

# LA CONSIDERACION DE VALOR DE LOS INSTRUMENTOS NEGOCIABLES, Y LA CAUSA DE LAS OBLIGACIONES

Por Bernardo Zuleta Torres

## I

### INTRODUCCION

1.—Veintiocho años después de expedida la Ley 46 de 1923 sobre Instrumentos Negociables, y a pesar de que se ha repetido hasta la saciedad que el estatuto cambiario de origen anglosajón es un elemento extraño dentro de nuestra tradición jurídica, ni en la cátedra universitaria, ni en la jurisprudencia, se ha desarrollado un criterio concreto de interpretación que pueda convertir el derecho cambiario en una entidad con vida propia. Nuestro desconocimiento casi completo del derecho consuetudinario anglosajón ha hecho que, en la aplicación de la Ley 46 a casos particulares, se proceda con una mentalidad regida por los principios del Derecho Civil. El esfuerzo aislado de los muy pocos juristas eminentes que se han dedicado a este dispendioso estudio no ha sido suficiente para crear un cuerpo de doctrina, resultado al cual se puede llegar solamente después de una larga serie de experiencias concretas y estableciendo claramente que ninguna de las expresiones que se tomaron de la ley norteamericana tiene el mismo significado que le que en la mayor parte de los casos es más imaginaria que real.

Es muy difícil, desde luego, armonizar dos sistemas jurídicos diferentes, más si se tiene en cuenta que, entre nosotros, la exégesis jurídica le ha dejado un reducido campo de acción a los métodos científicos de interpretación del Derecho. Se ha tratado siempre de encontrar hábiles explicaciones hermenéuticas, remontándose de las normas particulares a los principios que de ellas se inducen, para aplicar éstos a los casos no previstos por el legislador. Esta tendencia ha dado soluciones doctrinales que en algunos casos se apartan de los principios de justicia y traicionan la voluntad legislativa que en la mayor parte de los casos es más imaginaria que real.

Aplicar principios inducidos de las normas concretas del Derecho Civil por medio de procedimientos exegéticos a problemas que deben resolverse con una legislación de carácter excepcional y que tiene un origen distinto, es poco menos que un engaño manifiesto del intérprete.

2.—Posiblemente la institución jurídica del sistema cambiario que se ha

prestado más a este tipo de interpretaciones es la de la “consideración de valor”, cuya importancia es evidente, no sólo desde el punto de vista teórico sino por las consecuencias prácticas que se derivan de su aplicación a casos jurídicos particulares, ya que esta figura interviene en la formación de los instrumentos negociables, es un requisito indispensable para crear los derechos de un tenedor en debida forma, y ,en general, preside casi todas las modalidades del derecho cambiario.

Los artículos 26 y 27 de la Ley 46 de 1923 dicen así: “**Todo instrumento negociable se presume que ha sido expedido en consideración a un valor, y toda persona cuya firma aparezca en él se presume que ha tomado parte también por un valor. Por valor se entiende, en este caso, cualquier causa suficiente para la validez de un contrato. Una deuda anterior o preexistente constituye valor, sea que el instrumento haya de pagarse a su presentación o a un tiempo futuro.**”

La cuestión, en sus líneas generales, puede plantearse así: ¿Es la consideración de valor un equivalente de la causa del Derecho Civil la cual según el artículo 1502 del Código Civil es un requisito para la existencia de una obligación, y según el artículo 1524 de la misma obra es el motivo que induce al acto o contrato, motivo que puede ser la mera liberalidad o beneficencia? ¿Es, por el contrario, una entidad jurídica independiente, que pertenece al dominio del Derecho Mercantil? ”

## II.

### CRITICA DE LAS TESIS EXISTENTES

3.—Entre las diferentes soluciones, merecen comentarse dos principales, por ser sus autores los dos más eminentes tratadistas en la materia, cuyas opiniones representan los extremos de la doctrina:

De acuerdo con la tesis del doctor Víctor Cock, el concepto de **consideración de valor** coincide con el de causa onerosa, presente o futura, y, en forma excepcional, con el de causa pretérita. Sería desquiciar el derecho cambiario en Colombia, dice este eminente profesor, el aceptar que en la definición del artículo 27 se debe entender por valor una causa consistente en simple liberalidad. Tal artículo, agrega, fue traducido del artículo 25 de la **Negotiable Instruments Law**, en el cual la palabra valor tiene, justamente, en consonancia con el significado lexicológico de tal palabra, el significado de causa que no sea gratuita, sino onerosa” (1).

Esta opinión parece a primera vista lógica y justa. Sin embargo, se trata de uno de aquellos casos en los cuales se llega a una conclusión de probable justicia sobre premisas poco firmes. Esa equivalencia entre el término **valor** y la noción de causa onerosa no corresponde a la realidad, a no ser que se tome la palabra causa en un sentido restrictivo.

El doctor Emilio Robledo Uribe, sin duda el más autorizado expositor, sostiene una tesis que, con el respeto debido a tan eminente profesor, tenemos que rechazar. El fundamento de su argumentación reside en el hecho de que el legislador, al traducir el artículo 25 de la ley norteamericana, el cual dice: “value is any consideration sufficient to support a simple contract”, en

(1) Víctor Cock, Derecho Cambiario Colombiano, pág. 55 N° 74.

vez de decir **causa onerosa**, que sería el término equivalente, a "**consideration**", dijo "**causa**", identificando en esta forma las dos nociones (2).

Dice además el doctor Robledo que no vé por qué no se pueda hacer una liberalidad por medio de un instrumento negociable, siendo que, dentro de nuestro sistema, la liberalidad es un verdadero valor jurídico. A lo cual comentamos que, aunque es cierto que la liberalidad es un valor jurídico, ello sucede dentro del sistema de las obligaciones del Derecho Civil, en el cual tiene formalidades propias, que, como se verá después, son incompatibles con el derecho cambiario.

En cuanto al primer argumento, no podemos resistir a la tentación de citar aquella frase de François Geny, el genial expositor de la interpretación científica del Derecho Privado: "No admito como contenido legítimo de la ley, deducido por su interpretación, sino aquello que sus autores han querido y sabido expresar en el precepto" (3). Porque, de la historia de la ley se puede ver claramente que el legislador, o más exactamente, el traductor, no solamente no tuvo la intención de identificar a la consideración de valor con la causa del derecho civil, sino que careció de intención alguna.

En un discurso pronunciado en la sesión del 27 de julio de 1923, en el curso del debate sobre el proyecto de ley presentado por la misión Kemmerer, dijo el honorable Senador Antonio José Uribe: "Son muy numerosos los textos que en el proyecto aparecen redactados en forma oscura, que se presta a múltiples y contradictorias interpretaciones, debido quizá a que la traducción española del texto original inglés no se ha hecho por quien debe, para un caso como el actual, reunir dos condiciones: profundo conocimiento de las dos lenguas y conocimiento, profundo también, de la técnica jurídica en estas delicadas materias de Derecho Mercantil".

Por lo demás, a lo largo de este estudio veremos cómo el concepto de **consideración de valor** no se puede identificar con el de **causa** del derecho civil, ni menos con el de **causa onerosa**.

### III

#### CRITERIO DE INTERPRETACION

4.—François Geny, a quien debemos la enunciación de un sistema científico y técnico para la interpretación del derecho privado positivo, dice que para hacer de la ley una fuente genuina del Derecho, ésta se debe interpretar "con la ayuda de elementos extraños a la fórmula y extraídos de su medio de origen, de las influencias históricas que pesaron sobre su creación, de las nociones racionales o ilógicas que intervienen a título de explicaciones externas de su contenido, de los trabajos preparatorios que establecen formalmente el proceso de su formación". (4).

Claro está que, tratándose de una ley que carece de antecedentes jurídicos locales, esta interpretación no deja de ser difícil. Más, si se tiene en cuenta que, por tratarse de una norma de carácter especial y posterior a los códigos de origen francés, cuandoquiera que se presente un conflicto de dispo-

(2) Emilio Robledo Uribe, Instrumentos Negociables, pág. 73.

(3) François Geny, Méthode d'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif, N° 177. Ver bibliografía.

(4) Fr. Geny, op. cit. N° 177.

siciones positivas, las normas de la ley sobre instrumentos negociables deben primar sobre las de los códigos, que tienen carácter general y son anteriores.

En el caso presente, esos elementos extraños a la fórmula y extraídos de su medio de origen son las tradiciones jurídicas anglosajonas, que después de un largo proceso de modificaciones fueron expresadas en la ley escrita. Las influencias históricas que pesaron en la formación de la norma se deben buscar, tanto en los antecedentes de la ley colombiana como en los de las disposiciones extranjeras que le sirvieron de molde. Las nociones racionales o lógicas que intervienen a título de explicaciones externas del contenido de la fórmula son, en este caso, las fundamentales diferencias que existen entre los principios concretos del derecho anglosajón y los del derecho civil francés, por una parte, y por otra el estudio de las consecuencias prácticas que se puedan derivar de las diversas formas de interpretación. En cuanto a los trabajos preparatorios que establecen formalmente el proceso de la formación de la ley, sirven para fijar, de manera muy pobre, el criterio que orientó al legislador, si hubo algún criterio, al adoptar la Ley 46 de 1923.

Estudiaremos en primer lugar esos elementos históricos; en seguida los factores tradicionales; finalmente las nociones racionales o lógicas que sirven de explicación.

### IV

#### LOS ELEMENTOS HISTORICOS

Hasta 1882, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, el derecho cambiario se encontraba principalmente en las decisiones judiciales del derecho común. Pero las diferencias entre las interpretaciones de los tribunales hacían necesario, para cada caso, el estudio de multitud de sentencias contradictorias. Para obviar esta dificultad el parlamento británico promulgó en el año mencionado la "Bills of Exchange Act". Esta ley codificó el derecho que se encontraba en las decisiones judiciales y armonizó las reglas existentes.

En los Estados Unidos, debido a la influencia de la Asociación de Abogados y de la Asociación de Banqueros, se designó en 1895 una comisión que debía revisar y codificar las sentencias de los tribunales de los diferentes Estados. Esta comisión tomó la ley británica como modelo y derivó de ella la ley uniforme sobre instrumentos negociables, la cual fue sometida a la consideración de las legislaturas estatales en 1896. Actualmente, esa ley uniforme rige, con algunas modificaciones locales, en todo el territorio de los Estados Unidos, en Alaska, en Hawaii y en algunos territorios ocupados.

En Colombia, cuando estaba para terminar sus trabajos la misión técnica extranjera que presidía el doctor Edwin Walter Kemmerer, asesorado por el doctor Esteban Jaramillo, el Gobierno Nacional creyó conveniente que los expertos norteamericanos prepararan un proyecto de ley sobre instrumentos negociables, fundado en la organización cambiaria de los Estados Unidos, con miras a hacer más fáciles las transacciones comerciales dentro del país y fuera de él, para estimular de esta manera la economía nacional. El señor Kemmerer, a su vez, solicitó al doctor Jaramillo una traducción de la Negotiable Instruments Law, traducción que el ilustre financista encomendó a personas que, según el Senador Uribe, desconocían tanto las dos lenguas como la técnica jurídica de la materia.

En la exposición de motivos, redactada conjuntamente por los expertos extranjeros y el doctor Jaramillo, se puede leer lo que sigue: "Siendo Inglaterra y los Estados Unidos los países con los cuales Colombia cultiva y está llamada a cultivar por largo tiempo más extensas relaciones comerciales y financieras, la armonía de su legislación sobre tan importante materia con las de aquellos dos países será de un valor inapreciable para el mantenimiento y desarrollo de tales relaciones". Y más adelante: "La misión no ha creído necesario expresar detalladamente en el proyecto las disposiciones de las leyes vigentes en Colombia que quedan adicionadas, reformadas o aclaradas por las contenidas en dicho proyecto. Es ésta una labor que puede hacerse fácilmente cuando el proyecto sea ley de la República, ya con la intervención del Consejo de Estado, ya por un abogado o abogados competentes (5).

En otras palabras, el legislador, a tiempo de expedir la Ley 46 de 1923 no supo cuáles de las normas vigentes quedaban derogadas, subrogadas o modificadas. Y, si existió alguna **intención**, ella fue la de armonizar nuestro derecho cambiario con el de Inglaterra y los Estados Unidos, cuyos antecedentes hemos expuesto.

Resumidos así los datos históricos, tenemos el primer elemento de interpretación, no por pobre menos exacto, y del cual no es posible apartarse para atribuirle a los autores de la ley conceptos que jamás pasaron por su mente.

## V

### LOS ELEMENTOS TRADICIONALES Y EXTERNOS

#### I—La Consideración de Valor.

6.—Antes de entrar a estudiar la teoría de la Consideración de Valor, conviene insistir en el hecho de que la concepción del contrato, como fuente de obligaciones, es diferente en el derecho anglosajón y en el nuestro.

La palabra **contract** se aplica en el Common Law exclusivamente a los contratos bilaterales conmutativos. Todo **contract** está compuesto por una promesa (promise) y una contraprestación que puede consistir en un hecho de la otra parte o en otra promesa. No existe la distinción formal entre los contratos reales y los consensuales. Las obligaciones que nacen de un préstamo de uso o de consumo tienen un régimen independiente del de los contratos.

Siendo así que la idea de **consideración** nació dentro de estas concepciones, es necesario tener en cuenta las diferencias anotadas para poder fijar el valor exacto de la entidad jurídica que vamos a comentar.

Fue práctica general en Inglaterra hasta la introducción de las costumbres Normandas la de exigir como prueba para cualquiera promesa una escritura en alguna forma especial. Con la llegada de Guillermo el Conquistador se introdujo el uso del sello o **sigillum**, una impresión en cera lo que seguía a la firma promitente (6). Dentro de un derecho estrictamente formalista, el valor del sello llegó a exagerarse en tal forma que los tribunales afirmaron, en algunos casos, que su presencia en un documento crea

(5) Transcrita por Victor Cock, op. cit.

(6) O. W. Holmes, Common Law, págs. 253 y ss.

ba una obligación a cargo de su dueño aún en el caso de que éste no lo hubiese estampado o no hubiese dado su consentimiento (7).

Durante la época Isabelina, los **chancellors**, influidos posiblemente por el Derecho Romano, comenzaron a aceptar acciones judiciales para el cumplimiento de promesas que no constaban en documento sellado, siempre que se pudiera introducir, por una parte una prueba testimonial eficaz, y por otra, la evidencia de que existía un hecho del demandante en beneficio del demandado o en detrimento de sus propios intereses, que sirviera como fundamento para exigir que el demandado cumpliera lo que había prometido en **consideración** a tal hecho.

Así, durante el siglo XVI podían distinguirse tres tipos diferentes de obligaciones contractuales en el derecho común inglés. En primer lugar, las que provenían de contratos solemnes bajo sello o **covenants**, de un formalismo estricto, y para cuya ejecución no se tenía en cuenta la voluntad del promitente sino la solemnidad externa. En segundo lugar, las obligaciones fundadas en un préstamo de uso o de consumo, judicialmente exigibles mediante un procedimiento especial, la "action in debt". Este tipo de obligaciones caen bajo la denominación genérica de **Debt**, deuda. Finalmente, las nacidas de un contrato conmutativo en el cual las prestaciones de las partes se presumían interdependientes. La prueba de la **consideración** solamente se aplicaba a esta clase de contratos, que las Cortes denominaron **contract**, para distinguirlos de los **covenants** o **contracts under seal** y de las **debts** (8).

Durante el siglo XIX, los **chancellors** mencionaron por primera vez la **Good consideration**, que según ellos consistía en un valor afectivo o en una relación familiar; sin embargo, las obligaciones fundadas en esta consideración nunca fueron exigibles judicialmente (9).

La primera definición jurídica de la **consideración**, dada por las autoridades británicas, aparece citada por la Corte del Estado de Nueva York en el caso de Hamer contra Sidway (1891), y dice lo siguiente: "Una Consideración de valor, en el sentido legal, puede consistir, sea en un derecho, interés, provecho o beneficio para el promitente, sea en una pérdida, detrimento, carga o responsabilidad para la parte que exige el cumplimiento de la promesa (10).

8.—Tal como aparece en el moderno derecho anglosajón, la **consideración** de valor obedece a las siguientes reglas:

Primera: Debe contener el abandono de un derecho legal presente o futuro, que sirva de fundamento para exigir la ejecución de una promesa.

Segunda: Debe ser lícita, en el sentido de que no debe contener un acto contrario a la ley o a la justicia.

Tercera: No es necesario que guarde relación exacta con el valor económico de la promesa a la cual sirve de fundamento. Pero en casos de aberrante injusticia, una Corte de equidad puede ordenar la rescisión del contrato por falta de consideración adecuada.

Cuarta: Debe ser presente, o sea, debe coexistir en el tiempo con la promesa cuyo cumplimiento se trata de exigir. La consideración **pretérita**, es decir, la anterior a la promesa, es insuficiente, a no ser que haya sido cumplida

(7) Glanville, Lib. X, c. 12, citado por Holmes, op. cit.

(8) Ver O. W. Holmes, op. cit. y Roscoe Pound, infra.

(9) Roscoe Pound, An Introduction to the Philosophy of Law, pág. 259.

Ver bibliografía.

(10) Hamer v. Sidway, 124, N. Y. 1891, en Dillavou and Howard.

como resultado de una orden de quien, posteriormente, se obliga a pagar por el hecho ejecutado (11).

Quinta: Una promesa gratuita no es exigible judicialmente, por falta de consideración. Pero si el beneficiario de la promesa como resultado de ella, es inducido a gastar dinero, a incurrir en obligaciones o a sufrir un detrimento patrimonial de cualquier clase, existe suficiente consideración para exigir el cumplimiento (12).

Sexta: Una promesa a cambio de otra, constituye suficiente consideración, siempre que resulte una obligación de dar, hacer, o no hacer, claramente exigible en contra del promitente.

9.—En el campo de los instrumentos negociables, tanto la ley británica como la norteamericana hicieron equivalentes los términos **consideración** y valor, al decir: "value is any consideration sufficient to support a simple contract".

Existen, sin embargo, dos disposiciones excepcionales, propias del derecho cambiario, que extienden el concepto de **consideración** más allá de los límites que le fijaron las Cortes:

El artículo 25 de la ley norteamericana (13) dice que una deuda anterior o preexistente constituye valor, sea que el instrumento haya de pagarse a su presentación o a un tiempo futuro.

El artículo 27 de la misma ley (14) dice que, quien tiene un derecho de retención o gravamen sobre el instrumento, se reputa tenedor por consideración de valor hasta el monto de tal derecho o gravamen.

10.—Las palabras que se usan en el derecho anglosajón no pueden traducirse en términos de nuestro vocabulario jurídico, por la diferencia fundamental que existe en la manera como se conciben fenómenos jurídicos aparentemente iguales. Pero, a pesar de esta dificultad, podemos precisar el concepto de **consideración de valor**, tal como lo entienden la jurisprudencia y las leyes positivas de Inglaterra y Estados Unidos, para los instrumentos negociables.

Existe **consideración**: a) Cuando el instrumento se otorga o cede a cambio de un acto o promesa de la otra parte que envuelva, ya un beneficio para el otorgante o cedente, ya un detrimento para el beneficiario o adquirente, de acuerdo con las reglas expuestas en el numeral 8; b) Cuando el instrumento se otorga o cede en pago de una deuda preexistente; c) Cuando el tenedor posee un derecho de retención o gravamen sobre el instrumento, caso en el cual se supone consideración de valor hasta el monto de tal derecho o gravamen.

## II—La Causa en el Derecho Civil.

11.—Sería inútil para el objeto de este trabajo hacer un recuento detallado de las modificaciones que ha sufrido la teoría de la causa en las dife-

(11) Stewart v. Casey, 1892, citado por T. M. Stevens.

(12) Geo Tucker Bisphan, Principles of Equity. También, Furman University v. Waller, S. C., 1923, en Dillavou and Howard.

(13) Uniform Negotiable Instruments Law, Section 25.

(14) Uniform Negotiable Instruments Law, Section 27.

rentes épocas. Existen muy importantes estudios sobre la materia, que tienen, en casi todos los casos, fuentes de todos conocidas (15).

Bastará, pues, con un breve resumen:

En la primera época del Derecho Romano estricto, dentro del cual se desconocía el principio de la autonomía de la voluntad, se consideraba como causa de una obligación su fuente misma, es decir, la fórmula sacramental. Con la reacción pretoriana que configuró la teoría de los contratos innominados empezó a tenerse en cuenta el fin que se proponía la persona que se obligaba. Fue Ulpiano quien dividió las declaraciones de voluntad según los fines objetivos, distinguiendo tres tipos de **causa finalis**: **Credendi causa**, si el fin del contrato se encaminaba a la creación de un crédito; **solvendi causa**, cuando el fin perseguido era la extinción de una obligación preexistente; **donandi causa**, cuando la obligación nacía del deseo de donar. Más tarde, el Derecho Canónico desligó claramente el fin de las obligaciones de la formalidad contractual. Sin embargo, fue solamente en el siglo XVII cuando se introdujo la noción de **causa**, requisito para la existencia de una obligación nacida de un acto o declaración de voluntad. En consecuencia, podemos tomar como punto de partida para el estudio de la teoría aplicable al Derecho Civil, los conceptos de Domat y Pothier, juristas que influyeron decisivamente con sus doctrinas en la elaboración del Código Napoleón.

12.—Tanto Pothier como Domat anotaron el hecho de que ningún hombre se obliga sin entrever un fin, un resultado, que cause esa relación jurídica. Los artículos pertinentes del Código Napoleón, que, a diferencia de los del nuestro, no definen la noción de causa, fueron redactados en desarrollo de esta doctrina causalista, en los siguientes términos "La obligación sin causa, o sobre una causa falsa, o sobre una causa ilícita, no puede tener ningún efecto. La convención o contrato no deja de tener valor porque la causa no se exprese. La causa es ilícita cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público, o cuando la ley la prohíbe".

En desarrollo de estos textos, la teoría clásica de la causa, en la forma que le imprimió la doctrina del siglo XIX distinguió y opuso las tres diferentes nociones de **causa impulsiva** o motivo, **causa eficiente** y **causa final** o causa propiamente dicha.

De acuerdo con los causalistas clásicos, la causa de que habla el Código es la que constituye el fin inmediato que la parte se propone obtener. Así, en los contratos sinalagmáticos la obligación del uno es la causa de la obligación del otro; en los contratos reales, el hecho preexistente de una parte es la causa de la obligación de la otra. Finalmente, en los contratos de beneficencia, la causa final es la mera liberalidad. Y de todas maneras, la causa es siempre idéntica en contratos de la misma naturaleza.

13.—A partir de 1826, y como consecuencia de las enseñanzas de Ernst, profesor de la Universidad de Lieja, apareció una tesis divergente, que terminó por conquistar a Dabin, Baudry Lacantinerie (16) y Planiol (17). Para los seguidores de esta tendencia anticausalista, el concepto de **causa** tiene una existencia puramente técnica y artificial, y aparece como un simple aspecto, ya del objeto del acto jurídico, ya del consentimiento. En todo caso, según ellos, se trata de una noción falsa e inútil.

(15) Eduardo Zuleta Angel, Conferencias de Derecho Civil. 1941.

(16) Traité des Obligations. T. I. Nº 298.

(17) Planiol et Ripert, Droit Civil, T. II. Nº 1039.

Henri Capitant critica también la doctrina clásica, pero en vez de calificar de inútil el concepto de causa, trata de construir un nuevo sistema, donde la causa debe jugar un papel importante respecto de la simetría contractual en las convenciones sinalagmáticas. La causa de las obligaciones derivadas de contratos sinalagmáticos se debe localizar, según él, no en la existencia de los vínculos jurídicos, sino en la ejecución efectiva de las prestaciones interdependientes (18).

Louis Josserand es quien encabeza, finalmente, una tendencia renovadora que, aceptando en parte las críticas anticausalistas, defiende sin embargo la institución de la **causa**, entendida, no ya como un elemento mecánico de la simetría contractual, sino bajo la forma de un factor personal, el móvil, que fija al acto jurídico un valor moral, y coloca la simetría en un plano subjetivo y humano.

14.—La jurisprudencia de los tribunales franceses, más humana y realista que la doctrina, configuró durante todo este tiempo una fórmula más justa y útil que la de los juristas clásicos.

Cada vez que un tribunal declaraba nula una donación por inmoralidad o ilicitud en la causa, esa causa ilícita tenía que encontrarse, no en la mera liberalidad, que es por definición una virtud, sino en un móvil determinante distinto. Igualmente, cuando un tribunal declaraba la nulidad de un acto oneroso, apelando a la noción de causa, el acto podía reunir todos los requisitos exigidos por la doctrina, ya que las obligaciones eran ambas lícitas; pero el motivo que había inducido a las partes a contraer era inmoral o ilícito.

De ahí concluyó la jurisprudencia que la causa de los actos gratuitos podía consistir en móviles diferentes de la mera liberalidad. Y que en los actos a título oneroso debía tenerse en cuenta aquel móvil conocido de ambas partes y común a ellas, el móvil **ex-pacto**.

Esta fórmula de la **causa impulsiva y determinante** construida por la jurisprudencia, puede resumirse así: "la **causa** es el fin concreto de interés general o de interés particular que los autores de un acto jurídico se proponen obtener por medio del mismo acto y más allá de él. Ese objeto no está necesariamente ligado a la estructura técnica de un acto jurídico, y es, por el contrario, susceptible de variaciones en actos jurídicos semejantes (19).

Al acoger esta fórmula, comenta Josserand: "De esta manera, el acto se aprecia en función de los móviles que lo inspiran y del fin hacia el cual tiende. El móvil-fin incide sobre el acto y le fija, junto con la moralidad, el valor jurídico. El derecho contractual no se puede poner al servicio de la inmoralidad; a cada uno según sus intenciones y según el fin que persigue (20).

15.—Nuestro Código Civil contiene una definición que no existe en el Código Francés, de acuerdo con la cual se entiende por causa **el motivo que induce al acto o contrato**. Es decir, el fin concreto que los autores se proponen obtener por medio del contrato y más allá de él. Las contradicciones que se presentaron en Francia entre la doctrina y la jurisprudencia no tienen cabida en nuestro derecho, porque el artículo 1524 resuelve el problema en favor de la fórmula de la jurisprudencia.

La frase citada aparece solamente en el último de los proyectos de Có-

(18) Henri Capitant, De la Cause des Obligations. N.º 34.

(19) Julien Bonnecase, Précis de Droit Civil. T. II. N.º 230.

(20) Louis Josserand, Cours de Droit Civil Positif. N.º 148.

digo Civil presentados por don Andrés Bello, quien, como es sabido, buscó inspiración en los trabajos preparatorios del Código Napoleón. Fue posiblemente allí donde encontró un concepto de Prevot de la Jannés, que dice: "Toda obligación encuentra su causa necesariamente en el motivo que induce a la parte a otorgar su consentimiento (21).

A pesar de que la definición del artículo 1524 no admite que la noción de causa se interprete en forma diferente de la que le ha dado la jurisprudencia francesa, no son pocos los juristas colombianos que afirman que ella es inútil. Que los móviles de un acto jurídico son muchos, e imprecisos, y que no se puede elegir uno de entre ellos como motivo determinante.

Este argumento carece de firmeza, si entendemos la **causa impulsiva y determinante** como el fin concreto de interés general o de interés particular **que es conocido por ambas partes**, y que no está necesariamente ligado a la estructura de un acto jurídico determinado.

Ahora bien: la determinación del motivo interesa al derecho cuando se trata de declarar inválido un acto jurídico por error o por ilicitud en la causa.

En el primer caso, el artículo 1511 decide el problema cuando dice: "el error acerca de cualquiera otra calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar y este motivo **ha sido conocido de la otra parte**".

En el segundo caso, la sola determinación de un móvil ilícito hace que éste se convierta en causa del acto jurídico. De hecho, la sola existencia de un móvil que vaya contra la ley o la moral hace que éste se convierta en motivo que induce al acto o contrato. (Bonum ex integra causa, malum ex quocumque defectu). Con la salvedad de que la parte culpable no puede alegar la ilicitud, en razón del principio **nemo auditur propriam turpitudinem allegans**.

16.—En los contratos consensuales la noción de causa, entendida como móvil-fin, determina el equilibrio contractual y sirve como fundamento de la acción resolutoria, y de la exceptio non adimpleti contractus. Al mismo tiempo, le da un valor humano al acto jurídico, por el elemento de moralidad que lleva consigo. Así lo ha aceptado nuestra Corte Suprema, como consecuencia de un movimiento renovador que comenzó en 1936.

En los contratos reales, el consentimiento no coincide necesariamente en el tiempo con el hecho generador de la obligación. Esta sólo nace desde que la parte obligada acepte el hecho de la otra. Tal aceptación puede ser anterior al hecho o simultánea con él. En consecuencia, a pesar de que el **contrato** se perfecciona por la ejecución del hecho (v. gr. entrega de la cosa), la obligación del deudor no se configura sino con la aceptación, que es el único acto o declaración de voluntad que puede obligarlo. Esa aceptación o consentimiento envuelve, desde luego, un móvil-fin, cuya determinación es fácil en caso de error o ilicitud. Pero, naturalmente, esa causa impulsiva y determinante no es, como en los contratos consensuales, un factor de equilibrio contractual, por la naturaleza misma del acto jurídico.

Finalmente, en los actos a título gratuito, el móvil puede ser, ya la intención liberal o benéfica, ya otro motivo diferente, como es el caso de una donación con fines de publicidad.

Y en todos los casos, esa causa de que hablan los artículos 1502 y 1524 se debe interpretar como el móvil impulsivo y determinante, conocido de las

(21) Citado por Dabin.

partes, diferente en actos jurídicos de la misma naturaleza, que induce a una persona a obligarse por medio de un acto o declaración de voluntad, y que, cuando es falso o ilícito invalida la obligación.

### III—Diferencias Esenciales.

17—Tenemos ya esos “elementos extraños a la fórmula y extraídos a su medio de origen”, cuyas relaciones podemos establecer en el tiempo:

La doctrina causalista clásica del siglo XIX puede haber influido, según vimos atrás (22), sobre el concepto de consideración de valor. Como es posible que, a su vez, la noción inglesa sobre los contratos conmutativos haya incidido sobre la estructura de las tesis clásicas referentes a la causa de las obligaciones nacidas de contratos sinalagmáticos.

Pero hay que aclarar que el derecho común de Inglaterra y los Estados Unidos no aceptó la teoría de la causa, bajo ninguna de sus modalidades, por considerarla abstracta e impracticable dentro de un derecho consuetudinario (23).

Igualmente, la jurisprudencia francesa tuvo que apartarse de la tesis clásica que contemplaba a las obligaciones surgidas de contratos sinalagmáticos como si se sirvieran mutuamente de causa. Para los tribunales de Francia, esta manera de apreciar la causa hacía imposible la anulación de un contrato por razón de la ilicitud de los móviles.

18—Resulta fácil anotar diferencias fundamentales entre una y otra institución:

En primer lugar, la **consideración** surge al derecho común consuetudinario como un medio para probar la exigibilidad de una obligación nacida de una promesa, y se refiere exclusivamente a un tipo de contratos conmutativos. Se pueden imaginar obligaciones que no esten reforzadas por una consideración de valor, si constan por escrito bajo sello o si vienen de un acto jurídico diferente del contrato conmutativo que se conoce con el nombre de **contract**. En tanto que la **causa** aparece en nuestro Derecho Civil como un requisito para la existencia de cualquiera obligación nacida de un acto o declaración de voluntad.

El contenido de la **consideración** es objetivo y externo: un acto, abstención, promesa o renuncia de carácter oneroso. En la causa existe un elemento subjetivo que es diferente en actos jurídicos de naturaleza semejante, y que es el móvil impulsivo y determinante.

La consideración de valor se opone, por su propia naturaleza, a la idea de gratuidad, y por lo tanto, no se puede tener en cuenta en las donaciones. En cambio, la causa es un requisito para la existencia de cualquier acto a título gratuito.

La ilicitud de la consideración se refiere al hecho de que el acto o abstención sea contrario a la ley o a la justicia. La ilicitud de la causa, por el contrario, es una noción subjetiva diferente de la ilicitud del objeto de la contraprestación. Se puede concebir un contrato comercial que tenga una consideración lícita y una causa ilícita.

El recuento sería interminable si entrásemos a analizar detenidamente cada uno de estos aspectos. Aparece claramente establecido que las dos con-

(22) Ver Numeral 6.

(23) Ede. Phapar J.—Anglo American and Latin American Law.

cepciones son diferentes en su origen, en su contenido, en sus elementos constitutivos, en su aplicación práctica al campo de las obligaciones, en su órbita de acción y en los requisitos de licitud, y que no pueden equipararse, total ni parcialmente, sin desconocer su naturaleza jurídica e incurrir en un error manifiesto.

19—Estamos en presencia de dos maneras diferentes de entender los fenómenos jurídicos.

Los países anglosajones llegaron a crear la teoría de la **consideration** como una solución práctica para dar estructura a contratos conmutativos, onerosos, bilaterales. Es la antigua concepción romana de los contratos innominados, *do ut des, do ut facias, do ut abstineas*, aplicada dentro de un sistema jurídico en el cual las soluciones concretas a casos particulares constituyen la principal fuente del Derecho.

La jurisprudencia francesa y nuestra ley positiva, en cambio, dieron origen a la noción de **causa impulsiva y determinante** para dar a las obligaciones nacidas de actos de voluntad un valor moral independiente de las modalidades contractuales y del objeto de las obligaciones.

## VI

### ELEMENTOS RACIONALES

20—Quedan por apreciar aquellos elementos racionales y lógicos que hacen ver claramente la incompatibilidad de los actos gratuitos con las normas positivas del derecho cambiario.

Tal incompatibilidad se ve cuando se tienen en cuenta, de una parte, las características del título excepcional que resulta de un instrumento negociable, y de otra, las modalidades propias de la donación, acto gratuito por excelencia, reglamentado por el título 13 del Código Civil.

21—El título excepcional de que gozan los tenedores en debida forma de un instrumento negociable, título que en ciertos casos favorece también a los tenedores por valor y a quienes reciben el instrumento de buena fe, se distingue de los títulos ordinarios de crédito por tres conceptos primordiales:

Constituye una excepción al principio “*Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*” por cuanto el tenedor en debida forma adquiere mejor derecho que quien le transfiere el instrumento, ya que recibe éste libre de todo defecto en el título de las partes anteriores.

Establece una garantía en favor del adquirente y en contra del cesionario, quien, por el acto de endoso o la entrega, se hace responsable de la existencia del crédito, de la solvencia futura del deudor y del pago efectivo del instrumento.

Presta mérito ejecutivo sin que sea necesario reconocer las firmas de los giradores, otorgantes, aceptantes o endosantes que aparezcan en él. Quien alegue la falsedad deberá probarla en el curso del juicio ejecutivo (24).

Tales características excepcionales fueron establecidas, desde luego, para proteger los intereses de quienes hayan adquirido un instrumento negociable en el curso de una transacción comercial. Sería ilógico y contrario a los principios del Derecho hacerlas extensivas al beneficiario de una donación, quien,

(24) Ver E. Robledo Uribe, op. cit.

por la naturaleza del acto gratuito, goza de un título "intuitu personae" debidamente protegido y reglamentado por el Código Civil.

2—La donación, acto gratuito por excelencia, está sujeta a una serie de limitaciones impuestas por la ley positiva con miras a proteger los intereses, tanto del donatario como de sus acreedores y legitimarios. El artículo 1461 del Código Civil establece el requisito de la insinuación o permiso judicial cuando la suma donada excede de dos mil pesos. El artículo 1474 da al donante el beneficio de competencia en las acciones que el donatario instaure para exigir el cumplimiento de la donación. El artículo 1448 autoriza la rescisión de donaciones que perjudiquen intereses de legitimarios. El artículo 1485 establece la revocabilidad de una donación por motivos de ingratitud declarados judicialmente.

Si aceptáramos que la mera intención liberal o benéfica es suficiente consideración de valor, las disposiciones citadas se harían inoperantes porque, en virtud de lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley 46 de 1923 habría que reconocer forzosamente como tenedor por valor a cualquier poseedor de instrumento negociable. No podrían interponerse excepciones en razón de las normas a que nos hemos referido, y se establecería una presunción contraria al artículo 1450 del Código Civil, según el cual la donación no se presume sino en los casos expresamente previstos por la ley.

Para salvar esta dificultad, el doctor José Hernández Arbeláez propone que se acepte la intención de donar como consideración suficiente, en los casos en que exista insinuación judicial previa. Es ésta una hábil solución, que sólo tiene un inconveniente: Crea dos regímenes diferentes según que el instrumento de que se trate tenga un valor mayor o menor de dos mil pesos. En uno, sería necesario demostrar la insinuación para constituir tenencia por valor; en el otro, ésta se presumiría en todos los casos, sin necesidad de aquélla.

Por lo demás, la ley sobre instrumentos negociables pertenece al Derecho Mercantil, y no es jurídico ni técnico hacer extensivas sus normas al Derecho Civil. Siempre que ello se trate de hacer, se pone de manifiesto la incompatibilidad de las normas especiales que rigen el comercio con las disposiciones de carácter general que organizan las relaciones civiles de las personas.

En todo caso, esta argumentación tiene, más que todo, un valor crítico "ad absurdum". Porque, de acuerdo con lo que hemos visto, las nociones de causa y **consideración** no se pueden confundir.

## VII

### CONCLUSIONES

23—De los datos históricos, tradicionales y lógicos que hemos analizado brevemente, se desprenden conclusiones muy claras:

a) Las influencias históricas que pesaron sobre la creación de la Ley 46 de 1923, y los trabajos preparatorios que, establecen el proceso de su formación hacen ver que el legislador no tuvo, en ningún caso, la intención de hacer equivalentes los conceptos de **consideración de valor** y **causa**. Que no se pueden levantar construcciones jurídicas sobre simples errores de traducción. Y que el resultado que se trató de alcanzar fue el de hacer nuestra legislación cambiaria semejante a la que rige en Inglaterra y los Estados Unidos, para facilitar el desarrollo de nuestras relaciones comerciales. (Numeral 5).

b) Los elementos racionales y lógicos nos indican que el derecho excepcional de que es titular el tenedor de un instrumento negociable, derivado de su naturaleza mercantil, no es compatible con los actos a título gratuito del Derecho Civil. Y que desconocer este hecho sería hacer nugatorios los principios jurídicos. (Numerales 20 a 22).

c) Finalmente, los elementos extraños a la fórmula y extraídos de su medio de origen permiten establecer de manera cierta que estamos en presencia de dos concepciones jurídicas diferentes e independientes en su origen, en su campo de aplicación y en su contenido.

La causa, elemento subjetivo, es el móvil determinante, distinto en actos jurídicos de naturaleza semejante, indispensable para la existencia de toda obligación nacida de un acto de voluntad.

La consideración de valor, elemento objetivo, es el contenido de una obligación nacida de un contrato conmutativo, que sirve como fundamento para hacer exigible la obligación correlativa. A título excepcional, para el derecho cambiario, la deuda preexistente se asimila a la idea de consideración. (Numerales 6 a 19).

24—¿Cuál ha de ser, en consecuencia, la interpretación científica de los artículos 26, 27 y concordantes de la Ley 46 de 1923?

No intentamos exponer una solución incontrovertible. Nos merecen profundo respeto opiniones de las cuales nos apartamos, como las de los doctores Emilio Robledo Uribe, José Hernández Arbeláez y Mauricio Mackenzie. Además, éste es un problema que solamente se podrá resolver, por medio de una adecuada jurisprudencia, cuando el derecho cambiario deje de ser, como lo es hoy, un recinto cerrado y secreto al cual tienen acceso únicamente los iniciados.

Con estas reservas, y con la intención de dar a las instituciones jurídicas que rigen el derecho cambiario un debate más amplio que el que han sufrido hasta el momento, podemos ensayar las proposiciones que siguen:

Respecto de todo instrumento se presume que él ha sido expedido a cambio de un valor, y que toda persona cuya firma aparezca en él ha tomado parte también a cambio de un valor.

Estas dos presunciones pueden ser destruidas por la parte demandada por medio de excepciones en contra de cualquiera que no tenga los derechos de un tenedor en debida forma.

Se presume que todo tenedor lo es en debida forma, es decir, que ha recibido el instrumento de buena fé, antes del vencimiento, completo en su forma y a cambio de un valor.

La parte demandada puede destruir también la presunción de tenencia en debida forma.

**Se entiende por valor, en todos estos casos, una consideración, es decir, cualquiera contraprestación que sirva para configurar un contrato conmutativo, o cualquiera deuda preexistente.**

No creemos necesario extendernos sobre otras conclusiones que se podrían derivar de esta interpretación, siendo así que parece ya cumplido el propósito de este trabajo, con el cual no pretendemos obtener una absoluta certidumbre, porque en las cosas contingentes, según la frase del Angélico Doctor, basta que algo sea verdadero en el mayor número de los casos, aunque no lo sea en el menor. (Summa, I, II, Q. XCVI).

## BIBLIOGRAFIA

- Bisphan, Geo Tucker . . . . . "Traité des Obligations". Paris, 1933.  
 Bisphan, Geo Tucker . . . . . "The Principles of Equity, a treatise on the system of justice administered in courts of chancery". New York, 1934.
- Bonnecase, Julien . . . . . "Précis de Droit Civil, Tome Deuxième". Paris, 1934.
- Capitant, Henri . . . . . "De la Cause des Obligations". Paris, 1936.
- Cortés Félix . . . . . "Comentarios al Código de Comercio Terrestre". Bogotá, 1933.
- Cock, Víctor . . . . . "Derecho Cambiario Colombiano". Bogotá, 1933.
- Dillavou, Essel R. y Howard, Charles G. . . . . "Principles of Business Law; Negotiable Instruments". New York, 1948.
- Eder, Phanor J. . . . . "A Comparative Survey of Anglo American and Latin American Law". New York, 1950.
- Geny, François . . . . . "Méthode d'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif". Paris, 1932.
- . . . . . "Ciencia y Técnica del Derecho Privado Positivo". Trad. española, Madrid, 1925.
- Holmes, Oliver Wendell, Jr. . . . . "The Common Law". Boston, 1943.
- Josserand, Louis . . . . . "Cours de Droit Civil Positif Français". Paris, 1933.
- . . . . . "Les Mobiliers des Actes Juridiques". Paris, 1928.
- Mackenzie, Mauricio . . . . . "Doctrina y Jurisprudencia del Derecho Cambiario Colombiano". Bogotá, 1934.
- Planiol, Marcel y Ripert, Georges . . . . . "Traité Pratique de Droit Civil". Paris, 1932.
- Pound, Roscoe . . . . . "An Introduction to the Philosophy of Law". Yale University, 1922.
- Robledo Uribe, Emilio . . . . . "Instrumentos Negociables". Bogotá, 1950.
- Stevens, T. M. . . . . "Elements of Mercantile Law". Trad. Francesa. Paris, 1909.
- Williston . . . . . "Contracts". New York, 1937.
- Zuleta Argel Eduardo . . . . . "Conferencias de Derecho Civil", dictadas en la Universidad Nacional de Colombia. 1941.

BERNARDO ZULETA TORRES

## CRÍTICA A LA CONCEPCION DE LA ESCUELA CLASICA SOBRE EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL (\*)

Por Eduvino Mateus Porras

### EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL COMO MODALIDAD DEL HOMICIDIO VOLUNTARIO

Esta tesis ha sido sostenida, entre otros, por los expositores de Derecho Penal Francisco Carrara y Enrique Pessina.

Carrara considera que la modalidad que se hace presente en este tipo de delito es de carácter subjetivo y consiste en una clase de dolo que él denomina "dolo preterintencional"; de ahí el nombre de Homicidio Preterintencional. Lo ha catalogado dentro del grupo de los homicidios dolosos, porque se origina en el ánimo del sujeto activo del hecho delictuoso dirigido a lesionar la persona; y afirma que ésta es una creación de total equidad práctica y no propiamente doctrinaria, ya que el fin que se ha propuesto el legislador es darle un tratamiento benigno en cuanto a la pena, en consideración a la menor responsabilidad que ha podido caberle al agente criminal. De manera que lo ha colocado en una esfera intermedia entre los homicidios dolosos y los culposos, puesto que guarda diferencias más o menos marcadas con las dos clases de homicidios; pero al propio tiempo toma características que lo hacen participar de ciertas semejanzas y, por lo tanto, su tratamiento punitivo es menor que el de los homicidios dolosos y mayor que el de los homicidios culposos.

Por el aspecto inicial, o sea en relación con el ánimo de dañar, guarda una marcada similitud con los homicidios dolosos, pues quien se propone causar una lesión personal a otro sujeto, lo ha querido voluntaria y libremente, es decir, el proceso psíquico ha tenido su total desarrollo y ha trascendido a la esfera exterior. Ahora, si hubiera existido equivalencia entre el propósito del delincuente y los resultados obtenidos, solamente respondería de la lesión que ocasionó, y hasta aquí estaríamos dentro del campo puramente doloso. Mas como se ha logrado un resultado que el agente no se proponía obtener,

(\*) Apartes del Cap. II del libro en preparación "El homicidio preterintencional".