

LAS CONMUTACIONES EN EL DERECHO PRIVADO*

CONTRIBUCIÓN A LA TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

François Chénéde

1.- El Derecho de las Obligaciones suele presentarse como aquella rama del Derecho que organiza los “intercambios de bienes y servicios” entre los individuos. La palabra ‘intercambio’ resulta, sin embargo, simplista desde dos perspectivas. Primero, se refiere de manera exclusiva a las operaciones sinalagmáticas, es decir, aquéllas que realizan transferencias recíprocas entre las partes (contratos de compraventa, prestación de servicios, permutación), sin tomar en consideración el hecho de que el Derecho de las Obligaciones regula también las operaciones en las que una persona se desprende de un valor, un bien o un servicio, sin contrapartida alguna (donación, mandato gratuito, préstamo gratuito). Adicionalmente, ‘intercambio’ se

refiere a las relaciones contractuales antes que a las extracontractuales, lo cual deja por fuera toda una parte del Derecho de las Obligaciones: el título IV del libro III del *Código Civil* francés consagrado a las “obligaciones que se contraen sin convenio”, es decir, a las obligaciones delictuales, cuasidelictuales y cuasicontractuales. Pero si el Derecho de las Obligaciones no es sólo el derecho de los “intercambios”, ¿cómo denominar, entonces, a la operación económica –transferencia de valores– llevada a cabo por todas las obligaciones ya sea que tengan por origen una compraventa, un arrendamiento, una donación, un delito civil, un pago de lo no debido o un enriquecimiento sin causa?

2.- La respuesta a esta pregunta se encuentra, precisamente, en el texto mismo al cual se le suele atribuir el origen de la noción de ‘intercambio’: el libro V de la *Ética a Nicómaco*, donde Aristóteles aborda la noción de ‘*synallagma*’. Para entender el sentido de este vocablo es necesario consultar el *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles* de santo Tomás de Aquino, redactado en el siglo XIII, donde el

* La traducción del ensayo original inédito en francés (*Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*) fue realizada por Sara Moreno Fernández y la revisión y comentarios a pie de página estuvieron a cargo de Fabricio Mantilla Espinosa.

Resumen de la tesis doctoral de François Chénéde publicada por *Economica* en 2008.

teólogo traduce el término ‘*synallagma*’ por ‘*commutatio*’, palabra que Nicolas Oresme –primer traductor de la *Ética a Nicómaco* al francés antiguo– traducirá, a su turno, como ‘*commutation*’. El vocablo ‘*commutation*’ es presentado por los diccionarios clásicos como sinónimo de ‘cambio’ (‘*changement*’) o ‘mutación’ (‘*mutation*’). Es en este mismo sentido que hoy se emplea la expresión “conmutación de la pena”. El ‘cambio’ descrito por Aristóteles en el libro v de la *Ética a Nicómaco* concierne al ámbito de “bienes externos”, es decir, el ámbito patrimonial. Más precisamente, el filósofo emplea el término ‘*syllanagma*’ para designar “el desplazamiento de un bien” –“la mutación de valores”– de un patrimonio a otro. Al respecto, santo Tomás señala que las conmutaciones son operaciones “que transfieren una cosa de una persona a otra”. Ésta es la transferencia de valores realizada por todas las obligaciones, ya sea que nazcan de un contrato bilateral o unilateral, que sean de origen contractual o extracontractual, las obligaciones siempre tienen por objetivo transferir valores (un bien o un servicio) de un patrimonio a otro. Por consiguiente, el derecho de las obligaciones no es el derecho de los intercambios, sino, más bien, el derecho de las conmutaciones.

3.- En realidad, el Derecho de las Obligaciones no concierne exclusivamente las operaciones de conmutación. Aristóteles, recordémoslo, había identificado un segundo tipo de operación susceptible de realizarse entre los miembros de la ciudad: las

distribuciones. Para el filósofo, estas operaciones consistían en repartir –repartirse– valores que habían sido puestos en común. Esta operación está lejos de ser excepcional tanto en materia contractual como extracontractual.

En primer lugar, junto a los contratos que realizan una conmutación (donación, compraventa, arrendamiento), existen los que realizan una distribución. Éste es el caso del contrato de sociedad, en virtud del cual los socios deciden afectar sus bienes o su industria a una empresa común, con el fin de repartirse los beneficios que ésta pudiese generar (CC fr., art. 1832): el contrato de matrimonio, que administra la sociedad conyugal (CC fr., art. 1387), la indivisión, que regula los derechos y deberes de los comuneros (CC fr., 1873-1), etc. Ésta es, precisamente, la categoría de contratos-organización, propuesta por Paul Didier.

En segundo lugar, además de los cuasicontratos de tipo conmutativo (gestión de negocios ajenos, pago de lo no debido, enriquecimiento sin causa) existen auténticos cuasicontratos que reparten valores entre los participantes. Los redactores del *Código Civil* sólo consagraron –denominaron– los contratos conmutativos y la doctrina moderna no tomó en cuenta los distributivos. Distinta es la situación de los jurisconsultos romanos quienes, a partir de Justiniano, clasificaron la indivisión de origen involuntario como un cuasicontrato. Esta posición fue retomada por Robert Pothier quien agregó a la

indivisión legal –que calificaba de “cuasicontrato de comunidad”¹– la propiedad colectiva de paredes medianeras. Podemos agregar a esta lista no taxativa la sociedad creada de hecho.

4.- Así las cosas, el Derecho de las Obligaciones parece dividirse en dos ramas distintas: el Derecho de las Conmutaciones, que corresponde al Derecho de las Obligaciones tradicional, y el Derecho de las Distribuciones, que reglamenta el conjunto de operaciones de repartición de valores. En términos generales, esta distinción entre el Derecho de las Conmutaciones y el Derecho de las Distribuciones ha sido dejada de lado por los juristas que han preferido la división de la justicia conmutativa y distributiva. Esta última distinción es, generalmente, plasmada en los textos de Teoría del Derecho o de Introducción al Derecho, donde se establece el contraste entre la justicia distributiva, que rige las relaciones del Estado y sus miembros, y la justicia conmutativa, que se aplica a las relaciones entre particulares. La justicia distributiva y la conmutativa tienen, entonces, dos campos de aplicación muy distintos, dos ramas de actividad que, en cierta medida, corresponden a la división del Derecho en Público y Privado. Michel Villey, al igual que otros autores, ha

criticado esta distinción, recordando que Aristóteles se refería menos a la ‘justicia’ (*dikaiosunē*) conmutativa y distributiva que al ‘derecho’ (*to dikaion*) de las conmutaciones y distribuciones. Esta traducción es esencial puesto que permite establecer la conexión entre Filosofía y Derecho, poniendo de relieve la existencia de un régimen jurídico propio para cada una de estas dos operaciones económicas. De hecho, las conmutaciones no están sometidas a las mismas reglas que las distribuciones. Esta especificidad del Derecho de las Conmutaciones se manifiesta tanto en materia contractual como extracontractual: los contratos-intercambio y los cuasicontratos-intercambio, que realizan una conmutación, no están sometidos al mismo régimen jurídico que los contratos-distribución y los cuasicontratos-distribución, que llevan a cabo una repartición.

5.- Pero el estudio de las conmutaciones no queda completo si nos limitamos a distinguirlas de las operaciones de distribución. En efecto, Aristóteles no sólo describió la especificidad de las conmutaciones con relación a las distribuciones sino que, también, se esforzó por distinguir las conmutaciones voluntarias (*ekousia*) de las conmutaciones involuntarias (*akousia*).

La distinción aristotélica de las conmutaciones voluntarias e involuntarias parece haber sido conservada por los juristas contemporáneos, que diferencian a las obligaciones que nacen de un *acto jurídico* (contrato y obligaciones unilaterales) y las obliga-

¹ N. del T.: Ésta fue la posición adoptada por Andrés Bello en el artículo 2285 del *Código Civil*: “Hay tres principales cuasicontratos: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad”.

ciones que nacen de un *hecho jurídico* (delito, cuasidelito, cuasicontrato). Algunos autores no dudan en señalar que esta distinción es la *summa divisio* del Derecho Contemporáneo de las Obligaciones. Tal afirmación resulta sorprendente si tenemos en cuenta las consecuencias jurídicas del hecho de pertenecer a una o a la otra de estas categorías de obligaciones. En efecto, la única diferencia de régimen, constatada por la doctrina, es de orden probatorio: las obligaciones nacidas de un acto jurídico deben, en principio, ser probadas por escrito (*CC* fr., art. 1341), mientras que las que emanan de un simple hecho jurídico pueden ser probadas por cualquier medio (*CC* fr., art. 1348). Sin demeritar la importancia de la prueba en los litigios, debemos admitir que el limitar la utilidad de la distinción a una simple diferencia en materia probatoria lleva a pensar que esta división, relativa a las fuentes de las obligaciones, no tiene consecuencia alguna respecto de la vida de éstas. Ésta es, por lo demás, la opinión de la doctrina mayoritaria, que considera que, si bien las obligaciones nacen de manera *distinta* (de un acto jurídico o de un hecho jurídico), nacen *idénticas* y están, por tanto, sometidas a un *mismo régimen jurídico*: el general de las obligaciones.

Esta presentación no toma en cuenta la importante distinción aristotélica: las conmutaciones voluntarias e involuntarias no son asimilables, como tampoco lo son las obligaciones que de ellas se derivan. En las conmutaciones voluntarias las partes estable-

cen, de manera prospectiva, un nuevo equilibrio patrimonial entre ellas, mientras que, en las conmutaciones involuntarias, el legislador corrige, de manera retrospectiva, el desequilibrio que se generó en detrimento de una de ellas. Esta diferencia se manifiesta también en la obligación misma. Las obligaciones voluntarias, creadas por la voluntad de las partes, son susceptibles de adquirir múltiples formas: obligaciones de dar, de hacer o de poner a disposición; obligaciones puras y simples, condicionales o a plazo; obligaciones conjuntas, indivisibles o solidarias, obligaciones conjuntas, alternativas o facultativas. Las obligaciones involuntarias, impuestas por el legislador, se presentan siempre de la misma forma: una obligación de indemnizar –de volver *indemne*– en cabeza del responsable (delito y cuasidelito) o de aquél que se enriqueció (cuasicontrato). En otras palabras, las obligaciones voluntarias y las obligaciones legales, no sólo nacen *de modo distinto* sino que, también, *nacen distintas*.

6.- El estudio de las conmutaciones en el Derecho Privado podría, entonces, contribuir a la teoría general de las obligaciones en dos aspectos.

Por una parte, permite resaltar la especificidad de las conmutaciones frente a las distribuciones, diferenciando los dos movimientos de valores susceptibles de ser regidos por el Derecho de las Obligaciones: la transferencia y la repartición de valores. Esta especificidad de la operación conmutativa determina la aplicación de un régimen original

tanto en materia contractual como extracontractual: los contratos-intercambio (por ejemplo: la venta) y los cuasicontratos-intercambio (por ejemplo: el enriquecimiento sin causa), los cuales no están sometidos al mismo régimen que los contratos-reparto (por ejemplo: la sociedad) y los cuasicontratos-reparto (por ejemplo: la sociedad creada de hecho) que realizan una distribución.

Por la otra, permite demostrar que la clasificación contemporánea de las obligaciones, que distingue entre aquéllas nacidas de un acto jurídico y aquéllas originadas en un hecho jurídico, deja de lado la oposición que existe entre conmutaciones voluntarias e involuntarias. En efecto, por un lado, oculta las verdaderas fuentes de las obligaciones, las cuales no corresponden a los “hechos generadores” (hecho o acto jurídico), sino a las “autoridades” que deciden la creación de la obligación: la *voluntad* de las partes, en las conmutaciones voluntarias; la voluntad del legislador – la *ley*–, en las conmutaciones involuntarias. Por otro lado, se contenta con establecer una distinción al nivel de la fuente, negando, al de los efectos, las diferencias que existen entre obligaciones consentidas y obligaciones impuestas. La voluntad y la ley no son, empero, las dos fuentes de una única obligación, sino, las fuentes respectivas de dos obligaciones distintas: la *obligación voluntaria*, que realiza una conmutación consentida, y la *obligación legal*, que lleva a cabo una conmutación impuesta.

7.- El redescubrimiento de la doctrina aristotélica, a pesar de lo antigua que es, permite aportar nuevas luces a varios aspectos de la teoría general de las obligaciones. Para demostrarlo hay que seguir paso a paso el camino trazado por Aristóteles. En este orden de ideas:

- I) después de haber presentado la especificidad de las conmutaciones respecto de las distribuciones;
- II) abordaremos el estudio de la dualidad de las conmutaciones, es decir, de la distinción entre las conmutaciones voluntarias e involuntarias).

I. LA ESPECIFICIDAD DE LAS CONMUTACIONES: DISTINCIÓN ENTRE CONMUTACIONES Y DISTRIBUCIONES

8.- Al establecer la especificidad de las conmutaciones respecto de las distribuciones, Aristóteles no pretendía, de ninguna manera, describir la realidad económica del mundo griego. Su obra no estaba consagrada a la economía. En un pasaje sobre la “justicia”, el filósofo creyó necesario distinguir entre conmutaciones y distribuciones. Según Aristóteles, lo *justo* –el derecho– es distinto en cada una de estas dos operaciones. Su obra se encuentra lejos de estar en desuso. Incluso, hoy, la operación de conmutación debe ser sometida a un régimen jurídico original: el Derecho de las Conmutaciones.

- A) A la especificidad de la operación de conmutación,

B) Corresponde la especificidad del derecho de las conmutaciones.

A. La especificidad de la operación de conmutación

9.- Los juristas nunca confundieron realmente la operación de conmutación con la operación de distribución: la compraventa jamás ha sido asimilada a la sociedad, ni a la inversa. Sin embargo, de esta distinción, la doctrina no indujo la especificidad de las conmutaciones respecto de las distribuciones. En el mejor de los casos, desestimó la distinción, en el peor, propuso criterios de diferenciación erróneos. Así, pues, para precisar la especificidad de la compraventa o de la permuta frente a la sociedad o a la asociación, parte de la doctrina parece enfocarse en la fuente de estas operaciones, señalando que las primeras son contratos, mientras que las segundas son instituciones o actos colectivos. Esta oposición se fundamenta en una concepción estrecha de los “actos contractuales” que los circunscribe a la categoría de los “actos de voluntades antagonistas”: compraventa, arrendamiento, permuta. Definido de esta manera, el contrato ya no permite incluir las operaciones que se basan en una “comunidad de intereses” entre las partes: sociedad, asociación, convención de indivisión. Esta definición del contrato resulta criticable porque mezcla dos elementos totalmente distintos: la fuente de la operación (el acuerdo de voluntades) y el contenido de la operación

(la oposición de intereses). Ahora bien, como lo que se persigue es, precisamente, establecer la especificidad de las conmutaciones respecto de las distribuciones, resulta esencial diferenciar estos dos aspectos. Así, pues, estas dos operaciones sólo pueden distinguirse partiendo del *contenido*: mientras las conmutaciones realizan una transferencia de valores entre partes con intereses diferentes, la distribución realiza una repartición de valores entre partes reunidas por un interés común. En definitiva, las conmutaciones se distinguen de las distribuciones

1^a tanto por la mutación de valores que realizan,

2^o como por las relaciones entre las partes que participan en la operación.

1°. La especificidad del movimiento de valores realizado por una conmutación

10.- Las conmutaciones realizan una *transferencia de valores* entre las partes. Pero para lograr una mejor comprensión de esta operación, es necesario responder dos preguntas: ¿qué se entiende por *valor*?, ¿qué se entiende por *transferencia*? Estos dos términos deben ser entendidos de la manera más amplia posible. En primer lugar, puede tratarse tanto de una conmutación de bienes (compraventa, permuta) como de una conmutación de servicios (prestación de servicios, mandato), puesto que, en realidad, lo que transfiere la conmutación no es el bien o el servicio, sino la utilidad, es decir, el valor que representa para

el acreedor. Además, y sobre todo, la conmutación comprende no sólo las transferencias bilaterales sino, también, las transferencias unilaterales de valores. Usualmente, se consideran conmutaciones sólo las operaciones de “intercambio”, excluyendo así de la categoría de los *synallagmata* las operaciones “a título gratuito”. La exclusión de la “donación” del ámbito de las conmutaciones resulta, entonces, discutible. En el texto de la *Ética a Nicómaco*, nada permite concluir que las conmutaciones estén circunscritas al intercambio de valores. Por el contrario, Aristóteles incluye entre las conmutaciones voluntarias, el contrato de mandato e, incluso, el contrato de fianza.

La exclusión de los actos a título gratuito del ámbito de las conmutaciones parece haber tenido por origen una doble confusión terminológica y conceptual. En primer lugar, las conmutaciones suelen ser presentadas como operaciones que garantizan la “perpetuación” de un estado. Más precisamente, algunos autores señalan que la “justicia conmutativa” tiene como función la conservación de la situación anterior al intercambio entre las partes. La ecuación “conmutación = perpetuación” resulta, sin embargo, sorprendente si recordamos que el término ‘conmutación’ viene del latín *commutatio*, cuya traducción es ‘cambio’ o ‘desplazamiento’. En segundo lugar, al traducir los vocablos ‘*synallagma*’ y ‘*commutatio*’ por la palabra ‘intercambio’, los juristas confinaron, inmediata e inexorablemente, las conmutaciones al reino de la bilate-

ralidad. Al convertirse el contrato de permuta (*permutatio*) en el arquetipo de las conmutaciones (*commutatio*), se consideró, entonces, que éstas suponían necesariamente el “intercambio” de valores. Sin embargo, las palabras ‘conmutación’ e ‘intercambio’ no son, en lo absoluto, sinónimos: la primera designa el género y la segunda la especie. Es decir, parafraseando a los lingüistas, el intercambio es una *conmutación recíproca*”

11.- Lejos de garantizar la transferencia de un bien o servicio de un patrimonio a otro, las distribuciones, por su parte, llevan a cabo una “repartición de valores” entre un grupo de personas. El término ‘repartición’ resulta ideal, puesto que comprende ambos aspectos de la distribución: describe la situación de las personas que son *parte* de algo, que participan de una misma “comunidad”. Es el caso de los comuneros en una indivisión, de los socios de una sociedad.; pero la ‘repartición’ se refiere también a la distribución misma entre los miembros del grupo, los socios se reparten los beneficios, los herederos se reparten los bienes sucesorales, los cónyuges se reparten los bienes que conforman la sociedad conyugal. Así, pues, los dos aspectos de la distribución se perfilan claramente: la participación, primero, la repartición, después.

La *participación* de un grupo de personas en una misma comunidad es el punto de partida de todas las distribuciones. Jurídicamente hablando, se podría decir que la distribución supone la existencia de una propiedad colectiva. Las formas de

apropiación colectiva son variadas. La más elemental es la indivisión accidental y temporal, como en el caso de la indivisión sucesoria. Existe también un estadio intermedio, en el cual se encuentran todas las indivisiones *lato sensu* con vocación de permanencia, como la indivisión convencional y la sociedad conyugal. En última instancia encontramos todas las agrupaciones dotadas de personería jurídica: asociación, sociedad civil, sociedad anónima, etc. La personería jurídica, simple técnica de organización al servicio de la colectividad, no es más que una “fachada” que no debe hacernos olvidar que se trata simplemente de una comunidad de bienes y personas, es decir, una propiedad colectiva.

130

Por su lado, la *repartición* atañe al conjunto de operaciones de distribución entre los participantes: reparticiones definitivas que ponen un fin a la comunidad, pero, también, reparticiones provisionales que garantizan la distribución de frutos y utilidades generados por la comunidad.

12.- Las conmutaciones son transferencias de valores y las distribuciones, repartición de valores. Estas dos operaciones no deben ser confundidas. Esta diferencia de objeto repercute en las relaciones entre las partes en la operación.

2° La especificidad de las relaciones entre las partes de una conmutación

13.- En una conmutación, las dos partes no tienen el mismo interés. Por ejemplo, en el caso de la donación,

donatario y donante tienen un interés evidentemente *distinto*: el del primero es la adquisición de uno o varios bienes, el del segundo es la satisfacción moral que le procura el hecho de regalar. Los intereses de las partes en una compraventa son también distintos. En realidad, en la compraventa, como en todas las conmutaciones bilaterales, las partes persiguen intereses no sólo distintos sino, además, *opuestos*: el comprador desea adquirir el bien deseado al “mejor precio” y el vendedor, por su parte, espera también obtener un “buen precio”.

En las distribuciones, así como en las conmutaciones, cada participante tiene un interés. En efecto, toda persona que participa en una comunidad persigue un *interés personal*: cada socio quiere obtener beneficios, cada comunero pretende una parte de la indivisión. Sin embargo, si en las conmutaciones cada parte persigue un interés propio, es decir, distinto del interés de la otra parte, en las distribuciones, los participantes persiguen un *interés común*, el mismo para todos: *todos* los asociados tienen interés en el éxito de la empresa común, puesto que *cada uno* se beneficiará de las ganancias obtenidas; todos los comuneros tienen interés en los rendimientos de los bienes comunes, puesto que cada uno obtendrá para sí parte de éstos.

De modo que la situación de las partes en una conmutación difiere de manera notoria de la situación de los participantes en una distribución. Las primeras se enfrentan, las segundas se alían. En las conmutaciones, si

una de las partes obtiene algo, es, en perjuicio, porque la otra lo pierde. Por el contrario, en las distribuciones, los participantes corren con la misma suerte: o ganan todos o pierden todos. Este interés común es lo que explica que la distribución sea una operación económica regida por un indiscutible “sentimiento de equipo”. Aristóteles no pasó por alto este fenómeno, en el libro VIII de la *Ética a Nicómaco* asimila lo justo en las distribuciones a la amistad en las comunidades y precisa que toda *comunidad* implica cierta forma de *amistad* entre sus miembros. Ésta es, precisamente, la idea que expresan distintas locuciones latinas utilizadas para describir la voluntad de unión que existe entre los miembros de una comunidad: *affectio societatis* para la sociedad, *affectio communis*, para la convención de indivisión y *affectio matrimonii*, para el matrimonio.

14.- La diferencia de contenido entre las operaciones de conmutación y distribución es esencial, puesto que ésta justifica el hecho de que las dos operaciones no se hallen sometidas al mismo régimen jurídico. La especificidad de la operación de conmutación requiere la aplicación de un régimen jurídico original (el derecho de las conmutaciones), totalmente distinto del régimen aplicable a la repartición de valores (el derecho de las distribuciones).

B. La especificidad del derecho de las conmutaciones

15.- La especificidad del Derecho de las Conmutaciones con relación

al Derecho de las Distribuciones resulta evidente tanto en materia contractual, donde

- 1º el contrato-intercambio debe ser diferenciado del contrato-reparto;
- 2º como en materia cuasicontractual, en donde el cuasi-contrato-intercambio debe ser diferenciado del cuasi-contrato-reparto.

1º La especificidad del contrato-intercambio

16.- Para establecer la especificidad del contrato-intercambio respecto del contrato-reparto, es fundamental hacer referencia a los criterios de distinción entre conmutaciones y distribuciones, identificados anteriormente. En primer lugar, las dos operaciones no llevan a cabo el mismo movimiento de valores. Esta oposición se encuentra, sin falta, en materia contractual:

- a) los contratos-intercambio no tienen el mismo *objeto* que los contratos-reparto.

En segundo lugar, las partes en una conmutación no tienen las mismas relaciones que los participantes en una distribución. En este caso, también, la diferencia resulta evidente en materia contractual: si las partes de un contrato-intercambio se obligan por razones distintas, las partes de un contrato-reparto se obligan por la misma razón. Después de haber analizado el objeto,

- b) resultará claro que es la noción de *causa* la que permite distinguir el contrato-intercambio del contrato-reparto.

a) La especificidad del objeto del contrato-intercambio

17.- El objeto del contrato no es una noción fácil de definir. Dos concepciones coexisten en la doctrina: para algunos, el objeto del contrato se confunde con el de la obligación; para otros, el objeto del contrato es la operación global que buscan realizar las partes. No tenemos ninguna intención de pronunciarnos a favor de una u otra corriente. Por nuestra parte, nos limitaremos a demostrar que el contrato-intercambio se distingue del contrato-reparto tanto por la *operación* que realiza como por la *obligación* que crea.

18.- El hecho de que los contratos-intercambio no realicen la misma operación económica que los contratos-reparto resulta evidente. Precisamente, para dar cuenta de esta diferencia, la doctrina creó esta división: los primeros transfieren valores, los segundos reparten valores. Ahora bien, calificar los diferentes contratos en una u otra de estas categorías puede resultar más delicado. En el caso de algunos contratos, la calificación es evidente: compraventa, arrendamiento, mandato son contratos-intercambio; sociedad, asociación son contratos-reparto. Otros son, Sin embargo, más difíciles de clasificar, es el caso, por ejemplo, de la *aparcería pecuaria (bail à cheptel)* que, a pesar de su denominación, es un auténtico contrato-reparto². De igual

manera, la donación-partición no se encuentra entre las dos categorías, es simplemente, un contrato-intercambio conjuntivo³. Podemos también mencionar algunas nuevas categorías doctrinales originales. Por ejemplo en los contratos-intercambio, se pueden distinguir los *contratos-intercambio de derecho común* cimentados en un antagonismo total entre las partes, y los *contratos-intercambio de interés común* en los cuales el antagonismo entre los contratantes es atenuado por el interés que tiene uno en la actividad del otro.

19.- Pero la especificidad del contrato-intercambio respecto del contrato-reparto no se manifiesta exclusivamente en la operación realizada por la convención, se evidencia, también, en la obligación engendrada por el contrato mismo.

El artículo 1126 del *Código Civil* francés señala que los contratos pueden crear tres clases de obligaciones distintas: de dar, de hacer y de no hacer. Esta trilogía, sin llegar a ser del todo inexacta, adolece de graves insuficiencias. En primer lugar, le confiere demasiado protagonismo a la distinción de las obligaciones de hacer

de una simple variedad de arrendamiento, contrato-intercambio. Esta situación no se presenta en español, puesto que la voz ‘aparcería’ proviene del latín ‘*partiarus*’, de ‘*pars*, -*tis*’, parte, y su significado está relacionado con el de los vocablos ‘partícipe’, ‘copartícipe’ e, incluso, ‘compañero’.

³ N. del T.: Mediante el adjetivo ‘*conjunctif*’ (conjuntivo) se califica, en francés, el instrumento que consagra, en un solo escrito, dos operaciones jurídicas similares entre las mismas partes.

² N. del T.: “*Bail à cheptel*”, literalmente, traduce arrendamiento de cabezas de ganado, lo cual podría dar lugar a pensar de que se trata

y no hacer, cuando, en realidad, la segunda puede ser asimilada a la primera. Como lo señaló de manera muy acertada el decano Jean Carbonnier: no hacer, ¡es también hacer! Además, esta clasificación excluye una prestación que no pertenece a la categoría general de las obligaciones de hacer: la obligación de “poner a disposición” o, para retomar el término utilizado por el anteproyecto Catala, la obligación de “dar en uso”. Conocida por los juristas romanos y evocada en los principales libros de Derecho antiguo, esta tercera categoría de obligaciones, este tercer tipo de conmutaciones, no fue, al menos en apariencia, rescatada por los redactores del *Código Civil*. Sin embargo, esta obligación es la prestación característica de muchos contratos corrientes. La encontramos en el arrendamiento de cosas, donde el arrendador está obligado a poner un bien determinado a disposición del arrendatario a cambio del pago de la renta. Está también presente en el contrato de mutuo, aunque esto ha sido ocultado por el carácter real del contrato⁴. En efecto, se suele señalar

⁴ N. del T.: La jurisprudencia francesa, a partir de fines de la década de 1990, decidió que el mutuo de dinero en el que el mutuante es un profesional en operaciones de crédito no es un contrato real y, por consiguiente, la obligación de entregar la suma en mutuo se genera desde el acuerdo de voluntades. Así y todo, la jurisprudencia no ha llegado a afirmar el carácter consensual de la categoría general “convención de mutuo” y, por contera, este contrato sigue siendo considerado, en principio, como real. En este orden de ideas, todas las otras variedades de mutuo conservan este

que el contrato de mutuo, no crea una obligación para el mutuante de poner a disposición, sino sólo una obligación de restituir a cargo del mutuario. El razonamiento es el siguiente: la entrega de la cosa es una condición de formación del contrato y no el objeto de la obligación. El argumento parece irrefutable. Sin embargo, el error es evidente⁵. Estos autores asimilan

carácter, incluso, los préstamos de consumo cuando el mutuante no tiene el carácter de profesional en operaciones de crédito; de igual manera, el contrato de apertura de crédito es considerado como una promesa de mutuo.

⁵ N. del T.: El texto original en francés se sirve del vocablo general ‘*prêt*’, préstamo, que sirve para designar tanto el mutuo, ‘*prêt de consommation*’, como el comodato, ‘*prêt à usage*’. Hemos optado por traducirlo como ‘mutuo’ y no como ‘comodato’, teniendo en cuenta que, más adelante en el texto, el autor retoma el ejemplo y hace referencia al pago de intereses. Sin embargo, el profesor François Chénéde no precisa las diferencias que existirían entre los dos contratos. En la versión publicada de su tesis doctoral, el autor sostiene: “Esta afirmación es pertinente tanto para el comodato, como para el mutuo. Estos tipos contractuales sólo se diferencian por la naturaleza de los bienes que se entregan (CC fr., art. 1874). Mientras que el comodato versa sobre cosas ‘que se pueden usar sin destruirse’, el mutuo lo hace sobre cosas ‘que se consumen mediante el uso’. En este último contrato, el mutuario, quien ya no puede restituir la misma cosa recibida, está obligado, entonces, a restituirla por equivalente (CC fr., art. 1892). Aun si la restitución adquiere un rostro diferente en cada uno de estos contratos, la obligación de mutuante y comodante continúa siendo la misma: poner a disposición de su contratante uno o varios bienes por cierto tiempo”. François CHÉNÉDE, *Les commutations en droit privé*.

erróneamente *la entrega con la puesta a disposición* de la cosa. Confunden la entrega –*puntual*– de la cosa, que es el principio del mutuo, y la puesta a disposición –*continua*– del bien, que es una verdadera obligación del mutuante. La “misión” del mutuante no se agota con la entrega de la cosa. Muy por el contrario, para él todo empieza allí: nace su obligación de poner el bien a disposición del mutuario durante toda la ejecución del contrato.

A primera vista, el contrato-reparto parece crear las mismas obligaciones que el contrato-intercambio: la obligación de dar, en el caso del aporte de propiedad, la obligación de hacer, en cabeza del socio industrial, la obligación de conceder el uso de un bien, en el caso del aporte de un usufructo. Sin embargo, estas apariencias son engañosas: la obligación no es la misma cuando nace de un contrato-intercambio que cuando se genera en un contrato-reparto. En el contrato-intercambio, deudor y acreedor tienen una relación de alteridad: el deudor está obligado para con *otra* persona: el donante para con

el donatario, el vendedor frente al comprador. Podemos decir también que en un contrato-intercambio, el deudor está siempre obligado a realizar una ALIENACIÓN *lato sensu*, es decir, está obligado a ejecutar una prestación para un acreedor que le es “ajeno” (*alienus* en latín; *alien*, en inglés). En los contratos-reparto, por el contrario, la parte deudora no es ajena a la parte acreedora. En efecto, en este tipo de contratos, el deudor está obligado en provecho de un grupo del cual él mismo forma parte: el socio no se compromete a ceder sus bienes o aportar su industria a un tercero, sino a aportar sus bienes o industria a una colectividad a la cual él mismo pertenece. En otras palabras, el objeto de su obligación –la prestación que debe realizar– no es una alienación sino una AFECTACIÓN. En un contrato-reparto, las prestaciones de la partes, en vez de entrecruzarse, se acumulan en provecho de una empresa común. Es por esta razón que la *causa* no reviste las mismas características en los contratos-intercambio que en los contratos-reparto.

b) La especificidad de la causa del contrato-intercambio

Contribution à la théorie générale des obligations, Paris, Ed. Economica, 2008, pp. 154-155.

Así y todo, el autor no parece explicar cómo, en el caso del mutuo, en donde hay transferencia de dominio de los bienes objeto del contrato, el mutuante seguiría obligado frente al mutuario a poner a su disposición el bien durante cierto lapso. Afirmar que el mutuario puede servirse del bien en calidad de acreedor de esta obligación, no parece compatible con las prerrogativas propias que en calidad de propietario de la cosa, prerrogativas que se predicarían *erga omnes*.

20.- Al igual que el objeto, la causa es una noción que no se caracteriza, precisamente, por su claridad. El redescubrimiento de los fundamentos filosóficos del Derecho de las Obligaciones, el redescubrimiento de las conmutaciones, podría ayudar a esclarecer esta noción que, injustificadamente, se ha tornado confusa. La

teoría clásica señala que la causa debe ser dividida en dos ramas: la causa de la obligación, idéntica en cada tipo de contrato, y la causa del contrato, que corresponde a la motivación determinante que varía con cada contratante. Ahora bien, sólo la primera de ellas es relevante para el estudio de las conmutaciones, puesto que es a través de la causa de la obligación, y no de la causa del contrato, que se puede entender la especificidad del Derecho de los contratos-intercambio respecto de los contratos-reparto. Antes de presentar esta oposición es necesario identificar la noción y la función de la causa de la obligación en el contrato-intercambio.

Noción de causa de la obligación en los contratos-intercambio

21.- Para identificar la causa de la obligación, se acostumbra, en doctrina y jurisprudencia, a distinguir cuatro categorías de contratos. En los *contratos sinalagmáticos*, la causa de la obligación un contratante es la contrapartida que debe recibir, es decir, el objeto de la obligación del otro contratante. En los *contratos a título gratuito*, la causa se identifica con la intención liberal o, más precisamente, con la satisfacción moral que produce el regalar. Esta dicotomía nos parece suficiente: los contratos-intercambio son o interesados o desinteresados; la causa de la obligación es o una contrapartida patrimonial o una satisfacción extrapatrimonial.

A éstas se les añade la categoría de los *contratos aleatorios*, donde la

causa de la obligación sería el azar. Esta afirmación es muy discutible: asegurado y asegurador, deudor y acreedor de una renta vitalicia no se obligan por el riesgo, el azar o la incertidumbre. Como sucede en todos los contratos onerosos, el deudor se obliga para obtener una retribución patrimonial. El hecho de que el contrato aleatorio sea anulado por falta de causa, por falta de azar, no significa que el azar sea la causa, sino, simplemente, que la falta del elemento azar priva la retribución de toda su consistencia.

Además de los contratos aleatorios, se incluyen, de manera general, los *contratos reales* cuya causa de la obligación sería la entrega misma de la cosa. Los anticausalistas esgrimieron una crítica determinante al respecto: la entrega de la cosa no es la causa final de la obligación, sino su causa eficiente, su fuente. Aun si esta crítica resulta acertada, sus conclusiones nos parecen erradas: la causa sí existe, pero no se encuentra allí donde se la ubica. Para poder entenderlo es necesario admitir que la obligación característica del mutuo⁶ no es la de restituir, sino la obligación de poner a disposición. Pero, ¿dónde se halla la causa de esa obligación? En el contrato de mutuo con intereses, en la retribución patrimonial (el pago de intereses); en el contrato de mutuo gratuito (el préstamo por amistad), en la satisfacción extrapa-

⁶ N. del T.: En esta parte, el texto original en francés se sirve del vocablo general '*prêt*', préstamo, y no de '*prêt de consommation*', mutuo.

rimonial. Volvemos, una vez más, a la única distinción que parece relevante entre contratos-intercambio interesados (onerosos y sinalagmáticos) y los contratos-intercambio desinteresados (gratuitos y unilaterales).

Función de la causa de la obligación en los contratos-intercambio

22.- ¿Cuál es la utilidad de la causa de la obligación? ¿Por qué el legislador ha exigido su presencia? Generalmente, se considera que sirve para verificar que la voluntad del deudor haya sido suficientemente motivada. El decano Jean Carbonnier señalaba que una obligación sin causa, sería “el compromiso de un loco”. Esta explicación psicológica no parece muy convincente. En efecto, al exigir que el deudor tenga un interés en el contrato, el legislador no busca verificar su lucidez o la integridad de su voluntad: ésa no es la función de la causa, sino de la capacidad y los vicios del consentimiento. La explicación es otra. Para descubrirla es necesario dejar el terreno de la técnica jurídica y retomar la realidad económica que aquélla regula. El contrato-intercambio, recordémoslo, es un contrato que realiza una conmutación, es decir, una transferencia de valores entre dos patrimonios distintos. Ahora bien, para que no pueda ser atacado, este desplazamiento patrimonial debe tener una justificación. La exigencia de la causa de la obligación no es más que la recepción del principio elemental de la justicia conmutativa por parte del Derecho Positivo.

23.- El cumplimiento de esta exigencia está garantizado en los dos estadios de la vida del contrato: la formación y la ejecución. En primer lugar, la causa de la obligación debe existir en el momento de la celebración del contrato: en los contratos-intercambio interesados, la retribución patrimonial debe ser real; en los contratos-intercambio desinteresados, el deudor debe sentir la satisfacción extrapatrimonial, siempre y cuando no se haya equivocado respecto de las cualidades del acreedor. Además, la causa de la obligación debe existir durante toda la vida del contrato: en los contratos-intercambio interesados, la desaparición de la causa, que corresponde al incumplimiento, es sancionada mediante la excepción de inejecución y la resolución; en los contratos-intercambio desinteresados, la desaparición de la causa se manifiesta por la desaparición del vínculo que justificaba la intención liberal del deudor, como en el caso de la caducidad de la donación realizada con ocasión de un matrimonio, cuando éste no se lleva a cabo, la revocación de la donación por ingratitud o la revocación por la llegada de un hijo⁷.

24.- Respecto de la causa, se controla, entonces, su existencia y su permanencia. ¿Debería añadirse un control relativo a la *suficiencia*? Usual-

⁷ N. del T.: Cuando el donante carece de descendencia y, posteriormente, tiene un hijo (biológico o adoptivo, siempre y cuando se trate de adopción plena) la donación es revocable, salvo entre esposos o entre futuros esposos.

mente, se considera que el respeto de la “justicia conmutativa” justificaría la sanción por falta de equivalencia entre las prestaciones, es decir, la lesión. Esta opinión es, nada menos, que una traición al pensamiento aristotélico. En efecto, el filósofo consideraba que si:

“una persona da voluntariamente a otra más de lo que le debe, no comete ni injusticia, ni inequidad”.

Para disipar cualquier duda sobre el pensamiento de Aristóteles, podemos citar el ejemplo de la *Ética a Nicómaco*: cuando Glauco le entrega a Diomedes

“armas de oro en vez de armas de bronce, el valor de cien bueyes por nueve bueyes”

no hay injusticia alguna porque el primero se obligó de forma voluntaria para con el segundo. La justicia conmutativa no implica una conmutatividad objetiva, sino una “conmutatividad subjetiva”, es decir, libremente elegida por los contratantes. Los redactores del *Código Civil* fueron fieles a este principio, se negaron a sancionar la lesión (*CC fr.*, art. 1118) y dispusieron en el artículo 1104 que las partes se obligan a dar o hacer algo “que se mira como equivalente” de lo que se les entrega⁸.

⁸ N. del T.: En este mismo sentido se encuentra orientado el *Código Civil* chileno, cuyo artículo 1441 establece: “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte

El contratante es el mejor juez de sus propios intereses, es a él a quien le corresponde ponderar las ventajas e inconvenientes de las obligaciones que contrae. Ahora bien, esto justifica la existencia el principio de “conmutatividad subjetiva”, pero también sus límites. En efecto, la aplicación de este principio supone que las partes hayan podido realizar una justa evaluación de los términos del intercambio y esto no es posible si, en el momento de la celebración del contrato, se desconocía el contenido exacto de la prestación (esto justifica la jurisprudencia sobre la revisión judicial de los honorarios) o cuando el consentimiento de uno de los contratantes fue expresado como producto de error, dolo o fuerza; de igual manera, cuando el contratante que sufre la lesión era incapaz al tiempo de la formación del contrato. Esto nos permite entender que el mejor –y, a decir verdad, el único– medio para garantizar lo justo en las conmutaciones voluntarias no es la generalización del control por insuficiencia de la causa, sino el perfeccionamiento de los mecanismos de control de la integridad de la expresión de la voluntad contractual. Contrario a lo que nos ha hecho creer el dogma de la autonomía de la voluntad, la integridad del consentimiento, así como la capacidad de las partes, no es un fin en sí mismo. Las teorías de los vicios del consen-

debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”.

timiento y de la incapacidad no son más que un medio al servicio de un fin: la justicia conmutativa, es decir, lo justo en las conmutaciones.

25.- Después de haber resistido a las críticas anticausalistas de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, hoy, la causa de la obligación debe hacer frente a nuevos ataques. En efecto, según ciertos autores, cada vez más numerosos, la causa de la obligación sería un concepto obsoleto del cual, en caso de una eventual reforma del *Código Civil* o de una hipotética armonización europea del Derecho de los Contratos, el Derecho francés podría deshacerse de forma fácil, sin que esto implicara consecuencias indeseables. Estos “neoanticausalistas” invocan tres argumentos principales para apoyar su opinión: los principales sistemas jurídicos europeos no conocen la causa; la consagración de la figura de la lesión calificada tornaría la causa inútil; la teoría de la causa es demasiado compleja y, por consiguiente, inutilizable. Estos tres argumentos pueden ser rebatidos. En Derecho Comparado, es usual citar el ejemplo de los sistemas alemán e inglés; sin embargo, estos no son menos causalistas que el Derecho francés: la ‘*rechstgrund*’ del Derecho alemán y la ‘*consideration*’ del Derecho inglés son casi equivalentes a nuestra causa de la obligación. En cuanto a la consagración de la lesión calificada, ¿realmente, privaría ésta a la causa de su utilidad? A primera vista, el razonamiento propuesto parece irrefutable: si se puede anular el contrato en caso de insuficiencia de la con-

traprestación, se le puede también anular en caso de ausencia total de ésta. Sin embargo, éste parece olvidar el hecho de que la lesión calificada no sanciona todos los desequilibrios contractuales, sino, únicamente aquellos cuyo origen se encuentra en la debilidad o la ignorancia, es decir, los casos en que la voluntad del deudor no fue del todo libre. En cuanto al tercer y último argumento invocado por los “neoanticausalistas”: la teoría de la causa se habría vuelto muy compleja. Esta afirmación es innegable, pero esto no implica que la solución propuesta sea menos inadecuada. En efecto, si la causa de la obligación se encuentra enferma, hay que curarla, no sacrificarla. En otras palabras, no es la causa lo que debe ser abandonado, sino las deformaciones que la jurisprudencia –celebradas por parte de la doctrina– le ha inflingido: la causa de la obligación debe ser utilizada para controlar la existencia o la permanencia de la contraprestación, y no para controlar el equilibrio de las prestaciones o la legitimidad de las estipulaciones contractuales.

Construida partiendo del modelo de los contratos-intercambio, esta teoría de la causa no puede aplicarse en ese estado a los contratos-reparto.

Originalidad de la causa de la obligación en los contratos-reparto

26.- En primer lugar, en los contratos-reparto, la causa de la obligación de un contratante no es el objeto de la obligación del otro contratante, sino los objetivos que persigue el

grupo del cual hace parte: la causa del aporte del socio no es el aporte de otro socio, sino la participación en los resultados de la actividad social. Por esta razón, la sociedad, como todos los contratos-reparto (convención de indivisión, la aparcería pecuaria, etc.), no se clasifica como contrato sinalagmático: las obligaciones de los socios no son interdependientes.

27.- En segundo lugar, el control de la causa no se manifiesta de la misma manera en los dos tipos de contratos. En efecto, en los contratos-reparto, la falta de causa no es la ausencia de contraprestación, sino la exclusión en la participación de los resultados de la empresa común: la cláusula leonina del contrato de sociedad. Esta exclusión no es sancionada en el caso del pacto de tontina⁹ o de comunidad universal con cláusula de atribución integral¹⁰,

porque estos dos contratos-reparto son aleatorios: sus efectos están su-peditados a un evento incierto. Así, pues, el azar no excluye sólo la lesión sino, también, el carácter leonino.

El control de la permanencia de la causa no es el mismo en los contratos-reparto y en los contratos-intercambio; en estos últimos, la desaparición de la causa se manifiesta por la inejecución, que es sancionada por la excepción de inejecución o la resolución por inejecución. En los contratos-reparto, no ocurre nada parecido, la desaparición de la causa se manifiesta por la imposibilidad de alcanzar la finalidad perseguida por el grupo. Esta especificidad implica la consagración de sanciones originales: la excepción de no realización y la resolución por no realización. Esta última corresponde a la disolución del artículo 1844-7 del *Código Civil*¹¹.

⁹ N. del T.: El pacto de tontina (*pacte tontinier* o *Clause d'accroissement*) es un acuerdo en virtud del cual un grupo de personas pone en común algunos bienes y estipula que éstos, sus rendimientos y los bienes que se hayan adquirido con el capital así constituido pertenecerán al último sobreviviente de entre ellos. Así las cosas, la parte de los que fallecen no se transmitirá a sus herederos, sino que acrecerá la parte de los sobrevivientes.

¹⁰ N. del T.: En virtud del régimen matrimonial convencional denominado *comunidad universal* se establece que todos los bienes, tanto muebles como inmuebles, presentes y futuros de los esposos, junto con todas las deudas, forman una masa común (CC fr., art. 1526).

“El artículo 1527 del Código Civil dispone, en efecto, que la ‘atribución de la masa común entera’ sólo puede estipularse en caso de supervivencia, ya sea para el esposo designado o bien para cualquiera de los dos que sobreviva al

otro’. En esta hipótesis, al igual que en el caso de pacto de tontina, la repartición final de la masa común está sometida al azar: los esposos no saben, en el momento de la celebración del contrato, si recibirán la totalidad de los bienes, la mitad o nada”. CHÉNEDE(n. 5), p. 290.

¹¹ N. del T.: El artículo 1844-7 del *Código Civil* francés dispone: “La sociedad se extinguirá:

1º Cuando expire el plazo por el que fue constituida, salvo prórroga efectuada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1844-6;

2º Por el cumplimiento o la extinción de su objeto;

3º Por la anulación del contrato de sociedad;

4º Por la disolución anticipada decidida por los socios;

5º Por la disolución anticipada decretada judicialmente a solicitud de un socio por justa causa, en particular, en caso de incumplimiento

Prevista para la sociedad, la indivisión o el GIE¹², esta sanción puede ser extendida a todos los contratos-reparto. La Corte de Casación parece haberlo entendido así al aceptar su aplicación los contratos de aparcería pecuaria y de asociación.

2° La especificidad del cuasicontrato-intercambio

28.- Incluso, si la noción de cuasicontrato sigue siendo controvertida, hoy son raros los autores que proponen su abandono. El núcleo de las discusiones doctrinales constituye la definición de cuasicontrato y la delimitación de su campo de aplicación. La distinción entre contrato y cuasicontrato parece evidente: el primero requiere acuerdo de voluntades, el segundo parte del supuesto de su ausencia. Ahora bien, diferenciar el cuasicontrato de la responsabilidad civil es mucho más delicado. Un

de sus obligaciones por uno de los socios, o de desacuerdo entre socios que paralice el funcionamiento de la sociedad;

6° Por la disolución anticipada decretada de manera judicial en el caso previsto en el artículo 1844-5;

7° Por efecto de una sentencia que ordena la liquidación judicial;

8° Por cualquier otra causa prevista por los estatutos”.

¹² N. del T.: Los GIE son agrupaciones con personería jurídica, con una estructura a medio camino entre la asociación y la sociedad cuyo objeto se circunscribe a la prolongación de las actividades de sus miembros, quienes son solidariamente responsables de las deudas del GIE. Esta institución se encuentra regida por los artículos L.251-1 y siguientes del *Código de Comercio* francés.

criterio de distinción, establecido por Charles B.M. Toullier, y retomado por el decano Jean Carbonnier, parece ser de forma favorable acogido por la doctrina contemporánea: la responsabilidad civil compensa el *daño* sufrido por la víctima, el cuasicontrato anula el *provecho* obtenido por el que se enriqueció. Este criterio es utilizado en el anteproyecto Catala que, en su artículo 1101-2, distingue que el cuasicontrato es el

“hecho que procura a otro una ventaja a la cual no tiene derecho” (inciso 2°)

y la responsabilidad civil que es el

“hecho que causa sin derecho un daño a tercero” (inciso 3°).

La responsabilidad civil compensaría una carencia. El cuasicontrato eliminaría un exceso. El contraste resulta atractivo, pero, parece ser más que una simple ilusión óptica. En efecto, para evidenciar esta oposición, no nos situamos del mismo lado de la obligación. En materia de responsabilidad civil, nos ponemos del lado de la víctima-*acreedora*, haciendo énfasis en el “daño” que ha sufrido y que debe ser compensado; mientras que respecto del cuasicontrato, nos situamos del lado de quien se enriquece, el *deudor*, insistiendo en la “ventaja” que recibe y que debe, supuestamente, ser suprimida. Sólo un artilugio como el descrito permite la oposición entre cuasicontrato (ventaja) y responsabilidad (daño). Si nos situamos del lado del acreedor,

es decir, de quien se empobreció, en materia cuasicontractual, podemos corroborar que el movimiento de valores corregido por la obligación cuasicontractual es estrictamente idéntico al movimiento corregido por la obligación delictual: se trata siempre de un empobrecimiento. El criterio diferenciador entre el cuasicontrato y la responsabilidad civil es otro y se encuentra en el origen mismo del empobrecimiento: en materia delictual, el detrimento se le impone a la víctima, en materia cuasicontractual, aquél es consentido por quien lo sufre.

Tal es el hecho constitutivo del cuasicontrato: el empobrecimiento espontáneo, consentido, sin contrapartida, sin *animus donandi*. Éste es el caso del pago de lo no debido, el enriquecimiento sin causa, la agencia oficiosa, las recompensas entre un cónyuge y la sociedad conyugal, la pseudoconvención de socorro¹³, o del supuesto contrato de remunera-

¹³ N. del T.: “La situación es conocida: una persona se hiere cuando socorría a otra persona que se encontraba en aprietos. Preocupada por asegurar la indemnización de quien prestó la ayuda, la Corte de Casación consideró que los dos implicados eran partes en un contrato que obligaba al socorrido a indemnizar a quien lo socorrió. La doctrina, sin demora, criticó el carácter ficticio de esta ‘convención’. La voluntad de adquirir una obligación, condición necesaria de los contratos, no existe en el caso en cuestión: las partes de esta ‘convención’ nunca quisieron obligarse. Algunos autores proponen entenderla como una variedad de agencia oficiosa; otros la consideran una tipo original de cuasicontrato. En todo caso, la doctrina está de acuerdo en reconocerle su naturaleza cuasicontractual”. CHÉNEDE (n. 5), pp. 329-330.

ción diferida¹⁴. Distinto es el caso de las loterías publicitarias, donde la Corte de Casación, de manera lamentable, hizo referencia al cuasicontrato para resolver el contencioso¹⁵.

29.- Todos los ejemplos que hemos citado son cuasicontratos-intercambio, es decir, cuasicontratos

¹⁴ N. del T.: “Según Jean Honorat, cuando un contrato se forma por mera disposición legal, sin que el deudor haya participado en su formación, no se trata, técnicamente hablando, de un contrato, sino de un cuasicontrato o de una ‘situación cuasicontractual’. [...] Una sola de las hipótesis traídas a colación por Jean Honorat parece corresponder a la categoría cuasicontractual: el contrato de remuneración diferida. Recordemos que el artículo L.321-3 del Código Rural dispone que ‘los descendientes de quien realice una explotación agrícola, mayores de dieciocho años, que participen directa y efectivamente en la explotación, sin participar en los beneficios o pérdidas, ni recibir remuneración en dinero como contrapartida de su colaboración, se reputan legalmente beneficiarios de un contrato laboral con remuneración diferida’. [...] No se trata realmente de un contrato puesto que falta el consentimiento de las partes; Sin embargo, a diferencia de la compraventa y el arrendamiento impuestos por el legislador, el contrato de remuneración diferida no rige las relaciones futuras, sino una situación de las partes que se presentó en el pasado, situación que el legislador decidió reglamentar”. CHÉNEDE (n. 5), pp. 335-336.

¹⁵ N. del T.: La situación fáctica es bastante conocida, se trata de las loterías publicitarias que envían propaganda por correo, prometiendo premios, supuestamente ganados en un sorteo, como gancho para atraer clientela a quien promocionar sus productos. La Corte de Casación francesa, de vieja data, ha condenado a estas empresas a pagar ciertas sumas de dinero a los destinatarios de la correspondencia –sumas que no necesariamente corresponden a los premios prometidos–. De forma inicial, se fundamentó en el acto unilateral vinculante y, a partir de unos fallos proferidos en 2002, en la figura del cuasicontrato.

que realizan una conmutación. Pero los cuasicontratos conmutativos no son los únicos cuasicontratos. Además de éstos, existen cuasicontratos que realizan reparticiones: los cuasicontratos-reparto. Ambos tipos de cuasicontrato tienen en común el hecho de intervenir a posteriori, es decir, después de que se haberse llevado a cabo un primer movimiento de valores entre los sujetos. Lo que permite diferenciarlos entre sí es la naturaleza de ese “movimiento” de valores y, como consecuencia de ello, la naturaleza de la reacción que consagran. Tratándose de cuasicontratos-intercambio, un *empobrecimiento* (acción del hombre) requerirá una *indemnización* (reacción del Derecho). Tratándose de cuasicontratos-reparto, la *puesta en común*, un aporte (acción del hombre) exigirá una *repartición* (reacción del derecho). Tenía, entonces, toda la razón Robert Pothier cuando, siguiendo a Justiniano, clasificó la indivisión legal y la propiedad colectiva de muros medianeros en la categoría de los “cuasicontratos de comunidad”, cuasicontratos-reparto, y no en la categoría de cuasicontrato-intercambio. Podemos agregar a esta lista no taxativa, la “mezcla” de bienes mobiliarios del artículo 572, inciso 2 del *Código Civil*¹⁶ y la sociedad creada de hecho. Todos esos cuasicontratos respetan la igualdad geométrica requerida por la justicia distributiva: cada uno debe recibir una parte de

las ganancias y asumir una parte de las pérdidas, de forma proporcional a su participación.

30.- Sin haber establecido la distinción entre estas dos categorías de cuasicontratos, la jurisprudencia, en situaciones fácticas similares, casi idénticas, profirió fallos controvertidos utilizando una u otra categoría indistintamente. Esta confusión es flagrante en el contencioso relativo a la liquidación de los bienes de los convivientes; los magistrados se sirven de cuasicontratos distintos para regular situaciones de hecho idénticas. Esta actitud resulta muy criticable puesto que los cuasicontratos-intercambio y los cuasicontratos-reparto no producen los mismos efectos: los primeros, obligan al pago de una *indemnización* para compensar la pérdida de quien sufrió el empobrecimiento; los segundos, en cambio, obligan a una *repartición* de los valores puestos en común por las partes. El estudio de este tipo de litigios nos muestra que la Corte de Casación no domina esta distinción. Así, pues, en el caso bastante común en que un conviviente pide ser indemnizado por su participación voluntaria en la actividad de su pareja, la Corte de Casación se sirve ora de la figura del enriquecimiento sin causa, ora de la sociedad creada de hecho, indistintamente y sin justificación alguna. La elección entre ambas no está desprovista de consecuencias: con el enriquecimiento sin causa, el conviviente sólo podrá obtener una indemnización equivalente a la remuneración que le hubiera correspondido; con la sociedad creada de

¹⁶ N. del T.: El artículo 572, inciso 2 del *Código Civil* francés es equivalente al artículo 733 del *Código Civil* chileno.

hecho podrá solicitar la participación en los beneficios obtenidos por su pareja. Estos dos cuasicontratos pueden ser utilizados en esta clase de litigios, pero cada uno de ellos debe ocupar el lugar que le corresponde. Para tal fin, bastaría con servirse del criterio utilizado por la jurisprudencia para distinguir entre el contrato de sociedad y el contrato laboral. Si el conviviente participó en la actividad de su pareja como subordinado, su acción corresponde al enriquecimiento sin causa: se trata aquí de un cuasicontrato laboral. En cambio, si participó igualitariamente en la realización de la empresa comercial, podrá de manera legítima solicitar el reconocimiento de una sociedad creada de hecho: estaríamos, entonces, ante un cuasicontrato de sociedad. En resumen, el enriquecimiento si causa para el conviviente que se comporta como subordinado, la sociedad creada de hecho para el conviviente con alma de socio.

31.- Después de haber presentado la especificidad de las conmutaciones en relación con las distribuciones, conviene estudiar la distinción entre las conmutaciones voluntarias y las involuntarias.

II – LA DUALIDAD DE CONMUTACIONES: DISTINCIÓN ENTRE CONMUTACIONES VOLUNTARIAS E INVOLUNTARIAS

32.- Los comentaristas de la *Ética a Nicómaco* revelaron, con justa razón, que la distinción entre las conmutaciones voluntarias e involuntarias era

el ancestro inmediato de la distinción romana entre contratos y delitos, más precisamente, entre las *obligationes ex contractu* y las *obligationes ex delicto*. Si bien esta clasificación se ha enriquecido con el pasar de los siglos, la oposición entre las obligaciones voluntarias e involuntarias nunca fue cuestionada de forma real. Los redactores del *Código Civil* la consagraron dividiendo la materia de las obligaciones en dos partes distintas: una las *obligaciones convencionales*; otra, las *obligaciones formadas sin convención*, es decir, las obligaciones delictuales, cuasidelictuales y cuasicontractuales. Esta división fue objeto de severas críticas según las cuales habría sido más “lógico” –más “coherente”– distinguir, por un lado, las distintas *fuentes* de las obligaciones (contrato, delito, cuasidelito, cuasicontrato), y por otro, los *efectos* de las obligaciones, independientemente de su fuente, es decir, el régimen general de la obligación. Esta presentación ha sido adoptada por la mayor parte de los manuales contemporáneos de Derecho de las Obligaciones: primero las fuentes de las obligaciones y, luego, el régimen general de la obligación.

A pesar de las objeciones formuladas en contra de la oposición entre obligaciones contractuales y las extracontractuales del *Código* de Napoleón, ésta nos parece más satisfactoria que la distinción contemporánea entre las fuentes y el régimen general, porque esta última no toma en cuenta la distinción entre conmutaciones voluntarias e involuntarias. Naturalmente, los autores que adoptan la clasificación

moderna conocen la oposición entre obligaciones voluntarias e involuntarias y distinguen, entonces, entre las distintas fuentes de las obligaciones, generalmente, entre los actos jurídicos y los hechos jurídicos (delitos, cuasidelitos y cuasicontratos). Sin embargo, circunscriben esta distinción a las fuentes, puesto que, según ellos, no tendría ninguna consecuencia respecto del régimen jurídico de las obligaciones: éstas pueden nacer de modo distinto, pero siguen siendo idénticas. Esta presentación no está exenta de críticas: las obligaciones son distintas cuando realizan una conmutación voluntaria o una involuntaria.

- A) La dualidad de las fuentes conlleva una verdadera
- B) dualidad de efectos de las obligaciones.

A. Dualidad de las fuentes de las obligaciones

33.- La defensa de la existencia de la dualidad de fuentes de las obligaciones no es una postura original para el jurista contemporáneo. Hoy, es comúnmente aceptado que las obligaciones nacen ora de la celebración de un acto ora del acaecimiento de un simple hecho. Sin embargo, a pesar de las apariencias, esta división no establece una verdadera dualidad de las fuentes de las obligaciones.

En primer lugar, la clasificación de actos y hechos jurídicos no identifica dos fuentes distintas de obligaciones, sino que divide las fuentes en *dos categorías* distintas. Si bien es cierto que el acto jurídico es una

fuente unitaria, la manifestación de una voluntad, el hecho jurídico no lo es. En efecto, esta categoría es definida de forma negativa, por oposición al acto jurídico: los hechos jurídicos son los hechos generadores “que no son” actos jurídicos. Así, pues, si se buscan las características positivas del hecho jurídico, la definición se convierte, en el mejor de los casos, en una simple clasificación (hecho voluntario o involuntario; hecho lícito o ilícito), en el peor de los casos, en un simple inventario (delito, cuasidelito, cuasicontrato).

Pero la oposición entre los actos jurídicos no sólo deja de lado la dualidad de las fuentes sino que, además, la niega, proponiendo el reconocimiento de un proceso único de creación de las obligaciones. Los defensores de la clasificación moderna consideran, en efecto, que el nacimiento de la obligación no se produce siempre según el mismo esquema: en primer lugar, la existencia de una fuente mediata (la ley), común a todas las obligaciones, y después intervienen las fuentes inmediatas (los hechos generadores) que crean la obligación. Según este análisis, el proceso de creación es idéntico, ya sea que se trate de un acto o de hecho jurídico: la ley impone una obligación desde el momento en que uno de estos dos eventos se produce. Acto jurídico y hecho jurídico sólo ponen en funcionamiento la regla legal. André Rouast señalaba:

“no es cierto que el acto jurídico sea una fuente autónoma del derecho esencialmen-

te distinta del hecho jurídico. Si analizamos las cosas más detenidamente, podemos observar que un acto jurídico no es nada distinto de un hecho jurídico como cualquier otro: el contrato es un evento, un hecho al cual el legislador le atribuye determinadas consecuencias jurídicas obligatorias. ¡Ésa es la verdad!”.

34.- Pero también se puede sostener que éste es, precisamente, el defecto de la clasificación contemporánea: la ley no desempeña la misma función en materia contractual que en materia extracontractual. En la primera, la ley “autoriza” a las partes para celebrar un acuerdo con el fin de crear una obligación en beneficio del acreedor. De este modo, el legislador ofrece a los individuos un espacio de libertad que les permite organizar de manera voluntaria un intercambio económico. La ley desempeña un “papel permisivo”: prevé las condiciones en que las partes podrán crear una obligación (*CC fr.*, art. 1108). En materia extracontractual, por el contrario, la ley tiene un “papel directivo”: impone al responsable (*CC fr.*, art. 1382 y s.) o a quien se enriqueció (*CC fr.*, art. 1371 y s.) una obligación. Esto pone de manifiesto cuáles son las dos verdaderas fuentes de las obligaciones, las dos autoridades que deciden de su creación: la voluntad de las partes, para las obligaciones voluntarias, y la voluntad del legislador, para las obligaciones legales. Actos y hechos jurídicos no son más que simples hechos

generadores: cuando éstos se *producen* la obligación nace. Es decir, que la voluntad y la ley son *causas eficientes* de éstas (fuente, origen), los actos y hechos jurídicos son las *causas ocasionales* (hecho generador, nacimiento). Así, pues, son obligaciones de origen legal, las delictuales, cuasidelictuales y cuasicontractuales, pero, también, aquéllas de indemnizar perjuicios del artículo 1147 del *Código Civil* francés, que no son la prolongación de la obligación voluntaria inicial (teoría de la ejecución por equivalente), sino la manifestación de una obligación legal nueva (teoría de la responsabilidad contractual)¹⁷. En aquéllas de origen voluntario, debemos comprender tanto las contractuales, como las nacidas de un acto unilateral vinculante. Dentro de esta última categoría, se encuentra la obligación del agente oficioso que se inmiscuye voluntariamente en la gestión de negocios ajenos.

¹⁷ N. del T.: El autor hace referencia a las normas que sirven de fundamento a las obligaciones de indemnizar daños sufridos por una parte en un contrato, como consecuencia del incumplimiento de su contratante, y a la discusión doctrinal que gira en torno de la noción misma de “responsabilidad contractual”, y de si la obligación de indemnizar perjuicios tiene su origen en el incumplimiento de la obligación originalmente asumida en la convención por el deudor o si no es más que una mera continuación de esta última y, por consiguiente, su origen se remontaría al acuerdo mismo de voluntades. Sobre este tema, consúltese en español: Christian LARROUMET, “A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente”, en Carlos PIZARRO WILSON (coord.), *Cuadernos de análisis jurídicos*, Santiago, Ediciones de la Universidad Diego Portales, 2004, vol. I, pp. 17-32.

35.- ¿Qué utilidad podría tener esta nueva presentación de las fuentes de las obligaciones? Antes de responder a esta pregunta, es conveniente recordar las dificultades prácticas que la clasificación contemporánea pretende resolver. ¿Cuál es el interés de separar las obligaciones que nacen de un acto jurídico de las que nacen de un hecho jurídico? Existe un sólo interés, la prueba o, en forma más precisa, los medios de prueba de las obligaciones. Sin negar la importancia de la prueba en el contencioso, debemos admitir que si se limita la utilidad de esta clasificación a los aspectos probatorios, esto podría llevar a pensar que la división hecha en lo referente a las fuentes no tendría ninguna otra consecuencia en la vida de las obligaciones. Esta opinión es muy criticable: éstas son diferentes cuando realizan una conmutación voluntaria y cuando llevan a cabo una conmutación involuntaria. A la dualidad de las fuentes le corresponde la dualidad de los efectos de las obligaciones.

B. Dualidad de efectos de las obligaciones

36.- Obligaciones voluntarias y legales se distinguen tanto por su objeto como por las modalidades que pueden afectarlas.

37.- En primer lugar, las obligaciones legales no tienen el mismo objeto que las voluntarias: el responsable y el que se enriquece no están en absoluto obligados, frente a la víctima o a quien sufre el empobrecimiento, a

dar, hacer o poner a disposición una cosa. Aunque la asimilación resulta tentadora, las diferentes modalidades de indemnización no corresponden a las prestaciones previstas por los artículos 1126 y 1127 del *Código Civil* francés¹⁸: el régimen aplicable a las obligaciones de dar, hacer o no hacer no puede ser extendido a las legales. El forzar las obligaciones delictuales y cuasidelictuales para que entren en el molde de las contractuales ha ocultado el verdadero objeto de aquéllas que consiste en indemnizar –volver *indemne*– el acreedor. La identificación de este objeto es esencial porque permite fundamentar la existencia de un régimen de evaluación común a todas las obligaciones legales. Obligado a compensar el *valor* de la pérdida patrimonial sufrida por el acreedor, el *monto* de la obligación del deudor debe ser fijado el día de su condena o el día del pago. La corrección monetaria no es la excepción en el caso de las legales, ¡es el principio! Esto demuestra una vez más la profunda diferencia que existe entre la obligación voluntaria y la legal. En efecto, si lo pensamos bien, no es seguro que exista un principio y una excepción en materia de obligaciones de dinero. Dicho de forma más precisa: en nuestra opinión, existen dos principios distintos para dos obligaciones

¹⁸ N. del T.: estos dos artículos, respectivamente, disponen: “Todo contrato tiene por objeto una cosa que una parte se obliga a dar, o que una parte se obliga a hacer o a no hacer” y “El simple uso o la simple posesión de una cosa puedes ser, al igual que la cosa misma, objeto del contrato”.

distintas. Las monetarias voluntarias (por ejemplo: deuda correspondiente a un precio, un arrendamiento, una remuneración) son, por regla general, sometidas al nominalismo: el acreedor no puede argumentar cambios económicos para obtener una revaluación del *monto* de la obligación. Por el contrario, las obligaciones monetarias involuntarias (por ejemplo: deudas correspondientes a indemnizaciones, restituciones) debieran ser siempre sometidas a corrección monetaria –valorismo–.

38.- En segundo lugar, las voluntarias no están sometidas a las mismas modalidades que las legales. En efecto, las diferentes modalidades previstas por el *Código* no son aplicables a las obligaciones legales: las delictuales y cuasidelictuales no son nunca condicionales, a plazo, indivisibles o alternativas. Esto no resulta tampoco sorprendente. Esta diferencia de contenido sólo refleja la diferencia que existe entre las conmutaciones voluntarias, que realizan operaciones económicas deseadas por las partes, y las conmutaciones involuntarias, que corrigen la pérdida patrimonial sufrida por una de ellas. Tampoco es sorprendente corroborar que la primera, moldeada por la voluntad de las partes, puede estar sujeta a modalidades que no pueden ser impuestas a la segunda, que se origina por la mera voluntad del legislador.

39.- Más allá de la dualidad de orígenes, esto evidencia una verdadera *dualidad de obligaciones*. En efecto, la voluntad y la ley no son dos fuentes posibles de una obligación

única, sino las fuentes respectivas de dos distintas: la voluntaria, que realiza una conmutación voluntaria, y la legal, que realiza una impuesta.

40.- Esta conclusión nos permite reevaluar una de las críticas recurrentes formuladas a los redactores del *Código Civil*. La estructura adoptada por el legislador de 1804 está lejos de ser un error científico o una mentira justificada por consideraciones prácticas, es una descripción ideal de la materia correspondiente a las obligaciones. La división entre *las obligaciones convencionales* (título III) y los *compromisos que se forman sin contrato* (título IV) es, efectivamente, la expresión exacta de la distinción aristotélica entre conmutaciones voluntarias e involuntarias. La estructura bipartita moderna de fuentes y régimen de éstas, adoptada por varios sistemas jurídicos extranjeros y defendida por la mayoría de la doctrina francesa, desconoce de manera total esta distinción y busca hacernos creer que la dualidad de las fuentes no tiene ninguna consecuencia en la vida misma de las obligaciones. Esta presentación no corresponde a la realidad: las obligaciones voluntarias y las impuestas por el legislador no producen los mismos efectos y, por tanto, no pueden ser sometidas a un régimen único.

41.- En definitiva, las distinciones realizadas por Aristóteles entre *conmutaciones y distribuciones*, por un lado, y *las voluntarias e involuntarias*, por otro lado, son la verdadera estructura del Derecho Contemporáneo de las Obligaciones. En efecto, incluso, si

las relaciones económicas han cambiado notablemente, las distinciones aristotélicas siguen siendo pertinentes: hoy tanto como ayer, las operaciones económicas regidas por el Derecho de las Obligaciones son siempre o transferencias de valores (voluntarias o impuestas) o distribución de valores. Así las cosas, hay que admitir que, incluso, hoy, la teoría general de las obligaciones debe ser organizada partiendo de la base de esta división fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

- CHÉNEDÉ, François, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, Paris, Ed. Economica, 2008.
- LARROUMET, Christian, “A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente”, en Carlos PIZARRO WILSON (coord.), *Cuadernos de análisis jurídicos*, Santiago, Ediciones de la Universidad Diego Portales, 2004, vol. I.