

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

1 "Si contra fit Nihily, est quod fit" (D'Argentré, sobre el artículo 285 del Fuero de Bretaña, pág. 1,230).



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

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

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

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

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

1 Dunoð, *Tratado de las Prescripciones*, págs. 47 á 49.  
2 Merlin, *Recopilación*, en la palabra *Prescripción*.



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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