

*SECCION II.—De las condiciones requeridas para la existencia y para la validez de la venta.*

§ I.—EL CONSENTIMIENTO.

6. Pothier dice que el consentimiento que forma el contrato de venta debe intervenir en la cosa que es el objeto del contrato, en el precio y la misma venta.

El consentimiento debe intervenir en la cosa que es objeto del contrato: no hay, pues, contrato de venta si uno quiere vender una cosa y el otro no quiera comprar otra. Esta es la aplicación de la doctrina de la inexistencia de los contratos. *No hay venta*, dice Pothier; ésta no existe, pues, es la nada. ¿Por qué? Porque no hay consentimiento.

El consentimiento debe intervenir en el precio. Si uno entiende vender por una suma más grande que la que el otro consiente en pagar, *no hay contrato de venta* por falta de consentimiento; este es un contrato inexistente, es la nada.

El consentimiento debe intervenir en la venta misma. Si uno quiere vender y el otro pretende arrendar, no hay venta ni arrendamiento, por no haber consentimiento; el contrato es también inexistente. Pothier no dice que el consentimiento es nulo, dice que no hay contrato, lo que es muy diferente. Esta es la aplicación de los principios que rigen los contratos inexistentes.

7. El consentimiento es un concurso de voluntades. Cuando se dice que el vendedor y el comprador deben consentir, esto quiere decir que sus voluntades deben concurrir. No basta que el uno consienta en vender, es necesario que el otro consienta en comprar. Si el uno se compromete en vender, pero el otro no consiente en comprar ¿habrá venta? No, hay promesa de venta; esta promesa es un contrato unilateral, mientras que la venta es un contrato bilateral. Puede también haber una promesa bilateral de venta cuando

uno ofrece vender y el otro comprar; en este caso hay concurso de consentimiento, luego venta. El Código no prevee el caso de una promesa unilateral de venta, y no dice sino una palabra de la promesa bilateral (art. 1,589). De aquí numerosas dificultades.

*Núm. 1. De la promesa unilateral de venta.*

*I. ¿La promesa unilateral es obligatoria?*

8. Prometo venderos una casa en 50,000 francos ¿Es una obligación esta promesa? Se trata de una obligación contractual; es, pues, necesario que exista un contrato, y sólo hay contrato cuando hay concurso de consentimiento. De esto resulta que no basta que yo prometa vender para que esta promesa engendre una obligación, es necesario que aquel á quien prometo la acepte. Mientras no acepte sólo hay un simple ofrecimiento ó policitudión; y el ofrecimiento no engendra el lazo de la obligación; puedo retractarla, mientras que no se retracta una obligación. La oferta puede ser retractada mientras la otra parte no la tiene aceptada. Desde el momento que se acepta hay concurso de voluntades, luego consentimiento y, por tanto, contrato. Hemos expuesto estos principios elementales en el título *De las Obligaciones*. (1)

La promesa de venta es, pues, una policitudión no obligatoria mientras no está aceptada. Cuando está aceptada constituye un contrato de donde nace una obligación: esta es la promesa unilateral de venta. No debe confundirse esta promesa con la de que habla el art. 1,589, ni con la venta. La promesa del art. 1,589 es bilateral; es decir, "que hay recíproco consentimiento de ambas partes en la cosa y en el precio;" una promete vender tal cosa en tal precio, la otra consiente en comprar por el mismo precio; este concurso de

1 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 17, núm. 10 bis I.

consentimiento forma un contrato bilateral que la ley asimila á la venta. En la promesa unilateral de venta una de las partes se compromete á vender, pero la otra, al aceptar esta oferta, no se obliga á comprar. En este sentido la promesa es unilateral porque es un contrato unilateral, mientras que la venta y la promesa que la ley le asimila son contratos bilaterales.

9. ¿La promesa unilateral es una obligación? La afirmativa es tan evidente que sorprende ver la cuestión controvertida por los autores y la jurisprudencia titubear. Decimos que la validez de la promesa unilateral es evidente; se puede hablar de evidencia cuando el texto ha pronunciado, y hay un texto, el art. 1,103, que define el contrato unilateral. El contrato es unilateral cuando una persona se obliga hacia otra sin que ésta tenga obligación. Y aquel que promete vender se obliga hacia otra persona, puesto que suponemos que su ofrecimiento fué aceptado; pero aquel que aceptó el ofrecimiento de venta no se obligó á comprar; sólo hay, pues, una parte que está obligada, el que promete, lo que es lo característico del contrato unilateral.

Tal vez haya razones por las cuales la promesa unilateral de venta no es válida. El art. 1,589 sólo habla de la promesa bilateral. ¿Quiere decir esto que la ley no admite la promesa unilateral? Este sería el peor argumento *a contrario*; no es necesario contestarlo. Se objeta que la promesa unilateral está viciada en su esencia, puesto que sólo depende de la voluntad del comprador; y la condición potestativa anula la obligación que de ella depende. Sí cuando la obligación fué contraída bajo condición potestativa por parte de aquél que se obliga; estos son los términos del artículo 1,174, pero aquel que recibió una promesa de venta no se obliga á nada; no es deudor, es acreedor; y en los contratos unilaterales siempre hay una condición potestativa á favor del acreedor; éste queda libre de no proseguir el

compromiso, lo que no impide que el deudor esté ligado. Basta para la validez de la promesa unilateral que el que promete esté ligado, y lo está seguramente. (1)

¿Cómo se hace que la jurisprudencia esté insegura cuando los principios tienen una evidencia matemática? Decimos que la promesa unilateral aceptada es un contrato unilateral que obliga al que promete, á diferencia de la pólitaación que sólo es un simple ofrecimiento que, por consiguiente, no impone ninguna obligación á aquel que lo hizo. La Corte de Casación parece, al contrario, confundir la promesa unilateral con la pólitaación, lo que conduce á negar toda fuerza obligatoria á la promesa de venta, á no ser que sea bilateral. Se lee en una sentencia de denegada que «la promesa de venta, como la misma venta, es una *acta sinalagmática* que sólo es obligatoria mediante concurso de las voluntades de las partes en la cosa y en el precio.» (2) En otra sentencia aun más explícita y más absoluta la Corte dice «que la promesa de venta unilateral no es la promesa mencionada por el art. 1,589 sino una simple pólitaación.» (3) Si se tomasen estas sentencias á la letra habría que decir que la Corte de Casación confunde dos hechos jurídicos de naturaleza esencialmente diversa; la pólitaación, simple oferta sin concurso de voluntad, sin fuerza obligatoria, y la promesa unilateral de venta que se forma por concurso de voluntades y que, por consiguiente, engendra un contrato. No podemos creer que tal sea la mente de la Suprema Corte aunque se encuentren las mismas confusiones en las sentencias de las cortes de apelación. (4) Hay, sin duda alguna, mala inteligencia. La promesa unilateral implica un ofrecimiento, pero un ofrecimiento aceptado, mien-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 20, núm. 10 bis IV. Compárense, en sentidos diversos, los autores citados por Aubry y Rau, t. IV, pág. 333, nota 9, pfo. 349.

2 Denegada, 18 de Junio de 1822 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 291, 5°).

3 Denegada, 9 de Agosto de 1848 (Daloz, 1848, I, 185).

4 Angérs, 27 de Agosto de 1829 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 291, 6. °)

tras que la policitación es un ofrecimiento no aceptado. (1) Y es amenudo muy difícil saber si el ofrecimiento fué ó no aceptado.

De hecho la confusión de la policitación y de la promesa unilateral es, pues, muy fácil; desde que el juez no ve el concurso de voluntades dirá que la promesa unilateral es una policitación. Sea como fuese, el lenguaje de la Corte de Casación es, cuando menos, inexacto; hubiera debido distinguir la policitación, oferta no aceptada, y la promesa unilateral, ofrecimiento aceptado; también hubiera debido distinguir la promesa unilateral obligatoria para el que promete, de la promesa bilateral que vale venta y que obliga, por consiguiente, á ambas partes contratadas.

10. Puesto que la aceptación del ofrecimiento desempeña un papel tan importante en la promesa de venta, hay que detenerse en ella. La aceptación es una manifestación de consentimiento de aquel á quien se hace la oferta. Aceptar la oferta es decir que adquiere el derecho de aprovecharla; se vuelve acreedor del que promete, pero no contrae ninguna obligación. ¿Cómo debe hacerse la aceptación? Se aplican los principios generales, puesto que la ley no los deroga. Y en principio el consentimiento puede ser expreso ó tácito. Cuando el consentimiento es expreso no hay ya duda, el concurso de voluntad es exacto, y por consiguiente, se forma el contrato. Resultando de un hecho el consentimiento tácito, pertenece al juez comprobar su existencia, según los hechos y circunstancias de la causa. Cuando se trata de adquirir un derecho sin que por su lado el acreedor contraiga una obligación, el juez admitirá fácilmente el consentimiento; esto no quiere decir, sin embargo, que lo pueda presumir. El consentimiento del acreedor no se presume

1 El principio está muy bien formulado por la Corte de París, 10 de Mayo de 1826 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 290, 3.º), por la Corte de Bruselas, 23 de Marzo de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, 2; 60) y por la Corte de Burdeos, 17 de Agosto de 1848 (Daloz, 1849, 2, 46).

así como el del deudor, es siempre necesario que exista una voluntad expresada.

Ha sido sentenciado que si la promesa consta por escrito la entrega de dicho escrito á la persona en provecho de quien se hizo la promesa basta para que haya aceptación; en efecto, aquel que recibe un escrito conteniendo una obligación en su favor manifiesta por esto la voluntad de aprovecharse del ofrecimiento si hay lugar; si no consintiera en el ofrecimiento se negaría á recibir el escrito en que consta (1).

11. Hay otra causa de confusión en esta materia. ¿Cuando el que promete hace su ofrecimiento por escrito debe dicho escrito hacerse por *duplicata*? La negativa es segura, puesto que el art. 1,325 no se aplica más que á los contratos bilaterales, y el mismo nombre de promesa unilateral implica que la convención es unilateral. (2) Pero poco importa la forma en la cual la promesa esté redactada; esto es cosa de la prueba, y no debe confundirse la prueba con la validez de la promesa. Puedo comprometerme oralmente á vender; esta promesa será perfectamente válida, salvo la dificultad de la prueba. Asimismo una acta hecha por duplicado no probaría la existencia de un contrato bilateral, á no ser que el acta comprobase que hay recíproco compromiso de vender y de comprar. Volveremos más adelante á esta confusión que se encuentra tan amenudo en las sentencias, entre la validez del hecho jurídico y la validez del escrito redactado para hacerlo constar.

## II. Efecto de la promesa unilateral.

12. La promesa de venta aceptada es obligatoria para el que ofrece. ¿En qué consiste esta obligación y cuáles son sus efectos? Aquel á quien se hace lo promesa tiene el derecho de aprovecharse de ella si por su parte quiere compro-

1 Lieja, 12 de Febrero de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 169).

2 Bruselas, 23 de Marzo de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, 2, 60).

meterse en comprar. Este es un derecho personal en el sentido de que no adquiere ningún derecho en la cosa que es objeto del contrato. Fué sentenciado por la Corte de Casación que este no es un derecho inmobiliario, lo que es incontestable, (1) pues el derecho inmobiliario sólo pudiera ser un derecho en el inmueble; es decir, un derecho de propietario; y mientras la parte interesada no ha declarado su intención de comprar, sólo hay una obligación del que ofrece vender, y éste, como lo dice Pothier, no vende, pues no lo puede hacer con su sola voluntad.

Se pregunta si el derecho resultante de una promesa de venta puede cederse. La jurisprudencia está dividida. La Corte de Casación decidió que el derecho puede cederse. En principio no vemos en ello ninguna duda. Todo derecho puede ser cedido, á no ser que por su naturaleza no pueda cederse; y el derecho de que se trata es un derecho pecuniario, es el derecho de transformar una promesa en venta; este derecho nada tiene de personal, permanece, por consiguiente, bajo el imperio de la regla general. La Corte agrega una restricción: es que el cedente queda obligado directamente para con el autor de la promesa, cualesquiera que sean las estipulaciones intervenidas entre él y el cesionario. (2) A primera vista no se ve cuáles sean las obligaciones del cedente, pues la promesa de venta no lo obliga, pero lo obliga eventualmente para el caso en que quiera aprovechar la promesa y transformarla en venta definitiva; se obliga, pues, hacia el que ofreció á pagar el precio si la venta se realiza; y si se pueden ceder sus derechos no se pueden ceder sus obligaciones. De esto resulta que la cesión del derecho á la realización de la promesa no liberta al cedente de la obligación que contrae de pagar el precio. Esto tam-

1 Denegada, 20 de Enero de 1862 (Daloz, 1862, 1, 364).

2 Casación, después de deliberación en Sala de Consejo, 31 de Enero de 1866 (Daloz, 1866, 1, 69). En sentido contrario Aix, 21 de Diciembre de 1863, casada (Daloz, 1865, 2, 29); París, 2 de Julio de 1847 (Daloz, 1847, 2, 127).

bién se funda en la razón; puedo prometer vender á una persona cuya solvencia me inspira entera confianza, mientras que no haría la misma promesa á su cesionario, á quien no conozco.

13. En qué consiste el derecho de aquel á quien fué hecha la promesa si la quiere aprovechar? La cuestión está controvertida; los mismos autores que parecen tener la misma opinión están en desacuerdo; la jurisprudencia está igualmente dividida. En nuestro concepto la dificultad no es dificultad. Se trata de saber cuándo y de qué manera se formalizará la venta. La venta se forma por el concurso de voluntades de ambas partes. Y el vendedor ha declarado su voluntad de vender: ¿qué falta, pues, para perfeccionar la venta? La voluntad de la otra parte; luego desde que ésta declare que quiere comprar, el concurso de voluntad existirá y, por consiguiente, la venta quedará perfecta (art. 1,583). (1)

Se objeta que el que ofrece no se obligó á dar sino á hacer; es decir, á vender la cosa; y que si se niega á cumplir este hecho el acreedor no lo puede obligar á ello, que sólo puede reclamar daños y perjuicios, puesto que cualquiera obligación de hacer se resuelve por daños y perjuicios, en el caso de inejecución por parte del deudor (art. 1,142). (2) Pothier tontesta que este principio sólo recibe aplicación á los hechos que exigen la intervención personal del deudor; no se aplica á los hechos que pueden suplirse por una decisión del juez; y tal es el hecho del que ofrece si se niega á prestarlo, haciendo su contrato de venta, el juez decidirá que su sentencia substituye el contrato, y en virtud de esta sentencia el comprador entrará en posesión. (3) La mayor parte de los autores modernos siguen la opinión de Pothier. (4) Hay una

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 333 y nota 10, pfo. 349 (4.ª edición).

2 La Corte de Amiéns sentenció en este sentido, 24 de Agosto de 1839 (Da-  
lloz, en la palabra *Venta*, núm. 300).

3 Pothier, *De la Venta*, núm. 479.

4 Durantón, t. XV, pág. 78, núm. 52. Troplong, pág. 71, núm. 116.

contestación más perentoria que hacer á la objeción: es que la obligación del que ofrece no tiene por objeto un hecho; consintió en vender, ya no necesita consentir; lo que falta para perfeccionar la venta es el consentimiento de la otra parte; desde que ésta consiente hay venta. ¿Es necesario que el juez intervenga para obligar al que ofreció á hacer su contrato, como se dice? Hacer el contrato quiere decir redactar el acta de venta, y el acta sólo es una cuestión de prueba y de ejecución. Sin duda si el que promete se niega á ejecutar la venta el comprador necesitará de una acta ejecutoria; pero esta acta no debe necesariamente ser la sentencia del juez. Si el que ofreció se obligó á vender por acta auténtica, y si la otra parte se compromete á vender por acta auténtica, estas dos actas reunidas formarán una acta ejecutoria en virtud de la cual el comprador tendrá derecho á entrar en posesión. El juez sólo deberá intervenir para asegurar la ejecución forzada de la venta cuando no haya acta auténtica; en este caso no condenará al que ofreció á hacer el contrato, como se dice; comprobará que hay venta y su sentencia reemplazará el acta.

La jurisprudencia ha consagrado la opinión de Pothier. Conduce al mismo resultado que la nuestra, pero una vía indirecta que no parece inútil y que se presta al error. Así una sentencia dice que *la sentencia vale venta*. (1) La expresión es inexacta; nunca puede la sentencia reemplazar el contrato, pues el contrato consiste en el concurso de voluntades, y no pertenece al juez consentir por las partes. En realidad las partes han consentido; sólo se trata de dar al comprador un título de ejecución. La Corte de París sentenció mejor condenando al que ofreció á hacer el acta, y decidió que si se negaba *la sentencia reemplazaría el acta*. (2)

1 Amiéna, 16 de Junio de 1841 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 290, 7.º)

2 París, 10 de Mayo de 1826 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 290), 3.º  
Bruselas, 31 de Marzo de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, pág. 61).

¿Pero para qué condenar al que ofreció á que haga el acta si la sentencia basta?

14. Al decir que el consentimiento del acreedor basta para perfeccionar la venta suponemos que todos los elementos necesarios á la perfección de la venta existen; es decir, que las partes están acordes en la cosa y el precio (art. 1,583). La promesa de venta debe reunir todas las condiciones requeridas para la perfección de la venta, luego una cosa y el precio; el que promete se compromete á vender la cosa por tal precio; después el acreedor declara que se compromete á comprar esta cosa en el precio indicado en la promesa. En efecto, la única diferencia entre la promesa unilateral de venta y la venta misma es que en la primera una sola parte se obliga, pero esta obligación debe ser de tal naturaleza que pueda transformarse en contrato bilateral por la sola expresión de voluntad del acreedor; no se concibe que haya promesa de venta sin objeto, tampoco se concibe una promesa de venta sin precio. Pothier tiene una opinión contraria en lo que se refiere al precio; dice que la promesa de venta es válida sin que el precio esté expresado en ella; el que ofrece está como si se hubiese obligado en el justo valor de la cosa, tal cual podrá ser fijado por los expertos que las partes nombraron. Esto es inadmisibile. Para que haya venta es necesario el consentimiento de ambas partes en la cosa y en el precio; las partes son las que deben determinar el precio y no los expertos; decir que están *como si* hubieran vendido en el justo precio es presumir su consentimiento, y el consentimiento no se presume nunca. La promesa sin indicación del precio está, pues, imperfecta, porque la venta no se puede perfeccionar. Esta es la opinión general. (1)

1 Pothier, *De la Venta*, núm. 481. En sentido contrario Duvergier, t. I. página 140, núm. 123 y todos los autores. Marcadé, que critica á todos, es, en el fondo, de la misma opinión.

15. El acreedor declara que consiente en comprar. ¿Desde este momento habrá venta? La cuestión es muy importante en lo que se refiere á la transmisión de propiedad y de los riesgos. Desde que la venta es perfecta la propiedad de la cosa está adquirida por el comprador y los riesgos están á su cargo. ¿La venta existe desde la promesa ó sólo desde la declaración del acreedor por la cual se compromete á comprar? En nuestra opinión la respuesta no es dudosa; la promesa de venta difiere de la venta en un punto esencial: sólo hay consentimiento por parte del que ofreció; para que la promesa se vuelva venta es necesario además el consentimiento del acreedor; cuando este consentimiento está dado hay concurso de voluntades y, por lo tanto, venta. Luego la venta sólo existe á partir del momento en que el acreedor declara querer comprar; es desde aquel momento cuando se vuelve propietario y sufre los riesgos. (1)

Hay una opinión contraria según la cual la venta existe desde la promesa; encontró un hábil defensor en el Sr. Colmet de Santerre; tenemos que detenernos en ella. (2) La promesa de venta, se dice, implica una condición y produce el efecto de transmitir la propiedad condicional; el que ofrece se compromete á transferir la propiedad de la cosa si el comprador se compromete por su parte á comprarla; aquél es, pues, un deudor condicional de la cosa; aquél á quien se hizo la promesa es acreedor condicional de la cosa; cuando cumple la condición ésta retrotrae; él es, pues, propietario desde el momento de la promesa condicional. Nos parece que es desnaturalizar la promesa de venta el considerarla como un contrato unilateral condicional. La promesa es pura y simple. ¿Qué dice? Que el que ofrece se compromete á vender; este compromiso unilateral no puede transferir la propiedad, pero ésta no se transfiere sino por

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 334, nota 11, pfo. 349, y las autoridades que citan.

2 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 21, núm. 10 bis V.

un concurso de voluntades. ¿Cuándo existe este concurso? Desde el momento en que el acreedor declara que quiere comprar. Es, pues, á partir de aquel momento cuando habrá venta y transmisión de dominio. Las partes no han estipulado ninguna condición y su convención no implica condición; es una venta imperfecta porque una de las partes sólo se ha obligado; se volverá perfecta cuando la otra parte esté obligada por su parte; unilateral en su principio, el contrato se volverá bilateral cuando el acreedor se obligue á comprar; y el contrato unilateral sólo puede volverse bilateral por la retroacción de un consentimiento. Esta retroacción es imposible, pues resultaría que habría contrato bilateral en un momento en que sólo hay un contrato unilateral. La equidad está acorde con el derecho. En nuestra opinión el que ofrece permanece propietario y soporta los riesgos porque aun no hay venta. En la opinión que combatimos el acreedor sería propietario y no obstante el deudor soportaría el riesgo, pues el acreedor, no estando ligado aún en el momento en que la cosa llegare á perecer, mucho se cuidaría de consentir la venta. Aprovecharía, pues, de la buena suerte que aumentaría el valor de la cosa, y no sufriría los malos, lo que sería injusto.

La jurisprudencia ha consagrado la opinión general. El propietario de un terreno se compromete á no vender á nadie más que á la persona indicada en el acta, durante un tiempo de cuatro años á partir del 1.º de Abril de 1843. Se decía en el acta que el trato sólo se haría obligatorio para el acreedor desde el día en que manifestara su voluntad por acta extrajudicial, fijando la época de la convención del acta privada en acta auténtica á la toma de posesión del terreno. El precio fijado era de 40,000 francos. Intervino después la ley de 19 de Julio de 1845 que decretó el establecimiento del ferrocarril de París á Estrasburgo. La vía férrea debía pasar en el terreno y resultaba que éste adqui-

ría un valor de más de 15,000 francos. El acreedor se apresuró á hacer apremio al prometiende; éste se negó á realizar su promesa. Oponía primero la nulidad de la promesa unilateral de venta: esta era una mala chicana; la Corte de París la desechó y estableció á la vez el principio tal cual lo hemos formulado. La promesa unilateral de venta, dice, no está prohibida por ninguna ley; la venta está subordinada en este caso á la aceptación del comprador, lo que imprime un carácter sinalagmático y opera la transmisión del derecho de propiedad que hasta entonces había permanecido en la persona y riesgos de aquel que había ofrecido vender. La venta era, pues, perfecta con la declaración del acreedor de querer comprar. En la opinión del Sr. Colmet de Santerre que combatimos el acreedor podrá decir: soy propietario desde la promesa porque mi acción retrotrae: aprovecho el mayor valor del terreno. Pero no hubiera sufrido la suerte de la depreciación. En nuestra opinión la venta sólo fué perfecta en el momento de la aceptación del acreedor; el precio estaba fijado en 40,000 francos, pero el terreno había adquirido un aumento enorme; nacía la cuestión de saber si no había lesión por más de las siete doceavas partes y, por consiguiente, si la venta era rescindible. De hecho había lesión y de derecho la acción de rescisión debía de ser admitida, puesto que la venta sólo existía por la aceptación del acreedor; era en aquella época cuando se debía estimar el valor del inmueble para calcular la lesión. En el recurso la decisión fué confirmada por una sentencia de denegada. (1)

16. Del principio de que el que ofrece permanece propietario se sigue que éste puede vender la cosa á un tercero, gravarla con derechos reales, darla en arrendamiento; estas actas serán perfectamente válidas para con los terceros, pues-

1 París, 26 de Agosto de 1847, y Denegada, 9 de Agosto de 1848 [Dalloz, 1848, 2, 43, y 1, 185].

to que para con ellos aquél conserva la propiedad plena y entera de la cosa. El acreedor á quien fué hecha la promesa de venta no puede oponer su derecho á los terceros, pues sólo tiene un derecho personal ó de crédito, no tiene derecho en la cosa; sólo tendrá, pues, una acción por daños y perjuicios contra el que ofreció. Si éste hubiera dispuesto de la cosa en fraude de los derechos del acreedor habría lugar á la acción pauliana, suponiendo que el tercero fuera cómplice en el fraude. Estas son las consecuencias lógicas del principio de que la propiedad no está transferida por la promesa de venta. (1) Si la aceptación del acreedor retrotrajera éste sería propietario desde la promesa; podrá, pues, oponer su derecho á los terceros; se entiende bajo condición de registrar el acta que estableciera su propiedad. (2) Se puede objetar que en nuestra opinión los derechos del acreedor pueden ser destinados por el prometiente; esto es verdad, pero así sucede con cualquier derecho personal; al acreedor toca estipular garantías, puesto que estaba bajo el imperio del derecho común.

17. Estos principios reciben aplicación á la convención llamada *pacto de preferencia*. Esta es la cláusula por la cual el propietario de una cosa se compromete, para el caso en que enajenase, á venderla con preferencia á tal persona. Este pacto no es otra cosa más que una promesa unilateral de venta; sólo que el prometiente no se obliga á enajenar la cosa. Esta es, pues, una promesa de venta condicional. Se induce que el pacto es nulo, puesto que la condición es potestativa; el prometiente puede ó no enajenar según su voluntad: ¿no es este el caso de aplicar el art. 1,174 que declara nula la obligación contraída bajo condición potestativa por parte de quien se obliga? Nó, la condición potestati-

1 Véanse las autoridades citados por Aubry y Rau, t. V, pág. 334, notas 12 y 13. Denegada, 14 de Marzo de 1860 [Daloz, 1860, 1, 163].

2 Véase, en este sentido, Durantón, t. XVI, pág. 79, núm. 53. Larombière, *De las obligaciones*, t. I, pág. 178, núms. 13-15 del art. 1138 [Ed. B].

va del art. 1,174 es la que depende únicamente de la voluntad del deudor; y no depende siempre de nosotros el vender; las circunstancias pueden obligarnos á ello, ¿y desde que el promitente enajena debe dar la preferencia á aquel en provecho de quien fué convenido el pacto? Este tiene, además, el efecto de una promesa de venta en el sentido de que sólo da al acreedor un derecho personal; si el prometente vende á otra persona, la venta será válida, excepto el caso de fraude; el acreedor sólo tendrá acción á daños y perjuicios. (1)

18. La promesa unilateral de venta no se vuelve venta más que cuando el acreedor declara querer comprar. ¿Puede siempre hacer esta declaración? Hay que distinguir. Ordinariamente la convención fija un plazo en el cual el acreedor debe manifestar su voluntad. Este plazo es una de las condiciones de la promesa; si el acreedor lo deja expirar sin usar de su derecho ya no puede invocar la promesa, puesto que ésta caducó. ¿Qué debe decidirse si la convención no contiene ninguna limitación de tiempo? No se debe concluir que el acreedor puede siempre prevalecerse de la promesa; semejante interpretación sería contraria á la intención de las partes contratantes, pues no se puede suponer que el prometente haya entendido ligarse indefinidamente con el acreedor; hay, pues, un plazo tácito; si las partes interesadas no convienen en determinarlo, lo hará el juez. Pothier así lo decide. Para libertarse de la promesa, dice, el prometente debe obtener una sentencia que versará sobre que el acreedor deberá declarar en qué plazo podrá comprar, y fenecido dicho plazo sin que haya hecho la declaración, el prometente estará libre de su obligación. Se ha sostenido que un simple apremio trataba; esto no nos parece ser exacto; se trata de decidir cuál es el plazo que convi-

1 Burdeos, 19 de Agosto de 1834. Tolosa, 15 de Julio de 1818 [Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 311]. Riom, 30 de Junio de 1843 [Dalloz, 1845, 2, 58].

nieron las partes tácitamente; y una de ellas no tiene el derecho de interpretar la convención sin el concurso de la otra, y este poder sólo pertenece al juez (1)

Pothier agrega que si ha pasado un tiempo considerable desde la promesa sin que el acreedor haya manifestado la voluntad de aprovecharla, puede resultar una presunción de que las partes se han desistido tácitamente de la convención. (2) No pudiera tratarse de una presunción legal, y las presunciones del hombre no sólo se admiten como prueba en el caso en que la ley admite la prueba testimonial. La renuncia á un derecho no se presume nunca y la voluntad se manifiesta por hechos tanto como con palabras. La cuestión debe, pues, presentarse en los siguientes términos: ¿hay hechos que prueben que el acreedor ha renunciado al derecho que le daba la promesa? ¿y cómo puede probarse? Debe contestarse que se está bajo el imperio del derecho común, puesto que la ley no lo deroga.

Hay una sentencia de la Corte de Angérs en este sentido. Una promesa se había hecho á un municipio de volverle á vender su casa cural, enajenada como bien nacional. Casi pasaron treinta años sin que el municipio pidiera la ejecución de la promesa; además compró una parte de la finca sin reservarse los derechos que le daba la promesa de venta. Este último hecho, reunido al largo silencio del acreedor, fué considerado como una prueba del desistimiento del municipio. (3)

### *III. De la promesa unilateral de comprar.*

19. Esta promesa es válida por la misma razón por la cual se admite la validez de la promesa de venta. Se supo-

1 Pothier, *De la venta*, núm. 480. Compárese Troplong, pág. 23, núm. 117-Duvergier, t. I, pág. 138, núm. 127. Colmet de Santerre, t. VII, pág. 24, números 10 bis X y XI. Denegada, 12 de Julio de 1847 [Dalloz, 1847, 1, 347].

2 Compárese Durantón, t. XVI, pág. 85, núm. 58. Troplong, pág. 73, número 117.

3 Angérs, 28 de Agosto de 1829 [Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 291, 6. °

ne que el propietario de la cosa la aceptó. Resulta una convención unilateral que obliga al que promete sin obligar al acreedor. Este, el propietario, podrá transformar el contrato unilateral en contrato de venta declarando su voluntad de vender. El concurso de ambas voluntades bastará para perfeccionar la venta.

El acreedor que es propietario está libre para disponer de la cosa como quiera. A nada se obligó; si vende á otra persona que no sea el acreedor, éste no tendrá ningún derecho contra el vendedor y mucho menos contra los terceros, pues el acreedor no contrajo ninguna obligación para con él; la venta que efectúa sólo tiene un efecto para con el promitente: es que lo liberta de su promesa, pues el propietario que vende la cosa se coloca en la imposibilidad de entregarla al que promete; renuncia, pues, al beneficio de la promesa; no pudiendo ésta recibir su ejecución, el que promete no puede estar obligado á cumplirla.

20. Conservando el acreedor la propiedad de la cosa sin estar comprometido hacia el que promete resulta que también sufre los riesgos. Este es el caso de aplicar el adagio de que la cosa perece para su propietario. Esto es evidente cuando la cosa perece por entero; la venta aun no se formó; ya no puede, pues, formarse por faltar la cosa. ¿Qué debe decidir si la pérdida es parcial? Creemos que hay lugar á aplicar el art. 1,601 que dice: "si sólo una parte de la cosa perece en el momento de la venta el adquirente puede escoger entre abandonar la compra ó pedir la parte conservada ventilándose el precio." Se objetará que el art. 1,601 no supone una promesa unilateral de comprar que haya precedido la venta; que aquel que prometió comprar se obligó y que debe cumplir su compromiso cualquiera que sea el estado de la cosa en el momento en que la venta se perfecciona. Contestaremos, y la contestación nos parece ser perenn-

toria, que aquel que ofreció comprar sólo compra realmente en el momento en que la venta se perfecciona por la declaración del acreedor de querer vender. Luego en aquel momento debe existir la cosa y esta cosa debe ser entera; es decir, tal cual el comprador pretendió comprarla. Se está, pues, en el texto del art. 1,601. El espíritu de la ley no deja ninguna duda. Se trata de interpretar la voluntad de las partes. Y en la promesa de comprar el acreedor se reserva la facultad de no vender si la cosa aumenta de valor; en cambio debe soportar todos los riesgos de la cosa; no puede admitirse que la deuda esté á su merced y renuncie las suertes favorables tomando sobre sí todas las malas. Las pérdidas deben ser para aquel que tiene las ventajas. La cuestión está, sin embargo, controvertida para la promesa de comprar como para la promesa de vender. Creemos inútil renovar el debate; los principios están seguros si se admite que la promesa unilateral de vender ó de comprar no implica una condición, y, en nuestro concepto, la promesa no es condicional (núm. 15). (1)

*Núm. 2. De la promesa de venta bilateral.*

21. El art. 1,589 define la promesa bilateral de venta y sus efectos: «La promesa de venta vale venta cuando hay consentimiento recíproco de ambas partes en la cosa y en el precio.» No hay disposición más clara en todo el Código Civil y, sin embargo, un autor se queja de que sea de obscuro laconismo. (2) Y efectivamente hay controversias interminables acerca del sentido del art. 1,589. ¿No tendrán la culpa los intérpretes? Si tuvieran más respeto para el texto nunca tendrían duda acerca del sentido de la ley. Decir que la promesa de venta vale venta es decir que tiene todos

1 Véase, en diversos sentidos, Duvergier, t. I, pág. 140, núm. 129. Marcadé, t. VI, pág. 163, núm. IV del art. 1589. Colmet de Santerre, t. VII, página 22, núms. 10 bis VII-IX.

2 Bugnet acerca de Pothier, t. III, pág. 199, nota 1.

los efectos de la venta sin excepción alguna. Y la razón es sencilla, la ley la da al definir lo que entiende por promesa de venta: es necesario que haya *consentimiento recíproco de ambas partes* en la cosa y en el precio. El consentimiento *recíproco* de ambas partes engendra un contrato bilateral, puesto que este consentimiento versa sobre la cosa que debe entregarse y sobre el precio que debe pagarse. Luego la venta esta perfeccionada; también lo dice la ley en el artículo 1,583: las partes han *convenido* en la cosa y en el precio; resulta de esto, dice la ley, que la venta está perfeccionada y que la propiedad está transferida al comprador. Este es precisamente el punto en el cual la controversia se ha promovido. ¿Hay translación de dominio en virtud de una promesa bilateral de venta? Los arts. 1,589 y 1,583 contestan á la cuestión y la deciden afirmativamente.

Portalís decía en el título preliminar del Código Civil:

“Cuando el texto de la ley está claro no está permitido eludir su letra bajo el pretexto de penetrar en su espíritu.” (t. I, núm. 273). Si hay algún texto claro es seguramente el del art. 1,589. Y, cosa notable, lo que se llama espíritu de la ley está tan claro como el texto. Se entiende por esto la voluntad del legislador; ésta se manifiesta, en lo que se refiere al Código Napoleón, por las exposiciones de los motivos, los discursos de los oradores y la discusión del Consejo de Estado. En cuanto á la discusión no la hubo. No hay, pues, otros elementos del debate más que los discursos de los oradores del Gobierno y del Tribunado. ¿Qué dicen? Lo que dice el texto. ¿Por qué el art. 1,589 dispone que la promesa de venta vale venta? Portalís contesta en la Exposición de los Motivos del título *De la Venta*: porque se encuentra, en semejante caso, todo cuanto constituye la substancia del contrato de venta; (1) es decir, el consentimiento de ambas partes en la cosa y en el precio; luego la prome-

1 Portalís, *Exposición de los Motivos*, núm. 11, [Loché, t. VII, pág. 71].

sa de venta es idéntica á la venta. Esto es lo que repite el relator del Tribunado, Faure: «Si el contrato en lugar de contener una venta contiene una promesa de venta, la promesa tiene la misma fuerza que la venta misma desde que las tres condiciones se encuentran reunidas: la cosa, el precio y el consentimiento.» (1) En fin, el orador del Tribunado, Grenier, se expresa de modo á no dejar duda alguna: «Hay otra acta que contiene la venta y que tiene *todos sus efectos* aunque *bajo otra denominación*. Es la promesa de venta. Su uso es tan antiguo como la venta y no hay ningún inconveniente en conservarlo. Se entiende que la validez de la promesa de venta, que no puede tener más favor que la venta misma, á la que está *perfectamente* asimilada, queda sometida á las mismas condiciones que la venta. Esto resulta suficientemente del art. 8 (1,589).» (2)

Así el texto y el espíritu de la ley están acordes para identificar la promesa de venta y la venta cuando la promesa contiene los tres elementos esenciales de la misma: una cosa, un precio, y el consentimiento de la cosa y del precio. ¿Qué se quiere, pues, oponer al texto y al espíritu de la ley? Se invoca la tradición. (3) Podiéramos conformarnos con contestar que el derecho antiguo está abrogado; que si se puede ocurrir á él para interpretar el Código no puede uno prevalecerse de él para hacer decir al Código lo contrario de lo que dice. Esto es abusar de la tradición, como es abusar de los trabajos preparatorios, cuando se les voltea contra la ley bajo el pretexto de interpretarla y en realidad para cambiarla. En el caso el abuso está patente. A un texto claro y evidente por sí mismo se opone una tradición incierta y confusa. ¿Cuál es en efecto la tradición que se dice han consagrado los autores del Código? La tradición pa-

1 Faure, *Informe al Tribunado*, núm. 9 [Loaré, t. VII, pág. 90].

2 Grenier, *Discurso* núm. 9 (Loaré, t. VII, pág. 108).

3 Moreau, t. VI, pág. 164, núm. V del art. 1589. Troplong, pág. 78, números 130 y 131.

ra ellos se resume en Pothier y Domat; éstos son sus guías habituales, no conocen á otros. Y sucede que Domat nada dice de las promesas de venta y que Pothier sólo habla de la promesa unilateral de venta. ¿Cuál es la razón de este extraño silencio? La ignoramos. No puede suponerse otra más que las promesas unilaterales habían dado lugar á controversias, mientras las bilaterales no podían ser dudoas, puesto que son idénticas á la venta. Se amparan, sin embargo, con una palabra de Pothier, no para explicar el Código sino para hacerle decir lo contrario de lo que dice. Pothier y después de él Toullier dicen: «aquel que ofrece vender una cosa no la vende aún, sólo contrae la obligación de venderla,» mientras que el art. 1,589 dice: Prometer vender es vender. Duvergier encuentra que esta objeción es la única que tiene gravedad. (1) A la verdad la objeción se vuelve en contra de los que la hacen. ¿De cuál promesa habla Pothier? De la promesa unilateral de vender, y de ésta es muy exacto decir que no vale venta; esto es evidente y nunca lo ha contestado nadie. Enteramente otra es la promesa del art. 1,589: en este caso no sólo hay una promesa de venta hay también promesa de comprar. No se puede decir ya que aquel que promete vender no vende, pues su compromiso no está aislado, hay un compromiso correlativo de comprar; luego concurso de voluntades y, por lo tanto, contrato. ¿En que difieren, en definitiva, la promesa bilateral de vender y de comprar y la venta? En los términos de que se sirven las partes; en lugar de decir *consiento* dicen *prometo*. ¿Es que en derecho frances hay términos sacramentales? ¿Es que aquel que ofrece no se compromete y comprometerse no es consentir? Ordinariamente no son las mismas partes las que redactan el acta, es un oficial público ó un agente de negocios, y porque el redactor del escrito ha empleado la palabra *prometer* en lugar de la palabra *consentir*

1 Duvergier, t. I, pág. 133, núm. 124.

ó *comprometerse*, se dirá que las partes no entendieron hacer una venta.

Volvamos al derecho antiguo. Troplong y Marcadé han reproducido los testimonios, es inútil transcribirlos; es seguro que había diversidad de opiniones; algunos autores, á la vez que diciendo como lo hace el Código que la promesa de venta vale venta, no entendían que la promesa de venta produjera los mismos efectos que la venta; valía venta en el sentido de que cada parte podía ser apremiada para hacer un contrato de venta; este el mismo efecto que produce la promesa unilateral, salvo que cada prometiente tenía acción contra el otro. Al reasumir el derecho antiguo le damos una precisión que no tenía; todo cuanto puede inducirse es que la propiedad no está transmitida por la promesa de venta, pero no lo está tampoco por la venta, puesto que la tradición era requerida para la translación de la propiedad. El Código Civil, por el contrario, establece como principio que la propiedad queda transferida desde que hay concurso de consentimiento de las partes contratantes, y el artículo 1,589 supone que este concurso de las voluntades existe; luego en virtud del art. 1,138 la propiedad queda transferida. Esta es la opinión de la mayor parte de los autores, (1) y la jurisprudencia lo ha consagrado. (2)

22. Hemos supuesto una promesa de vender y de comprar sin plazo; ¿que debe decidirse si las partes contratantes han dicho que prometían: el uno vender en el plazo de dos años y el otro comprar después de este plazo? Acerca de este punto hay nuevas controversias; varios de los que enseñan que la promesa de venta del art. 1,589 es una verdadera venta y que produce todos los efectos de ésta, admiten que la

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. V, pág. 332, nota 7, pág. 349. Debe agregarse Colmet de Santerre, t. VII, pág. 17, núm. 10 bis II. Mourlón, *Tratado de la transcripción*, pág. 84, núm. 38.

2 *Revista*, 28 de Junio de 1849 (Daloz, 1849, 2, 124). *Lieja*, 6 de Junio de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, pág. 203).

promesa de venta subordinada á un plazo sólo se vuelve venta cuando el plazo ha fenecido. (1) En nuestro concepto la promesa no cambia la naturaleza de la convención cuando las partes le agregan un plazo. Es seguro que en principio el plazo no altera la naturaleza de la convención, sólo aplaza su ejecución. Además, si el contrato es translativo de propiedad la propiedad está transferida inmediatamente y el acreedor soporta los riesgos como si no hubiese plazo. Si así pasa con la venta debe suceder lo mismo con la promesa de venta, puesto que la ley los asimila enteramente. En teoría esto no nos parece ser dudoso. (2)

Pero la cuestión es, ante todo, una cuestión de intención. Las partes están libres para estipular que la promesa de venta aplazada para dos años lo está no para la ejecución sino para su existencia; si han declarado que tal es su voluntad ya no hay duda, su voluntad es la ley. Se va más allá y se dice que por el solo hecho de haber prometido vender y comprar dentro de dos años, éstas han manifestado su ficientemente su intención de no hacer una venta actual; que entendieron suspender el perfeccionamiento del contrato hasta el vencimiento del plazo. En esta opinión la promesa bilateral con plazo tendría los efectos de una promesa unilateral. Esta es una interpretación de voluntad; es decir, una apreciación de hecho que tiene que dejarse al juez, el cual decidirá según el conjunto de las circunstancias de la causa. Decidir en teoría y de un modo absoluto que una promesa aplazada no es una venta es exponerse á hacer decir á las partes otra cosa de lo que pretendieron decir. Puede suceder que hayan entendido suspender el perfeccionamiento del contrato de venta. También puede que hayan querido ligarse inmediata é irrevocablemente de manera que la

1 Colmet de Santerre, t. VII, pag. 19, núm. 10 bis III. Compárese Duvergier, t. I, pag. 134, núm. 125.

2 Aubry y Rau, t. V, págs. 332 y siguientes, nota 8, pfo. 349. Mourlón, tomo III, pag. 204, núm. 487.

venta esté perfeccionada y que la ejecución de las obligaciones sólo esté aplazada. Quiero comprar, pero no tengo por ahora el dinero necesario, lo tendré dentro de dos años. Por su parte el propietario de la cosa desea venderla, pero por ahora necesita la cosa: es una casa en la que quiere vivir aún por dos años; una y otra partes desean que la convención sea actual y definitiva, á reserva de aplazar su ejecución; el vendedor permanecerá en posesión durante dos años, el comprador sólo pagará cuando entre en posesión. Si se supone *a priori* la intención de no vender y comprar inmediatamente se desnaturalizará su convención. Abandonemos al juez el cuidado de apreciarla; en derecho la cuestión no es dudosa; de hecho la solución depende de la voluntad de las partes.

23. En la opinión que combatimos no se hace ninguna diferencia entre la promesa unilateral de venta y la promesa bilateral, lo que no es lógico. Cuando las partes prometen, una vender y la otra comprar, hay consentimiento en la cosa y en el precio; luego hay venta. Cuando al contrario uno promete vender y el otro no promete comprar, no hay concurso de voluntades en el hecho de la venta; no hay, pues, venta. La diferencia es grande entre la promesa unilateral de vender y la promesa bilateral; es la diferencia entre un contrato unilateral que sólo contiene una promesa de venta, y la venta misma; el contrato unilateral no se volverá venta sino cuando el acreedor por su parte consentirá en comprar.

De esto resulta una diferencia en cuanto á la forma. Siendo la promesa unilateral de venta un contrato unilateral no hay lugar á aplicar el art. 1,325; el acta no necesita hacerse por duplicado; y el art. 1,326 tampoco es aplicable, puesto que la promesa de venta ó de compra no es un vale en el sentido de esta disposición. El escrito queda bajo el imperio del derecho común; es decir, que no existe otra for-

malidad más que la firma. La promesa del art. 1,589, al contrario, siendo un contrato bilateral está sometido á las formas del art. 1,325; el escrito debe hacerse en tantos originales como partes haya con interés distinto, y se necesitará que cada original mencione el número de copias que se hicieron. Esto es elemental, pero hemos dicho muchas veces que la jurisprudencia no tiene, en materia de pruebas, la seguridad de principios y la precisión de lenguaje que debería tener. Importa señalar los errores y las negligencias de redacción porque crean dificultades ó las aumentan.

Se lee en una sentencia de la Corte de Riom, pronunciada bajo la Presidencia de Grenier, "que el principio que fué siempre observado en derecho francés es que la venta, siendo un contrato sinalagmático, no puede tener *efecto* cuando no fué notariada sino por una acta hecha por duplicado y firmada por las partes." En el caso se trataba de una promesa bilateral ó, mejor dicho, de una venta hecha en los términos ordinarios; en el escrito, sólo firmado por el vendedor, constaba el pago de un abono de 160 francos en el precio de 450; había, pues, ejecución de la venta por el pago parcial del precio; pero habiéndose negado el comprador á redactar el acta la Corte declaró nula la promesa de venta. (1) Esta es una completa confusión de los principios más elementales. No es exacto decir que siempre se ha exigido un escrito para que la venta tenga efecto; no es exacto decir que el escrito sea necesario para la perfección del contrato; volveremos más adelante á hablar acerca de la prueba de la venta; ésta queda bajo el imperio del derecho común; es decir, que ningún escrito está exigido para que la venta tenga efecto. Creemos inútil señalar los demás errores que tiene la sentencia de Riom, se refutan por sí solos.

Citaremos, además, una sentencia de la Corte de Casa-

1 Riom, 26 de Mayo de 1820 (Daloz, 1846, 4, 508).

ción cuya redacción es menos inexacta: la venta, dice la sentencia, es un contrato sinalagmático que, fuera de los casos en que la ley admite la prueba testimonial, debe hacerse por escrito y hecha en tantos originales como partes con interés distinto. (1) Esto es decir que no hay más prueba de la venta y de la promesa bilateral de venta que las actas y la prueba testimonial. Esta no es seguramente la mente de la Corte, puesto que el texto del Código admite otras pruebas: la confesión, el juramento. ¿Por qué no decir que la venta queda bajo el imperio del derecho común así como la promesa de venta?

24. Los efectos de la promesa bilateral de venta son enteramente otros que los de la promesa unilateral; la primera es una venta que transfiere la propiedad y pone los riesgos á cargo del comprador; la otra no engendra más que un derecho de crédito y deja la propiedad á los riesgos del prometiende. Importa, pues, mucho distinguir la promesa unilateral de la promesa bilateral. En teoría la opinión es muy sencilla: es la de los contratos unilaterales y de los contratos bilaterales. De hecho es algunas veces difícil distinguir si las dos partes entendieron comprometerse, una á vender y la otra á comprar, ó si sólo una se obligó á vender ó comprar, y si la otra sólo aceptó este compromiso sin entender obligarse por su parte. Estos debates se presentan amenudo y han sido llevados ante la Corte de Casación varias veces; (2) es inútil analizar estas decisiones dependiendo todo de la interpretación de los contratos; nos limitaremos á citar un caso en el que la apreciación de la Corte puede parecer dudosa. Dos hermanas eran propietarias por indiviso, cada una por mitad, de una habitación situada en La Martinica. Por acta notariada una de ellas arrendó por nueve años á su cuñado

1 Denegada, Sala Civil, 21 de Diciembre de 1846 (Daloz, 1847, 1, 19).

2 Denegada, 26 de Enero de 1848 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 316, 2.º); 21 de Diciembre de 1846 (Daloz, 1847, 1, 19); 12 de Julio de 1847 (Daloz, 1847, 1, 347).

su parte indivisa; el mismo día las partes hicieron por duplicado una acta privada en la que declaraban que si durante el arrendamiento convenía al arrendatario alquilar la parte indivisa que se le arrendaba, la señora propietaria estaría obligada á vendérsela por su requerimiento, en el precio de 45,000 francos. Fué sentenciado que la promesa era bilateral en el sentido del art. 1,589. Esto nos parece muy dudoso. El arrendatario no se comprometía á comprar, sólo estipulaba el derecho de comprar; luego sólo la propietaria estaba obligada, lo que caracteriza una promesa unilateral. (1)

25. ¿Puede hacerse la promesa de venta bajo condición? La afirmativa no es dudosa; todo contrato puede ser condicional; el art. 1,584 lo dice de la venta, y la promesa bilateral vale venta. Debe decirse otro tanto de la promesa unilateral, ésta también forma contrato; luego puede hacerse bajo condición. Se aplican en este caso los principios que rigen la condición.

Un deudor se obliga, en el caso en que no pagara su deuda al vencimiento, á ceder á su acreedor una parte de los inmuebles hipotecados á éste hasta concurrencia del capital del crédito, según avalúo por expertos. ¿Es esta una promesa bilateral de venta? Hay una cosa, un precio, si no seguro al menos determinable, y consentimiento de ambas partes; esta es, pues, una promesa de venta; sólo difiere de la promesa del art. 1,589 en un sólo punto: en que afecta una modalidad; el deudor sólo se obliga á vender bajo condición si no paga su deuda; si la paga la condición decae y, por consiguiente, la promesa deja de existir; si no paga su deuda la condición se cumple; hay promesa bilateral de vendedor y comprador, luego hay venta. (2)

La promesa de vender se encuentra amenudo agregada á

1 Denegada, 24 de Julio de 1860 (Daloz, 1860, 1, 456).

2 Montpellier, 1.º de Marzo de 1855 (Daloz, 1856, 2, 219).

un arrendamiento como promesa de venta sin que el arrendatario prometa comprar; la promesa puede también ser bilateral ya sea pura y simple ó bajo condición. Importa distinguir las diversas cláusulas por que producen efectos diferentes. Se supone que durante el curso del arrendamiento la cosa arrendada sea expropiada por causa de utilidad pública: ¿á quién tocará la indemnización? Si la promesa de vender es unilateral el prometiente recibirá la indemnización. En efecto, el ha quedado propietario, es su cosa la que se expropia; en consecuencia le pertenece la indemnización. El acreedor no puede decir que consiente en comprar, pues la venta no puede ya perfeccionarse, estando la cosa marcada por expropiación puesta fuera del comercio. Se entiende que si el acreedor hubiera declarado su voluntad de comprar antes de la expropiación él sería propietario, á reserva de que el vendedor pidiera la rescisión de la venta por causa de lesión, como lo hemos dicho más atrás (núm. 15).

Si la promesa de venta fuera bilateral y fuera simple aunque aplazada al final del arrendamiento, por ejemplo, hubiera venta y translación de propiedad. Por lo tanto la indemnización pertenecería al comprador. ¿Pero qué debe decidirse si la promesa es condicional? La venta condicional no transfiere la propiedad, mientras que la venta á plazo la transmite. Todo dependerá, pues, de la interpretación del contrato. Si es condicional la indemnización es del vendedor; el comprador no puede reclamar, puesto que aun no hay venta, y ésta no puede ya realizarse, puesto que la cosa vendida no está ya en el comercio. La dificultad se presentó en el caso siguiente: un arrendamiento se hace con 400 francos al año, por dos piezas de terreno con facultad de explotar una cantera que se encuentra en ellos. Se dice en el acta que si al fenecer el arrendamiento el arrendatario quiere continuar la explotación, el propietario se compromete á venderle ambas piezas de terreno en 8,000 francos

Antes de fenecer el arrendamiento las piezas de terreno fueron expropiadas para la construcción de un ferrocarril. Los arrendatarios declararon que pretendían usar de su derecho de compra que les concedía el arrendamiento. Fué sentenciado en primera instancia y en apelación que la promesa era unilateral en su principio, lo que es evidente, obligándose el propietario sólo á vender, mientras que el arrendatario no se comprometía á comprar. ¿Pero la promesa unilateral no se había vuelto bilateral por la declaración de los arrendatarios? La Corte de Montpellier decidió que los arrendatarios no podían obligar al propietario á hacer una acta de venta antes del plazo fijado en el acta; es decir, antes de la expiración del arrendamiento; de donde se sacó la consecuencia que la propiedad residía aún en el que arrendaba, que estaba á sus riesgos y que debía aprovecharse del aumento de valor. En el recurso intervino una sentencia de denegada, pero la Corte motiva su decisión en términos diferentes. Dice que en la intención de las partes, interpretada soberanamente por los jueces de hecho, la promesa no debía tener efecto sino al fenecer el arrendamiento; es decir, que la promesa era condicional, mientras que la sentencia atacada decía que la terminación del arrendamiento era un plazo. (1) Nos parece que efectivamente había un plazo y que el plazo estaba estipulado en interés de los arrendatarios; éstos podían, pues, renunciarlo y perfeccionar la venta declarando querer comprar.

*Núm. 3. De los rehenes.*

26. El art. 1,590 dice: "Si la promesa de venta ha sido hecha con rehenes, cada contratante es dueño de retrotraerse: el que los dió, perdiéndolos, y el que los recibió, restituyendo el doble."

La palabra *rehenes* tiene diferentes significaciones en len-

1 Donegada, 15 de Febrero de 1870 (Dalloz, 1872, 1, 372).

guaje jurídico. En el art. 1,590 se entiende por rehenes una suma de dinero que una de las partes entrega á la otra en el momento en que se hace la promesa de venta, con esta intención: que cada una de las partes tendrá la facultad de desdecirse; es decir, retirar su promesa mediante la pérdida de los rehenes; aquella que entregó los rehenes puede declarar que retira su promesa abandonando los rehenes á la otra parte; esta última puede desdecirse devolviendo el doble.

Se entiende también por rehenes un objeto cualquiera que una de las partes entrega á la otra cuando la convención para marcar que el trato esta concluido; la entrega y la aceptación de los rehenes comprueban que la convención está definitivamente fijada.

En fin, se da algunas veces el nombre de rehenes á la suma que el deudor paga en cuenta de lo que debe; lo que prueba igualmente que la convención está terminada, puesto que el pago en cuenta es un principio de ejecución (1)

27. El art. 1,590 es el único que habla de los rehenes y sólo habla de ellos á propósito de la promesa de venta. De ahí la cuestión de saber cual será el efecto de los rehenes en las ventas que no se hacen bajo forma de promesa. ¿Debe aplicarse en estos rehenes la disposición del art. 1,590? Hé aquí el interés de la cuestión. El art. 1,590 contiene una interpretación de la voluntad de las partes contratantes; supone que los rehenes están dados como compensación de la retractación en las promesas de venta; de manera que cada parte puede desdecirse de su obligación sin estar obligada á probar que dichos rehenes fueron convenidos para compensación de retractación; las partes tienen sin duda la libertad de manifestar una opinión contraria; la que se opone á que la promesa esté retirada, es admitida á probar que los rehenes fueron dados como *en cuenta*, pero la pue-

1 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 26, núma. 11 bis I y V.

ba estará á su cargo, mientras que aquel que se quiera desdecir nada tiene que probar; tiene en su favor la declaración del legislador. ¿Sucede lo mismo cuando la venta no fué hecha bajo forma de promesa? La cuestión está controvertida. Nos parece que el texto la decide. El texto habla de la *promesa de venta*, y como el legislador declara cuál es la voluntad de las partes no se puede extender esta declaración á un caso que la ley no prevee. Se dirá en vano que siendo la promesa de venta asimilada á la venta por el art. 1,589 debe aplicarse á la venta lo que el art. 1,590 dice de la promesa. Contestaremos que si tal hubiera sido la mente del legislador hubiera dicho en el art. 1,590 “si la venta ha sido hecha con rehenes” en lugar de decir “si la promesa de vender fué hecha con rehenes.” Se invocan también las palabras de Grenier, orador del Tribunalado, pero Marcadé ha probado que se ha interpretado mal el discurso de Grenier; este no dice otra cosa que lo que dice el art. 1,590. En definitiva la ley na-la dice del efecto de los rehenes cuando hay venta. Debe concluirse que los principios generales quedan aplicables; es decir, que aquel que quiera desdecirse de la convención debe probar que los rehenes fueron convenidos á título de compensación por retractación: este es el derecho común y la ley sólo lo deroga para la promesa de venta. (1) Se preguntará si hay una razón de la diferencia que la ley establece entre la venta y la promesa de vender en lo que se refiere á la significación de los rehenes. ¿Cuál fué el motivo que guió al legislador? Lo ignoramos, puesto que el caso de venta no está previsto. Tal vez el nombre de *promesa* hizo pensar que la voluntad de las partes contratantes no estaba definitivamente fijada y que ellas mismas declararon su intención á este respecto al dar los rehenes.

1 Véanse, en diversos sentidos, Aubry y Rau, t. IV, pág. 339, nota 30, párrafo 349. Duvergier, t. I, pág. 144, núm. 135. Colmet de Santerre, t. VII, página 27, núm. 11 bis III. Durantón, t. XVI, pág. 66, núm. 50. Troplong, página 86, núms. 140 y 141. Maroadá, t. VI, pág. 172, núm. II del art. 1590.

28. Queda una dificultad de hecho: ¿cómo distinguir las diferentes clases de rehenes? Contestaremos que esto es negocio de las partes; al demandante toca probar lo que alega, salvo que en la promesa de venta los rehenes estén considerados por la ley como retractación; lo que dispensa de la prueba á aquel que quiere desdecirse. En todos los casos el demandante y el demandado están obligados á probar el fundamento de la demanda y de la excepción. Se ha establecido acerca de este punto una serie de probabilidades; (1) creemos inútil reproducirlas y discutir las; esto es inútil, en nuestro concepto; debiendo el juez decidir las cuestiones de intención según los hechos de la causa y no *a priori*.

## § II.—DE LA CAPACIDAD.

29. "Todos aquellos á quienes la ley no lo prohíbe pueden comprar ó vender." Esta disposición del art. 1,594 es una aplicación ó una repetición del art. 1,123, según el cual "toda persona puede contratar si no ha sido declarada incapaz por la ley. "El art. 1,125 designa á aquellos que son incapaces para contratar de una manera general, y agrega que también son incapaces aquellos á quienes la ley prohíbe ciertos contratos. Transladamos al título *De las Obligaciones* y al libro primero del Código Civil en lo que se refiere á las incapacidades generales; por ahora sólo tenemos que tratar de las incapacidades especiales para vender ó comprar. Estas incapacidades son una excepción á la regla de capacidad; es decir, que no hay otras incapacidades para vender ó comprar más que aquellas que la ley establece, y que éstas incapacidades son de estricta interpretación. Este principio se aplica á todas las excepciones; hay un motivo especial de aplicarlo al derecho de vender y de comprar; esta es una facultad que el hombre tiene por naturaleza, puesto que le

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 339, nota 37, pfo. 349.

es necesaria para vivir; entendamos la vida en su más lata acepción; la existencia material es el medio, el desarrollo intelectual y moral es el objeto. Importa, pues, restringir las excepciones á los casos previstos por la ley; desde que no se está en el texto que establece la incapacidad, se vuelve á la regla que consagra la capacidad. Ha sido sentenciado por aplicación de este principio, que las ventas entre padre, madre y sus hijos son válidas por el solo hecho de no prohibirlas la ley. (1)

30. El Código Civil establece una capacidad de vender y comprar entre esposos (art. 1,595), y los arts. 1,590 y 1,597 establecen las incapacidades para comprar. Hacemos á un lado, según el plan de nuestros trabajos, las incapacidades que están establecidas por leyes especiales.

*Núm. 1. De la venta entre esposos.*

31. El art. 1,595 dice: "El contrato de venta no puede tener lugar entre esposos más que en los tres casos siguientes." Es, pues, por excepción por que la venta se permite entre esposos; en principio está prohibida. Portalis ha expuesto los motivos de esta prohibición en muy buenos términos. "Se teme, dice, el abuso que pudiera hacer el marido de su autoridad y el que tendría su fuente en la influencia que la mujer puede procurarse por los dulces afectos que inspira. Estos motivos habian determinado á la mayor parte de las costumbres á prohibir las donaciones entre marido y mujer fuera del contrato de matrimonio. Entre personas tan íntimamente ligadas fuera de temer que la venta escondiera casi siempre una liberalidad." Es verdad que el Código Civil permite las donaciones entre esposos en los límites de lo disponible fijado, pero para impedir el abuso que se teme, las

1 Colmar, 15 de Noviembre de 1808 y 10 de Agosto de 1825 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 399).

declara revocables. La prohibición de la venta entre cónyuges es la sanción de estas disposiciones y hubiera sido fácil para los esposos ir más allá de lo disponible con liberalidades disfrazadas bajo la forma de ventas, y les hubiera sido fácil hacerlas con esto irrevocables.

La ley quiso también evitar el fraude: si la venta fuera permitida entre esposos uno de ellos hubiera podido hacer una venta ficticia de sus bienes á su cónyuge, con el fin de susbtraerlos á la acción de los acreedores. Estos pueden, en verdad, atacar las actas que su deudor hace en fraude de sus derechos; pero el fraude no siempre es fácil de probar, puesto que la acción pauliana exige la complicidad de terceros.

Portalís da también otro motivo. El marido es el administrador de los bienes de la mujer y ésta no puede hacer ninguna acta sin su autorización; ¿puede creerse que el marido supiera conciliar los intereses de la mujer y los suyos en un contrato en que él fuera parte? Los autores no reproducen este motivo, y con razón; prueba demasiado, habría que concluir, que cualquier contrato debiera prohibirse entre esposos, mientras que la ley sólo prohíbe la venta y, por consiguiente, autoriza las demás convenciones. (1)

32. La prohibición de la venta entre esposos recibe tres excepciones; éstos tienen esto de común: que suponen que el esposo vendedor es deudor y que cede á su cónyuge acreedor un bien en pago de lo que le debe. Esto es, pues, una donación en pago que la ley autoriza, y aun no la autoriza en términos generales, indica los casos en los que la venta está permitida bajo la forma de donación en pago. Diremos más adelante que la donación en pago está asimilada á la venta; hay, sin embargo, diferencias que señalaremos; puede, pues, decirse que la venta propiamente dicha está siempre prohibida entre esposos, y que aun la dona-

1 Portalís, *Exposición de los Motivos*, núm. 15 (Loché, t. VII, pág. 72). Duvergier, t. I, pág. 213, núm. 176.

ción en pago sólo se permite en los casos previstos por la ley. Grenier, el orador del Tribunado, establece á este respecto la regla siguiente; después de haber enumerado las causas por las cuales las ventas se autorizan entre esposos, agrega: «Cómo estos créditos son *legítimos y exigibles* fuera injusto impedir una liberación por la vía de venta.» Las causas son legítimas en este sentido: que cualquiera duda no legitima la venta entre esposos. ¿Es siempre necesario que el crédito sea exigible? Esto es lo que vamos á ver al explicar el texto del art. 1,595.

### *I. Primera excepción*

33. El contrato de venta puede tener lugar entre esposos cuando «uno de ellos cede bienes al otro, separado judicialmente de él, en pago de sus derechos.» Esta primera excepción es común á ambos esposos, en derecho al menos; pudiendo cada uno ser acreedor del otro, de hecho la mujer es quien ordinariamente es acreedora, cuando sus bienes están vendidos ó cuando se obligó personalmente en interés del marido. El marido puede ceder sus bienes muebles ó inmuebles, la ley no lo distingue, en pago de lo que le debe. En este caso los créditos de la mujer son legítimos y exigibles; pudiera promover contra el marido y embargarlo: más vale una donación en pago que conservará los bienes para los hijos y que evitará gastos.

34. Para que haya causa legítima en esta primera excepción es necesario que la separación esté pronunciada; la separación disuelve la comunidad, los créditos de la mujer contra el marido se vuelven exigibles; la mujer está aún obligada á ejercer sus devoluciones bajo pena de nulidad de la separación pronunciada (art. 1,444). Mientras que la separación no está pronunciada el marido no puede ceder bienes á la mujer en pago de lo que le debe, pues aun no le debe nada, haciéndose la liquidación de los derechos de la mujer

sólo después de la disolución del matrimonio. La donación en pago será nula aunque la separación estuviese pedida cuando el marido cede bienes á su mujer; sería nula en virtud del núm. 1 del art. 1,555, que sólo autoriza la venta cuando hay separación judicial á reserva de ver si la venta está permitida en virtud del núm. 2.

Se ha sostenido ante la Corte de Casación que retrotrayendo la la sentencia de separación al día de la demanda, mujer está *como si* estuviera separada cuando durante el curso de la instancia el marido le cede bienes en pago de lo que le debe. La Corte ha rechazado esta interpretación del art. 1,445; esto es aplicar la retroacción á un caso para el cual no fué establecida. Si la sentencia remonta al día de la demanda, esto es con el fin de conservar á la mujer los derechos que pueden vencerle durante la instancia, y para impedir al marido arruinarla enteramente con actas que pudiera hacer después de la introducción de la demanda; pero la ley no entendió autorizar una ejecución preventiva y voluntaria de la separación, ni dar á la mujer demandante en separación una capacidad jurídica que el art. 1,595 no confiere más que á la mujer separada de bienes. Esto hubiera sido facilitar el fraude que la ley teme siempre en las demandas de separación, permitiendo á la mujer adquirir bienes de su marido en perjuicio de los demás acreedores. (1)

## II. Segunda excepción.

35. La ley permite también la venta en el caso en que «la cesión que el *marido hace* á su mujer, aun separada, tiene una causa legítima, tal como el reemplazo de sus inmuebles enajenados, ó el dinero que le pertenece, si estos inmuebles ó dinero no caen en la comunidad.»

1 Denegada, Sala Civil, 2 de Julio de 1873 (Daloz, 1873, 1, 464). En el mismo sentido, Caen, 4 de Enero de 1851 (Daloz, 1854, 2, 48).

La ley supone que la cesión es hecha por el marido á su mujer por una causa legítima; no permite que la *mujer* ceda bienes á su marido no separado judicialmente, á no ser que se encuentre en el caso especial previsto por el número 3 del art. 1,595. ¿Por qué la ley no permite á la *mujer* lo que permite al *marido*? Es porque se presenta raramente una causa legítima para la mujer. Así el ejemplo que la ley da del reemplazo no recibe aplicación á la mujer; no es ella quien administra los bienes del marido y está encargada de hacer el reemplazo de sus bienes enajenados; ésta permanece extraña á la administración de la comunidad y á la de sus propios bienes; no se encuentra, pues, en el caso de volverse deudora cuando interviene en la gestión de su marido; al contrario, se vuelve acreedora cuando ayuda á su marido enajenando sus bienes propios ú obligándose por él. El legislador creyó que era inútil autorizar una cesión para una hipótesis que casi nunca se presenta, y si se presentase es de temerse que fuese preparada por los esposos para legitimar una venta bajo forma de donación en pago sin que realmente tuviera una causa legítima. (1)

36. La ley da un ejemplo tomado del régimen de la comunidad. Supone que la mujer enajena uno de sus propios, á reserva de que el marido haga el reemplazo; en lugar de comprar un mueble para hacer reemplazo, el marido puede cederle uno de sus bienes con este título. El marido es deudor, puesto que recibe el dinero procedente de la deuda con cargo de restituirlo; esta es una causa legítima que autoriza la donación en pago. La ley no exige siquiera que el reemplazo sea obligatorio; este es indiferente, siempre que se haga el reemplazo. En este caso el marido no es deudor actual, pues la mujer sólo tiene una devolución que ejercer cuando la disolución de la comunidad; su crédito no es, pues, exigible, pero es seguro; autorizando la ley el reemplazo

1 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 38, núm. 20 bis IV.

debía también autorizar la donación en pago. El art. 1,595 agrega: "Si el inmueble enajenado no cae en la comunidad." De derecho común los inmuebles son propios, pero el contrato de matrimonio puede hacerlos muebles; el marido no se hace deudor por este punto, pues es propietario del inmueble movilizado, como lo es de las gananciales; y desde que no hay deuda no puede tratarse de donación en pago.

Lo mismo sucede cuando la mujer tiene dinero propio; de derecho común el dinero de la mujer entra en la comunidad; la mujer no tiene por este punto ningún crédito, luego no hay lugar á donación en pago. Pero, por excepción, la mujer puede tener dinero propio; por ejemplo, si el donante estipuló que el dinero que da á la mujer no entrará en la comunidad, el marido recibe este dinero y se hace propietario de él como casi usufructuario, con cargo de restituirlo. Es, pues, deudor, pero la mujer sólo ejerce la devolución en la disolución de la comunidad; esto no es un crédito inmediatamente exigible; sin embargo, como es seguro, la ley autoriza al marido á ceder á la mujer uno de sus bienes en pago del dinero que recibió y que tiene que restituir. Si el reemplazo fuera obligatorio el marido sería deudor actual, pero la ley no lo exige.

La ley permite al marido ceder á la mujer un bien en reemplazo. No dice cuáles bienes puede ceder; á menos que haya una cláusula de reemplazo, puede ceder muebles ó inmuebles; aun puede ceder los bienes de la comunidad, pues él es señor y dueño de ellos; los puede vender; los puede, pues, dar en pago de lo que debe.

Los ejemplos que el art. 1,595 da están tomados del régimen de la comunidad. ¿Debe concluirse que el núm. 2 del art. 1,595 no recibe aplicación más que á este régimen? Esto ha sido sentenciado, (1) pero esta interpretación debe

1 Grenoble, 26 de Marzo de 1832, y Bastia, 2 de Mayo de 1842 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 426, 5. ° y 8. °).

ser desechada porque introduce en la ley una restricción que no está en ella y que no tendría razón de ser. La mujer tiene propios bajo otros regímenes; desde que el marido es deudor por este punto hay una causa que legitima la donación en pago. Esta es la opinión general. Ha sido sentenciado que el marido que recibe el precio de los bienes parafernales enajenados por la mujer dotal, puede ceder bienes á la mujer en pago de precio; no tiene ningún derecho en él; es deudor por este punto, y la deuda es inmediatamente exigible; se está, pues, en el texto de la ley. (1)

37. El art. 1,595, núm. 2, comienza por sentar en principio que el marido puede ceder bienes á la mujer cuando la cesión tiene una *causa legítima*; luego da aplicaciones de la regla. Estas aplicaciones no son más que ejemplos; en este punto no hay ninguna duda. ¿Pero cuál es el alcance de estos ejemplos? ¿Restringe la regla en el sentido de que no puede recibir aplicación más que en casos análogos á los que la ley prevee, ó tienen poder los jueces para decidir discrecionalmente en cuáles casos hay *causa legítima*? Se admite generalmente la interpretación restrictiva, con razón; ésta está fundada en el texto y en el espíritu de la ley. Acerca del texto, después de haber dicho que la cesión debe tener una causa legítima, el art. 1,595 agrega: "*tal como el reemplazo*"; esta es una explicación de lo que entiende la ley por causa legítima, y la explicación obliga naturalmente al juez. El espíritu de la ley no deja ninguna duda en este punto. Es restrictiva en su esencia, puesto que consagra una excepción; y la excepción destruiría la regla si el juez tuviera el poder absoluto de decidir cuándo es legítima la causa; la interpretación que combatimos conduciría á decir que la venta estaría permitida al marido desde que la causa pareciera ser legítima al juez. La ley no quiso esta

1 Burdeos, 1.º de Diciembre de 1829 (Dalloz, en la palabra *Venta*, número 425, 1.º). Duvergier, t. I, pág. 217, nota 1.

arbitrariedad; por esto es que explica por un ejemplo lo que debe entenderse por *causa legítima*. Este ejemplo supone que el marido es deudor de la mujer, pues se trata de una donación en pago; la deuda del marido preexiste á la venta; ésta tiene por objeto extinguir la deuda. Si no hay crédito preexistente no hay causa legítima para la donación en pago.

La Corte de Casación en una primer sentencia admitió la interpretación extensiva. En el caso el marido había cedido á la mujer un inmueble por valor de 20,000 francos, con cargo para ella de pagar 4,000 francos de deudas que había contraído y de proveer en lo futuro á las necesidades de los hijos comunes. (1) Todos los autores critican esta decisión que nada tiene de común con la explicación que da la ley de la *causa legítima*; el marido no era deudor de la mujer; no había, pues, lugar á la donación en pago. Troplong dice, es verdad, que los jueces tienen un poder discrecional, y una corte ha sentenciado que la ley se atiene á la conciencia de los magistrados; (2) pero no debe nunca tomarse á la letra lo que dice Troplong: la falta de precisión le es habitual; después de haber dicho que el juez tiene un poder discrecional, agrega que la mujer tiene el derecho de comprar á su marido para hacerse pagar lo que se le debe; nosotros no decimos otra cosa. En cuanto á la sentencia de la Corte de Limoges no puede tomarse á lo serio; si la ley se atuviera á la conciencia del juez no se necesitarían leyes.

38. La aplicación no deja de tener dificultades. Hay un punto en el cual no pudiera haber duda: siendo la venta una donación en pago es preciso que exista un crédito de

1 Denegada, 23 de Agosto de 1825 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 430). Compárese Duvergier, t. I, pág. 216, núm. 179. Marcadé, t. VI, pág. 185, número II del art. 1595.

2 Troplong, pág. 116, núm. 180. Limoges, 30 de Diciembre de 1861 (Daloz, 1862, 2, 201).

la mujer en pago del cual el marido le cede sus bienes. ¿Pero debe ser el crédito actual y exigible? En los ejemplos dados por el art. 1,555 el crédito de la mujer es seguro, pero no exigible, puesto que se trata de devoluciones que se ejercen en la disolución de la comunidad. ¿Qué debe decidirse del dinero dotal bajo el régimen dotal? El marido adquiere la propiedad, pero debe restituirlo sólo cuando se disuelve el régimen. La jurisprudencia no admite que sea esta una causa legítima de venta. (1) Esto nos parece dudoso. Cuando bajo el régimen de la comunidad el marido recibe dinero propio, se vuelve propietario de él, no es deudor actual; la devolución se ejerce en la disolución de la comunidad y se ejerce en la masa, la mujer no tiene acción contra el marido más que en caso de insuficiencia de los bienes comunes; mientras que bajo el régimen dotal el marido es deudor directo de la dote, es deudor á plazo, y el crédito es seguro; hay, pues, más que analogía para el dinero dotal.

La Corte de Casación aplica el principio de la jurisprudencia á la comunidad condicional. Cuando los esposos estipulan la comunidad de gananciales el mobiliar presente y futuro de la mujer le queda propio. Teniendo el marido el goce del dinero se hace propietario de él á cargo de restitución. ¿Esta obligación de restituir es una causa legítima de donación en pago? Nó, dice la Corte, porque el crédito de la mujer no era exigible. (2) ¿Son exigibles los fondos propios de la mujer de que habla el art. 1,595, núm. 2? ¿No se vuelven propiedad del marido? La jurisprudencia nos parece inconsecuente.

1 Véanse las sentencias citadas por Aubry y Rau, t. IV, pág. 350, nota 24, pfo. 351.

2 Denegada, Sala Civil, 2 de Julio de 1873 (Daloz, 1873, 1, 464).

### *III. Tercera excepción.*

39. La ley permite á la mujer ceder bienes á su marido "en pago de una suma que le hubiera ofrecido en dote cuando hay exclusión de la comunidad." Esta tercera causa es especial á la mujer, y la razón es bien sencilla. La ley autoriza al deudor de la dote á ceder bienes en pago de la dote, y la mujer es la que aporta la dote al marido (artículo 1,540) no es el marido quien aporta la dote á la mujer. Aun cuando el marido está dotado no es la mujer quien recibe la dote, sólo aprovecha de ella en virtud de las estipulaciones de su contrato de matrimonio; el marido conserva bajo todos los regímenes los bienes que aporta ó que le son dados á título de dote; no tiene, pues, nunca, por este punto, un crédito contra la mujer; por tanto, no hay lugar á donación en pago.

No basta que la mujer prometa una dote para que pueda dar un bien en pago de la suma prometida, es necesario además que haya exclusión de comunidad. ¿Qué se entiende por esto? Los términos de la ley indican un régimen que excluye la comunidad; hay tres: la convención que dice que los esposos se casan sin comunidad (art. 1,530), la cláusula de separación de bienes (art. 1,536) y el régimen dotal. El texto del art. 1,595 se aplica á los tres regímenes, puesto que bajo estos regímenes hay exclusión de comunidad. En cuanto al espíritu de la ley comprende los tres regímenes bajo los que la mujer promete una dote que ayude al marido á soportar los cargos del matrimonio en este sentido: que el marido tiene acción contra la mujer; es acreedor, la mujer es deudora, paga su deuda cediendo un bien á su marido. Así sucede bajo el imperio de la convención por la cual los esposos se casan sin comunidad y bajo el régimen dotal. Bajo el régimen de la separación de bienes la mujer no aporta bienes al marido, contribuye á los cargos del matri-

monio abandonándole una parte de sus rentas; pero nada impide que los esposos estipulen que la mujer aportará en dote una suma cuyos intereses reemplazarán para el marido su parte contributiva en los cargos del matrimonio; la mujer es en este caso deudora y puede pagar su deuda dando un bien en pago á su marido. (1)

¿El art. 1,595 se aplica al régimen de la comunidad? Según el texto de la ley hay que contestar negativamente, puesto que dice terminantemente: «Cuando hay *exclusión de la comunidad* esto no tiene dificultad cuando se trata de la comunidad legal; no puede tratarse de una *dote ofrecida* por la mujer, puesto que la mujer nada ofrece; aporta en dote su mobiliario presente y futuro y el usufructo de sus propios sin ofrecer nada por este punto. Pero bajo el régimen de la comunidad convencional la mujer puede ofrecer una dote de que es deudora. Esto es lo que sucede en la cláusula de aporte: cuando la mujer promete poner su mobiliario en la comunidad hasta concurrencia de cierta suma se vuelve deudora de la suma que ofreció, el marido es acreedor; estas son las condiciones requeridas para la donación en pago. Sin embargo, el texto no lo autoriza. ¿Por qué? Lo ignoramos. (2) Es posible que el legislador sólo haya pensado en la comunidad legal.

Hay otra interpretación del art. 1,595 que permite aplicarlo á todos los regímenes. Se dice que la ley no habla de un régimen; dice en términos generales: *y cuando hay exclusión de la comunidad*: lo que significa cuando el bien dado en pago estaba excluido de la comunidad. (3) ¿No es esto hacer decir á la ley otra cosa de lo dice? La ley no habla del *bien dado en pago de la dote ofrecida*; dice: cuando

1 Durantón, t. XVI, pág. 179, núm. 150. Duvergier, t. I, pág. 218, núm. 181. Aubry y Rau, t. IV, pág. 351, notas 25 y 26, pfo. 351. Marcadé, t. VI, página 186, núm. II del art. 1595. Según Valette el art. 1595 no se aplicaría al régimen dotal (Mourlón, t. III, pág. 210, núm. 499).

2 La razón que da Troplong no significa nada (pág. 117, núm. 181).

3 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 38, núm. 21 bis 1.

la comunidad está excluida; y sólo está excluida cuando los esposos se han casado bajo uno de los tres regímenes que excluyen la comunidad.

*IV. Efecto de la venta entre esposos.*

40. El art. 1,595 agrega en el final: "A salvo en estos tres casos del derecho de los herederos de las partes contratantes, si hay mejora indirecta." La ley supone que la venta ha sido hecha en uno de los tres casos en que está permitida; ésta es, pues, válida, pero puede contener una mejora indirecta en provecho del esposo comprador. Si la mujer enajena un propio que vale 30,000 francos, y si el marido le cede un inmueble que vale 50,000 francos, éste le hace una mejora indirecta de 20,000 francos. La ley reserva, en este caso, los derechos de los *herederos de las partes contratantes*. ¿Cuáles son estos herederos y cuál es su derecho? La cuestión está controvertida. Según el texto cualquier heredero tendrá el derecho de atacar la venta por razón de la mejora que contiene; la ley no restringe el derecho á los herederos reservatarios. Pero la restricción resulta de la misma naturaleza de la disposición que se ataca. Se ataca porque contiene una liberalidad; y la ley no limita las liberalidades más que en interés de los herederos con reserva; para con los demás herederos todo es disponible; no hay, pues, para qué distinguir, á su respecto, entre las ventas directas y las mejoras indirectas; su autor lo puede dar todo bajo forma de venta, como bajo forma de donación. El art. 1,595 supone, pues, que hay herederos reservatarios; éstos pueden atacar las actas que contengan liberalidades si su autor traspasó los límites de lo disponible. ¿Qué acción tendrán? ¿Es una acción por nulidad ó una acción de reducción? La solución depende de la interpretación que se da al art. 1,099. Hemos en señado que la donación hecha entre esposos es nula cuando está disfrazada ó hecha á unas

personas interpuestas; queda por saber si la donación está disfrazada por el solo hecho de tener la forma de una venta. El art. 1,099 no define la donación disfrazada; ésta implica un fraude á la ley; y no se puede decir que todas las ventas entre esposos cuando el valor del inmueble cedido pasa del monto del crédito fueron hechas en fraude de la reserva. Esta es una cuestión de hecho que los jueces decidirán según la intención de las partes contratantes; si éstos deciden que la venta es fraudulenta la anularán por el todo; si deciden que la venta fué hecha de buena fe y que contiene una mejora indirecta reducirán la liberalidad. Hay una sentencia en este sentido de la Corte de Casación. (1)

Hay otra interpretación del art. 1,595 que se apega á la letra de la ley y admite á cualquier heredero á atacar la donación y á pedir la nulidad en virtud del art. 1.099. (2) Esto nos parece contradictorio; los herederos no reservatarios no pueden invocar el art. 1,099 que sólo fué escrito por interés de la reserva; hablando sólo de una mejora indirecta el art. 1,595, no puede aplicarse más que á los herederos que tengan derecho de quejarse por las liberalidades indirectas, luego á los herederos con reserva. Otros dicen que la venta es nula por falta de capacidad; concluyen que el esposo vendedor y, por consiguiente, sus herederos pueden atacarlo. (3) Es verdad que el art. 1,595 se encuentra en el capítulo titulado: *Quién puede vender y comprar*. Pero la prohibición que el art. 1,595 establece, no es por esto una cuestión de capacidad, es únicamente por interés de los reservatarios por lo que fué establecida; la ley decide, pues, una cuestión de indisponibilidad.

41. Si la venta tiene lugar fuera de los tres casos en los

1 Decretada, 11 de Mayo de 1868 (Dalloz, 1868, I, 456). Compárese Duranton, t. XVI, pág. 181, núms. 151 y 152. Aubry y Rau, t. IV, pág. 351, nota 29, pfo. 351

2 Commet de Santerre, t. VII, pág. 42, núms. 22 bis II-III.

3 Valette y Bugnet (Mourlón, t. III, pág. 211, núm. 503).

que está permitida, es nula. La ley no pronuncia la nulidad, es verdad, como lo hace en los artículos 1,596 y 1,597, pero la redacción muy prohibitiva del art. 1,595 implica la nulidad: “El contrato de *venta no puede tener lugar entre esposos más que en los tres casos siguientes.*” Debe, pues, aplicarse el principio general que hemos establecido en esta materia (t. I, núm. 61): que la forma prohibitiva es irritante y arrastra la nulidad. No sólo es la forma la que es irritante, la misma naturaleza de la disposición y los motivos en los que se funda exigen como sanción la nulidad: es uno de estos casos en los que, según la doctrina y la jurisprudencia, hay que admitir que hay nulidad virtual. (1)

Se ha pretendido que el acta nula como venta puede valer como donación en la doctrina que la jurisprudencia ha consagrado. Esta declara válidas las donaciones hechas bajo forma de contratos onerosos. Hemos combatido esta doctrina, y aunque se admitiera debiera decidirse, sin embargo, que la venta entre esposos, nula como tal, no puede valer como liberalidad. En efecto, para que una donación pueda estar disfrazada bajo la forma de un contrato oneroso, es necesario que este contrato sea válido como contrato oneroso; luego es imposible que valga como donación. El acta está herida de nulidad absoluta; no puede valer como venta ni, por consiguiente, como donación disfrazada; y no puede valer como donación directa, puesto que las solemnidades no fueron observadas. (2)

42. ¿Cuál es el carácter de la nulidad y quién se puede prevalecer? Siendo la realidad virtual, es decir, fundada en la voluntad tácita del legislador, es preciso ver en qué interés ha prohibido la venta. Ya hemos dado los motivos según los trabajos preparatorios y según los autores. Si la

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 352, nota 31, pfo. 351.

2 Durantón, t. XVI, pág. 183, núm. 153. Aubry y Rau, t. IV, pág. 352, nota 32, pfo. 351. En sentido contrario, Troplong, pág. 117, núm. 185. Duvergier, t. I, pág. 220, núm. 183.

venta fué hecha en fraude de los acreedores, éstos es claro que la pueden atacar; es el derecho común (art. 1,167.) El motivo de la ley es que ha querido impedir las liberalidades que pasen de lo disponible ó que sean irrevocables. Está, pues, en el interés del donante y de sus herederos reservatarios que se establezca la nulidad, y no lo es del donatario; es, pues, necesario deducir que la nulidad es relativa y que el acta no puede ser atacada más que por aquel de los esposos del que se supone que la voluntad no ha sido libre. Si se considera la venta como nula en razón de la incapacidad de los esposos, es necesario decir que ambos esposos estaban declarados incapaces y pueden uno y otro pedir la nulidad. Al fin la cuestión no es más que teoría en lo que concierne al donatario; ciertamente que no pedirá la nulidad de una acta que disfraza una liberalidad en su favor, liberalidad que él ha sorprendido, se supone, abusando de la influencia que tenía sobre su conjunto. (1)

*Núm. 2. De los administradores y mandatarios.*

*I. Artículo 1,596.*

43. En los términos del art. 1,596 “no pueden hacerse adjudicatarios: los tutores, de los bienes de la tutela; los mandatarios, de los bienes que tienen encargo de vender; los administradores, de los bienes de los municipios ó establecimientos públicos que se les ha confiado; los empleados públicos, de los bienes nacionales cuyas ventas se hacen por su ministerio.” ¿Cuál es el motivo de esta prohibición? El relator del Tribunado contesta que no se ha querido poner el interés personal en pugna con el deber, sin duda porque se teme que en este conflicto el deber sea el sacrificado al interés. El tutor, dice Faure, que vende los bienes de

1 Véanse, en diversos sentidos, Aubry y Rau, t. IV, pág. 352, nota 32, párrafo 351, y Colmet de Santerre, t. VII, pág. 41, núm. 22 bis I.

su pupilo debe hacerlo de modo de alcanzar el mejor precio, puesto que es la mejora del menor que representa. Si le fuese permitido volverse adjudicatario su interés le aconsejaría vender á precio más bajo. Sucede lo mismo con los demás administradores encargados de vender á nombre y provecho de sus comitentes. (1)

44. En el derecho antiguo los tutores podían comprar los bienes de su pupilo en subasta pública. Se suponía que la publicidad de la venta ponía al tutor en la imposibilidad de perjudicar al menor. El Código ha sostenido esta excepción; el término *adjudicatario* de que se sirve, supone una venta pública. Esta severidad es justificada por una simple razón: si el tutor pudiera volverse adjudicatario en una venta pública tendría cuidado de alejar la concurrencia, dando datos falsos sobre los bienes expuestos á la venta. El peligro que la ley ha querido evitar subsiste, pues, en las ventas públicas; para impedir que los intereses del menor fuesen sacrificados era preciso dar la prohibición absoluta. (2)

45. La jurisprudencia admite una excepción á la prohibición que hiere al tutor en el caso de licitación de bienes indivisos entre él y su tutoreado. Como la ley no menciona esta excepción se podría creer que es contraria al principio elemental según el cual no hay excepción sin ley; pero este principio no es aplicable cuando la excepción está implicada en la disposición misma que ella deroga. Esto sucede en la especie, como también lo ha establecido Montpellier. Según el texto del art. 1,596, no es aplicable cuando los bienes licitados están indivisos entre el tutor y su pupilo; la ley no se aplica sino á la ventu de bienes *pertenecientes á menores*; y si los menores tienen derechos indivisos sobre bienes adjudicados á su madre tutora, no pueden decir que estos bienes les correspondan. No se está, pues, en la ley

1 Faure, Informe al Tribunado, núm. 14 (Looré, t. VII, pág. 91).

2 Durantón, t. XVI, pág. 166, núm. 133.

que establece la prohibición; lo que ya es suficiente para decidir que la prohibición es inaplicable, puesto que los incapaces son de derecho estricto. El sentido de la ley está en armonía con el sentido literal de sus términos. ¿Cuál es el objeto del legislador? Proteger á un menor que fuese tentado de sacrificar su deber á su interés; esto supone que los intereses del tutor están en oposición con los del menor, y cuando el tutor y su pupilo son copropietarios por indiviso sus intereses son idénticos; los mayores no pueden salvaguardar sus intereses sino haciéndolo con los de los menores: el interés de todos los copropietarios es que el precio de la licitación sea tan alto como sea posible; falta que todos puedan tomar parte en la licitación. (1) Añadiremos que hay un motivo jurídico que milita en favor del tutor: es que siendo copropietario tiene el derecho de concurrir á la licitación de la cosa común entre él y su pupilo; no está en la situación de un tutor que sin ningún derecho quisiera adquirir; y si la ley no quiere que el tutor comprometa los intereses de su pupilo no puede tampoco quitarle un derecho que tiene como propietario. En el caso juzgado por la Corte de Montpellier había una ligera duda. La madre era usufructuaria de los bienes que pertenecían á sus hijos; ¿se le podría considerar, en este sentido, como copropietaria? La Corte contesta que el usufructo era un desmembramiento de la propiedad, la madre era realmente copropietaria por indiviso de inmuebles licitados. En derecho es dudoso, pero hay otro motivo para decidir. Si reconocemos al tutor copropietario el derecho de licitar, es porque es propietario, y la ley no puede despojarlo de una facultad inherente á la propiedad. Ahora el usufructuario tiene un derecho también en la cosa, derecho que le permite concurrir á la lici-

1 Montpellier, 10 de Junio de 1862 (Daloz, 1863, 2, 30). En el mismo sentido, París, 14 de Agosto de 1866 [Daloz, 1867, 2, 120].

tación del inmueble del que posee un desmembramiento; la ley no puede despojar á un usufructuario, como no lo puede hacer con un propietario. (1) Por idéntica razon se ha juzgado que el tutor que tiene un crédito hipotecario sobre el inmueble de su pupilo puede concurrir á la subasta; hay también un derecho que salvoguardar, un derecho en la cosa que nuestras leyes asimilan á un desmembramiento de la propiedad; tiene, pues, lo mismo que el usufructuario, la facultad de licitar. (2)

46. La ley prohíbe á los tutores volverse adjudicatarios de los bienes de la tutela. ¿A quién se aplica esta prohibición? Es de suyo que á los que son ó tienen esta cualidad, aun al cotutor. (3) En nuestro concepto es tan evidente que no se aplica á los que no son tutores, pues ni al tutor subrogado, ni al curador, ni al consejo judicial; el texto mismo de la ley lo dice. Según el art. 1,594, «á todos aquellos que la ley no prohíbe pueden vender ó comprar.» ¿Hay una ley que prohíbe esta facultad á los tutores subrogados, á los curadores y á los consejeros? Nó, no están comprendidos en la excepción, que es la incapacidad; por lo tanto, quedan bajo el imperio de la regla que es la capacidad. ¿Qué se puede oponer al texto y á los principios? La analogía. Hemos dicho muchas veces que la argumentación analógica no está permitida en las materias excepcionales porque conduce á excluir las excepciones; es decir, á crear lo que sólo el legislador tiene el derecho de hacer. Insistimos sobre este punto porque precisamente en la especie se ve cuán peligroso es proceder por vía de analogía cuando se trata de excepciones. Se pretende que el tutor subrogado está comprendido en la prohibición porque hay el mismo motivo para declararle incapaz; ahora bien, esta analogía,

1 París, 12 de Abril de 1856 [Dalloz, 1856, 2, 228].

2 Aix, 27 de Enero de 1870 [Dalloz, 1872, 2, 53].

3 París, 28 de Enero de 1846 [Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 448].

admitida por unos, es negada por otros; de manera que el intérprete arriesga extender la excepción para un caso que no fué hecha. No hay analogía; la prohibición hiere á los administradores que están encargados de vender, los que conociendo los bienes tienen el medio de perjudicar al menor alejando á los compradores. ¿Es que el tutor subrogado administra? Nó. ¿Está encargado de vender? Nó. ¿Conoce los bienes y es al que los terceros se dirigen para obtener datos? Nó. Luego no hay el mismo motivo para decidir.

Se insiste y se dice que es de principio que: *nemo potest esse auctor in rem suam*. Contestamos que esta máxima no está consagrada por nuestros textos, luego no se la puede invocar contra la ley. ¿Qué significa y por qué la oponen al tutor subrogado? El que tiene un derecho personal en un asunto no debe intervenir en él desde que está encargado de vigilar los intereses de la parte adversa que representa ó autoriza. Es el motivo sobre que se funda la prohibición del art. 1,596. La objeción no hace más que reproducir en otros términos la argumentación analógica; y no es sobre argumentos sobre los que se basa una incapacidad sino sobre los textos.

La cuestión está controvertida, los autores y las sentencias están divididos. (1) Se llevó ante la Corte de Casación; después de una larga deliberación en la Sala del Consejo la Sala Civil casó la sentencia de la Corte de Tolosa que había extendido la incapacidad del tutor subrogado. La Corte invoca los principios que acabamos de desarrollar; dice que no se puede argumentar por analogía en las materias excepcionales; establece que no hay el mismo motivo para decidir y concluye que no se sabría sin extender la ley más allá de los límites en que se ha querido encerrar; comprende al tutor subrogado en la

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. IV, pág. 348, nota 12, pfo. 351. Duvergier [t. I, pág. 225, núm. 188] trata muy bien la cuestión.

prohibición de los arts. 1,596 y 450. (1) Es una sentencia de principio y desde entonces la jurisprudencia parece juntarse á la opinión que la Corte Suprema ha consagrado por motivos que creemos irrefutables. (2) La cuestión queda controvertida en lo que concierne á los curadores y los consejos judiciales. (3) Como los motivos para decidir son idénticas es inútil repetir lo que acabamos de decir. Nos contentaremos con señalar que no hay ninguna analogía entre la situación del curador y la del tutor: el primero protege al menor en los casos muy raros en que la ley requiere esta protección ó asistencia, y es además completamente extraño á la administración de bienes, supuesto que el menor emancipado es el mismo que administra los bienes. En cuanto al consejo judicial no protege ni aún al pródigo ó al débil de espíritu; da su consejo en los casos señalados por la ley. Es, pues necesario decir de los curadores y consejeros lo que la Corte de Casación dice de los tutores subrogados: no están comprendidos en la prohibición y el juez no tiene el derecho de extenderla. Para apoyo de nuestra opinión citaremos aun lo que Troplong dice de la opinión contraria: "Hay, dice, una incompatibilidad que suple al *silencio de la ley*." (4) De manera que hay silencio en la ley y la doctrina viene á llenar este vacío fundándose en la incompatibilidad. Esto se llama literalmente hacer la ley.

47. Los mandatarios no se pueden convertir en adjudicatarios de los bienes que tienen encargo de vender. ¿Qué se tiene que decidir si están encargados no de venderlos, pero sí de *administrarlos*? Aquí sí se podría invocar la analogía, pero los principios no lo permiten. La Corte de Casación

1 Casación, 21 de Diciembre de 1852 (Daloz, 1852, 1, 314).

2 Agén [por recurso] 13 de Junio de 1863 (Daloz, 1863, 2, 183). Grenoble, 4 de Enero de 1854 [Daloz, 1856, 2, 188]. En el mismo sentido, Liesje, 4 de Junio de 1845 [*Pasicrisia*, 1847, 2, 134].

3 Aubry y Rau, t. V, pág. 348, nota 13, pfo. 351, y en diversos sentidos las autoridades que cita.

4 Troplong, pag. 119, núm. 187.

no lo juzgó en este sentido, su decisión confirma nuestra doctrina. En los términos del art. 1,594 todos aquellos á los que la ley no prohíbe pueden comprar. Las excepciones á esta regla que contiene el art. 1,496 deben, como todas las excepciones, ser interpretadas en un sentido restrictivo. De aquí se sigue que la defensa hecha al mandatario de volverse adjudicatario de los bienes que tiene encargo de vender no puede extenderse al mandatario con relación á los bienes que tiene que administrar. Los autores del Código se han alejado, bajo este punto, de la prohibición más larga que pronunciaba el derecho común; la innovación se explica *superabundantemente*, dice la Corte, por la diferencia que existe entre los mandatos, puesto que en el mandato de enajenar el propietario ha ordenado la disposición de la cosa al mandatario y la facultad de fijar las condiciones de la venta que se va á hacer, mientras que en el mandato del administrador es el mismo quien debate las condiciones y determina el precio. (1) La Corte contesta al argumento de analogía *superabundantemente*, lo que implica que allí mismo no habría razón para la diferencia que el art. 1,596 establece entre el mandato de enajenar y el mandato de administrar; aunque hubiera analogía perfecta sería necesario aún someterse á los términos restrictivos de la ley. Esta es la buena doctrina.

48. El art. 1,596 declara aun incapaces de comprar á los administradores de municipios y de los establecimientos públicos, tales como hospicios, casas de beneficencia, construcciones de iglesias. ¿Quiénes ó cuáles son estos administradores? ¿Los consejeros municipales, por ejemplo, son administradores y como tales incapaces para comprar? La solución de la cuestión depende de las leyes políticas que quedan fuera del cuadro de nuestro trabajo. (2) Sucede lo mis-

1 Denegada, 8 de Diciembre de 1862 (Dalloz, 1863, 1, 142).

2 Compárese Rouen, 22 de Noviembre de 1870 (Dalloz, 1873, 2, 200).

mo con los oficiales públicos encargados de vender bienes nacionales.

49. El art. 1,596 dice: "No pueden volverse adjudicatarios ni por ellos mismos *ni por personas interpuestas*." Es de principio que no se puede hacer indirectamente lo que está prohibido hacer directamente; sería violar la ley eludiéndola. El art. 1,596 no dice qué personas se presumen interpuestas como lo hacen los arts. 900 y 1,100. Es, pues, una cuestión de hecho. Por dicho queda que las presunciones de interposición que la ley establece en los arts. 911 y 1,100 no pueden extenderse á la venta hecha por persona interpuesta; corresponde al demandante probar la interposición según el derecho común. (1)

50. ¿Cuál es el carácter de la nulidad? Todo el mundo está de acuerdo que la nulidad es relativa; (2) está establecida en interés de aquellos cuyos bienes están vendidos; ellos solos tienen el derecho de prevalecerse. En general las personas incapaces pueden solas invocar la incapacidad y pedir la nulidad que resulta (art. 1,125) porque la ley, al declararlas incapaces, quiere protegerlas contra sí mismas. No sucede lo mismo con la incapacidad del art. 1,596; está establecida contra los incapaces porque la ley teme que abusen de su posición para aprovecharse á expensas de aquellos á quienes deben de cuidar sus intereses. Es menos una incapacidad que una prohibición.

## II. Artículo 450.

51. El art. 450 después de haber establecido el principio de que el tutor representa al menor en todos los actos civiles y que debe administrar sus bienes como un buen pa-

1 Durantón, t. XVI, pag. 170, núm. 139 y todos los autores. Lieja, 24 de Abril de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 312).

2 Durantón, t. XVI, pág. 170, núm. 139 y todos los autores. Orléans, 11 de Febrero de 1841 (*Dalloz*, en la palabra *Venta*, núm. 468). Lieja, 24 de Abril de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 312).

dre de familia, añade: "No puede ni comprar los bienes del menor ni tomarlos en arrendamiento á menos de que el consejo de familia no haya autorizado al tutor subrogado á pasar el contrato ni á aceptar la cesión de algún derecho ó crédito contra su pupilo." La primera parte de esta disposición está reproducida; se refiere á lo que concierne á la venta por el art. 1,596 que acabamos de explicar; nos queda por hablar de la cesión. Trataremos de la parte general de la venta aunque el Código consagre un capítulo aparte á la cesión porque los motivos por los cuales el legislador prohíbe al tutor comprar un crédito contra su pupilo son en el fondo los mismos que han hecho establecer la prohibición del art. 1,596. Si el tutor pudiera ser portador cesionario de un crédito contra el menor, se encontraría colocado entre su deber y su interés; el mercado es ventajoso, el tutor debe hacerlo por cuenta de su pupilo; se trata, al contrario, de un crédito dudoso que se compra á bajo precio para cubrirlo entero el menor, falta á su deber de administrador y debe contestar los derechos litigiosos en lugar de especular con perjuicio del que defiende. Estas especulaciones favorecen el fraude: el tutor podrá convenirse con el pretendido acreedor para hacer revivir un crédito ya perdido. (1)

52. La prohibición está concebida en términos generales; no se trata solamente de la *cesión* de un crédito, la ley añade la palabra *derecho*, que comprende también los derechos reales; es suficiente, según el texto, que el derecho cedido implique una obligación ó un cargo contra el pupilo. Si la cesión, en el momento en que se hizo, no da ninguna acción al tutor, ni contra la persona, ni sobre los bienes del pupilo, no será prohibitiva. (2) El tutor se vuelve cesionario de un crédito dependiente de una sucesión á la cual el

1 Proudhon, *Tratado del estado y de las personas* (Ed. de Valette) t. II, página 398. Demolombe, t. VIII, pag. 529, núm. 756.

2 Agén, 23 de Enero de 1844 (Daloz, 1845, 4, 515).

menor había renunciado regularmente; si vuelto mayor el pupilo acepta la herencia, la cesión quedará válida; el menor no puede, suponiendo que pudiera volver á su renuncia, atacar un derecho adquirido. (1)

Decimos que los términos de la ley son generales; se aplican á todo derecho, con tal que la transmisión de éste se haga por una cesión; es decir, por una venta, pues tal es el sentido de la palabra cesión en el lenguaje del Código, aun- que la traslación de un crédito pueda también hacerse gratuita. Esto no es dudoso cuando el tutor adquiere el crédito como heredero ó legatario, la sucesión y los legados no pueden ser calificados de cesión. Si el crédito fué dado entre vivos habría cesión, tomando esta palabra en su acepción más lata; pero el espíritu de la ley levanta cualquiera duda. Lo que la ley teme es que el tutor especule con perjuicio de su pupilo; y el título gratuito excluye la idea de especulación. (2) Es la opinión general, salvo el disenti- miento de Zachariæ. (3)

53. El art. 456 prohíbe al tutor *acceptar la cesión* de un crédito contra su pupilo. ¿Se aplica esta prohibición á la subrogación? La negativa es cierta cuando la subrogación es legal, puesto que el tutor no la *acepta*, se hace de derecho pleno en virtud de la ley. Creemos que es lo mismo con la subrogación convencional, bien que la cuestión esté con- trovertida. Hay diferencias esenciales entre la subrogación y la cesión; esto es suficiente para alejar una prohibición que es esencialmente de estricta interpretación; desde que no se está en los términos de la prohibición se entra en la regla que consagra la libertad de tratar. El espíritu de la ley no deja ninguna duda. Quiere impedir al tutor especu- lar á costa de su pupilo. Y la subrogación, lejos de ser una

1 Nimes, 20 de Noviembre de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 245).

2 Valette, *Explicación sumaria del libro I del Código Napoleón*, pág. 241.

3 Aubry y Rau, t. I, pág. 472, nota 5, pfo. 116.

especulación peligrosa para el menor, es una operación que le favorece. Es un pago que se hace en interés del deudor; si el acreedor consiente en recibir como pago una suma menor que el monto nominal del crédito, el tutor subrogado no podrá repetir contra el pupilo más que la suma que ha desembolsado, y no puede especular en su perjuicio. Sin duda la subrogación puede desprestigiar una cesión, quedando por dicho que en este caso cae bajo la prohibición del art. 450. (1)

54. El artículo 450 no pronuncia la nulidad como sanción de la prohibición que establece. Pero hay nulidad virtual; la intención del legislador no es dudosa, puesto que el art. 1596, que reproduce la primera disposición del art. 450, añade: *á pena de nulidad*. ¿Cuál es el carácter de la nulidad? ¿es absoluta ó relativa? Es necesario aplicar á la cesión lo que acabamos de decir de la nulidad de la venta de que trata el art. 1,596 (núm. 56). Es únicamente en interés del menor por que la ley prohíbe al tutor comprar un crédito contra su pupilo; la nulidad es, pues, relativa en su naturaleza. Si el pupilo la invoca la cesión será considerada como no *existente*; por consecuencia, el acreedor conserva sus derechos contra el menor, salvo que reembolse al tutor el precio que de él ha recibido. La *novella* de Justiniano (72, 5) iba más lejos, declaraba al menor liberado. Este decaimiento no fué admitido en los países *de costumbres* y el Código no lo reproduce; lo que decide la cuestión, puesto que no puede haber pena sin ley. (2)

El menor puede, pues, mantener la cesión. Se pregunta si en este caso se puede hacer liberar por el tutor, reembol-

1 Véanse, en diversos sentidos, los autores citados por Aubry y Rau, t. I, página 472, nota 6, pfo. 116. Debe agregarse, en el sentido de nuestra opinión, Ducaurroy, Bonnier y Roustáin, t. I, pág. 465, núm. 650.

2 Ducaurroy, Bonnier y Roustáin, t. I, pág. 464, núm. 649, y todos los autores.

sándole el precio de la cesión. La cuestión está controvertida. Nos parece que el derecho de *retro* no puede ser admitido sino en virtud de una ley, puesto que conduce á expropiar al cesionario de un crédito que está en su dominio; el art. 1,699 acuerda este derecho al deudor cedido cuando el crédito es litigioso; la ley no se lo da al pupilo. Esto es decisivo. Se objeta que el legislador prohíbe la cesión. Hemos contestado de antemano esta objeción, haciendo notar que la prohibición no está establecida sino para salvaguardar los intereses del menor; éste tiene la elección, puede obrar en nulidad ó mantener la cesión; en el segundo caso debe ejecutarla también, pagando la deuda íntegra. Se dice que el beneficio que el tutor saca de la cesión es ilegítimo, en el sentido de que debería hacer el negocio por cuenta de su pupilo. Esto es sobrepasarse á las exigencias de la ley; ella no da al tutor un deber de especular á nombre del menor y de su interés, da al menor un medio de anonadar esta especulación; ir más lejos es hacer aprovechar del mercado al menor. La ley no le concede este derecho. (1)

*Núm. 3. De los magistrados, abogados y oficiales ministeriales.*

55. «Los jueces, los magistrados funcionando en el Ministerio Público, secretarios, diligenciarios, notarios, defensores de oficio y notarios no pueden volverse cesionarios en los procesos, derecho y acciones litigiosas que son de la competencia del tribunal en el resorte del que ejercen sus funciones.» El texto del art. 1,597 pide explicaciones. La ley habla de *jueces* y de sus suplentes; no dice nada de los magistrados de la Corte Apelación y de la de Casación que llevan el título de *consejeros*. Lo que no fué así porque cuan-

1 Valette, *Explicación sumaria del libro I del Código Civil*, pág. 240. Massé y Vergé según Zacharie, t. I, pág. 446, nota 3. De Fréminville, *Tratado de la menor edad*, t. II, pág. 250, núm. 795. En sentido contrario Aubry y Rau, *Ducaurroy y Demolombe*.

do la publicación del Código todos los magistrados estaban designados bajo el nombre general de jueces; los miembros de las cortes superiores están comprendidos en el texto. Sucede lo mismo con la palabra *tribunal*; el término de *corte* no estaba en uso cuando la publicación del Código Civil; se decía el *tribunal de casación*. Queda por dicho que la expresión de que el Código se sirve comprende todas las jurisdicciones. El art. 1,597 menciona aun á los defensores de oficio; se daba ese nombre á los abogados después que la asamblea constituyente había suprimido el orden de los abogados; fué restablecida por la ley de 22 Ventoso, año XII, posterior á la redacción definitiva del título *De la Venta*, sentencia del 3 Ventoso del mismo año. (1)

Siendo las incapacidades de estricta interpretación se deduce que las que el art. 1,597 establece no pueden extenderse á los funcionarios ú oficiales que no están comprendidos en el texto de la ley. Por aplicación de este principio ha sido juzgado que los pasantes de notaría pueden volverse cesionarios de derechos litigiosos, salvo á las partes que piden nulidad de la cesión á probar, si há lugar, que el pasante es persona interpuesta; es elemental que las personas declaradas incapaces de comprar no pueden hacerlo indirectamente, ó por personas interpuestas, lo que la ley prohíbe de hacer directamente. (2)

56. ¿Cuáles son los motivos de la prohibición pronunciada por el art. 1,597? Importa precisarlos porque de esto depende el carácter de la nulidad. Portalis los ha expuesto en su discurso: «En la antigua Roma los gobernadores no podían adquirir nada en el tiempo de su gobierno, y los magistrados no lo podían tampoco en las atribuciones de su jurisdicción. Se quería alejar de ellos hasta la sospecha de mezclar sus intenciones privadas con los grandes intereses

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 451, nota 1, pfo. 359. Duvergier, t. I, pág. 234, núm. 196.

2 Bruselas, 24 de Mayo de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 197).

públicos confiados á su solicitud..... Una multitud de sentencias interviniendo en forma de reglamentos han constantemente pronunciado la nulidad de las adjudicaciones hechas á los jueces. Se ha pensado que el *título público* de su cargo los sometía á mayores precauciones que á las *personas privadas* para estar al abrigo de la sospecha de *abusar de su autoridad* en las ocasiones en que ellos no pueden ni deben figurar sino como *magistrados*. Las ordenanzas han prohibido siempre á los jueces y á todos aquellos que ejercen un cargo de justicia ó algún ministerio cerca de los tribunales, volverse cesionarios de derechos litigiosos..... *Esta disposición es la salvaguardia de los justiciables. Un juez está para determinar las pruebas de las partes y no para traficar con ellas. No puede ni debe intervenir entre los ciudadanos sino como ministro de leyes y no como agente de intereses del odio y de las pasiones del hombre. Si desciende vergonzosamente de su tribunal; si abandona el augusto sacerdocio que ejerce para cambiar su cualidad de oficial de justicia por la de comprador de acciones, envilece el carácter honorable de su vestidura; amenaza por el escándalo de sus procedimientos hostiles é interesados á las familias que él no debe sino tranquilizar por sus luces y sus virtudes; cesa de ser magistrado, no es más que un opresor. La prohibición hecha á los jueces de comprar acciones litigiosas no es más que una consecuencia necesaria de los principios religiosos que velan sobre la santidad de su ministerio. Importa á la sociedad que aquellos por quienes se da justicia se respeten como si fuera ella misma.*» (1) Portalis no habla sino de los magistrados: se puede decir también de todos los que toman parte en la distribución de la justicia; su influencia es menor; por consecuencia, menos peligrosa, pero los motivos de interés social son los mismos. Troplong dice muy bien, hablando de los abogados, escribanos, diligenciaros y se-

1 Portalis, *Exposición de los Motivos*, núms. 16 y 17 (Loché, t. VII, pág. 72).

cretarios, que su honorable ministerio debe ser exento de todo tráfico sórdido y de toda vil especulación sobre la posición de pobres litigantes. La ley también se ha preocupado por el interés de las partes que están en el caso de litigar, puesto que se trata de derechos litigiosos. El relator del Tribunal, en este caso de la cuestión, dice: «Si esta incapacidad no existiera se temería que los magistrados inquietasen á los litigantes por su influencia y los forzasen á hacer en su favor sacrificios considerables para desembarazarse de adversarios tan peligrosos.» (1) Tales son los motivos oficiales de la ley; más adelante deduciremos las consecuencias

57. La prohibición establecida por la ley no es absoluta; el art. 1,596 la limita á casaciones y derechos litigiosos que son de la competencia del tribunal en las atribuciones del cual los magistrados, abogados y oficiales ministeriales ejercen sus funciones. ¿Qué es necesario entender por estas palabras que son de la *competencia del tribunal*? La ley define lo que entiende por *competencia del tribunal* añadiendo: *en las atribuciones de la que ejercen sus funciones*. Es suficiente, pues, que en razón de las atribuciones en las cuales las personas incapaces ejercen sus funciones el negocio pueda llevarse ante el tribunal al cual están sometidas. No hay ninguna dificultad para los tribunales inferiores. Toda acción puede ser llevada, al menos en primera instancia, ante los tribunales del Departamento; cuando se trata de bienes situados en las atribuciones del tribunal ó de personas que tienen allí su domicilio, la incapacidad está limitada á las atribuciones. Un juez de primera instancia puede, pues, volverse cesionario de un derecho litigioso que, en razón de sus atribuciones, deba ser llevado ante un tribunal distinto. En cuanto á la Corte de Casación es competente para todo el Reino y no tiene necesidad de distinguir la naturaleza del

1 Faure, *Informe al Tribunal*, núm. 15 (Locré t. VII, pág. 91). Compárase Grenier, *Discurso* núm. 13, pág. 109.

negocio ni su monto; la incapacidad de los magistrados, abogados y oficiales ministeriales ligados á esta Corte es absoluta. No sucede lo mismo con las de apelación; sus atribuciones son limitadas y limita también la ley el monto del negocio en apelación. Nace entonces la cuestión de saber si en el sentido del art. 1,597 un derecho litigioso es de la competencia de una Corte de Apelación; si en razón de sus atribuciones el negocio puede llevarse ante esa corte, ó es necesario que el negocio se sujete á la apelación. Se ha sostenido que los derechos litigiosos no eran de la competencia de la Corte de Apelación cuando en razón del monto del crédito el proceso no esté sujeto á la apelación. Esto parece estar fundado en la razón, pero es contrario al texto. La corte es competente aun para los procesos que sean introducidos por última instancia por el tribunal de departamento. Y no es exacto decir que el proceso que según su *naturaleza* sea juzgado en última instancia no sea susceptible de llevarse ante la Corte de Apelación; la cuestión de saber si hay lugar á la apelación es amenudo muy difícil de decidir. ¿Ante qué Corte de Apelación fundada ó no se llevará? Ante la corte en cuyas atribuciones se encuentra el tribunal que ha conocido del negocio en primera instancia; luego es esta corte la que es competente, lo que es decisivo. (1) Los jueces de paz dan lugar á una dificultad particular. Cuando el juez de paz actúa como juez se aplica el art. 1,597, según la interpretación que acabamos de dar. Pero hay también una misión de conciliación. Se ha decidido que el juez de paz podrá no adquirir un derecho litigioso sobre el cual pesaba una tentativa de conciliación. (2) Esto es dudoso; el juez de paz que obra en conciliación no es juez, y no se puede aplicar una prohibición que concierne á los jueces.

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 452 y nota 3, pfo. 359. En sentido contrario Marcadé, t. VI, pág. 192, núm. I del art. 1597.

2 Lyon, 10 de Julio de 1839 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 1988.) En sentido contrario Aubry y Rau, t. IV, pág. 452, nota 2, pfo. 359.

58. ¿Qué se entiende por *derechos y acciones litigiosas*? La cuestión es saber si se debe aplicar al artículo 1,597 la definición que el 1,700 da de los derechos litigiosos en estos términos: «La cosa se dice litigiosa desde que hay *proceso* y contestación en el fondo del derecho.» Se admite generalmente la negativa, y con razón. En la acepción general de los términos un derecho es litigioso no solamente cuando hace materia en un proceso ya existente sino también cuando parece susceptible de ser contestable con algún fundamento. El art. 1,700 limita en el sentido vulgar de la expresión *derecho litigioso*. (1) Todo prueba que el art. 1,596 emplea las palabras *derechos litigiosos* en el sentido vulgar. Tal es la tradición. «Se llaman créditos litigiosos, dice Pothier, los que son contestables ó pueden serlo en total ó en parte por aquel que pretende al deudor, ya sea que hubiere comenzado el proceso, ya que no hubiere comenzado, pero que haya lugar de temerlo. (2) Portalis resume esta definición en la Exposición de los Motivos diciendo que la ley prohíbe á ciertas personas volverse cesionarias de los derechos ó acciones litigiosas que *son ó pueden ser llevadas* ante el tribunal en cuyas atribuciones ejercen sus funciones. Es verdad que Faure, en su informe al Tribunado, reprodujo la definición del art. 1,700, aplicándola á la prohibición del artículo 1,597; pero su error es evidente, el texto mismo del Código lo prueba. En efecto, el art. 1,597 comienza por decir que las personas que están allí designadas no pueden volverse cesionarias del *proceso*; hé aquí el caso previsto por el art. 1,700; se supone que hay contestación comenzada, pues que la ley añade: *derechos y acciones litigiosas*; estas palabras no pueden comprender el proceso de que se acaba de hablar, deben significar los derechos que

1 Esta es la observación de la Corte de Rennes, 14 de Diciembre de 1810 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 1995).

2 Pothier, *De la venta*, núm. 683.

pueden ser contestables en justicia. La interpretación que damos al texto está también en armonía con el espíritu de la ley. El legislador se muestra más severo en el caso previsto por el art. 1,597 que cuando se trata del retiro del crédito litigioso al que se aplica la definición del art. 1,700. En esta última hipótesis no hay más que intereses privados en pago, mientras que la prohibición del art. 1,597 está fundada en motivos de orden público. En fin, hay una consideración de hecho que es decisiva: es que en la hipótesis del art. 1,597 no hay lugar á distinguir el proceso entablado del derecho que puede dar lugar á un proceso; los magistrados, abogados y oficiales ministeriales pueden abusar de su influencia antes que el proceso haya comenzado, tanto como durante la instancia; hay que decir más: es ordinariamente antes de llevar el negocio ante los tribunales cuando las partes vendrán á consultar á hombres de leyes; después, ante todo antes del proceso, es cuando es de temerse su influencia. La jurisprudencia, después de titubear, se pronunció en favor de esta opinión que también es la enseñada por todos los autores. (1)

59. Queda por saber cuándo es litigioso un derecho. Resulta de la definición que Pothier da (núm. 58) que esto es una cuestión de hecho. Todos los autores observan que no basta para que un derecho sea litigioso que el demandante de nulidad pretenda que el derecho era susceptible de contestación; al tribunal toca apreciar si el derecho era susceptible de una seria contestación. (2) La Corte de Casación ha decidido que la cuestión de saber si un derecho es litigioso se deja á la apreciación soberana de los jueces del hecho. (3)

Se presentan, sin embargo, algunas dificultades que tocan

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. V, pág. 1453, nota 5, pfo. 359. Debe agregarse Colmet de Santerre, t. VII, pág. 44, núm. 24 bis I.

2 Lieja, 31 de Enero de 1844 y 2 de Diciembre de 1863 (*Pasicrista*, 1844, 2, 173 y 1865, 2, 191).

3 Denegada, 11 de Febrero de 1851, Dalloz, 1,851, 1 242). Véanse las sentencias citadas en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Venta*, núms. 2001-2003.

al derecho. Se supone que un derecho es seguro en cuanto á su existencia y en cuanto á su cuotidad, pero hay dificultades acerca de la prueba en ejecución; ¿es litigioso este derecho? La jurisprudencia se pronunció por la negativa (1) ¿No es esto apartarse del sentido vulgar de la palabra *derecho litigioso* y recaer en la definición del art. 1,700? ¿Qué importa sobre qué verse el proceso? ¿Saben distinguir las partes las dificultades que versan en el fondo y las que sólo se refieren á la ejecución? Desde que un proceso es de temerse se debe también temer la influencia de aquellos que están dispuestos á abusar de su ciencia y de su posición en perjuicio de los litigantes ignorantes.

60. ¿El pacto conocido bajo el nombre de *quota litis* cae bajo la aplicación del art. 1,597? Se entiende por esto una convención que interviene entre el acreedor de un derecho litigioso y una persona que se encarga de procurarle el pago mediante el abandono de una *cuotidad* del derecho; por ejemplo, la tercera parte ó la mitad. Este pacto era prohibido en la jurisprudencia antigua, aun á las personas que estaban declaradas incapaces para comprar derechos litigiosos. (2) Se admite generalmente que lo mismo pasa bajo el imperio del Código Civil. Creemos con Duvergier que el artículo 1,597 es inaplicable. La ley prohíbe la *cesión* de derechos litigiosos; es decir, la *compra*; y el pacto de *quota litis* no es una venta del derecho, es un mandato retribuido ó un arrendamiento de obra. Lo que se ha objetado no tiene ningún valor. Uno dice que la palabra *cesión* es más lata, más comprensiva que la palabra *venta*, (3) lo que es una verdadera herejía. Otro dice que el Código en el capítulo II no sólo habla

1 Denegada, 12 de Agosto de 1812 y 19 de Junio de 1,825 (Daloz, en la palabra *Venta*, núms. 2001 1.º y 2º). Bruselas, 30 de Enero de 1808 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 939, 1.º).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *De quota litis*.

3 Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 2010.

de la venta propiamente dicha, puesto que el art. 1,595 prohíbe la donación en pago; se puede, pues, aplicar el artículo 1,597 á convenciones análogas y que producen los mismos inconvenientes. (1) Mala razón: la donación en pago siempre ha sido asimilada á la venta, mientras que se puede poner en la misma línea á la cesión y al mandato ó prestación de obra.

Duvergier confiesa que el pacto de *quota litis* es malo; por eso la disciplina de los tribunales lo prohíbe á los abogados de la manera más severa. El sabio jurisconsulto cree que se podrá pedir la nulidad por el motivo de ser contrario al orden público. (2) En efecto, las consideraciones invocadas por Portalis para justificar el art. 1,597 se aplican á la convención de *quota litis*: ¿qué importa que sea un mandato? Siempre es envilecer el santo ministerio de la justicia el ensuciarlo con sórdidos cálculos de rapiña; habría que temer que el magistrado ó el abogado mandatario abusaran de su influencia para hacer valer derechos que el acreedor no se hubiera atrevido á llevar ante los tribunales, ó abusara de su influencia para atribuirse la mayor parte del crédito bajo pretexto de ser litigioso.

61. No basta que el derecho sea litigioso para que la cesión esté marcada de nulidad, es menester que haya tenido este carácter cuando la cesión. Es en el momento de la convención cuando se debe saber si hay una causa que la vicia; si en aquel momento no se podía prever una contestación, la cesión será válida, los incidentes que sobrevendrán no la viciarán. Lo mismo pasa con la condición que se refiere á competencia. Perteneciendo un magistrado á un tribunal de primera instancia compra un crédito que, por razón del resorte, no era de la competencia de este tribunal; posteriormente fué nombrado consejero de una corte de apelación

1 Marcadé, t. VI, pág. 195, núm. II del art. 1597.

2 Duvergier, t. I, pág. 239, núm. 201.

competente para conocer de la contienda; la convención, válida en el principio, no será nula á consecuencia de un hecho que no se podía prever cuando la cesión. La jurisprudencia está en este sentido. (1)

62. La ley contiene otra disposición tocante á los derechos litigiosos, da al deudor el derecho de retiro contra el cesionario mediante el reembolso del precio de la cesión (artículo 1,699). Hay excepción al derecho de retiro en los tres casos previstos por el art. 1,701: 1. °, cuando la cesión fué hecha á un copropietario del derecho cedido; 2. °, cuando ha sido hecha á un acreedor en pago de lo que se le debe; 3. °, cuando ha sido hecha al poseedor de la heredad sujeta al derecho litigioso. Se pregunta si estas tres excepciones son aplicables á la prohibición del art. 1,597. La cuestión no merecía ser presentada si no fuera que fué mal resuelta por Grenier en el discurso que pronunció como orador del Tribunado; no titubea en extender las excepciones del art. 1,701 á los magistrados, abogados y oficiales ministeriales cesionarios de derechos litigiosos. Esto es un error. No se extienden las disposiciones excepcionales aunque haya analogía, y, en el caso, falta completamente la analogía. Nada hay de común entre el derecho de retiro del art. 1,699 y la prohibición del art. 1,597. Hay que agregar que el abuso de influencia por cuya razón la ley prohíbe á ciertas personas hacerse cesionarias de derechos litigiosos pudiera encontrarse aún en los casos previstos por el art. 1,701. En fin, el interés de la justicia, la honorabilidad de todos cuantos concurren á impartirla, prevalece sobre el interés pecuniario que los magistrados, abogados ú oficiales ministeriales pudieran tener, en ciertas circunstancias, en adquirir derechos litigiosos. Esta es la opinión general. (2)

1 Véanse las sentencias relatadas en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Venta*, núms. 1993 y 1994.

2 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. IV, pág. 454, nota 12, pfo. 539.

63. El art. 1,597 sanciona la prohibición que pronuncia con la pena de nulidad. ¿Cuál es el carácter de esta nulidad? ¿Es absoluta ó relativa? ¿Quién puede prevalecerse de ella? Reina una gran incertidumbre acerca de estas cuestiones en la doctrina. Marcadé sostiene que la cesión es inexistente porque está fundada en una causa ilícita. Esto es dudoso. (1) La causa es el motivo jurídico que lleva á las partes á contratar; cuando la causa es ilícita la convención no puede tener ningún efecto, y la causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, cuando es contraria á las buenas costumbres ó al orden público. ¿La cesión prohibida por el art. 1,597 está fundada en una causa ilícita en el sentido del art. 1133? Nada hay más obscuro que la teoría de la causa; á decir verdad, la causa no forma una condición especial requerida para la existencia de las convenciones, las únicas condiciones esenciales son el consentimiento y el objeto; no hablamos de la solemnidad, puesto que la venta es un contrato no solemne; hay que agregar el precio en materia de venta. Y en la cesión prohibida por el art. 1,597 hay un precio, un objeto y el consentimiento. Se agrega que la nulidad está fundada en la incapacidad, y la incapacidad no es una causa de la inexistencia de los contratos. Esto parece decisivo. Sin embargo queda una duda, el artículo 1,597 así como los arts. 1,555 y 1,596 no pronuncian una verdadera incapacidad; establecen prohibiciones fundadas unas en el interés privado, otras en el interés general. ¿Cuando una prohibición tiene por fundamento el orden público no debe inducirse que tiene una causa ilícita en este sentido: que un derecho litigioso no puede ser el objeto de un contrato entre el acreedor y una de las personas enumeradas en el art. 1,597? Este es nuestro parecer.

Colmet de Santerre, t. VII, pág. 46, núm. 24 bis V. Debo agregarse Lieja, 22 de Diciembre de 1843 (*Pasicrisia*, 1844. 2, 153).

1 Marcadé, t. VI, pág. 195, núm. III del art. 1597. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. IV, pág. 453, nota 9, pfo. 539.

La cuestión sólo es de teoría. Supongamos que la cesión prohibida tenga una existencia legal: la ley la declara nula. ¿Es esta una nulidad de orden público ó es una nulidad de interés privado? En nuestro concepto es de orden público; lo que conduce á la misma consecuencia que si la cesión fuera inexistente en este sentido: que toda persona interesada puede prevalecerse de la nulidad; es decir, no sólo el cedente y el deudor sino aun el cesionario. Hemos transcritos los motivos que los oradores del Gobierno y del Tribunal dan de la prohibición establecida por el art. 1,597; estos motivos son esencialmente de interés general; se trata de poner la justicia al abrigo de viles cálculos, se trata de asegurar la honorabilidad de la magistratura; ¿no es este el primero de los intereses? (1) Las objeciones que se hacen son insignificantes. Se dice que se trata de la simple violación de un deber profesional. Sí, es por razón de la profesión que ejercen los magistrados, abogados y los oficiales ministeriales, por lo que la ley les prohíbe comprar derechos litigiosos; pero la justicia no se imparte por sí misma, son necesarios órganos; si estos órganos son impuros ¿qué sucederá con la justicia? Se insiste y se dice que llegamos á un resultado inmoral dando al cesionario que cometió una falta el derecho de invocar su falta para pedir la nulidad de la cesión cuando sucederá que la cesión fué una mala especulación. (2) Esto es olvidarse de los principios que rigen las nulidades de orden público. Lo que ante todo quiere la ley es que el acta que hiere de nulidad por interés general esté reducida á la nada; para obtener este resultado apela á todas las partes interesadas, aun á las que fueran culpables. Aquel que contrae un segundo matrimonio antes de la disolución del primero está admitido á pedir la nulidad: sin embargo, es culpable de un crimen. Hay algo de más in-

1 Esta es la opinión de Duvergier, t. I, pág. 238, núm. 200.

2 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 45, núm. 24 bis III.

moral para el legislador: es que el acta que la ley prohíbe se mantenga y produzca efectos jurídicos.

La opinión contraria está generalmente admitida, pero los autores no concuerdan entre sí, lo que testifica poco en favor del principio que siguen. Por decir mejor, no concuerdan acerca del principio. La mayor parte buscan los motivos por los cuales la ley estableció la nulidad en el interés de una ú otra de las partes interesadas; uno encuentra que la nulidad sólo está pronunciada en el único interés del cedido y no puede ser opuesta por él; (1) Otros piensan que la ley considera también la posición del cedente que sufrió la influencia abusiva del cesionario y, en consecuencia, le conceden la acción de nulidad. (2) El último autor que escribió acerca de la materia es de opinión que la nulidad está fundada en la incapacidad; (3) con este título el cedente debe tener el derecho de promover, pero no se ve por qué el cedido no tuviera acción, puesto que no interviene en el contrato, y, sin embargo, es del interés del cedido por lo que se afanaban las antiguas ordenanzas; ¿probaría éste que el principio de la incapacidad no es la ley? Los autores sólo están acordes en un punto: es que el cesionario no tiene la acción de nulidad, puesto que es contra él que la prohibición está establecida.

64. ¿Cuál es el efecto de la anulación? La cesión está considerada como no haber existido. Este es el principio general; luego el cedente permanece acreedor y el cedido permanece deudor del cedente, sólo el derecho del cesionario está anonadado. (4)

La anulación puede dar lugar á un conflicto entre el cedente y el cedido. Puede suceder que el deudor no pida la nulidad, pero se prevalezca del derecho de retiro que le con-

1 Durantón, t. XVI, pág. 174, núm. 145.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 453 y nota 3, pfo. 359.

3 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 45, núm. 24 bis III.

4 Durantón, t. XVI, pág. 174, núm. 145 y todos los autores.

cede el art. 1,699 cuando el crédito es litigioso en el sentido del art. 1,700; es decir, cuando es objeto de un proceso. Si el deudor mantiene el contrato ejerciendo el retiro ¿será mantenido el contrato para con el cedente? Si se admite nuestra opinión sobre el carácter de la nulidad, la negativa es evidente. Que la cesión sea inexistente ó que sea nula de un modo absoluto, poco importa; lo seguro es que no puede producir efecto alguno desde que una de las partes interesadas pide la nulidad. No puede depender del deudor cedido validar una acta que no puede producir ningún efecto porque el interés público se opone á ello. En la opinión contraria la solución es dudosa. Cuando el cedido, que es el principal interesado, usa del derecho que le da el artículo 1,699, parece que el contrato debería ser mantenido para con el cedente, tanto más cuanto que éste tiene una culpa que reprocharse: es la de haber concurrido á una acta que la ley prohíbe. Sin embargo, se admite que el cedente puede pedir la nulidad apesar del cedido. (1)

65. El art. 1,597 dice que las personas que enumera no pueden hacerse cesionarias de derechos litigiosos, bajo pena de nulidad, costas, daños y perjuicios. En cuanto á las costas se entiende que el cesionario las soporta, puesto que las ocasionó por su culpa violando la ley. Pero no se ve, á primera vista, por qué punto debe los daños y perjuicios, siendo el efecto de la anulación el de volver al cedente y al cedido en la situación en que se encontraban antes de la cesión.

Sin embargo, puede suceder que la cesión cause un daño al acreedor ó al deudor. El cedente está obligado después de la anulación á promover contra el cedido para hacerse devolver los títulos que entregó al cesionario; el cedido que ejerció el derecho de retiro debió procurarse los fondos necesarios quizá con condiciones onerosas; estos son

1 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 45, núm. 24 bis IV.

los elementos de los daños y perjuicios. La ley hizo, pues, bien en reservarlos. (1)

### § III.—DEL PRECIO.

66. Sin precio, dice Pothier, no hay venta. En la teoría del Código el precio es la causa de la obligación contraída por el vendedor de transferir la propiedad de la cosa. Si no hay precio el contrato está sin causa en cuanto al vendedor y, por consiguiente, es inexistente. Lo mismo sucedería si el precio fuera simulado, pues un precio ficticio no es un precio. Si el acta dice que el precio fué pagado al contado y está comprobado que esta enunciación es ficticia, la consecuencia será que no habrá venta. (2) Pero el acta, nula como venta, puede valer como donación si tal es la intención de las partes contratantes. Hemos dicho en el título *De las Donaciones* que la jurisprudencia de la Corte de Casación está en este sentido. En nuestra opinión el acta sería nula como venta y como donación. Si se admite la doctrina que la Corte de Casación ha consagrado, debe también admitirse que el acta será válida á título de liberalidad aunque fuera una acta privada, basta que el acta sea válida como venta; y la venta es un contrato no solemne. (3)

67. ¿Cuáles son las condiciones requeridas para que haya venta? El Código sólo exige una: es que el precio este determinado y designado por las partes. Pothier agrega otras dos condiciones: el precio debe consistir en dinero y debe ser serio.

#### *Núm. 1. El precio debe consistir en dinero.*

68. El Código no dice que el precio debe consistir en di-

1 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 46, núm. 24 bis V.

2 Denegada, 14 mesidor, año XII (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 359).

3 Douai, 14 de Junio de 1852 (Daloz, 1853, 2, 89). Compárese Aubry y Rau, t. IV, pág. 337, pfo. 349.

nero. Esta es la doctrina tradicional. ¿Por qué, en ausencia de una disposición legal, se admite que el precio debe ser estipulado en numerario? Es porque este es el único medio de distinguir la venta del cambio. Si os vendo mi casa y estipulo como precio la casa que os pertenece, será imposible distinguir cuál de ambas casas es objeto de la venta y cuál forma el precio. Se dijera en vano que las partes lo declararon en el contrato, no pertenece á las partes contratantes transformar una venta en cambio, pues ambos contratos están regidos por principios diferentes. Así la rescisión por causa de lesión no está admitida en el cambio (artículo 1,706); si dependiera de las partes designar como precio una de las cosas cambiadas, podrían, desnaturalizando así la convención, substraerla á la rescisión. Es, pues, necesario que independientemente de la declaración de las partes se pueda distinguir lo que, en un contrato, forma el objeto y lo que forma el precio. Y el destino del dinero es precisamente el de servir de precio; luego el precio debe consistir en dinero.

Si el pretendido precio consistiera en otra prestación que la translación de propiedad de la cosa, ya no sería una venta ni un cambio, sería una de estas convenciones que no han recibido nombre especial en el lenguaje de la ley y que por esta razón son innominadas. Semejante convención sería regida por los principios generales que están formulados en el título *De las Obligaciones* y no se podrían aplicar las reglas especiales que el Código establece para la venta ó para el cambio.

69. Desde que el precio consiste en dinero hay precio y venta. Ordinariamente el precio es una suma capital que el comprador paga inmediatamente ó en plazos que el contrato estipula. Puede también estipularse bajo la forma de renta perpetua ó vitalicia. Merlín lo ha contestado, pero su

P. de D. TOMO XXIV—11

opinión permaneció aislada, ésta no se apoya en ningún principio. Acabamos de indicar la única razón que se alega para exigir que el precio consista en dinero: es el signo representativo del valor de las cosas; y la renta, como lo suponemos, consiste en dinero; desde luego el objeto que la doctrina persigue está alcanzado; es imposible confundir un contrato que estipula como precio el pago de una renta de 5,000 francos con un cambio. Este también es de tradición. (1) Es verdad que en la venta vitalicia no hay capital, pero, una vez más, ¿qué importa? La única cosa esencial es que la prestación consiste en dinero.

70. Se ha sentenciado varias veces que la convención por la que el adquirente de un inmueble se obliga á mantener al vendedor durante toda su vida es una venta; la prestación de alimentos en naturaleza ha sido asimilada á una renta vitalicia constituida en dinero. (2) Estas decisiones son contrarias al rigor de los principios. La obligación contraída, en el caso, por el comprador es una obligación de hacer, luego no hay precio. Este es un contrato innominado. La cuestión, además, no tiene interés; se trataba de saber si el acta litigiosa era una liberalidad disfrazada; y á este respecto, no hay ninguna diferencia entre el contrato innominado que consiste en mantener al vendedor y la venta mediante una renta vitalicia. Si se hubiera atacado el acta por causa de lesión, se debiera en nuestro concepto haber deshechado la demanda, puesto que la lesión no vicia en general el consentimiento (art. 1,118).

*Núm. 2. El precio debe ser cierto y determinado por las partes.*

71. Según el artículo 1,571, el precio de la venta debe

1 Pothier, *Del retiro*, núm. 79. Aubry y Rau, t. IV, pág. 336, nota 24, párrafo 349. Lieja, 29 de Junio de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, pág. 154). Compárese Merlin, en la palabra *Renta vitalicia*, núm. 18.

2 Burdeos, 7 de Agosto de 1849 (*Dalloz*, 1850, 5. 662, núm. 12). Colmar, 22 de Enero de 1857 (*Dalloz*, 1858, 2. 44).

ser determinado y designado por las partes. Esto no quiere decir que el contrato deba fijar el precio. Basta que la convención le dé á conocer con certeza. Pueden verse en los autores ejémplos que en su mayor parte son de teoría; (1) tomaremos algunas aplicaciones en la jurisprudencia.

Una persona se confiesa deudora de 1,150 francos; se dice en el acta que si no paga dicha suma en los plazos fijados, con sus intereses y costas, vende al acreedor una parte de un prado. Esto era una venta condicional. Un adquirente posterior pretendió que era nula porque el precio no estaba determinado. La Corte de Montpellier contesta que si el precio no estaba fijada en el acta ésta contenía todas las condiciones necesarias para determinarlo con certeza. (2) Fué sentenciado que el precio es seguro cuando la convención lo subordina á la medición del contenido del fundo vendido, puesto que, dice la Corte de Casación, el monto del precio depende de un cálculo aritmético. (3)

La ley dice que el precio debe ser determinado por las partes, lo que significa que, cuando el contrato, debe estar seguro; pero el art. 1,591 no exige que el escrito mencione el precio cuando ha sido pagado antes que se proceda á la redacción del acta; siempre que se esté seguro de que el precio fué pagado, no es necesario mencionarlo. Se dice en el acta que comprueba la cesión de un crédito que "la transmisión se hace mediante buen pago y satisfacción que el cedente declara y reconoce haber recibido del cesionario, y por el cual lo tiene por franco y descargado de todo cargo." Se pretendió que la cesión era nula por falta de precio. Esto era confundir el escrito que sólo sirve de prueba del contrato con el hecho jurídico de la venta. En el momento en que

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 338 y nota 35, pfo. 349 y los autores que citan.

2 Montpellier, 13 de Febrero de 1838 (Dalloz, en la palabra *Venta*, número 195, 3<sup>o</sup>). Compárese Bruselas, 26 de Octubre de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, página 276).

3 Denegada, 4 de Julio de 1848 (Dalloz, 1848, 5, 364).

se pagó el acta era inútil mencionar el precio, ya no había duda de él; pero lo que probaba que cuando el contrato el precio era seguro, es que el vendedor declaraba haberlo recibido. (1) Esto fué sentenciado así por la Corte de Gante en una sentencia que estableció muy bien el principio, distinguiendo el acta de la convención que está destinado á probar. (2)

72. Pero si el precio está indeterminado é inseguro aunque éste fuera sólo en uno de sus elementos, debe decirse que no hay precio y, por lo tanto, no hay venta. En un caso que se presentó ante la Corte de Douai, el vendedor entendía vender cebadas almacenadas en Lille como tomadas en bodega; el comprador, al contrario, no quería pasar por los gastos de almacenaje y transporte, entendía comprar los granos puestos á bordo. Las partes no estaban, pues, acordes acerca de uno de los elementos del precio; esto bastó para que no hubiera precio y no hubiera venta. (3)

73. El art. 1,591 quiere que el precio esté determinado por las partes. Esto quiere decir que el consentimiento de ambas partes debe versar sobre el precio como la cosa que es objeto de la venta. Este es un principio elemental: que no hay venta si el vendedor se atiene á la discreción del comprador, ó si el comprador declara que pagará lo que quiera el vendedor: este no es un concurso de voluntades, es sólo la voluntad de una de las partes, y resulta que no hay consentimiento en el precio. (4)

Pero la ley no entiende decir que el precio deba estar fijado por las mismas partes, puesto que el art. 1,592 permite dejar el precio al arbitraje de un tercero. El precio resulta siempre, en este caso, del consentimiento de las demás partes, puesto que consintieron en el avalúo del tercero.

1 Bruselas, 25 de Noviembre de 1825 (*Pasicrisia*, 1825, pág. 522).

2 Gante, 19 de Enero de 1841 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 75).

3 Douai, 5 de Diciembre de 1849 (*Dalloz*, 1850, 5, 463).

4 Troplong, pág. 97, núm. 151.

74. ¿Cuál es el efecto de la cláusula por la cual las partes se atienen á un tercero para fijar el precio? La venta será condicional. Esta era la doctrina admitida en el derecho antiguo. (1) El Código la consagra implícitamente diciendo: «si el tercero no quiere ó no puede hacer el avalúo no hay venta.» La condición desfallece en este caso y, por consiguiente, el contrato está como si no hubiera sido formado.

En cambio si el tercero hace la estimación la condición se cumple; por consiguiente, retrotrae (artículo 1,179); la venta existirá, pues, desde el día en que haya sido contratada y no desde el día en que el avalúo fué hecho. El discurso de Portalis pudiera hacer creer lo contrario; dice que «la venta no será perfecta más que cuando esta ficción tenga lugar.» Se deben entender estas palabras en el sentido del art 1,592; es decir, que la existencia de la venta dependerá del cumplimiento de la condición. Portalis no dice que la venta sólo existirá aparte de la estimación. (2) La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (3)

El principio de que la venta es condicional en el caso del art. 1,592 tiene consecuencias muy importantes. Desde luego la propiedad está transmitida al comprador desde el día del contrato, cuando la condición se realiza por la estimación que hace el tercero; si, pues, el vendedor enajenó la cosa antes que el avalúo haya sido hecho, es decir, mientras la condición estaba en suspenso, esta enajenación caerá, puesto que en el momento en que se hace el comprador era propietario por efecto de la retroacción de la condición. (4) Lo mismo sucedería con el embargo que los acreedores del vendedor hubieran practicado mientras la condición estaba

1 Domat, *De las leyes civiles*, pag. 26, núm. XI.

2 Portalis, *Exposición de los motivos*, núm. 8 (Loaré, t. VII, pág. 71).

3 Aubry y Rau, t. IV, pág. 338, nota 32, pfo. 349.

4 Montpellier, 13 de Febrero de 1828 (Dalloz, en la palabra *Venta*, número 196, 2.º)

suspensa, el embargo versa en una cosa que estaba en el dominio del comprador. (1)

75. El tercero designado por las partes para hacer la estimación, no acepta la misión que se le confiere ó se encuentra en la imposibilidad de cumplirla: en este caso no hay venta, dice el art. 1,592. Lo mismo sucedería si las partes hubieran escogido varios expertos y si uno de ellos no quisiera ó no pudiera tomar parte en el avalúo; la condición entonces decae, pues no puede ya cumplirse tal cual la formularon las partes (art. 1,175). Debe decirse otro tanto si los esposos no convienen en el avalúo; su disentimiento hace que no haya precio: no puede decirse que la opinión de la mayoría prevalecerá, pues las partes no se han atenido á la opinión de la mayoría. Salvo convenciones contrarias, á las partes toca preveer y reglamentar lo que se deberá hacer en caso disentimiento. (2)

A primera vista se pudiera creer que hay un medio sencillo de levantar la dificultad: es que en los diversos casos en que la expertisa no conduce, el juez debe nombrar á otro experto. La Corte de Paris lo sentenció así por consideraciones que parecen muy plausibles. Debe verse, dice, si la persona de los expertos ha sido la causa determinante de la cláusula, en cuyo caso se entiendo que la misión que las partes les confieren es enteramente personal; pero si sólo entendieron atenerse al avalúo de hombres capaces y probos, ¿por qué no habrá de poder escogerlos el tribunal si los que las partes nombraron hacen falta? (3) No lo puede el juez porque la ley no le da este derecho; el art. 1,592 es absoluto y no permite ninguna distinción; desde que no se hace el avalúo no hay venta, porque no hay precio; y no pertenece al juez fijar el precio, pues no es él quien debe

1 Denegada, 6 de Julio de 1831 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 112).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 338, notas 33 y 34, pfo. 349.

3 Paris, 18 de Noviembre de 1831 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 378).

consentir, son las partes contratantes. (1) Dudamos aún que las partes puedan atenerse á la elección del juez; los magistrados no están establecidos para consentir convenciones en lugar de las partes; tienen misión de decidir las contestaciones que las dividen, y en el caso no la hay. Los jueces no pueden siquiera hacer un acto de jurisdicción graciosa sin un texto que les confiera este poder; con más razón no pueden consentir por las partes, aun en virtud de su delegación; y escoger expertos es expresar un consentimiento en cuanto al precio; esto nos parece decisivo. Sin embargo, la opinión contraria está generalmente admitida. (2)

76. De ordinario la cláusula que deja el precio al arbitrio de un tercero designa al experto ó al árbitro. ¿Las partes pueden también convenir que el precio será fijado por expertos que las partes escogerán posteriormente? La cuestión está controvertida y nos parece muy dudosa. Pothier dice que las partes pueden atenerse al avalúo que harán los expertos que nombrarán. Prevee, sin embargo, una objeción: es que el precio no es seguro cuando el contrato; no hay, pues, precio; ¿no debe concluirse que no hay venta? Pothier contesta: «hasta que el precio deba hacerse seguro con el avalúo que se hará.» Esto no es contestar á la objeción. Habrá un precio si unos expertos están nombrados, pero si una de las partes se niega á escogerlos ya no habrá precio. La existencia de la venta depende, pues, del nombramiento de expertos y depende de las partes nombrarlos ó no nombrarlos; en este sentido la existencia de la venta depende de su voluntad. ¿Es esto una venta? Hay intérpretes que dicen que este es un contrato innominado; Pothier rechaza esta opinión diciendo que estas sutiles distinciones de contratos no están admitidas en derecho frances y no son

1 Esta es la opinión general (Duvergier t. I, pag. 180, núm. 152 y todos los autores. Pau. 30 de Noviembre de 1859 (Daloz, 1860, 2, 36).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 337, nota 29, pfo. 349.

de ningún uso en la práctica. (1) No gustamos más que Pothier de las sutilezas de la escuela. ¿Pero es verdad que en el caso la distinción sea pura teoría? No hay venta cuando el contrato, puesto que no hay precio; sólo la habrá cuando los expertos que deben fijar el precio serán nombrados. Suponemos que una de las partes niegue su concurso: ¿hay un medio de obligarla? Tal es la dificultad. Se entiende que el juez no puede obligar á las partes á designar los expertos; la obligación de éstos es una obligación de hacer, y ésta es una de esas obligaciones de hacer que sólo el deudor puede cumplir, puesto que se trata de encargar á un tercero una misión de confianza. Si, pues, una de las partes se niega á nombrar expertos la otra podrá sólo reclamar daños y perjuicios.

Se ha pretendido que en este caso el juez podía, por la negativa de la parte, nombrar él mismo los expertos. (2) En nuestro concepto el juez no puede nunca intervenir en el nombramiento de expertos (núm. 75), pero aunque se le reconociera este derecho debiera tenerlo por la convención de las partes, y se supone que no hay otra convención más que la de designar árbitros; en el silencio del contrato no entendemos que el juez tome el lugar de las partes y haga lo que éstas no quieren hacer. Troplong dice que la venta es nula porque depende de una condición puramente potestativa. (3) Esto no es exacto, las partes se han obligado á nombrar expertos; hay, pues, un lazo de obligación, pero como en todas las obligaciones de hacer depende del deudor el no cumplir su compromiso á reserva de pagar los daños y perjuicios á que le condene el juez. Los antiguos intérpretes que Pothier acusa de sutileza tenían, pues, razón: una convención que conduce sólo á daños y perjuicios no es una venta.

1 Pothier, *De la venta*, núm. 25, seguido por Aubry y Rau, t. IV, pág. 337, nota 28, pfo. 349.

2 Duvergier, t. I, pág. 181, núm. 153.

3 Troplong, pág. 98, núm. 157.

La jurisprudencia no tiene precisión en esta materia tanto como la doctrina. Fué sentenciado que el experto debe necesariamente ser designado en el momento en que la venta es contratada; la Corte de Tolosa considera, pues, la venta como nula si las partes sólo convienen en designar expertos ulteriormente. Esto es verdad en el sentido de que no hay venta, pero había un contrao innominado, una obligación de hacer; luego no había translación de dominio. Pero si las partes designan los expertos habrá seguramente venta. Y si una de ellas se niega no se puede decir que su compromiso era nulo como puramente potestativo; no es más potestativo que cualquiera otra obligación de hacer. (1)

Se ha presentado un caso, sin embargo, en el cual había venta aunque los expertos no fuesen nombrados. En el caso la fijación del precio está abandonada al arbitrio de expertos que debían ser nombrados en una partición por intervenir. El nombramiento de los expertos era seguro, sólo los nombres no eran conocidos de las partes, pero poco importa; las partes habían declarado implícitamente que concedían su confianza á estos expertos, luego por su parte todo estaba consumado. (2)

77. Se da el nombre de expertos ó árbitros á los terceros á quienes las partes encargan fijar el precio. ¿Es decir que deben observar las reglas que el Código de Procedimientos prescribe para la expertisa ó el arbitrazgo? La negativa es segura y no se comprende por qué la cuestión fué controvertida; la jurisprudencia se pronunció en este sentido. El Código de Procedimientos supone que hay un proceso y que los expertos están nombrados para valuar la cosa objeto del litigio ó para terminar la contestación. Y cuando las partes designan á un tercero para determinar el precio no hay pro-

1 Tolosa, 5 de Marzo de 1827 y Limoges 4 de Abril de 1826 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 381).

2 Limoges, 1.º de Junio de 1865. [Daloz, 1865, 2, 183].

ceso, se trata de una convención para cuya existencia es necesario un precio; la fijación del precio es, pues, el complemento del contrato. Los terceros expertos ó árbitros reciben su misión por la voluntad de las partes contratantes; á éstas toca determinar las condiciones y formas que deben ser observadas, y si su convención nada dice á este respecto los árbitros ó expertos procederán como quieran. (1)

Resulta de esto que no se puede pedir la nulidad del avalúo hecho por los peritos más que por la violación de la cláusula que les dió el derecho de hacer la estimación. La Corte de Casación lo sentenció así en el caso siguiente. Una sociedad industrial hace con los propietarios de un terreno en el cual debía pasar un ferrocarril la convención de dejar á expertos la apreciación del valor de los terrenos. La cláusula decía que los expertos apreciarían el valor de los terrenos ocupados por el ferrocarril y justipreciarían, si había lugar, el daño causado á los demás terrenos; en una palabra, fijarían la justa indemnización que se pudiera deber á los propietarios. Los expertos procedieron al avalúo de la indemnización según la doble base indicada en el contrato y declararon que la indemnización debía ser doble. Esta declaración no descansaba en ninguna declaración de hecho; los expertos invocaban la ley de 21 de Abril de 1810, art. 44; esta disposición es relativa á la ocupación de terrenos por los propietarios de minas, para la busca ó trabajos de las minas. La decisión de los árbitros relativa á la aplicación de la ley de 1,810 fué anulada por la Corte de Alger por exceso de poder, y en el recurso intervino una sentencia de denegada. El exceso de poder era evidente. No se había sometido al juicio de los árbitros una cuestión de derecho, la de saber si la ley de 1810 era aplicable á la in-

1 Denegada, 31 de Marzo de 1862 (Daloz, 1862, 1, 243). Burdeos, 23 de Julio de 1853 (Daloz, 1854, 5, 38). Pau, 24 de Diciembre de 1861 (Daloz, 1862, 5, 336). Bruselas, 9 de Agosto de 1839 [*Pasicrisia*, 1839, 2, 186].

demnización: se les había consultado en un punto de hecho, la estimación de los terrenos y el menoscabo que resultaba para los terrenos que quedaban al propietario. Había que mantener el avalúo sin considerar la decisión que era extraña á éste. (1)

78. ¿Es irrevocable la decisión de los peritos en lo que se refiere al monto del avalúo, ó pueden las partes pedir que se aumente ó disminuya? Si se consultan los principios hay que contestar que la decisión es irrevocable. El precio fijado por los peritos es el resultado de una convención; las partes están como si hubiesen fijado el precio por sí mismas, tal cual está determinado por los árbitros. Y las convenciones ocupan el lugar de la ley para aquellos que las hicieron; no pueden ser revocadas más que por su mutuo consentimiento, ó por las causas que la ley autoriza (art. 1,134). ¿Es bien seguro que no haya ninguna causa legal de revocación cuando los árbitros han hecho un avalúo que una de las partes interesadas encuentra errónea? La ley del contrato consiste precisamente en la aceptación anticipada del avalúo que harán los expertos; las partes les dan poderes plenos sin ninguna reserva; les demuestran entera confianza sin ninguna restricción.

Sin embargo, hay un motivo de duda, la tradición. Domat y Pothier que sirven de habituales guías á los autores del Código profesan la opinión contraria. Hay que oírlos. Domat dice que hay una condición subentendida en el mandato que las partes dan á los peritos, es que éstos sean hombres de buena fe y con los conocimientos necesarios; en efecto, la intención de las partes es seguramente que el arreglo sea racional, y su designio no es el de obligarse á lo que pudiera arbitrarse más allá de los límites de la razón y de la equidad. Pothier es de la misma opinión pero es más preciso y más restrictivo. Si, dice, el tercero ha hecho un avalúo

1 Denegada, 14 de Agosto de 1860 [Daloz, 1861, 1, 61].

manifiestamente inicuo no habrá venta; pues los contratantes al atenerse al avalúo que hace, han entendido no una apreciación puramente arbitraria sino una apreciación justa. Esta opinión era generalmente seguida en el derecho antiguo. Había, sin embargo, controversia: los partidarios del derecho estricto querían que se atuviera uno al avalúo. Esta última opinión es la que debe ser seguida. Domat y Pothier deciden en equidad; tenían derecho á ello, puesto que no estaban ligados por un Código de leyes positivas; los jurisconsultos hacían el derecho á la vez que lo interpretaban. Bajo el imperio del Código los intérpretes ya no tienen este poder. Lo hemos dicho muchas veces: en el caso la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado en favor de nuestra opinión. (1) Se agregan, es verdad, restricciones que no nos atreveríamos á admitir; decir que los tribunales tienen el derecho de anular la decisión de los árbitros cuando la iniquidad es manifiesta ó cuando el error es grosero es conceder al juez un poder de apreciación que está incompatible con la fuerza obligatoria de los contrato: una ley, aunque manifiestamente inicua, obliga á los ciudadanos. Lo mismo pasa con las convenciones.

*Núm. 3. El precio debe ser serio.*

79. La ley no exige que el precio sea serio, la doctrina es quien ha establecido esta condición. Pero los autores no están acordes en lo que debe entenderse por precio serio, y la jurisprudencia es también insegura. Si debiera creerse á Troplong, la Corte de Casación no tendría ningún principio. «Las cortes reales, dice, están en conflicto de sentencias; y la Corte de Casación que conoció tres veces en esta cuestión nada pudo hacer (ella que está encargada de mantener la unidad en la jurisprudencia) más que pasar de un sistema á

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. IV, pág. 338, nota 30.

otro, consagrar sucesivamente el pró y el contra y acomodar á todos poniéndose en desacuerdo consigo mismo.» La crítica es dura por parte de un magistrado ¿pero es merecida? «Cuando así se habla, dice Duvergier, del cuerpo de la magistratura en el que están reunidos los magistrados más ilustrados, había cuando menos que tener razón. Voy á probar que el Sr. Troplong se equivoca. (1) ¿Qué haremos en medio de este conflicto de opiniones contradictorias? Nos parece que en el silencio de la ley, debe ocurrirse á la tradición. En efecto, el principio cuyo significación está tan controvertida, es un principio tradicional. Escuchemos á Pothier, es el guía de los autores del Código. Después de la ley, no hay nada más seguro. Veremos después si la jurisprudencia es tan contradictoria como lo dice Troplong.

80. El precio debe ser serio, dice Pothier, y convenido con la intención que pudiera exigirse. Si el precio es de la esencia de la venta, es porque el comprador se obliga á pagarlo. Si en la mente de las partes el comprador no puede estar obligado á pagarlo realmente no hay precio; el contrato estipula uno, es verdad, pero esta es una ficción; y un precio ficticio no es seguramente serio, puesto que nada tiene de real. La convención puede valer como donación pero no es una venta.

Acerca de este punto nunca hubo duda. De ordinario semejante convención es una donación disfrazada. Puede, sin embargo, suceder que no haya intención de dar; en este caso, no habrá donación; y si, como se supone, la intención de las partes no es que el precio se exija al comprador, esto será una venta sin precio serio; es decir, una venta sin causa; luego no habrá venta. Esta extraña hipótesis se ha presentado ante la Corte de Casación. Una persona colocada bajo consejo por débil de espíritu, vende con asistencia de su consejo una casa en 15,000 francos suma que fué inmedia-

1 Troplong, pág. 94, núm. 150. Duvergier, t. I, pág. 170, núm. 149.

tamente convertida en una renta vitalicia de 1,500 francos en provecho y en la persona del vendedor, La Corte de París comprueba de hecho, que la situación de la mujer que figuraba como compradora de la casa del vendedor, y su posición de fortuna hacía el pago imposible; concluyó que el precio no estaba estipulado con intención de exigir el pago. Luego no había precio. Una circunstancia de la causa explicaba esta singular convención. El día de la venta el consejo judicial se hizo garantizar por el adquirente una hipoteca en la casa vendida por un crédito de 2,000 francos, y reconoce él mismo que sólo había pagado la mitad del capital. Así aquel que debía proteger al incapaz abusó de su debilidad de espíritu para despojarlo en interés propio. Hubo un recurso contra la sentencia de la Corte de París. Un insolvente puede comprar, se dijo; sin duda, pero no encontrará vendedor si su insolvencia está conocida; no es, pues, hacer una venta seria el vender á una persona que se sabe no puede pagar. Este motivo basta, dijo la Corte de Casación para justificar la sentencia atacada. (1)

81. En segundo lugar, el precio irrisorio no es un precio serio; por ejemplo, dice Pothier, si se vendiera una tierra considerable en un peso. Esto es tan evidente que no valdría la pena de decirlo, y no lo hubiéramos dicho si Pothier no lo hiciera observar. No sabemos si los romanos se hacían juegos como este; es seguro que en nuestras costumbres se ignoran estas nimierías. Un tal contrato si se presentase, no fuera una venta, sería una donación falsamente calificada de venta. Pothier agrega que el acta no podría valer como donación, más que si fuera hecha con todas las formalidades prescriptas por la ley.

82. Para que el precio sea serio, ¿es necesario que esté proporcionado al valor de la cosa vendida? Tal es la verdadera dificultad, en la que las opiniones están divididas.

1 Denegada, 13 de Junio de 1860 [Dalloz, 1860, 1, 503].

Pothier no se expresa en esta materia con la precisión que reclama nuestra ciencia. Comienza por decir que un precio que no tiene *ninguna* proporción con el valor de la cosa vendida no es un precio; da como razón que el precio no siendo otra cosa que el avalúo que las partes contratantes han hecho entre sí del valor de la cosa, una suma que no tiene ninguna proporción con este valor no puede tomarse como una seria estimación, ni por consiguiente como un precio. No hay que tomar esta definición al pie de la letra, pues Pothier la da al hablar del precio irrisorio de un escudo que las partes estipulasen por una tierra considerable. Agrega, después de esto, que no es, no obstante, necesario que la suma convenida como precio iguale precisamente el valor de la cosa, pues el precio no es el verdadero valor de ella sino la suma en la que las partes contratantes la han valuado y puede suceder que hagan un avalúo demasiado bajo. Pothier concluye que habrá venta, siempre que la suma convenida no sea una *suma de nada* aunque esté bajo el valor real de la cosa. Estas explicaciones se refieren más bien al precio irrisorio que al precio desproporcionado.

83. Pothier completa estas explicaciones observando que el precio puede ser inferior al valor, es decir desproporcionado, sin que el contrato deje de ser una venta. Esto sucede primero cuando el vendedor quiere gratificar al comprador, vendiéndole en un precio que es más bajo que el valor. ¿Es esto una venta? Pothier contesta que en este caso, el contrato no es una venta pura y simplemente, que es un contrato de naturaleza mixta, que tiene algo de la donación; sin embargo sólo es una donación por la parte del valor con la que quiso el vendedor gratificar al comprador, la principal intención de las partes fué hacer una venta.

Hay además otro caso en el que la inferioridad ó desproporción del precio no impide que el contrato sea una venta, es cuando las partes ignoran el justo valor, ó cuando el

vendedor, aunque conociéndolo se encontró obligado por la necesidad urgente que tenía de dinero al vender la cosa por la suma que se le ofreció, aunque inferior al justo valor. Esto es lo que se llama un precio vil. En derecho, dice Pothier, la venta es válida, aunque el contrato sea inícuo y sólo que cuando la lesión es enorme, la ley permite al vendedor pedir la rescisión del contrato. (1)

84. Tal es la doctrina de Pothier. Es el último punto de que trata, el que dió lugar á tantas dificultades en la doctrina y la jurisprudencia. Un precio vil es un precio, según el Código, puesto que no permite pedir la rescisión de la venta más que cuando el vendedor ha estado perjudicado en más de las siete duodécimas partes en la venta de un inmueble. Luego apesar de esta disposición enorme entre el valor y el precio, hay precio, y, por consiguiente, venta; es necesario que el vendedor promueva la rescisión si quiere que el contrato deje de producir sus efectos. Y aun así, la ley no le da siempre la acción de rescisión; sólo la tiene cuando la diferencia del valor del inmueble y el precio es menor de las siete duodécimas partes, y, sin embargo, un precio que no representa más que la mitad del valor es seguramente desproporcionado; luego el precio desproporcionado no deja de ser un precio, y la venta del inmueble será válida, á menos que la desproporción llegue hasta los siete doceavos. Aun hay más, cuando la cosa vendida es mueble, el Código no admite la acción de rescisión; de manera que la venta está mantenida aunque la diferencia entre el valor y el precio fuera más de las siete duodécimas partes. El precio desproporcionado no deja de ser un precio más que cuando es un precio de nada, según la expresión de Pothier.

¿Cuándo es el precio una *nada*? Hay que apartar la hipótesis tradicional de la venta de un fundo por un escudo, esta es una hipótesis imaginaria. Los autores modernos no están

1 Pothier, *De la venta*, núm. 19-21.

acordes. Según unos, hay precio desde que las partes lo han estipulado; una con la intención de exigirlo y otra con la intención de deber pagarlo. (1) Otros formulan el principio en los términos siguientes: el precio no es serio cuando hay entre el precio y el valor de la cosa una desproporción tal, que sea evidente que las partes no han considerado la suma enunciada como el equivalente de la cosa. (2) Ambos principios concuerdan en un punto, es que la cuestión de saber si el precio es serio ó si es irrisorio depende de la intención de las partes contratantes: á los jueces toca apreciarlo según las circunstancias de la causa, la situación de las partes y el objeto que tuvieron al contratar. Ninguna de las fórmulas es legal y ninguna se apoya en la tradición; una y otra son arbitrarias. Preferimos atenernos á la de Pothier y decir que el juez decidirá si el precio es una nada sin proporción con el valor de la cosa; el vendedor que trata en semejantes condiciones no trata seriamente, tiene otro objeto que el de vender, luego no vende.

85. Llegamos á la dificultad práctica. El precio consiste en una renta vitalicia y sucede que las anualidades son inferiores á la renta del inmueble. ¿Es este un precio serio? Es acerca de esta cuestión como Troplong reprocha á la Corte de Casación el haber aprobado las decisiones más contradictorias. Se puede leer en Duvergier la defensa que opone á esta crítica injusta. La Corte de Casación ha pronunciado una sentencia que explica las contradicciones aparentes de la jurisprudencia; esta es una cuestión de hecho, dice la Corte, que se deja á la apreciación de los jueces del fondo. (3) En efecto, se trata de decidir si las partes han entendido tratar seriamente, si han querido vender; y la intención no

1 Troplong, pág. 94, núm. 150 Marcadé, t. VI, pág. 177, núm. III.

2 Duvergier, t. I, pág. 167, núm. 148 Aubry y Rau, t. IV, pág. 336, nota 66, pfo. 349.

3 Denegada, 7 de Agosto de 1849 (Daloz, 1849, 1, 245).

puede apreciarse más que según las circunstancias de la causa: y estas circunstancias varían de una causa á otra, las decisiones deben variar sin que se pueda decir que son contradictorias.

Hé aquí el caso en el cual fué pronunciada la sentencia de denegada. Una viuda vende á una señorita una casa mediante la suma de 11,000 francos, la que, por una contra-letra de la misma fecha, fué convertida en una renta vitalicia de 800 francos; el comprador tenía arrendada la casa por una renta de 900 francos. Después de la muerte del vendedor sus herederos atacaron la venta por falta de precio; no podía promover en rescisión por causa de lesión, porque el plazo de dos años establecido por el art. 1,676 había expirado; esta es la diferencia práctica entre la acción de rescisión sometida á corta prescripción y la acción por falta de precio. La Corte de Douai sentenció que no había venta porque no había precio. En efecto, el producto de la casa era de 900 francos, suma que el comprador estaba obligado á pagar antes de la venta á título de arrendamiento, en virtud de la venta. Sólo tenía que pagar 800 francos; ganaba, pues, 100 francos por año, y adquiría, además, la propiedad del inmueble. Esta era una de esas convenciones en que la rapiña sorprende á la debilidad de la edad; el acta no podía, siquiera, valer como donación, pues todas las circunstancias de la causa apartaban la idea de una liberalidad. (1)

Hay muchas decisiones análogas; creemos inútil relatarlas, se las encuentra en todos los índices. Hé aquí la última, de fecha 1852; debe, pues, creerse que la jurisprudencia es definitiva en este sentido. Un anciano casi octogenario vende á su sobrino unos inmuebles por una renta vitalicia de 100 francos; estaba comprobado que los bienes vendidos producían una renta de 225 francos; de manera que el pre-

1 Douai, 30 de Noviembre de 1847 (Dalloz, 1848, 2, 71).

tendido comprador, al pagar cada año 100 francos, los tomaba de la renta, y regularmente ganaba 125 francos. La Corte de Douai tiene razón en decir que este no era un precio. (1)

86. ¿Quiere esto decir que en todos los casos en que la venta se hace por una renta vitalicia cuyas anualidades no pasen el producto de la cosa no habrá venta por falta de precio? La Corte de Casación ha decidido lo contrario por una sentencia que Troplong le reprochó tan amargamente. En el caso la venta había sido hecha con cargo para el comprador de mantener al vendedor, alojarlo, etc., durante toda su vida tanto en estado de salud como durante sus enfermedades. La Corte de Poitiers había declarado el acta nula por falta de precio después de haber comprobado por medio de peritos que la pensión podía valuarse en 400 francos y el producto de la cosa vendida llegaba á 525 francos. En apariencia el comprador no pagaba nada; en realidad el contrato era aleatorio; de manera que era muy difícil valuar el cargo real que incumbía al comprador, no era una pensión fija de 400 francos, podía elevarse á mucho más en caso de enfermedad y el vendedor podía vivir muchos años enfermo. El contrato era, pues, aleatorio, no se podía decir que no había precio. (2)

Igual decisión de la Corte de Burdeos en circunstancias análogas. Los peritos habían valuado el producto de los bienes vendidos en 442 francos 50 cénts., el comprador se obligaba á mantener, vestir, alojar, etc., al vendedor y á proveer á todos sus gastos de enfermedad; esto era una obligación esencialmente aleatoria; era difícil justipreciarla en dinero, pues el vendedor también había contado con los cuidados y afecto de la pariente cercana á quien había vendido sus bienes. Las circunstancias de la causa explicaban la

1 Douai, 14 de Junio de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 89).

2 Casación, 16 de Abril de 1822 (Dalloz, en la palabra *Renta*, núm. 7).

convención que es bastante frecuente. Abandonado por su mujer, contra la que tenía grandes motivos de descontentos, el vendedor, de sólo 32 años de edad, había querido asegurarse los cuidados y el afecto que le hacían falta vendiendo sus bienes á una parienta cercana. En esta situación no se podía decir que el precio fuera nada. (1)

87. La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está en el mismo sentido. Se lee en una sentencia de la Corte de Gante que la venta consentida mediante una renta vitalicia inferior ó igual al producto del bien vendido *puede ser anulada* por falta de precio, porque el comprador no da nada suyo y el vendedor no recibe nada en cambio del bien cedido. La Corte no dice que la venta *debe ser anulada*. En el caso fué mantenida, porque además de la prestación de la renta, el comprador se obligaba á pagar capitales de rentas con las que el bien vendido se encontraba gravado. Aunque con estos cargos no estaba en proporción el precio con el valor real de los bienes; resulta de esto, dice la Corte, que el precio puede ser vil, pero no se podía decir que fuese irrisorio ó nada. Luego había precio y, por lo tanto, la venta era válida. (2)

#### § IV.—DEL OBJETO.

##### *Núm. 1. Principio.*

88. Para que haya venta, dice Pothier, es preciso en primer lugar que haya una cosa vendida que sea el objeto del contrato. Un objeto es en todo contrato una condición requerida, no sólo para la validez de la convención, como lo dice el art. 1,108, sino para su existencia.

El art. 1,601 contiene una aplicación de este principio:

1 Burdeos, 7 de Agosto de 1849 (Dalloz, 1850, 5, 462).

2 Gante, 25 de Julio de 1843 (*Pasicrisia*, 1843, 2, 330). Compárese Gante, 12 de Enero de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 69) y 16 de Noviembre de 1871 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 66).

dice: "Si en el momento de la venta la cosa vendida había perecido en totalidad, la venta sería nula." ¿Qué debe entenderse en el art. 1,601 por la palabra nulo? De ordinario esta palabra es sinónima de anulable; en este sentido la venta sin objeto existiría y produciría sus efectos hasta que la nulidad fuera pronunciada por los tribunales. Tal no es en el caso la significación de la palabra *nula*; quiere decir, que la venta no existe. Lo hemos probado en el título *De las Obligaciones*. Pothier confirma lo que hemos enseñado, y su testimonio es doblemente precioso. Se ha negado que la doctrina de las actas inexistentes fuera conocida en el derecho antiguo; la verdad es que Pothier la enseña, sólo la expresión de su pensamiento es algunas veces dudosa porque la lengua francesa sólo tiene la palabra *nula* para designar actas esencialmente diferentes, aquellas que no tienen existencia y las que son anulables. En cuanto á la venta de una cosa que ha perecido no podía haber duda. ¿Se concibe que el vendedor esté obligado á transmitir la propiedad de una cosa que no existe? Pothier dice, como el art. 1,601, que el contrato es nulo cuando la cosa estaba enteramente destruida en el momento de la venta; pero en el mismo número y dando otro ejemplo, dice: "No habrá contrato de venta cuando falta la cosa que hace su objeto." Decir que no hay venta es decir que la venta no existe. (1) No hay, pues, lugar á pedir la nulidad, pues no se pide la nulidad de la nada. En cualquiera época en que el vendedor esté notificado para ejecutar la venta, puede contestar que no la hay. Que si el vendedor tenía pagado el precio, podría repetirlo sin estar obligado á promover la nulidad de la venta. En este caso tiene la cuestión un interés práctico. ¿Cuál es la duración de la acción que pertenece al comprador? Si fuera una acción de nulidad tendría que promoverse en los diez años;

1 Pothier, *De la venta*, núm. 4. Compárese Duvergier, t. I, pág. 283, número 235 y Troplong, pág. 160, núm. 252.

pero el art. 1,304 es inaplicable, implica una confirmación tácita, y un contrato que no existe no puede ser confirmado. El comprador ha pagado el precio sin causa, puesto que el motivo jurídico por el que lo pagó, la traslación de la cosa vendida es imposible; tiene, pues, la acción de repetición por lo que pagó indebidamente, y esta acción dura treinta años. Todos están acordes en este punto. (1)

89. «Si una parte sola de la cosa ha perecido, el adquirente tiene elección entre abandonar la venta ó pedir la parte conservada haciendo determinar el precio por ventilación.» El comprador puede *abandonar* la venta: ¿qué se entiende por esto? Pothier decía que según la sutileza del derecho, el contrato debía ser mantenido, puesto que tenía un objeto, á reserva de hacer una disminución del precio. Pero Pothier se aparta casi siempre de lo que él llama sutileza del derecho, invocando la equidad. Agrega, pues, una restricción: cuando el comprador no hubiera querido comprar, si hubiera sabido que la cosa estaba completa, la equidad debe hacerle admitir que pida la resolución del contrato. ¿Es en este sentido como debe entenderse el artículo 1,601? Así se pretende, pero no se atiende á la redacción del Código. Desde luego no habla de la *resolución* del contrato, dice que el vendedor tiene la facultad de *abandonarlo*, lo que es muy diferente. La *resolución* supone que la venta existe, pero que la ley permite al comprador hacerlo resolver como consecuencia de una condición resolutoria tácita que supone estar en la intención de las partes contratantes; mientras que el derecho de *abandonar* la venta implica que ésta no está formada definitivamente y que depende de la voluntad del comprador mantenerla ó no. Esta es una diferencia esencial entre la teoría del Código y la de Pothier. Hay otra que depende de la primera: el artículo 1,601 da elección al comprador entre el abandono

1 Duvergier, t. I, pág. 283, núm. 236 y todos los autores.

y la mantención de la venta; Pothier al contrario, mantiene la venta en principio, permite sólo al comprador promover la resolución, y para mantener la resolución debe probar que no hubiera comprado si supiera que la cosa había perecido en parte. El juez es quien pronuncia la *resolución* y es el comprador quien abandona la venta.

El sistema del Código nos parece más racional que el de Pothier. Es en el momento en que interviene el consentimiento del comprador, es decir, en que el contrato se forma cuando la cosa había perecido parcialmente. Hay, pues, que preguntar: ¿es que el comprador hubiera tratado si hubiera sabido que la cosa fuese destruida en parte? La contestación á esta pregunta decidirá si hay venta. ¿Pero quién contestaría? Sólo el comprador puede saber si le convenía comprar ó no. Luego la ley debió atenerse á él. (1)

90. S. admite generalmente otra interpretación. Es imposible contestar al comprador el derecho de abandonar la venta, puesto que la ley se lo da, pero se hace una excepción á esta facultad. La venta, se dice, podrá ser mantenida á pesar del comprador si la parte destruida era sin importancia relativa al todo, de manera que la pérdida parcial sólo es un pretexto para que el comprador rompa el contrato. Se funda esta restricción en el art. 1,636 que, en caso de evicción parcial, permite al comprador la rescisión de la venta cuando la parte que pierde es tal consecuencia, relativamente al todo, que el comprador no hubiese comprado sin la parte que perdió. (2) Es difícil admitir una excepción á un derecho de opción que la ley concede absoluto. ¿Basta la analogía para abrogar la ley? Esto es muy dudoso. Lo que nos parece seguro es que no hay analogía. El artículo 1,636 prevée una hipótesis diferente de la que está regida por el art. 1,601. En el caso del art. 1,636 el contra-

1 Marcadé, t. VI, pág. 215, núm. II del art. 1601.

2 Durantón, t. XVI, pág. 204, núm. 184. Duvergier, t. I, pág. 283, número 237.

to existe y está ejecutado, se trata de resolverlo; la resolución anonadará todos los derechos consentidos por el comprador, echará la perturbación en las relaciones civiles; se concibe que el legislador no las permita más que en los casos en que está seguro de que el comprador no lo hubiera comprado. Sucede de otra manera en el caso del art. 1,601. La venta no existe aún, las cosas están enteras, se trata de saber si se obligará al comprador á mantener una venta si declara que no la hubiera formado. La equidad que se invoca es para el comprador. Esto es abandonar la venta al capricho del comprador, se dice. Sea; cuando la ley da una opción no se atiende sólo á la voluntad más ó menos caprichosa de aquel que tiene la elección. Después de todo tal es la ley, y no pertenece al intérprete corregirla. (1)

91. El comprador tiene el derecho de pedir la parte de la cosa que no pereció haciendo determinar el precio por la ventilación (art. 1,601). Resulta de los términos de la ley que el contrato de venta no existiría más que cuando el comprador hubiera declarado que quiere mantenerla y se necesita además que se haya determinado el precio, pues no hay venta sin objeto y sin precio, y estos elementos de la venta no existen en el caso más que por la opción del comprador y la ventilación. Se entiende por ventilación no el avalúo del valor real sino una estimación que toma por base el precio fijado por el contrato para la totalidad de la cosa y determina el precio de la parte conservada proporcionalmente al primitivo precio. (2)

92. La ley supone, como Pothier, que las partes ignoraban, cuando el contrato, que la cosa hubiese perecido en todo ó en parte. Si la pérdida es total no se puede mucho suponer que los contratantes hayan tratado seriamente sabiendo

1 Mourlón confiesa que esto es corregir el art. 1601 interpretado por el artículo 1636 (*Repeticiones*, t. III, pag. 222, núm. 350).

2 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 64, núm. 30 bis II.

que su convención no tenía objeto; en todo caso el contrato sería inexistente. Si el vendedor lo sabía y lo ignoraba el comprador, éste tendría derecho á daños y perjuicios no en virtud del contrato, puesto que no lo hay, pero en virtud del art. 1,382 que se aplica á todos los casos en que no hay convención. Si la pérdida es parcial y el comprador la conocía, éste no puede ya invocar la opción que le da el artículo 1,601, pues consintió con conocimiento de causa en comprar la cosa en el estado en que se encuentra. Si trató ignorando la pérdida parcial y el vendedor la conocía, tendría derecho á daños y perjuicios si la reticencia del vendedor le causa un perjuicio, lo que sólo puede suceder cuando se ve obligado á abandonar la venta. (1)

*Núm. 2. Cuáles cosas pueden ser vendidas.*

93. Según el art. 1,598 "todo cuanto se halla en el comercio puede ser vendido cuando leyes particulares no han prohibido la enajenación." Hemos dicho en otro lugar lo que se entiende por cosas que se hallan en el comercio. En cuanto á las leyes particulares que prohíben la enajenación de ciertas cosas no entran en el plan de nuestro trabajo. (2) Tomaremos en la jurisprudencia algunas aplicaciones del principio establecido por el art. 1,598.

94. Resulta del Código Penal (arts. 319-321) y del decreto del Consejo de 26 de Julio de 1784 (3) que está prohibido á cualquiera vender ó poner en venta en las ferias y mercados ó en otro lugar, caballos ó bestias atacados ó sospechosos de enfermedades contagiosas. La prohibición absoluta de vender coloca á dichos animales fuera del comercio; por consiguiente, la venta es nula. No hay para qué

1 Colmet de Santeire, t. VII, pág. 64, núms. 30 bis I y II.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 353, notas 35-42.

3 Publicado en Bélgica por el decreto consular de 17 Vendimiario, año XI.  
P. de D. TOMO XXIV—14

considerar si el vendedor es ó no de buena fe; la venta es nula por falta de objeto, se pudiera aún sostener que es inexistente. No hay que distinguir tampoco si la enfermedad constituye un vicio redhibitorio, pues no es por razón de un vicio por lo que la venta es nula, es porque la cosa está fuera del comercio. (1)

95. Las funciones públicas no son del comercio, esto es evidente. Se pregunta si están en el mismo caso las concesiones que el Gobierno hace. La cuestión se presentó para una empresa de transporte. En la especie los coches que servían para transportar á los viajeros fueron vendidos después de la muerte del concesionario; la cláusula de adjudicación decía que el comprador de este lote tendría el derecho de los vendedores (los hijos del empresario) á la concesión, á reserva para él de hacerse mantener en ella por la autoridad competente. Se ve que los herederos del concesionario se habían abstenido de vender la concesión, puesto que el acta misma probaba que el comprador debía pedirla al Gobierno; lo que ellos prometieron fué no hacerle competencia, no pudiendo hacerla por ser menores. La Corte de Bruselas añade que nuestra legislación no prohíbe de una manera absoluta la venta de una empresa de transporte aun cuando se comprendiera la autorización dada al vendedor por el Gobierno. La sentencia de 24 de Noviembre de 1829 (art. 11) pronuncia una multa contra el concesionario, y es de principio que cuando la ley sanciona estas disposiciones por una multa excluye por esto mismo la nulidad. Nos parece que este principio es demasiado absoluto. ¿La multa prueba que el vendedor ha hecho lo que no tenía el derecho de hacer y que por lo mismo la cesión es nula? El mismo artículo añade que además el contratista será, según las circunstancias, pasible de una suspensión ó de la

1 Sentencia del Tribunal de Bruges de 14 de Julio de 1873 (*Pasicrisia*, 1874. 3, 331).

supresión de la concesión. De esto la Corte deduce que el legislador no ha entendido que la cesión fuese nula por sí misma y dejaba á la autoridad el cuidado de declarar si el concesionario sería mantenido. (1) ¿No es la conclusión contraria la que es preciso deducir? No se trata de saber si el Gobierno puede dar la concesión al concesionario, esto no ofrece ninguna duda; la cuestión es saber si la cesión le da algún derecho, y la sentencia no menciona ni siquiera al concesionario, dice que el que cede podrá ser *suspendido ó revocado*; considera, pues, la cesión como existente aun apesar de la venta que ha sido hecha, lo que prueba que la venta es nula.

96. ¿Un médico puede vender su clientela? La negativa es tan evidente que se admira uno con semejante pregunta. A decir verdad, en los procesos bastante numerosos á los que dan lugar estas ventas, no se trata de una cesión propiamente dicha: de la clientela; el talento y la experiencia del médico no pueden transferirse por vía de cesión como tampoco la confianza de los enfermos. Apenas hay necesidad de citar las sentencias que se han pronunciado en este sentido. (2)

Pero la jurisprudencia admite la validez de las convenciones que intervienen entre los médicos cuando tienen por objeto una obligación de hacer lícita. Un médico se compromete con otro á no ejercer su profesión en un lugar determinado, un municipio ó un departamento. Esta convención es válida bajo la condición que hemos supuesto: que la interdicción de practicar la medicina no sea absoluta; hemos dicho que la jurisprudencia la admite en esos términos, la validez de los convenios que limitan la libertad de la industria; y la Corte de Casación se pronunció en el mismo senti-

1 Bruselas, 15 de Enero de 1850 (*Fasicristia*, 1850, 2, 339).

2 Paris, 29 de Diciembre de 1847 (*Dalloz*, 1847, 2, 193 y 1846, 3, 62) y 6 de Marzo de 1851 (*Dalloz*, 1851, 2, 185).

do (1) en lo que se refiere á la profesión de médico. La decisión de la Corte ha intervenido en un caso notable. Estaba dicho en el acta que el médico vendía, cedía y traspasaba su clientela al médico sucesor; de una convención como ésta se puede decir que es evidentemente nula. Había otra cláusula concebida así: El que cede se prohíbe la facultad de ejercer la medicina en un radio de dos miriámetros á lo menos á contar del 1.º de Marzo siguiente. Hasta esta época debiera continuar cuidando á sus enfermos como antes á fin de conservar la clientela vendida. La Corte de Orléans interpreta la convención en el sentido de que el objeto principal era la interdicción que el cedente se imponía de ejercer la medicina; en efecto, por más materialistas que se les suponga, los médicos saben que hay una cosa que no se compra y que no se vende, la confianza de los enfermos. Esto es tan evidente que la Corte ni se fijó en la cláusula que contenía semejante venta. Se puede añadir que la cesión de la clientela, tal como los médicos la entienden, consiste en esto: que el médico que la cede se compromete á presentar á su sucesor á sus clientes, hacerle conocer sus enfermos y ayudarle á captarse su confianza. (2) Aun así limitada la convención nos repugna; el que cede está interesado en recomendar al cesionario que puede no merecer la confianza que se solicita de él; es un conflicto entre la conciencia y la culpabilidad y en esta lucha sucede muy amenudo que el deber se sacrifique al interés.

97. El art. 1,598 recuerda una regla general aplicable á todas las convenciones (art. 1,128). Hay otras reglas que hemos expuesto en el título *De las Obligaciones*, recibiendo igualmente su aplicación á la venta. En los términos del art. 1,129 es preciso que la obligación tenga por objeto una

1 Danegada, 13 de Mayo de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 316). Compárese Angérs, 28 de Diciembre de 1848 (Dalloz, 1850, 2, 193).

2 Sentencia del Tribunal del Sina de 3 de Marzo de 1846 (Dalloz, 1846, 3, 62). París, 6 de Marzo de 1851 (Dalloz, 1850, 2, 185).

cosa al menos determinada en cuanto á su especie. La Corte de París ha declarado nula la venta de un fundo de comercio con mercancías y arrendamiento, porque el acta no contenía un inventario de las mercancías para hacer conocer en qué proporción habían entrado en la determinación del precio. (1) Citamos la decisión á título de aviso para aquellos que redactan las actas; el buen sentir es suficiente para decidir que no hay venta cuando no se sabe lo que ha sido vendido.

98. El art. 1,130 dice que las cosas futuras pueden ser el objeto de una obligación; hace excepción para las sucesiones no abiertas; el art. 1,600 aplica este principio á la venta en estos términos: «No se pueden vender las sucesiones de una persona viva, aun con su consentimiento.» Nos trasladamos á lo que se dijo de los pactos sucesorios en el título *De las Obligaciones*.

99. La venta de las cosas futuras es aleatoria cuando las partes han entendido vender ó comprar una suerte: tal es la venta de una cosecha cuando en la mente de las partes contrayentes es una esperanza la base de su comercio: que haya frutos ó no, el comprador deberá pagar el precio, pues que el precio representa la suerte y no los frutos. Cuando los frutos futuros son el objeto del contrato, no habrá venta en tanto que no haya frutos. Esto es elemental. (2) Se ha juzgado que el principio se aplica á la época estipulada por la entrega, en el sentido de que el retardo de la cosecha, por mal tiempo, retarda también la época en que la entrega deba ser hecha. (3) Tomamos de la jurisprudencia otra aplicación que presenta más interés que el ejemplo tradicional de los frutos. Se venden sesenta acciones de una sociedad que las partes creen en vía de formarse al capital de ocho millones, divisible en ocho mil acciones, para la

1 París, 2 de Marzo de 1850 (Dalloz, 1852, 2, 62).

2 Duranton, t. XVI, pág. 193, núm. 172 y todos los autores.

3 Goussier, 4 de Diciembre de 1863 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 406).

explotación de minas de huya y para el establecimiento de nuevos medios de transporte. Las sesenta acciones fueron vendidas al precio de 7,400 francos inmediatamente pagados; el acta estipulaba que en caso de no entregar las acciones en el plazo de cuarenta días el cedente pagaría al cesionario una suma de 3,000 francos á título de daños y perjuicios, independientemente de la restitución del precio. La sociedad que las partes tenían en vista no se había constituido, el comprador reclama la ejecución de la convenición. Era la venta de una cosa futura. El comprador sostuvo que la restitución del precio y de daños y perjuicios le eran debidos por sólo el hecho de que las acciones no le fueron entregadas. La Corte de Lyon responde que la venta era nula por falta de objeto; no habiéndose formado la sociedad no había acciones, luego tampoco objeto, lo que atrae la nulidad, ó por mejor decir, la inexistencia de la venta; y con ésta cae también la cláusula final que tenía por objeto asegurar la ejecución. (1)

*Núm. 3. De la venta de la cosa de otro. (2)*

*I. ¿Qué cosa es la venta de la cosa ajena?*

100. «La venta de la cosa ajena es nula» (art. 1,599). En el derecho antiguo es válida. «Se puede, dice Pothier, vender válidamente la cosa de otro sin el consentimiento del que es propietario.» Es verdad que el vendedor no puede transferir la propiedad de una cosa que no le pertenece; pero según los principios del derecho romano seguidos por nuestra antigua jurisprudencia, la venta no consistía en la translación de la propiedad de la cosa vendida; había venta con sólo que el vendedor se obligara á entregar la cosa ven-

1 Lyon, 18 de Mayo de 1854 (Daloz, 1855, 2, 13).

2 De Folleville, *Ensayo sobre la venta de la cosa ajena*. París, 1874. Bonafos, *Estudio sobre los legados de la venta de la cosa ajena*. Leligois, *De la venta de la cosa ajena* [Revista crítica, 1869, t. XXXV].

dida al comprador; si el vendedor se encuentra en la imposibilidad de llenar esta su obligación, estaba obligado á daños y perjuicios, como se está obligado en todos los casos en que se promete una cosa posible en sí, porque no está en el poder del deudor verificar. (1)

101. El Código ha innovado anulando una convención que el derecho antiguo declaraba válida. ¿Cuáles son los motivos de la innovación? Este es un punto capital, pues los motivos determinan el carácter de la nulidad, y de esto depende la solución de numerosas dificultades que esta materia presenta. Los motivos han sido expuestos por los tres oradores que tomaron la palabra ante el cuerpo legislativo. Vamos primero á oír á Portalis, el orador del Gobierno. Dice que el Código se aparta de toda la sutileza del derecho romano. Se trata, pues, de un nuevo principio jurídico. ¿Cuál es su fundamento? Portalis supone que las partes han tratado conscientemente de la cosa ajena, el comprador conocía el vicio de la cosa vendida, sabe que el vendedor no puede conferir la propiedad; es contra toda razón y contra todo principio que las partes dispongan, con conocimiento de causa, de una propiedad que pertenece á un tercero, sin el conocimiento del que tratan. (2) Tronchet encuentra esta convención tan irracional, que la califica de ridícula. (3) No tenemos que apreciar estos motivos, los exponemos. Es seguro que los autores del Código se han equivocado; los jurisconsultos romanos, y Pothier que los sigue, no pensaban en despojar al propietario transmitiendo la propiedad á su poseedor; esto no tiene sentido. Lo seguro es que la innovación tal cual Portalis la explica, bastante mal, procede de un cambio de principio relativo al objeto de la venta; si esto es transferir la propiedad es seguro que la venta de la cosa

1 Pothier, *De la venta*, núm. 7.

2 Portalis, *Exposición de los motivos*, núm. 19 [Loché, t. VII, pág. 73].

3 Sesión del Consejo de Estado de 30 Frimario, año XII, núm. 21 [Loché, pág. 32.]

ajena no pudiera ser válida. Esto es un cambio de teoría. Portalis encontraba que la doctrina romana era demasiado sutil; la del Código está más en armonía con la de las partes contratantes.

Faure, el relator del Tribunado, es más explícito; nos dirá en qué consiste la sutileza que los autores del Código reprochan al antiguo derecho. La translación de la propiedad es el objeto de la venta, luego no se debe tener el derecho de vender una cosa que no nos pertenece, puesto que no tenemos el derecho de transferir la propiedad. Aquel que vende una cosa de que no es propietario, no puede cumplir la obligación esencial del vendedor; el comprador no puede obtener contra él más que una sentencia de daños y perjuicios; es, pues, una pura sutileza que se califique de venta un contrato que no produce los efectos de venta ¿Se quiere la prueba? Dice Jaubert: Si el mismo día en que vendo la cosa que os pertenece, la vendéis igualmente, ¿habrá dos ventas? Sí, en la doctrina tradicional; y es absurdo que una sola cosa sea vendida en el mismo momento por dos personas; si la venta consentida por el propietario es una venta hay que decir que el contrato hecho por el no propietario no es una venta. (1) Este es el cambio de principio netamente formulado; el art. 1,599 es una consecuencia del nuevo principio, según el cual la venta tiene por objeto transferir la propiedad; esto es tan seguro, que el art. 1,599 es el único texto del Código que consagra el nuevo principio.

Grenier, el orador del Tribunado, dice también que la legislación romana parece contraria al verdadero principio de la venta, cuyo único objeto debe ser una transmisión de propiedad. Añade que en algunos casos la venta de la cosa ajena puede favorecer intenciones inmorales; Grenier no dice cuáles son estos casos, pero en el mismo párrafo cita como ejemplo del art. 1,599 la venta que un hijo hacía de

1 Faure, *Informe al Tribunado*, núm. 18 [Loché, t. VII, pag. 91].

un inmueble perteneciente á su padre. Lo que hay de inmoral en una venta como esa, no es el contrato como tal, es la conducta del hijo; lo que ha hecho sin conocimiento del padre acusa una falta de delicadeza que puede tomar lugar de inmoral. Grenier concluye que parece más conforme con la *naturaleza de la cosa*, y á las sanas intenciones *de la moral*, anular la obligación como venta. (1) Tal es la interpretación oficial que los autores de Código han dado al artículo 1,599. Todos, comprendiendo á Tronchet, el mejor jurisconsulto del Consejo de Estado, están acordes en este punto, esto es porque la doctrina romana se ha alejado pareciendo contraria al verdadero principio de la venta. Cuestión puramente científica que no toca en nada á las buenas costumbres ni al orden público. Uno sólo, Grenier, dice que en algunos casos la regla tradicional podía favorecer intenciones inmorales. No dice que la regla misma sea inmoral; en efecto la moral está fuera de la causa. Esto es tan verdadero que aun se puede hacer, bajo el imperio del Código, un contrato que tenga absolutamente los mismos caracteres y los efectos de la venta de la cosa ajena, tal como Pothier la comprende; la doctrina y la jurisprudencia están conformes en este punto, como lo diremos más lejos, pues el contrato por sí mismo no está viciado como contrario á las buenas costumbres, y no es exacto decir, como lo hace Portalis, que hay vicio en la cosa.

102. Además este lenguaje incorrecto expresa el pensamiento de los autores del Código; es la razón por la que ellos declaran nula la venta de la cosa ajena. Hay un vicio que mancha esta venta y éste atrae la nulidad. La consecuencia no está en armonía con el principio de que se deduce. ¿En qué consiste la innovación que el art. 1,599 lleva al antiguo derecho? Es que el vendedor se obliga á transferir

1 Grenier, *Discurso* núm. 15 [Loché, t. VII, pág. 109].

la propiedad de la cosa vendida; si vende la cosa ajena, no debe llenar esta obligación; ¿cuál deberá ser la consecuencia? La resolución de la venta y no la nulidad. Cuando el vendedor no puede ejecutar lo que ha prometido, el comprador tiene el derecho de pedir la resolución del contrato con daños y perjuicios. Tal es la situación de las partes cuando el vendedor se compromete á vender la cosa ajena. Es una causa de resolución, no es una nulidad; para que haya nulidad, falta un vicio que manche el contrato; y en el caso no hay vicio; aunque diga Portalis, la cosa no está viciada, pues que la cosa ajena puede ser el objeto de un contrato absolutamente análogo al del derecho romano.

¿Es decir que la nulidad del art. 1,599 deba entenderse en el sentido de resolución? (1) Se ha dicho, pero es inadmisibile; la palabra nulo jamás significa rescindable. No se puede imputar á los autores del Código una inexactitud de lenguaje que implique un error jurídico, pues que una cosa es que un vicio manche una obligación y la vuelva anulable, y otra una condición resolutoria expresa ó tácita que la vuelve resoluble. Es necesario, pues, tomar la ley como es y considerar la venta como nula. Queda por saber cuál es el carácter de la nulidad. ¿Es el orden público? ¿La nulidad significa que la venta es inexistente ó la venta es simplemente anulable y la nulidad es de interés privado, lo que la vuelve relativa?

103. Esta cuestión domina toda nuestra materia. Está claramente controvertida. Marcadé, si no nos equivocamos, es el primero que sostuvo que la venta de la cosa ajena es radicalmente nula, que es inexistente como decimos en la escuela. Esta opinión se reprodujo en los trabajos recientes que hemos citado anteriormente. (2) La opinión contraria

1 Esta es la opinión de Colmet de Santerre, t. VII, pág. 55, núm. 28 bis VI.

2 Marcadé, t. VI, pág. 201, núm. I del art. 1699. Lelignois, *Revista crítica*, t. XXXV, pág. 22, núm. 7. De Folleville, pág. 55, núm. 53. En sentido contrario Aubry y Raut, t. IV, pág. 356, nota 51 y las autoridades que citan. De

se profesa generalmente y está consagrada por la jurisprudencia; nosotros no titubeamos en admitirla.

Bajo el título *De las Obligaciones* hemos dicho que hay condiciones que la doctrina exige para la existencia de los contratos solemnes: son el consentimiento, el objeto y la causa. El consentimiento no está refutado y es difícil negar que la venta haga un objeto; todo lo que se puede decir es que la ley no permite que la cosa ajena haga el objeto de la venta, lo que constituye una causa ilícita, la que hace al contrato inexistente. Nos falta ver si hay una causa ilícita en el sentido del art. 1,131. El Código define la causa ilícita, la que es prohibida por la ley y contraria á las buenas costumbres y al orden público (artículo 1,133). Se podría creer que el texto decide la cuestión, puesto que la ley prohíbe la venta de la cosa ajena. Esto sería interpretar mal el art. 1,133; no basta que la ley prohíba vender la cosa ajena para que tenga la venta una causa ilícita, es necesario ver si la prohibición influye en el motivo jurídico que ha comprometido á las partes á contratar, este es el motivo jurídico que constituye la causa; ¿de que la venta de la cosa ajena es nula resulta que el motivo jurídico del comprador y el del vendedor son ilícitos? Falta ver cuál es la razón porque el legislador haya prohibido la venta de la cosa ajena; si esto es de un interés privado, no habrá nulidad en provecho de la parte que se establece la prohibición, lo que excluye la inexistencia del contrato y, por consecuencia, la causa ilícita que la hace inexistente. Las razones que han inducido al legislador á reprobado el contrato que el derecho antiguo consideraba como válido, no conciernen más que á los derechos del comprador; la venta de la cosa ajena no lo hace propietario, y en este sentido es viciosa y nula. Por esto es que sea rela-

be agregarse Colmet de Santerre, t. VII, pág. 54, núm. 28 bis V. París, 25 de Agosto de 1845 (Dalloz, 1845, 2, 133).

tiva, está probado que el contrato existe, ó si se quiere la prohibición del art. 1,599 por su esencia no puede arrastrar la inexistencia de la venta sino sólo la nulidad.

Se insiste y se dice que según el art. 1,131 la causa es aún ilícita cuando es contraria á las buenas costumbres ó al orden público. Es necesario dejar á un lado el orden público, puesto que concierne al estado de las personas y la incapacidad que de aquí resulta; no tratándose en la especie de la incapacidad de las partes. Que si por orden público se entiende el interés público, este interés no puede ser más que el de las buenas costumbres. Se pretenda, en efecto, que la ley ha prohibido la venta de la cosa ajena porque es contraria á los conductos de una sana moral, como dice Grenier. Los que reprochen á la doctrina romana ser inmoral, olvidan que los jurisconsultos de Roma eran estoicos, y que hay un reproche que hacer á la escuela estoica, la que su moral era de un excesivo rigor; olvidan también que Pothier tampoco supone que la venta de la cosa ajena fuese moral, y Pothier es el jurisconsulto cristiano por excelencia; no le gustan las sutilezas romanas y las repudia porque le parecen contrarias al derecho natural; nosotros no osaremos reprobamos una doctrina que Pothier aprueba. Y en verdad la venta de la cosa ajena no tiene nada de común con las buenas costumbres. Se ha dicho que la venta de la cosa ajena es atentoria al orden social porque viola la propiedad; se comprendería el reproche si la venta pudiera extinguir los derechos del propietario; pero estos derechos quedan salvos, puédese reivindicar la cosa contra el tercer adquirente, puédese reclamar daños y perjuicios contra el vendedor; si resiente algún perjuicio, es por su negligencia: un propietario que vela por sus intereses no deja vender su cosa ignorándolo.

La expresión de *orden público* es tan vaga que se podría sostener siempre que un acta es contraria al orden público

desde que hay un interés general en la causa; el interés de los particulares y el de la sociedad están tan estrechamente ligados, que se encuentra casi siempre un interés privado en las leyes que son de orden público; y se encuentra también el interés público, mientras que la ley estatuye en un interés particular. Falta saber cuál es el interés dominante; lo hemos señalado al analizar los trabajos preparatorios (número 161); es el comprador el principal interesado en que no se le venda una cosa de la que no se puede transmitir la propiedad; luego el interés privado domina. ¿Se quiere una prueba irrecusable? El Código decide la cuestión. Cuando un contrato es inexistente, no puede tener ningún efecto; estos son los términos del art. 1,131 y es este acto el que trata de la causa ilícita. ¿Es que la venta de la cosa ajena no tiene ningún efecto? El artículo mismo que la declara nula añade que puede dar lugar á daños y perjuicios. Una acta inexistente es la nada, en la venta inexistente no hay ni vendedor ni comprador y la venta no puede engendrar una obligación. Se hacen objeciones, volveremos sobre el asunto; por el momento recogeremos lo que dicen los textos; el del artículo 1,599 es terminante, la venta de *la cosa ajena* es la que da lugar á daños y perjuicios, pues existe á los ojos de la ley. Tiene otros efectos mucho más considerables. El comprado no tiene solamente la acción de daños y perjuicios, hay una acción especial á la venta, la acción en garantía (artículo 1,626). Por esto la *venta de la cosa ajena* es la nada y la nada produce efectos de la venta.

El comprador puede usucapir; todos están conformes en este punto. Sin embargo, para prescribir por diez años es necesario un justo título (art. 2,265); de esta manera la cosa ajena que es la nada no obstante constituye un *justo título*; la venta viciada en su esencia, la venta inmoral, la venta que viola la propiedad, va á servir á despojar al verdadero propietario y dará la propiedad á aquel que no tiene para sí

más que un contrato, una causa ilícita. En fin, el comprador de buena fe gana los frutos; para un poseedor de buena fe es necesario poseer en virtud de un título translativo de la propiedad. Y ¿cuál es el título del que compre la cosa ajena? Su único título es la nada. Decididamente la nada tiene los efectos de la venta, salvo que la propiedad no sea transferida. ¿Es esto un contrato sobre causa ilícita que no puede tener algún efecto?

*II. ¿Cuándo hay venta de la cosa ajena?*

104. Es necesario no creer que haya venta de la cosa ajena en todos los casos en que el vendedor no tenga en el momento de la venta la propiedad de la cosa que hace objeto de la venta. Grenier ha hecho esta observación en su discurso al Cuerpo Legislativo. «El art. 1,559, dice, principalmente trata de los inmuebles, no se le puede aplicar á los objetos que hacen materia de transacciones comerciales y que están en la intención y en el poder del comprador procurársela.» El que vende granos ó vinos que no tiene, no vende lo que pertenece á un tercero, puesto que las cosas indeterminadas, las que consisten en una especie, no pertenecen á nadie; luego no ha hecho venta de la cosa ajena. (1)

105. Sin embargo, es necesario admitir que estas ventas se parecen á las que el derecho antiguo autorizaba y que el Código declara nulas. El vendedor se obliga á obtener la cosa al comprador, dice Pothier, y está apercebido á los daños y perjuicios cuando el propietario rehusa su consentimiento. Por esto la venta de la cosa ajena implica regularmente que el vendedor se procure la cosa por una convención hecha con el propietario. Una venta semejante puede hacerse bajo el imperio del Código á pesar de la prohibición del art. 1,599. Convengo contigo la venta del inmueble del

1 Durantón, t. XVI, pág. 200, núm. 181 y todos los autores.

vecino y me obligo á adquirirlo para dártela. ¿Es esta la venta de la cosa ajena? No, verdaderamente, no es una venta, el deudor se compromete á adquirir primero el inmueble, lo que es una obligación de hacer; es solamente cuando hubiera adquirido el inmueble cuando la venta tendrá verificativo. Igualmente si me comprometo para que Pedro te venda su casa por tal precio, la convención es válida; sobre este punto no hay duda, pues que tenemos un texto, el art. 1,120; no es la venta de la cosa ajena por la excelente razón de que no es una venta, es una obligación de hacer sancionada por los daños y perjuicios. (1) Aun falta ver como válida la convención formulada en estos términos: "Te vendo la casa de Pedro en tal precio;" no es una venta, es un compromiso de procurarse esta cosa para dártela ó de hacer que Pedro te la dé. La forma difiere, pero la convención es la misma.

106. Hay más: la venta de la cosa ajena, tal como Pothier la explica según el derecho romano, podrá ser estipulada por el Código Civil, no como venta sino como contrato innominado. Me comprometo, mediante una suma de plata, á procuraros la posesión posible de una cosa que creo mía. No es la venta de la cosa ajena, pues que no me comprometo á transferir la propiedad de la cosa; luego no es una venta, es un contrato innominado que no tiene nada de ilícito; tendréis una acción contra mí que tienda á poneros en posesión; si yo no os la doy, estoy obligado á daños y perjuicios, y si os la entrego y que la perdáis en juicio, aun estaré obligado á garantizaros. (2)

107. La convención romana no es de nuestra costumbre, no se le encuentra en la práctica, pero la juri-prudencia ha realizado convenciones análogas. Pedro consiente, en pro-

1 Durantón, t. XVI, pág. 199, núm. 180. Duvergier, t. I, pág. 270, núm. 222. Aubry y Rau, t. IV, pág. 357 y nota 54. pfo. 351.

2 Moulón, t. III, pág. 216, núm. 516. Colmet de Santerre, t. VII, pág. 52, núm. 28 bis I.

vecho de Pablo, una promesa de venta de una granja, propiedad dotal de su madre; el promitente se obliga á hacer que entreguen dicha granja; se da por garante de sus padres. El acreedor entra inmediatamente en goce.

Conforme á la promesa, la donación se hizo por la madre al hijo. Este puso al acreedor en apremio de realizar la promesa de venta por acta notariada, lo que igualmente se había convenido verbalmente. El acreedor se rehusó, alegando que la promesa de venta era nula porque era la venta de la cosa ajena; probó aun la validez de la donación que la madre había hecho al hijo; dejemos á un lado este punto. Se juzgó que no había venta de la cosa ajena. En efecto el promitente reconocía que no era propietario de la granja, se comprometió á volverse propietario de ella. La Corte concluyó que la promesa litigiosa era una obligación condicional sometida á la condición suspensiva de que el promitente se volvería propietario de la cosa vendida. (1) Nos parece más exacto decir que esto no es ni la venta de la cosa ajena ni una venta condicional, puesto que el promitente se obligaba pura y simplemente; lo que prueba que no había nada de condicional en su compromiso es que el acreedor fué puesto inmediatamente en posesión; era un contrato no previsto por la ley, pero válido. (2) Hay dos sentencias de la Corte de Bruselas en este sentido. En la primera especie, el defensor se comprometió á comprar en la aldea de Louvain un terreno para entregarlo al demandante. Se pretendía que el compromiso era nulo como venta de la cosa ajena. Lo que complicaba la dificultad era que el Estado aun era dueño del terreno antes de la convención. Sin embargo, se juzgó que era válida la convención. No es la venta de la cosa ajena, dijo la Corte de Bruselas, por la

1 París, 25 de Agosto de 1845 (Dalloz, 1845, 2, 133). En el mismo sentido Casación, 8 de Enero de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 61).

2 Bruselas, 14 de Julio de 1873 (Pasierisia, 1873, 2, 324).

razón bastante simple de que el contrato no es una venta; el deudor no vendía, se obligaba á adquirir, convención perfectamente válida; aun cuando la aldea de Louvain no se hubiese vuelto propietaria, la obligación se resolvía en daños y perjuicios. En la segunda especie la convención decía que el deudor se obligaba á volverse el único y exclusivo propietario de una patente de invención que era propiedad de un tercero y retrotransferirla al acreedor. ¿Era esto la venta de la cosa ajena? Nó, dijo la Corte, el promitente no vendía, se comprometía á adquirir la propiedad de la patente para transferirla en seguida al acreedor. La venta no debía verificarse sino cuando el deudor hubiera adquirido la propiedad de la patente. (1)

108. Uno de los copropietarios por indiviso de una cosa, la vende como si le perteneciera entera: ¿hay venta de la cosa ajena?

Nos parece que la afirmativa no es dudosa. ¿De qué es propietario el vendedor? De su parte en el indiviso; no puede vender más que esto; si vende toda la cosa como perteneciéndole, vende las partes de sus copropietarios; hay venta de la cosa ajena por estas partes. El comprador puede, pues, pedir que la venta se anule por las partes de los copropietarios del vendedor. Podría también, en la opinión general, pedir la nulidad de la venta por el todo si ignora que la cosa fuese indivisa; se supone que no hubiera comprado la cosa si hubiese conocido el indiviso. Esto nos parece dudoso; el comprador no puede fundar su demanda en el art. 1,599, puesto que la venta no es la venta de la cosa ajena del todo y la ley le permite promover su nulidad solamente cuando hay venta de la cosa ajena. El comprador no podría, pues, invocar el error como habiendo viciado su consentimiento. Admitimos que se puede

1 Bruselas, 15 de Mayo de 1869 (*Pasicrisia*, 1873, 2, 325).

promover, pero le tocará probar que el error es substancial. (1)

109. El art. 1,599 ha dado lugar á una cuestión vivamente controvertida, la de saber si la venta consentida por el heredero aparente es nula como venta de la cosa ajena. La hemos examinado en el título *De las Sucesiones*.

110. ¿El art 1,599 es aplicable á las ventas mobiliarias? En principio sí, puesto que la ley no distingue y no hay lugar á distinción. Pero la aplicación del principio se modifica por la máxima de que en cuanto á muebles la posesión hace título. El que compra de buena fe un mueble corporal se vuelve propietario en el sentido de que puede refutar la acción en reivindicación que el propietario intentara contra él. Desde luego no puede pedir la nulidad de la venta, aunque sea la venta de la cosa ajena, puesto que la acción en nulidad fundada en el art. 1,599 supone que el adquirente no se ha vuelto propietario; cuando ha adquirido la propiedad no hay ni derecho ni interés que promover. Es esta la opinión general. (2) Nos deja en duda. ¿La máxima de que en cuanto á muebles la posesión hace título no tiene por fundamento una prescripción instantánea que la posesión verifica en su provecho? ¿y se puede prevalecer contra él la prescripción que rehusa invocar? Trataremos la cuestión en el título *De la Prescripción*.

### *III. Quién puede pedir la nulidad.*

#### *I. Del comprador.*

111. La cuestión de saber quién puede pedir la nulidad de la venta depende de la naturaleza de la nulidad. He-

1 Duvergier, t. I, pág. 272, núm. 224. Aubry y Rau, t. IV, págs. 357 y siguientes, notas 57 y 58. pfo. 351. Bruselas, 29 de Febrero de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 70) y 20 de Julio de 1874 (*Pasicrisia*, 1875, 2, 116).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 357, núm. 56, pfo. 351. De Folleville, pág. 146, núm. 149.

mos admitido, con la opinión general, que la nulidad no es radical; resulta que no es absoluta sino relativa. Para saber quién puede promover en nulidad es necesario saber en favor de quién declara nula la venta. Es cierto que la nulidad se establece en interés del comprador; ha comprado para ser propietario; si el vendedor le entrega la cosa ajena, la venta no alcanza el objeto que las partes perseguirán; este es el motivo de la nulidad, interesa al comprador; su derecho de promover jamás ha sido contestado, al menos en doctrina. Hay una sentencia contraria, de la Corte de Bruselas, que no se explica más que por la influencia que la tradición ejerce en los magistrados. La Corte dice que la nulidad de la venta de la cosa ajena sólo se refiere al propietario de la cosa y no impide de ninguna manera que el comprador esté obligado hacia el vendedor por el cumplimiento de las obligaciones que ha contraído. (1) Este es el derecho antiguo, no el moderno. Es inútil insistir para la prueba, ésta nace de la ley misma. Entre las partes es como la venta en nula; no es con relación al propietario, puesto que éste no promueve en nulidad, reivindica como si la venta no existiera; en efecto, la venta no existe para él, las convenciones no tienen efecto sino con los contrayentes.

112. ¿Cuándo puede promover el comprador? Ya hemos contestado á esta pregunta. La ley considera la venta como viciada por esto sólo: que tiene por objeto la cosa ajena; y desde que hay un vicio que hace nula la convención, la parte interesada puede promover inmediatamente la nulidad; lo puede aún antes de la ejecución de la convención, pues tiene interés en desprenderse de las obligaciones que ha contraído. Estando fundada la acción en que el vendedor no es propietario, el comprador deberá notar que la cosa vendida es cosa ajena. No bastará que tenga temores de

1 Bruselas, 30 de Junio de 1825 (*Pasicrisia*, 1825, pág. 425). Véase la refutación de la sentencia en la nota del sentenciista, pág. 437.

ser vencido; por muy fundadas que sean, aun cuando una demanda de reivindicación estuviera formada en su contra, es preciso que dé la prueba de que el vendedor no es propietario. Mientras sólo hay perturbaciones, el comprador no tiene derecho de suspender el precio (art. 1,653).

La jurisprudencia está en este sentido: citaremos, por lo curioso del hecho, una sentencia reciente de la Corte de Casación. Un banquero de París compra á un banquero de Londres un vale al portador de 31,000 francos contra el tesoro francés. Este título fué robado el propietario puso oposición al pago. El comprador repitió inmediatamente el monto de dicho título contra el vendedor. Este contestó que no estaba seguro de que la evicción estuviese consumada. Esta era una chicana bastante mala, puesto que estaba reconocido por las partes que el título había sido robado, lo que probaba que el vendedor había vendido la cosa ajena; luego la acción del comprador era inmediatamente de admitirse. Así fué sentenciado por la Corte de París, y en el recurso intervino una sentencia denegada. (1)

113. ¿Puede el comprador promover si el vendedor es de buena fe? La contestación no se encuentra en el texto de la ley; el art. 1,599 no distingue, y no hay lugar á distinguir. Es porque el vendedor no puede transferir la propiedad de la cosa vendida por lo que la venta es nula en este sentido; se puede decir con Portalis, que el vicio está en la cosa; desde que la cosa es ajena la venta es nula. La buena fe del vendedor no impide que se encuentre en la imposibilidad de transferir la propiedad, sólo que podrá ser tomado en consideración cuando se tratara de determinar el monto de los daños y perjuicios; volvremos á este punto. (2)

114. ¿Puede el comprador promover si compró concien-

1 Denegada, 8 de Diciembre de 1873 (Dalloz, 1874, 1, 128).

2 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 54, núm. 28 bis IV.

temente la cosa ajena, es decir, si es de mala fe? Sí, sin ninguna duda, pues el art. 1,599 decide implícitamente la cuestión en este sentido. La ley dice que el comprador de buena fe puede reclamar daños y perjuicios. Niega, pues, implícitamente este derecho al comprador de mala fe, lo que supone que no puede promover la nulidad, aunque sepa que compra la cosa ajena. Se dice que es imposible en este caso justificar la ley. (1) Contestamos que ésta se justifica por el principio en el que está fundada. La venta está viciada y nula desde que tiene por objeto la cosa ajena; tal es la causa de la nulidad, y la causa subsiste aunque el comprador haya sabido que compraba cosa ajena. La disposición se justificaría bajo el punto de vista de la equidad; si el comprador no pudiera promover la nulidad, el vendedor tendrá derecho al precio por haber cumplido la obligación que le sirve de causa; se enriquecería á expensas del comprador.

## 2. *Del vendedor.*

115. ¿Puede el vendedor promover la nulidad? Si se admite que la venta de la cosa ajena es inexistente ó herida de nulidad radical, hay que conceder la acción de nulidad á todos aquellos que tienen interés en promover. (2) Para decir mejor, ni siquiera habrá acción de nulidad, pues no se pide la nulidad de la nada; el vendedor podrá siempre prevalecerse de la inexistencia del contrato si el comprador pidiera su ejecución, y tendrá treinta años para repetir el precio que hubiera indebidamente pagado. Hemos desechado el principio (núm. 103); debemos, pues, desechar la consecuencia que se deduce de él.

En nuestra opinión la nulidad es relativa, está establecida en interés del adquirente y contra el vendedor

1 Mourlón. t. III, pág. 218, núm. 519.

2 Leligis, en la *Revista crítica*, t. XXXV, pág. 21, núm. 6. De Folleville, pág. 76, núm. 80 y pág. 98, núms. 105 y 106. Marcadé no es consecuente con su principio (t. VI, pág. 203, núm. II del art. 1599).

que vende una cosa de que le es imposible transmitir la propiedad al comprador. Luego el vendedor no puede prevalecerse de ella. Invocaría en vano su interés; nadie se lo contesta, pero para poder promover no basta el interés; cuando la nulidad es relativa es necesario que la ley haya establecido la nulidad por razón de aquel interés. La equidad está acorde con el rigor del derecho. Cuando el vendedor es de mala fe hay una falta que reprocharle y debe sufrir las consecuencias de su falta. Si la nulidad fuera de orden público la falta del vendedor no le impediría promover, pues trataría por interés público antes que por el propio. Pero en el sistema de la nulidad relativa no se entiende que el vendedor, que tiene contra sí el derecho, invoque su interés, cuando es por su negligencia ó su dolo como se colocó en la situación que le es perjudicial. (1)

116. Los que admiten la inexistencia de la venta no son todos consecuentes con su principio (núm. 115, nota). Lo mismo sucede con los autores que enseñan que la convención es sólo anulable. Unos dan la acción de nulidad al vendedor de buena fe, otros le conceden sólo una excepción contra el comprador, pero no le permiten pedir la nulidad después de haber hecho la entrega; estas distinciones nos parecen arbitrarias. La buena fe del vendedor no lo dispensa de cumplir sus obligaciones y está en la imposibilidad de cumplirlas; ¿puede prevalecerse de esta imposibilidad para pedir la nulidad de la convención? En cuanto á la distinción entre la acción y la excepción, los principios la rechazan; oponer la excepción de nulidad es promoverla, puesto que el demandado se vuelve demandante en lo que toca á la excepción. También es contrario á la equidad que el vendedor pueda oponer la excepción de nulidad; el com-

1 Esta es la opinión de Merlin, Troplong, Larombière (Aubry y Rau, t. IV, pág. 354, nota 44, pfo. 351) y Colmet de Santerre, t. VII, pág. 57, núm. 28 bis IX. En el mismo sentido París, 26 de Agosto de 1845 (Dallos, 1845, 2, 133).

prador usa de su derecho al exigir la ejecución de la venta; puede esperar que la posesión se consolidará por la prescripción ó por la confirmación del propietario. ¿Por qué no habrá de poder reclamar el beneficio de la convención y por qué este beneficio habrá de pasar el vendedor? (1)

### *3. Del propietario.*

117. La venta de la cosa ajena no comprometa en nada los derechos del propietario; reivindica la cosa vendida sin atender á la venta. Es verdad que está expuesto á ver perder sus derechos por la usurpación ó por el efecto de la máxima de que tocante á muebles la posesión vale título. Pero este perjuicio lo sufre por su negligencia, por no haber cuidado de su propiedad. Sin embargo, como sufre esta pérdida por la mala fe ó la falta del vendedor, tiene derecho contra él á daños y perjuicios. Volveremos á este punto. Así los derechos del propietario no están regidos por el art. 1,599; quedan bajo el imperio del derecho común; son en el día lo que eran en el derecho antiguo; prueba que la venta de la cosa ajena no perjudicaba en nada al derecho de propiedad. (2)

### *§ IV. De la prescripción y de la confirmación.*

118. ¿La acción de nulidad prescribe en diez años conforme al art. 1,304 ó está sometida á la prescripción general de treinta años? La decisión depende del principio que se admite en lo que se refiere á la naturaleza de la nulidad. Si se admite que sea radical en el sentido de que el acta es inexistente, hay que apartar el art. 1,304, puesto que la prescripción de diez años es una confirmación, y las convencio-

1 Duvergier, t. I, pag. 269, núm. 220. Aubry y Rau, t. IV, pág. 354, nota 44, pfo. 351. En sentido contrario Colmet de Santerre, t. VII, pág. 57, números 28 bis IX y X.

2 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 59, núm. 28 bis XII.

nes inexistentes no pueden ser confirmadas. (1) En esta opinión la prescripción es de treinta años. Como desechamos el principio desechamos también la consecuencia que de él resulta.

En la opinión general la convención es simplemente anulable, y puesto que es de interés privado puede cubrirse por la confirmación. Nada se epone, pues, á la aplicación del art. 1,304. Pero la aplicación levanta una nueva dificultad. Se pregunta desde qué día comienza á correr la prescripción. La mayor parte de los autores contestan que corre desde el día de la venta. Aubry y Rau dicen que este es un grave error; según ellos la prescripción sólo comienza á correr el día en que el vendedor se ha vuelto propietario de la cosa, ó desde el día en que el verdadero propietario ha satisfecho la venta; en efecto, la prescripción del art. 1,304, descansando en una confirmación tácita, no puede comenzar á correr más que cuando la confirmación se hace posible, y las partes contratantes no pueden confirmar la venta de la cosa ajena, mientras que el verdadero propietario no consiente en ello. (2) Esta opinión conducirá á una singular consecuencia: es que la venta no pudiendo nunca ser confirmada por las partes contratantes, nunca habría lugar á la prescripción de diez años. Cuando el vendedor se hace propietario de la cosa ó cuando el verdadero propietario ratifica la venta, la convención se vuelve por esto mismo válida, independientemente de toda confirmación de las partes contratantes, como lo diremos más adelante; y si así sucede no hay lugar á la prescripción. Nos parece que el comprador quien, en nuestro concepto, tiene sólo el derecho de promover la nulidad, puede renunciar á este derecho desde que la acción está abierta, y esta renuncia

1 Marcadé, t. VI, pág. 205, núm. III del art. 1599. Leligois, en la *Revista crítica*, t. XXXV, pág. 22, núm. 7. De Folleville, pag. 82, núm. 82.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 356 y nota 52, pfo. 351.

valdrá confirmación en este sentido: que no podrá ya atacar la venta. Nada impide, pues, que la prescripción corra contra el comprador desde el día del contrato. (1)

119. ¿Se cubre la nulidad por la usucapión? Se admite en todas las opiniones que el comprador puede usucapir contra el verdadero propietario; adquiere, pues, la propiedad por diez ó veinte años cuando se trata de un inmueble. En cuanto á la usucapión de los muebles corporales se hace por la toma de posesión de la cosa en este sentido: que ya no hay lugar á la reivindicación. Nace entonces la cuestión de saber si el comprador, hecho propietario por la prescripción, puede aún promover la nulidad. En la opinión general la nulidad queda cubierta. (2) En nuestro concepto el comprador conserva el derecho de promover la nulidad, el vendedor no puede prevalecerse contra él de la usucapión, pues la prescripción no puede ser invocada más que por aquel á quien aprovechó; puede pagnar con su conciencia el oponerla; si, pues, el comprador promueve la nulidad, el vendedor no puede rechazar su acción por la prescripción. (3) Esta es la opinión que hemos profesado en el título *De las Obligaciones* al tratar del pago (t. XVII, núm. 456).

120. ¿Está cubierta la nulidad por la confirmación del propietario? No puede tratarse de una confirmación propiamente dicha, puesto que confirmar un acto nulo es renunciar al derecho que se tiene de promover la nulidad; y el propietario no promueve la nulidad, puesto que no es parte en el acta. Cuando el propietario confirma, al derecho que tiene de reivindicar la cosa; es decir, que consiente en la translación de la propiedad en provecho del comprador; desde este momento el comprador se vuelve propie-

1 Duvergier, t. I, pág. 270, núm. 221. Colmet de Santerre, t. VII, pág. 62, núm. 28 bis XVIII.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 357, nota 53, pfo. 351.

3 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 63, núm. 28 bis IX.

tario en el sentido de que se encuentra al abrigo de toda reivindicación. Desde luego ya no puede pedir la nulidad de la venta. Sujeta que la venta estaba viciada en su principio y que, por consiguiente, permanece nula. (1) Si, permanece nula, y se puede decir, según la sutileza del derecho, que el comprador tendría el derecho de promover, pero el vendedor rechazaría su acción diciendo que el derecho del comprador de promover la nulidad está fundado en que la propiedad no le fué transferida, y por el consentimiento del verdadero propietario el comprador adquirió la propiedad, puesto que ya no le puede ser quitada; resulta de esto que el comprador no tiene ya motivo jurídico para pedir la nulidad.

Esta es la opinión casi unánime de los autores, y la jurisprudencia está en el mismo sentido. Apartamos la opinión disidente que considera la venta de la cosa ajena como radicalmente nula; se entiende que en esta doctrina ninguna confirmación es posible, pues no se confirma, no se aprueba la nada, salvo que las partes procedan á una nueva venta. (2) En la opinión general se presenta otra dificultad. El propietario ratifica, pero la mujer del propietario tiene una hipoteca legal en el inmueble; ¿la ratificación del propietario bastará en este caso para apartar la acción de nulidad del comprador? Nó, pues la ratificación del propietario no pondría al comprador al abrigo de la evicción de que le amenaza la hipoteca legal. Esto fué sentenciado así por la Corte de Casación, y en este punto no pudiera haber duda. (3) La verdadera dificultad es ésta: el comprador introduce su demanda y durante la instancia el propietario ratifica; se

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 355, nota 49, pfo. 351. Véase, en sentido contrario, las autoridades que citan. Debe agregarse Aertz, *Curso de Derecho Civil*, t. II, pág. 402, núm. 955. La jurisprudencia está relatada en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Venta*, núms. 525-526. Debe agregarse Lieja, 29 de Julio de 1874 (*Pasicrisis*, 1875, 3, 116).

2 De Fulleville, pág. 83, núms. 89, 90 y 91.

3 Denegada, 30 de Diciembre de 1872 (*Dalloz*, 1873, 1, 437).

supone que no hay ninguna otra evicción: ¿quedará suspendida la acción de nulidad por la confirmación del propietario? Hay controversia; en nuestro concepto, desde este momento todo peligro de evicción cesa y esta es la razón para decidir. (1) Las objeciones que se hacen no son serias. Se dice que el comprador no era aún propietario en el momento en que entabló la acción y que su demanda prueba que entiende repudiar todos los efectos de la convención; se concluye que la propiedad no puede ser transferida por el consentimiento del propietario apesar suyo. (2) Esto es argüir muy mal. Si el comprador promueve la nulidad es porque la propiedad no le fué transferida; desde que el propietario consiente en transferirla la acción ya no tiene razón de ser.

121. El vendedor se vuelve propietario por cualquier título. ¿Quedará cubierta la nulidad? En el fondo esta es la misma cuestión que la que acabamos de examinar. Cuando el vendedor se ha vuelto propietario el comprador está al abrigo de toda evicción; hay que decir más: el comprador se ha vuelto propietario. En efecto, el vendedor se obligó a transferir la propiedad de la cosa y el comprador estipuló la adquisición de la propiedad; hay, pues, concurso de consentimiento; si la propiedad no fué transferida es porque el vendedor no es propietario; este obstáculo desaparece cuando el vendedor adquiere la propiedad; desde este momento la transmisión de la propiedad se opera y, por consiguiente, la venta se hace plenamente válida (3)

¿Debe mantenerse esta decisión en el caso en el cual el vendedor no adquiere la propiedad de la cosa sino después de

1 Esta es la opinión de Dalvecourt, de Duvergier, de Larombière y de Arntz. Véanse las citaciones, pág. 123, nota 1.

2 Marcadé, t. VI, pág. 207, núm. V del art. 1599. La jurisprudencia está en este sentido (véanse las sentencias citadas por Aubry y Rau, t. V, pág. 356, nota 40). La sentencia de 1872 no decide la cuestión.

3 Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Palloz, en la palabra *Venta*, núm. 522. Daba agregarse *Lirja*, 23 de Julio de 1859 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 205).

la introducción de la instancia? En nuestro concepto sí. Se objeta que en este caso ya no habrá concurso de consentimiento, puesto que el comprador retira su consentimiento provocando la nulidad de la venta. Hay que entenderse: el comprador que promueve la nulidad no dice que no quiere ser propietario; esto no tendría sentido, puesto que para esto compró; dice que el vendedor, no pudiendo transferirle la propiedad, pide la nulidad de la venta. Lo que implica que la mantendría si el vendedor le transfiriera la propiedad; luego su consentimiento en hacerse propietario subsiste mientras que la venta no está anulada. Hay que concluir de esto que la acción de nulidad cae desde el momento en que el vendedor se volvió propietario.

En la opinión que considera la venta como inexistente hay que decidir que no está validada aunque el vendedor se vuelva propietario; es la nada y la nada no puede nunca ser confirmada. (1)

#### V. Efecto de la venta — Daños y perjuicios.

122. El artículo 1,599. que declara nula la venta de la cosa ajena, agrega que puede dar lugar á daños y perjuicios cuando el comprador ignoraba que la cosa fuera ajena. Si el comprador sabía que la cosa no pertenecía al vendedor, no puede reclamar daños y perjuicios; debía esperar en este caso á ser vencido: y es probable que había fijado el precio con relación á los temores de evicción que tenía; todo lo que puede pedir es que se le restituya el precio. Tiene derecho á la restitución del precio porque la anulación de la venta debe volver á colocar á las partes en la situación que tenían antes del contrato; el vendedor no puede retener el precio cuando no ha transmitido la propiedad de la cosa, puesto que la transmisión de la propiedad es la causa de la obligación que el comprador contrae de pagarle el precio.

1 De Follville, pág. 83, núm. 90 y pág. 93, núm. 110.

¿Cuándo puede decirse que el comprador sabe ó ignora que la cosa no pertenecía al vendedor? Esto es una cuestión de hecho. Pero hé aquí una cuestión de derecho que se ha opuesto al comprador en un caso juzgado recientemente por la Corte de Casación. Se decía: le hubiera sido fácil al comprador, si hubiera examinado con atención los terrenos que eran objeto de la venta, cerciorarse de que una parte de ellos no pertenecía al vendedor; hay, pues, una falta que reprocharle y, por consiguiente, no puede reclamar daños y perjuicios. La Corte no admitió esta doctrina, y con razón. Sin duda el comprador prudente debe asegurarse de que la cosa que se vende pertenece al vendedor, pero esto es para ponerse al abrigo de la acción por reivindicación que el propietario podrá formar contra él: la cuestión de los daños y perjuicios se ventila entre el comprador y el vendedor; y el vendedor es quien debe saber si vende la cosa ajena y es él quien debe declararlo; desde que vende lo que que no le pertenece está obligado á daños y perjuicios cuando el comprador ignora el hecho. Harto dudamos, como parece decirlo la Corte de Casación, de que los jueces deban tomar en consideración la negligencia del comprador en la apreciación que hacen de los daños y perjuicios; (1) para con el vendedor el comprador no tiene ninguna obligación de asegurarse si su autor es propietario; no se puede, pues, decir que tenga la culpa si no lo ha hecho.

123. El comprador, aunque sea de mala fe, puede reclamar la restitución del precio que ha pagado. Esto no es dudoso, pero ¿puede reclamarlo inmediatamente ó debe esperar á ser vencido? En nuestro concepto el precio debe ser restituido desde que la venta está anulada; en efecto, está probado independientemente de la evicción que el vendedor no tiene ningún derecho al juicio; lo retendría sin causa. Se objeta que si el comprador sabe que la cosa vendida no pertenece

1 D. negada, 8 de Mayo de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 479).

al vendedor, su situación es la de un comprador que estuviera sometido a la cláusula de no garantía; y se concluye que el comprador no puede promover más que cuando fué vencido en juicio. (1) Nos parece que esto es confundir dos situaciones muy diferentes. La estipulación de no garantía no prueba que el vendedor no es propietario, luego el comprador no tiene ninguna acción hasta que esté vencido en juicio. Mientras que suponemos que el comprador sabe y tiene la prueba de que el vendedor no es propietario; desde luego tiene el derecho de promover la nulidad, y la consecuencia necesaria de la anulación es que el vendedor debe restituir el precio que recibió.

124. ¿Tiene el comprador de buena fe derecho a daños y perjuicios? ¿A qué título? ¿es a título de garantía ó en contra del art. 1,382? La cuestión está controvertida como todo lo relativo a la venta de la cosa ajena. Si se admite que la venta es inexistente no puede tratarse de la garantía, puesto que no hay comprador ni vendedor; en esta opinión los daños y perjuicios no tienen otra causa más que el hecho perjudicial de aquel que vendió lo que no le pertenecía. (2) Hemos desechado esta teoría, y en el caso el mismo texto del Código la rechaza; el art. 1,599 dice terminantemente que la venta es la que da lugar a daños y perjuicios. Esto es muy lógico en la opinión general que seguimos. El vendedor tiene varias obligaciones; según el art. 1,603, *debe entregar la cosa y garantizarla*; la entrega comprende la transacción de propiedad en derecho francés. Si el vendedor no puede cumplir esta obligación debe estar obligado a las que incumben al vendedor en caso de evicción. A este respecto el Código no innova el antiguo derecho; la única innovación consiste en que, bajo el imperio de la nueva ley, el comprador puede promover antes de ser vencido; nada

1 Colmet de Santarre, t. VII, pág. 60, núm. 28 *loc. cit.* XVI.

2 De Follville, pág. 69, núm. 72 y pág. 122 núm. 126.

hay cambiado en cuanto á las consecuencias de la obligación de garantía. (1)

125. El vendedor puede estar obligado á daños y perjuicios para con el propietario. Este no puede ya reivindicar cuando los terceros adquirentes han usurpado la propiedad; y aunque la prescripción no esté adquirida puede tener derecho á daños y perjuicios contra los terceros, respeto á menoscabos. En todos los casos en que el propietario no está completamente indemnizado por la acción que tiene contra el tercer poseedor, puede promover contra el vendedor. Esta acción está fundada en el artículo 1,382, pues entre el propietario y el vendedor no hay ninguna convención. ¿Cuál será el monto de los daños y perjuicios que el comprador debe pagar? Se aplica el derecho común tal como lo hemos expuesto en el título *De los Cuasicontratos* y *De los Delitos*. Se ha presentado una dificultad. La Corte de Colmar había condenado al vendedor á restituir el valor actual de los bienes, mientras que el vendedor pretendía que no debía pagar más que el valor que los bienes tenían cuando la venta; la diferencia es considerable, pues los bienes habían sido vendidos en 1816 y 1817 y la acción del propietario sólo fué intentada el 1846. En el recurso intervino una sentencia de denegada. Se decía del demandante que no había lugar á aplicarle el art. 1,633, lo que es evidente, pues no se trataba de la acción de garantía; la Corte contesta que nada impedía aplicar esta disposición, por analogía, á los daños y perjuicios debidos por el vendedor. Para justificar la sentencia atacada la Corte invoca también la regla general del art. 1,149, (2) Creemos que la Corte de Casación hizo mal en citar los arts. 1,633 y 1,149; sólo se aplica en materia de obligaciones con-

1 *A. Orr y Rao*, t. IV, pág. 354 y nota 45 (fo. 251). *Arntz*, t. II, pág. 402, núm. 954.

2 Denegada, 10 de Julio de 1852 (*Dalloz*, 1852, 1, 247).

vencionales; mientras que, en el caso, se trataba de un delito, puesto que la sentencia hacía constar que el vendedor había sido de mala fe; desde luego la Corte de Apelación podía condenarlo á reparar todo el perjuicio que había causado por su dolo; lo que implica una responsabilidad más severa que la que existe en caso de daños y perjuicios convencionales.

### § V.—DE LA FORMA.

126. Según el art. 1,582 «la venta puede hacerse por acta auténtica ó privada.» ¿Cuál es el sentido de esta disposición? Según los principios no hay ninguna duda. Los hemos expuesto en el título *De las Obligaciones* (t. XV, número 446). La venta es un contrato no solemne, luego las partes no deben hacer sus convenciones por escrito sino cuando quieren procurarse una prueba literal; se entiende que este escrito puede ser un acta auténtica ó privada. Tal es al menos el sistema del Código Civil y la Ley Hipotecaria belga lo ha derogado en el sentido de que la venta de los inmuebles no puede ser opuesta á los terceros más que si el acta en que consta fué registrada, y sólo se admiten al registro las actas auténticas. Dejamos á un lado esta innovación para volver á ella en el título *De las Hipotecas*.

Si se atiende uno á los principios no se ve la utilidad del art. 1,582. Hay que ocurrir á los trabajos preparatorios para entender esta disposición que hubiera sido mejor haber insertado en la ley. En la competencia de algunos parlamentos se exigía una acta auténtica para la prueba de la venta de inmuebles por razón de la importancia de estas ventas y para evitar las contestaciones á que dan lugar las demás pruebas. El Tribunalado propuso sancionar esta usó en estos términos: «Toda venta de inmueble debe ser hecha por acta auténtica ó privada.» Esta proposición no fué admitida; el Consejo de Esta lo quitó la primera parte de la disposición

y mantuvo la segunda con el fin de no dejar ninguna duda acerca del derecho que las partes tenían de probar la venta, aun de los inmuebles según el derecho común. Es en este sentido como Pothier lo explica. "No siendo exigida una escritura en la venta como prueba del acto, el proyecto de ley deja á las partes contratantes en libertad para hacer sus convenciones por acta auténtica ó privada." (1) Puesto que se quería atenerse á los principios mejor hubiera sido quitar la disposición que el Código ha conservado, pues no se podría interpretarla en el sentido de que la venta debe ser redactada por escrito. El relator del Tribunalado creyó deber combatir de antemano esta falsa interpretación. El proyecto no dice "sólo puede hacerse por acta auténtica," dice "puede hacerse." Las partes pueden, pues, tratar oralmente; resultará de esto, dice Faure, que si el objeto es de un valor que exceda de 150 francos la prueba testimonial de la convención no será admitida á no ser que exista un principio de prueba por escrito. (2) En definitiva, dice Grenier, se aplican á todas las ventas, mobiliarias ó inmobiliarias, los principios que rigen la prueba de las obligaciones convencionales. (3)

127. La jurisprudencia está en este sentido. Fué sentenciado que se puede probar por testigos la venta de un inmueble cuyo valor no pase de 150 francos. (4) Cuando hay un principio de prueba por escrito la prueba testimonial es indefinidamente admisible. (5) El escrito que redactan las partes no sirve de prueba; (6) de manera que la nulidad del escrito no arrastra la nulidad de la venta. En princi-

1 *Observaciones del Tribunalado*, núm. 2 (Loché t. VII, pág. 62). Portalis, *Exposición de los motivos*, núm. 5 (Loché, pág. 70).

2 Faure, *Informe* núm. 11 (t. VII, pág. 90).

3 Grenier, *Discurso* núm. 7 (Loché, t. VII, pág. 107).

4 Tolosa, 17 de Agosto de 1872 (Dalloz, 1872, 2, 221).

5 Denegada, 18 de Mayo de 1896 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 61).

6 Bruselas, 28 de Mayo de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, pag. 141).

pio esto no presenta ninguna dificultad, sólo en los contratos solemnes el escrito desempeña un papel relativo á la existencia del contrato; no hay donación, contrato de matrimonio ó hipoteca sin acta auténtica. No sucede lo mismo con los contratos no solemnes tales como la venta. Esto es elemental (t. XV, núm. 447). Pero en la aplicación se presenta una dificultad de hecho. Si el acta es incompleta, ¿no debe concluirse que las partes no entendieron tratar definitivamente? Nó, pues esto sería hacer depender de la redacción de un escrito la existencia del contrato, á reserva de que las partes prueben que sus convenciones no condujeron. El principio debe ser mantenido; la nulidad del escrito, cualquiera que sea su causa, no tiene nada común con la existencia ó la validez de la convención. Una acta en que consta una venta no está firmada; la firma es en todas las actas privadas, una condición de existencia; fué sentenciado que el acta ni siquiera puede ser validada por una confirmación tácita; para dar fuerza y vida á una acta que no tiene existencia legal es necesario que una nueva acta le dé la existencia que le falta. La misma sentencia que lo decide agrega que la venta es independiente del acta en que consta; en el caso el escrito no podía invocarse como prueba, pero sucedía que el precio no era más que de 60 francos, y nada probaba que este fuera el verdadero valor de la cosa vendida; desde luego la prueba testimonial era de admitirse para probar la venta. (1) Lo que la Corte dice de la prueba testimonial se aplica naturalmente á todas las demás pruebas legales; la nulidad del escrito sólo tiene este efecto que no puede servir de prueba, á reserva de que las partes interesadas establezcan por cualquiera otra vía de derecho la existencia y la validez de la convención que alegan. (2) Si insistimos tanto en estos principios elementales

1 Douai, 7 de Enero de 1836 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 61, 2. °)  
2 Bruselas, 21 de Mayo de 1814 (*Pasicrisia*, 1814, pág. 76).

es porque han sido algunas veces desconocidos por los tribunales y debemos poner en guardia á nuestros jóvenes lectores contra estos errores aunque no fueran más que errores de redacción. Se lee en una sentencia de Lieja: «Para que las *obligaciones* respectivas que encierra una *acta* *sinalagmática* *tengin sus efectos*, debe estar redactada y firmada en tantos originales cuantas partes contratantes haya» (1) Esto no es exacto; todo lo que resulta del art. 1,325 es que el escrito que no está hecho en tantos originales como partes hay con interés distinto, es nulo, y no puede, por consiguiente, servir de prueba; pero de que el escrito es nulo no resulta que la venta lo sea ó que nunca haya existido, á reserva de que las partes prueben que solo hubo un proyecto de venta, y no hasta que la *acta* sea nula para poder inducirse que sólo hubo preludio de contrato. Se encuentran esos errores ó esas negligencias aun en la sentencia de la Corte de Casación. Un *acta* de venta no está firmada por una de las partes; el escrito es nulo; el Tribunal de Apelación decide que la venta es nula. Recurso de casación; la Corte deshecha, «visto que el Tribunal, al declarar el *contrato de venta* nulo por falta de firma, se conformó á las disposiciones de las leyes que rigen los contratos.» (2) Nó, la nulidad del *acta* no arrastra la nulidad del *contrato*. Se podía que no hubiera venta; faltaba decirlo, y sobre todo probarlo independientemente de la nulidad del escrito. Se ha juzgado aun por la Corte de Casación que el marido que ha adquirido un fondo en unión de su mujer no está *ligado* por una *acta* extendida ante un notario, nulo por rehusarse la mujer á la firma y por defecto de la fecha. (3) No se está *ligado* por el *concurso de consentimiento* que constituye el contrato; luego se puede estar ligado aunque el *acta* sea nu-

1 Lieja, 6 de Junio de 1828 (*Fasicristia*, 1828, pag. 201).

2 Denegada. 7 Floreal. añ. VI (Dalb. z. en la palabra *Venta*, núm. 79, 1.º

3 Casación, 1.º de Diciembre de 1819 (Daloz, en la palabra *Venta*, número 79, 4.º)

la en la forma; lo mismo que no se estaría ligado apesar de la validez del acta, si el contrato no reuniese todas las condiciones requeridas para su valimiento y existencia.

128. ¿Depende de las partes hacer de la forma una existencia de la venta? Hemos examinado antes la cuestión de principio (t. XV, núm. 448); la afirmativa no es dudosa. Deja á las partes subordinar la existencia de sus convenciones á la redacción de un escrito; la venta se vuelve en este caso un contrato solemne en el sentido de que las partes si no redactan escrito no habrá venta, y faltaría decidir la misma cosa si el escrito no fuese válido. Pero como una cláusula semejante cambiará la naturaleza del contrato, falta una declaración firme que no deje alguna duda sobre la intención de las partes contratantes (t. XV, núm. 449). Las partes convienen, al hacer una venta verbal, que se levante acta ante el notario, y el comprador da inmediatamente, sobre el precio de 3,072 francos, un abono de 672. Cuando se trata de levantar el acta el vendedor declara no querer dar curso al mercado. Después de haber oído á las partes la Corte de Bourges decidió que las partes, todas conformes con el precio y la cosa, convinieron en que se levantaría acta notariada de la venta. Y, dice la Corte, es de jurisprudencia en este caso que, hasta la confección del acta, las convenciones de las partes queden en los términos de un simple proyecto de que no pueden retractarse. Se objetaba el pago dado en cuenta; la Corte contesta que sin duda este era un principio de ejecución, pero que esta convención no cambiaba las convenciones originales ni la autoridad de jurisprudencia tanto más respetable que previene el peligro de la incertidumbre de la propiedad, y que así se conforma el interés público. Hay algo más respetable que la jurisprudencia: son las convenciones de las partes y los principios que las rigen. ¿Es que se ejecuta una convención que sólo se encuentra en estado de proyecto? ¿Decir que se redactará una acta es hacer depen-

der la existencia de la venta de la redacción del acta? En el recurso intervino sin embargo una sentencia de denegada, pero la Corte de Casación no habla ya de la pretendida jurisprudencia y no decide la cuestión de principio. Para mantener la sentencia atacada le dió una interpretación que no es muy conciliable con sus términos. Se trataba de saber, dice, si á falta de una prueba escrita había habido contrato perfecto entre las partes ó un simple proyecto: cuestión de hecho que los jueces deciden según las circunstancias de la causa, las confesiones y negativas de las partes; y, en el caso, fué después de haber oído á las partes en persona como la Corte de Bourges sentenció que había sido convenido pasar acta de la venta para hacerla perfecta. (1) La decisión es exacta en teoría, pero está en oposición con los hechos y con los motivos de la sentencia atacada. Hay una sentencia de la Corte de Agén en este sentido; decide de hecho y según la correspondencia de las partes, que no había contrato perfecto de venta sino que eran simples preparaciones. (2)

No basta, pues, para que la venta sea un contrato solemne que las partes convengan en redactar una acta de sus convenciones, (3) es necesario que hayan entendido subordinar la existencia de la venta á la redacción de un escrito. Las partes estipulan que la venta estará *realizada* por acta auténtica en un *cierto* plazo, y agregan que esto será una condición esencial de la venta sin la cual ésta no tendrá lugar. Esta es una manifestación de voluntad terminante; no obstante, ha sido sentenciado que el comprador había satisfecho la cláusula depositando el acta en casa de un notario después de la expiración del plazo. (4) ¿No es esto apartarse de la ley que las mismas partes habían hecho? La

1 Denegada. Sección Civil, 12 de Noviembre de 1821 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 71).

2 Agén, 17 de Enero de 1824 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 95).

3 Rennes, 7 de Julio de 1845 (Dalloz, 1851, 2, 182).

4 Riom, 9 de Marzo de 1844 (Dalloz, 1845, 4, 618).

Corte parece aplicar el caso á los principios que rigen la masa, pero el art. 1,139 supone que la convención está definitivamente suspendida; mientras que, en el caso, se trataba de saber si había convención; y según la voluntad bien expresada de las partes debía decirse que no había venta.

129. ¿Cuál es el efecto de la cláusula por la cual las partes subordinan la venta á la redacción de un acta? Hemos supuesto siempre que la existencia misma de la venta estaba suspensa en el sentido de que no existiría sino cuando el acta fuese pasada. Es preciso no creer, como parecen decirlo los autores, que la venta sea condicional. Si fuese condicional, la condición retrotraería; de donde resultaría que la venta existiría el día que la convención interviniese. No es tal el sentido de la cláusula; el contrato no es más que un proyecto, el proyecto no se *realizará*; este es el término usado: sino cuando el acta sea pasada; mientras que una venta condicional no es un proyecto: las partes están ligadas y no depende de ellas *realizar* la venta; es perfecta entre las partes, puesto que la condición es indiferente de su voluntad. Troplong comienza por decir que hay condición suspensiva, lo que significa que hay venta condicional; pero más lejos dice que *la perfección de la venta* está detenida hasta que se pase el acta, lo que es distinto. Bugnet se expresa también de una manera inexacta. Hay condición suspensiva, dice, siempre que la intención de las partes haya sido la de redactar un escrito; después añade que las partes no han querido obligarse en tanto que el escrito estuviese probado; de manera que se debe mirar como dices no obligatorios todo lo que precede á la redacción del escrito. (1)

Esto puede ser, pero también puede no ser. Es una cuestión de intención y de hecho (2) como lo dijo la Corte

1 Troplong, pág. 26, núm. 19. Bugnet según Pothier, t. III, pág. 9, nota 3  
2 Touvergier, t. I, pág. 65, núm. 72.

de Casación en una sentencia reciente. (1) Se ha juzgado que la venta está hecha bajo condición resolutoria cuando las partes han convenido que si en un plazo fijo el acta privada no fuese convertida en acta pública y el precio pagado, la venta sería como no arreglada y de efecto nulo. (2) La sentencia, llena de citas, está muy mal redactada; bastaba con decir que la venta existía desde el principio, pues que esto resultaba de la cláusula que acabamos de transcribir. El comprador se obligaba á pagar el precio en cierto plazo; y el precio no se debe sino cuando hay venta, y si no se paga hay resolución.

130. Las partes redactan un escrito privado estipulando el levantamiento de una acta ante notario. Se pregunta si la existencia de la venta se suspenderá hasta que se levante el acta pública. La cláusula es frecuente y tradicional; Portalis la prevee en la Exposición de los Motivos; dice que el acta privada no es por esto un simple proyecto; se promete únicamente darle una forma más auténtica, pero el fondo del contrato queda siempre independiente de esta forma. Tal era la antigua jurisprudencia; se ha constantemente juzgado, dice el orador del Gobierno, que una venta privada era obligatoria aunque en el escrito privado se haya reservado redactar la convención por acta pública y que la reserva jamás haya sido realizada. Sin embargo, la redacción de un acta pública sería esencial si las partes habían declarado que hasta ahí, la primera acta permanecía en los términos de un simple proyecto. (3) Esto es evidente. No es necesaria una declaración tan explícita con tal que no haya alguna duda sobre la intención de las partes contratantes, pues que todo depende de su voluntad. Pero se admitirá difícilmente que tal sea su voluntad, puesto que el escrito

1 Denegata, 22 de Diciembre de 1874 (Daloz, 1875, t. 1, 104).

2 Tolosa, 19 de Agosto de 1806 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, número 3006 t. 2)

3 Portalis, *Exposición de los motivos*, núm. 5 (Loché, t. VII, pág. 70).

privado les suministra una prueba literal: el acta auténtica es en rigor inútil, al menos entre las partes. Es necesario para la transcripción, pero el reconocimiento en justicia reemplaza una auténtica. Será muy raro que las partes estipulen la redacción de una acta notariada como condición de la venta. Sin embargo, después de promulgadas las nuevas leyes en Bélgica y Francia sobre la transcripción, el caso se puede presentar más á menudo que bajo el imperio del Código Civil. Es siempre una cuestión de intención, luego de hecho. (1)

*SECCION III.—De los efectos de la venta.*

§ I.—DE LOS RIESGOS Y DE LA TRANSMISION DE LA PROPIEDAD

131. En las ventas puras y simples el comprador soporta los riesgos (art. 1,137). Si la venta se hace bajo condición suspensiva la cosa queda á riesgo del vendedor (artículo 1,182); si está hecha bajo condición resolutoria el comprador soporta los riesgos en virtud del mismo principio, pues que el deudor es condicional. Nos trasladamos, en cuanto al principio, al título *De las Obligaciones*. Es muchas veces difícil de distinguir si la condición es suspensiva ó resolutoria. Hé aquí una especie recientemente juzgada por la Corte de Casación. Las patatas destinadas al consumo de París fueron vendidas. El comprador, después de haber recibido aviso de la expedición, contesta el mismo día que consiente en recibir mediante precio fijo, bajo la condición de que el Inspector del Gobierno aceptará las patatas. En el momento en que llegaron á París el Gobernador había abandonado la Capital y el Municipio lo reemplazaba. Los vendedores pretendían que los riesgos eran á cargo del comprador: su pedimento, rechazado por el Tri-

1 Durantón, t. XVI, pag. 40, núm. 39. Denegada, 23de Agosto de 1848 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 68).