

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).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

536. Si nos detenemos sobre un punto puramente teóri-

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

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

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

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

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

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

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

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

2 Véanse las sentencias copiladas por Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 246, 2º.

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

ARTICULO 2. — De la promesa para un tercero.

Núm. 1. Cuando viene á ser obligatoria esta promesa.

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

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

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

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

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

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