

## CAPITULO II.

### DE LAS CONDICIONES ESENCIALES.

450. Este es el título de la ley, y en cuanto á la cuestión que implica, responde el art. 1,108 en estos términos: “Cuatro condiciones son esenciales para la validez de un convenio: el *consentimiento* de la parte que se obliga, su *capacidad* para contratar, *objeto* cierto que forma la materia de la obligación y *causa lícita* de ella.” El Código coloca estas cuatro condiciones en el mismo lugar, pues todas se exigen igualmente para la validez del contrato; por el contrario, en la doctrina generalmente admitida, se distingue: tres de las condiciones enumeradas por el art. 1,108 se requieren para la “existencia” de un convenio, y son el consentimiento, el objeto y la causa, y la otra condición, la “capacidad,” únicamente se requiere para la “validez” de un contrato. Esto quiere decir que si falta una de las condiciones necesarias para la existencia de un convenio, el contrato no existirá ante los ojos de la ley, pues será “inexistente” ó, como lo dice enérgicamente el art. 1,131, no puede tener ningún efecto, en tanto que si falta una de las condiciones requeridas para la validez de un convenio, éste no deja de existir y no es nulo de pleno derecho sino que, como dice el art. 1,117, da solamente lugar á una acción de nulidad.

El Código no tiene términos técnicos para distinguir los convenios que no tienen existencia legal de los que son

simplemente anulables, sirviéndose de la palabra “nulos para unos y otros. Así, el art. 1,601 dice que la venta es “nula” si en el momento de celebrarse el contrato la cosa vendida se había perdido totalmente, y la palabra “nula” significa aquí que el contrato no existe ante los ojos de la ley y no puede tener ningún efecto. El art. 1,599 dice también que la venta de la cosa de otro es “nula,” y aquí la palabra “nula” significa que el contrato existe, pero que puede pedirse la “nulidad.” Valdría más una expresión diferente para los dos casos que son esencialmente distintos. Los autores no están de acuerdo, pues tanto llaman “nulo,” como “nulo de pleno derecho (1) ó inexistente” al contrato que carece de una de las condiciones requeridas para su existencia, como llaman “anulable” al contrato que tiene una existencia legal, pero que puede ser “anulado.” Nosotros preferimos entre estas expresiones las que son más sencillas, llamando “inexistente” el contrato que no tiene existencia legal y “nulo” el contrato anulable; esta última expresión es legal y en este sentido es en el que generalmente la emplean los autores del Código (arts. 1,596, 1,597, etc.); la primera no es legal, pero es más sencilla que la del artículo 1,117, “nula de pleno derecho,” pues evita la confusión que presenta la palabra “nulo” en nuestros textos y hace notar claramente que el contrato declarado “inexistente” no podría producir ningún efecto, puesto que un acto “inexistente” no es nada.

451. Hemos desarrollado, á grandes rasgos, la doctrina que sirve de base á la distinción de actos nulos y de actos “inexistentes” (2) y vamos á resumirla en dos palabras. Un acto es inexistente cuando no reúne las condiciones sin las cuales no se concibe, de modo que el acto no tiene

1 Esta es la expresión, del art. 1,117.

2 Véase el tomo 1º de estos *Principios*, pág. 108, núm. 71, nota 2, pfo. 341, núms. 269 y 270.

más que una existencia aparente y en realidad nada se ha hecho, puesto que lo hecho no existe ante los ojos de la ley. La nada no puede producir ningún efecto; el acto es “nulo” de pleno derecho en virtud de la ley, sin que sea necesario pedir la nulidad; pues no da lugar á ninguna acción y sería un contrato en que no habría ni deudor ni acreedor, no dependiendo de las partes revalidar el acto confirmándolo, porque la naturaleza de las cosas se opone á que lo que no es venga á ser válido; el tiempo, que acaba por cubrir los vicios de un acto haciendo desaparecer las acciones, no tiene ninguna influencia sobre un acto “nulo,” pues la nada siempre será nada y no hay prescripción que pueda hacerla válida. Todo lo contrario sucede con los actos que nosotros llamamos “nulos,” pues éstos dan lugar á una acción en “nulidad,” que si no es intentada, ó si el juez no declara la nulidad, el acto producirá todos los efectos que la ley concede á todo acto plenamente válido. Este es un contrato en que hay acreedor y deudor, dependiendo de este último revalidar el acto confirmándolo; y aun el tiempo únicamente lo confirmaría, pues basta que la acción de nulidad haya prescrito para que el acto venga á ser válido en el sentido de que no puede ser atacado.

452. Hemos explicado esta teoría en el matrimonio, (1) en el reconocimiento de un hijo natural, (2) en la adopción, (3) en las deliberaciones de consejos de familia, (4) en las donaciones (5) y en los testamentos, (6) ¿Conviene

1 Véase el tomo 2º de estos *Principios*, págs. 341 á 355, y págs. 430 á 447.

2 Véase el tomo 4º de estos *Principios*, págs. 95 á 109.

3 Véase el tomo 4º de estos *Principios*, págs. 311 á 325.

4 Véase el tomo 4º de estos *Principios*, págs. 590 y 605.

5 Véase el tomo 12 de estos *Principios*, págs. 315 y siguientes, números 217 á 223.

6 Véase el tomo 13 de estos *Principios*, págs. 597 y siguientes, números 449 á 450.

aplicarla también á los contratos? Las aplicaciones que hemos hecho de la distinción de actos inexistentes y "nulos," prejuzgan nuestra respuesta, pues ya de antemano hemos resuelto la cuestión. El art. 1,108 es la base de la materia, pues se trata de probar que la teoría está fundada en razón y que está consagrada por el Código Civil. Que la distinción sea justa en teoría es fácil de demostrar, pues se admite generalmente que son cuatro las condiciones que se requieren para la existencia de un convenio; el consentimiento, el objeto, la causa y la solemnidad de los contratos solemnes. (1) Acabamos de decir por qué es necesaria cada una de estas condiciones para que exista un contrato y ahora diremos por qué no se exigen otras condiciones análogas para la validez de los convenios.

453. ¿Se concibe que exista un convenio sin consentimiento? El convenio no es otra cosa que el concurso de las voluntades del acreedor y del deudor. Si no hay acreedor que estipule ni deudor que prometa, no hay, en realidad, ni deudor ni acreedor, y, por lo mismo, mal podría haber una obligación sin existir una persona obligada á ejecutarla y otra en favor de quien la obligación se haya contraído y que tenga el derecho de exigir su cumplimiento. La falta de consentimiento es la nada y ésta mal podría engendrar ni derecho ni obligación.

No debe confundirse la falta de consentimiento, con los vicios de éste ni con la incapacidad de consentir. Hay causas que vician el consentimiento, pues siempre se ha admitido el principio que formula el legislador francés en el art. 1,109: "No hay consentimiento válido si ha sido dado por error ó si ha sido arrancado por violencia, sorpresa ó dolo." Este es un principio de derecho natural y se podría contestar respecto del error en el sentido de que

1 Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 5º, pág. 494, núm. 263.

éste parece excluir el consentimiento, lo cual conduciría á la consecuencia de que el consentimiento dado por error, equivale á la falta de consentimiento. No entramos en este debate que nos aparta mucho de nuestro fin, y admitimos la teoría del Código: los vicios del consentimiento, cualesquiera que sean, error, violencia ó dolo, no hacen el convenio nulo de pleno derecho, sino que dan solamente lugar á una acción de nulidad (art. 1,117), en tanto que la falta de consentimiento hace que no haya contrato. ¿Está fundada en razón ésta diferencia? Acabamos de decir por qué no se concibe contrato sin el concurso de voluntades; así, pues, cuando las partes han consentido, aunque su consentimiento sea viciado, existe el concurso de voluntades y hay contrato. ¿Cuál debe ser la influencia del vicio sobre el convenio? ¿Será ésta una razón suficiente para que la ley misma anule el contrato, sin que sea necesaria una acción de nulidad? Nó, porque es ésta una cuestión de interés privado que el legislador no puede ni debe prejuzgar. Tomemos por ejemplo el vicio más considerable, el error. ¿Por qué el legislador declara nulo de pleno derecho un convenio contraído por error? Puede suceder que las partes quieran sostenerlo, porque se puede, apesar del vicio que contiene, hacerlo válido; y en materia de convenios nada impone la ley á las partes, pues lejos de colocarse en su lugar las deja en plena y entera libertad, dejándolas, pues, libres para ejecutar un convenio respecto del cual tendrían el derecho de provocar la nulidad ó renunciar, si les conviene este derecho. Se preguntará por qué no es lo mismo cuando hay falta de consentimiento, á lo cual se responde que porque no es posible dar efecto alguno al convenio que es inexistente. Bien podrían las partes querer ejecutarlo aunque no hay nada que ejecutar, pues nada se ha convenido; no se ejecuta la nada y el legislador no da su sanción á la nada, pues si sancionase los conve-

nios sería para provecho de las partes contratantes, y en donde no hay nada no puede haber utilidad. Si convienen en tratar las partes interesadas, son libres de hacerlo; pero esto constituirá un nuevo convenio: y la libertad, por ilimitada que se la suponga, no puede extenderse hasta querer que la nada obligue y que conceda derecho.

454. Ahora se comprenderá perfectamente por qué la capacidad de contratar no es una condición necesaria para la existencia de los convenios. Hay incapacidades naturales para contratar, que impiden todo consentimiento y se confunden, por consiguiente, con la primera condición que se requiere para la existencia de un contrato. El niño que no tiene la edad competente, no puede ni estipular ni prometer, y si lo hace, su consentimiento no es más que aparente, porque no tiene razón bastante para manifestar su voluntad. El hombre que está privado del uso de su razón por una enfermedad mental, no puede consentir porque no puede querer, y el consentimiento que diera no sería consentimiento, y, por lo tanto, el contrato en que interviniera no sería contrato.

Hay otras incapacidades que pueden llamarse civiles. Son incapaces de contratar: los menores, los declarados incapacitados y las mujeres casadas, y estas incapacidades las establece la ley y reglamenta su extensión y sus efectos. Una mujer casada es; ciertamente, capaz de consentir, y si el legislador la declara incapaz es por razón de la potestad marital; pero esta incapacidad legal no es absoluta, puesto que el contrato matrimonial puede dar á la mujer el derecho de administrar sus bienes y de contratar para las necesidades de su administración. Otro tanto sucede con el incapacitado, pues si es declarado incapacitado es en virtud de una presunción legal que resulta del juicio de interdicción; pero esta incapacidad legal no lo hace incapaz de consentir en los intervalos lúcidos; así

es que se concibe que un incapacitado consienta, pues la ley ataca de nulidad sus actos solamente para vigilar sus intereses y los de su familia. En cuanto al menor, es verdad que aunque es capaz, naturalmente, de consentir desde que llega á la edad de la razón, la ley lo declara incapaz porque no tiene todavía la experiencia de los negocios; así, no le permite pedir la nulidad por sólo el hecho de ser menor, pues para que pueda proceder se necesita que haya habido lesión.

Siendo éstos los fundamentos de la incapacidad civil, se comprende que no existe en los contratos inexistentes, pues el objeto que el legislador se propone declarando incapaces á ciertas personas, no existiría si anulase de pleno derecho todo lo que ellas ejecutan. ¿Por qué había de anular la ley los actos que las partes interesadas quieren sostener? La mujer trata sin la autorización de su marido, pero el contrato que ha celebrado le es favorable y el marido lo aprueba, ejecutándolo la mujer. ¿Por qué se había de oponer el legislador á que reciba su ejecución un contrato en el que todas las partes interesadas están de acuerdo? Garantiza suficientemente el interés de la mujer y del marido, permitiéndoles proceder por nulidad; pero ir más lejos anulando aun aquello que las partes contratantes tienen interés en revalidar, sería exceder el objeto, y excederlo es quitarlo. Lo mismo es tratándose de actos ejecutados por un incapacitado, pues no hay razón para declararlos nulos de pleno derecho, porque si son perjudiciales al incapacitado, su tutor podría pedir la anulación y el tribunal los anularía; pero si le son provechosos, el incapacitado debe tener el derecho de revalidarlos, puesto que, si la ley los ampara, es únicamente en su interés. A mayor abundamiento, no puede el legislador de pleno derecho anular los actos ejecutados por los menores, y no deben ser anulados sino cuando el menor sea

lesionado, lo que implica una acción de nulidad. Declararlos inexistentes sería tanto como lesionar á los menores, mientras que el único objeto del legislador es ponerlos al abrigo de toda lesión, protegiéndolos contra la inexperiencia de su edad.

455. La segunda condición necesaria para la existencia de todo contrato es el objeto, lo cual resulta de la esencia misma de los convenios. ¿Por qué les da el legislador el apoyo de la autoridad pública? Domat nos ha dicho (número 429): porque los contratos son el único medio por el cual los hombres pueden procurarse las cosas de que tienen necesidad para su vida material é intelectual y moral, y, por lo mismo, no se concibe un contrato sin un objeto cierto que el acreedor estipula y que el deudor promete. ¿Puede haber venta sin que tenga por objeto alguna cosa? ¿Cómo se obligaría el vendedor á transmitir la propiedad de una cosa que no ha sido estipulada por el comprador? ¿Y cómo el comprador se obligaría á pagar el precio de una cosa que no debe serle entregada? Esto no tiene sentido. Para que haya un acreedor es necesario que exista el derecho de pedir una cosa; y para que haya deudor es necesario que se obligue á entregar una cosa. Si el convenio carece de objeto no hay ni acreedor ni deudor y, por lo mismo, tampoco hay contrato. Esto es tan evidente que parece inútil decirlo, y si nosotros lo repetimos es porque la teoría de los contratos es siempre muy controvertida; así, pues, conviene probar que reposa en la evidencia, salvo ver si la ley consagra lo que la razón proclama como evidente. Desde el momento en que hay un objeto existe el contrato, que puede, sin embargo, ser nulo. Según las términos del art. 1,599, la venta de la cosa de otro es nula, y el derecho romano la declara válida. Esto prueba que no podría ser ésta una de las nulidades radicales que comprende el contrato inexistente. Nosotros

dirémos, en el título “De la Venta,” por qué se han apartado del derecho romano los autores del Código, así como también por qué la venta de la cosa de otro es simplemente nula; es decir, anulable.

Hay cosas que no pueden ser objeto de los contratos. El art. 1,128 consagra un principio de derecho natural, disponiendo que las cosas deben estar en el comercio para que puedan ser objeto de los convenios. La ley permite á los particulares, en ciertos casos, poner sus bienes fuera del comercio, y tan es así, que la mujer, estipulando el régimen dotal, coloca fuera del comercio los inmuebles que constituyen su dote, y, en consecuencia, le está prohibido enajenarlos. ¿Sería inexistente la venta si los vendiese? **Nó**, porque hay un objeto; solamente el fondo dotal no puede ser enajenado en interés de la mujer. La ley vigila plenamente este interés permitiendo á la mujer y aun al mismo marido pedir la nulidad de la venta, y declarando que ninguna prescripción puede correr contra ella durante el matrimonio (arts. 1,554, 1,560 y 1,561); pero se hubiese excedido el objeto declarando inexistente la venta, pues es una cuestión de interés privado la que la hace abandonar á la apreciación de la mujer, después de la disolución del matrimonio. También lo decide la ley, en el caso en que estén de por medio las buenas costumbres y el orden público, pues prohíbe á los magistrados comprar créditos litigiosos, en cuyo caso no considera la venta como inexistente, sino que simplemente la nulifica (art. 1,596). Dirémos la razón de estas disposiciones, en el título “De la Venta.”

456. El art. 1,108 coloca la causa lícita entre las condiciones que se requieren para la validez de los convenios. Conforme á la doctrina que exponemos, la causa lícita está considerada como una condición indispensable para la

existencia de todo contrato, y basta definir la causa, para justificar esta teoría. Esta es una materia muy oscura y nosotros nos limitaremos, por ahora, á rechazar lo que dice Domat de la causa en los contratos sinalagmáticos: ¿Cuál es la causa de la obligación del vendedor? El se obliga á transferir la propiedad para tomar el precio que el comprador se obliga á entregarle, y tal es el motivo jurídico por el cual contrata y sin cuyo motivo su obligación no tiene razón de ser; es decir, que no hay venta si la obligación del comprador no tiene causa. ¿Cuál es la causa de la obligación del comprador? El se obliga á pagar el precio para adquirir la propiedad de la cosa que el vendedor se obliga á entregarle, y no hay otro motivo jurídico para contratar; así, pues, si este motivo no existe, su obligación no tiene razón de ser y, por consiguiente, no hay venta cuando la obligación de pagarle el precio no tiene causa.

Esto es más evidente tratándose de la causa lícita. La causa es ilícita cuando está prohibida por la ley; es decir, cuando es contraria á las buenas costumbres ó al orden público. Esta es la definición del Código (art. 1,113) y es también la expresión del derecho natural, pues también éste nos dice que una obligación sobre una causa ilícita no puede tener ningún efecto. ¿Se concibe que el legislador sancione convenios por los cuales las partes violan una prohibición que ha establecido? ¿Se dirá que basta declararla nula? Nó, porque dependería de las partes interesadas no proceder por nulidad y dar efecto á un acto al que el legislador no quiere ni puede reconocerlo; conviene, pues, que el acto sea nulo de pleno derecho, porque lo que la ley prohíbe no puede tener ninguna existencia ante sus ojos. La causa es también ilícita cuando es contraria á las buenas costumbres, aun cuando ninguna ley declare inmoral la causa, pues hay una ley que Dios ha grabado en nuestros corazones y que es la de nuestro desarrollo mo-

ral, objeto supremo de nuestra vida. Así, pues, para ayudar á los hombres en su trabajo de perfeccionamiento, les ha dado el legislador una entera libertad para contratar; pero esta libertad tiene límites en razón del objeto mismo que lo ha hecho consagrar, pues si el legislador deja en libertad á los hombres para contratar, es para que se perfeccionen, y los contratos, que son instrumentos del progreso moral, no pueden jamás convertirse en medio de corrupción. La misma conciencia indica que los convenios inmorales deben nulificarse de una manera absoluta, radical, de pleno derecho y en virtud de la ley. Por último, la causa es ilícita cuando es contraria al orden público, tomando esta expresión en su sentido más amplio como sinónimo de interés público. Cuando las partes contratantes ofenden el interés general por sus convenios, además de repetir que son nulos, dirémos que no habría sociedad posible si el interés de los particulares no estuviese subordinado al interés general. No basta, para guardar el interés de la sociedad, que el contrato, contrario al orden público, sea nulo, es decir, anulable, porque quedaría una acción judicial, la cual no sería intentada más que cuando se encontrase una parte interesada que quisiese proceder; de modo que el interés social estaría sometido á merced del interés individual, lo cual arruinaría las bases del orden público. Así, pues, el acto que es contrario al orden público no debe tener ninguna existencia ni efecto alguno ante los ojos de la ley.

457. La solemnidad es la última condición que la doctrina exige para la existencia de ciertos contratos llamados solemnes. Ya hemos explicado la razón de esto cuando tratamos de las donaciones. (1) ¿Por qué es inexistente la donación cuando no se hace con las formalidades pres-

1 Véase el tomo 12 de estos *Principios*, págs. 356 siguientes, números 220 á 223.

criptas por la ley? Porque la solemnidad se confunde con el consentimiento en los contratos solemnes, en el sentido de que se considera que no existe el consentimiento cuando no se ha expresado en la forma legal. Así, pues, la cuarta condición es, en realidad, idéntica á la primera: no hay consentimiento cuando el donante lo ha dado en documento privado ó por escritura pública nula; y sin consentimiento, el contrato es radicalmente nulo ó inexistente.

Todo lo contrario sucede con las escrituras que las partes extienden para hacer constar sus convenios, pues estas formas no tienen nada de común con el consentimiento, relacionándose solamente con la prueba, y ésta es extraña á la validez y á la existencia de los convenios. El convenio es válido independientemente de la escritura en que conste, pues produce todos sus efectos, aun cuando no haya habido escritura, ó aun cuando ésta sea nula. Puede, sin duda, ser difícil, y muchas veces imposible, probar el convenio á falta de documento; pero el convenio no es por esto inexistente, puesto que su ejecución depende de las partes, en tanto que si fuese inexistente, éstas no podrían revalidarlo, ni por la confirmación ni por la ejecución voluntaria. La carencia de prueba no puede, pues, asimilarse á la nada.

458. Debemos ver ahora si el Código Civil consagra la teoría que acabamos de exponer. Esta es la opinión de la mayor parte de los autores, sobre todo de los más modernos. (1) La jurisprudencia vacila, pues unas veces aplica la doctrina de los contratos inexistentes y otras la re-

1 Nosotros hemos citado muchas veces á Zachariæ, que formula la doctrina sistemáticamente. Compárese la traducción de Massé y Vergé, t. 3º, pág. 470. Demolombe la ha adoptado (t. 24, pág. 78, núm. 76), así como Marcadé, t. 4º, pág. 653, núm. 4 del art. 1,304. Mourlón, t. 2º, págs. 667 y siguientes. Colnet de Santerre (Demande, t. 5º, págs. 452 y siguientes).

chaza. Esta inconsecuencia se concibe, pues la teoría de los actos nulos de pleno derecho no ha sido formulada de una manera expresa por el legislador, pudiendo decirse que los autores la tratan con la lógica que exige nuestra ciencia. La incertidumbre depende, en cierto modo, de la tradición. En el antiguo derecho, algunos autores excelentes profesaban nuestra teoría en su aplicación más usual, en lo relativo á los convenios que son contrarios al orden público. D'Argentré se expresa con su exactitud habitual hablando de estos convenios: dice que las partes que infrinjan una prohibición de orden público no hacen nada; es decir, que lo que ellas hacen y dicen será considerado como no tratado; que sus convenios no tienen ningún efecto en derecho, no mereciendo lo ni aun el nombre de contratos, pues son simple hechos. D'Argentré agrega la razón de este rigor: cuando el legislador ha establecido una prohibición por motivos de interés público, lo que se haga contra ella no puede tener ningún valor. (1)

Esta opinión no es solamente del jurisconsulto bretón, sino que es una opinión general que conviene hacer constar, porque, en el silencio de la ley, la tradición es un elemento decisivo de debate. Nosotros procuraremos entender lo que dice el magistrado Bouhier, Presidente del Parlamento de Borgoña, que dice: "Nuestros autores distinguen dos especies de nulidad." Hay, desde luego, las nulidades "absolutas" que son las que nulifican radicalmente el acto, de modo que se le considera como no hecho y no tratado, que es lo que nosotros llamamos un acto inexistente. ¿Cuándo tiene lugar esta nulidad radical? Bouhier da dos ejemplos: si los contratantes no estaban en estado de consentir; es decir, si no hay consentimiento, ó si era cuestión de cosas que no estuviesen en el comercio

1 "Si contra fit Nihily, est quod fit" (D'Argentré, sobre el artículo 286 del Fuero de Bretaña, pág. 1,230).

de los hombres, como, por ejemplo, un convenio respecto de la sucesión de un hombre que vive todavía. Hay otras nulidades que los autores llaman respectivas; nosotros diremos relativas, porque han sido introducidas en favor de ciertas personas que son las únicas que pueden invocarlas: tales son los contratos celebrados por los menores, y otros semejantes. (1) El ejemplo que da Bouhier es característico, así como la aplicación que se hace de su doctrina, pues dice, como nosotros hemos dicho, que la falta de consentimiento hace que no haya convenio, en tanto que si hay solamente una incapacidad civil, el convenio existe, pero el incapaz puede atacarla. Bouhier, lo mismo que D'Argentré, es muy preocupado por el interés público y no habla de la falta de consentimiento sino muy á la ligera. Estos son hombres prácticos que dejan á un lado lo que no es más que teoría. Si el acto es contra las buenas costumbres, ó si merece ser prohibido por alguna otra consideración pública, la nulidad es esencial y radical. Bouhier añade que estas nulidades pueden ser propuestas por toda clase de personas, y es, en efecto, un carácter distintivo de los actos inexistentes, que toda persona pueda valerse de su inexistencia.

La teoría de los actos inexistentes presenta todavía otro interés práctico, pues cabe preguntar si estos contratos dan lugar á una acción de nulidad, si son susceptibles de ser confirmados, y si se revalidan por la prescripción. Dunod responde á estas cuestiones: "si la prohibición que hace nulo el acto está fundada en el interés público, la nulidad es absoluta;" la ley jamás puede dar efecto alguno á un acto que prohíbe en atención al interés de la sociedad; la ley resiste continuamente y por sí misma el acto que prohíbe, reduciéndolo á un simple hecho que no puede ser

1 Bouhier, *Observaciones sobre el Fuero de Borgoña*, cap. 19, números 12 y 13.

confirmado ni autorizado, y que no produce ningún derecho, ninguna excepción, ninguna acción. Hé aquí bien probada la nada, como dijimos anteriormente. Hay otras nulidades que han sido establecidas en favor de los particulares; tales son las prohibiciones de enajenar los fondos de menores, las de contratar sin autorización del marido, y otras semejantes, que no anulan plena y absolutamente los actos que se han hecho, sino por el contrario, estos actos subsisten respecto de terceros, y no son declarados nulos más que cuando las personas á quienes la ley quiere favorecer lo piden, pudiendo, por lo tanto, ser confirmados. La nulidad prescribe por treinta años, y después de este tiempo no se puede alegar más que por vía de excepción; (1) en tanto que no hay prescripción cuando el acto es atacado de nulidad absoluta, pues la ley prohíbe constantemente su ejecución. Esta última advertencia es de Guyot, el autor de la Recopilación, al que Merlin ha agregado su nombre, y cuando las colecciones reproducen una doctrina, es con la seguridad de que ya pertenecen al dominio común. (2)

459. Nosotros decimos, sin embargo, que la doctrina ha quedado incierta en el antiguo derecho, pues las aplicaciones que hacen los autores que acabamos de citar, son relativas especialmente á las materias de orden público. Debemos ver si la teoría era admitida en principio y si los autores que han escrito sobre las obligaciones son precisamente aquellos de los que el legislador francés ha tomado los principios de la materia. Domat y Pothier no tienen ninguna opinión preferente, pues no se sabe si admiten ó si rechazan nuestra distinción. A decir verdad, la admiten, pero no la aplican con el rigor que el jurisconsulto debe tener en sus deducciones.

1 Dunod, *Tratado de las Prescripciones*, págs. 47 á 49.

2 Merlin, *Recopilación*, en la palabra *Prescripción*.

Domat comienza por decir que hay "convenios que son nulos en su origen," y este es el título que da á un capítulo especial, teniendo, además, otro capítulo que trate de los "vicios de los convenios." Hé aquí el germen de nuestra teoría, que Domat parece adoptar plenamente, pues los convenios nulos, dice, son aquellos que carecen de un carácter esencial y que no tienen la naturaleza de un convenio. ¿No equivale esto á decir que no hay convenio? Los ejemplos que Domat cita son de actos inexistentes: "Como si uno de los contratantes estuviese en estado de enajenación mental ó con una enfermedad que le imposibilitase de conocer á lo que se obligaba; si se había vendido una cosa pública, una cosa sagrada ú otra que no estuviese en el comercio: ó si la cosa vendida no perteneciese al comprador." Domat cita todavía los convenios que son contrarios á las buenas costumbres, pues no valen, dice la ley romana; es decir, que no pueden tener ningún efecto. Hasta aquí Domat parece enteramente de acuerdo con nuestra teoría. Pero como también habla del error y de la violencia que anulan los convenios, comienza la confusión. "Los convenios en que los contratantes tengan error en el sentido, entendiéndose uno tratar de una cosa y el otro de otra, son nulos por falta de conocimiento y de consentimiento de la misma cosa." No hay obligación, dice la ley romana. Este es uno de los casos en que, según nuestra teoría, se declara inexistente el contrato. Domat agrega que lo mismo es tratándose de convenios en los que se ataca la libertad por alguna violencia; y si la violencia de que habla según el derecho romano, es el temor que vicia el consentimiento, no le impide existir; de modo que el contrato viciado por la violencia es simplemente anulable, lo cual equivale á poner á la misma altura los contratos existentes y los nulos. Domat cita todavía los convenios contrarios á las buenas costumbres, tales como los contratos sobre la sucesión

futura de una persona que vive todavía y la venta de un bien substituido. Aquí la distinción es enteramente desconocida, pues la venta de un bien substituido, lejos de ser inexistente es válida, salvo la acción de reivindicación del substituido, si procede, en tanto que los convenios contrarios á las buenas costumbres son esencial y radicalmente nulos, según la enérgica expresión de Bouhier.

Cuando Domat habla de convenios nulos, se creería que entiende por esto actos que no son más que puros hechos, como dice d'Argentré, y un simple hecho no tiene ningún efecto legal. En la teoría de estos actos inexistentes, se concluye que estos actos no tienen ninguna existencia y no se debe ni se puede pedir la anulación. ¿Podrá pedirse la nulidad de lo que no existe? Domat, por el contrario, aplica á los convenios "nulos" lo que hemos dicho de los "anulables;" "El que se queja no puede reponerse á sí mismo en los derechos, si el otro no consiente; pero debe recurrir á la autoridad de la justicia, para hacer juzgar de la nulidad y reponerle en sus derechos."

Si esto fuese verdad respecto de los actos inexistentes, nuestra teoría sería falsa enteramente. ¿Entiende Domat por convenio nulo un convenio inexistente? No nos atrevemos á asegurarlo, pues su lenguaje es muy poco preciso. El capítulo siguiente se titula "De la resolución de los convenios que no son nulos;" aquí el autor dice con todas sus letras, que la "nulidad" hace que no haya sido más que la "aparición de un convenio," que es en lo que consiste la teoría moderna. En definitiva, Domat nota la distinción; pero no llega á precizarla. (1)

460. Se invoca á Pothier contra la teoría de los actos inexistentes, y cuando se le invoca, es prueba de que su doctrina no está bien cierta. Dirémos más adelante que la

1 Domat, *Leyes Civiles*, lib. 1º, págs. 30-32.

Corte de Casación de Bélgica ha rechazado la distinción en una de sus aplicaciones más evidentes, el pacto sucesorio, pacto que la ley prohíbe por consideraciones de buenas costumbres y de orden público. En su requisitoria, el Procurador General se vale de la autoridad de Pothier, quien respecto de los diferentes medios de nulidad que se pueden hacer valer contra un acto, dice: "Un acto puede ser nulo por el vicio del convenio mismo que forma su substancia, como cuando es contrario á las leyes y á las buenas costumbres: por ejemplo, hay medio de nulidad contra un acto, un contrato de matrimonio, si contiene algún pacto referente á la sucesión de un hombre vivo." De aquí concluye M. Leclercq que Pothier no establece ninguna distinción entre las nulidades que se refieren á la substancia del acto y las relativas á la forma del acto ó la capacidad de la persona. La misma cuestión se ha presentado ante la Corte de Gante, en que el Abogado General, M. De Paepe, ha sostenido la opinión que considera el pacto sucesorio como inexistente; y al pasaje de Pothier, invocado por Leclercq, aquél opone otro pasaje. Se ejecuta un convenio que ataca las buenas costumbres y se pregunta si el que ha pagado ya debe comenzar por hacer anular el convenio, á lo cual contesta afirmativamente, si se admite que el convenio es nulo solamente; en tanto que, según nuestra doctrina, se enseña que siendo inexistente el acto, el que ha pagado no debe pedir que anule sino proceder directamente por repetición. ¿Cuál es la opinión de Pothier? Dice que la acción no es de nulidad sino que es una acción por repetición de lo indebido. (1) Hé aquí la aplicación de nuestra distinción, y, sin embargo, no vacilamos mucho en concluir que la doctrina de Pothier es tan incierta como la de Domat.

1 Pothier, *Procedimiento Civil*, parte 5ª, cap. 4º, art. 1º. *Tratado de las Obligaciones*, núms. 42 y 43. *Requisitoria de Paepe* (Bélgica Judicial, 1873, pág. 147).

El error es, por lo general, un simple vicio de consentimiento que hace nulo el convenio, es decir, anulable, pues puede impedir el consentimiento, que es lo que Pothier establece muy bien. Si alguno entiende venderme una cosa y yo entiendo recibirla á título de préstamo, no hay ni préstamo ni venta. Si alguno entiende venderme una cosa determinada y yo entiendo comprarle otra, no hay venta, así como tampoco la hay cuando alguno cree venderme por cierto precio y yo entiendo comprarla por precio menor, porque en todos estos casos no hay consentimiento. Esta es la aplicación exacta de nuestra teoría, pero debemos ver cómo la interpreta Pothier, quien continúa diciendo: "El error *anula* el convenio no solamente cuando recae sobre la cosa en sí misma, sino también cuando recae sobre una cualidad substancial de la cosa." En este caso, el error es un simple vicio que únicamente hace anulable el contrato.

Pothier coloca, pues, en la misma línea un contrato que no existe por falta de consentimiento y uno que es nulo por vicio de consentimiento, lo cual equivale á la negación de nuestra doctrina. Prosigue Pothier y llega al error sobre la persona, aceptando la cuestión en estos términos: "¿El error sobre la persona, con quien yo contrato, "destruye igualmente" el consentimiento y anula el convenio? Pothier responde como lo hace el Código Civil, que el error sobre la persona no es una causa de nulidad, á menos que la consideración de la persona sea la causa principal del convenio. ¿Qué quiere decir esto? Cuando Pothier habla de una causa que "destruye el consentimiento" no quiere decir que el contrato no existe, sino que la causa destructora del consentimiento "anula el convenio" lo cual equivale á negar nuestra doctrina, puesto que nosotros distinguimos entre el error que destruye el consentimiento y el error que lo "vicia," y admitimos que el primer error ha-

ce "inexistente" el contrato, en tanto que el segundo lo hace solamente nulo ó anulable.

Muchas veces se podría concluir, sin razón, que Pothier rechaza la distinción que es la base de nuestra teoría, pero la admite formalmente. La violencia es también un vicio del consentimiento, pero hay diferencia entre este vicio y el error, pues el que consiente por violencia, consiente; siendo este un consentimiento tal que, dice Pothier, basta para que haya contrato, salvo el derecho de pedir la rescisión; y el error, por el contrario, hace que no haya absolutamente convenio ó contrato. (1) Esta es nuestra teoría: cuando absolutamente no hay contrato, no hay nada, como dice D'Argentré. Hé aquí nuestra distinción que si se admite, la teoría de los actos inexistentes, emana de ella por vía de consecuencia. Pothier admite todavía la consecuencia de nuestra doctrina que ha sido consagrada por él (artículo 1,339.) Es "nula" una donación en el sentido de este artículo; es decir, es inexistente. ¿Puede ser confirmado? Nó, responde Pothier; porque lo que es nulo no puede ser confirmado, pues si la confirmación fuese revestida de las formas necesarias para una donación, valdría, no como confirmación, sino como nueva donación. Así, pues, Pothier admite nuestra teoría, aunque jamás la ha formulado de una manera precisa.

461. ¿Cuál será nuestra conclusión sobre el antiguo derecho? No es absoluta, pues todo lo que se puede afirmar es que el principio sobre que reposa nuestra teoría era generalmente admitido. Los autores concedían, y es difícil no reconocerlo, que hay diferencia entre la falta de consentimiento y el consentimiento viciado, porque hay casos en que un convenio no existe absolutamente, ni aun siquiera de nombre, como lo dice D'Argentré, en tanto que

1. Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 17, 18, 19 y 21. Citarémos todavía otros pasajes en el curso de nuestro trabajo.

hay convenios nulos que son verdaderos contratos y que producen todos sus efectos mientras el juez no declara la nulidad. Pero no estando formulado el principio por ninguna ley, queda indeciso. Cuando se procedió á la redacción del Código Civil debieron haberse establecido ciertos principios, pero los redactores del Código eran todos prácticos y deben felicitarse, pues no escribieron un manual sino un Código que basta para las necesidades de la práctica, y el interés práctico de nuestra teoría se revela sobre todo en su aplicación. Vamos á ver nosotros que al llegar á la acción de nulidad, los autores del Código encontrarán la dificultad y la resolverán en el sentido de nuestra doctrina.

Cuando se admite que hay contratos inexistentes no puede ser cuestión de pedir la nulidad, y, por consiguiente, fijar un plazo en el cual la acción debe ser intentada, pues la prescripción supone actos que existen y de los cuales se debe provocar la anulación antes de que se cumpla la acción de prescripción. Esto es lo que dice la Corte de Casación en sus observaciones acerca del Código Civil que le fué sometido: "Los convenios contrarios á las buenas costumbres ó á la prohibición de la ley, no son obligatorios, y no es necesario atacarlos por acción de nulidad, sino que bastará oponer esta nulidad á quien pida su ejecución, bajo la forma de excepción, y ésta es perpetua." ¿Cuándo, pues, debe intentarse una acción de nulidad en un plazo determinado? Cuando se quiere obtener la anulación de un convenio nulo ó anulable. La Corte de Casación propone una disposición en este sentido, enumerando los casos más usuales en los cuales es viciado el convenio. "La acción de nulidad, sea por causa de incapacidad de la persona que está obligada, sea por omisión de las formalidades prescriptas para la enajenación de los bienes de menores, ó ya por causa de error, violencia ó dolo, dura diez años." El Con-

sejo de Estado adoptó esta disposición, apartando la enumeración que era inútil ó perjudicial, y de aquí que el art. 1,304 fija en diez años la prescripción de la acción de nulidad. Este artículo consagra implícitamente la distinción que hace la Corte de Casación y que es la base de nuestra teoría (1); para convencerse de ello basta leer la memoria que Jaubert presentó al Tribunado, el cual profesó el derecho en Burdeos, y era un jurisconsulto, de lo que proviene que exige más vigor en establecer la distinción entre los actos nulos ó anulables, y los actos inexistentes.

Jaubert rechaza la disposición del art. 1,108, según el cual son cuatro las condiciones esenciales para la validez de un convenio: el consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa. Parece que el Código confunde los convenios inexistentes y los nulos, y Jaubert establece la distinción en su aplicación de la acción de nulidad.

Hay condiciones cuya ausencia hace que no haya contrato, y Jaubert cita como ejemplo la causa ilícita y el objeto. "Una causa ilícita; es decir, contraria á la ley, á las buenas costumbres y al orden público, viciaría de tal modo el convenio, que ningún lapso de tiempo lo podría hacer válido, pues *no hay contrato*, porque el convenio no tiene objeto, ó si es imposible que produzca obligación en ningún tiempo, *éste no sería convenio*. ¿Qué resulta respecto de la acción de nulidad? Que no hay lugar á esta acción mientras el contrato no existe. "Cuando se trata de una obligación contraída sin objeto ó sin causa, ó para una causa ilícita, es muy sencillo que quien ha subscripto la obligación no tiene necesidad de recurrir á la justicia para hacer nulificar su obligación, pues en cualquiera época en

1 Fenet, *Colección de los Trabajos Preparatorios del Código Civil*, tomo 2º, pág. 597. De Paepe, *Requisitoria (Belgica Judicial, 1878, páginas 141 y siguientes)*.

que se le exigiera, podría responder que *no ha contraído obligación.*"

Hay otras condiciones cuya falta no impide que se forme el contrato, y Jaubert cita como ejemplo la capacidad. ¿Qué efecto produce la obligación contraída por un incapaz. Este no puede ser forzado á cumplir su obligación, á pesar de que tiene el derecho de hacerla anular; pero esto no es más que una facultad cuyo ejercicio está limitado por la ley, pues si renuncia el derecho de ejercerla ó si no lo hace en las formas y plazos prescritos por la ley, la obligación debe ser ejecutada. Lo mismo sucede cuando el consentimiento esté viciado por error, violencia ó dolo, pues estos vicios dan también lugar á una acción de nulidad que debe intentarse en el término de diez años, y si el contrato no es anulado en este plazo, tiene toda su fuerza.

Jaubert concluye que la acción de nulidad no se aplica más que á los casos en que el convenio puede producir una acción; es decir: primero, en el caso de la incapacidad; segundo, por falta de consentimiento. El relator del Tribunado entiende por esto los vicios de consentimiento de que acabamos de hablar, y agrega que esta doctrina es de tradición: "Es imposible no conservar la *antigua distinción* entre las *actas falsamente calificadas de contratos* que no producen acción jamás, y los contratos que han contenido una obligación, y, por consiguiente, el principio de una acción. En este último caso no se puede decir que no hay obligación, debiendo limitarse á declarar que el que contrajo la obligación puede pedir la nulidad. (1)

462. Nosotros insistimos en los trabajos preparatorios del Código, porque se há pretendido que los autores de dicha obra ignoraban la distinción que hace la doctrina entre los actos nulos y los actos inexistentes. La verdad es que la han formulado con gran precisión en las materias

1 Informe de Jaubert, núm. 218 (Loaré, t. 6º, págs. 218 y 219).

en que había para hacerlo algún interés práctico. Tal es la nulidad de los convenios y su confirmación, y ésta, sobre todo, es un hecho usual que da lugar á numerosas controversias. En el proyecto detenido por el Consejo de Estado, se decía que la confirmación de un acto "radicalmente nulo," no era válido sino cuando se encontraba en la substancia del acta la mención de la nulidad y la intención de repararla. La expresión de "acto radicalmente nulo" era empleada por los autores antiguos para distinguir los contratos que nosotros llamamos inexistentes. Así, pues, el proyecto comunicado al Tribunalado parecía decir que la confirmación se aplicaría aun en los casos en que, según la expresión de Jaubert, no hubiera ningún convenio; y precisamente en este caso no se concibe la confirmación, pues no puede confirmarse la nada. La Sección de Legislación del Tribunalado pidió que fuese cambiada la redacción. "Se necesita, dice, una disposición concebida de manera que la línea de separación esté claramente trazada entre las *nulidades irreparables* y las que *pueden repararse*."

¿Cuáles son estas "nulidades irreparables?" El Tribunalado entiende por esto los casos en que el convenio no existe, y en los que, por consiguiente, no puede haber confirmación, y cita desde luego como ejemplo, las obligaciones contraídas por los impúberos, pues según el proyecto del Código, estas obligaciones no eran, en ningún caso, ni para ninguna de las partes, obligatorias, siendo la nulidad absoluta é irreparable. El Tribunalado da la razón diciendo que la ley considera semejante acto como si jamás hubiese existido. Hé aquí el término mismo de un acto inexistente de que actualmente se sirve para designar los contratos que no tienen ninguna existencia ante los ojos de la ley, porque se puede decir respecto de estos contratos que la nada no puede confirmarse. La Sección de Legislación

coloca en la misma línea las obligaciones contraídas por una causa ilícita: el carácter de reprobación de que han sido marcadas antes de borrarse. Estas dos especies de obligaciones tienen un vicio intrínseco que no permite que puedan ser revalidadas. La confirmación no recibe, pues, aplicación más que en los casos en que el contrato existe; pero inficionado de un vicio que permite pedir la nulidad. (1)

La Sección de Legislación del Tribunado proponía formular la distinción de las nulidades irreparables y de las que podían repararse, en estos términos: "Las obligaciones contraídas por los impúberos ó por una causa ilícita no pueden ser confirmadas ni tácita ni expresamente. Respecto de otros actos que podrían ser atacados de algunas de las nulidades marcadas por la ley, la confirmación de ellos importa la renuncia de los medios y excepciones que podrían oponérseles." Esta redacción no fué admitida, pero poco después de la conferencia que tuvo lugar entre las secciones de legislación del Consejo de Estado y del Tribunado, se modificó el proyecto primitivo en el sentido del artículo 1,338 del Código Civil. La redacción definitiva no habla de actos "radicalmente nulos," pues reemplaza esta expresión por los términos tomados de la proposición del Tribunado: la confirmación no se aplica más que á las obligaciones "contra las que la ley admite la acción de nulidad; lo que implica un acto anulable:" en donde no hay convenio no puede haber acción de nulidad, ni, por consiguiente, confirmación.

En este sentido explica el art. 1,338 el Orador Informante del Tribunado. Jaubert formula el pensamiento de la ley con una precisión notable: "Una idea verdadera y sencilla, dice él, es que no se puede confirmar sino lo que ha

1 Observaciones del Tribunado, núm. 73 (Locré, t. 6°, pág. 136).

existido realmente, aunque carezca de fuerza por algún vicio; de donde resulta que de ningún modo se pueden confirmar los pretendidos convenios á los que la ley jamás ha reconocido existencia. La ley ha declarado que no podía haber convenio sin objeto ó sin causa lícita; y en este caso, pues, no puede haber lugar á la confirmación. Por esto es que los actos contra los cuales la ley no admite más que la vía de rescisión, son susceptibles de ser confirmados. Mouricault, el Orador del Tribunal, es muy explícito. "La confirmación jamás puede revalidar los convenios á los que la ley no reconoce existencia y que, en consecuencia, no ligan á la persona: tales son los convenios que tienen por objeto una cosa que está fuera del comercio, y los que no tienen causa ó que si la tienen es falsa ó ilícita. En cuanto á los actos respecto de los cuales solamente se tiene la facultad de atacarlos por vía de nulidad y que obligan por lo menos á una de las partes, pueden ser válidamente confirmados." (1)

463. No concedemos gran importancia á los discursos pronunciados ante el cuerpo legislativo, pues es una obra individual del orador y no expresa verdaderamente el pensamiento de la ley. Los informes presentados al Tribunal tienen más grande autoridad porque son presentados en nombre de la Sección de Legislación, y, en el caso, hay algo más que discursos, pues el art. 1,338 ha sido modificado en el sentido de las observaciones del Tribunal, y el mismo texto del Código toma el sello de la distinción entre los actos inexistentes y los nulos. Y aunque es verdad que la distinción no ha sido formulada en términos expresos, como lo pedía el Tribunal, esto es, sin duda, porque ha parecido que es pura teoría y el Código no es un manual. Por lo demás, la redacción propuesta por la

1. Jaubert, Informe núm. 24 (Loché, t. 7º, pág. 231). Mouricault, *Discursos*, núm. 52 (Loché, t. 6º, pág. 256).

Sección de Legislación del Tribunalado era incompleta, pues no comprendía todos los casos en los que un contrato es inexistente, y, por lo mismo, valía más abandonar esta materia á la doctrina. No siempre es exacto decir que el Código ignora la teoría de los actos inexistentes, pues la consagra formalmente respecto de la causa, el objeto y las solemnidades.

Dice el art. 1,131: "La obligación contraída sin causa, ó respecto de una causa falsa ó ilícita, *no puede tener ningún efecto.*" Esto equivale á decir, en términos enérgicos, que semejante obligación no existe, que no da lugar á una acción de nulidad, que no puede ser confirmada y que no puede venir á convertirse en válida por ninguna prescripción, quedando siempre sin efecto. Más adelante diremos lo que se entiende por causa. Una venta es nula por falta de causa cuando carece de objeto, porque, en este caso, la obligación de pagar el precio contraída por el comprador, no se concibe; y es sin causa, puesto que el solo motivo jurídico por el cual el comprador se obliga á pagar el precio, es la obligación contraída por el vendedor de transmitirle la propiedad de la cosa que constituye el objeto del contrato. Ante los ojos de la ley una obligación desprovista de causa no tiene existencia, porque si el legislador sanciona los contratos es en razón de la utilidad de las partes contratantes, y sería inútil una venta que careciera de objeto. En este sentido es en el que el art. 1,601 dice que la venta sería "nula" si, en el momento de celebrarse, la cosa vendida se hubiese perdido totalmente. La palabra "nula" significa aquí "inexistente," y lo prueba el art. 1,131, porque la venta no tendría objeto cuando la cosa vendida estuviese totalmente destruida en el momento del contrato, y una venta sin objeto es una venta sin causa; es decir, que no puede producir ningún efecto y que, por lo mismo, es inexistente.

El art. 1,139 consagra la teoría de actos inexistentes en lo relativo á los contratos solemnes, pues después de haber dicho en el art. 1,338 que las obligaciones contra las que la ley admite la acción de nulidad pueden ser confirmadas, el legislador agrega: "El donante no puede reparar, por ningún acto confirmativo, los vicios de una donación entre vivos que haya sido nula en la forma, pues debe hacerse de nuevo en la forma legal." Todos los actos que existen, aunque viciados, pueden ser confirmados. ¿Por qué el vicio que encierra la donación, nula en la forma, no puede ser borrado? Porque hay un vicio que no se repara, puesto que confirmar es revalidar el convenio en su origen, en el momento mismo que se forma, y no se concibe que se revalide un convenio que no existe. Así, pues, decir que un convenio no puede ser confirmado, es tanto como decir que no hay convenio, y en este sentido el art. 1,338 dice que el donante que quiera dar efecto á su liberalidad, cuando el acta es nula en la forma, debe hacer una nueva, pues la primera queda inexistente. Así, pues, las formas que constituyen la solemnidad son necesarias para que exista el acta. Se objeta el art. 1,340 que permite á los herederos del donante confirmar la donación nula en la forma; pero nosotros dirémos, tratando de actos confirmativos, cuál es la razón de esta aparente anomalía, que no prueba más que una cosa, y es que el legislador no es un teórico sino que se decide por motivos de utilidad y no retrocede ante una inconsecuencia cuando la exige el interés práctico.

Resta el consentimiento. En el título "De las Obligaciones" no hay ninguna disposición que declare inexistente el contrato por falta de consentimiento. El artículo relativo á las obligaciones contraídas por impúberos ha sido excluído. Se cita de ordinario el art. 446, según el cual, no hay matrimonio cuando no hay consentimiento, pudien-

do decirse lo mismo de todo convenio: no hay convenio sin consentimiento, por la sencilla razón de que el contrato no es otra cosa que un concurso de consentimientos, y en donde la persona no consiente no hay obligación; esto es, no hay nada. En teoría, esto es evidente; pero nosotros preguntamos por el momento si el Código consagra nuestra teoría. No osamos invocar el art. 146 en apoyo de la distinción de actos inexistentes, porque si el texto es claro, el sentido de la ley viene á ser obscuro y dudoso cuando se lee la discusión que tuvo lugar en el Consejo de Estado y que hemos analizado muchas veces; (1) y la convicción que resalta es que el Consejo de Estado no entendió, al formular el art. 1,146, consagrar una teoría respecto de la que estuviesen divididas las opiniones hasta el punto de no saber cuál fuera la del Consejo.

¿Equivale esto á decir que, en el pensamiento de los autores del Código, no es el consentimiento una condición indispensable para la existencia de los convenios? ¿Un contrato sin consentimiento sería simplemente un contrato nulo, es decir, anulable? Jaubert dice lo contrario en su Informe al Tribunado sobre el art. 1,338, y el texto mismo del proyecto decía lo contrario declarando sin ningún efecto la obligación contraída por un impúber. Hay más: el art. 1,339 decide implícitamente que en donde no hay consentimiento no hay contrato. ¿Por qué razón las formas son una condición indispensable para la existencia de la donación? No se puede dar otra razón, sino que el consentimiento del donante se considera como si no existiese cuando no se ha manifestado en la forma legal. Por esto es que la falta de consentimiento que hace inexistentes los convenios, debe también hacer inexistente la donación que concede solemnidades. Se dirá que el art. 1,108 rechaza

1 Véase el tomo 2º de estos *Principios*, págs. 325 y siguientes, números 277 y siguientes.

implícitamente nuestra teoría, puesto que considera el consentimiento como una condición esencial para la "validez" del convenio; lo que parece probar que el Código ignora la distinción que establece la doctrina entre la validez de los convenios y su existencia; pero la verdad es que los autores del Código no proceden sistemáticamente, pues el legislador no se ha preocupado en distinciones de pura teoría, y la distinción de los actos inexistentes es puramente teórica en lo que se refiere al consentimiento, pues, en verdad, nadie querrá hacer un consentimiento serio con un niño. Hé aquí por qué se ha aceptado la disposición relativa á los impúberos. ¿Quién querrá tratar con una persona demente? El legislador ha resuelto las diferentes dificultades que se presentan, reglamentando los efectos de actos celebrados por los incapacitados ó por los dementes colocados en un hospicio. Generalmente bastan estas disposiciones para las exigencias de la práctica, y de esto es de lo que debe tener cuidado el legislador.

464. No deja de haber dificultades en la aplicación de los principios que acabamos de establecer de acuerdo con la doctrina, y las examinaremos á medida que se vayan presentando, como han hecho los autores del Código Civil, limitándonos por el momento á tratar algunas cuestiones generalmente relativas á los actos inexistentes. En nuestra opinión el contrato es inexistente siempre que las partes contratantes no están en estado de consentir; haremos á un lado á los niños que no han llegado todavía á la edad de la razón, quedando tan sólo los enajenados y las personas que se encuentran en un estado de embriaguez tal que no les deja libre el uso de sus facultades intelectuales, pues existe en este caso una incapacidad para obligarse que imposibilita el consentimiento, y, por lo mismo, faltando éste no hay contrato. En teoría esto no ha sido discutido, pero se pretende que los textos del Código rechazan nues-

tra teoría. ¿Cuál es la suerte de los actos que el incapacitado ejecuta posteriormente á la interdicción ó incapacidad, y cuál la de los que ejecuta antes de ser declarado incapitado, en una época en que estaba en un estado habitual de imbecilidad, de demencia y de furor? El Código responde que estos actos son nulos en el sentido de que puede pedirse la nulidad; pero conviene que se pida, si no, el acta, aunque hecha por un enajenado, sería enteramente válida; lo cual equivale á negar, según dicen, que el acto sea inexistente. (1) Es fácil responder á la objeción y la respuesta nos parece perentoria. ¿En que casos se aplican los arts. 502 y 503? Suponan que hay una sentencia de interdicción y permiten atacar los actos ejecutados por el declarado en interdicción antes ó después de la sentencia: la anulación será pronunciada, en el primer caso, con sólo la prueba de que el acto ha sido ejecutado con posterioridad al fallo que declaró la interdicción, y, en el segundo caso, cuando el acto ha sido ejecutado en la "época" en que la causa de la interdicción existía notoriamente. Si se prueba, en uno y en otro caso, que en el momento que se ejecute el acto, el declarado interdicto no tenía el uso de su razón, el acto será, más que nulo, inexistente, porque el consentimiento sería imposible; pero es más difícil probar que en un momento dado goce una persona de sus facultades intelectuales ó esté privado de ellas, y precisamente para salvar estas dificultades ha organizado la interdicción el legislador y ha ordenado que se coloque á los enajenados en un hospicio. Lo mismo sucede en los casos previstos en el art. 504: la ley no permite atacar los actos de una persona no declarada en interdicción después de su muerte, á menos que la interdicción haya sido provocada ó que la prueba de la demencia resulte del acto mismo que es

1 Aubry y Rau, t. 4º, pág. 290, nota 4, pfo. 343. En sentido contrario Marcadé, Demolombe y Zachariæ.

atacado, deduciéndose de esta disposición que los actos ejecutados por un enajenado que no ha sido declarado en interdicción no pueden ser atacados más que por la acción de nulidad, lo cual implica que estos actos existen y que son simplemente nulos ó anulables. La ley no dice esto, pues solamente dice en términos generales que los actos pueden ser atacados, sin explicar la naturaleza de la acción que debe ser intentada, y, por consiguiente, la cuestión debe resolverse conforme á los principios, lo cual no deja ninguna duda. Remitimos á nuestros lectores á lo que se ha dicho en el título "De la Interdicción." (1)

Los mismos principios se aplican á la embriaguez. Hay alguna vacilación en la jurisprudencia, en cuanto á la suerte de los actos ejecutados por una persona embriagada. Para que la cuestión de la nulidad ó de la existencia de los actos pueda presentarse, conviene, desde luego, suponer que la embriaguez ha privado momentáneamente del uso de sus facultades á la persona embriagada. ¿Si en este estado suscribe un convenio estará obligada? La Corte de Colmar decidió que el acto no podía ser atacado, á menos que la embriaguez hubiera sido provocada por aquel en provecho de quien ha sido contraída la obligación, ó que el acta pruebe el estado de razón de quien la suscribió; (2) pero es inútil combatir esta decisión, porque no está fundada en ningún principio. ¿Hay consentimiento cuando el que consiente aparentemente está imposibilitado de consentir? Tal es la cuestión, que bien vista no existe, pues no hay convenio en donde no hay consentimiento, porque si, como lo hace constar la sentencia, la persona ebria estaba completamente incapacitada de manifestar

1 Véase el tomo 5º de estos *Principios*, págs. 156 y 466, números 323 y 328.

2 Colmar, 27 de Agosto de 1819 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 348.

su voluntad, todo está resuelto. Es verdad que las cortes no dicen que el contrato es inexistente, y la razón es bien sencilla, aunque no resuelve la dificultad, porque el demandante no tiene ningún interés en hacerlo. El lenguaje de las sentencias es, por lo demás, tan poco exacto, que no se puede agregar ninguna autoridad: así, la Corte de Rouen dice que la embriaguez es causa de resolución del convenio, y puede ser que haya querido decir que el demandante no solicita la anulación del acto y que pide solamente librarse de una obligación que no existe más que en apariencia. (1) Otra corte dijo que la embriaguez era tal, que hacía imposible el consentimiento; (2) así, pues, éste no existía, y, por consiguiente, tampoco había contrato.

Es verdad que la tradición es contraria, pues Domat y Pothier confunden la embriaguez y la demencia con las causas civiles que hacen á una persona incapaz para contratar, y colocan en la misma línea todas las causas de incapacidad; (3) pero hemos dicho cuán incierta es la doctrina de estos autores en esta materia, pues así distinguen el contrato nulo y el que no existe más que en apariencia, que parecen confundirlo. Conviene, pues, atenerse á los principios, y éstos no dejan ninguna duda, La embriaguez, dice Durantón, hace que no haya consentimiento, (4) y esto es decisivo; es decir, que no hay convenio.

465. Los contratos nulos dan lugar á una acción de nulidad de que se trata en la sec. VII del capítulo "De la Extinción de las Obligaciones." Conviene, pues, que la nulidad sea pedida y que se pronuncie por el juez. En este sentido

1 Rouen, 17 de Junio de 1845 (Dalloz, 1845, 4, 366).

2 Tolosa, 25 de Julio de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 239). Compárese Rennes, 14 de Julio de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 5), y las sentencias que menciona Dalloz en la palabra *Obligaciones*, núms. 348 y 349.

3 Domat, *Leyes Civiles*, lib. 1º, tit. 18, pág. 148. Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 49.

4 Durantón, t. 10, pág. 81. núm. 103.

es que el art. 1,117 dice que el convenio contraído por error, violencia ó dolo "no es nulo de pleno derecho," lo que quiere decir que hay casos en que un contrato es nulo sin que la nulidad deba ser pronunciada por el juez, ó por mejor decir, casos en que, según la expresión de Jaubert, no hay contrato. Esto no deja de tener dificultad y se ha hecho una objeción contra la teoría de los contratos inexistentes. Hay cuando ménos, dicen, una apariencia de contrato, un acto revestido de la firma de las partes contratantes, y quien está obligado en virtud de este acto no tiene más que un medio de ponerse al abrigo de la persecución del acreedor, cual es pedir la nulidad, ya sea por vía de acción, ya por vía de excepción. Sin duda si el pretendido deudor es perseguido, debe oponer que no hay deuda, y aun puede tomar la iniciativa y entablar una acción en juicio. ¿Pero qué pedirá? ¿Que anule el juez el convenio? Nó, no podrá ni aun formular su demanda en estos términos, porque es lógicamente imposible que el juez pronuncie la nulidad de un contrato cuando legalmente no hay contrato, y la nada no se anula. Todo lo que puede pedir y todo lo que el juez puede resolver es que jamás ha habido convenio. ¿Se dirá que esta es una cuestión de palabras? Nó, pues la diferencia es notable entre la nulidad pronunciada por el juez y el fallo por el cual declara que no hay contrato. En el primer caso, la parte interesada debe proceder dentro de los diez años, si no el contrato es revalidado por su silencio en virtud de una confirmación tácita, y no podrá, en nuestra opinión, ni aun siquiera oponer la excepción de nulidad; en tanto que si no hay contrato, el pretendido deudor siempre podrá pedir, por vía de acción ó de excepción, que el juez lo desligue del lazo aparente de una obligación que no existe, no pudiendo oponérsele ninguna confirmación expresa ni tácita, porque la nada no se confirma.

Queda una dificultad: puede que el deudor, creyéndose

obligado, haya ejecutado el contrato: el comprador ha pagado el precio ó el vendedor ha entregado la cosa, en cuyo caso podrán proceder por repetición. ¿Debe intentarse esta acción dentro de los treinta años? ¿Y si la parte interesada repite, después de haber transcurrido treinta años, lo que ha pagado indebidamente, no podrá ser rechazada por la prescripción? No es respuesta afirmativa. Se dirá que el contrato inexistente produjo ya un efecto, puesto que se ha ejecutado y que la ejecución subsiste. ¿Qué viene á ser, pues, la teoría que enseña que los actos inexistentes no tienen ningún efecto. Desde luego respondemos que no es la teoría la que lo dice sino el Código Civil, pues el artículo 1,131 dice con todas sus letras que un contrato celebrado sin causa ó respecto de una causa falsa ó ilícita no puede tener ningún efecto, lo cual no impide que la repetición no deba tener lugar dentro de los treinta años si semejante contrato se ha ejecutado. La anomalía no es más que aparente, pues la acción de repetición, lejos de probar contra nuestra teoría, viene en apoyo de los principios que acabamos de exponer. Si el contrato sin causa tiene una existencia jurídica, debería ser atacado por vía de acción de nulidad y la acción debería intentarse dentro de los diez años, de modo que el deudor podría repetir en el plazo ordinario de la prescripción, porque para repetir debería pedir la nulidad y no puede pedirla más que dentro de los diez años, después de cuyo plazo, el contrato sería confirmado y, por consiguiente, al deudor no podría admitirsele que dijera que pagó lo que no debía. No es lo mismo respecto de la teoría de los actos inexistentes, pues el pretendido deudor puede repetir lo que haya pagado sin deber, antes de perseguir la anulación del contrato en virtud del cual haya hecho el pago indebido, porque no hay contrato y, por lo mismo, no hay deuda, quedando propietario de la cosa pagada y pudiendo reivindicarla contra todo

detentador, si se trata de un inmueble; y si se le opone el contrato responderá que éste no existe. Esta acción de repetición ó de reivindicación está limitada á treinta años. ¿Equivale esto á decir que después de treinta años vendrá á ser obligatorio el contrato que no tenía ninguna existencia jurídica? Esto es imposible, porque la nada jamás puede ser llamada á la vida. Si después de treinta años se extiende la acción de repetición, á pesar que el interés de la sociedad exige que toda acción prescriba, es por la razón de que el mismo interés social quiere que el deudor no pueda ya proceder, no por que realmente sea deuda, sino porque el deudor no puede venir á serlo por el solo lapso de tiempo. (1)

Todavía difiere la acción de nulidad, bajo otro punto, de la acción que nace de un contrato inexistente. Cuando un contrato es nulo la nulidad no puede ser pedida más que por aquella de las partes contratantes en interés de quien la ley pronuncia la nulidad, á menos que ésta sea de orden público, pues en este caso toda parte interesada pueda valerse de ella. Esta distinción no es aplicable á los contratos inexistentes, porque toda persona á quien se opone un acto que no existe puede responder que no hay contrato, lo cual es una consecuencia lógica del principio que un contrato inexistente no puede tener ningún efecto. Hemos dicho anteriormente (núm. 458.) que esta consecuencia era admitida en el antiguo derecho.

### SECCION I.—Del consentimiento.

#### § I.—¿QUIEN DEBE CONSENTIR?

466. El art. 1,108 exige el consentimiento de la parte

1 Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 5º, pág. 493, núm. 262. Mourlón, *Repeticiones*, t. 2º pág. 669.

que se obliga. Domat se expresa más exactamente diciendo que los convenios se cumplen por el consentimiento mutuo, dado y recibido recíprocamente. (1) La redacción del art 1,108 es criticada por todos los autores, pues es evidente que el solo consentimiento del deudor no basta para que haya una obligación sino que se necesita también el concurso de la voluntad del acreedor, y el término mismo de consentimiento implica un concurso de voluntades que se unen para engendrar una obligación y un derecho correlativos. Cuando sólo el deudor consiente en obligarse no hay más que un ofrecimiento y éste no obliga á quien le hace sino cuando es aceptado, y hasta entonces no hay deudor porque no hay acreedor, y, por lo mismo, no hay convenio.

467. Puede haber más de dos personas en un contrato, pues muchas pueden obligarse y muchas pueden estipular. Se pregunta si en este caso se necesita del consentimiento de estas personas para que el convenio se forme, lo cual supone que el concurso de voluntades no ha tenido lugar inmediatamente, pues hay un ofrecimiento hecho á muchas personas, de las cuales unas aceptan y otras no. ¿Se formará el contrato entre el que ha hecho el ofrecimiento y los que lo han aceptado? Esta es una de las cuestiones que los autores discuten *á priori* y que harían mejor en abandonar á la apreciación del juez, porque la decisión depende de las circunstancias del juicio, y como estas circunstancias son esencialmente variables, es imposible que las prevea la doctrina en todos sus pormenores, valiendo más el buen sentido del juez que toda la ciencia del juriconsulto para resolver cuestiones de hecho y de intención. Si el que ha hecho el ofrecimiento y los que lo han aceptado han entendido tratar definitivamente, aun cuan-

1 Domat, *Leyes Civiles*, t. 1º, pág. 20, núm. 8.

do los otros no aceptaren, habrá contrato; en caso contrario éste no se formaría por falta de consentimiento. (1)

## § II.—¿QUE ES CONSENTIR?

### *Núm. 1. Del ofrecimiento.*

468. El consentimiento es un concurso de voluntad y la etimología de la palabra "consentir" indica que dos personas quieren una misma cosa, pues una de ellas hace un ofrecimiento, es decir; declara querer esta cosa, y la otra declara querer lo que se le propone; hay, pues, dos elementos en el consentimiento: el ofrecimiento y la aceptación. Este concurso de voluntades formará un convenio si una de las partes entiende conferir á la otra el derecho de exigir en juicio el cumplimiento de lo que le ofrece y si la otra entiende adquirir este derecho.

469. Se da el nombre de "policitación" al ofrecimiento que no ha sido aceptado todavía. La policitación no obliga á quien hace el ofrecimiento sino hasta que es aceptado. Pothier, que quiere demostrar que el derecho positivo está de acuerdo en el derecho natural, tiene cuidado de probar que, según el puro derecho natural, la policitación no produce ninguna obligación propiamente dicha, pues el que ha hecho una promesa puede desdecirse mientras no ha sido aceptado su ofrecimiento por aquel á quien lo hizo. La razón es sencilla y decisiva: la obligación tiene por correlativo necesario un derecho que permite exigir el cumplimiento, y así como no hay derecho sin obligación, no hay obligación sin derecho. Ninguna persona puede adquirir un derecho sin su voluntad; yo no puedo daros por mi sola voluntad un derecho sobre mis bienes, sino que es necesario que vuestra voluntad concorra con la mía para

1 Aubry y Rau, t. 4º, pág. 291, nota 7, pfo. 343 y las autoridades que citan.

que adquiriréis la propiedad de la cosa que os quiero transmitir; y del mismo modo no puedo acordaros un derecho contra mi persona sin que vuestra voluntad concorra con la mía para adquirirla, por la aceptación que hacéis de mi promesa. Pothier añade que el derecho romano admitía una excepción á este principio, revalidando las simples pollicitaciones que un ciudadano hiciese á su pueblo, pero que en el derecho francés no hay más que pollicitaciones obligatorias. (1) Esto no tiene ninguna duda, y, sin embargo, la cuestión ha sido llevada ante los tribunales; hé aquí por qué hemos reproducido la demostración de Pothier, por muy elemental qué sea, pues debe insistirse sobre los principios, aun cuando parezcan evidentes.

407. En los títulos "De la Venta" y Del Alquiler" examinaremos las dificultades á que dan lugar las promesas de vender y de alquilar, limitán losos por el momento á relatar algunas aplicaciones tomadas de la jurisprudencia.

Pothier tiene razón de discutir las cuestiones de derecho bajo el punto de vista de la equidad natural, porque los hombres están dispuestos á escuchar la voz de una equidad, muchas veces engañosa, de preferencia á los principios de derecho que ignoran la mayor parte. Dos cortes de apelación han sido engañadas. La Corte de Montpellier ha declarado válida una proposición no aceptada, bajo el pretexto de que sería muy duro que una de las partes no pudiese proceder mientras que la otra puede ejercer sus derechos con todo rigor. Esto era violar el principio elemental prescripto por el art. 1,101, según el cual, el contrato no se forma más que por el concurso de la persona que se obliga y de la persona en favor de quien se consiente la obligación; la sentencia fué casada por exceso de autoridad. (2)

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 4.

2 Casación, 14 de Agosto de 1818 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 47, 1º).

Hay cuestiones que jamás deberían llevarse ante los tribunales: la ley obliga á los hijos á administrar alimentos á sus padres, pero ¿á falta de la ley no bastaría la voz de la naturaleza? Cuando hay muchos hijos cuya posición es diferente, la parte con que contribuya cada uno debe regirse conforme á las facultades del deudor, de donde nacen controversias que el juez está llamado á decidir. En uno de estos juicios, una persona se valió de la promesa que un hijo había hecho de acoger, alimentar y vestir á su anciano padre, pero éste había rehusado; desde luego no había ninguna obligación y la deuda civil y natural continuaba pesando sobre todos los hijos, los cuales fueron condenados á pagar al autor de sus días una modesta pensión que se elevaba á 200 francos. (1)

Singulares complicaciones han hecho llevar ante la Corte de Casación juicios en que se trataba de resolver que un ofrecimiento no aceptado no es obligatorio. Un obrero es herido trabajando en una cantera. Acción de daños y perjuicios contra el Director y contra la Compañía. ¿Ante qué tribunal debe intentarse la demanda? El obrero persigue al Director ante el tribunal de su domicilio, y la Compañía pretende que habiendo hecho ofrecimientos venía á ser deudora principal y que el proceso debía llevarse ante el tribunal de su domicilio. Sentencia que rechaza esta pretensión. Recurso de casación. La Corte decidió que como los ofrecimientos hechos por la Compañía no habían sido aceptados, el empleado quedaba como deudor principal y que, por consiguiente, la acción había sido intentada válidamente ante el juez de su domicilio. (2)

El principio de que la policitud no es obligatoria se aplica á todas las materias, porque el derecho común obli-

1 Grenoble, 8 de Abril de 1870 (Daloz, 1870, 2, 226).

2 Rejet, 19 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1857, 1, 221).

ga á todo el mundo, tanto á los municipios y al Estado como á los particulares. Un propietario es vulnerado por los trabajos de utilidad pública hechos por un ayuntamiento, y declara aceptar la indemnización propuesta por los peritos, pero el ayuntamiento rehusa. Nueva apreciación que valúa el daño en 40,000 francos, en tanto que la parte vulnerada se había contentado desde luego con una indemnización de 23,000 francos. El ayuntamiento invoca entonces el ofrecimiento primitivo; pero el Consejo de Estado da la razón al propietario porque sus ofrecimientos habían sido rehusados y no había resultado ningún lazo de obligación, quedando, por consiguiente, en la plenitud de sus derechos. (1)

En materia de derecho fiscal existe también el principio de que los ofrecimientos no aceptados no producen ni contrato ni obligación, pues no hay lugar para percibir los derechos que no se deben sino por convenio definitivo. (2)

471. Para que el concurso de voluntades forme un contrato, se necesita que la aceptación y el ofrecimiento sean idénticos, es decir, que concuerden en todos sus puntos, lo cual resulta de la noción misma del consentimiento. ¿Puede decirse que dos personas quieren la misma cosa cuando una quiere vender el fundo A y la otra quiere comprar el fundo B? ¿Cuando uno quiere vender en 20,000 francos lo que el otro no entiende comprar más que en 15,000? ¿Cuando uno quiere prestar y el otro quiere comprar? En todos estos casos hay ofrecimientos no aceptados y no nace obligación. Sin embargo, se han propuesto ca-

1 *Decreto del Consejo de Estado*, de 13 de Enero de 1859 (Daloz, 1859, 3, 39).

2 *Rejet*, de la Corte de Casación de Bélgica, 16 de Junio de 1843 (*Pasicrisia*, 1843, 1, 271), y Daloz, en la palabra *Registro*, 166.

tos en los que, á pesar de la diferencia que separa á las partes, hay ó puede haber concurso de voluntades. Yo ofrezco prestaros 20 y aceptáis 10: ¿habrá préstamo por 10? Cuestión muy controvertida; Pablo y Ulpiano dicen que sí, Gayo que nó y Justiniano se atiene á esta última opinión; pero los autores modernos se dividen. (1) Todavía agitan estas cuestiones inútilmente á la escuela, porque es cuestión de intención, y ¿cómo decidir *á priori* cuál será la voluntad de las partes interesadas en las diversas circunstancias? Abandonamos al juez el cuidado de resolver las cuestiones de hecho, quien lo hará mejor que el más profundo de los teóricos.

472. Generalmente el ofrecimiento y la aceptación se hacen entre personas presentes, la una sigue inmediatamente al otro y el contrato se forma en el mismo momento; pero puede también suceder que una de las partes haga un ofrecimiento y que la otra se reserve á aceptar ó rehusar, y, en este caso, la aceptación se hace después de un plazo más ó menos largo. Cuando las dos personas interesadas no están presentes, el ofrecimiento se hace por correspondencia, en cuyo caso hay, necesariamente, un plazo entre el ofrecimiento y la aceptación. Nace entonces la cuestión de saber en qué época puede ó debe hacerse la aceptación y bajo qué condiciones será válida. La cuestión presenta dificultades que la prodigiosa rapidez de las correspondencias telegráficas ha aumentado; las distancias casi se han suprimido, pues se habla y se responde por medio del telégrafo con la rapidez del relámpago; los cambios llevados á efecto por las vías de correspondencia, han amenazado también hacer cambiar los principios de derecho que rigen el ofrecimiento y la aceptación.

473. Hay un primer punto que no es dudoso. La polici-

1 Laronvière, t. 1º, pág. 9, art. 1,101, núm. 10. Toullier, t. 3º, 2, pág. 17, núms. 27 y 28.

tación puede proceder tanto de quien entiende obligarse como del que entiende adquirir un derecho, importando poco cuál de las futuras partes contratantes tome la iniciativa. En los convenios sinalagmáticos esto es evidente, puesto que quien hace el ofrecimiento será, si es aceptado, acreedor y deudor, siendo lo mismo de las promesas que no deben obligar más que á una de las partes. Generalmente el futuro deudor es el que toma la iniciativa: yo prometo una recompensa á quien encuentre y me remita una cosa que he perdido; esto, precisamente, es aceptado tácitamente por todos los que están en el caso de poder encontrar la cosa, en el sentido de que quien la encuentre tendrá una acción contra el dueño. (1) Sin embargo, se presentó un caso en el cual el ofrecimiento fué declarado no obligatorio: un viajero perdió en el camino su petaca, que contenía una suma de 20,000 francos; hizo averiguaciones y el que la encontró negó haberla encontrado. El propietario de la petaca ofreció una recompensa de 2,000 francos al que la restituyera, y solamente entonces el que la había encontrado se resolvió á devolverla y se le ofreció la suma de 200 francos que rehusó. La Corte da la razón al dueño, porque era manifiesto el dolo del que encontró la cosa, pues había obligado á ofrecer una recompensa muy fuerte, y ninguna persona puede aprovecharse de su dolo, y, por consiguiente, el ofrecimiento era nulo respecto de quien lo había provocado por su mala fe. (2)

474. Se ve por este ejemplo que no es necesario que el ofrecimiento se haga á determinada persona, sino que basta que se dirija á las que están en el caso de poderlo aprovechar. Una Empresa de transportes se anuncia al público

1 Fallo del Tribunal de Turín, de 3 de Agosto de 1810 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 48).

2 Bruselas, 31 de Enero de 1828 *Losjerisla*, 1828, 3, 37).

por medio de los diarios, por avisos y por cartas circulares. La Compañía se obliga á transportar mercancías, según la tarifa señalada por ella, á dia fijo. Este ofrecimiento es aceptado tácitamente por todos los que recurran á la Empresa, y, por consiguiente, se ha formado la obligación recíproca y la Compañía debe cumplirla, no pudiendo rechazar las mercancías, dando arbitrariamente la preferencia á unas en perjuicio de otras, lo cual sería faltar á la ley del contrato que se formó sobre la fe del ofrecimiento aceptado por las partes interesadas. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (1) Lo mismo sucede con todos los que ejercen un comercio ó una industria y que anuncian al público las condiciones bajo las cuales trataran con los parroquianos, pues están ligados de antemano, con todos los que se presenten á tratar, con las bases que han determinado ellos mismos. (2)

475. Del principio que el ofrecimiento no aceptado no obliga á quien lo hace, se deduce que el ofertante puede retractarse sin otra razón que el cambio de voluntad, pues sólo ésta se encuentra en juego y la voluntad del hombre es inconstante y no tiene que dar cuenta de su cambio de voluntad, porque ésta no ha dado derecho á ninguna persona.

La Corte de Burdeos ha aplicado este principio á la subscripción que una persona hace de una obra de librería, decidiendo que es un simple ofrecimiento que no es obligatorio sino hasta que lo acepta el editor; pero dudamos que sea justa la aplicación. El editor es quien hace al público ofrecimientos, anunciando la publicación de una obra bajo las condiciones que determina, y los que aceptan estas condiciones, subscribiéndose, se obligan definitivamente, sin

1 Aix, 8 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 329), y los autores citados por Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 102.

2 Massé y Vergé, acerca de Zachariæ, t. 3°, pág. 553, nota 5.

que sea necesario que intervenga una nueva aceptación del editor, porque ya aceptó de antemano. Esto nos parece cierto cuando el editor envía prospectos de subscripción, pues en el prospecto firmado que se le devuelve con la aceptación del suscriptor y se ha formado el contrato. En el caso, había circunstancias particulares que originaron la decisión de la Corte: el prospecto había sido presentado por un dependiente; acosado por solicitudes, una persona se suscribió, pero arrepintiéndose luego, buscó al dependiente para rescindir una subscripción que sus recursos no le permitían, y como no pudo encontrar al dependiente, escribió al editor, el abate Miguel, proponiéndole borrar su subscripción. La delicadeza, sin duda, habrá debido obligar al editor á satisfacer este deseo; pero en derecho, una obligación no puede rescindirse desde el momento en que se forma el contrato; (1) así, pues, la retractación del ofrecimiento no puede tener lugar sino después de haber estado largo tiempo en estado de policitud, (2) y, en el caso, no había ofrecimiento, había aceptación del ofrecimiento.

476. ¿Hasta cuándo puede retirar su ofrecimiento el policitante? En derecho estricto, la policitud no obliga más que al que hace el ofrecimiento y, por lo mismo, puede retirarla en seguida ó después de algún tiempo de haberlo hecho y de no ser aceptado. Hemos dicho en estricto derecho, porque ciertamente podría reclamarse, en nombre de la equidad natural, que el ofertante deje un plazo moral á la otra parte, á fin de que tenga tiempo para reflexionar y decidirse; pero, en derecho, esto sería poner una restricción á la libertad del ofertante, la cual, en principio, queda entera, porque únicamente su voluntad está de por medio, él sólo podría encadenarla, y un simple ofreci-

1 Burdeos, 13 de Junio de 1852 (Dalloz, 1855, 2, 322).

2 Turín, sentencia de 1870 (Dalloz, en la palabra *Venta*, número 713).

miento no le impone ningún lazo. Sin embargo, de él depende limitar la facultad que tiene de retirar su ofrecimiento cuando le parezca, agregando que da, á la otra parte, un plazo determinado durante el cual podrá aceptar, y, en este caso, el ofertante mismo está obligado, y no puede retractar su ofrecimiento durante el plazo que ha fijado; pero, aun en este caso, el ofrecimiento será considerado como retirado, por el solo hecho de no haber sido aceptado en el plazo fijado. (1)

Este último punto es muy importante para las ventas que se hacen por correspondencia y muchas veces por telégrafo. Yo ofrezco vender ó comprar mercancías á precio determinado y en un plazo fijo; si no recibo respuesta en este plazo, queda sin efecto mi oferta y no estoy obligado á atender una respuesta después del plazo. Tal es precisamente el objeto con que se estipula un plazo, esto es, una condición que pongo á mi ofrecimiento, el cual si no es aceptado dentro del plazo, falta la condición y no hay ya ofrecimiento. También se funda esto en la equidad, pues, como lo dice la Corte de Burdeos, deben tenerse en cuenta, en los tratos que se hacen por correspondencia, las fluctuaciones incesantes que experimenta el curso de las mercancías. El ofertante tiene un interés presente en saber si sus ofrecimientos son rechazados ó aceptados, y por esto propone un plazo á fin de que dentro de él se determine la suerte de la venta; pasado el plazo, recobra su entera libertad y puede negociar por otra parte. (2)

Muchas veces las correspondencias telegráficas dan lugar á algunas dificultades, en razón de su rapidez, cuando de hecho no llega el telegrama con la prontitud que creía

1 Toullier, t. 3º, 2, pág. 20, núm. 30, Aubry y Rau, t. 4º, pág. 292, nota 12. Demolombe, t. 24, pág. 60, núms. 64 y 65. Compárese Larombière, t. 1º, pág. 72, núm. 14 del art. 1,101, quien se engaña.

2 Bruselas, 25 de Febrero de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 121, y *Da. lloz*, 1867, 2, 193).

el que lo expide, pues si exige una respuesta inmediata y no la recibe, debe creer que no ha sido aceptado su ofrecimiento, y cuando ya se ha dirigido á otra parte viene la aceptación, tardia, del que recibió el ofrecimiento con retardo. El contrato no se ha podido formar, porque en el momento en que se hacía la aceptación, se retiraba el ofrecimiento; así lo ha juzgado la Corte de Burdeos, pero, librando al ofertante de su obligación, lo condenó por daños y perjuicios, pues había dirigido su telegrama á una persona que vivía en el campo y no tuvo cuidado de añadir que debían llevarselo por medio de un propio: por esta falta causó un daño y debía repararla. (1)

477. ¿Hasta cuándo puede ser aceptado el ofrecimiento? En principio, hasta que subsiste, es decir, mientras no haya sido retirado expresa ó tácitamente. Cuando se fija un plazo para la aceptación, la facultad de aceptar recibe una restricción, pues no podrá aceptarse después de fenecido el plazo, puesto que el ofrecimiento cesa, como acabamos de decir (núm. 476). ¿Debe fijarse expresamente el plazo por medio de una cláusula? Dirémos más adelante que la voluntad de las partes puede manifestarse por hechos ó por palabras. Aun hay más: la vía por la que el ofertante haga sus ofrecimientos, puede implicar la voluntad de que la respuesta se dé inmediatamente. Si hace un ofrecimiento por telégrafo, ¿querrá esto decir que la otra parte puede reflexionar con calma, y responder por la vía, relativamente lenta, del correo? Esta es una cuestión de hecho; pero generalmente la intención del ofertante es que la respuesta sea inmediata.

Un comisionista ofreció á un molinero, por carta, venderle 240 sacos de harina, á un precio determinado, concluyendo con estas palabras: "Responda usted telegráficamente si puede convenirle mi proposición." Este ofreci-

1 Burdeos, 17 de Enero de 1870 (Dalloz, 1870, 2, 96).

miento implica la voluntad de recibir una respuesta inmediata y no por el correo; es decir, una respuesta enviada el mismo día en que se reciba la carta, pues de lo contrario sería inútil recurrir al telégrafo. La Corte ha juzgado que el ofertante no entendía ligarse por su ofrecimiento, más que con la condición de que sería aceptado por telegrama el día en que llegara al molinero; pero la respuesta llega á los dos días. Ya no había ofrecimiento y, por lo mismo, no podía haber aceptación. Una circunstancia complicó el juicio, y le hizo llegar hasta la Corte de Apelación. El correo había dado una falsa dirección á la carta que contenía el ofrecimiento, y como consecuencia de este error, la carta dió un rodeo más grande que el que debía y llegó á su destino un día después. Pero el error del correo no podía cambiar los derechos de las partes, pues el ofertante estaba fundado, al considerar como tardía y hecha fuera del plazo, la aceptación que el molinero le notificó dos días después del en que debió hacerlo, (1) y el molinero no tenía ni siquiera una acción de daños y perjuicios contra el autor del ofrecimiento, no pudiendo proceder más que contra la administración postal.

En el caso no hay ninguna duda que la respuesta debió ser inmediata. Cuando el ofertante no lo diga en su oferta entonces será una cuestión de circunstancias. En un negocio que se presentó ante la Corte de Burdeos, el director de un teatro había enviado un despacho directo á la actriz que quería contratar, y pagó la respuesta, lo cual indicaba que tenía prisa en recibirla, y que la duración de su consentimiento estaba sometida á un plazo muy corto. Esta intención estaba confirmada por un segundo despacho que decía: "Responda si está hecho el negocio." (2)

De que la correspondencia telegráfica exige una contes-

1 Lyon, 27 de Junio de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 194).

2 Burdeos, 17 de Enero de 1870 (Dalloz, 1871, 2, 96).

tación pronta y casi siempre inmediata no debe concluirse que el ofrecimiento hecho por correspondencia ordinaria puede ser aceptado indefinidamente cuando el ofertante no fije un plazo dentro del cual deba tener lugar la aceptación, pues el comercio por sí mismo, é independientemente de las vías de comunicación, exige la prontitud, en razón de la necesidad y de la variación incesante del precio, y el telégrafo no ha hecho más que aumentar esta rapidez disminuyendo las distancias. La Corte de Casación ha juzgado muy bien que todo ofrecimiento debe ser aceptado en el plazo moral necesario para examinarlo y contestar. En el caso, un comerciante de Seus recibió el 5 de Marzo un ofrecimiento de compra; su carta de aceptación fué puesta en el correo hasta el 9, cruzándose con otra en la cual sus corresponsales se retractaban de su proposición, y se ha juzgado, que atendiendo á la naturaleza del mercado y dadas las circunstancias del negocio, la aceptación era tardía. (1)

478. En el intervalo que media entre el ofrecimiento y la aceptación, más ó menos largo según las circunstancias, puede suceder que el que debe aceptar ó el que ha hecho la proposición muera ó venga á ser incapaz de contratar. ¿Podrá entonces formarse el contrato con el heredero de la parte interesada ó con su representante legal? Para que el contrato se forme, es necesario el concurso de voluntades de las dos partes, y, por lo mismo, que puedan querer y manifestar su voluntad. Después de la muerte ó en caso de interdicción de una de las partes interesadas, este concurso viene á ser imposible, pues, en verdad, una de ellas quiere, pero la otra no puede querer, y como el ofrecimiento ó la aceptación no tienen efecto, la formación del contrato no puede llevarse á cabo. Se ha objetado que los herederos

1 Rejet, 28 de Febrero de 1870 (Dalloz, 1870, 1, 61).

podían consentir y terminar el convenio: pueden hacerlo, sin duda, pero entonces se necesita un nuevo ofrecimiento y una nueva aceptación, porque el contrato ya no se celebra entre las mismas personas, y este es nuestro caso: se pregunta si nuestro ofrecimiento pasa á nuestros herederos y si se transmite el derecho de aceptar, y la respuesta negativa es cierta. Es verdad que nosotros estipulamos y que nos prometen para nuestros herederos (art. 1,122), pero mientras un ofrecimiento no ha sido aceptado, no hay estipulación ni promesa, y, por lo mismo, no hay crédito ni deuda que pueda pasar á los herederos. Por la misma razón no puede formarse el contrato con el representante de un declarado incapacitado, pues aunque el tutor puede consentir en nombre propio, no puede querer en nombre del incapacitado. (1)

479. ¿La aceptación hace perfecto el contrato desde el momento que tiene lugar? ¿O el contrato no se forma sino á partir del momento en que la aceptación llega á conocimiento de la persona que hizo la oferta? Esta cuestión es muy controvertida y hay textos que dejan alguna duda. En teoría, nosotros no vacilamos en decidir que la aceptación no forma el contrato sino cuando ha llegado á conocimiento del ofertante, y así es como se forma generalmente el contrato, cuando las dos partes están presentes; el aceptante entiende lo que quiere el ofertante y éste entiende la respuesta que se hace á sus ofertas: hé aquí el verdadero concurso de voluntades, en que cada una de las partes sabe lo que quiere la otra. ¿No debe suceder otro tanto cuando la aceptación sigue al ofrecimiento después de un plazo más ó menos largo y el aceptante hace conocer su voluntad por correspondencia? No vemos ninguna razón para que haya diferencia entre los dos casos: el ofer-

1 Toullier, t. 3º, 2, pág. 20, núm. 31. Larombière, t. 1º, pág. 16, núm. 20 del art. 1,101. Demolombe, t. 24, pág. 65, núm. 69.

tante debe entender la respuesta del aceptante para que sus dos voluntades concurren, y no la entiende sino desde el momento que recibe la carta que le anuncia la aceptación. Se objeta que el concurso de dos voluntades existe desde el momento en que aquel á quien se ha hecho el ofrecimiento manifiesta la voluntad de aceptar, lo cual no es exacto, pues no hay más que "coexistencia" de voluntades, pero de ningún modo "concurso," pues éste supone, más que existencia de dos voluntades, que cada una de las partes sepa lo que quiere la otra.

Hay un texto que nos parece decisivo en este sentido y es el art. 932. La ley dice que el donatario puede aceptar la donación por un acto posterior al que contiene el ofrecimiento del donante; desde que el donatario ha aceptado, su voluntad existe y se ha manifestado por una acta auténtica. ¿Basta esto para que sea perfecta la donación? Nó, el Código agrega que la donación, aunque sea aceptada, no tendrá efecto, con relación al donante, sino desde el día en que el acta en que conste dicha aceptación le haya sido notificada, lo cual prueba que el contrato no se forma sino desde el momento en que el donante, es decir, el ofertante, ha adquirido el conocimiento de la aceptación del donatario. Inútilmente dicen que no debe hacerse caso del art. 932 porque trata de un contrato solemne, pues la objeción confunde la solemnidad con el hecho jurídico que debe ser expresado en una forma solemne. Lo que hay de solemne en la aceptación es la forma auténtica en que debe hacerse, y lo que hay de solemne en el conocimiento que el donante debe tener de la aceptación, es que debe serle notificado por medio de una acta de escribano; pero la aceptación no es una solemnidad especial de la donación ni, por consiguiente, el conocimiento que el donante debe tener de la aceptación.

Se opone el art. 1,121. Se hace una estipulación para un

tercero como condición de una donación. ¿Es esto un verdadero ofrecimiento que hace el estipulante? ¿Hasta cuándo puede revocar este ofrecimiento? El art. 1,121 responde que no puede revocarlo si el tercero ha declarado querer aprovecharlo, de donde se deduce que el estipulante está ligado desde el momento de la aceptación y antes de que haya llegado á su conocimiento. Nos parece que la conclusión excede de los términos de la ley, pues no dice el art. 1,121 que el estipulante no debe tener conocimiento de la aceptación, y como la ley no previó la dificultad, es imposible que la resuelva. Este es, en definitiva, un argumento tomado del silencio de la ley, y estos argumentos tienen poca importancia. Suministra una objeción más seria el art. 1,985, pues prescribe que la aceptación del mandato puede ser tácita y resultar de la ejecución que le ha dado el mandatario. Se puede decir que la ley supone una ejecución que se hace á vista y con consentimiento del mandante; tal es, en efecto, el mandato tácito, muy frecuente, que el marido da á la mujer desde el instante en que se celebra el matrimonio, para dirigir la casa y contratar, por consiguiente, en nombre del marido todas las obligaciones necesarias. En este caso no se necesita que sea ejecutado el mandato, pues basta que el matrimonio se haya celebrado, para que, por el conocimiento tácito de los esposos, se forme el mandato. Esto, sin embargo, no responde á la objeción, porque el art. 1,985 es general y no exige que el mandante conozca la ejecución dada al mandato para que el contrato se forme, y si esto es un contrato que se forma por el concurso de voluntades tácitas, ¿por qué no será lo mismo cuando el conocimiento es expreso? Nos parece que la respuesta se encuentra en la naturaleza particular del mandato; el mandante da poder al mandatario para proceder inmediatamente, sin declarar previamente que ha aceptado el mandato, porque el

interés de este contrato exige frecuentemente su ejecución inmediata, y el mandante consiente, pues, en ratificar lo que haga el mandatario antes de saber si aceptará el encargo de hacerlo, siendo, en definitiva, una disposición especial al mandato, y de la que no puede hacerse una regla general porque se oponen los principios.

Nuestra opinión está confirmada por una sentencia muy bien motivada de la Corte de Bruselas, (1) y la jurisprudencia francesa está en el mismo sentido. Se ha juzgado muchas veces que el que pide al gerente de una sociedad su comprendido con determinado número de acciones, en la subscripción que se hace, está ligado por esta petición hasta que el gerente le haya informado que se le han conferido las acciones. Estas decisiones son tanto más notables cuanto que han tenido lugar en circunstancias en que se podía sostener que el ofertante no debía ser informado de la resolución dada á su petición, pues los estatutos de las sociedades prescriben que las peticiones sean inscriptas, de donde puede inferirse que la inscripción equivale á aceptación; pero la Corte de París no se ha contentado con esta opinión, pues exige que el gerente informe al subscriptor que ha sido acordada su petición y los términos en que lo ha sido. (2)

480. Los principios que acabamos de exponer respecto del ofrecimiento y la aceptación, se aplican tanto á los contratos judiciales como á todas clases de convenios. Sucede muy frecuentemente que una de las partes hace ofrecimien-

1 Bruselas, 25 de Febrero de 1801 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 121, y Dalloz, 1867, 2, 191) Compárense en sentido diverso los autores citados por Aubry y Rau, t. 4º, pág. 394, nota 24. Conviene añadir y decir que defiende muy bien nuestra opinión en teoría, en el folleto titulado: *De telegraphie inhare rechtsgevolgen* (1867, págs. 91 y 92).

2 París, 10 de Agosto de 1850 (Dalloz, 1852, 2, 127); 11 de Enero de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 139), y dos sentencias del 22 de Enero de 1853 (Dalloz, 1854, 2, 258, 259), y 16 de Noviembre de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 126).

tos en el curso de un juicio, en la audiencia, los cuales son simples peticiones que no obligan al ofertante sino cuando son aceptadas por la otra parte; esto se hace generalmente pidiendo acta del ofrecimiento y de la aceptación; es decir, que el escribano hace constar en una hoja de los autos lo que se ha dicho. Pero no es necesario que el juez dé acta á la parte en favor de quien se hizo el ofrecimiento, pues basta que acepte, porque la aceptación queda en los términos del derecho común cuando las declaraciones se hacen en juicio. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo sobre estos principios. (1)

481. Los ofrecimientos hechos y retirados antes de la aceptación, pueden causar un perjuicio á quien fueron dirigidos, preguntándose si el ofertante está obligado á indemnizarlo. Pothier responde afirmativamente y supone que después de haber hecho el ofrecimiento, el ofertante lo retira; muere ó queda privado del uso de la razón. El contrato no puede formarse aunque la aceptación haya tenido lugar en la ignorancia de la denuncia ó del cambio de voluntad de quien hizo el ofrecimiento. Pero, dice Pothier, si mi carta ha causado algún daño á mi correspondiente, por ejemplo, que haya bajado el precio de las mercancías y el comerciante haya perdido una ocasión que se le presentaba para venderlas antes de la baja, estaré obligado á indemnizarle en virtud de la regla de equidad, que dice que ninguna persona debe sufrir por el hecho de otra. Los autores modernos son de la misma opinión; (2) pero nos parece que no puede sentarse como regla absoluta la obligación, para el ofertante, de reparar el daño que experimenta la otra parte por la retractación del ofrecimiento.

1 Merlin, *Recopilación*, en la palabra *Contrato Judicial*. Larombière, t. 1<sup>o</sup>, pág. 13, núm. 16 del art. 1,101. Véanse las sentencias insertadas por Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 92.

2 Pothier, *De la Venta*, núm. 32. Aubry y Rau, t. 4<sup>o</sup>, pág. 293, nota 17. Demolombe, t. 24, pág. 68, núm. 71.

El que retira un ofrecimiento hace lo que tiene derecho de hacer, y el que usa de un derecho no causa perjuicio á otra persona, y en este sentido no debe reparar el daño que resulta del ejercicio de su derecho. Inútilmente se dirá que ha causado esta pérdida por su hecho, pues se necesita algo más que el hecho del daño; se necesita una falta para que haya lugar á la acción de daños y perjuicios (art. 1,147.) ¿Puede invocarse el art. 1,382, según el cual, todo "hecho" del hombre que causa un daño á otro, debe repararlo el que lo causa, aun cuando la "falta" provenga del dañado? El texto mismo que se cita arguye contra la doctrina que debería apoyar, pues exige que haya una falta, y, en el caso, no hay ninguna, porque no se puede decir que por el hecho de ofrecer á la otra parte, haya experimentado el daño; podría atenderse á la retractación del ofrecimiento, pues nada le impedía aprovechar la ocasión de vender, y si no lo ha hecho, ha sido, sin duda, porque tenía algún interés, haciendo un falso cálculo y una mala especulación, por la que no puede hacer responsable á otro.

### § III.—DE LA EXPRESIÓN DEL CONSENTIMIENTO.

482. La ley nada dice respecto del modo en que debe expresarse el consentimiento. No es necesario que la voluntad se declare por palabras, pues siempre que por un signo ó por un gesto la parte interesada declare suficientemente que quiere, existe el consentimiento, y, por consiguiente, se forma el contrato, lo cual es de derecho natural y de tradición. Por aplicación de este principio, se admite que los sordomudos válidamente manifiesten su voluntad por medio de signos, (1) y también puede expresarse el consentimiento por medio de hechos, que es

1 Véase el tomo II de estos *Principios*, pág. 183, núm. 125.

lo que constituye el consentimiento tácito, el cual siempre ha estado colocado en la misma línea que el consentimiento expreso. Se conoce el antiguo proverbio: *Eadem vis est taciti atque expressi consensús*. El Código Civil consagra esta máxima de derecho natural por las aplicaciones que hace. Hemos mencionado el mandato tácito, que es el más usual de los contratos, puesto que se forma en todas las familias, y subsiste regularmente durante el matrimonio (art. 1,985). Hay otro contrato muy usual y que se forma frecuentemente por el consentimiento tácito, y es el arrendamiento cuando hay subarrendamiento tácito (art. 1,759). El mismo principio se aplica á toda clase de contratos. (1) Se necesita que los hechos de los que se induce el consentimiento no dejen ninguna duda respecto de la voluntad de quien consiente, porque debe cuidarse de no confundir el consentimiento tácito con el consentimiento presunto. El consentimiento no se presume jamás, pues se necesita nuestra voluntad positiva para obligarnos y para adquirir un derecho.

483. Este principio resuelve una cuestión que se ha querido discutir en la escuela, y que muchas veces se ha presentado ante los tribunales. Se pregunta si el silencio equivale al consentimiento, y hay sobre este punto un proverbio antiguo que dice: *Qui tacet consentire videtur*; pero esto no es exacto. Cuando yo guardo silencio, no manifiesto ninguna voluntad, como dice muy bien Massé en su "Derecho Mercantil:" yo no digo nó, pero tampoco digo sí. Mi silencio no manifiesta más que la intención de callar y de no tomar ningún partido. Lo que engaña á las personas extrañas al derecho, es que muchas veces el contrato se forma, aunque una de las partes guarde silencio; pero el silencio solo no produce este efecto, sino que re.

(1) Toullier, t. 3º, 2, pág. 23, núm. 33. Aubry y Rau, t. 4º, pág. 293, nota 19, pfo. 343.

sulta de hechos que lo acompañan y que le dan una significación que no tiene por sí mismo. El adagio "quien calla otorga," es verdad cuando el que calla tenía obligación de responder, pues si no estaba obligado, el silencio no produce ningún efecto, porque faltando el consentimiento ningún contrato puede formarse. ¿Cuándo puede decirse que el que calla está obligado á responder? La dificultad se presenta sobre todo en la correspondencia entre comerciantes: remitimos á nuestros lectores á la excelente obra de Massé que prevee los diversos casos y decide las cuestiones según la variedad de circunstancias, (1) limitándonos tan sólo á tomar un ejemplo de la jurisprudencia.

La Corte de Casación ha resuelto, en derecho, que el silencio de quien se pretende obligado no puede bastar, á falta de otra circunstancia, para hacer prueba contra él, de la obligación alegada. (2) ¿Cuáles son las circunstancias que da el efecto de aceptación al silencio? Esta es, evidentemente, una cuestión de hecho, y el Tribunal de Comercio de Burdeos la ha resuelto muy bien en un fallo en que la Corte adoptó los motivos. Se objetará, en el caso, que nadie está obligado á responder á las cartas de ofrecimiento que recibe. Sin duda, dice el Tribunal, pero es de jurisprudencia y de antigua tradición, que cuando un negociante recibe una carta que contiene una orden de expedición, de una persona con la que está en relaciones mercantiles, la falta de respuesta en un prolongado tiempo puede constituir por su parte una aceptación tácita que hace perfectamente el trato. El Tribunal agrega que si el que recibe la carta pudiera dejarla sin respuesta, se reservaría la facultad de aceptar ó de rehusar, según la suerte

1 Massé, *El Derecho Mercantil*, 2ª edición, t. 3º, pág. 44, números 1,459 y siguientes.

2 Casación, 22 de Mayo de 1870 (*Dalloz*, 1870, 1, 257).

de ganancia ó de pérdida que presentara el trato, en tanto que el que hace el ofrecimiento quedaría expuesto á un grave perjuicio si, contando con una aceptación, había contraído obligaciones que una repulsa tardía le ponía en la imposibilidad de cumplir. A esto se llegó en el caso. El comerciante, que había recibido una orden para vender 100,000 kilogramos de brea clara, había comenzado por ejecutar el negocio cuando los precios tuvieron una alza importante, y entonces pretendió que no estaba ligado; estas reticencias corresponden al dolo y deshonoran al comercio. A los tribunales consulares corresponde mantener la buena fe que debería ser el alma de las relaciones mercantiles. (1)

#### § IV.—DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.

*Núm. 1. ¿Cuáles son las causas que vician el consentimiento?*

484. Según el art. 1,109, “no hay consentimiento válido si se ha dado por error ó si se ha arrancado por violencia, ó sorprendido por dolo.” La ley dice que el consentimiento no es “válido,” lo que quiere decir que hay consentimiento, pero que está viciado y en razón de este vicio es nulo, y la nulidad del consentimiento entraña la nulidad del contrato (art. 1,117). Los vicios anulan el contrato, pero no le impiden existir (núm. 453), y no hay ninguna diferencia respecto de esto entre el error y las otras causas que vician el consentimiento. Sin embargo, se lee en las leyes romanas, y los autores modernos lo repiten, que el error es algo más que un vicio; que quien consiente por error no consiente realmente; lo que conduciría á la consecuencia que un contrato viciado por error es un contrato inexistente. Dejamos á un lado el derecho romano para atenernos á la fuente inmediata del Código. Escuchamos á

1 Burdeos, 3 de Junio de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 166).

Pothier quien distingue y su distinción ha sido reproducida implícitamente por el art. 1,110.

Hay casos en que el error produce el efecto de hacer inexistente el contrato, y otros en que el error, lo mismo que el dolo y la violencia, no hacen más que viciar el consentimiento y el contrato. ¿Cuándo hace el error que no haya consentimiento? Pothier responde: "Los convenios se forman por el consentimiento de las partes, y *no puede haber consentimiento* cuando las partes han errado sobre el objeto de un convenio;" pero esto no quiere decir que si no hay consentimiento no haya contrato, porque sea inexistente.

Pothier explica en seguida en qué casos hace el error que no haya consentimiento. Nosotros ya los hemos expuesto al tratar de la inexistencia de los contratos. El error recae sobre la naturaleza del convenio: quiere usted vender y yo entiendo alquilar; no hay ni venta ni arrendamiento, porque nuestras voluntades no concuerdan sobre ninguno de los dos contratos, y no se concibe contrato sin concurso de voluntad. Usted quiere vender y yo quiero comprar; pero usted entiende vender tal cosa y yo entiendo comprar otra: no hay venta, porque nuestras voluntades no concurren sobre un elemento esencial de la venta, cual es la cosa de que es objeto. Lo mismo será si hay disentimiento respecto del precio, y en todos estos casos, dice Pothier, no hay consentimiento, y, por lo mismo, no hay contrato. (1)

El Código no habla del error sobre la naturaleza del contrato ó sobre sus condiciones, sino únicamente del error sobre la substancia de la cosa; es decir, sobre las cualidades esenciales, como acabamos de explicarlo. Este error, lo mismo que la violencia y el dolo, no impide que exista el consentimiento, pues hay concurso de voluntades y hay

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 17.

consentimiento; solamente el error en que se encuentran las partes, hace que su consentimiento esté viciado, pues no hay contrato sino en razón de este error; y si no lo hubiesen tenido sobre la calidad de la cosa, no habrían contratado; lo mismo que no lo habrían hecho si les hubieran arrancado el consentimiento por violencia ó sorprendido por dolo. En todos estos casos hay consentimiento, pero éste está viciado; hay contrato, pero es nulo. Tal es la teoría del Código, muy exacta por cierto. (1)

485. El art. 1,118 dice que “la lesión no vicia los convenios más que en ciertos contratos ó respecto de ciertas personas.” Estos contratos son la partición y la venta, y las personas son los menores. ¿Por qué no vicia el consentimiento la lesión? Porque no se puede decir con precisión que las partes no habrían contratado si hubiesen conocido la lesión al tiempo de celebrarse el contrato. La lesión es una especie de error que recae sobre el valor de la cosa que es objeto de un contrato, resultando de ella que una parte experimenta una pérdida, en tanto que la otra adquiere una ganancia, y, por lo mismo, no hay igualdad entre las partes contratantes. Así, pues, la cuestión está en saber si la igualdad es de la esencia de los contratos. No se presenta más que con los contratos conmutativos: en teoría, como lo dice la definición del art. 1,104, la cosa recibida por cada parte debe ser el “equivalente” de lo que da, y este equivalente la supone igualdad. Resta saber si la desigualdad que resulta del valor es un vicio que haga anulable el contrato. Si el valor de las cosas era absoluto, podría sostenerse que la desigualdad vicia el consentimiento, pues las partes no contratan, sino en la inteligencia de igualdad. Pero nada hay más variable que el valor de las cosas, y esta variación no depende solamente de las

1 Los autores, sin distinguir, dicen que el error excluye el consentimiento (Aubry y Rau, t. 4º, pág. 206, nota 1).

circunstancias del tiempo y del lugar, sino que depende, ante todo, de las necesidades, de los gustos y de las pasiones de los que contratan. Yo pago 1,000 francos por lo que no vale más que 500. Hé aquí en apariencia una lesión enorme, una desigualdad que vicia mi consentimiento. En realidad, la cosa puede tener para mí este valor, porque todo es relativo en esta materia. Si se había admitido la lesión como un vicio, debió distinguirse el valor relativo del valor mercantil, y ¿cómo establecer que una cosa que, bajo el punto de vista mercantil, no vale más que 500 francos, tiene un valor mucho más grande para el que paga por ella 1,000? ¿Cómo valuar los sentimientos y las pasiones? Esto es imposible. Y aunque fuera posible, la teoría de la lesión daría lugar á un sinnúmero de controversias, porque en el momento del contrato creen las dos partes hacer un buen negocio, pues de lo contrario no contratarían; después una se apercibe de que ha sido engañada, y todo mal cálculo vendrá á ser la fuente de un juicio y ningún contrato estaría al abrigo de la acción de nulidad. (1)

Así, pues, el legislador ha hecho bien en no aceptar la lesión como un vicio del consentimiento. Si se admite en la partición, es porque la igualdad es esencial en este contrato, que no viene á ser más que una liquidación, y en la venta hay, en favor del vendedor, algunas consideraciones particulares de equidad que justifican la rescisión por causa de una lesión enorme; pero todavía no la aprobado el Consejo de Estado, apesar de haber estado bajo la presión del primer Cónsul, como lo dirémos en el título "De la Venta." En cuanto á los menores, la lesión se exige como prueba de su incapacidad: hablaremos de este punto al tratar de la capacidad de las partes contratantes.

1 Durantón, t. 10, pág. 200, núms. 200 y 201.

*Núm. 2. Del error.*

486. ¿Qué es error, y por qué vicia el consentimiento? El error consiste en creer verdad lo que es falso, ó creer falso lo que es verdad. Esta es la definición de Doneau. (1) Los textos romanos lo califican de ignorancia de hecho ó de derecho. Doneau dice bien que la ignorancia difiere del error, pues consiste en no saber una cosa, y es fuente de errores inevitables, porque nos engañamos por lo que ignoramos. Tal es el error de derecho: consentimos, porque ignoramos el derecho. Así, pues, si se puede decir que en teoría la ignorancia no vicia el consentimiento, es que en rigor puede haber ignorancia sin que haya error, y por lo general el rigor acompaña la ignorancia, y de aquí la fraseología del derecho romano.

487. No todo error vicia el consentimiento. La flaqueza humana es tal que los hombres pasan continuamente de un error á otro, pues la verdad absoluta no existe más que en Dios. El legislador, pues, ha debido determinar cuáles son los errores que tienen más gravedad y que vician el consentimiento de las partes contratantes. Según el art. 1,110, el error no es causa de nulidad sino cuando es substancial, y no tiene este carácter sino en dos casos: desde luego, cuando recae sobre la substancia de la cosa que es objeto del contrato; y después, cuando hay error sobre la persona, y la consideración de la persona ha sido la causa principal del convenio. Estos términos del art. 1,110 nos revelan el espíritu de la ley: para que el error sea un vicio del consentimiento se necesita que el juez pueda ser convencido de que la parte no se habría obligado si no hubiese estado en este error. (2) Esta es la teoría de Do-

1 Doneau, *Comentario*, lib. 2º, cap. 20, pfo. 5 (t. 1º, pág. 155).

2 Bigot. Eréameneu, *Exposición de Motivos*, núm. 10 (Loché, t. 4º, pág. 150).

mat, que sienta el principio que ha reproducido Bigot-Prémeneu: "Si el error de hecho es tal que sea evidente que quien ha errado no ha consentido en el convenio más que por haber ignorado la verdad de un hecho y de modo que el convenio se encuentre sin otro fundamento que un hecho contrario á esta verdad que era desconocida, este error bastará para anular el convenio." (1) Tal es también la teoría en lo relativo á otros vicios del consentimiento, pues el art. 1,116 lo dice del dolo: hay causa de nulidad de un convenio, cuando las maniobras practicadas por una de las partes son tales que es evidente que, sin estas maniobras, la otra parte no habría contratado. Lo mismo sucede con la violencia: si yo no consiento sino porque se me ha arrancado el consentimiento, es cierto que no habré consentido. El principio formulado por Domat domina, pues, en esta materia.

### *I. Del error sobre la cosa.*

488. Dice el art. 1,110: "El error no es causa de nulidad en el convenio sino cuando recae sobre la *substancia* misma de la cosa que tiene por objeto." ¿Qué debe entenderse por error sobre la "substancia de la cosa?" Hay alguna incertidumbre, respecto de este punto, en la doctrina. Es cierto que la ley no entiende hablar del error sobre el objeto del convenio, pues nosotros acabamos de decir, conformes con Pothier, que este error es más que un vicio, pues hace que no haya contrato. Pothier nos dirá también lo que conviene entender por error de la substancia de la cosa. "El error anula el convenio siempre que recae sobre la cualidad de la cosa que las partes han tenido principalmente en vista y que constituye la substancia de esta cosa." (2) El error sobre la substancia es, pues, un

1 Domat, *Leyes Civiles*, lib. 1º, tít. 18, sec. 1ª, num. 6, pág. 149.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 18.

error sobre las cualidades; pero no todo error sobre las cualidades es substancial, porque se necesita que recaiga sobre una cualidad principal, y la intención de las partes será la que decida si una cualidad es ó no principal, para lo que es necesario ver lo que han tenido presente las partes que han contratado. Este es el caso de aplicar el principio de Domat: "Las partes no habrían contratado si hubiesen sabido que la cosa no tenía la cualidad que suponían, pues entonces el error será substancial y viciará el consentimiento; si, por el contrario, las partes hubieran contratado, aun cuando hubieran sabido que la cosa no tenía tal cualidad, el error no viciará el consentimiento y no anulará el contrato. Esto es lo que dicen Domat y Pothier, que son los verdaderos autores del Código Civil. La cuestión es, pues, en definitiva, una cuestión de intención que el juez debe decidir conforme á las circunstancias del juicio.

489. Casi todos los autores dan otra definición que debemos hacer conocer, porque, en nuestro concepto, es falsa y conduce á consecuencias que están en oposición con la principal, que es la que formulan Domat y Pothier. Por substancia de la cosa, dicen los editores de Zachariæ, se debe entender no solamente los elementos materiales que la componen, sino también las propiedades cuya reunión determina su naturaleza específica y la distingue, según las nociones comunes, de las cosas de cualquiera otra especie. Marcadé admite la definición, precisándola, "La cualidad substancial es toda cualidad que, no siendo susceptible de más ó de menos, hace pasar al objeto en tal ó cual especie, según que esta cualidad existe ó no existe." En fin, M. Colmet de Santerre, en su excelente continuación de Demante, precisa todavía la ventaja, pero nos parece que precisándola ha revelado lo que tiene de errónea la definición: "Las cualidades que constituyen las substancias, son aque-

llas cuya falta quita la naturaleza á la cosa, y la altera de tal modo que viene á ser *otra cosa*, un *sér distinto* que el que debía ser objeto del convenio." (1) Nosotros desechamos esta definición desde luego, porque resultaría que el vicio del consentimiento sería una falta de consentimiento, puesto que el error sobre la substancia, siendo un error sobre la "cosa," sobre el "sér" que debe formar el objeto del contrato, no dejaría que hubiera consentimiento, ni tampoco contrato. Esta consecuencia es inadmisibile, puesto que está en contradicción con la doctrina de Pothier, que es la que los autores del Código han seguido, y sobre este punto no puede haber ninguna duda. Rechazamos también la definición, porque hace de una cuestión de derecho una cuestión material en el sentido de que la falta de tales ó cuales cualidades materiales hará que el error sea ó no sea substancial. Esto no es lo que dice Pothier, pues quiere que se consulte la intención de las partes contratantes, esto es, la cualidad que han tenido principalmente á la vista, que es la cualidad substancial, y el error sobre esta cualidad viciará su consentimiento aun cuando el "sér" no cambiara en razón de la falta de esta cualidad. Dejemos estas abstracciones y veamos qué consecuencias han deducido los editores de Zachariæ de su definición, pues á nuestro entender las consecuencias prueban contra el principio que de ellas emanan.

490. Cuando el error recae sobre la antigüedad, sobre el origen de la cosa, no vicia el consentimiento, dicen MM. Aubry y Rau. En efecto, la cosa no cambia de especie, el ser queda el mismo, cualquiera que sea su origen ó su antigüedad, y, materialmente, esto es verdad. ¿Pero es lo

1 Aubry y Rau, t. 4º, pág. 296, pfo. 243 *bis*. Marcadé, t. 4º, página 352, núm. 2 del art. 1,110. Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 5º, pág. 16, núm. 61 *bis*, 2º.

mismo si se consulta la intención de las partes, como quiere Pothier? ¿No debe decirse con Domat: el que compra una estatua que creía griega, no la habría comprado si hubiera sabido que era moderna, y, por lo mismo, estará viciado su consentimiento? Se responde que el error no anulará el contrato sino cuando las partes hayan tratado en vista de esta cualidad, indicada ó precisada, y se concluye de aquí que la venta de monedas que el comprador creía antiguas, ó de un cuadro que el comprador suponía de tal maestro, debería ser sostenida, á pesar de su error, si las partes no se habían explicado sobre estas cualidades, y si el vendedor no tenía que reprocharse un encubrimiento fraudulento de la verdad. Nosotros decimos que esta es una cuestión de intención, y que la intención puede probarse por las circunstancias, agregando que debe hacerse abstracción de todo fraude, porque no se trata de dolo sino de error, y el Código no exige, para que haya error, que una de las partes haya usado de encubrimientos fraudulentos. La mayor parte de los autores están en este sentido y también aceptan la definición de Zachariæ. (1) La jurisprudencia, más prudente que la doctrina, se ha abstenido de definir las cualidades substanciales, y decide conforme á las circunstancias, en lo cual es fiel al pensamiento de Pothier y de Domat, que han inspirado á los autores del Código Civil.

491. Se ha juzgado que la venta de objetos de orfebrería que presentan la forma de la platería que se usaba en el siglo XVII, es válida, aunque la fabricación sea moderna. En el caso, los objetos no habían sido comprados como antiguos, pues llevaban la marca de un grabador moderno, y su mérito, por lo demás, era incontestable. En

1 Aubry y Rau, t. 4º, págs. 296 y siguientes, nota 2 del pfo. 343 bis. En sentido contrario, Marcadé y Colmet de Santerre. Compárese Demolombe, t. 24, pág. 92, núms. 29 y siguientes.

estas circunstancias, no podía tratarse de un error sobre las cualidades substanciales de la cosa. (1)

Una persona compró, en una venta pública, un sable en 1,850 francos; el catálogo decía que el sable era oriental, y el juicio verbal de adjudicación decía formalmente que la venta había tenido lugar sin garantía del título. El comprador, que creyó haber hecho un buen negocio, se arrepintió, sosteniendo que el título era inferior al precio que se le daba, por el grabador extranjero. Esta aseveración era falsa, y en realidad el sable había sido comprado como obra de arte y en razón de su origen oriental pero como el origen no era discutido, no podía pasar por una cualidad sustancial. El comprador, dice la Corte de Casación, ha hecho una mala especulación y no puede culpar al vendedor. (2)

492. La venta de cuadros da lugar á frecuentes discusiones y hay sentencias contradictorias en apariencia; pero la contrariedad de las decisiones es natural, pues depende de la intención de las partes contratantes; es decir, que las circunstancias del juicio y éstas varían en todos los juicios. El Tribunal de la Seine había resuelto en derecho, según la doctrina de Zachariæ, que no debía considerarse como condición esencial del negocio que el cuadro fuese del maestro designado en el convenio, atendiendo á que no había habido estipulación formal en cuanto al nombre del autor á quien se atribuía el cuadro. Esta decisión fué reformada en Apelación. La Corte dice que debe considerarse como formando parte de la cosa, y perteneciente á su substancia, el nombre del autor de una obra de arte, como por ejemplo, cuando este nombre haya entrado en el convenio formando la condición esencial. En el ca-

1 Fallo del Tribunal de Seine, 28 de Junio de 1862 (Daloz, 1863, 3, 24)

2 Casación, 13 de Enero de 1864 (Daloz, 1864, 1, 162).

so, el nombre del pintor había entrado en la venta de un cuadro de flores, más que el cuadro mismo, pues había dado lugar á que el nombre fuese una cualidad que las partes habían tenido en consideración principalmente y que no habrían tratado si el comprador hubiese sabido que el cuadro no era del maestro á quien lo atribuía el convenio. (1)

Tal es, ciertamente, la regla general en las ventas de cuadros. Hay muchas veces mala fe por parte del vendedor que atribuye al cuadro el nombre de un gran maestro, y en este caso hay dolo, y, por consiguiente, error, ó cuando menos, la mala fe prueba que el nombre del pintor es la condición esencial del contrato y que faltando ésta no habría compra. La Corte de París dice, en razón, que la buena fe, de la cual la moral y la ley hacen la condición esencial de los contratos, debe ser exigida cuando tiene por objeto obras que toman su valor principal del nombre y de la reputación de sus autores. (2)

Sin embargo, esta regla no es absoluta. La Corte de Bruselas no ha escuchado á un comerciante de cuadros que venía quejándose de que le habían vendido como antiguos unos cuadros imitados por un pintor de Amberes que hacía profesión de esta especie de superchería: ¿sería fácil que por la bagatela de 10,000 francos comprara un comerciante cuatro cuadros de Rembrandt, de Ruysdael, de Dewit y de Rubéns? (3) Algunas veces hay duda respecto del nombre de los pintores cuando se trata de un cuadro antiguo: si el vendedor dice que es un Andrés del Sarto, pero sin garantizar nada, los tribunales pueden resolver que no hay error. (4)

1 París, 9 de Enero de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 67).

2 París, 29 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 175). Compárese Donai, 21 de Mayo de 1846 (Dalloz, 1846, 4, 509).

3 Bruselas, 26 de Enero de 1855 (*Pasicrisis*, 1856, 2, 49, y Dalloz, 1857, 2, 110).

4 Casación, 6 de Diciembre de 1814 (Dalloz, en la palabra *Venta*, número 123).

493. Los fallos que acabamos de citar no han sido motivados con el rigor que siempre debe poner el jurisconsulto en sus decisiones, y muchas veces domina un principio. ¿Habrían contratado las partes si tal cualidad no existiera? ¿O la ausencia de esta cualidad no les habría impedido tratar? Hay sentencias en las cuales se ha invocado este motivo para resolver, lo cual es, en nuestro concepto, la consideración determinante. Yo obtengo un privilegio por un método caligráfico que consiste en un procedimiento mecánico por medio del cual, en un espacio de 6 á 7 días, puede aprender á escribir toda persona dotada de una inteligencia vulgar. Vendo este método. El comprador pide la nulidad de la venta, porque los resultados prometidos por el vendedor no se pueden obtener en el plazo fijado y hay error sobre la substancia de la cosa. Se ha juzgado que el contrato era nulo porque es evidente que el comprador no habría comprado si hubiese conocido la poca eficacia del método que se proponía adquirir. (1)

Se han dictado resoluciones contradictorias en el siguiente caso. Dos cultivadores compran trigo inglés, de Marzo, destinado á sembrarse en la Primavera, y no levantó. Se sostiene que el trigo no tenía la calidad en razón de la que había sido comprado; el Tribunal de Douai anuló la venta porque hubo error sobre la substancia de la cosa, es decir, sobre las cualidades esenciales é inherentes al objeto que las partes habían tenido en consideración principalmente para contratar. Este fallo fué confirmado por una sentencia de casación.

La Corte de Douai ha dictado una sentencia en sentido contrario, no sobre la cuestión de principio sino en razón de una circunstancia de hecho: se quejaba el cultivador de los malos resultados de su cosecha, que había sembra-

1 Grenoble, 27 de Mayo de 1831 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 134).

do el mes de Abril, en lugar de haberlo hecho en el de Marzo; y por lo demás, no habría ningún error ni sobre la cosa ni sobre sus cualidades substanciales. (1) Se ve que en esta materia todo viene á ser cuestión de hecho,

494. Se presentó ante la Corte de Casación un caso muy singular: se licitó la nuda propiedad de un dominio; el acta de cargas dice que el adjudicatario no entraría en goce sino después de la muerte del usufructuario, y se encuentra con que, la víspera de la adjudicación, el usufructuario había muerto sin que los vendedores ni el adjudicatario tuviesen conocimiento de la muerte. Un acreedor de la sucesión, ejerciendo los derechos de los vendedores, pide la nulidad de la venta por causa de error sobre la substancia de la cosa vendida, y la Corte de París declara la nulidad. Recurso de casación. El demandante trata de transformar la cuestión de hecho en cuestión de derecho. El usufructo, dice, es una servidumbre, y si se descubre, después de la venta, que la cosa está libre de una servidumbre real, no se diría ciertamente que haya habido error sobre la substancia de la cosa, debiendo ser lo mismo respecto de una servidumbre personal. Esto era cambiar la cuestión. ¿Qué es lo que las partes habían entendido vender y comprar? La nuda propiedad de un dominio. Y de hecho, ¿cuál era, sin saberlo, el objeto de la venta? La plena propiedad de este dominio. Había, pues, un error común que recaía sobre una cualidad substancial que las partes habían tenido en consideración, y, por lo mismo, el consentimiento estaba viciado y la venta era nula. (2)

495. El error puede encontrarse en todos los contratos, aunque sea invocado generalmente en materia de venta, y es evidente que los principios son los mismos. Un man-

1 Casación, 24 de Junio de 1867, de la Sala Civil. Douai, 2 de Febrero de 1865 (Daloz, 1867, 1, 248).

2 Casación, 8 de Marzo de 1868 (Daloz, 1868, 1, 277).

datario encargado de la venta de lanas, recibe un telegrama que le da orden de vender á 139 francos, y él vende á 140; pero se encuentra con que la cifra marcada por el mandante había sido mal puesta por la administración, pues había dado comisión de vender á 165 francos. La Corte de Amiéns decide que el error vicia todos los contratos hechos por error, y autoriza para pedir la rescisión, pues el consentimiento del mandatario, en el caso, no se había dado sino por consecuencia de un error; no habría vendido á 140 si hubiera tenido conocimiento del verdadero mandato que no le autorizaba á vender más que á 165, y había, pues, lugar de anular lo que el mandatario había hecho. El comprador demanda por daños y perjuicios al mandante, pues debió, dicen, recomendar el telegrama. Se responde que la recomendación no era una obligación legal y que, por lo mismo, no había ninguna falta que reprochar al mandante y que los únicos culpables eran los telegrafistas. (1)

496. No deben considerarse como error substancial los falsos cálculos que hacen los partes al contratar y las esperanzas engañosas á que se entreguen. Esta es la historia de las sociedades industriales: se cree hacer una excelente especulación, y se encuentra con que es ruinososa. De aquí juicios que no pueden conducir más que á dar, un poco tarde, una lección de prudencia á los que creen fácilmente en ganancias fabulosas. Una sociedad en participación se formó para la construcción y explotación de una fábrica de pólvora en Prusia. El capital social no debía exceder de 25,000 francos y había de producir un beneficio anual de 80,000 francos. En lugar de utilidades hubo pérdidas, lo que dió lugar á una acción judicial para proceder á la liquidación. Dos asociados pretendían que habían sido inducidos á error sobre el objeto del convenio y pedían la nu-

1 Amiéns, 11 de Mayo de 1854 (Daloz, 1850, 2, 147).

lidad. La Corte de Bruselas decide que los contratantes tenían todos los elementos necesarios para esclarecer su decisión y que habían creído muy ligeramente en las alegaciones de un coasociado, debiendo, por lo tanto, imputarse á sí mismos las consecuencias de su credulidad. Los demandantes, entre otras quejas, sostenían que había error sobre la substancia de la cosa, pues habían creído, al contratar, que las caídas de agua que eran la base de la explotación, tenían una fuerza que en realidad no poseían. ¿Era este un error substancial? Este era el verdadero punto de la dificultad. Se ha juzgado que la caída de agua había sido entregada á la asociación, y que si no tenía la fuerza con que se contaba para la producción, era porque las apreciaciones de las partes habían sido evidentemente exageradas, sin que pudiesen decir que había habido error sobre la substancia de la cosa. (1) Sobre este punto habría objeciones que hacer. ¿La cualidad esencial de una caída de agua no es la de tener la fuerza que se le supone? ¿Y si hay error respecto de esto, será substancial?

La misma Corte ha juzgado que el error sobre el estado más ó menos próspero de un comercio cedido, no constituye un error sobre la substancia de la cosa. En el caso no podía haber duda, porque el negocio tenía solamente por objeto el fondo del comercio, y no era cuestión de que estuviese acreditado. (2)

## II. *Del error sobre la persona.*

497. Según el art. 1,110, "el error no es causa de nulidad sino cuando recae sobre la persona con quien se ha tenido intención de tratar, á menos que la consideración de esta persona no sea la causa principal del convenio." Esta decisión del Código confirma el principio que acaba-

1 Amiéns, 11 de Mayo de 1854 (Daloz, 1859, 2, 147).

2 Bruselas, 18 de Abril de 1864 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 99).

mos de desarrollar. Se trata de saber si el error sobre la persona es substancial. La ley dice que sí, siempre que este error sea la causa principal del convenio; es decir, si el convenio no ha sido hecho más que en razón de este error, de modo que si no hubiese existido dicho error, no se habría contratado. Esta es la explicación del principio formulado por Domat, y Pothier dice lo mismo, aunque con menos precisión. Siempre, dice, que la consideración de la persona con quien yo quiero contratar “entre por cualquier motivo” en el convenio que quiero hacer, el error destruye mi consentimiento, y, por consiguiente, hace nulo el convenio. (1) Si se toma esta explicación al pie de la letra, todo error sobre la persona sería un vicio de consentimiento, por poco que influya sobre las partes contratantes, y dudamos que tal sea el pensamiento de Pothier; los autores del Código, en todo caso, han hecho bien de precisarla para ponerla en armonía con el principio dominante en esta materia.

498. ¿Cuándo puede decirse que la consideración de la persona es la causa principal del convenio? Esta es una cuestión de hecho, puesto que depende de la intención de las partes contratantes, pero el hecho corresponde también al derecho, en el sentido de que la naturaleza de los contratos sirve para explicar la distinción que implícitamente hace el art. 1,110. Si el contrato es á título gratuito, se hace siempre en consideración á la persona, porque estas consideraciones personales son las que determinan á hacer una liberalidad. Este es el ejemplo que pone Pothier: queriendo prestar ó dar una cosa á Pedro, la presto ó la doy á Pablo, á quien tomo por Pedro; esta donación y este préstamo serán nulos, porque no he querido dar ni prestar esta cosa á Pablo sino á Pedro; la consideración á la per-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 19.

sona de Pedro entraba en el contrato que yo entendía hacer en su favor, ó, por mejor decir, esta consideración era la causa principal del convenio. (1)

En los contratos á título oneroso debe hacerse una nueva distinción. Cuando se trata de una obligación de hacer, la consideración de la persona será generalmente la causa principal del convenio, y así es en todos los casos en que el contrato pone á cargo del deudor una obligación que no puede cumplirse más que por él, ó que no sería ejecutada tan bien por otro. Así no se da un mandato al primero que se presenta; si se encarga á un artista de un trabajo de arte, es en razón de su capacidad ó de su reputación, y no se asocia con una persona sino por su inteligencia para los negocios, su crédito ó sus relaciones; en todos estos contratos, la consideración de la persona es decisiva. Esto es también el ejemplo que da Pothier. (2) Si, por el contrario, el contrato tiene por objeto una cosa que se vende ó que se arrienda, la consideración de la persona será casi siempre indiferente, pues importa poco el nombre del vendedor ó del comprador, siendo la cosa ó el precio el objeto principal del convenio; pero esto no es decir que la consideración de la persona sea extraña á estos contratos. La persona del arrendatario no es indiferente al arrendador, pues le importa arrendar á una persona cuidadosa y exacta en sus pagos, y le importa, sobre todo, tener un colono entendido y que sea buen cultivador. Aquí conviene atenerse á la fórmula del Código, de preferencia á la de Pothier: aunque la consideración de la persona entre en el contrato, no será decisiva sino cuando sea la causa principal, lo que decidirá el juez según las circunstancias. (3)

1 Véase el tomo 11 de estos *Principios*, pág. 190, núm. 128).

2 Massé, *Derecho Mercantil*, t. 3º, pág. 81; núm. 1,493).

3 Toullier, t. 3º, 2, pág. 83, núms. 51-53. Durantón, t. 10, página 101, núms. 119 y siguientes.

El art. 2,053 contiene una aplicación de estos principios, pues decide que el error respecto de la persona, anula la transacción. Hablarémos de esta disposición en el título en que toma su origen esta dificultad.

### *III. Del error sobre el motivo.*

499. ¿El error sobre el motivo que ha obligado á una de las partes á contratar vicia el convenio? Debe distinguirse el motivo de hecho y el motivo de derecho. El Código llama "causa" el motivo jurídico que obliga á las partes á contratar, y dice que la falsa causa, es decir, el error sobre la causa, hace que no haya contrato (art. 1,131). Dejemos por el momento la falsa causa, para hablar de ella más adelante. Respecto del error sobre el motivo de hecho, no vicia el consentimiento, pues no todo error es un vicio, y el Código ha tenido cuidado de definir el error que vicia y anula el contrato, y el error sobre el motivo no es de los que vician el consentimiento, lo cual decide la cuestión, porque el texto del art. 1,110 está concebido en los términos más restrictivos: el error "no es" causa de nulidad de convenio "sino cuando" recae sobre la substancia "misma" de la cosa; y es evidente que el error sobre el motivo no tiene nada de común en la substancia de la cosa.

500. Si la cuestión no es dudosa bajo el punto de vista de los textos, sucede lo contrario en teoría, y los autores de derecho natural no están de acuerdo. Pufendorf dice que el error sobre el motivo vicia el consentimiento, Barbeyrac enseña que este error no menoscaba el convenio, y Pothier es de esta opinión. Hé aquí el caso que supone Pufendorf: compro un caballo en la falsa inteligencia de que se ha perdido el mío, y al tratar con el vendedor, le doy á conocer la creencia en que estoy. ¿No es este error la causa determinante de mi consentimiento? No podrá

negarse. ¿Así, pues, debe aplicarse el principio de Domat? Yo no habría comprado si no hubiese estado en este error; luego la venta debe ser anulable. Las razones que alega Pothier distan mucho de ser decisivas, pues dice que la falsedad del motivo por el cual el testador se ha explicado, no impide que sea válido el legado, y con mayor razón debe decidirse así respecto de los convenios. ¿Está bien fundado este argumento de analogía? Hay duda acerca de la intención del testador, y se interpreta esta duda en favor de los legados, porque se supone que el difunto no ha querido hacer una condición del motivo. ¿No podrá suceder que el testador dé, á sabiendas, un falso motivo y que tenga, sin embargo, la intención de favorecer al legatario? Por el contrario, en la venta que es objeto de la discusión, la intención del comprador no es dudosa, pues no habría comprado si no hubiese estado en error sobre el motivo que lo determinó á comprar el caballo. (1)

Pothier añade que no debe presumirse que las partes hayan querido hacer depender su convenio de la realidad del motivo como de una condición, pues las condiciones se suplirán más difícilmente en los convenios que en los legados. Nosotros vamos más lejos, pues en nuestro concepto no se puede presumir jamás una condición. ¿Pero por qué no se había de admitir una condición en virtud de la voluntad tácita de las partes contratantes, cuando el mismo convenio puede formarse por un consentimiento tácito? Es cierto, y sobre este punto todo el mundo está de acuerdo, que las partes pueden hacer del motivo de hecho una condición de su contrato. ¿Y si pueden hacerlo expresamente, por qué no habían de poderlo hacer tácitamente? Nada se presume; se induce la voluntad cierta de los contratantes, de lo que sucedió al tiempo de celebrarse

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 20. Durantón, t. 10, pág. 91, núm. 110.

el contrato, y de lo que se hizo y se dijo. Si no se dijo nada, entonces debe decidirse, con todos los autores, que el motivo erróneo que ha llevado á contratar á una de las partes, es extraño al convenio. Lo que está en la mente del comprador ó del vendedor, no puede influir sobre la venta, cuando la voluntad de contratar ha sido pura y simple, sin estar subordinada á lo que piense una de las partes, pues los contratos no se forman sobre el pensamiento de una de las partes, sino sobre la voluntad que manifieste. Un pensamiento no expresado, se considera como si no existiera, pues de lo contrario no habría convenio al abrigo de la rescisión.

Citarémos, en apoyo de nuestra opinión, las palabras del orador del Gobierno: “El error en los motivos de un convenio, dice Bigot-Prémeneu, no es causa de nulidad sino cuando la verdad de estos motivos puede ser considerada como una condición de la que las partes han querido hacer depender claramente su obligación.” (1) El orador cita á Pothier, á quien acabamos de combatir; pero puede decirse que no hay más que una mala inteligencia, y siempre es más correcta la explicación de Bigot-Prémeneu, que la de Pothier.

501. El error sobre el motivo ha dado lugar á un debate judicial que se ha renovado muchas veces. Una compañía de seguros contra la suerte de reclutamiento militar, subscribe contratos con militares ó con sus parientes. Sobrevienen decretos, instrucciones y circulares que modifican el sistema de reclutamiento, no fijando, por una parte, la repartición del contingente, lo que no libraría definitivamente á ninguno de los llamados, y cambiando, por otra parte, la composición y el modo de obrar del consejo de revisión, de modo que haga más difícil la ad-

1 Bigot-Prémeneu, *Exposición de los Motivos*, núm. 9 (Loché, tomo 6º. pág. 150). Compárese Toullier, t. 3º, 2, pág. 27, núm. 41.

misión de reemplazos, y reduce, en todo caso, el número de hombres disponibles para reemplazar. La compañía, convencida de que la nueva legislación altera las condiciones del reemplazo, se cree desligada de sus obligaciones, y dirige una circular á los asegurados, dándoles á entender que son libres para poderse hacer reemplazar como lo juzguen conveniente. Muchos de los asegurados aceptaron la rescisión y hubo concurso de voluntades para deshacer el trato. Más tarde, quiere el asegurador retractar su declaración pretendiendo que había habido error de su parte y que este error viciaba su consentimiento. Suponiendo, dice la Corte de Rouen, que haya habido error, no recaería sobre la substancia de la cosa sino sobre los motivos que habían obligado á la compañía á rescindir los contratos, y ni aun así podía decir que hubo error de derecho, porque la ley era cierta y solamente la compañía había creído que la ley tendría consecuencias que no le convenían. Este error de operación no es un error que, conforme al Código, vicie el consentimiento. (1)

#### IV. Reglas generales.

##### 1. *¿Debe ser común el error?*

502. ¿Anula el contrato el error cuando no existe más que respecto de una de las partes contratantes? ¿O debe ser común? En teoría, casi no es dudosa la cuestión. El consentimiento de dos partes debe reunir las condiciones determinadas por la ley, es decir, que no debe darse por error, ni arrancarse por violencia, ni sorprenderse por dolo, pues dice el art. 1,109, que semejante consentimiento es nulo, y el art. 1,117 declara que anula el contrato. En

1 Rouen, Marzo de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 213). Compárese Casación, 1º de Marzo de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 134), y 15 de Febrero de 1870 (Dalloz, 1871, 1, 164):

materia de dolo, ciertamente no hay más que una de las partes contratantes cuyo consentimiento esté viciado, y es la que ha sido engañada por la otra, sucediendo lo mismo en caso de violencia. Hay más: no se concibe el error sobre la persona, sino respecto de una de las partes. ¿Por qué no será lo mismo del error sobre la substancia de la cosa? Los textos no distinguen, y sería introducir una distinción, una verdadera condición, que modificaría la ley y limitaría, por consiguiente, su aplicación; y este derecho no lo tiene el intérprete. Esto es incontestable en teoría, y tal es la opinión de la mayor parte de los autores; pero la aplicación del principio ha hecho nacer dudas, y de aquí proviene la controversia.

503. Yo compro una medalla que creo griega, y porque esta es mi convicción, la compro, resultando que es romana. Hay un error sobre la cualidad substancial, es verdad; pero este error no existe más que por parte del comprador, pues el vendedor sabía que la medalla era romana y no la había vendido como griega. ¿Será nula la venta? Sí, según el principio que acabamos de exponer; pero claman contra esta decisión, pues dicen que la cualidad sobre la cual solamente una de las partes está en error, está fuera del contrato. Larombière formula la objeción en estos términos: "la cualidad no viene á ser substancial, sino cuando la han tomado en consideración." (1) La ley no dice esto sino todo lo contrario. En efecto, las causas que vician el consentimiento son necesariamente individuales, personales á quien consiente, pues se trata de la voluntad de cada una de las partes contratantes; ¿y si mi voluntad está viciada por el error podrá formarse el contrato aunque la voluntad de la otra parte no esté viciada? Nó, si una de las partes quiere y la otra no quiere, pues

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. 2º, pág. 466. Larombière, t. 1º, pág. 45, núm. 3 del art. 1,110. (Edt. Vt. I. pág. 15).

en este último caso no habría contrato apesar del consentimiento de una de las partes, y, en el primer caso, el contrato sería nulo, porque un consentimiento viciado no puede concurrir con uno no viciado, sin viciar el contrato.

Hay otra objeción que tiene mayor apariencia de verdad. Nosotros admitimos, con todo el mundo, que el error sobre motivo de hecho de una de las partes, no vicia la venta, aunque es cierto que no habría contratado si no hubiese estado en este error. La razón es que el error sobre el motivo está fuera del contrato, y, por consiguiente, no puede venir á ser causa de nulidad sino cuando las partes lo hayan puesto como condición de sus obligaciones. ¿No hay contradicción en sostener una venta cuando el comprador no haya comprado sino creyendo haber perdido la cosa que él quiere reemplazar, y anularla cuando el comprador compra porque él sólo creía que la cosa tiene una cualidad que no tiene, y en razón de la cual la ha comprado? Bajo el punto de vista de los principios consagrados por el Código, no hay contradicción, pues cuando hay error sobre una cualidad substancial, se puede hacer constar por la naturaleza misma de la cosa que es objeto de la venta: se compra una medalla porque es antigua y no se habría comprado si se hubiera sabido que era moderna. Cuando hay solamente error sobre el motivo, y éste no es una condición del contrato, no puede el vendedor adivinar cuál es el motivo que obliga al comprador á contratar. ¿Cómo saber si un caballo ó si un libro es comprado por un motivo determinante que hace falta? Si tal es la intención del comprador, se necesita que lo diga, en tanto que no hay necesidad de decirlo si la cosa vendida es una medalla antigua ó un antiguo cuadro, pues la cosa habla por sí misma.

504. Nosotros agregamos que esta argumentación jurídica no nos satisface enteramente, pues queda un escri-

pulo de equidad al que el derecho no da satisfacción. ¿Es equitativo que el comprador pueda desdecirse de un contrato porque la moneda que compró sea romana y entendía comprar una moneda griega cuando haya guardado silencio sobre este punto al comprarla? ¿Si nada ha dicho, no será para hacer un buen negocio á expensas del vendedor? ¿Y si es engañado en esta especulación tan poco justa, será equitativo que venga después á pedir la rescisión del contrato porque ha hecho un mal negocio? Si entendía comprar una moneda griega ¿por qué no lo dijo? El vendedor se habría explicado y no habría sido engañado ninguno.

Se ha propuesto un término medio para conciliar el derecho y la equidad. Hay, por lo menos, una grave imprudencia que reprochar al comprador, pues habría debido explicarse con el vendedor, advirtiéndole la calidad que esperaba encontrar en la cosa comprada y colocarlo en el caso de expresar la existencia de estas cualidades. Esta falta del comprador lo obliga á reparar el daño que ha causado, pues en virtud del art. 1,382 debe indemnizar al vendedor del perjuicio que éste haya experimentado por la anulación del contrato, si ha perdido otra ocasión de venta; (1) pero dudamos que este expediente sea aceptable, porque el art. 1,382 no es relativo más que á los delitos y cuasidelitos, y en materia de convenios las partes contratantes no están obligadas más que por el dolo y por la falta que se llama leve. Si hay dolo, el comprador es responsable; pero no lo sería por una simple imprudencia. En definitiva, la ley es la defectuosa, pues hay grados en el error que debió haber tenido en cuenta, y que ha descuidado. De aquí provienen los argumentos de la doctrina.

1 Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 5º, pág. 19, número 20 bis, 4º

2. *Del error de derecho.*

505. ¿El error de derecho vicia el consentimiento? Hay error de derecho cuando una ó las dos partes contratantes ignoran el derecho y esta ignorancia las induce á errar sobre la substancia de la cosa. Hay error de hecho en una partición cuando los coherederos admiten á la partición á una persona que creían pariente y que es extraña á la familia. Hay error de derecho cuando los coherederos admiten á la partición á una persona que es pariente, pero á quien la ley no llama á la herencia, en tanto que los coherederos, por ignorancia de la ley, creían que tenía derecho á ella. ¿Anulará la partición este error de derecho? Controvertida en el antiguo derecho, la cuestión lo es todavía bajo el imperio del Código, pues la jurisprudencia y la mayor parte de los autores se han declarado en favor de la afirmativa; pero nosotros vacilamos en adoptar la opinión general. (1)

El texto del art. 1,109 está concebido en términos generales: "No hay consentimiento válido si ha sido dado por error." Estos términos excluyen toda distinción: todo error vicia los contratos; decir que solamente el error de hecho los vicia, es limitar, y, por lo tanto, modificar la ley, y el intérprete no tiene ese derecho; por eso se dice que donde la ley no distingue no es permitido distinguir. Hay otro texto que es también muy general, el del art. 1,377 que dice: "cuando una persona que *por error*, creyéndose deudora, haya pagado una deuda, tiene derecho de repetición contra el acreedor." Este texto es todavía más decisivo que el primero. En efecto, es sobre todo en materia de pago indebido, en lo que la cuestión ha sido más controvertida y los autores del Código no lo ignoraban, de modo que si

1 Toullier la establece muy bien, t. 3º, 2, pág. 37, núms. 58-61. Compárense los autores citados por Aubry y Rau, t. 4º, pág. 298, número 7, pfo. 343 bis.

hubiesen querido distinguir entre el error de hecho y el error de derecho, habrían escrito la distinción en la ley, y como no la consagran claro es que la rechazan. Esto es decisivo. Es verdad que muchas veces el intérprete debe distinguir aunque la ley no lo haga y esto es cuando los principios lo obligan. En el caso el espíritu de la ley concurre con el texto para hacer prescindir de toda distinción. ¿Por qué vicia el error el consentimiento? Porque, sin la opinión errónea en que se encontraban las partes contratantes, no habrían contratado. Así, pues, el error es el que vicia su voluntad en el sentido de que parece que quieren lo que en realidad no han querido; esta no es la fuente del error: ¿qué importa que sea una ignorancia de hecho ó una ignorancia de derecho? Desde que esta ignorancia engendra el error, hay vicio, y, por consiguiente, el contrato es nulo.

506. Al texto de los art. 1,109 y 1,337 se oponen los artículos 1,356 y 2,052. El art. 1,356 consagra formalmente la distinción entre el error de derecho y el error de hecho, pues dice: "La confesión no puede ser revocada, á menos que se pruebe que ha sido la consecuencia de un error de hecho. No podría ser revocada bajo pretexto de un error de derecho." Hé aquí, dicen, la aplicación de la doctrina que se seguía en derecho romano; el art. 1,109 debe ser entendido en el sentido del art. 1,356 que lo aplica. Se toma el mismo argumento del art. 2,052, según el cual, las transacciones no pueden ser atacadas por causa de error de derecho. Estas dos disposiciones nos hacen conocer el espíritu de la ley. Se responde que los arts. 1,356 y 2,052 reciben todavía otra interpretación, pues pueden ser excepciones á la regla del art. 1,109, como pueden ser aplicaciones de esta regla. Resta saber cuál de estas interpretaciones es la más probable y menos dudosa. Se pretende que los arts. 1,356 y 2,052 aplican el derecho común. ¿Pero en

dónde se encuentra este derecho común? ¿En el art. 1,109? Dice todo lo contrario, puesto que dispone que todo error vicia el consentimiento, y el art. 1,377 dice lo mismo.

Así, pues, la pretendida regla de que los arts 1,356 y 2,052 contendrían aplicaciones, es una mera suposición; menos todavía, pues que es contradicha por textos positivos. Si la regla fuese que el error de derecho no vicia el consentimiento, hubiera sido inútil decir que no se puede invocarla en materia de confesión y de transacción; y si la ley ha creído deber decirlo, esto no puede ser sino porque deroga una regla general. En efecto, hay algunos motivos particulares que explican y justifican estas disposiciones y los expondremos al tratar de la confesión y de las transacciones. Esto completa muestra demostración y le da un rigor matemático: las disposiciones fundadas sobre motivos excepcionales, deben tener un carácter excepcional.

507. Sin embargo, la opinión general tiene contra ella una grande autoridad, que consiste en un adagio tradicional que nos viene del derecho romano: ninguna persona está dispensada de conocer el derecho. Se puede responder que el Código Civil no consagra esta máxima y que el derecho romano está abrogado. La respuesta es, en general, perentoria cuando se invoca una tradición que nuestro Código ignora; pero en el caso hay duda, pues el adagio se admite cuando se trata de una ley de interés general, porque ninguna persona puede alegar la ignorancia de una ley semejante. ¿Por qué no hacer caso omiso de la máxima cuando se trata de aclaraciones de interés privado? Si se presumiera que conocemos las leyes que no tocan inmediatamente á nuestro interés, con mayor razón debe presumirse que conocemos las leyes que nos interesa conocer. Respondemos que si no se permite á los particulares alegar la ignorancia de las leyes de orden público,

esto no es porque se suponga que las conocen sino porque hay una necesidad social que domina todo: ¿podría subsistir la sociedad si cada uno pudiese excusarse de la violación de una ley de orden público diciendo que la ignora? Hé aquí la verdadera razón por la cual el error de derecho no puede invocarse en materia de orden público: es extraño á los contratos. ¿Se insiste diciendo que los que ignoran el derecho tienen siempre una falta que reprocharse no en el sentido de que todo hombre esté obligado á aprender el derecho bajo pena de falta sino en el de que nada impide que los que contratan tomen el parecer de personas entendidas en derecho? Doneau, que es quien hace esta advertencia, (1) no reflexiona que la misma ignorancia del derecho impide tomar consejo de un jurisconsulto, porque quien nada sabe nó duda de nada, y el ignorante no sueña siquiera en ilustrarse. Si hay falta, debe culparse á la sociedad que es el émulo de la ignorancia universal que reina todavía, no sólo en asuntos de derecho sino en todo. ¿Serán responsables las víctimas de la incuria social, de lo que ignoran y que ninguna persona ha tenido cuidado en enseñarles? Desde el momento en que se hace á un lado la falta, conviene resolver que la ignorancia, cualquiera que sea, de hecho ó de derecho, vicia el consentimiento.

La jurisprudencia está en este sentido. Dos herederos admiten á la partición á sus primos hermanos, en la creencia errónea de que los colaterales gozan del beneficio de representación. Se ha juzgado que la partición estaba viciada por este error de derecho, porque el error recae sobre la substancia de la cosa, que es el derecho hereditario, y los arts. 1,110 y 1,117 anulan los contratos en que ha sido viciado el consentimiento por un error substancial, sin

1 Donelli, *Comentarii*, lib. 1º, cap. 20, pfo. 3º (tít. 1º, pág. 157).

distinguir si el consentimiento ha sido dado por error de hecho ó de derecho. (1)

508. ¿Cuáles son las condiciones que se requieren para que el error de derecho vicie el consentimiento? La cuestión no debería ni ponerse. Si es verdad que el error de derecho esté comprendido en el art. 1,109 que habla del error en términos generales, se sigue que no hay, en realidad, más que un error; es decir, que todo error que proviene de una ignorancia de hecho ó de una ignorancia de derecho, debe presentar los mismos caracteres. Se necesita, pues, que el error de derecho recaiga sobre la substancia de la cosa, y desde el momento en que recae sobre la substancia, vicia el consentimiento.

Sin embargo, la jurisprudencia se muestra más severa con el error de derecho que con el de hecho. Se dirá que á su pesar admiten los magistrados que se ignore el derecho, y lo que ellos querrían sería acordarse de que su ciencia es la más difícil de las ciencias. Tal es el imperio de la tradición; está escrito que á ninguna persona puede admitírsele la excusa de la ignorancia del derecho, pues no se le puede admitir sino bajo la condición de que el error sea la causa que ha determinado únicamente su consentimiento. Domat lo enseña así: "Si, dice, el error de derecho no ha sido la *causa única* del convenio, y el que se hace algún perjuicio *podiese haber tenido algún otro motivo*, el error no bastará para anular el convenio. Así, por ejemplo, si un heredero trata con un legatario y le paga ó se obliga á pagarle su legado entero, ignorando el derecho que tiene de separar una parte porque el testador había legado más de lo que le estaba permitido legar, este convenio será nulo, porque este heredero *ha podido obligarse á*

1 Besançon, 1º de Marzo de 1827 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 147, 1º) Compárese Tolosa, 18 de Junio de 1821 (Daloz, en la palabra *Contrato Matrimonial*, núm. 331 i.

pagar los legados enteros, por el motivo de ejecutar plenamente la voluntad del difunto á quien hereda." Esta opinión rigurosa está admitida por los autores modernos;(1) pero nosotros creemos que esto es exceder á la ley. Todo lo que exige el art. 1,110 es que el error recaiga sobre la substancia de la cosa, pues desde el momento que es substancial vicia el consentimiento, y el juez no tiene derecho de examinar si "puede" haber otros motivos que justifiquen el convenio, porque no se trata de los motivos que han obligado á las partes á contratar, sino de la opinión errónea en que se encuentran, y sin cuyo error no habrían contratado. Se dirá que esto viene á ser lo mismo, pero no es así, pues si se permite al juez revalidar el convenio, siempre que haya un motivo que le sirva de causa, buscará y encontrará siempre, lo cual conducirá á eludir la ley. La jurisprudencia no ha evitado este escollo.

La Corte de Casación, admitiendo el error de derecho como vicio del consentimiento, agrega todas las restricciones posibles: "Si, dice, en el estado actual de la legislación *se puede sostener* que el error de derecho vicia una donación, esto no puede tener lugar sino cuando se pruebe que quien da, está verdaderamente en error y que éste ha sido la *única causa*, es decir, la causa verdaderamente determinante de la donación, y, sobre todo, cuando el donante haya sido engañado por el donatario." (2) Nosotros preguntamos en dónde encuentra todas estas restricciones la Corte de Casación, pues no hay más que un solo artículo en el Código que se pueda invocar, que es el 1,110, y este artículo no dice que el error deba ser la *única causa* del contrato. Esto equivaldría á confundir el error con la

1 Domat, *Leyes Civiles*, lib. 1º, tit. 28, sec. 1ª, núm. 17, pág. 151. Compárense las autoridades citadas por Dalloz, núm. 153.

2 Casación, 15 de Junio de 1826 (Dalloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 426). Compárense Casación, de la Sala Civil, 12 de Marzo de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 202).

falta de causa, (1) y, sin embargo, la diferencia es muy grande, porque el error vicia solamente el contrato y lo hace nulo, en tanto que la falta de causa hace que no haya contrato. En el caso, la donación ha sido sostenida, porque el donante había dicho que haría la liberalidad por el interés que tenía para el donatario. ¿Si realmente había error de derecho, consistiría en las frases de estilo que el contrato fuese ó no viciado? Las Cortes acaban por negar que el error de derecho vicia el consentimiento. Así, la Corte de Riom comienza por decir que no había error de derecho, pues dice que aun cuando hubiese habido error no sería substancial, y agrega que se trata de un simple y puro error de derecho, contra el cual la doctrina, de acuerdo con la jurisprudencia, jamás ha permitido retractarse. (2) Sin duda, todo error de derecho no vicia más que todo error de hecho, pero desde que el error recae sobre cualidades substanciales, entra la nulidad del convenio, sin que sea permitido al juez averiguar si hay otros motivos que sirvan de causa á la obligación.

509. ¿Vicia el consentimiento el error de derecho cuando es grosero? Se ha juzgado que el error, cuando es grosero, no vicia el contrato. En el caso, el heredero de la línea paterna había admitido á la partición á la hija de su hermano, creyendo que el derecho de representación se extendía á los colaterales, y había confirmado la partición comprando bienes comprendidos en la porción de su sobrina. Más tarde la partición fué atacada por causa de error de derecho, y la Corte vió en la série de actos consentidos por heredero, una falta torpe de la que debía ser responsable, lo cual excluía toda restitución en su favor y en perjuicio de terceros á quienes había inducido á error,

1 Esta confusión existe con todas sus letras en una sentencia de la Corte de Grenoble, de 24 de Julio de 1830 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 147, 2°).

2 Riom, 13 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 183).

porque estando obligado á reparar las consecuencias perjudiciales de su falta respecto de terceros, no podría proceder eficazmente contra ellos para ser relevado. (1)

Esto nos parece muy dudoso, aunque puede invocarse la tradición romana en apoyo de la decisión. Doneau dice que la falta grave se asimila al dolo, y así, añade él, quien está en error por consecuencia de ignorancia inexcusable, está en falta, y no puede valerse de su falta para atacar el contrato que ha consentido. (2) Nos parece que esta doctrina rigurosa no tiene en cuenta el carácter puramente individual de los vicios de consentimiento. ¿Qué importa que la ignorancia sea burda ó nó? pues si produce un error substancial basta para que el consentimiento sea viciado. La ley no considera la ignorancia sino en el error que resulta, lo cual está en armonía con la teoría general de los vicios que anulan el consentimiento, pues la violencia hace impresión en un espíritu débil y no la haría sobre un carácter enérgico. ¿Dirá el juez al primero, que él tiene la culpa de no ser enérgico? Las maniobras fraudulentas engañan á las personas crédulas y casi nunca á los que abren los ojos, y el juez no podrá decir á quien ha sido engañado: conviene abrir los ojos: *jura vigilantibus scripta*, vuestra excusa es inadmisibile porque el engaño de que os quejáis es muy grosero. Nó, el juez no tiene que examinar más que una cosa: ¿Está viciado el consentimiento de las partes, ó no lo está? ¿Hay error ó no lo hay?

### 3. Efecto del error.

510. El error da lugar á una acción de nulidad del contrato, como todas las causas que vician el consentimiento (art. 1,112). Trataremos de esta acción en el capítulo "De la Extinción de las Obligaciones."

1 Besangón, 1º de Marzo de 1864 (Daloz, 1864, 2, 61).

2 Donelli, *Comentarii*, lib. 1º, cap. 21, pfo. 4º (t. 1º, pág. 158).

¿Puede pedir daños y perjuicios la parte contra quien se pide la nulidad? Pothier decide la cuestión afirmativamente. Si, por error sobre la persona, dice él, mando hacer un cuadro á Pedro, á quien tomo por un pintor célebre, puedo pedir la nulidad del convenio. Sin embargo, si Pedro ha hecho el cuadro, estaré obligado á tomarlo y á pagarlo, según dicen algunos expertos; pero esto no es porque yo esté obligado en virtud del convenio que es anulado, pues lo nulo no puede producir ninguna obligación, sino, como dice Pothier, por la equidad que me obliga á indemnizar á quien he inducido á error por mi imprudencia. Esta opinión es todavía seguida bajo el dominio del Código; pero no se puede proceder en virtud de la equidad, sino que se necesita un texto que haga de la equidad un derecho. Este texto se encuentra en el art. 1,382, según el cual, todo hecho del hombre que cause á otro un daño, obliga á aquél por la falta que está obligado á reparar. Se necesita, pues, una falta. ¿Qué cosa es falta? ¿En qué consiste la reparación? Tratarémos de esta materia en el título que le corresponde, limitándonos por el momento á hacer constar que la acción de daños y perjuicios nace de un cuasidelito, y que si no hay cuasidelito no hay obligación. Toullier deduce, con razón, que si aquel con quien he tratado conocía mi error, no le debo ninguna reparación, porque en este caso él mismo tiene falta. (1)

### *Núm. 3. De la violencia.*

511. No hay consentimiento válido, dice el art. 1,109, si el consentimiento ha sido arrancado por violencia, y el art. 1,112 define la violencia en estos términos: "hay violencia, cuando es tal que hace impresión sobre una per-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm: 19. Toullier, t. 3º, 2. pág. 34, núm, 53.

sona razonable y que puede inspirarle *temor de exponer su persona ó su fortuna á un mal considerable y presente.*” Así, pues, la violencia que la ley previene es la que inspira un temor, y que, por lo mismo, lleva á quien contrata bajo el dominio de este temor, á consentir en una obligación que no habría subscripto si hubiera estado en libertad de hacer lo que hubiera querido. El que es violentado, consiente, en el sentido de que prefiere contraer la obligación que se le impone, á exponer á su persona ó á sus bienes al mal que teme, y de dos males prefiere el menor; pero como jamás se elige voluntariamente un mal, claro es que el consentimiento está viciado porque está alterada su libertad. La ley no dice en qué debe consistir la violencia, sino que solamente dice la impresión que debe hacer sobre la persona violentada. La violencia puede consistir en malos tratamientos dados á aquel de quien se quiere obtener el consentimiento, lo cual implica al mismo tiempo la amenaza de continuar estos actos de violencia si no se da el consentimiento, y puede haber simplemente amenaza de excesos; así, pues, toda violencia implica el temor de que se realice un mal si no se da el consentimiento. Hemos supuesto un mal relativo á la persona, pero puede también referirse á los bienes de aquel á quien se quiere arrancar el consentimiento: tal sería una amenaza de incendiar sus propiedades. La ley no prevee el caso de una violencia material que consistiría en emplear la fuerza para hacer firmar á quien no quiere hacerlo. Semejante violencia excluye el consentimiento y hace que el contrato no exista. El Código solamente prevee la violencia que vicia el consentimiento de quien contrae una obligación y hace de ella una causa de nulidad (art. 1,111).

512. El mal que teme la persona violentada debe ser “considerable y presente.” ¿Qué se entiende por mal “considerable?” Esta es una cuestión de hecho que el juez deci-

dirá según las circunstancias del caso, pues nada hay absoluto en esta materia. La violencia, como todos los vicios del consentimiento, es individual, y la gravedad se gradúa según la posición de quien teme el mal, pues se trata de saber si su consentimiento ha sido libre, y, por lo mismo, el juez se colocará en el lugar de la persona para resolver si ha consentido libremente ó si se le ha arrancado el consentimiento, como lo dice el art. 1,109. ¿En qué sentido debe ser presente el mal? Todos los autores critican esta expresión y dicen que el temor es el que debe ser presente más bien que el mal. Se ha hecho un reproche á Pothier, á quien los autores del Código han seguido en esta materia, y la crítica es por lo menos exagerada. "Se necesita, dice Pothier, que la parte que pretende haber sido forzada á contratar haya sido intimidada por el temor de un gran mal." El temor que proviene de una amenaza, trata necesariamente del porvenir, puesto que un porvenir más ó menos próximo es en el que debe realizarse el mal, y, por lo mismo, éste es presente en el sentido de que la persona violentada debe temer que seguirá inmediatamente á su denegación del consentimiento. Esto es lo que dice Pothier. "Se necesita que sea un mal con el que se haya amenazado de sufrirlo inmediatamente si no se hace lo que se propone." Esta es la tradición de la ley romana: *Metum præsentem, non suspicionem inferendi ejus*. Así, pues, el mal presente es un mal cierto que seguirá indudablemente á la denegación de consentir, importandò poco que se realice hoy ó después, lo que depende de la naturaleza de la amenaza: si las amenazas han sido generales, de modo que hayan inspirado solamente un temor vano, no habría violencia, añade Pothier, en el sentido de que un mal que no debe realizarse inmediatamente, sino que se teme para el porvenir, puede no realizarse jamás, y, por lo mismo, no es una violencia legal que vicie el consentimiento. En es-

te sentido entiende todo el mundo la ley, y Pothier la entendía así, lo mismo que los jurisconsultos romanos, no pudiendo entenderlo de otro modo los autores del Código, puesto que no han hecho más que transcribir las palabras de Pothier. (1)

513. El art. 1,112 dice que hay violencia siempre que es de tal naturaleza que haga impresión sobre una "persona razonable," y el inciso segundo añade: "Debe atenderse en esta materia, á la edad, al sexo y á la condición de las personas." Esta última disposición corrige lo que la primera tiene de absoluta, y prueba, como hemos dicho para el error, que los vicios del consentimiento tienen un carácter enteramente individual. ¿Tal persona ha consentido libremente ó ha obrado bajo la influencia del temor que le inspira la violencia? Esta es una cuestión concreta, pues no se trata de saber si un sér abstracto ha sido libre ó si ha sido violentado, sino que se trata de saber si Pedro ó Pablo ha obrado libremente ó no; y una amenaza que no habría hecho ninguna impresión sobre Pedro, puede influir en el ánimo de Pablo hasta el punto de hacerlo consentir en todo lo que se le pida, con tal de evitar el mal que teme. Es decir, que la violencia es esencialmente relativa, y debe, por consiguiente, ser apreciada por el juez según las circunstancias individuales.

Así, pues, la ley no tiene razón para decir en términos absolutos que la amenaza no será una violencia si no es de tal naturaleza que haga impresión sobre una persona razonable, pues el fin del artículo dice lo contrario. ¿Un anciano débil por la edad es todavía una persona razonable? ¿Una mujer embarazada goza de la plenitud de su voluntad

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 23. Favard, *Discursos*, número 11 (Loché, t. 6º, pág. 192). Massé, t. 4º, pág. 86, núm. 1,502. *De... mante*, continuado por Colmet de Santorre, t. 5º, pág. 27, núm. 22 *bis*, 2º Aubry y Bau, t. 4º, pág. 29º, nota 2.

y tiene la energía que posee generalmente? Si la expresión del Código es muy absoluta, ¿qué decir de la expresión romana? *Metum non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus.* El *homo constantissimus* es una exageración inflexible á la que Domat ha hecho justicia, pues sus reflexiones son tan prudentes y se aplican tan bien al espíritu de nuestro derecho moderno, que nos creemos obligados á transcribirlas: “Como no todas las personas tienen la misma firmeza para resistir á las violencias y á las amenazas, y muchas son tan débiles y tan tímidas que no pueden sostenerse contra las menores impresiones, no debe limitarse la protección de las leyes, contra las amenazas y violencias, á no reprimir las que sólo sean capaces de abatir á las personas *más intrépidas* sino que es justo proteger también á las *más débiles y tímidas*, pues principalmente por ellas castigan las leyes toda clase de vicios de hecho y de opresión. Así concebidas, reprimen á los que, por cualquier dolo ó sorpresa, han abusado de la sencillez de otros aunque el dolo no vaya hasta falsedades ú otros excesos, elevándose con mayor razón contra los que por cualquiera violencia imprimen el terror en las personas débiles, aunque la violencia no llegue hasta poner la vida en peligro.”

Esto equivale á decir que la cuestión de si la violencia es de tal naturaleza que haga impresión sobre una persona razonable, es una cuestión esencialmente de hecho que conviene dejar á la apreciación del juez. Domat lo dice y sus palabras son el mejor comentario del Código Civil: “Se sigue de todos estos principios que si un convenio ha sido precedido de alguna vía de hecho, de alguna violencia ó de algunas amenazas que hayan obligado á quien se queja, á dar su consentimiento contra la justicia y su interés, no será necesario, para relevarlo, que pruebe que estaba en peligro su vida ó que se había ejercido alguna otra violencia

grande sobre su persona. Pero si aparece por las circunstancias de la cualidad de las personas, de la injusticia del convenio, del estado en que se encuentra la persona que se queja, de los hechos de la violencia, ó de las amenazas, que no había dado su consentimiento más que por ceder á la fuerza, será justo anular un convenio que no tendrá por causa más que esta mala vía de parte de quien se encuentra obligado, contra la justicia y su interés." (1)

514. Según el art. 1,114, "el solo temor reverencial respecto del padre, la madre ú otro ascendiente, sin que haya habido violencia ejercida, no basta para anular el contrato." Por temor reverencial Pothier entiende el temor de disgustar á las personas á quienes se respeta por afecto y por deber. El respeto á la autoridad paterna es un sentimiento muy laudable siempre que no sea excesivo; haría, pues, muy mal un hijo en quejarse de que no osó rehusar el consentimiento que su padre le pedía, porque tenía por él un respeto muy grande. Sin embargo, esta especie de temor sería tan difícil de hacer constar, que vale más rechazarla, aunque puede suceder que el hijo no haya consentido en el contrato si alguna otra persona se lo hubiera propuesto.

Pothier aplica el mismo principio á todos los casos en que el contrato había sido hecho con personas "á quienes se debe respeto." El Código no reprodujo estos términos, pero deben suplirse, porque hay la misma razón para decidir que el temor reverencial no es un temor legal. Esto no quiere decir que debe aprobarse, en el foro de la conciencia, que el padre abuse de su autoridad moral para imponer un convenio desfavorable á aquellos sobre quienes la ejerce, pues si el padre contrata con sus hijos, no debe

1 Domat, *De las Leyes Civiles*. lib. 1º, t. 18, sec. 3º, págs. 151 y siguientes. Demante, continuado por Colmet de Sauterre, t 5º, página 25, núm. 22. Compárese Pau, 22 de Agosto de 1833 y Casación, 4 de Noviembre de 1835 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, número 182, 4º).

hacerlo más que en su interés. Pero estas condiciones de delicadeza son del dominio de la moral y la ley no puede tenerlas en cuenta.

El art. 1,114 agrega una restricción á la regla que establece: "sin que haya habido violencia ejercida." Es todavía de Pothier de quien los autores del Código han tomado esta restricción, pues aquél decía: "Si el que tiene alguna persona bajo su potestad ha empleado los malos tratamientos ó las amenazas para obligarla á contratar, el contrato podría, *según las circunstancias*, ser sujeto á rescisión." (1) Las expresiones de Pothier implican que la violencia ejercida por el padre no tiene la gravedad que en general se exige para que la violencia vicie el convenio, porque si era una violencia legal no habría "circunstancias" que considerar. En este sentido interpretan los autores el art. 1,114: el temor reverencial es una circunstancia agravante de la violencia, y por otro lado, la violencia toma otro carácter más odioso cuando se ejerce por aquel que no debería pensar más que en sacrificar sus intereses por los de sus hijos. Así, pues, el juez podrá admitir como que vician el consentimiento del hijo, los actos ó amenazas que no bastarían para viciar el contrato respecto de otras personas. Se ha juzgado que hay violencia en el caso en que una madre, estando su hija embarazada, la amenaza con abandonarla en los momentos del parto si no firma el contrato de cesión que le presenta. (2)

515. Para que la violencia vicie el consentimiento, se necesita que sea injusta, ó, como dicen las leyes romanas, que sea contra las buenas costumbres. Pothier lo dice, y si los autores del Código no reprodujeron esta condición, es porque se sobreentiende sin decirla, pues la palabra mis-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 27. Durantón, t. 10, pág. 151, núm. 154.

2 Bruselas, 22 de Agosto de 1808 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 188).

ma de violencia implica una vía de hecho, y toda vía de hecho es injusta, puesto que es contraria al derecho. Pero la aplicación del principio no se ha hecho sin dificultad. Si la violencia propiamente dicha es una vía injusta, puede haber también una violencia justa. Toda obligación justifica el empleo de la fuerza en el caso que el deudor no lo ejecute, y la autoridad pública pone la fuerza á disposición del acreedor para obligar al deudor á cumplir sus compromisos. Este apremio es una vía de derecho, y, por lo tanto, una violencia justa. ¿Pero puede el acreedor, usando de las medidas legales de apremio, exigir de su deudor que consienta en una obligación á su favor? ¿O toda obligación consentida bajo el dominio de un apremio, aunque fuese legal, sería viciada? La cuestión presenta dos dificultades que no deben confundirse: ¿hay violencia que vicie el consentimiento? y suponiendo que haya violencia, ¿la obligación tiene una causa lícita?

516. La primera cuestión ha sido resuelta relativamente por Pothier, en los términos más absolutos. “Las vías de derecho, dice, *jamás* pueden servir para una violencia injusta, y por eso es que un deudor *jamás* puede demandar por un contrato que haya hecho con su acreedor, bajo el solo pretexto de que ha sido intimidado por las amenazas que el acreedor haya hecho de ejercer contra él apremio corporal, que tiene derecho de ejercer, ni aun bajo el pretexto de haber celebrado este contrato en la prisión cuando el acreedor haya tenido el derecho de aprehender.” (1) Pero esto es muy absoluto. Pothier supone, ciertamente, que el acreedor que recurre á las vías de derecho está dentro de los límites de su derecho; pero puede excederlos y abusar de su derecho, de modo que haya una nueva vio-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 26. Compárese Toullier, t. 3º, 2, pág. 50, núm. 81. Durantón, t. 10, pág. 134, núm. 143.

lencia. Así, yo amenazo con el apremio corporal á mi deudor, ó con embargarle sus bienes, si además de los 10,000 francos que me debe, no subscribe en mi favor un pagaré de 1,000 francos. Esta no es más que la amenaza de una vía de derecho, porque las vías de ejecución están concedidas al acreedor para apremiar al deudor á pagarle lo que le debe y no para pagar lo que no le debe. Hay, pues, que hacer una distinción. Pothier tiene razón siempre que el acreedor no haga más que usar de su derecho para obtener el pago de lo que se le debe; pero desde el momento que el acreedor abusa de su derecho, éste ya no existe y no hay más que una violencia injusta. (1)

La jurisprudencia está en este sentido. Un acreedor, con objeto de pagarse su crédito hipotecario, amenaza al deudor con recurrir al embargo si no vende los inmuebles hipotecados á un tercero que él indique. ¿Hay aquí un uso ó un abuso de derecho? Es esta una cuestión de hecho y conviene ver las circunstancias. En el caso que se presentó ante la Corte de Lieja no había violencia; el deudor había discutido con su acreedor las condiciones de la venta y había estipulado ciertas reservas en su interés, lo que prueba que gozaba de entera libertad. Por otro lado, no se podía decir que el acreedor hubiese abusado de su derecho para obtener más de lo que se le debía ó para arrancar al deudor un convenio que le fuera desfavorable, pues que el mismo día en que se celebró el contrato, había ofrecido al deudor hacer cesar los efectos, si en un plazo determinado encontraba un adquirente que le ofreciese condiciones más ventajosas, y aun judicialmente consentía renunciar á su contrato si se le indemnizaba completamente; así, pues, no usó de su derecho para arrancar del deudor

1 Larombière, t. 1º, págs. 70 y siguientes, núm. 9 del art. 1,111. (Ed. B., pág. 35). Demante, continuado por Colmet de Santerre, tomo 4º, pág. 27, núm. 22 bis, 3º.

dor lo que á éste sería perjudicial, sino que usó de este derecho para ser pagado sin recurrir á la expropiación que era perjudicial para todos. (1)

Puede venir á ser una vía legal la violencia injusta, cuando es practicada en el extranjero, en oposición con un fallo dictado en Bélgica. Un belga fletó en Inglaterra un navío para el transporte de emigrantes; el navío, visitado en el puerto de Amberes, fué declarado inútil para la navegación, y, por consiguiente, la Corte de Bruselas pronunció la rescisión del contrato de fletamento. La sentencia pasó á autoridad de cosa juzgada, lo que no impidió al armador inglés hacer encarcelar á su pretendido deudor, que se había obligado en Inglaterra; estuvo veintidós meses en prisión y no fué puesto en libertad sino después de haber subscripto algunos tratados en favor del armador inglés. Los pagarés fueron firmados en la cárcel, pero el acreedor tuvo cuidado de no fecharlos sino después de haber quedado libre el signatario. Está precaución atesigua contra él que había creído deber tomarla, pues había abusado de su derecho, ó, por mejor decir, ya no lo tenía, pues el apremio, legal en apariencia, era en realidad una vía de hecho que viciaba el consentimiento. (2)

517. Sorprendida una persona en flagrante delito, suscribe una obligación en favor de aquel á quien perjudicó el delito. ¿Estará viciado este contrato por violencia si el culpable consiente bajo la amenaza de persecuciones criminales? Debe distinguirse la causa ilícita de la violencia. Si el autor del delito pactase con la parte perjudicada, acerca de los procedimientos criminales, en el sentido de que la parte agraciada prometa no quejarse, mediante la obligación que contrae el culpable, hay causa ilícita, contraria á las buenas costumbres y al orden público, en lo

1 Lieja, 8 de Abril de 1865 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 168).

2 Bruselas, 29 de Abril de 1854 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 192).

cual hay más que un vicio de consentimiento, porque no hay contrato, puesto que un contrato sobre una causa ilícita no puede producir ningún efecto (arts. 1,131 á 1,133). Así lo juzgó la Corte de Burdeos, y es cosa que no tiene duda. Un ladrón suscribió un documento de 300 francos en favor de la persona robada, como precio de su silencio y bajo la garantía de impunidad. Perseguido por el Ministerio Público, fué condenado y pidió la nulidad de la obligación en que había consentido, siendo declarada dicha nulidad por falta de causa y por causa ilícita. La cuestión de si el contrato era nulo ó inexistente, era indiferente y no fué resuelta. (1)

El convenio celebrado entre el culpable y la parte ofendida puede también tener por objeto la reparación del perjuicio que resulta del delito, y este es un interés privado respecto del cual está permitido transigir. Así, pues, cuando la causa de la obligación es importante, el contrato es válido aun cuando se haya consentido bajo la amenaza de proceder criminalmente ó durante el curso del proceso. La Corte de París ha hecho aplicación de estos principios en el siguiente caso: el padre de un quebrado ocultó mercancías separadas de la quiebra, obligándose luego á pagar el precio, y después pidió la nulidad de su obligación por los motivos de que no la había subscripto sino bajo la impresión de la amenaza que se le había hecho de perseguirlo como encubridor. ¿Era esta una violencia injusta? Nó, porque la obligación en sí misma tenía una causa válida, que era la de indemnizar á los acreedores del perjuicio que habían experimentado por consecuencia del apartamiento de mercancías, limitándose, por otra parte, al precio que el culpable habría tenido obligación de pagar en todo caso; y si se le habían hecho amenazas éstas eran

1 Burdeos, 20 de Febrero de 1839 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 171). Compárese Durantón, t. 10, pág. 137, núm. 144.

legítimas. (1) Aun cuando haya procedimientos criminales fundados falsamente, la transacción que interviniera en el curso de la acción pública sobre las piezas tachadas de falsas, no se viciaría por el solo hecho del procedimiento si no resultara ninguna violencia moral; en el caso, el acusado pretendía que no había transado más que para substraerse á la acción pública y la Corte no escuchó esta excusa de parte de un hombre cuya experiencia en negocios era notoria y que sabía perfectamente que la transacción civil no detiene la acción del Ministerio Público. (2)

518. Es indiferente que la violencia sea ejercida por cualquiera, pues el art. 1,111 prescribe: "La violencia ejercida contra el que ha contraído alguna obligación es causa de nulidad, aunque haya sido ejercida por un tercero diferente de aquel en provecho de quien se ha celebrado el convenio." Pothier, que busca siempre que el derecho civil esté de acuerdo con el natural, examina muy detenidamente la cuestión de si el que obra bajo el dominio del apremio ejercido por un tercero trata libremente. Lo que embaraza á los doctores católicos es que se ha sabido por la tradición de la Iglesia, que un cristiano sería culpable cuando sacrifique á los ídolos, aunque fuese apremiado por el temor de la muerte y de los suplicios, y esto conduce á creer que un consentimiento arrancado por violencia sería, sin embargo, un verdadero consentimiento. Si se examina la cuestión dejando á un lado esta tradición, no se concibe que haya dividido á Grotius, Pufendorf y Barbeyrac. Sin duda, el que consiente por violencia, consiente; pero se trata de saber si su consentimiento es libre ó si está viciado,

1 París, 5 de Agosto de 1853 (Daloz, 1855, 2, 317). Compárense las sentencias citadas por Daloz, en la palabra *Obligaciones*, número 173, y Larombière, t. 1º, pág. 78, núm. 11 del art. 1,111 (Ed. B., t. 1º, pág. 36).

2 Bruselas, 14 de Junio de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, pág. 213, y Daloz, 174).

y, en verdad, es casi vergonzoso sentar la cuestión, pues la decisión es evidente. El anotador de Pothier dice muy bien: "No nos erigimos en jueces de los cristianos que salven su vida sacrificando á los ídolos, ni dañamos á ninguna persona, diciendo, sin vacilar, que la razón y, por consiguiente, el derecho natural, exigen la libertad de la voluntad para contratar válidamente." (1)

519. ¿Hay violencia cuando en un peligro de vida que corro ó que corren personas que me son queridas, hago una promesa á alguno que acude á socorrerme? Pothier decide que la obligación es válida aunque sea contraída bajo la impresión del temor de la muerte, porque la violencia no es más que la ocasión y de ningún modo la causa de la obligación que he contraído. ¿Pero qué decidir si esta obligación es excesiva? Una madre promete toda su fortuna á quien salve á su hijo de las olas ó de las llamas. ¿Deberá sostener su promesa? Pothier responde que si la promesa es excesiva, el juez la reducirá á la suma que crea que es la justa recompensa que se debe á quien ha prestado el servicio. La decisión está fundada en equidad, pero ¿está arreglada á derecho? Nó. Si el consentimiento no está viciado, la obligación es válida, y toda obligación es una ley para los que la han subscripto; de modo que el juez no puede reducirla. Se ha pretendido que la promesa excesiva prueba que el que la hizo no gozaba de la plenitud de su razón y que era presa de un extravío momentáneo, y si esto fuese así debería anularse la obligación y aun declararla inexistente. En teoría conviene atenerse al rigor de derecho; en cuanto á la práctica, ignora estos debates. (2)

1 Bugnet, acerca de Pothier. *De las Obligaciones*, núm. 23 (t. 2.º pág. 17, nota 1).

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 24, y en sentido contrario, Toullier, t. 3.º, 2, pág. 52, núm. 85. Marcadé, t. 4.º, pág. 356, núm. 2 del art. 1.114. Demante, t. 5.º, pág. 24, núm. 20 bis. Demolombe, tomo 24, pág. 137, núms. 150 y 151.

520. Según el art. 1,113, "la violencia es una causa de nulidad en el contrato, no solamente si se ha ejercido sobre la parte contratante, sino también cuando lo ha sido sobre el esposo ó sobre los descendientes ó ascendientes." El relator informante del Tribunado da el motivo de esta disposición, que no valdría la pena de motivar si no hubiese dado lugar á una cuestión controvertida: "Vosotros sentís, dice Favard, que el daño de una esposa debe ser tan poderoso, tan determinante como el que nosotros mismos experimentamos, pues la naturaleza hace participar al corazón de los hijos ó de los nietos, los males que ven sufrir á los autores de sus días. En un caso el amor conyugal, en otros el amor paternal y la ternura filial, confunden la existencia de los jefes y de los vástagos de la familia: *los males de unos son los males de los otros.*"

Se pregunta si esta disposición puede extenderse al caso en que la violencia se ejerza contra un pariente colateral, contra un amigo ó aun contra un extraño, y han dicho que sí, al menos en el sentido de que quien ha contraído una obligación debe ser admitido á probar que no la contrajo sino bajo la impresión del terror que le inspiraba la violencia ejecutada contra cualquiera. Habría, pues, esta diferencia entre la violencia ejercida contra una de las personas enumeradas en el art. 1,113 y las otras que, aun en el primer caso, como dice Favard, la violencia ejercida sobre un cónyuge, un descendiente ó un ascendiente, está considerada como ejercida contra el que contrata; en tanto que, en el segundo caso, habría que probar que la violencia, aunque ejercida sobre otra persona, ha privado de su libertad al que ha consentido bajo la influencia de esta emoción moral. Nosotros creemos que esta opinión es contraria al texto y al espíritu de la ley, porque la violencia, por regla general, supone que quien se obliga lo hace bajo el temor de exponer "su" persona ó "su" fortuna á un

mal considerable y presente, y que, por lo mismo, cuando se trata del mal que amenaza á otra persona, no hay violencia. El art. 1,113 pone una ecepción á este principio en el caso en que, como dice Favard, la persona violentada no forma más que una persona con quien ha contraído la obligación; y fuera de esta ecepción se entra en la regla, lo cual está también fundado en razón. Se concibe que se arranque el consentimiento del deudor amenazándolo personalmente ó en sus bienes, de un mal considerable y presente; pero ¿quién puede pensar en arrancar el consentimiento violentándolo á un pariente, ó á cualquiera, á un amigo, ó á un extraño. (1)

521. ¿Cuál es el efecto de la violencia? Estando viciado el consentimiento, el contrato es nulo; es decir, que la parte que se obligó bajo el dominio de la violencia, puede pedir la nulidad del contrato (art. 1,117). Hablarémos de lo relativo á la acción de nulidad en el capítulo "De la Extinción de las Obligaciones."

### *Núm 3. Del dolo.*

522. Se llama dolo, dice Pothier, toda especie de artificio de que alguno se vale para engañar á otro; y el consentimiento no es válido si ha sido sorprendido por el dolo (art. 1,109). Según el art. 1,116, el dolo vicia el consentimiento y anula el convenio cuando las maniobras practicadas por una de las partes son tales que es evidente que, sin estas maniobras, la otra parte no habría contratado. ¿Cuál es el objeto de estas maniobras? Engañar, es decir, inducir á error á una persona á quien se quiere determinar á subscribir una obligación que le perjudica.

1 Durantón, t. 10, pág. 151, núm. 153. Aubry y Rau, t. 4º, página 300, nota 14. En sentido contrario, los autores que aquí se han oitado y los que debe añadirse. Marcadé, t. 4º, pág. 345, y Mourlón, t. 2º, pág. 463.

Hay, pues, una grande analogía entre el dolo y el error. Si el error que produce el dolo recae sobre la substancia de la cosa, habrá dos causas que vicien el consentimiento, el error y el dolo, y muchas veces los dos vicios están lejos de confundirse. El error basta para viciar el consentimiento, aun cuando no haya habido ninguna maniobra fraudulenta, y el dolo basta, aunque el error que resulte no sea substancial; pero se necesita cuando menos un error cualquiera para que haya dolo. Si aquel á quien se quiere engañar descubre el dolo y, sin embargo, contrata, no hay dolo y el contrato será perfectamente válido, y entonces conviene decir con la Rota de Gênes: *Scienti ac volenti et intelligenti fraus fieri non potest.* (1)

523. No vicia el consentimiento todo dolo. El art. 1,116 está concebido en términos muy estrictos, pues exige que las maniobras practicadas por una de las partes sean tales que "sea evidente" que sin estas maniobras la otra no habría contratado. ¿Cuándo será "evidente" esto? Si hay alguna cuestión de hecho, es ésta. El fraude es un Proteo que toma mil y mil formas: el legislador se ha guardado de definirlo y de determinar sus caracteres, pues esto hubiera sido dar á la mala fe un medio para eludir la ley, y, por lo mismo, el juez debe tener en esta materia un poder discrecional. Los intérpretes, menos sabios que el legislador, se han ingeniado para distinguir, dividir y definir el dolo; nada diremos del dolo "positivo," del "negativo," del "personal" ni del "real," pues esto es pura escolástica, y toda escolástica debe ser desterrada de nuestra ciencia, pues es la ciencia de la vida y no de las abstracciones. Hay, sin embargo, una de estas distinciones sobre la cual debemos detenernos, aunque no sea más que para probar que

1 Massé, *Derecho Mercantil*, t. 3º, pág. 93, núm. 1,510. Demolom. t. 24, pág. 161, núm. 181.

á fuerza de querer esclarecer las ideas, por medio de divisiones, las han embrollado. (1) Se llama dolo "principal" aquel que ha llevado á una de las partes á contratar, y dolo "incidental" ó "accidental" al que no recae sino sobre los accesorios de la cosa; y dicen que el dolo principal vicia el consentimiento, en tanto que no lo vicia el dolo incidental. Resta saber cuándo el dolo es principal y cuándo es incidental, aunque si se atiende á la definición tradicional, la distinción no sirve sino más que para inducir á error. La mayor parte de los autores dicen que por dolo principal se entiende las maniobras que han conducido á una parte á celebrar un contrato cuando no pensaba contratar; y por dolo incidental, las maniobras que, practicadas en el curso de una negociación ya entablada, no han hecho nacer entre una de las partes la intención de contratar, y no han tenido por resultado más que llevarla á aceptar condiciones más desfavorables. (2)

La distinción, así entendida, es falsa, porque aunque esté yo decidido á contratar, muy bien puede ser que, sin el dolo que me ha engañado, no habría aceptado las condiciones bajo las cuales he tratado, y el dolo incidental viene, pues, á ser, en este caso, dolo principal, lo cual prueba que la distinción no sirve de nada. Queriendo evitar esta inexactitud se ha definido el dolo principal, aquel sin el cual las partes no habrían contratado, que es la definición del art. 1,116, y se ha llamado dolo incidental aquel que no habría impedido contratar á la parte engañada; (3) lo cual, aunque es exacto, no sirve de nada, pues si bien es cierto que da un nombre á la cosa, sin embargo, el nombre de dolo principal y el nombre de dolo incidental no ayudan al juez á distinguir el dolo que vicia el

1 Massé, *Derecho Mercantil*, t. 3°, pág. 94, núm. 1,512.

2 Durantón, t. 10, pág. 168, núm. 171. Compárese Aubry y Rau, t. 4°, pág. 302, notas 21 y 22.

3 Demolombe, t. 24, pág. 155, núms. 175 y 176.

consentimiento del que no lo vicia. Nos atenderemos al texto de la ley y no á la pretensión de definir *á priori* los caracteres del fraude que el juez, con un poco de buen sentido, discernirá mejor que el más perspicaz jurisconsulto.

524. ¿Cuándo vicia el dolo el consentimiento y cuándo anula el convenio? El vicio que nace del dolo no difiere, bajo este punto de vista, de las otras causas que vician el consentimiento, pues todo vicio del consentimiento es individual y debe ser apreciado respecto de la persona que contrata, debiendo el juez ponerse en su lugar para decidir qué influencia han tenido sobre su espíritu las maniobras fraudulentas, porque el que no tiene experiencia en los negocios y cree fácilmente en la probidad, da entera fe á las promesas que los hombres experimentados no se la habrían dado. Puede que los autores del Código hayan limitado el poder de apreciación del juez, exigiendo que sea "evidente" que, sin las maniobras, la parte engañada no habría contratado. El dolo es más frecuente que la violencia y el error, pues el deseo de enriquecerse por todos los medios, buenos ó malos, está difundido en todas las clases sociales, y esta mala pasión no retrocede ante nada. Si el juez es impotente para conterla, puede, por lo menos, repararla. Su poder es necesariamente discrecional, pues usa de él para asegurar el sentido moral, sin el cual no hay sociedad, civilización, ni libertad posibles.

Una mujer de espíritu débil celebra dos actos de venta. Su debilidad de espíritu era notoria, pues llegaba hasta la imbecilidad, dice la Corte de Argel, y las mismas actas que subscribió suministraban la prueba, debiendo infaliblemente efectuar su ruina, pues no le ofrecían más que compensaciones ilusorias en cambio de lo que vendía. Ciertamente, el fraude no debía ser muy sutil para engañarla y una inteligencia ordinaria le habría bastado para

tenerla en guardia contra las tontas maniobras que se pusieron en práctica para obligarla á contratar. Sin embargo, la Corte la anuló con justa razón, y la Corte de Casación, á quien se atrevieron á recurrir, confirma esta decisión. (1)

Se encuentran necios compradores, como necios vendedores. Un labrador que tenía una pequeña fortuna y muy grande ambición, andaba en busca de una mujer y ya había sufrido más de una negativa cuando un antiguo notario, de acuerdo con dos agentes de negocios, le hizo creer que podría venir á adquirir una magnífica propiedad casándose con la hija de dicho notario y cuya dote serviría en parte para pagar la adquisición. Doble engaño que no tenía otro objeto que sacar al desgraciado algunos miles de francos que los bribones se repartirían. Citados ante la policía correccional, fueron desligados, y los estafadores se dejaron aprehender, pues sabían cómo se cambia la ley pero los jueces declararon que el contrato subscripto por el incauto podía ser viciado y la Corte de Tolosa anuló los convenios, declarando deshonorosas y fraudulentas las maniobras puestas en juego para engañar á un espíritu débil y crédulo, pues aun sin recurrir á una investigación criminal, el dolo era patente. (2)

525. Los agentes de negocios hacen un papel villano en los debates que se siguen sobre el dolo, pues casi todos los días interviene alguno en un proceso. Dos agentes de negocios se encargaron de cobrar un crédito de 3,623 francos á cargo de una persona muerta en estado de quiebra, con la condición de que la mitad de las sumas cobradas les correspondería. Durante la ejecución de su mandato, tuvieron conocimiento de que un hijo del deudor había hecho un testamento por el cual expresaba la voluntad de

1 Casación, 11 de Marzo de 1862 (Daloz, 1862, 1, 537).

2 Tolosa, 8 de Julio de 1867 (Daloz, 1867, 2, 178).

que su sucesión sirviera para extinguir las deudas de su padre. Los mandatarios, en lugar de hacer conocer este hecho á su mandante, se lo callaron y se hicieron ceder el crédito de 600 francos. Esta cesión fué anulada por la Corte de París, por doble vicio, error y dolo. El cedente ignoraba que había un derecho cierto contra el hijo del quebrado y cedió, pues, como crédito incierto, un crédito cuyo cobro estaba asegurado; y los cesionarios habían comprado á vil precio un crédito que, desde luego, estaban encargados de cobrar, volviendo en perjuicio del mandato los datos que habían adquirido en calidad de mandatarios y de los que no debían hacer uso sino en interés de su mandante. También hubo recurso de casación, pero la Corte la rechazó, decidiendo que los jueces de hecho tenían un poder soberano en esta materia. (1)

526. Todo contrato es anulable por causa de fraude. Un préstamo fraudulento hecho con estipulación de intereses de 25 p.  $\text{S}$  había crecido rápidamente y se elevaba, al comenzar el litigio, á 100,000 francos. Los prestamistas habían pagado algunos miles de francos por algunas deudas del que recibió el préstamo. Todo fué anulado, salvo, bien entendido, la restitución de las sumas entegradas, porque nadie puede enriquecerse con perjuicio de otro. Los pretendidos prestamistas interpusieron casación, que fué rechazada. (2)

Conviene leer, en las colecciones de sentencias, los hechos de un proceso escandaloso en que un notario juega el papel que generalmente juegan los agentes de negocios, multiplicando los fraudes para asegurarse la prelación de una institución hipotecaria, sin hacer caso de una promesa formal. La Corte de Casación confirmó, como siempre, las decisiones dictadas por los jueces de hecho. La sentencia

1 Casación, 12 de Enero de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 302).

2 Casación, 27 de Enero de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 174).

de la Corte de Limoges estaba llena de cargos contra un funcionario público que debía dar ejemplo de delicadeza. (1)

527. Llegamos á un contrato que, en los tiempos modernos, ha venido á ser una verdadera mina de fraudes; se trata de las sociedades que imitan acciones destinadas á los incautos, á quienes se atrae por el cebo de la ganancia. Se anuncia en los diarios la venta de 4,000 acciones de la sociedad del cable submarino y se dice que estas 4,000 acciones son las únicas que se han reservado á los subscriptores franceses. Este último hecho era falso y, además, se hacía creer al público que las acciones eran emitidas directamente por la compañía cuando en realidad habían sido compradas á precio reducido y revendidas por un especulador; todo esto para engañar á los subscriptores que se imaginaban que la demanda excedía de la oferta, lo que suponía un buen negocio, cuando en realidad era malo. El Tribunal de Comercio, tomando estos hechos en consideración, pronunció la nulidad de las subscripciones, pero en apelación fué enmendada la decisión, pues la Corte reconoció que las alegaciones del especulador eran falsas, pero decidió que estas alegaciones no habían ejercido una influencia decisiva en el espíritu de los subscriptores, puesto que pudieron haber ratificado la exactitud de los hechos, dice la sentencia, y descuidaron hacerlo. Nosotros creemos que esta decisión es tan contraria al derecho como á la equidad. ¿Quién pensará ratificar alegaciones que se hacen públicamente como prometimientos de una compañía? ¿Será, pues, permitido mentir y tanto pedir para los incautos que hayan creído á los mentirosos! Nosotros preferimos la decisión de los magistrados consulares. La Corte de Casación es verdad que rechaza la demanda, (2) pero la habría rechazado también si la Corte de Apelación hubie-

1 Casación, 15 de Enero de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 167).

2 Casación, 14 de Julio de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 429).

se anulado los contratos por causa de fraude, puesto que en esta materia la apreciación de los jueces de hecho es soberana.

528. El dolo que no presenta los caracteres determinados por el art. 1,116 no da lugar á la rescisión del contrato. ¿Equivale esto á decir que este dolo sea permitido, y, en este sentido, lícito? Pothier responde que el dolo que no entraña la rescisión del contrato da lugar, sin embargo, á daños y perjuicios para la reparación del mal causado á la persona engañada. Pero aquí los autores hacen una nueva distinción. No toda especie de engaño da á la parte que ha sido engañada el derecho de reclamar daños y perjuicios, y esto es lo que M. Larombière llama dolo tolerado. Tales, son, dice, las disimulaciones de los defectos de la cosa, las simulaciones de cualidades que no tienen, la exageración de sus cualidades y la atenuación de los defectos que pueda tener. Pothier tiene cuidado de hacer notar que la moral reprueba estos engaños, pues, según dice, en el foro interno debe mirarse como contrario á la buena fe todo lo que se aparta poco ó mucho de la sinceridad más exacta y escrupulosa; la sola simulación respecto de la cosa que es objeto del contrato, y que la parte con quien yo contrato tiene interés de conocer, es contraria á la buena fe. Esto es evidente. ¿Por qué, pues, están de acuerdo los autores para decidir que estos engaños son tolerados? El anotador de Pothier responde que la práctica de reglas de delicadeza recomendadas por Pothier serían, sin duda, muy laudables; pero que si fuesen obligatorias, dice Bugnet, las ventas y toda clase de convenios vendrían á ser muy raros. (1) Esto, dice, es tanto como decir que el engaño es una necesidad del comercio, y Ci-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 30 y 31, Larombière, t. 1<sup>o</sup>, pág. 82, núm. 5 del art. 1,116. (Et. B., pág. 40). Bugnet, acerca de Pothier, t. 2<sup>o</sup>, pág. 19, nota 4

serón habría tenido razón en escribir que el lugar de un hombre honrado no está en una botica. Nuestra conciencia se revela contra esta doctrina, pero no nos tomamos la pena de criticarla bajo el punto de vista legal, cuando vemos á Pothier, tan escrupuloso, aprovecharla. Para el foro exterior, dice, no podría quejarse una parte de estos pequeños atentados sino cuando el que con ella ha contratado hubiera tenido buena fe, pues de otro modo habría gran número de convenios que estarían en el caso de ser rescindidos, lo que daría lugar á muchos litigios y causaría un entorpecimiento al comercio.

Así es que hay engaños que dan lugar á daños y perjuicios, y otros que no obligan á indemnizar á la parte engañada. ¿Cómo los distinguirá el juez? ¿En dónde está el límite que separa al dolo punible del dolo tolerado? Inútilmente se le buscará en los autores, pues la doctrina es impotente para formular la distinción, (1) lo que prueba, en nuestro concepto, que es falsa y que convendría admitir que todo engaño que causa perjuicio da lugar y derecho á una reparación. Siempre el juez tiene derecho de declarar los daños y perjuicios, desde el momento en que hay un hecho punible (art. 1,382); y si mi imprudencia me somete á reparar el daño que ha causado (art. 1,833) con mayor razón me obliga á ello mi mala fe. Los jueces harán bien en usar del poder discrecional que les corresponde, para dar lecciones de moralidad á las partes contratantes, en atención á que la educación moral desarrolla la delicadeza de la conciencia que debería reinar en todas las relaciones de los hombres.

529. Para que el dolo vicie el consentimiento y anule el contrato, se necesita también que sea obra de una de las partes (art. 1,116), de modo que las maniobras practicadas

1 Durantón, t. 10, pág. 184, núms. 181 y 182. Demolombe, t. 24, pág. 158, núms. 178 y 179.

por un tercero no no viciarían el convenio, aun cuando fuera evidente que sin esas maniobras, no habría contratado la otra parte. Esta es una diferencia entre la violencia y el dolo, que resulta de los textos (arts. 1,111 y 1,116), pero que es difícil precisar la razón de ella, pues ha sido criticada generalmente, aunque remonta á Pothier. (1) El dolo, dice, obliga á quien le comete, á reparar el daño causado si una de las partes contratantes es autora de los engaños. la indemnización consistirá en desligar de su promesa á quien la ha hecho bajo la influencia de maniobras fraudulentas. Según esta explicación la rescisión será pronunciada á título de daños y perjuicios y equivaldrá á la acción de daños y perjuicios que la parte engañada tiene contra el tercero que la indujo á error. Esta teoría deja mucho que desear. El dolo, más que una causa de daño, es una causa que vicia el consentimiento y éste está viciado, cualquiera que sea el autor del dolo; y si el consentimiento es viciado cuando yo soy engañado por un tercero ¿por qué no se me permite pedir la rescisión de la obligación que he contraído por consecuencia de esas maniobras, como se me permite cuando un tercero ha usado de violencia para arrancar mi consentimiento? El dolo y la violencia tienen caracteres particulares que explican esta diferencia. La violencia consiste en vías de hecho que impiden la seguridad de los hombres y comprometen, por consiguiente, el orden público; bajo este respecto la violencia es un hecho más grande que el dolo y el legislador ha debido reprimirla más severamente, y la reprensión bajo el punto de vista civil, sería frecuentemente imposible si la parte violentada debiera proceder contra el autor de la violencia, porque raras veces conocen á los que em-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 29. Compárese á Larombière; t. 1º, pág. 85, núm. 8 del art. 1,116.

plean estos medios culpables, que tienen buen cuidado de ocultarse y de callar. Y aun suponiendo que fuese conocido el autor de las violencias, la acción de daños y perjuicios que resultaría contra él sería ilusoria, porque no son los hombres solventes los que recurren á las vías de hecho. Estas razones no existen para el dolo, y el interés generalmente pide, por el contrario, que los convenios sean sostenidos, salvo proceder contra el que ha empleado maniobras fraudulentas para sorprender el consentimiento de una de las partes contratantes. En definitiva, la diferencia que la ley establece entre la violencia y el dolo no se explica bajo el punto de vista de los principios que rigen el consentimiento y no se justifica más que por las consecuencias prácticas que resultan de uno y otro vicio. (1)

El art. 1,116 recibiría su aplicación si la parte con quien he contratado participara del dolo practicado por un tercero. Esta es la expresión de Pothier, pero es bastante confusa, intencionalmente, según creemos. No se necesita que haya acto de complicidad, pues basta que la parte haya tenido conocimiento de las maniobras empleadas por un tercero para determinar á la otra parte á contratar y que no haya advertido á esta última. La buena fe que debe reinar en los contratos lo constituye un deber, y esto es querer aprovechar el dolo que existiría callando. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. Se admite todavía que el dolo practicado por el mandatario, permite pedir la nulidad contra el mandante: tal sería el dolo del tutor. El mandante es parte en el contrato y se está, pues, en los términos de la ley. (2) Pero el art. 1,116 no sería aplicable si se tratase de un hecho jurídico distinto de un contrato, pues el texto supone un convenio, y cuando éste

1 Durantón, t. 10, pág. 172, núm. 176. Demolombe, t. 24, página 163, núm. 184.

2 Aubry y Rau, t. 4º, pág. 303, notas 27 y 28, y las autoridades que allí se citan.

no existe, queda bajo el dominio de los principios generales, según los cuales el dolo vicia el consentimiento. (1)

530. El art. 1,116 añade que el dolo no se presume y que debe probarse. Pothier dice que las maniobras fraudulentas deben ser plenamente justificadas. No conviene deducir de aquí que la ley se muestra más severa para la prueba del dolo que en general para la prueba de los hechos que se alegan en juicio, pues es todo lo contrario. El Código, en principio, no admite la prueba testimonial y las simples presunciones del hombre, en tanto que las admite para probar el fraude; y la razón es muy sencilla, pues que las maniobras fraudulentas no se ejecutan á la luz del día, sino que quien las emplea tiene cuidado de callarlas y de no dejar pruebas contra sí. Este es, pues, el caso de aplicar la regla establecida por el art. 1,348: la prueba testimonial puede admitirse indefinidamente en todos los casos en que el acreedor no haya podido procurarse una prueba literal, y cuando se recibe la prueba de testigos, el juez puede admitir también las presunciones. ¿Pues en qué sentido dice Pothier que el dolo debe justificarse plenamente? Hay otro escollo, y es que se pretende probar el dolo por inducciones más ó menos arbitrarias. El art. 1,353 ha tenido cuidado de exigir presunciones graves, precisas y concordantes, y en este sentido se ha juzgado que el dolo debe probarse, no por inducciones sino por hechos graves y precisos. (2)

§ V.—DE LAS PROMESAS Y ESTIPULACIONES PARA UN TERCERO.

#### ARTICULO I.—Principio

531. El art. 1,119 establece dos principios: “No se puede, en general, *obligarse* en su propio nombre más que para

1. Véase el tomo 9º de estos *Principios*, pág. 465, núm. 354.

2. Lieja, 5 de Abril de 1862 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 42).

si mismo." "Y no se puede, en general, *estipular* en su propio nombre más que para sí mismo." La ley distingue aquí el hecho de "obligarse" y el hecho de "estipular." "Obligarse," se dice del deudor que contrae una obligación; jamás se dice del acreedor que se obliga. "Estipular," se dice del acreedor que contrata para adquirir un derecho, y en este sentido no se dice que el deudor estipula. Muchas veces las palabras "estipular," "estipulación," tienen también, sobre todo en el lenguaje ordinario, una significación mucho más amplia: estipulación es sinónimo de convenio, y, comprende, por consiguiente, la obligación del deudor y el derecho del acreedor; pero en el art. 1,119 la ley emplea la expresión "estipular" en un sentido jurídico.

532. El principio relativo á la promesa está mal formulado, pues si se toma á la letra el art. 1,119, según se ha dicho, resultaría que la ley prohíbe la fianza, porque ésta obliga en su nombre á un tercero respecto del deudor. Es inútil que nos detengamos en esta crítica, porque todo el mundo está de acuerdo en que la ley quiere decir: No se puede prometer el hecho de un tercero, no se puede prometer más que por sí mismo. Pothier dice que esta proposición es evidente. Si yo prometo que un tercero os dará ó hará alguna cosa, sin prometer nada de mi parte, este convenio no puede obligar al tercero ni á mí; no obliga al tercero porque éste no ha consentido y nadie puede ser obligado sin su consentimiento; y no me obliga á mí, porque yo he prometido por otro, no he prometido por mí, y, por lo mismo, no he entendido obligarme. (1)

Lo que Pothier encuentra evidente, se ha calificado de simpleza por los autores modernos. Uno dice que la proposición es contradictoria porque no tiene sentido. ¿Qué es

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 56.

lo que promete "en su propio nombre?" Esto es tratar por su propia cuenta, hacer su propio negocio. ¿Qué es lo que promete por un tercero? ¿Promete el hecho de un tercero? Esto es tratar por otro, hacer el negocio de otro. Prometer "en su propio nombre" el hecho de otro, es, pues, una promesa que implica contradicción, puesto que comprende dar ideas que se excluyen. Basta leer lo que dice Pothier para encontrar un sentido muy natural á este pretendido enigma, porque de Pothier es de quien los autores del Código han tomado la regla que dicen que no tiene sentido, y nuestro maestro no tenía costumbre de hablar en logrogrifos. "Lo que hemos dicho respecto de que nada podemos prometer sino por nosotros mismos y no por otro, se entiende en el sentido de que no podemos hacerlo cuando contratemos en *nuestro nombre*; pero podemos prestar nuestra personalidad á otra persona á fin de prometer por ella, y, en este caso, lo que contratemos equivale á que dicha persona lo haya contratado por nuestra mediación." (1) Esta es la explicación que es más sencilla que la proposición.

Otros dicen que la regla es muy simple, que es una de esas verdades que no se formulan en ningún código, porque se sobreentiende sin decir las, y que, por lo demás, son inútiles y de ninguna importancia práctica. ¿Vale la pena decir que quien no ha entendido obligarse no está obligado, y que el tercero que realmente es extraño á esta promesa no está obligado? Es más claro que el día, que no puede haber obligación en donde no hay voluntad de obligarse. Nosotros admitimos que la cosa es vidente y que el legislador habría podido dispensarse de formular la regla del artículo 1,119. ¿Pero el ser evidente, y aun inútil, será una razón para que se la borre del Código ó

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. 2º, pág. 476. Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 74.

para hacer decir á la ley otra cosa distinta de lo que dice?

533. Pothier dice que la promesa de un hecho de terceros viene á ser válida cuando el promitente responde por alguno, y se presume fácilmente, agrega él, que quien ha prometido que un tercero hará ó dirá alguna cosa, no ha entendido prometer simplemente por otro, sino prometer también por sí; es decir, prometer que se hace responsable de este tercero, aunque esto no se exprese. Los autores modernos reproducen esta doctrina, ya muy dudosa, dándole una extensión que anula literalmente el art. 1,119, pues no se contentan con "presumir fácilmente" que quien promete por un tercero se hace responsable, sino que dicen que esto siempre debe presumirse, ó, en otros términos, que la promesa de hecho de un tercero implica que el promitente se hace responsable: conviene siempre, dicen, entender los convenios en el sentido de que puedan tener algún efecto, antes que en el sentido en que no podrían producir ninguno (art. 1,157). Y si se interpreta la promesa de hecho de un tercero en el sentido de que el promitente no se obliga haciéndose responsable, la promesa sería nula y no produciría ningún efecto. ¿No debe suponerse que los que contratan obran seriamente; que el que hace una promesa quiere que ésta tenga algún efecto? Debe, pues, admitirse que implícitamente se hace responsable. (1) Nosotros respondemos que no hay lugar á interpretación porque no hay contrato. El art. 1,157 supone que existe un convenio, y una cláusula de este convenio puede tener dos sentidos; naturalmente, en este caso, se debe preferir el sentido que da un efecto á la cláusula; y enteramente distinto es el caso del art. 1,119. No hay contrato porque no hay deudor, y en donde no hay deudor no hay acreedor,

1 Demolombe, t. 24, pág. 193, núm. 210. Marcadé, t. 4º, página 366, núm. 1 del art. 1,121.

puesto que el pretendido acreedor no tiene ninguna acción y, por lo mismo, no tiene nada. Es bien claro lo que dice la ley.

Se invoca la tradición. En nuestras provincias belgas se presume que el promitente se hace responsable por el tercero, prometiendo un hecho, como único medio de dar efecto á la promesa. ¿Y si se hace una promesa exceptuándola y queriendo que no tenga ningún efecto? Nosotros respondemos que la tradición belga nada tiene de común con el Código Civil, pues esto procede de Pothier y no de Vinnio y de Voet, y Pothier se limita á decir que se presume fácilmente que quien promete el hecho de un tercero entiende obligarse personalmente. Basta saber si los autores del Código han consagrado esta opinión; es verdad que han tomado la regla de Pothier, pero no han reproducido la presunción que hace excepción á la regla, pues el art. 1,120 dice todo lo contrario, y lejos de presumir nada, quiere que la cláusula de responsabilidad sea estipulada por las partes. La doctrina del Código es más jurídica que la de Pothier. Presumir que uno se hace responsable, es presumir que se obliga, y el legislador jamás puede presumir que alguno se obliga, así como tampoco presume el consentimiento, ni ligar á las partes cuando ellas no han manifestado su voluntad para ligarse, pues lo contrario sería monstruoso. Para admitir semejante anomalía se necesitaría un texto formal, y el texto está lejos de decir lo que se le quiere hacer decir; los autores alegan ingenuamente que, al interpretar como lo hicieron, redujeron á la nada la regla del art. 1,119; ¿tiene derecho la doctrina para interpretar una ley de modo que la reduzca á la nada. (1)

1 Bougnet, sobre Pothier, t. 2º, pág. 34, nota 1ª. Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 5º, pág. 34, núm. 29 bis. Marcadé, t. 4º, pág. 366, núm. 1 del art. 1,120. Demolombe, t. 24, pág. 197, núm. 216. En sentido contrario, Duranton, t. 10, pág. 207, núm. 209. Compárese Aubry y Rau, t. 4º, pág. 306, nota 4, pfo. 343 bis.

534. El segundo principio establecido por el art. 1,119 es que no se puede, en general, estipular, en nombre propio, sino para sí mismo. ¿Por qué es nula la estipulación para un tercero? Cuando yo estipulo de usted alguna cosa para un tercero el convenio es nulo, porque el tercero no puede adquirir ningún derecho en virtud de un convenio al cual es extraño, pues nadie es acreedor sino por su voluntad, como nadie es deudor sino por su consentimiento. Por su parte, el estipulante no adquiere ningún derecho por la estipulación que hace para un tercero, porque el que promete no se obliga respecto del estipulante, y éste no tiene ninguna acción en virtud de dicha estipulación. ¿Qué pediría? ¿La ejecución que ha estipulado para un tercero? Se le respondería que no hay ningún interés apreciable en dinero y se le colocaría en el caso de formular su demanda precisando los daños y perjuicios que reclama. El deudor pretendido podría, pues, faltar impunemente á lo que ha prometido; es decir, que no hay deudor, y no habiendo deudor ni acreedor no hay obligación. (1)

535. Este segundo principio ha sido criticado tan vivamente como el primero. Pothier, después de haberlo explicado, como acabamos de decir, añade que esta regla no tiene lugar en el foro exterior sino en cuanto á la obligación civil, pero que en el foro de la conciencia la estipulación para un tercero es válida. Es verdad que el interés que tiene el estipulante no es apreciable en dinero, pero, sin embargo, es un verdadero interés según esta máxima: *Hominis interest alterum hominem beneficio affici*. Este interés de pura humanidad me da un derecho bastante para exigir de vos en el foro de la conciencia el cumplimiento de la promesa que me habéis hecho para este tercero. No podría obligaros á ejecutar lo que me habéis prometido, porque un interés de afecto no es un interés apreciable.

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 54.

Este es un obstáculo para la obligación civil, pero no lo es para la natural.

Se valen de esta doctrina de Pothier para deducir que la regla que ha tomado del derecho romano no es más que una sutilidad romana, y se le reprocha no haberse librado de las cadenas de la tradición. Si él había interpretado la estipulación conforme á la intención de las partes, dicen, la habría declarado válida, bastando para esto admitir que el estipulante ha querido hacer los negocios del tercero para quien estipula, lo cual le da interés y, por lo tanto, derecho de tratar. Los autores franceses, en nuestro concepto, abundan en estos reproches, y la estipulación para un tercero no era nula en derecho romano sino en razón de las formas rigurosas de la estipulación que se hacía por palabras sacramentales, é introducir estos principios en nuestra sociedad y en nuestros contratos es consagrar un desdichado contrasentido. (1) Pothier no quería estas sutilidades, pues cuando encontraba una la despreciaba. ¿Pero es una sutilidad romana decir que sin interés no hay acción? ¿Puede imponerse al estipulante la intención de adquirir un derecho cuando no lo manifiesta? No se puede presumir más un crédito que una deuda. Hé aquí verdades eternas que Pothier no ha tomado de la legislación romana. El legislador moderno, al tomarlas, no ha hecho más que consagrar un principio elemental de derecho que en rigor pudo haberse dispensado de escribir en el Código. ¿Pero porque la disposición es inútil debe quitarse del Código dándole un sentido que no tiene? Y, sin embargo, se ha hecho así, como diremos adelante.

536. Si nos detenemos sobre un punto puramente teóri-

1 Bougnet, acerca de Pothier, t. 2º, pág. 33, notas 1 y 2. Demolombe, t. 24, pág. 187, núm. 206, y los autores que cita, Ortolan, Demangeat, Vernet, pág. 191, núm. 209.

co, es para evitar, de antemano, las falsas interpretaciones que dan á la ley. Muy libres son los autores de criticar las reglas del art. 1,119, pudiendo encontrarlas inútiles y lamentando que Pothier las haya reproducido; pero no pueden, porque les disgusta la ley, alterarla ó hacerla desaparecer; valía más, en nuestro concepto, confesar nuestro respeto por una ley, aunque sea inútil, que criticarla amargamente y anularla con la interpretación que se le da. Desde luego, el intérprete no tiene el derecho de hacer decir á una ley lo contrario que el legislador ha querido que diga; no tiene derecho de abrogar la ley dándole una interpretación que no le deja ningún efecto, pues esto es alterar el respeto que todos, jueces y particulares, deben á la ley, y sin el cual la sociedad no tiene base.

537. Diciendo que no puede estipularse ni obligarse "en nombre propio" sino para sí mismo, el art. 1,119 entiende decir que nosotros podemos prometer y estipular para un tercero en su nombre, y así, el tutor promete y estipula por su pupilo, lo cual no es una excepción al principio, pues se considera que el menor contrata por el ministerio de su tutor, dando la ley á éste calidad y misión de representar al menor en todos los actos de la vida civil (artículo 450); de donde se sigue que el hecho del tutor viene á ser el hecho del menor en todos los actos relativos á la administración de la tutela; y esto, que es verdad respecto del mandatario legal, lo es también respecto del mandatario particular, pues se considera que el mandante contrata para sí mismo por medio del mandatario. (1)

La jurisprudencia aplica este principio á las obligaciones contraídas por el padre con interés del hijo menor. Toullier dice que el padre y la madre son considerados co-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 74. Durantón, ff. 10, página 209, núms. 210-212, pág. 224, núm. 223.

mo mandatarios legales de sus hijos; pero esto es muy absoluto, pues un mandato legal supone una ley que lo confiera, y no hay texto que constituya mandatarios de sus hijos al padre y á la madre. El art. 935 les da poder para aceptar una donación hecha al hijo menor, y el art. 389 obliga al padre, durante el matrimonio, á administrar los bienes personales de sus hijos menores. (1) Como administrador legal, el padre es mandatario, pero no de una manera absoluta, pues la ley no dice respecto de él lo que dice del tutor, que representa á sus hijos en todos los actos civiles, porque este es un mandato especial que le confiere respecto de los bienes de sus hijos. En este sentido es en el que los tribunales revalidan la obligación contraída por el padre para el reemplazo del hijo menor consignado al servicio militar, pues cuando el padre es tutor ó administrador legal, su derecho al contratar en nombre del menor es incontestable. Muchas veces el padre ó la madre intervienen en el acto de reemplazo; la madre no tiene ningún carácter para prometer ni para estipular en nombre de su hijo, pues únicamente el padre es el administrador de sus bienes, y si el hijo no tiene bienes, el padre no es mandatario y no puede considerársele más que como agente de negocios. (2)

538. No se necesita mandato para tratar en nombre de tercero. Según el art. 1,375, el dueño de un negocio que ha sido bien administrado, debe cumplir las obligaciones que el gerente ha contratado en nombre del interesado. La gestión de negocios que el Código autoriza, y las promesas y estipulaciones para un tercero que prohíbe, dan lugar á una seria dificultad que examinaremos más adelante.

1 Toullier, t. 3º, 2, pág. 93, núm. 155, y la nota de Duvergier.

2 Véanse las sentencias copiladas por Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 240, 2º.

Pothier agrega que si yo contrato en nombre de una persona que no me había dado poder, esta persona debe ratificar para obligarse, pues la ratificación equivaldría al mandato, y si no se ratifica no se obligará. Conviene no confundir este caso con la gestión de negocios, pues cuando hay gestión de negocios, el dueño se obliga por el solo hecho de que su negocio haya sido desempeñado útilmente, sin que sea necesario que ratifique. Aquí vuelve la dificultad que acabamos de señalar: ¿Prometer y estipular para un tercero, no es gestionar sus negocios? De antemano respondemos negativamente; el adagio que dice que la ratificación equivale al mandato y lo supone, equivale á á decir que se necesita una ratificación para que se obligue el tercero; equivale á decir que no se obliga como el dueño por una gestión de negocios.

*ARTICULO 2.— De la promesa para un tercero.*

*Núm. 1. Cuándo viene á ser obligatoria esta promesa.*

539. La ley dice que no se puede, "en general," obligarse en nombre propio más que para sí mismo, lo cual supone que hay excepciones. El art. 1,120 contiene una de estas excepciones, pues dice: "Sin embargo, puede responderse por un tercero, prometiendo un hecho suyo." A decir verdad, esta no es una excepción, porque el que se hace responsable promete con su propio nombre más bien que en el de tercero. Si yo os prometo que Pedro os dará alguna cosa, y me hago responsable por él, no siempre tendréis acción contra Pedro, puesto que él no se obligó con vos; pero si Pedro rehusa contraer la obligación que yo he hecho en su nombre, tendréis una acción contra mí, y esto es lo que dice el art. 1,120. Salvo la indemnización contra el que se hizo responsable, si el tercero no da ni hace lo que yo había prometido en su nombre. Hacerse responsa-

ble quiere, pues, decir, que uno se obliga á determinar al tercero, por quien se hace responsable, á contraer la obligación que ha prometido en su nombre, y la falta de cumplimiento de esta obligación producirá el efecto de condenar al responsable por daños y perjuicios. Se ve ahora por qué puede prometerse el hecho de un tercero haciéndose responsable por él, pues esta promesa contiene una obligación personal del responsable, y la promesa de un hecho de tercero no es nula sino porque el promitente no se obliga á nada; pero desde el momento en que se obliga la promesa, es válida según el derecho común. (1) Así, pues, cuando las partes quieran que la promesa del hecho de un tercero venga á ser obligatoria, deben añadir la cláusula de que el promitente se hace responsable; también esta cláusula es muy usual, como veremos más adelante.

540. La promesa del hecho de un tercero viene también á ser válida cuando se agrega una cláusula penal, pues en realidad, la cláusula penal no es otra cosa de la cláusula de responsabilidad. ¿Qué es, en efecto, la pena? Es, dice el art. 1,229, la compensación de los daños y perjuicios que el acreedor sufre por la falta de cumplimiento de la obligación principal. El que promete el hecho de un tercero, comprometiéndose á pagar una pena para el caso en que el tercero no acepte la obligación, promete indemnizar el perjuicio que sufra, y este es precisamente el efecto de la obligación contraída por el que se hace responsable, como lo dice el art. 1,120. También Pothier dice que el que se somete á una pena se hace responsable del tercero; es decir, responde por él. (2)

Esto responde á la objeción que se saca del art. 1,227,

1 Demante, continuado por Colmet de Sauterre, t. 5º, pág. 36, número 31 *bis*, 1º

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 56.

según el cual la nulidad de la obligación principal entraña la nulidad de la cláusula penal, y generalmente se responde que la cláusula penal tiene por efecto revalidar la obligación principal; pero es más exacto decir que la pena implica una obligación principal, que es la del que se hace responsable por el tercero (núm. 539).

541. ¿Hay otro caso en que la promesa de hecho de un tercero venga á ser válida? Es nula, porque el promitente no se obliga á nada; conviene, pues, decir, que vendrá á ser válida siempre que la promesa implique una obligación personal por parte del promitente, y esto será así cuando la promesa de hecho de un tercero contenga una cláusula ó una condición de un contrato que el promitente hace para sí mismo. Tratando con usted, prometo que Pablo garantiza mi obligación como caución, ó quedará á usted una prenda ó una hipoteca; la intervención de Pablo es la condición del préstamo que usted me hace, y, por lo mismo, yo me obligo personalmente á procurar la garantía que he prometido, y bajo la cual usted ha contratado conmigo. Si, pues, Pablo rehusa intervenir, yo estaré obligado á indemnizar á usted, dándole otras seguridades. (1) En realidad, esta es también una manera de hacerse responsable, y, en definitiva, sólo hay un medio de revalidar la promesa de hecho de un tercero, que consiste en que el promitente se haga responsable por aquél, cualquiera que sea, por lo demás, la forma de esta obligación.

*Núm. 2. Del responsable.*

542. ¿En qué caso se puede uno hacer responsable por un tercero? El responsable se obliga á indemnizar á aquel en que promete que un tercero dará ó hará alguna cosa.

1 Durantón, t. 10, pág. 212, núm. 215.

Una promesa de daños y perjuicios supone un convenio válido, en el sentido de que hubiera sido obligatorio si el tercero hubiera intervenido. Así, pues, se puede uno hacer responsable por el cumplimiento de toda clase de hechos, siempre que puedan ser objeto de un convenio. Los casos más frecuentes en los que los promitentes se hacen responsables, son aquellos en que el tercero por quienes responden es incapaz de obligarse. Los menores son copropietarios por indiviso de un fundo que los mayores propietarios quieren vender, y éstos, en lugar de recurrir á las formalidades legales, prefieren, por una razón cualquiera, vender el fundo en su nombre, haciéndose responsables por los menores. Si el comprador quiere contentarse con esta promesa, la venta será válida, por supuesto, entre las partes contratantes, pues los menores que no hayan intervenido no estarán ligados. A esto responde la objeción que se hace contra estos convenios, pues, según dicen, quitan al menor las garantías que la ley ha querido asegurarle prescribiendo formalidades destinadas á guardar sus intereses. Conforme á derecho la respuesta es fácil y perentoria. El convenio no liga al menor, pues el que se hace responsable se obliga personalmente, y no obliga ciertamente al tercero cuyo hecho ha prometido. (1)

¿El principio de que los promitentes pueden hacerse responsables en todo convenio, se aplica también á los contratos matrimoniales? Tratarémos de esta cuestión en el título que corresponde á la materia.

543. La obligación del que se hace responsable se rige por el derecho común, pues la ley no establece regla especial; y por esto es que la aplicación del principio que acabamos de exponer, es que no se presume y que no basta que se prometa el hecho de un tercero para que, únicamente

1 Durantón, t. 10, pág. 215, núm. 218. Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 5<sup>o</sup>, pág. 36, núm. 31 bis, 2<sup>o</sup>.

por esto, se considere responsable (núm. 533). No hay promesa de responsabilidad sin la voluntad manifiesta de obligarse personalmente, aunque, por lo demás, esta voluntad puede expresarse en cualquiera forma, toda vez que nuestro derecho no conoce formas sacramentales. Acabamos de decir que se hace uno responsable prometiendo una pena, ó haciendo una promesa que es la condición de una obligación que se contrata para sí. De aquí se ha juzgado que la garantía de la cosa de otro, prometida por el vendedor, contiene la promesa de éste de responder, porque la persona hará ó no hará quedar mal al adquirente. (1)

¿A qué se obliga el responsable? No conviene confundir la responsabilidad con la caución. "El que presta caución de una obligación, se somete respecto del acreedor á satisfacer esta obligación si el deudor no la satisface." Tal es la definición que da el art. 2,011 de la fianza; pero el art. 1,120 no se expresa así, pues el que se hace responsable ó el que ha prometido hacer y ratificar, debe una indemnización si el tercero no quiere admitir esta obligación. Así, el que se hace responsable se obliga á hacer ratificar, pues contrata una obligación principal que consiste en hacer, no en dar ó en hacer lo que el tercero debe dar ó hacer, sino que el promitente se obliga solamente á procurar que el tercero se ratifique, y si no cumple esta obligación, está obligado por daños y perjuicios. Este es el derecho común; toda obligación de hacer se resuelve en daños y perjuicios en caso de que no la ejecute el deudor (art. 1,142), y no hay ejecución cuando no se presta el hecho; así, pues, si el responsable no procura la ratificación que ha prometido, está obligado el tercero á indemnizarle; inútilmente dirá que ha hecho todo lo que dependía de él, para obtener la ratificación, pues en las obligaciones de

1 Riom, 22 de Junio de 1836 (Daloz, en la palabra *Venta*, número 1873).

hacer, uno no se contenta con la buena voluntad del deudor sino con la prestación del hecho que es objeto del convenio, y si este hecho no se presta, hay lugar á daños y perjuicios.

Pero aquí termina la obligación del que se hace responsable, pues no se abligó á prestar lo que prometió en nombre de tercero, porque sería ésta otra obligación más amplia y de naturaleza diferente, es decir, garantía y caución; y el responsable no garantiza una obligación principal ni presta caución por el tercero, por la excelente razón de que no hay todavía obligación principal, pues el tercero no es deudor y no vendrá á serlo sino cuando se ratifique; de modo que si no ratifica, jamás habrá habido deuda, lo cual no impedirá que se obligue el responsable, ó, por mejor decir, no se obliga si el tercero niega su ratificación; desde el momento en que ratifica el tercero, el responsable ha cumplido su obligación, porque todo lo que ha prometido consiste en procurar esta ratificación, no respondiendo de la ejecución de la promesa ratificada por el tercero. Por la misma razón no puede estar obligado, si el tercero no ratifica, á ejecutar una obligación que no existe, porque no ha sido ratificada por el tercero; de modo que si la ratificación prometida no es dada, todo lo que debe el responsable es indemnizar á quien le ha prometido el hecho de tercero, del perjuicio que experimente por la falta de ratificación.

Esta es la opinión general, pero, sin embargo, la cuestión es muy discutida. Championnière pretende que el responsable se obliga á cumplir la obligación que el tercero debía prestar, (1) alegando que hay casos en que esto es

1 Aubry y Rau, t. 42, págs. 306 y siguientes, notas 8 y 9, y los autores que aquí se citan. En sentido contrario, Championnière y Rigaud, t. 1º, pág. 377, núms. 207 y 208.

imposible, mejor dicho, absurdo. Yo os prometo, haciéndome responsable, que Gallait hará vuestro retrato. Si Gallait se niega ¿quiere decir esto que yo debo hacer el retrato? La cuestión es casi ridícula. Pero si la obligación consiste en dar, dicen que el responsable está obligado á dar si el tercero rehusa. Championnière invoca la autoridad de Vinnius; pero hay una autoridad más grande, que es la del Código Civil, el cual dice que el responsable debe una indemnización si el tercero rehusa contraer la obligación. Así, pues, el responsable no debe la cosa misma que es objeto de la obligación que el tercero no quiere ratificar. Una indemnización, dicen, supone una obligación principal que no se ha ejecutado, y esto no tiene duda, pues que estos son los daños y perjuicios. ¿Pero cuál es esta obligación principal? ¿Es la que el responsable había prometido hacer ratificar? De ningún modo, porque el responsable no ha prometido ejecutar esta obligación si el tercero se negaba á ratificarle, sino que ha prometido procurar la ratificación: es lo que dice el art. 1,120. La jurisprudencia está en este sentido. (1)

544. Las partes pueden derogar estos principios y extender las obligaciones del responsable, en el sentido de que garantiza la ejecución del contrato, en cuyo caso, el responsable está obligado por todas las obligaciones que se derivan de la naturaleza del contrato que ha prometido hacer consentir al tercero. Así, pues, si el tercero ratifica y se trata de una obligación de dar, el que se hace responsable de que un tercero dará tal cosa se hace responsable, por lo mismo que el tercero transferirá la propiedad de la cosa, de modo que el responsable garantizará la evicción. Si tal es la intención de las partes con-

1 Casación, 1.º de Mayo de 1815 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 255, 2º) Tolosa, 14 de Enero de 1845 (Daloz, núm. 256). Grenoble, 18 de Agosto de 1854 (Daloz, 1855, 2, 78).

tratantes, su voluntad tiene fuerza de ley. Pero importa hacer notar que ésta no es obligación del responsable sino la obligación de una garantía ó de una caución. También pueden convenir las partes en que si el tercero no ratifica la obligación de dar, el promitente la ejecutará, pero esta no es la obligación del responsable, puesto que ella se limita á procurar la ratificación. El juez decidirá, según los términos del convenio, si hay una simple obligación de hacerse responsable, ó si hay una obligación de garantía ó caución. (1)

545. La doctrina y la jurisprudencia admiten que quien se hace responsable por un tercero, forma un contrato por sí mismo, á menos que, por la naturaleza de las obligaciones, el promitente no pueda cumplir la obligación, como, por ejemplo, cuando se trata de una obligación de hacer. De aquí se infiere que el responsable está autorizado á substituir al tercero mientras éste no ratifica la promesa. Que tal pueda ser la intención de las partes contratantes, es cierto; pero, en nuestro concepto, también lo es que este derecho no resulta de la promesa del hecho de un tercero con cláusula de responsabilidad. ¿El que promete el hecho de un tercero entiende adquirir un derecho? El contrae una obligación que consiste en hacer ratificar su promesa por el tercero, y prometer hacer ratificar es una obligación de hacer que nada tiene de común con el contrato que trata de hacer ratificar por el tercero. Esto responde al argumento que se deduce de la naturaleza del contrato sinalágmático, y en semejante contrato, el deudor es al mismo tiempo acreedor, porque el contrato que se ofrece al tercero, implica un derecho á su favor; y si el promitente está obligado por la obligación que se deriva, ¿no parece natural admitir que entiende gozar también del derecho que concede? Nosotros respondemos que quien

sè hace responsable, no entiende, ni obligarse por el contrato, ni aprovecharse. El contrato que ofrece al tercero, es para él una cosa extraña y no está interesado más que por la promesa que hace de procurar la ratificación. ¿Es este una venta? No entiende ser comprador ni vendedor, sino que promete hacer ratificar la venta por el tercero; esto es todo. Suponer otras intenciones al responsable, es transformar completamente la promesa del hecho de un tercero, porque esta promesa viene á ser una estipulación que el promitente hace para sí, y como no ha estipulado sino prometido, no es acreedor sino deudor.

Hemos considerado la promesa bajo el punto de vista del promitente, y se llega á la misma conclusión si se tiene en cuenta la voluntad de aquel á quien se ha prometido el hecho de un tercero. ¿El estipulante ha entendido tratar con el promitente? Indudablemente no, puesto que el promitente no se obligó ni á vender ni á comprar, sino únicamente prometió que el tercero vendería ó compraría, y, por lo mismo, el estipulante ha querido tratar con el tercero. ¿Cómo podría formarse un contrato entre el estipulante y el promitente, cuando las dos partes entendían que el contrato se formaría con el tercero? Esto es inadmisibile. Salvo manifestación de voluntad contraria, no se puede deducir de la promesa del hecho de un tercero, un convenio que no sea el que implica dicha promesa. (1)

546. Sucede con frecuencia que los que se hacen responsables son también partes en un contrato sinalagmático en el que el tercero por quien se hacen responsables habría debido intervenir, y que no interviene, ya sea por causa de ausencia ó de incapacidad. Tal es el caso, muy

1 Demolombe apoya nuestra opinión, pero lo hace con alguna vacilación (t. 24, pág. 206, núm. 226). En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 4º, pág. 307, notas 10 y 11 del pfo. 343 *ter*, y las autoridades que aquí se citan. Conviene añadir una sentencia de la Corte de Casación de Bélgica, del 10 de Marzo de 1849 (*Revue*, 1849, 1, 309).

frecuente, de copropietarios, unos mayores y otros menores, en que los primeros venden el inmueble indiviso haciéndose responsables por los menores. ¿Pueden pedir la ejecución del contrato? ¿Debe pagar el comprador? ¿Pueden pedir los vendedores la rescisión de la venta si el comprador no paga? Estas cuestiones han sido resueltas afirmativamente por la Corte de Casación, y nosotros no tenemos ninguna duda. En el caso, los promitentes son partes principales; mejor diríamos, partes únicas en el contrato, pues los menores no figuran y la cláusula de responsabilidad prueba que quedaron extraños, no pudiendo, pues, objetarse á los promitentes que se apropian los beneficios de un contrato que no ha sido hecho por ellos. La venta, por el contrario, ha sido hecha exclusivamente por ellos; ¿por qué no habían de pedir su ejecución? El comprador objetó, ante la Corte de Casación, que los vendedores habían vendido la cosa de otro, al menos por la parte de los menores, y que estaba expuesto á ser despojado, concluyendo que el daño de evicción de que estaba amenazado le permitía suspender el pago. Tal es, en efecto, el derecho común. Según los términos del art. 1,653, el comprador que tiene justo temor de ser turbado por una acción de reivindicación puede suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación. La Corte de Casación responde que el comprador no puede valerse del derecho de los menores, porque este derecho le es personal, y que, por lo demás, los menores están fuera del juicio. Nos parece que esto es responder mal á la objeción. En el caso previsto por el art. 1,653, el propietario de quien el comprador tiene justo temor de que alegue la reivindicación, también está fuera de juicio; lo que no impide al comprador invocar su derecho, pudiendo valerse siempre de que el vendedor no es propietario; y en el caso, los vendedores no eran ciertamente propietarios de la parte que per-

tenecía á los menores en el inmueble vendido. El artículo 1,653 y la cláusula de responsabilidad suministran otra respuesta perentoria, pues según el art. 1,653, el comprador no puede suspender el pago de precio cuando se ha estipulado que pagaría á pesar de la perturbación, y la cláusula de responsabilidad implica que el comprador se obliga á pagar, porque conoce el daño de perturbación en el momento de que compra y, sin embargo, se obliga á pagar; la garantía del que se hace responsable omite el daño que le amenaza, en el sentido de que si el menor no ratifica y reivindica, el comprador tendrá su recurso contra el vendedor, y este recurso, en el caso, será asegurado por una hipoteca. (1)

*Núm. 3. De la ratificación del tercero.*

547. La promesa del hecho de un tercero es nula porque el promitente no entiende obligarse y el tercero no puede ser obligado sin su consentimiento. Cesa de existir este motivo de nulidad cuando el tercero ratifica la promesa hecha en su nombre, pues ratificándola se obliga, lo cual basta para revalidar la promesa, y no es necesario que el promitente se haga responsable por el tercero que ratifica. Se ha pretendido, ante la Corte de Casación, que la ratificación no tenía fuerza cuando el promitente no se hacía responsable, pero la objeción no sólo es insignificante sino que carece de sentido. La cláusula de responsabilidad es extraña al tercero y no lo aprovecha ni le perjudica. Si el promitente se hace responsable es para el caso en que el tercero no ratifique y, en esto supuesto, el promitente está obligado personalmente. Si el tercero ratifica la cláusula de responsabilidad no produce ningún efecto, pues es extraña al tercero, y aunque haya ó no una cláusula seme-

1 Denegada, 25 de Mayo de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 279).

jante, el tercero es libre para ratificar lo que se prometía en su nombre. No es necesario decir que la Corte ha juzgado en este sentido. (1)

548. ¿Cómo debe hacerse la ratificación? Nada dice la ley respecto de la ratificación del tercero, porque esta aprobación que el tercero da nada tiene de común con la ratificación de que se trata en el art. 1,338, y la cual es primero una confirmación y tiene por objeto deshacer el vicio que hacía nula la obligación. La ratificación que da un tercero de la promesa hecha en su nombre, es una simple declaración de voluntad, es la manifestación de su consentimiento, que queda en los términos del derecho común, y no está sujeta á ninguna forma, á menos que la promesa se haya hecho en un contrato solemne, pues en este caso el consentimiento del tercero debe ser dado en la misma forma. Para que la ratificación pueda hacerse, se necesita naturalmente que subsista el consentimiento del estipulante. Debe formarse un contrato, y una de las partes, á aquella á quien se hace la promesa, consiente, pero no está obligada por este consentimiento, pues mientras el tercero no ha ratificado puede retractarse, y si se retracta, no puede haber ratificación. La Corte de Casación así lo ha juzgado en la sentencia que acabamos de citar, y esto no deja ninguna duda. ¿Se necesita, también, después que el tercero ha ratificado, que su ratificación sea aceptada por aquel en provecho de quien se hizo la promesa? Se ha pretendido y aun se ha juzgado así. La Corte de Casación dice muy bien, que quien debe aprovecharse de la promesa, la ha aceptado de autemano recibéndola, y le falta, para revalidarla, el consentimiento del tercero; pero desde el momento en que éste ratifica, el contrato se forma, bajo el supuesto bien entendido de que la otra parte contratante no haya retirado su consentimiento, pues se

1 Denegada, 9 de Noviembre de 1853 (Dalloz, 1854, 5, 514).

entiende que lo sostiene por el solo hecho de no haberlo retirado. (1)

549. ¿Cuál es el efecto de la ratificación? Formar el contrato que, desde entonces, viene á ser irrevocable. Hasta entonces, aquel á quien se hizo la promesa puede retirar su consentimiento, y si el promitente se hace responsable, puede también desligarlo de la obligación que ha contraído de indemnizar á la otra parte; pero esta retractación no puede hacerse más que con el concurso de aquel á quien se ha hecho la promesa, porque el promitente se obligó á sí mismo para el caso en que el tercero no ratificara, y no puede librarse de su obligación por su sola voluntad, en tanto que el que debe aprovechar la promesa puede renunciar por su sola voluntad, pues no está obligado á nada antes de la ratificación.

550. La ratificación es un consentimiento dado por el tercero, pero este consentimiento tiene de especial que el tercero no hace más que aprobar lo que el promitente ha hecho en su nombre, y en este sentido se dice que es un mandato dado fuera de tiempo, lo cual equivale á decir que la ratificación es una especie de mandato. De esto se sigue que retrotrae al día de la promesa, porque el mandato se considera que fué dado desde este día. Entré las partes esto no tiene ninguna duda, pues aprobando lo que habéis prometido en mi nombre, yo apruebo retroactivamente lo que habéis hecho; pero no es lo mismo respecto de terceros. El convenio no se forma, respecto de ellos, sino desde el día de la ratificación, puesto que desde este día tiene conocimiento del convenio, y se necesita todavía para que pueda oponerse, que haya recibido fecha cierta, de modo que si se trata de un convenio que esté sometido á la publicidad, deberá ser transcripto, y, por consiguien-

1 Casación, 27 de Agosto de 1833 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 53).

te, no existirá, respecto de terceros, sino desde el día de la transcripción. Este es el derecho común; y los contratos que se formen por medio de promesa seguida de ratificación, se rigen por este derecho, puesto que el Código no lo deroga. (1)

*ARTICULO 3.—De la estipulación para un tercero.*

*Núm. 1. ¿Cuándo es válida?*

551. Después de haber dicho que no puede estipularse en nombre propio más que para sí mismo, agrega el artículo 1,121: "Se puede estipular en favor de un tercero cuando tal es la condición de una estipulación que se hace para sí mismo ó de una donación que se hace á otro." Comparando el art. 1,121 con el 1,120, se ve que la ley establece una distinción entre la promesa del hecho de un tercero y la estipulación para un tercero. La promesa del hecho de un tercero viene á ser válida cuando el promitente se hace responsable por el tercero, en tanto que la ley no dice que la estipulación venga á ser válida cuando el estipulante se hace responsable sino cuando el tercero acepte la estipulación; y la razón de esta diferencia es muy sencilla. Si la cláusula de responsabilidad revalida la promesa del hecho de un tercero es porque el promitente se obliga personalmente, haciéndose responsable, y la promesa no era nula sino porque el promitente no contrajo ninguna obligación, pues desde el momento en que se obliga la promesa es válida, según el derecho común. No es lo mismo respecto de la estipulación para un tercero: ésta es nula respecto del estipulante, porque no tiene ningún interés apreciable en que la estipulación sea ejecutada, é

1 Larombière, t. 1º, pág. 109, núm. 7 del art. 1,120 (Ed. B., página 53). Aubry y Rau. t. 4º, pág. 308, pfo. 343 ter.

inútilmente se haría responsable aunque el tercero aceptara, pues no siempre tendría interés para exigir el cumplimiento de la estipulación, quedando nula, por lo mismo, respecto de él por falta de interés. Aunque el tercero aceptara la estipulación sería nula; el estipulante, como acabamos de decir, no tendría ninguna acción y el tercero no tendría ningún derecho contra el que haya intervenido en la estipulación para prometer, porque nada ha prometido al tercero, y como no se ha obligado respecto de él, no puede formarse obligación entre él y el tercero. (1) Se objeta que el que estipula para un tercero, haciéndose responsable por él, gestiona los negocios de tercero y es, pues, agente de negocios, y el agente puede estipular para el dueño, como el mandatario puede estipular para el mandante. La objeción es seria, y como hemos de encontrarla más adelante, la responderemos al tratar de las relaciones que existen entre la gestión de negocios y la estipulación para un tercero.

552. El art. 1,121 prevee dos casos en los que la estipulación para un tercero viene á ser válida: cuando yo estipulo para mí mismo, puedo añadir como condición una estipulación en favor de un tercero. La ley entiende por condición una carga que debe cumplirse en favor del tercero. Yo vendo mi fundo, con la carga para vos, de conceder una servidumbre de paso por él á nuestro vecino Pedro. La estipulación para Pedro es una de las cláusulas del contrato de venta que ha hecho para mí, en mi interés, y forma parte del precio de venta, pues si yo no hubiera estipulado esta carga, habría exigido un precio más alto. Esto explica la excepción del art. 1,121, que realmente no es una. ¿Por qué es nula la estipulación para un tercero? Porque el estipulante no tiene ningún interés apreciable en que sea cumplido, así es que no hay acción, y una es-

1 Durantón, t. 10, pág. 234, núm. 237.

tipulación desprovista de acción, es nula. Pero si yo estipulo para un tercero una servidumbre, como condición de la venta celebrada para mí mismo, tengo interés en pedir que la condición se cumpla, puesto que es una cláusula de la acta de venta y la carga forma parte del precio, que indudablemente tengo el derecho de reclamar. Es verdad que esta carga es estipulada para un tercero, y se podría decir que yo no tengo ningún interés pecuniario en que Pedro tenga una servidumbre. Se responde que el vendedor tiene una acción contra el comprador por pago del precio y por la ejecución de la carga que forma parte del precio, y si el comprador se rehusa, el vendedor puede proceder por resolución; así, pues, la estipulación tiene una sanción, desde el momento en que es obligatoria. Hay todavía otra respuesta que dar á la obligación. ¿Cuál es la causa ó motivo jurídico de la estipulación que hago en favor de Pedro? Puede haber dos, igualmente válidas: yo puedo estar obligado á proporcionar á Pedro un paso, en cuyo caso, estipulando para él, no hago más que cumplir mi obligación, la cual es una causa válida de la estipulación. Si yo no tenía obligación de constituir una servidumbre á Pedro, la carga que para él estipulo será una liberalidad, y ésta tiene en sí misma una causa justa, que es la voluntad de conferirle un beneficio, de prestarle un servicio. Resta saber por qué dispensa la ley á esta liberalidad de las formas solemnes que prescribe para la validez de las donaciones. Esto consiste en que la liberalidad no es más que el accesorio de un contrato principal, la venta, que es un contrato no solemne, y las condiciones que se requieren para la validez de la venta, dependen la naturaleza de este contrato y no de las cláusulas accesorias que contenga.

El segundo caso en el que la estipulación para un tercero viene á ser válida, es cuando la estipulación es la

condición de una donación que se hace á otro, pues en este caso no hay, propiamente hablando, excepción á la regla del art. 1,119, y se puede aplicar, á la letra, lo que acabamos de decir del primer caso. Es verdad que, donando, yo no estipulo para mí, puesto que el donante no adquiere ningún derecho por la donación; pero no por eso contrato menos, y contratando, puedo añadir una carga que deberá cumplir el donatario; entonces yo vengo á ser acreedor en el sentido de que si el donatario no cumple la condición, puedo pedir la revocación de la donación por falta de cumplimiento de la condición, y esta acción hace obligatoria la carga. Esta, por lo demás, puede ser una donación, como, por ejemplo, si os hago donación de mi hacienda con la carga de pagar una renta vitalicia á mi sobrina de 1,000 francos, esta liberalidad accesoria tiene una causa válida que es, como la liberalidad principal, la voluntad de dar. Si la estipulación que yo agregó á una donación tiene por objeto librarme de una obligación respecto del tercero, entonces tengo un interés pecuniario en que se cumpla. (1)

553. Se ve que en todos estos casos la razón que hace nula la estipulación para un tercero desaparece cuando la estipulación es la cláusula accesoria de un contrato oneroso ó gratuito que hago para mí mismo: cuando contrato para mí, no se puede decir que estipulo sin interés, pues mi interés consiste en impedir la ejecución de un contrato que hago para mí. Así, pues, debe decirse que los dos casos previstos por el art. 1,121 no son excepcionales, pues que son la aplicación del derecho común, en virtud del cual toda estipulación es válida cuando el estipulante tiene interés, y, por consiguiente, derecho de perseguir la ejecución. De aquí se sigue que el art. 1,121 nada tiene

1 Durantón, t. 10, pág. 227, núms. 229 y 232. Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 5º, pág. 40, núm. 33 bis, 1º.

de restrictivo, pues se puede y debe aplicar por analogía á todos los casos en que el estipulante tiene interés en que la estipulación sea ejecutada aun cuando ésta no contenga ningún contrato para sí mismo. Pothier da un ejemplo: esto no es para estipular á otro, dice, sino para mí, aunque yo estipule que se hará alguna cosa para un tercero si yo tengo interés personal y apreciable en dinero en que esto se haga, por ejemplo, si yo mismo me obligo á hacer algo respecto de tercero. Estando obligado á reconstruir á Pablo, en un plazo fijo, su casa que amenaza ruina, y teniendo otras obras que ejecutar, estipulo con un albañil que reconstruirá la casa de Pablo; yo estipulo en este caso, tanto para mí como para Pablo, y el convenio es válido, porque estando obligado respecto de Pablo para esta construcción y obligado por daños y perjuicios, si yo no lo hago, tengo un interés personal y apreciable en que la casa sea reconstruida, y solamente en apariencia estipulo para Pablo, pues en realidad, estipulo para mí y en mi provecho. (1)

No es necesario que yo pruebe mi interés, manifestando que estoy obligado á hacer lo que estipulo de un tercero, pues basta que la estipulación contenga una cláusula penal, la cual es la valuación de los daños y perjuicios que el acreedor sufre por la falta de ejecución de la obligación principal. Así, pues, si yo estipulo para un tercero y convenimos en que debo pagar una pena á la otra parte si no ejecuta la estipulación, pruebo con esto que tengo un interés pecuniario en que la cosa sea dada ó hecha, y la pena valúa mi interés, puesto que tengo acción contra el que me ha prometido dar ó hacer, el cual si no cumple su obligación estará sometido á pagar la pena (art. 1,229). Se objeta que si es nula la estipulación para el tercero, la pena

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 58. Demante, t. 5º, pág. 40, núm. 33 bis, 2º.

estipulada para garantizar la ejecución de dicha estipulación es igualmente nula, puesto que es de principio que la nulidad de la obligación principal entraña la nulidad de la cláusula penal. La respuesta es sencilla y decisiva. ¿Por qué es nula la estipulación para un tercero? Porque el estipulante no tiene ningún interés apreciable en que sea cumplida; pero como la cláusula penal valía este interés, desde entonces la estipulación es válida, y si el deudor se niega á ejecutarla, incurrirá en la pena. (1)

554. El art. 1,121 recibe frecuentes aplicaciones, y de la jurisprudencia tomaremos algunos ejemplos. Se dice que la regla establecida por el art. 1,119 es inútil, porque ninguna persona asume la responsabilidad de hacer estipulaciones que carecen de efecto. Hé aquí, sin embargo, un caso que se presentó ante la Corte de Bruselas: por un acto celebrado ante el Prefecto del Departamento del Excunt, un militar se obliga á reemplazar á un quinto bajo las siguientes condiciones. el reemplazado dará al reemplazante, al tiempo de su partida, la suma de trescientas sesenta libras tornesas, y en caso de muerte del reemplazante, el reemplazado se obliga á pagar á un tercero la suma de dos mil cien libras, que pagará al reemplazante en atención al interés legal; muere el reemplazante y su heredero reclama los dos mil cien francos, que era el precio del reemplazo, y entonces el tercero en favor de quien había sido estipulada dicha suma, interviene y pide el pago de la suma estipulada á su favor. Se le responde que la estipulación en favor de un tercero es nula y que no justifica que haya sido rivalidad por alguna causa. El tercero pretende que es una donación que le ha hecho el estipulante, y la Corte responde que el convenio no contiene ninguna donación, pues el reemplazante estaba, en

1 Durantón, t. 10, pág. 223, núm. 217. Mourlón, *Repeticiones*, t. 2°, págs. 479 y siguientes.

el momento de morir, asegurado de su crédito, del cual sin duda pudo disponer, aunque no lo hizo. (1)

Hé aquí un caso en que la estipulación para un tercero ha sido juzgada válida por aplicación del art. 1,121: Un pretendido mandatario vendió un pequeño dominio perteneciente á su mandante, abusando de un escrito en blanco para forjar un mandato que jamás había existido, y el heredero del pretendido mandante demanda al mandatario para que rinda cuentas y después transige con él. Se ha dicho en la transacción que los arrendamientos del dominio vendido, encomendados hasta entonces á diversas personas, pertenecerán al adquirente á contar del día fijado por el acta, y, además, el heredero prometía que jamás molestaría al mandatario en cuanto á los objetos comprendidos en la transacción por ninguna causa. Más tarde el heredero reivindica el dominio contra el adquirente, y éste opone la ratificación de la venta que resultaba de la transacción. Se le objeta que no ha tomado parte en la transacción y que, por lo tanto, no puede alegarla, y la Corte de Nimes da la razón al comprador. Es cierto que la transacción consentida por el heredero del vendedor era una confirmación de la venta, y la única dificultad estaba en saber si el comprador podía valerse de esta acta aunque no hubiese sido parte, y el art. 1,121 decide la cuestión: se puede estipular válidamente en provecho de un tercero, dice la Corte, cuando interesa el convenio á sí mismo, y el mandatario que había vendido sin mandato, y que era responsable para con el comprador, evidentemente estaba interesado en la transacción que revalidaba la renta. Esta decisión fué confirmada por una sentencia de la Sala de Súplica. (2)

La misma resolución se dictó en el siguiente caso: Se

1 Bruselas, 4 de Octubre de 1815 (*Pasicrisia*, 1815, pág. 458).

2 Sala de Súplica, 21 de Diciembre de 1859 (*Dalloz*, 1860, 1, 26).

contrató un empréstito con una caja hipotecaria y se estipuló que la inscripción de otro acreedor fuese anterior al que la caja estaba autorizada á tomar y se había dicho que esta preferencia tendría lugar en favor del acreedor aun cuando no renovara su inscripción. Esta era una estipulación para un tercero, para el acreedor en favor de quien se hacía y que no intervino en el acta. La Corte de Montpellier juzga que la estipulación era válida, pues contenía, en efecto, la condición de la obligación contraída por el estipulante en su interés, y el acreedor había aceptado esta estipulación. Se objetaba que el estipulante no tenía ningún interés, y el art. 1,121 responde á la objeción, pues no exige que el estipulante manifieste que está interesado en hacer la estipulación en favor del tercero, porque siempre tiene algún interés, el cual resulta suficientemente de la cláusula misma que hace de la estipulación una condición del contrato que el estipulante consiente para sí mismo. En el caso, el interés era evidente, el estipulante tenía un derecho de retorno sobre el crédito, en favor del cual estipuló la prelación de la hipoteca (1)

555 Queda una dificultad que divide á los autores y á la jurisprudencia. El principio de que no se puede estipular para un tercero supone que el estipulante habla en su propio nombre, y lo dice el art. 1,121 Pothier concluye que el mandatario estipula válidamente para el mandante y el agente de negocios para el dueño (núms. 537 y 538) y por lo que toca al mandato no hay duda, pues cuando el mandatario estipula se considera que quien lo hace es el mandante por mediación de aquél, y no hay, por lo tanto, estipulación para un tercero. Lo mismo será cuando en el curso de una cuestión de negocios, el agente estipula en nombre del dueño, pues, en efecto, el agente está asimilado al mandatario, y representa al dueño, que es

1 Casación, 1º de Julio de 1850 (Daloz, 1850, 1, 222).

quien debe cumplir las obligaciones que el agente ha contraído en su nombre; lo que el art. 1,375 dice de las obligaciones, debe aplicarse á las estipulaciones, pues si el dueño se obliga por las promesas, debe también aprovechar las estipulaciones hechas en su nombre. Sobre este punto todo el mundo está de acuerdo. Yo giro los negocios de Pablo, exploto una finca que necesita reparaciones, y estipulo en nombre de Pablo que Pedro las hará: esta estipulación es válida, pues será lo mismo, en opinión de todos los autores, que si estipulo en mi nombre, en el sentido de que el dueño deberá indemnizarse de los gastos que se han seguido; pero si yo hubiera contratado personalmente, el maestro no tenía ninguna acción directa contra Pedro, ni éste contra el dueño.

Los autores parecen ir más lejos, al admitir la validez de la estipulación que el gerente hace en su nombre, en razón del interés que tiene en que el negocio sea bien girado; (1) pero esto nos parece dudoso, pues no es aplicable el art. 1,121, y el 1,375 no habla más que de la obligación que incumbe al dueño de indemnizar al gerente.

556. La cuestión viene á ser más dudosa cuando la estipulación para un tercero es un hecho aislado, y según el art. 1,121 sería nula: ¿puede revalidarse considerándola como gestión de negocios? Esta era la opinión de Pothier. Contrato con Pedro que reconstruirá la casa de Pablo, y no tengo ningún interés personal en esta reconstrucción, pero, sin embargo, es válida la estipulación que hago. Hé aquí cómo justifica Pothier esta decisión. "Al tiempo del convenio que celebro con el albañil para la reconstrucción de la casa comienzo á tener interés en esta reconstrucción, pues soy responsable para con Pablo, de donde

1 Demante, t. 5º, pág. 49, núm. 33 bis, 2º Demolombe, t. 24, página 212, núm. 37.

se sigue que considero estipular para mí más que para Pablo y que el convenio es válido, puesto que tengo interés personal en que el albañil desempeñe bien lo que hemos estipulado." ¿Debe seguirse todavía bajo el imperio del Código esta interpretación de Pothier? ¿No está en oposición con el art. 1,121? Durantón objeta que, en este sistema, la estipulación hecha en favor de un tercero será siempre válida, puesto que haciéndola se girarían los negocios de tercero y se vendría á ser responsable respecto de él, y se tendría, por lo mismo, el interés de que habla Pothier, lo cual conduce á hacer ilusorio el principio de que no se puede estipular para un tercero. ¿No es esto hacer desaparecer el art. 1,129 del Código? (1)

Pothier no va tan lejos, pues supone que yo estipulo en mi nombre alguna cosa para un tercero sin tener, al tiempo de celebrarse el convenio, ningún interés personal en que se haga; este convenio, dice, no será válido, porque será verdaderamente estipular para un tercero. Hé aquí el ejemplo que da: por un simple interés de afecto por Pablo, convengo con Pedro, que habita enfrente de mi amigo, que blanqueará la fachada de su casa para dar luz á las piezas de Pablo. Este convenio no dará derecho ni á Pablo que no era parte, ni á mí que, no teniendo ningún interés apreciable en que se ejecute, no podría pretender ninguna clase de daños y perjuicios si no se ejecuta. (2)

Así, pues, Pothier distingue: admite que toda estipulación para un tercero vale á título de gestión de negocios y no revalida la estipulación sino cuando constituye realmente un cuasicontrato entre él y el dueño. Resta saber cómo pueden distinguirse si, estipulando para un tercero, giró sus negocios y si no los giró. Pothier no responde á la cuestión.

1 Pothier, *Obligaciones*, n.º 59. Durantón, t. 10, pág. 223, n.º 230).

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 60.

Hay algunos autores modernos que han ido más lejos que Pothier, pues dicen que toda estipulación en favor de un tercero es una gestión de negocios, y que por este título es válida. En su opinión, y ellos lo confiesan, no queda nada del art. 1,119, pues se revalida la promesa de hecho de un tercero presumiendo que quien la ha hecho se hace responsable por el tercero; se revalida la estipulación considerándola como una gestión de negocios. El artículo 1,119 ha sido borrado como si fuese una digresión, una disposición sin interés práctico que los autores del Código han tomado, sin razón, de Pothier, el cual, también sin razón, ha debido seguir en este punto la tradición romana. (1)

557. Nosotros creemos que esta interpretación es inadmisibles, pues borrar y anular una ley no es interpretarla y el intérprete no tiene más que este derecho. El artículo 1,121 no es una innovación, pues los autores del Código no han hecho más que formular la opinión de Pothier, y Pothier no dice que toda estipulación para un tercero es una gestión de negocios, válida por esta razón, sino que, por el contrario, dice que hay casos en que, aun tratándose del interés de un tercero, no se giran sus negocios. Dirémos en el título "De los Cuasicontratos" cuáles son las condiciones que se requieran para que haya cuestión de negocios propiamente tal. Cuando hay realmente cuestión de negocios, no es aplicable el art. 1,121, pues este artículo recibe su aplicación en todos los casos en que la estipulación no constituye el cuasicontrato de gestión de negocios. Hay dos principios en conflicto, uno nos prohíbe estipular para un tercero en vuestro nombre, otro permite girar los negocios de un tercero, y girándolos, esti-

1 Bugnet, sobre Pothier, t. 2º, pág. 35, notas 2 y 3. Demaute, continuado por Colmet de Santerre, t. 5º, pág. 41, núm. 33 bis, 3º Demolombe, t. 24, pág. 216; núm. 240.

pular en su nombre. Se necesita conciliar estos dos principios dejando á cada uno su parte, pues no es permitido destruir uno en provecho del otro. (1)

Esta explicación no resuelve todavía todas las dificultades de la materia, pues el artículo 1,119 dice que no se puede estipular para un tercero "en nombre propio." ¿Equivale esto á decir que la estipulación viene á ser válida solamente porque se estipule en nombre del tercero, á quien la estipulación debe aprovechar? Parece que los autores así lo entienden, porque suponen siempre que aquel que trata en interés de tercero trata en su propio nombre y revalidan la estipulación así hecha los unos siempre, y los otros en los casos en que realmente hay gestión de negocios. Nosotros creemos, con Durantón, que esta interpretación del art. 1,121 no es exacta, pues diciendo que no se puede estipular en nombre propio para un tercero, el art. 1,119 formula la doctrina de Pothier, y ésta explica que no es prometer ni estipular para un tercero cuando le prestamos nuestra personalidad, sino que estipulamos y prometemos como mandatarios. ¿Será válido el convenio que yo hago sin mandato, pero en nombre de tercero? La ley distingue: la "promesa" es válida si me hago responsable por el tercero, y en cuanto á la "estipulación" no viene á ser válida por una cláusula de responsabilidad (núm. 551), pues no viene á ser obligatoria sino cuando el estipulante tiene un interés personal en el que sea ejecutada. ¿Cuándo existirá este interés? El art. 1,121 lo dice. Fuera de este caso, la estipulación queda nula aun cuando el estipulante obrara en nombre de tercero, haciéndose responsable por él y aun cuando el tercero aceptara. Tales son, en nuestro concepto, los verdaderos principios que resultan del texto de los arts. 1,119-1,121. (2)

1 Compárese Aubry Rau, t. 4º, pág. 209, notas 19 y 20, pfo. 343 ter.

2 Durantón, t. 10, pág. 234, núms. 236 y 237.

558. Cuando la doctrina es tan poco precisa, se concibe que la jurisprudencia esté vacilante. Yo adquiero un dominio y en el momento de adquirirlo declaro que hago esta adquisición tanto para mí como en nombre de mis dos hijos, y pongo el precio. Ninguno de los hijos declara querer aprovechar la estipulación que el padre ha hecho en su favor. ¿Es válida la estipulación? Nó, dice la Corte de Burdeos, pues el padre no tenía ningún mandato de sus hijos para adquirir en su nombre. Se objeta que el padre debía ser considerado como gerente de negocios, y es el argumento de los autores que confunden la estipulación para un tercero con la gestión de negocios, á fin de revalidar la estipulación.

La Corte responde que no podría haber cuestión de negocios sino un negocio que sirva de causa al cuasi-contrato de la gestión, y en el caso, la declaración del padre no era la inconsecuencia de un negocio comenzado que perteneciese á sus hijos y en el que pudiese intervenir, pues los hijos no tenían negocios y, por lo tanto, era imposible que los girara el padre. ¿Qué es, pues, la declaración hecha por el padre y la cual entendían adquirir tanto en su nombre como en el de sus hijos? Una simple estipulación para un tercero, y, como tal, nula.

Debió intentar, según la Corte, que dicha estipulación fuese aceptada por los hijos para venir á ser obligatoria; pero sobre este punto nos parece que la Corte se aparta del rigor de los principios, pues si la estipulación no es válida á título de gestión de negocios, conviene resolver que es nula como estipulación para un tercero, á menos que sea válida en virtud del art. 1,121, como condición de una estipulación que el padre haría para sí mismo; pero en el caso no había condición, pues el padre sólo era comprador é inútilmente los hijos habrían aceptado la estipulación,

porque una estipulación nula no es revalidada por la aceptación que hace el tercero. (1)

La Corte de Casación ha juzgado muy bien que la aceptación del tercero supone que la estipulación es válida y que no lo es más que en el caso previsto por el art. 1,121. (2) ¿Basta que sea hecha una adquisición en nombre del comprador y en nombre de un tercero para que la estipulación hecha en favor de éste sea válida? Parece que la Corte lo admite, sin embargo de que no está en el caso del artículo 1,121, pues la estipulación para el tercero no es una condición del convenio que el estipulante hace para sí mismo, y para que la estipulación viniera á ser válida se necesitaría, pues, que se probara que el estipulante tenía un interés (núm. 553). Este interés puede existir y puede no existir, y en el caso juzgado por la Corte de Casación, el adquirente, lejos de estar interesado en partir su adquisición con el tercero, la guarda por su cuenta y la Corte resuelve que la había transmitido á sus herederos.

*Núm. 2. Efecto de la estipulación respecto del tercero.*

*1. De la aceptación del tercero.*

559. El art. 1,121, después de haber dicho en qué casos viene á ser válida la estipulación hecha en favor de un tercero, añade: "Aquel que ha hecho esta estipulación no puede revocarla si el tercero ha declarado que quiere aprovecharla." No basta, pues, que la estipulación sea válida, respecto del estipulante, para que obligue, sino que se necesita además que sea aceptada por el tercero, y la razón es muy sencilla: el tercero no intervino en el contrato, así

1 Burdeos, 21 de Julio de 1827 (Daloz, en la palabra *Obligación*, núm. 282). Compárese Tolosa, 25 Junio de 1839 (Daloz, núm. 278). Rennes, 15 de Diciembre de 1818 (Daloz, 1851, 5. 367).

2 Sala de Súplica, 15 de Mayo de 1827 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 282).

es que no ha estipulado, y como ninguna persona puede adquirir un derecho sin su voluntad, se necesita que la declare el tercero. En un ofrecimiento el que se le hace y debe aceptarlo; cuando ya lo aceptó el ofrecimiento viene á ser un contrato que obliga á todas las partes interesadas, al estipulante, al promitente y al tercero si el ofrecimiento implica una obligación. Hasta que hay aceptación no hay más que un simple ofrecimiento que no obliga al estipulante y que puede, por lo mismo, revocarlo. Tal es el principio admitido por todo el mundo. (1)

560. La estipulación para un tercero es generalmente una liberalidad que le hace el estipulante, y nace la cuestión de si dicha liberalidad está sometida á las reglas generales que rigen las donaciones y conviene distinguir: toda liberalidad, bajo cualquiera forma que se haga, está sometida á las reglas especiales relativas á la capacidad de las partes contratantes, la conformidad y la reducción, y lo mismo es tratándose de la liberalidad que se hace por una estipulación para tercero: este es el derecho común, pero en cuanto á las formas, tiene una excepción. La estipulación para el tercero puede hacerse en contrato á título oneroso, y estos contratos no están sometidos á ninguna forma, y entonces la estipulación también se libra de las formalidades generales que se requieren para la validez de las donaciones. En efecto, las condiciones de forma dependen de la naturaleza del contrato principal, y esto es á título oneroso y no necesita ninguna solemnidad aunque contenga una cláusula que implique una liberalidad en favor de tercero. Nosotros encontramos una aplicación de este principio en el art. 1,973. Se constituye una renta vitalicia en favor de un tercero y el constituyente suministra el precio. La ley decide que esta es una libera

1 Colmet de Santerro, t. 5º, pág. 42, núm. 33 bis, 4º Demolombe, t. 20, pág. 231, núm. 248.

lidad en cuanto al fondo, reducible y nula en caso de incapacidad; pero el art. 1,973 añade que esta liberalidad no está sujeta á las formalidades que se requieren para las donaciones, y se debe aplicar el mismo principio á toda estipulación gratuita para un tercero. (1)

561. De aquí se sigue que la aceptación del tercero no debe ser expresa, aun cuando la estipulación contenga una liberalidad en su favor. La aceptación queda bajo el imperio del derecho común, pues es una simple manifestación del consentimiento, y puede expresarse por hechos ó por palabras; y aunque es verdad que el art. 1,121 dice que el tercero debe "declarar" que quiere aprovechar la estipulación, sin embargo, la palabra "declarar" significa aquí manifestar su voluntad y esta declaración de voluntad existe cuando la intención de aceptar resulta de los hechos. En este sentido se ha juzgado que la ejecución de la estipulación importa la aceptación, y ciertamente el que se aprovecha de una estipulación, declara por esto la intención de querer aprovechar. (1)

Se levantó ante notario una acta de venta de un dominio, por la suma de 29,500 francos, y el mismo día se redactó una contraescritura en tres originales, declarando que aquella acta no tenía efecto, pues el comprador se constituía mandatario á título gratuito de los vendedores, y tomaba la obligación de hacerles aprovechar, durante su vida, y á sus hijos después de muerto, del beneficio que excediera de la suma de 29,500 francos y que, al efecto, el beneficio sería colocado en renta á favor de los vendedores por el usufructo, y en provecho de sus hijos por la nuda propiedad. Uno de los originales de la contraescritura

1 Durantón, t. 10, pág. 229, núm. 232. Colmet de Santerre, t. 5º pág. 42, núm. 33, *bis*, 5º Aubry y Rau, t. 4º, pág. 310, nota 22, párrafo 343 *ter*.

2 Bruselas, 27 de Marzo de 1844 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 232). Oaen, 7 de Mayo, de 1844 (*Dalloz*, 1845, 2, 24).

ra fué remitido á los vendedores, el segundo al comprador y el tercero quedó en poder del notario, á fin de guardar los derechos de los menores. El mismo año el comprador hizo una donación aparente á los hijos de los vendedores, quienes, asistidos de su padre, aceptaron para ellos ciertos inmuebles que dependían del dominio vendido, lo cual era una derogación de la contraescritura de y todas las otras actas de venta levantadas por el adquirente. De aquí la cuestión de si los hijos menores tenían derecho de invocar la estipulación que en su favor contenía la contraescritura y de si tenía facultad el padre para nulificar estos derechos. No se discutía que la estipulación en favor de los hijos fuese válida; pero se pretendía que no había sido aceptada. La Corte decidió que los vendedores, padre y madre, figuraban en el acta por sí y por sus hijos; y tan estaban éstas consideradas como partes, que se levantó un tercer original para que les sirviera de título, y la asistencia de los padres, dice la sentencia, así como el haberles otorgado uno de los originales, constituía una aceptación tácita de la liberalidad, que hacía irrevocables las estipulaciones contenidas en el acta de venta, y, por consiguiente, no estaba en las facultades de los estipulantes derogarlas. En consecuencia, el adquirente mandatario fué condenado á rendir cuenta á los menores, de todas las sumas que había percibido por consecuencia de las rentas que había efectuado. Recurso de casacion. Se sostenía que la estipulación no estaba comprendida en los términos del art. 1,121, porque si no había estipulante, haciendo, con condición de la estipulación, una donación á un tercero, ni estipulación válida, no había habido aceptación, porque el estipulante no puede, de ningún modo, dar y aceptar por el donatario. La Corte rechazó el recurso, pues, según dice la sentencia, resulta de la contraescritura y del acta certifica-

da á la cual aquélla derogaba, que los vendedores enajenaban ciertos inmuebles con la carga, para el comprador, de venderlos parcialmente, colocando el excedente del precio en nombre de los hijos menores de los vendedores y reservando á éstos el usufructo del excedente. Esta donación eventual en favor de los hijos, era la condición de las estipulaciones que hacían los esposos vendedores para sí mismos, y, por lo mismo, está comprendida en el artículo 1,121: dispensada de las formas solemnes exigidas para las donaciones, podía ser aceptada tácitamente, y una vez aceptada no podían los estipulantes renunciar á las ventajas que resultaban á sus hijos. (1)

562. ¿Debe dar el tercero conocimiento de su aceptación al estipulante? Se dice que no, por la razón de que la estipulación para el tercero, aunque sea una liberalidad, no está sometida á las formas de las donaciones. (2) Nosotros hemos enseñado la opinión contraria (núm. 479) y la sostenemos para las estipulaciones que se hacen en favor de un tercero como cláusula accesoria de un contrato principal. Es verdad que el art. 1,121 no dice que el tercero debe dar conocimiento de su aceptación al donante, pero no deroga los principios generales que rigen la formación de los contratos, y conforme á estos principios hemos decidido que el ofertante debe conocer la aceptación de su ofrecimiento para que se forme el contrato.

563. La aceptación puede hacerse siempre conforme al derecho común, aun después de largo tiempo que el estipulante no haya revocado su ofrecimiento; pero desde el momento que la revoca ya no puede aceptarla el tercero, pues el ofrecimiento retractado se considera como sin que jamás se hubiese hecho. (3) En el antiguo derecho era muy

1 Sala Civil, 25 de Abril de 1853 (Daloz, 1853, 1, 161). Compárese Sala Civil, 27 de Febrero de 1856 (Daloz, 1856, 1, 146).

2 Aubry y Rau, t. 4º, pág. 303, nota 22, pfo. 343 *ter*.

3 Rouen, 8 de Mayo de 1851 (Daloz, 1852, 2, 262).

controvertida la cuestión de si el estipulante podía revocar la liberalidad que había hecho á un tercero. Se ve, por la discusión á la que se entrega Pothier, que no se aplicaban los principios que rigen la policitación, pues se asentaban la cuestión en otros términos: yo os doy tal dominio con la carga de pagar una renta de mil francos á mi sobrina. El contrato se forma entre vos y yo; mi sobrina es aquí extraña. No podemos resolver este contrato, como lo hemos formado, por nuestro sólo consentimiento y sin la intervención del tercero. (1) La cuestión estaba mal puesta, pues hay dos convenios ó dos liberalidades en el caso. La primera es perfecta por el concurso del consentimiento de las partes contratantes, pero la segunda no es más que un ofrecimiento que el tercero debe aceptar, y mientras no lo acepta es una simple policitación que puede ser revocada, según el derecho común; pero desde el momento que la acepta, se forma el segundo contrato y es tan irrevocable como el primero. (2) El art. 1,121 ha consagrado esta opinión que no es más que la aplicación de los principios generales.

564. Por estos principios, pues, debe decidirse la cuestión de por quién puede hacerse la revocación. Puesto que la estipulación para el tercero contiene un ofrecimiento este ofrecimiento puede ser revocado por el que lo hizo y es el estipulante el que hace el ofrecimiento, porque es, el que impone esta carga al promitente como condición de donación principal. Se podría objetar, como se hacía en el antiguo derecho, que la estipulación es la cláusula de un contrato y que los convenios no pueden ser revocados más que con el consentimiento mutuo de las partes contratantes (art. 1,134). La objeción no tiene en cuenta la naturaleza particular de la estipulación, para un tercero: esta

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 73.

2 Lieja, 30 de Junio de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, pág. 195).

cláusula es un ofrecimiento y no es el promitente quien lo hace, sino el estipulante, así es que á este corresponde el derecho de revocarlo. Sobre este punto no hay duda, pues que el texto decide la cuestión. Diciendo que quien ha hecho la estipulación en favor de tercero no puede revocarla si el tercero ha declarado quererla aprovechar, el art. 1,121 dice implícitamente, que el estipulante puede revocarlo sin el concurso del promitente, puesto que la ley no lo exige. (1)

Sin embargo, esta decisión no es absoluta, pues supone que el ofrecimiento emana exclusivamente del estipulante, lo que sucede siempre cuando la estipulación es una carga que la donación impone al donatario; pero la segunda liberalidad puede ser una cláusula de un contrato á título oneroso, y, en este caso, puede el promitente concurrir al ofrecimiento. Yo vendo un dominio á mi hermano, con la carga para él, de pagar una renta de mil francos á nuestra madre. ¿Quién hace el ofrecimiento? Puede ser el vendedor solo y entonces podrá revocarlo sin el concurso de su hermano; pero si el comprador no ha consentido en esta carga más que con la intención de hacer una liberalidad á su madre, el ofrecimiento emana realmente de las dos partes contratantes y, en este caso, se necesita el concurso de los dos ofertantes para revocarla. (2)

565. Si el estipulante puede revocar el ofrecimiento mientras no ha sido aceptado, tiene también el derecho de modificarlo, con tal que esta modificación no entrañe una agravación de la carga que la estipulación impone al promitente. Se presentó un caso muy singular ante la Corte de Casación. Una madre da, á título de partición, todos sus bienes á sus dos hijos, con la carga de pagar una renta vitalicia de 3,000 francos á su abuela, madre de la donata-

1 Durantón, t. 10, pág. 249, núm. 254. Colmet de Santerre, t. 5º, pág. 43, núm. 33 bis, 6º. Aubry y Rau, t. 4º, pág. 310, nota 33, párrafo 43 ter.

2 Mourlón, *Repeticiones*, t. 2º, pág. 480.

ria. Quince días después, la estipulante levanta una acta ante el notario, por la cual declara que no habiendo sido aceptada la donación hecha en favor de su madre, tenía el derecho de modificarla, y que usando de esta facultad, quería que dicha donación no se mantuviese á cargo de sus hijos, más que por vía de acción personal, renunciando en consecuencia, tanto para ellos como para la donataria, todos los derechos, privilegios, acciones resolutorias é hipotecas que podrían corresponder á ella ó á la donataria. Esta acepta la donación que le había sido hecha por la primera acta sin hacer mención de la modificación que contenía la segunda y sobre ésta la estipulante revoca la liberalidad que había hecho á su madre, reservándose el derecho de disponer de la renta revocada. Después de su muerte, la abuela intenta una acción contra sus nietos por el pago de la renta. En apelación, éstos reconocen que la liberalidad hecha á su abuela no había podido ser revocada por la donataria, puesto que había sido aceptada, pero sostenían que el acta por la cual había sido modificada esta liberalidad, debía ser ejecutada, puesto que había sido hecha antes de la aceptación de la donataria. La Corte de París reconoció que la estipulante había tenido el derecho de modificar una estipulación que aun no se había aceptado, pero decidió que las modificaciones constituían una nueva liberalidad que debió ser aceptada por los promitentes en favor de quienes había sido hecha, y como esta liberalidad jamás había sido aceptada, la estipulación primitiva, aceptada debidamente, debía ser ejecutada. Recurso de casación. La demanda sostiene que el acta que había modificado simplemente la estipulación primitiva, renunciando á las garantías reales que otorgaba, no era una donación y no había, por consiguiente, necesidad de ser aceptada. Este medio fué admitido y la sentencia de la Corte de París casada de este cargo. La Corte decide, en

principio, como nosotros lo hemos hecho, que la estipulación hecha en favor de tercero puede ser revocada y con mayor razón modificada por el estipulante, sin el concurso del promitente, respecto del cual, la estipulación no tiene más que el carácter de una carga. Estas modificaciones no constituyen más que una disminución de la carga, no eran una nueva liberalidad y no debían ser aceptadas para ser válidas; era una simple renuncia de las garantías reales, renuncia que puede hacer el acreedor sin el concurso del deudor. (1) Hablarémos de este último punto al tratar de la remisión de la deuda.

566. Si el estipulante revoca la estipulación que ha hecho en favor de un tercero, ¿qué vendrá á ser la carga ó la prestación de que era objeto? Generalmente se enseña que el estipulante tiene derecho de exigir esta prestación en su provecho personal, á menos que la carga no fuese agravada por esta substitución del estipulante al tercero. Acerca de este último punto no hay ninguna duda, aunque esto sin decir que el estipulante no puede agravar la carga que impone el contrato al promitente, pues entre el estipulante y el promitente se debe aplicar la regla formulada por el art. 1,134: los convenios tienen fuerza de ley para los que los han hecho, y no pueden ser modificados sino por el mutuo consentimiento; pero suponiendo que la carga no sea agravada, ¿puede el estipulante substituir al tercero por su sola voluntad y en todos los casos? Nos parece que se debe distinguir: si el contrato principal es á título oneroso, como una venta, y si la carga estipulada en favor de un tercero forma parte del precio, en este caso la estipulación para el tercero es una disminución del derecho que tiene el estipulante de su contrato, pues revocando la estipulación entra en la plenitud de su derecho y puede reclamar el precio íntegro de que forma parte la carga, sin

1 Casación, 27 de Diciembre de 1853 (Dalloz, 1854, 1, 350).

que el promitente tenga derecho de quejarse; él debe la prestación, importando poco á quién la ha de pagar; pero no puede pagarla al tercero, puesto que el estipulante ha revocado su ofrecimiento, debiendo, por lo tanto, pagarla al estipulante, porque á él debe todo su precio. Pero la carga puede ser también una limitación ó una disminución de los derechos del promitente, como, por ejemplo, si es una donación y el donatario se obliga á pagar una venta á un tercero y la carga se revoca, ¿á quién debe aprovechar esta caducidad? ¿No es á quien está obligado á la prestación? El donante nada ha estipulado para sí y no tiene ningún derecho; ¿puede él crearse un derecho revocando la carga? ¿No es esto modificar el contrato celebrado entre él y el donatario principal? Hé aquí el caso de aplicar el art. 1,134: el donante no puede modificar el contrato en su favor, sin el concurso del donatario. (1)

567. Se pregunta si el promitente puede oponerse á la revocación de la estipulación que le impone una carga en favor de un tercero, y nosotros de antemano hemos respondido á la cuestión (núm. 565). Si el ofrecimiento proviene únicamente del estipulante, el promitente, que queda extraño, no puede ciertamente oponerse á la revocación que tiene derecho de hacer el estipulante sin su concurso, no pudiendo oponerse sino cuando él mismo sea parte en el ofrecimiento, pues fuera de este caso no tiene derecho, porque su interés no está en juego más que cuando la prestación revocada se sostiene en provecho del estipulante, y en este caso se aplica la distinción que acabamos de hacer. El estipulante tiene derecho de substituirse al tercero y el promitente le deberá la prestación, salvo

1 En sentido contrario, Durantón, t. 10, pág. 250, núm. 245. Demante, t. 5º, pág. 43, núm. 33 bis, 7º Larombière, t. 1º, pág. 118, número 6 del art. 1,121 (Ed. B, t. 1º, pág. 57). Demolombe, t. 24, página 233, núm. 251. Aubry y Rau, t. 4º, pág. 310, nota 24, párrafo 343 ter.

que se limite en los términos de la cláusula; si este es un derecho vitalicio, la duración de la prestación será fijada, no conforme á la vida del estipulante sino conforme á la vida del tercero, y subsiste la prestación, pero sin agravarla; de modo que si la estipulación no constituye un derecho para el estipulante, el promitente puede rehusarse á hacer la prestación cuando sea revocada. (1)

Hay un caso en el que la revocación de la estipulación aprovecha necesariamente al promitente, y es cuando el objeto de la estipulación no puede, en razón de su carácter personal, ser reclamado más que por el tercero, quien no teniendo derecho de exigirlo, puesto que es revocado y se supone que el estipulante no puede aprovecharlo, viene á hacer caduca la carga, y esta caducidad puede ser invocada por aquel sobre quien recaía la obligación de la carga. Sobre este punto todo el mundo está de acuerdo. (2)

## II. Derechos del tercero.

568. ¿Tiene una acción directa contra el promitente el tercero en favor de quien se ha hecho la estipulación? Se admite que tiene una acción personal contra el promitente para apremiarlo á ejecutar la prestación; (3) pero esto nos parece muy dudoso. Es verdad que Pothier reconocía al tercero el derecho de proceder, pero no le concedía más que una acción útil fundada solamente en la equidad; (4) es decir, que según los principios de derecho, el tercero no

1 Compárese á Durantón, t. 10, pág. 250, núm. 246. Aubry y Rau t. 4º, pág. 310, nota 25.

2 Aubry y Rau, t. 4º, pág. 311, nota 26, y los autores que allí se citan.

3 Esta es la opinión general (Aubry y Rau, t. 4º, pág. 312, párrafo 343 ter).

4 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 72. Una sentencia de la Corte de la Haya califica también la acción del tercero de *acción útil* (sentencia de 7 de Enero de 1825, *Eosicrisia*, 1825, pág. 274).

tendría acción contra el promitente, y la razón es muy sencilla. ¿Puede haber una acción contra quien no se ha obligado? El promitente no ha contraído ninguna obligación respecto del tercero, puesto que éste ni siquiera habló en el contrato, y, por lo tanto, no hay ningún vínculo de derecho entre él y el tercero; así es que no vemos en virtud de qué principio tendrá el tercero una acción directa y personal contra el promitente, y el art. 1,121 no da ninguna acción al tercero, pues la ley solamente dice en qué casos viene á ser válida la estipulación para un tercero, que era nula al principio. ¿De que la ley declara válida la estipulación debe deducirse que concede una acción directa al tercero? Se necesita ver por qué y en qué sentido es válida la estipulación. Desde luego es nula la estipulación para el tercero, porque el estipulante no tiene, por falta de interés, ninguna acción, y después, porque el tercero, como extraño al contrato, tampoco la tiene. En el caso previsto por el art. 1,121, el estipulante tiene interés en la estipulación, y este interés es el que le da acción contra el promitente; pero ésta es extraña al tercero, pues siempre es verdad que no intervino en el contrato y que el promitente no está obligado, respecto de él; así es que no puede tener acción. Sin duda la equidad exigiría que tuviese una acción, puesto que la estipulación es válida y que es hecha en interés del tercero; pero no basta la equidad para dar una acción contra una persona que no está obligada. No hay acción sin obligación personal del deudor, y el promitente es deudor del estipulante y no del tercero. ¿Quiere decir esto que el tercero quede sin acción? Hay la acción del estipulante contra el promitente en virtud del art. 1,166, pues, en efecto, el estipulante hace un ofrecimiento al tercero y éste lo acepta: hé aquí formado el contrato entre ellos, que la ley declara irrevocable; así, pues,

el tercero puede proceder contra el estipulante, y, por consiguiente, ejercer la acción que éste tiene contra el promitente.

569. Da lugar á algunas dificultades la aplicación del principio, pues de acuerdo para dar al tercero una acción directa, los autores se dividen cuando se trata de aplicar el principio. Hay hipotecas, privilegios ú otras garantías, tales como la acción resolutoria, agregadas al contrato de que la estipulación forma una carga: ¿puede el tercero ejercer estos derechos? En nuestra opinión, el tercero tiene contra el estipulante una acción puramente personal que nace del ofrecimiento y la aceptación, y esta acción nada tiene de común con la que el estipulante tiene contra el promitente, pues como el tercero no es vendedor ni donante, no puede reclamar los derechos que se derivan de la donación ó de la venta. Pero el tercero, acreedor del estipulante, puede ejercer los derechos de su deudor contra el promitente, en virtud del art. 1,166, y los acreedores que procedan en nombre de su deudor, gozan de todos sus derechos que pertenecen á éste, pues se considera que el deudor obra por intermediario; así, pues, obrando el tercero en virtud del art. 1,166, podrá ejercer los privilegios ó hipotecas y las acciones resolutorias, que pertenecen al estipulante, bien entendido que no aprovechará sólo el beneficio de la acción, pues el producto del derecho ejercido por el acreedor en nombre de su deudor, queda comprendido en el patrimonio de éste, y viene á ser la garantía de todos sus acreedores.

Conviene, sin embargo, que nos coloquemos en el terreno de la opinión contraria que se sigue generalmente. Los autores están divididos. Hay algunos que no reconocen al tercero ni el privilegio del vendedor ó donante, ni la acción de resolución ó de revocación que á esto pertenece, y nosotros creemos que esta opinión es la buena,

pues se supone que el tercero tiene una acción directa contra el promitente, la cual es puramente personal y no tiene otro fundamento que la equidad; así, pues, nada tiene de común con la acción que nace del contrato celebrado entre el estipulante y el promitente, y, por lo mismo, no se concibe que el tercero tenga el privilegio del vendedor ó de donante cuando no es ni donante ni vendedor. (1) Otros autores distinguidos conceden al tercero todas las seguridades que garantizan la ejecución del contrato principal de que la estipulación forma una carga, (2) pero le niegan la acción de resolución y de revocación; pero esto nos parece ilógico, pues concederles los privilegios é hipotecas inherentes al crédito principal, es tanto como decir que ejerce en este crédito porque no pueden tener derecho á los accesorios sin tener derecho á lo principal, y si tienen la acción que nace del contrato principal, deben también tener todos los derechos que de ella dependen y que son la acción en resolución, lo mismo que los privilegios é hipotecas. Tienen la acción del vendedor y del donante, entonces gozan de todos sus derechos; no tienen esta acción, entonces no pueden reclamar ninguno de sus derechos y su acción es puramente personal.

La jurisprudencia y la doctrina están indecisas. Hay una sentencia de la Corte de Casación que en apariencia consagra los principios que hemos sostenido; pero examinando bien se ve que es un fallo especial que no tiene ninguna importancia doctrinal, porque la Corte tiene cuidado de decir que decidió así por los hechos y circunstancias de la causa. (3) En otro caso la Corte de Casación decidió que el tercero tenía derecho á la hipoteca convencio-

1 Larombière, t. 1º, pág. 120, núm. 9 del art. 1,121 (Ed. B., t. 1º, 58). Demolombe, t. 24, pág. 237, núm. 256.

2 Aubry y Rau, t. 4º, pág. 312, nota 30, pág. 343 *ter*.

3 Sala de Súplica de lo Civil, 23 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 196).

nal que garantizaba el crédito principal, pero no había duda, en nuestro concepto, puesto que el estipulante cedió al tercero una parte de su crédito, y naturalmente lo dió con la hipoteca que lo garantizaba. El marido, al vender uno de sus inmuebles, estipula en favor de su mujer casada bajo el régimen dotal, que una parte del precio será pagada á esta en deducción de sus gananciales, bajo la caución hipotecaria de un tercero. Se ha juzgado que habiendo aceptado la mujer esta estipulación, se encuentra investida del crédito que existe contra el comprador por la porción de lprecio que la comprendía, y, por consiguiente, de la hipoteca que aseguraba el pago. (1)

570. Puede el estipulante pedir la resolución del contrato principal cuando el promitente no ejecuta la carga que se le ha impuesto y esta es la aplicación del principio establecido por el art. 1,184: la condición resolutoria se sobreentiende en los contratos si no hay motivos para el caso en que una de las partes no cumpla sus obligaciones, y el art. 953 aplica el mismo principio á las donaciones. Se pregunta lo que viene á ser la estipulación hecha en favor de tercero cuando el contrato al cual va unida, viene á ser distinto. En nuestra opinión hay dos contratos, independientes el uno del otro, en el sentido de que uno puede subsistir aunque sea resuelto el otro. Suponemos una donación hecha con carga, la cual contiene una donación en favor de un tercero. La donación principal se resuelve por causa de falta de cumplimiento de la carga, lo cual no impedirá que subsista la liberalidad hecha bajo la forma de carga, y subsiste, porque no hay causa para que sea resuelta. Se objeta que la resolución del contrato principal debe entrañar la resolución de la carga que no es más que una cláusula. Sin duda, la carga, como tal, queda sin efecto; no hay donación, no hay donatario princi-

1 Casación, 12 de Enero de 1857 (Daloz, 1858, 1, 278).

pal, partiendo de la obligación de cumplir la carga en razón de la cual ha sido revocada la donación. Pero nosotros rechazamos esto porque no es el donatario, el promitente, el que ha hecho la liberalidad secundaria, pues ha sido impuesta por el donante como carga al estipulante, y de que el estipulante tenga el derecho de revocar la donación principal no se sigue ciertamente que tenga el derecho de nulificar la liberalidad que ha hecho bajo la forma de carga, liberalidad que el art. 1,121 declara irrevocable desde el momento en que la ha aceptado el tercero.

Así, pues, subsiste la obligación hecha en favor de tercero; pero ¿quién deberá ejecutarla? No es el promitente, puesto que ya no le hay. Es, pues, el estipulante. ¿Se dirá que tampoco hay estipulante por el solo hecho de que no hay promitente? Es verdad; pero quedan un donante y un donatario, y éste conserva contra aquél la acción que tiene en virtud de la aceptación que hizo del ofrecimiento y que ha ligado para con él al estipulante, lo cual equivale á decir que el donante estará obligado á ejecutar, no diremos que la carga sino la liberalidad. (1)

En nuestra opinión, el tercer donatario no tiene ninguna acción contra el promitente, principal donatario. Sin embargo, se enseña lo contrario cuando el promitente no cuida de llamar al tercero á juicio para hacerse desligar de la obligación que había contraído respecto de él y se pretende que en este caso el promitente deberá cumplir la carga, salvo su derecho contra el estipulante. Nosotros no comprendemos que haya una carga cuando el contrato se resuelve á falta de ejecución de la carga. ¿Se invocarán los principios que rigen la cosa juzgada? El contrato se disuelve entre el estipulante y el promitente, y no respec-

1 Demolombe, t. 24, pág. 238, núm. 257, seguido por Aubry y Rau, t. 4º, pág. 313, nota 31. En sentido contrario, Larombière, t. 1º, pág. 122, núm. 10 del art. 1,121).

to del tercero, puesto que éste no ha formado parte de él. Esto es verdad. ¿Pero quién debe hacer entrar al tercero en el juicio? El estipulante, puesto que no hay lazo más que entre él y el tercero, y el estipulante no tiene ningún interés en hacer entrar al juicio al tercero, y por el solo hecho de la resolución del contrato principal, estará obligado á ejecutar la liberalidad, como estaba en vista de su ofrecimiento y del contrato que resultó por la aceptación de tercero. (1)

*Núm. 4. Efecto de la estipulación respecto de los herederos.*

571. Suponiendo que el estipulante ó el tercero mueren antes de que el tercero haya aceptado la estipulación hecha en su favor, pasará la estipulación á los herederos del estipulante ó del tercero. Nosotros creemos que la estipulación no puede pasar á los herederos de uno ni de otro y hay para esto una razón que nos parece perentoria. Los herederos suceden en los derechos y en las obligaciones á su autor, cuando hay derecho y obligación; pero, en el caso, el estipulante no se ha obligado y el tercero no tiene ningún derecho. En efecto, es de principio y todo el mundo lo reconoce, que la estipulación hecha en favor de un tercero no es más que un simple ofrecimiento; es decir, una policitud, y la ley misma lo dice, puesto que el artículo 1,121 permite al estipulante revocar su ofrecimiento mientras no lo ha aceptado el tercero, pues hasta esta aceptación no hay ningún lazo entre el estipulante y el tercero, y cuando uno de ellos muere, no puede formarse este lazo, porque no es posible el concurso de voluntades. Se pretende que el principio que rige las peticiones no es aplicable á la estipulación hecha en favor de un tercero,

1 En sentido contrario, Demolombe, t. 24, pág. 240, núm. 258, seguido por Aubry y Rau.

pues semejante estipulación, dicen, no es un ofrecimiento hecho en vista de un contrato por concluir, sino una simple cláusula, una carga ó un modo del convenio ya formado y con el cual se relaciona. Esta argumentación nos parece en extremo débil, pues absorbe la estipulación hecha en favor de tercero en la estipulación principal, como si no hubiera más que un solo contrato, en tanto que en realidad hay dos, un convenio entre el estipulante y el promitente y un convenio entre el estipulante y el tercero. El primer convenio se forma por el concurso de voluntades del estipulante y el promitente, pero de aquí no se sigue que el segundo convenio esté ya formado, sino que se formará por la aceptación del tercero; hasta entonces no hay vínculo entre el estipulante y el tercero y lo dice el artículo 1,121; así es que el lazo debe formarse, y esto no puede ser más que por el concurso de voluntades de las dos partes, el cual viene á ser imposible cuando muere una de ellas. Los autores á quienes combatimos admiten que la resolución de la estipulación principal no entraña la resolución de la estipulación accesoria, admitiendo, por lo tanto, que hay dos contratos distintos independientes uno de otro, pues no se forma ni se disuelve cada uno más que por el concurso de voluntades. Se invoca la tradición, pero tiene poca autoridad en esta materia, porque no estaban bien asentados los principios en el antiguo derecho, y en las controversias á que daba lugar la estipulación para un tercero no se invocaba el principio de los ofrecimientos, en tanto que los autores modernos hacen de él la base de su teoría. Conviene ser lógico: cuando se admite el principio, se deben admitir también las consecuencias. (1)

1 Esta es la opinión de Colmet de Santerre (Demante, t. 5º, página 44, núm. 33 bis, 8º, y de Marcadé, t. 5º, pág. 369, núm. 3 del art. 1,121. En sentido contrario, Durantón, t. 10, pág. 253, número 249. Aubry y Rau, t. 4º, pág. 311, nota 27, pfo. 343 ter. Sala de Súplica, 22 de Junio de 1859 (Daloz, 1859, 1, 385).

572. Los autores que profesan la opinión contraria no están de acuerdo sobre las consecuencias del principio que admiten, pues, por regla general, permiten á los herederos del tercero aceptar el ofrecimiento hecho por el estipulante, muchas veces con la restricción de que la estipulación no puede ser aceptada por los herederos cuando es hecha en interés personal y exclusivo del tercero, lo cual decidirán los jueces según el objeto de la estipulación ó los términos en que esté concebida. Sobre este punto los autores están de acuerdo ¿Pero cuál será la posición de los herederos del estipulante? ¿Pueden revocar la estipulación ó viene á ser irrevocable por la muerte del estipulante? La lógica exige que los herederos del estipulante tengan el derecho de revocarla; y en efecto, si se admite que la estipulación pase á los herederos de las partes interesadas, no puede pasar sino como existía respecto de las partes mismas, y si el estipulante podrá revocarla, claro es que sus herederos deben tener el mismo derecho. Esta es la opinión general, salvo el disentiendo de Demolombe. (1)

FIN DEL TOMO DECIMOQUINTO.

1 Aubry y Rau, t. 4º, pág. 311, nota 27, y los autores que allí se citan. En sentido contrario, Demolombe, t. 20, pág. 90, 3, núm. 93.