, además, por contener una prestación unilateral. Por esta razón el reconocimiento de deuda es un contrato unilateral. Pero el reconocimiento abstracto, aunque independiente, está ligado al contenido de la relación jurídica anterior. Cumplida la prestación por parte de algunos contratantes, la contraprestación puede asegurarse mediante una declaración de reconocimiento posterior. Esa nueva prestación tiene que ser idéntica a la prestación que se ha dejado de cumplir en el negocio causal anterior. Si la deuda es pecuniaria, por ejemplo se debe el precio en virtud de una compra, la deuda reconocida debe ser también pecuniaria, aunque puede variar la cantidad o el tipo de moneda.