

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

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

Núm 3. Del dolo.

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

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

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

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

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

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

La distinción, así entendida, es falsa, porque aunque esté ya decidido á contratar, muy bien puede ser que, sin el dolo que me ha engañado, no habría aceptado las condiciones bajo las cuales he tratado, y el dolo incidental viene, pues, á ser, en este caso, dolo principal, lo cual prueba que la distinción no sirve de nada. Queriendo evitar esta inexactitud se ha definido el dolo principal, aquel sin el cual las partes no habrían contratado, que es la definición del art. 1.116, y se ha llamado dolo incidental aquel que no habría impedido contratar á la parte engañada; (3) lo cual, aunque es exacto, no sirve de nada, pues si bien es cierto que da un nombre á la cosa, sin embargo, el nombre de dolo principal y el nombre de dolo incidental no ayudan al juez á distinguir el dolo que vicia el

¹ Massé, *Derecho Mercantil*, t. 3^o, pág. 94, núm. 1.512.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

526. Todo contrato es anulable por causa de fraude. Un préstamo fraudulento hecho con estipulación de intereses de 25 p. $\frac{1}{2}$ había crecido rápidamente y se elevaba, al comenzar el litigio, á 100,000 francos. Los prestamistas habían pagado algunos miles de francos por algunas deudas del que recibió el préstamo. Todo fué anulado, salvo, bien entendido, la restitución de las sumas entregadas, porque nadie puede enriquecerse con perjuicio de otro. Los pretendidos prestamistas interpusieron casación, que fué rechazada. (2)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ARTICULO 1.—Principio

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

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

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