

NOTA: A solicitud de los alumnos de la Facultad de Derecho y por haberse agotado el No. 31 de esta Revista, repetimos la publicación de los primeros capítulos del tratado de Las Obligaciones en el Derecho Civil Colombiano.

INTRODUCCION

El libro 2o. del código reglamenta los derechos reales; allí se trata de la organización jurídica de la adquisición de la riqueza mediante la apropiación directa de las cosas, la que permite al titular de dichos derechos extraer de los bienes por sí mismo, el provecho económico que éstos son susceptibles de rendir.

El tratado de las obligaciones contiene los principios generales que regulan el derecho personal, o sea, la organización jurídica de la riqueza mediante la utilización de los servicios de los otros, ya que en este derecho el provecho se obtiene merced al cumplimiento de la prestación por parte del respectivo deudor.

Los elementos del derecho personal son: un sujeto activo, que es el titular de la facultad y que en general se denomina acreedor; un sujeto pasivo determinado, que es obligado a la prestación y que se llama deudor, y una prestación, que es el objeto del derecho y que consiste en dar, hacer, o no hacer alguna cosa.

El acreedor, según el título o causa de donde provenga su derecho, puede llamarse vendedor o comprador, arrendador o arrendatario, mutuante, socio, mandante o mandatario etc., y a su turno el deudor, recibirá los mismos nombres.

La relación jurídica que implica el derecho personal, se descompone en dos extremos: el uno, es el activo, si se tiene en cuenta la situación del acreedor; por este aspecto se denomina crédito. El otro, es el pasivo, si se mira desde el punto de vista del deudor; por este aspecto se llama obligación o deuda.

De esta suerte, crédito y obligación son términos correlativos; no puede haber un derecho personal o crédito sin que exis-

ta por otra parte la obligación de cumplir la prestación que constituye el objeto de ese derecho o crédito.

Aunque se conserva el nombre de derecho personal, este no tiene el alcance que tuvo en el primitivo derecho romano. El concepto de hoy no implica derecho o prerrogativa alguna sobre la persona del deudor; ese vínculo jurídico sólo dice relación al patrimonio, su contenido es de carácter económico. No quiere decir esto que el derecho deba despersonalizarse; nó, él continuará siendo un nexo de persona a persona pero con efectos exclusivamente patrimoniales, apreciables en dinero.

La ley, siguiendo la tradición romana, ha reglamentado el derecho personal por el extremo pasivo; por el aspecto de la obligación. Por eso se titula tratado de las obligaciones. Pero es obvio que cuanto se diga de la obligación o deuda, es aplicable al crédito que es el concepto correlativo.

La importancia de la materia es mucha. La teoría general de las obligaciones contiene los principios que regulan las relaciones de carácter jurídico patrimonial que impone la ley o que se producen por la actuación jurídica de los hombres o por los hechos ilícitos, y nadie ignora, que la vida social es una vasta red de obligaciones.

De la obligación se han dado muchas definiciones. La clásica de Justiniano, "vinculum juris quo nessecitate adstringimur...". La de las siete partidas, "ligamento fecho según ley et según natura", etc. La obligación es la contrapartida del crédito; si este se define diciendo que es la facultad jurídica de una persona para exigir de otra el cumplimiento de una prestación; la obligación, es el deber jurídico en que está una persona de ejecutar en favor de otra, una determinada prestación.

La prestación puede ser positiva o negativa, y consiste en dar, hacer, o no hacer alguna cosa.

Dar en derecho significa transferir dominio o constituir o traspasar un derecho real. La compraventa, el mutuo, la donación generan, obligaciones de dar.

Todo hecho positivo que pueda servir de objeto a la obligación y que no sea "dar", constituye la de hacer. La de entregar una cosa, sin tradición, es obligación de hacer. El arrendamiento produce obligaciones de hacer, el pago de la renta por el arrendatario es de dar. El comodatario se obliga a hacer, lo mismo que el depositario.

La abstención por parte del deudor de ejecutar un hecho que reporta provecho económico para el acreedor, implica la obligación de no hacer. Ej: cesión de una patente de invención comprometiéndose el inventor a no revelar el secreto. Venta de un establecimiento comercial con obligación de no hacer competencia.

El tratado general de las obligaciones estudia las fuentes o hechos que las producen; los elementos o requisitos para la validez de la declaración de la voluntad, que es lo que constituye la obligación que surge del acto jurídico; las modalidades de que ellas son susceptibles; las diversas clases de obligaciones, sus efectos, y los modos como se extinguen. O mejor, las estudia y reglamenta en su nacimiento, vida y muerte.

CAPITULO I.

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.

El Código consigna como hechos que dan lugar a ellas, los siguientes: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y la ley (art. 1494).

Noción de cada una de las fuentes.—El contrato es un ente meramente creador de obligaciones; la más fecunda de las fuentes y su única finalidad jurídica y económica es la de crear obligaciones. En el código Francés, los contratos también sirven de modos traslaticios; por sí mismos desplazan o traspasan el dominio. El C. C. colombiano, siguió a este respecto la tradición del derecho romano, y el contrato por sí sólo, es ineficaz para traspasar dominio o crear derecho real, excepto los casos anómalos del mutuo del derecho de prenda, y de la renta vitalicia. El contrato es el acuerdo de voluntades para crear efectos jurídicos, obligaciones.

Según el art. 1.495 del C. C., "contrato o convención, es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa". En esta definición se equiparan o hacen sinónimos los términos **contrato y convención**, conceptos que en tecnología jurídica son distintos. Convención es término genérico y se aplica a todo acuerdo que produce un resultado económico; al que crea, modifica, extingue o traspasa derechos; en cambio, el contrato es específico, y se aplica sólo al que produce obligaciones. Todo contrato es convención pero nó a la inversa.

Además, ese texto 1495, define más bien la obligación que

el contrato, o sea, toma el efecto por una de sus causas; y no solamente da el concepto de obligación, sino que consigna la gran clasificación de ellas, la **summa diviso** de las obligaciones.

Cuasicontrato.—Es un acto unilateral lícito que produce efectos jurídicos, unilaterales o bilaterales. Esta figura es fuertemente criticada por la ciencia moderna, y es el caso que ha desaparecido de muchos de los códigos expedidos en el presente siglo. Joseerand la califica de **monstruo legendario** y dice que si ella tenía su explicación en el derecho romano, carece de justificación en el derecho moderno porque el legislador actual repudia el formalismo y no encierra las categorías jurídicas en moldes o estrechos compartimientos, sino que le ha dado efecto a la voluntad jurídica aunque no se concrete o vacie en un cliché oficial, revestido de un nombre consagrado.

Delito.—Es el hecho ilícito cumplido con la intención de dañar que ha ocasionado perjuicio a otro en su persona o en sus bienes; el delito puede ser civil o penal. Y a consecuencia del daño o perjuicio inferido a otro surge para el autor la obligación de indemnizar.

Cuasidelito.—Es también el hecho ilícito que ha causado perjuicio o daño a otro pero que se ha ejecutado sin intención, en forma involuntaria. Del daño o perjuicio causado por el hecho culposo surge para el autor la misma obligación de reparar. La culpa es civil y penal.

.....**La ley.**—En muchos casos, y sin necesidad de un hecho previo, que sirva de fuente próxima a la obligación, la ley la instituye o establece, como ocurre por ejemplo, en la obligación de dar alimentos.

Esta enumeración de fuentes de las obligaciones que hace el C. C., ha sido criticada por varios aspectos.

Algunos, la tachan de incompleta porque no aparece allí el testamento que suele ser fuente de obligaciones. Más este silencio, se explica fácilmente porque el testamento no está destinado a crear obligaciones, no es esa su finalidad y sólo por excepción da lugar a ellas.

También se le anota que no está consignada en esa nomenclatura como fuente de obligaciones la declaración unilateral de voluntad que ya los códigos más nuevos sí contemplan en los casos de la **oferta**, la **promesa de recompensa**, la emisión de un instrumento negociable al portador, y la fundación.

Otros dicen, que esas fuentes bien pueden reducirse a dos: al contrato y a la ley. Más de aceptar esto sería preferible reducir esas fuentes a la sola ley ya que es esta la que recoge los demás hechos y los sanciona civilmente para el efecto de hacerlos producir obligaciones.

Josserand suministra la siguiente enunciación o nomenclatura de esas fuentes, que por ser la más completa y técnica, ha encontrado acogida en la doctrina. Ella es:

- a.—**Los actos jurídicos.** Los que se subdividen en contratos, y en compromisos unilaterales (actos de formación unilateral).
- b.—**Los actos ilícitos.** (delitos y cuasidelitos).
- c.—**Enriquecimiento sin causa.**
- d.—**La ley.**

De esta clasificación queda descartado el cuasicontrato pero algunos de ellos, como el **pago de lo no debido**, quedaría dentro del enriquecimiento sin causa; la **agencia oficiosa**, dentro de los actos jurídicos de formación unilateral. Que por lo que hace al cuasicontrato de comunidad la ciencia jurídica, no lo considera como tal sino como una forma o manera de ser de la propiedad. Propiedad plural y a la vez unitaria como que la cosa común es de todos los comuneros y cada uno tiene dominio sobre su cuota.

Enriquecimiento sin causa.—Esta institución y así con su nombre, no está expresamente instituida y reglamentada en el código, pero ella sirve y explica el fundamento de muchos textos. La doctrina y la jurisprudencia, han elaborado una teoría más o menos completa de este fenómeno reputado hoy como una gran fuente de obligaciones. En la Ley de Tierras si se hace especial mención del enriquecimiento sin causa, y ya muchos códigos la han instituido y reglamentado.

CAPITULO II

CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

La clasificación de los contratos, pertenece al tratado de éstos, pero como algunas nociones de esa clasificación se necesitan para el estudio de las obligaciones, y también, para acatar mientras no haya inconveniente, el orden del C. C., se consigna aquí la división de los entes convencionales.

Por razón de las obligaciones que producen, los contratos

son UNILATERALES y BILATERALES. En el **unilateral** sólo resultan obligaciones para una de las partes, así ocurre en el mutuo, depósito, renta vitalicia etc. Es **bilateral, o sinalagmático** como lo llama el C. C. Francés, cuando él produce obligaciones para todas las partes contratantes. Compraventa, arrendamiento, etc.

Los contratos unilaterales pueden también generar obligaciones para la parte que no se vinculó en el momento de la formación del contrato, y como consecuencia de hechos posteriores y contingentes que no surgen de la naturaleza de la convención (sinalagmáticos imperfectos). Así, él cómodamente puede xerse obligado para con el comodatario por expensas extraordinarias que éste hiciere en la conservación de la cosa o por los perjuicios que esta le haya causado.

Por razón de la utilidad que reportan los contrantes, se clasifican en GRATUITOS y ONEROSOS. Es **gratuito** o de **beneficencia**, cuando sólo una parte sufre el quebranto patrimonial y la otra y sin contraprestación, recibe el beneficio. Es **Oneroso** cuando ambas partes se gravan en provecho recíproco.

No es lo mismo contrato bilateral que contrato oneroso. En principio todo bilateral es oneroso, pero no a la inversa. El mutuo con interés y la renta vitalicia son unilaterales pero onerosos. En estos dos contratos ambas partes han experimentado merma patrimonial y sin embargo, sólo se obligan el mutuuario y el debirentista.

El contrato oneroso se subdivide en CONMUTATIVO y ALEATORIO. En el **conmutativo** y desde la formación del contrato, las prestaciones son ciertas, conocidas y firmes y por eso se reputan equivalentes. En el **aleatorio**, que es el opuesto al conmutativo, una de las prestaciones es incierta, depende de una contingencia de ganancia o pérdida.

En el **aleatorio** la existencia misma o la extensión de una de las prestaciones, depende del aleas. Esta es para ambas partes ya que lo que es pérdida para una, es ganancia para la otra, y recíprocamente. Son conmutativos, entre otros, la compraventa, el arrendamiento, la sociedad; y aleatorios el juego y la apuesta, la renta vitalicia etc.

Por su subsistencia se dividen en PRINCIPALES y ACCESORIOS. Es **principal** cuando tiene vida propia, autónoma. Es **accesorio** cuando necesita la existencia de una obligación prin-

cipal a la que sirve de garantía. Son de esta última clase la fianza, prenda, hipoteca, anticresis.

Por razón de su perfeccionamiento, se clasifican en **CONSENSUALES, REALES y SOLEMNES**. El **consensual** es el **contrato** más simple, de más fácil formación, basta en él para que tenga existencia jurídica, el acuerdo de las partes sobre los elementos integrantes de la respectiva operación. En el **solemne**, ya no es suficiente el mero acuerdo de los contratantes, sino que se requiere la parte formal prevista por la ley. Y es tan necesaria la solemnidad, que prácticamente se confunde con el contrato mismo y la ausencia de ella da lugar a la inexistencia del contrato. El **contrato real**, requiere para su perfeccionamiento la entrega de la cosa. La compraventa de bienes muebles es consensual, la de bienes raíces, solemne; mutuo, comodato y depósito son reales.

La noción de contrato real está siendo abandonada. Varios códigos de este siglo los han suprimido y han dado el carácter de consensuales a los contratos conocidos como típicamente reales, mutuo, comodato, depósito. Es que eso de tener que entregar la cosa para que surja la obligación de restituirla es innecesario ya que el arrendatario también se obliga a restituir sin que el arrendamiento de cosas sea contrato real. Por otra parte, es artificioso y antitécnico, que la entrega de la cosa, que debe ser la ejecución de la obligación nacida del contrato, sea considerada como elemento de formación del mismo. La entrega es consecuencia del contrato no factor de integración de él.

Contratos NOMINADOS E INNOMINADOS. Los primeros son los que la ley conoce y ha distinguido con un nombre; los que hacen parte de la nomenclatura convencional del código, compraventa, permuta, arrendamiento etc. Son **inominados** los que carecen de ese nombre legal, y son las convenciones que las partes celebran, y que no encajan ni pueden ubicarse dentro de un tipo contractual ya nominado. Esta división, que tuvo importancia en el derecho romano, en donde las convenciones tenían que vaciarse en los moldes previstos por la ley, tiene muy poca en el derecho moderno. En virtud de la libre contratación, tan válido y eficaz es el contrato nominado y que se acopla en un todo a la reglamentación legal, como el que las partes crean caprichosamente al ajustar sus voluntades.

Por otra parte, el nombre que los contratantes den a la operación celebrada, es indiferente y jurídicamente inocuo. Lo sen-

tes jurídicos tienen sus ingredientes o factores de integración y una vez que estos concurren ese ente surge fatalmente, y será regulado por la norma que al respecto haya trazado la ley, y si es desconocido por ésta se regirá por los principios generales y por lo que las partes hayan acordado. Lo que importa es que los particulares al actuar en la vida jurídica, lo hagan dentro de la esfera de licitud, sin violar la ley, el orden público ni las buenas costumbres.

Contratos INSTANTANEOS y SUCESIVOS. Las obligaciones que nacen de algunos contratos, se van ejecutando y renovando en el tiempo, día a día, hora a hora de manera que en ellos el tiempo es factor predominante. Tales el de arrendamiento, el contrato de trabajo. En los otros, en los **instantáneos**, el factor tiempo juega muy escaso papel, las obligaciones que de ellos surgen se ejecutan de una vez, se agotan; no se van renovando hora a hora, día a día como en los sucesivos. Compraventa, sociedad, etc.

Contratos POR ADHESION. El tipo contractual que el código conoce y reglamenta, es el contrato lento, de formación perzosa, en el que las partes discuten y conversan y en el que después de muchos preliminares surge el concierto convencional. Como producto de esta era industrializada, que naturalmente se ha reflejado en el comercio jurídico, ha surgido un nuevo tipo convencional que se distancia y no se acomoda al contrato discutido y conversado. Este nuevo tipo que es el llamado contrato **por adhesión**, se opone al contrato clásico que es de libre discusión.

Ciertas empresas en grande, que hasta cierto punto tienen un monopolio de hecho en el servicio que prestan o en el tráfico a que se dedican, tienen para su clientela un standard contractual que generalmente se manifiesta en minutas o pólizas ya escritas, impresas, o en reglamentos inmodificables. La parte que quiere contratar con tales empresas no discute las bases de la operación, se limita a adherir a la minuta o al reglamento; no hay, por tanto, antecedentes o conversaciones precontractuales. Así acontece con las compañías de seguros, con las de transportes y otras.

En el hecho es la empresa la que impone su voluntad; por eso algunos expositores le niegan a esta mera adhesión, el carácter de contrato. Pero es el caso que el acuerdo de voluntades

siempre existe como que el cliente al adherir acepta o conviene lo que la empresa ya tiene impreso o reglamentado.

Lo que pasa es que el contrato por adhesión es una manifestación convencional de la época moderna.

Cuando ocurra controversia con ocasión de un contrato por adhesión, si hay que tener en cuenta las circunstancias que lo caracterizan para el efecto de interpretarlo en forma benévola para el adherente, negando eficacia jurídica, total o parcial, a las cláusulas abusivas incertadas en el contrato y que el cliente o no conoció, o al menos no pudo discutir. Esto, de acuerdo con el art. 1624 que instituye que las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, se interpretarán contra ella.

CONTRATO COLECTIVO. Los contratos son de efectos relativos; de ellos sólo surgen obligaciones y derechos para las partes contratantes. Esto es lo mismo que ocurre con los fallos judiciales que sólo producen efectos para los que han sido partes en el juicio. El contrato **colectivo**, resultado, también, de la época nueva, y especialmente de la lucha entre el capital y el trabajo, en parte rompe ese principio de la relatividad de los efectos de la convención. Así cuando un sindicato celebra con uno o varios empresarios un contrato colectivo de trabajo, se estipula, no sólo para las partes contratantes sino para todos los demás que posteriormente vengán a trabajar en la empresa que fueron parte en el contrato colectivo. De suerte que ésta es una especie de reglamento de duración más o menos larga y al que llegan por adhesión personas que no fueron representadas en la contratación. Este contrato colectivo se opone al contrato individual que era el tipo conocido.

CONTRATOS TACITOS. Estas son convenciones mudas, como que en ellas nada se habla ni se discute. Es también resultado del maquinismo. El que sube a un tranvía y deposita la moneda, por ese sólo hecho ha celebrado con el empresario un contrato tácito de transporte. Lo mismo ocurre con la máquina pesadora, con el traga-níquel. En estos contratos el consentimiento no se expresa, se deduce o presume.

Además, algunos expositores hablan de los contratos **mixtos** o **complejos**, que están integrados por la reunión de varios contratos nominados en una sólo convención, conservando cada uno de ellos su propia individualidad. Ejemplo: un arrendamiento

condición. De suerte, que esta capacidad es la aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones y en Colombia, es de carácter universal. Ningún hecho la suprime o cercena; la tienen los nacionales y los extranjeros.

La capacidad de ejercicio es ya la aptitud para actuar por sí misma en la vida jurídica, y consiste en poderse obligar por sí sola sin el ministerio o autorización de otra persona. Esta capacidad de ejercicio es la norma o principio general; sólo están privados de ella, por excepción, aquellos a quienes la ley expresamente ha declarado incapaces.

La incapacidad es de dos clases: **absoluta y relativa**.

Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no producen ni obligaciones naturales ni tampoco admiten caución. (Art. 1504).

La palabra "**demente**", en el significado legal, comprende a toda persona que de una manera más o menos permanente carece de juicio y discernimiento, a la que a consecuencia de cualquier enfermedad mental, no se halla en su sano juicio.

Los actos y contratos del demente, posteriores al decreto de interdicción, son nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido. Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción, son válidos, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente. (Art. 553).

Este principio, no se aplica al sordomudo bajo interdicción. Si este durante la interdicción aprende a manifestarse o expresarse por escrito, los actos o contratos que celebre, no se reputan nulos y admiten prueba en contrario. Así se desprende del art. 23 de la ley 57 de 1.887, como que la enumeración de textos legales que hace el precepto citado, se detiene precisamente en el 553 y no coloca al sordomudo en la misma situación que al demente, cuando aquél contrata hallándose en interdicción.

Estas incapacidades absolutas son de carácter **natural**; inhabilitan al que las padece porque le falta el desarrollo mental suficiente, o porque carece de medios de expresión para actuar con éxito en la vida jurídica.

La **incapacidad relativa es de carácter civil**; y son relativamente incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad, los disipadores que se hallan bajo interdicción de

administrar lo suyo. Las mujeres casadas no están ya en esta categoría porque la ley 28 de 1.932, sobre régimen patrimonial conyugal, les removió la incapacidad en que caían por el hecho de contraer matrimonio. Por lo que hace a las personas jurídicas, el asunto es dudoso y parece que esta incapacidad no subsiste, por las razones que se pasa a exponer.

Persona jurídica, dice el código civil colombiano, es "una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente". Este es el concepto que de tal institución tiene la llamada escuela clásica, que era la dominante en la época de la expedición del código.

De entonces a hoy, son muchas las teorías que se han ideado para explicar la naturaleza de ese ente colectivo, que ha sido calificado de "mentira técnica" y que según la más acogida de las tesis de carácter realista, la persona jurídica no es sino la consagración legal que ciertos fenómenos de asociación y organización humana reciben del derecho objetivo. La ley, por tanto, se limita a sancionar figuras elaboradas por la vida social; la personalidad de que ella dota a la persona moral, es la toga civil con que ésta actúa.

El código civil colombiano, fuertemente impregnado de los sistemas individualistas del siglo pasado, miró con desvío el fenómeno natural y fecundo de la asociación; en el título destinado a la reglamentación de las personas jurídicas, aunque acepta y reconoce la existencia de otras, se limitó a estauir sobre las corporaciones y fundaciones; así reza la parte pertinente del respectivo texto legal:

"Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública".

De esta suerte, las corporaciones y las fundaciones de beneficencia pública, son las únicas entidades que en el léxico del código se denominan y tratan como personas jurídicas. Las personas jurídicas de derecho público y las otras de derecho privado, como las sociedades civiles y comerciales, están gobernadas por reglas muy diversas.

Consecuente con su criterio hostil para las asociaciones, el código fue hasta decir:

"no son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley;

y además recortó vigorosamente, la capacidad jurídica de ellas en cuanto a la adquisición, posesión y enajenación de bienes raíces. En efecto, tales personas jurídicas podían adquirir inmuebles pero para conservar la posesión de ellos necesitaban permiso del congreso so pena de perderlos en favor de la nación; y el artículo 645, agregaba:

“Los bienes raíces que las corporaciones posean, con permiso del Congreso, están sujetos a las reglas siguientes: 1o.—No pueden enajenarse ni gravarse con hipoteca, usufructo o servidumbre, ni arrendarse por más de ocho años, si fueren predios rústicos, ni por más de cinco si fueren urbanos sin previo decreto del Juez o del Prefecto, con conocimiento de causa y por razón de necesidad o utilidad manifiesta . . .”.

El mismo principio se aplicaba a las fundaciones de beneficencia pública que eran las únicas autorizadas.

Comparado con esos preceptos, está el artículo 1.504 del código civil, que enumera entre los relativamente incapaces a las personas jurídicas. A la dilucidación de si esta incapacidad relativa de las personas morales subsiste o desapareció de la legislación colombiana, se endereza lo siguiente:

La trascendental reforma que en el año de 1.886 experimentaron las instituciones jurídicas patrias y que en materia de organización del estado, quedó consignada en la Carta Fundamental de ese año, implicó, también como consecuencia de la constitución de la República unitaria y central, la unificación legislativa.

Ya en la carta de 1.886, se adoptó un criterio benévolo para las asociaciones, como que autorizó la fundación de todas las que no fueran contrarias a la moral y al orden público. Así se expresan los artículos 47 y 49 de ese estatuto.

Art. 47. “Es permitido formar compañías o asociaciones públicas o privadas que no sean contrarias a la moralidad y al orden legal”.

Art. 49. “Las corporaciones legítimas y públicas tienen derecho a ser reconocidas como personas jurídicas, y a ejecutar en tal virtud actos civiles y gozar de las garantías aseguradas por este título, con las limitaciones generales que establecen las leyes, por razones de utilidad común.

Por el primero de esos preceptos, se consagró la libertad de asociación y por el segundo, se sometió el patrimonio de las personas jurídicas al régimen de derecho común. De esta manera desaparecieron, por derogación tácita en ese entonces, las restricciones que el código civil imponía a las personas jurídicas en materia de adquisición, y conservación de bienes raíces.

Se dijo que por “derogatoria tácita en ese entonces”, porque después el art. 5o., de la ley 57 de 1887, dispuso: “Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella . . .” Y refiriéndose expresamente a la legislación anterior a la constitución, el art. 9o., de la ley 153 se expresó así:

“La constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra, o su espíritu, se desechará como insubsistente”.

De lo consignado en los apartes anteriores se deduce, sin lugar a duda, que la Constitución del 86 modificó sustancialmente el régimen de restricción que el código civil consagraba para las personas jurídicas, no sólo autorizando la creación de corporaciones y fundaciones que no fueran de beneficencia pública sino que también, suprimió los recortes y trabas que existían para ellas, en cuanto a su capacidad para adquirir, conservar y disponer de su patrimonio inmobiliario.

Pero la reforma legislativa no se detuvo aquí. La misma ley 57 de 1.887, que fue la que adoptó el código civil para toda la Nación, derogó expresamente por el artículo 45, los artículos 643, 644, 645 y 651 del código civil, textos estos que eran, precisamente, los que en el tratado de las personas jurídicas estatúan un régimen de excepción, de restricción o de incapacidad de estas entidades en relación con los bienes raíces que con permiso del Congreso adquirieran y poseyeran, bienes que, como se vio, no podían enajenarse ni gravarse con hipoteca, usufructo o servidumbre, ni arrendarse por más de ocho años si eran rústicos, ni por más de cinco, si eran urbanos sino con permiso del Juez o Prefecto y previa comprobación de la necesidad o de la utilidad manifiesta.

De hecho y de derecho, este régimen de excepción y desconfianza para los haberes inmobiliarios de las corporaciones y fundaciones, les cercenaba su capacidad y las asimilaba a la categoría de personas relativamente incapaces. Era, por tanto, de rigor y

de estricta lógica la inclusión de las personas jurídicas entre las relativamente incapaces, tal como lo hace el artículo 1.504 del código civil.

Pero abolido ese régimen hostil, que recortaba la capacidad de las corporaciones y fundaciones para adquirir, poseer y enajenar bienes raíces y abolido, no por mera derogatoria tácita ni por simple incompatibilidad sino por derogatoria expresa, no queda en la ley colombiana disposición alguna que permita afirmar la incapacidad relativa de las personas jurídicas. Por esto el artículo 1.504 en cuanto enumera a estas como relativamente incapaces, debe considerarse implícitamente derogado ya que él era consecuencia de aquél extinguido régimen de excepción.

Ese principio de la libertad de asociación para constituir personas jurídicas, con plena capacidad de goce y de ejercicio por parte de ellas sobre sus bienes muebles e inmuebles, consignado en la constitución de 1.886 y en las leyes que la reglamentaron, no ha sufrido eclipse alguno en la estructura jurídica colombiana. El acto legislativo número 10. de 1.936, en su artículo 20, dijo:

“Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Las asociaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas”.

El hecho de que los entes colectivos o personas de existencia ideal, como las llama el código civil Argentino, no puedan actuar en la vida jurídica sino por medio de representantes, ha inducido a varios expositores a radicar en esa circunstancia la incapacidad relativa de las corporaciones y fundaciones, pero tal modalidad, si se quiere necesaria, dada la naturaleza de estas entidades, es cosa muy diversa del concepto de incapacidad relativa.

La corporación es una reunión o colección de personas asociadas, sin ánimo de lucro ni fines de especulación; la fundación es una administración fiduciaria de un patrimonio de afectación; a una y otra le sería muy difícil, si no imposible, moverse con presteza y eficacia en la vida civil si careciera de un órgano o vehículo expedito de relación jurídica que actuara por la entidad.

Todas las demás personas jurídicas, así las de derecho público como las de derecho privado, sociedades civiles y mercantiles, también actúan en el comercio jurídico por medio de un representante, y sin embargo, de ninguna de ellas se ha predicado

incapacidad relativa. Es, que como reza el artículo 27 de código civil de México:

“Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos”.

Tampoco puede confundirse el concepto civil de incapacidad relativa con la intervención y dependencia de carácter administrativo que la ley 93 de 1.938 estableció para las instituciones de utilidad común, ley esta que cercena notablemente la libertad jurídica de las entidades sometidas a su control y entre las cuales se incluyen un gran número de fundaciones y corporaciones dada la manera, amplia e imprecisa, como dicho estatuto definió lo que debe entenderse por “instituciones de utilidad común”.

La capacidad se tiene en cuenta al momento de celebrar el acto, debe coexistir con él. La incapacidad sobreviniente no afecta la eficacia de la operación.

La incapacidad en que están colocadas algunas personas no es para ellas una pena civil que la ley les imponga sino al contrario, se ha instituido como medida de defensa y protección para tales incapaces, para que los más hábiles e inescrupulosos no abusen de esos deficientes mentales. Por eso los dota de representantes para que actúen por ellos.

Además, de estas incapacidades, que son de carácter general, existen las llamadas incapacidades particulares, más propiamente **inhabilidades** y que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos. Así el padre y el hijo de familia están inhabilitados para contratar, también lo están los cónyuges no divorciados, los guardadores, no pueden comprar los bienes del pupilo, el mandatario no puede comprar lo que el mandante le ha mandado vender sin autorización de éste etc., etc. Estas incapacidades, que se repite, son de carácter particular, producen una veces nulidad relativa, otras absoluta, según la naturaleza de la prohibición. (Art. 1852, 1855, 1856, 2170).

DEL CONSENTIMIENTO EN GENERAL

El consentimiento es la manifestación o declaración de la voluntad por la cual la persona expresa su adhesión o aceptación al respectivo negocio jurídico. Esa manifestación debe correspon-

jeto del contrato sino después de desechada o de transcurrir un determinado plazo.

El arrepentimiento no se presume".

Art. 187. "La retractación tempestiva no liberta al proponente de la obligación de indemnizar los gastos que hubiere hecho y los daños y perjuicios que hubiere sufrido la persona a quien fue encaminada la propuesta, o de llevar a cumplido efecto el contrato iniciado".

Como se ve, en la legislación colombiana la mera oferta obliga hasta cierto punto y es este un caso de obligación por mera declaración unilateral pero no tiene la fuerza vinculante que se le concede en el código Alemán, porque en Colombia la retractación, muerte o demencia del proponente dan lugar a la caducidad de la oferta (art. 188 del C. Co.,) lo que no ocurre en el código Alemán por la mayor fuerza obligatoria que le otorga a la policía.

Por lo dispuesto en los arts. 188 y 191 del C. de Co., el contrato entre ausentes y el por correspondencia se reputa celebrado en el acto en que es expedida la respuesta pura y simplemente aprobatoria de la propuesta y en el lugar de residencia del que haya aceptado la propuesta primitiva o a propuesta modificada, entendiéndose que la aceptación condicional se considera como una nueva propuesta.

Son varias las teorías que se han formulado para el efecto de decir en qué momento y en qué lugar se reputa celebrado el contrato entre ausentes. La de la **declaración**, según la cual el acuerdo se forma cuando el destinatario acepta la oferta; la de la **expedición**, que es la que rige en Colombia y que reputa que el contrato se formó al emitirse la respuesta; la del **conocimiento o información**; en ésta no basta con que el destinatario acepte y envíe la aceptación, si no que es menester que el oferente la conozca; finalmente, la de la **recepción**; en ésta se perfecciona el contrato a la llegada de la aceptación a su destino aunque el oferente la desconozca.

Todas estas teorías tienen sus ventajas y sus inconvenientes. Mas no es de este lugar la exposición de unas y otros.

DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

El consentimiento, además de serio y sincero, debe ser sa-

no, es decir, que esté exento de vicios; no es lo mismo consentimiento viciado que falta o ausencia de éste.

El consentimiento padece de vicio cuando se ha dado en circunstancias irregulares por error, fuerza o dolo. En cambio, hay ausencia de él cuando el agente no ha dado su asenso al acto, y la ley no lo presume, o cuando la declaración se hizo sin conciencia, como ocurre en los casos de embriaguez y de hipnotismo, porque en éstos eventos ella no ha sido el fruto de una inteligencia lúcida y de una voluntad libre. El art. 1061, dispone: "No son hábiles para testar: 3o. El que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa".

"DEL ERROR"

El auténtico consentimiento, se dijo ya, implica la manifestación de voluntad hecha de acuerdo con la ley y en concordancia con la voluntad interna; el error consiste, en la discordancia entre el querer interno y su exteriorización. Esta discrepancia puede ser consciente o inconsciente.

Es consciente en los casos de reserva mental, cuando uno de los contratantes deliberadamente declara lo que no quiere, y en los negocios simulados en los que ambos contratantes aparentan celebrar un contrato que no quieren en su totalidad o parcialmente.

En el error, el divorcio entre el auténtico querer y lo manifestado es inconsciente, involuntario y es consecuencia del falso concepto de la realidad. El error es de dos maneras: de **derecho** y de hecho.

"ERROR DE DERECHO"

Es principio en la legislación colombiana el de que la **ignorancia de las leyes no sirve de excusa**, y compasado o consecuencia de éste, son estos otros: el de que **el error en materia de derecho, en tratándose de posesión, constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario**; y el de que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento (arts. 768 y 1.509).

Estas disposiciones, sin antecedentes en otras legislaciones, al menos con la rigidez con que las expresa la ley colombiana no son mantenidas por ésta en todo su rigor ya que otros textos y para casos especiales, las atemperan o derogan.

En efecto, en el **pago de lo no debido**, se puede reptir lo

que se ha pagado por error de derecho cuando el pago no tiene por fundamento ni aun una obligación natural (art. 2.315); y el 2.477, dice que es nula en todas sus partes la transacción celebrada en consideración a un título nulo, a menos que las partes hayan tratado expresamente sobre la nulidad del título.

Y es que esa presunción de que todos conocen la ley, si de necesidad en el derecho público, no lo es en el campo privado y en todo caso, es infundada ya que lo que en la práctica ocurre es lo contrario: que muy pocos la conocen. La realidad siempre se impone y sobrepuja al artificio legislativo que la desacata.

El error de derecho se presenta cuando la voluntad se determina por ignorancia o mala interpretación de la norma jurídica, cuando se desconoce la existencia de una ley, o cuando se reputa inexistente un precepto en vigencia.

En el derecho francés, no existen los principios legales que en materia de errores de derecho, contiene el código colombiano, y la jurisprudencia de aquél país ha consagrado la nulidad o inexistencia del acto jurídico cuando el error de derecho incide en la causa de la operación y viene a entrañar dicho error, falsa causa o ausencia de ella. Esta jurisprudencia fue acogida por la Corte Suprema de Justicia, cuando dijo:

“En Colombia es absolutamente nula y aún inexistente la obligación contraída sin más **fundamento que un error de derecho**, porque éste no puede aprovechar al que lo alega para hacer una ganancia, si no concurren también una capacidad legal, un objeto lícito y una causa jurídica distinta del error mismo, aunque esa causa no sea civil sino apenas natural (sentencia en el juicio de Luciano Herrera contra Delfin Martínez, G. J., nros. 1.905 1.909, 1.910).

Para que el error de derecho, de acuerdo con esta doctrina, pueda invalidar la declaración, es necesario que haya sido la causa única o principal del acto; y así lo consagra el art. 1.109 del código Italiano y el 1.313 del Mexicano, que reza:

“El error de derecho . . . invalida el contrato cuando recae sobre el **motivo determinante** de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa”.

En forma general, en el código argentino existe sobre el error de derecho la misma legislación, que en Colombia. El art. 923 de aquella obra, se expresa: . . .

“La ignorancia de las leyes, o el error de derecho, en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad de los actos ilícitos”.

EL ERROR COMUN

La ley protege y dá plenos efectos al acto que se ha realizado de acuerdo con su ordenamiento, más cuando aquél se ha cumplido sin acatamiento a la norma, lo desconoce y le niega eficacia. Sin embargo, en ciertos casos, a pesar de que la operación no se haya celebrado conforme a derecho, se le reconoce validez como si se hubiese ajustado a los preceptos legales. Esto ocurre cuando el acto se ha ejecutado de buena fe y a causa de un error común de derecho o de hecho.

Este principio es que el enuncia la máxima, “**error communis facit jus**”. En virtud de que el error común constituye derecho, el acto jurídico irregular se reputa sano y no susceptible de impugnación; lo que en otras circunstancias sería aniquilable mediante la acción de nulidad, se purifica y valida por la fuerza creadora de la buena fe y del invencible error con que se obró.

Este principio es una de las manifestaciones de la fecunda teoría de la apariencia. Según ella, la exterioridad, aunque no sea fiel reflejo del derecho, prevalece, para los efectos legales, sobre la realidad jurídica; la apariencia engañadora se convierte en lo cierto, en la legalidad.

Esta teoría tiende a dar seguridad y confianza a las relaciones de derecho y por eso hay interés público en ampararlas cuando sin culpa y no obstante la máxima diligencia, se ha obrado al margen de la ley.

La teoría es muy antigua, en Roma se conoció y los glosadores la hicieron resaltar. En Roma los libertos no podía desempeñar funciones públicas; uno de éstos fue pretor y como tal pronunció sentencias. Descubierta el error se le destituyó del cargo y se le condenó a muerte. Surgió el problema de si los fallos pronunciados por ese liberto, que había asaltado la fe pública, eran o no válidos. Se decidió que lo eran; que las situaciones creadas al am-

paro de ese error común debían mantenerse; que a las partes, que habían acudido de buena fe en busca de una decisión, no podía perjudicar ese error de todos.

La Corte Suprema de Justicia, y siguiendo en esto a los hermanos Mazeaud, se expresó así:

“Sea como fuere, el adagio “error communis” tal como es aplicado por nuestros tribunales, les permite proteger contra la ley misma al que no ha cometido ninguna culpa. El error en que éste ha caído debe engendrar todos los efectos jurídicos que se le quisieron atribuir, porque tal error fue inevitable. La apariencia invencible, se coloca en el mismo pie de igualdad que la realidad. La máxima “error communis” aparece, pues, como una regla de orden público protectora del interés social que lucha victoriosamente contra el principio de la autoridad de la ley. Es una de las manifestaciones de ese movimiento poderoso que sacrifica el interés individual al interés social, y que le da al interés público un puesto cada vez más preponderante”.

Francisco Tafur Morales al comentar esa sentencia, dice: “en síntesis la apariencia triunfa sobre la realidad, no sólo en consideración del valor moral de la buena fe y de la conducta del titular legítimo sino en atención a supremas razones de interés colectivo.

Requisitos del error común.—Para que el error común constituya derecho, en el sentido en que queda expresado, se requiere:

Que sea común, esto es, que el grupo social o al menos un número respetable de personas prudentes crea de buena fe que la práctica o situación contra derecho es la jurídica o legal.

Que sea justo el motivo del error, es decir, que de parte del que incurrió en él no haya habido incuria, sino que al contrario, observó la suma diligencia, obró irreprochablemente y a pesar de todo, se equivocó por tratarse de error invencible; y,

Buena fe, o sea, que al ejecutar el acto tenga el agente la más estricta conciencia de que se ajusta en un todo al ordenamiento jurídico.

En el código existen varios preceptos que se explican por la teoría de la apariencia, que en parte traduce la máxima del **error communis**. Son ejemplos de éstos:

La regla 4a. del art. 109, según la cual los bienes del desaparecido que reaparece se recobrarán en el estado en que se hallen subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás dere-

chos reales constituidos en ellos. El ordinal 4o. del art. 766, que dá categoría de justo título al heredero aparente, por el decreto de posesión feectiva de la herencia. El 1.634 que valida el pago hecho de buena fe a quien estaba en posesión del crédito aunque después aparezca que no le pertenecía.

"ERROR DE HECHO".

El código colombiano de manera, más o menos completa, reglamenta lo relativo al error de hecho a diferencia de lo que ocurre en el francés, en donde apenas el art. 1.110, se limita a decir que el error no es causa de nulidad de la convención sino cuando recae sobre la sustancia misma de la cosa que le sirve de objeto. Por esto en Francia la teoría del error, elaborada por la doctrina y la jurisprudencia, se ha movido con mayor libertad y se han adoptado principios que no pueden trasplantarse al derecho colombiano, en el que lo referente al error ha sido materia de prolija reglamentación legal.

Según el art. 1.510, “el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiere empréstito, y la otra donación”. Este error versa sobre la naturaleza misma de la operación jurídica, es el llamado **error in negotio**.

Y según el mismo art. el error vicia también el consentimiento “cuando recae sobre la identidad específica de la cosa de que se trata, como si en un contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada y el comprador entendiese comprar otra”. Aquí el error versa sobre la identidad misma de una de las cosas objeto del contrato y es el llamado **error in corpore**.

Estos dos errores son trascendentales, constituyen el llamado error **obstativo** o **error obstáculo**, porque impiden la formación del vínculo contractual. Las voluntades han estado tan distantes y encaminadas a objetivos tan diversos, que no ha existido el mutuo consentimiento o acuerdo de las partes, que es lo que constituye el ente convencional. En estricta técnica jurídica, estas situaciones, por falta de consentimiento, deben dar lugar a la **inexistencia del acto**, no obstante que el art. 1.750 sólo habla de rescisión o nulidad relativa para todos los vicios del consentimiento.

Asimismo, hay vicio del consentimiento cuando la **substancia**

o **calidad esencial** del objeto sobre que recae el acto o contrato, es diversa de lo que se cree. El error en la substancia de la cosa es el que se refiere a la materia misma de que ella está hecha, y de la que deriva su nombre sustantivo, como cuando se compra una barra de cobre creyendo que es de oro. El error en cuanto a la **calidad esencial** se confunde con el error en el móvil o causa impulsiva de la operación, ya que fue esta la que solicitó la voluntad y la llevó al contrato. Si una persona se presenta ante un anticuario y le compra un objeto creyendo que era de la época del renacimiento, y luego se descubre que es un producto industrial de la era moderna, ha sido víctima de un error en cuanto a la calidad esencial de la cosa porque fue la antigüedad de ésta la que lo impulsó a la compraventa.

Estos dos errores se denominan **errores esenciales** o **sustanciales**.

El inciso 2o. del art. 1511, agrega que el error acerca de cualquiera otra calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y éste motivo ha sido conocido de la otra parte. Este es el error llamado **accidentales**, de carácter subjetivo como el que se presenta con respecto a la calidad esencial del objeto, por oposición al típicamente substancial, que es de carácter objetivo. El error accidental radica también en la causa impulsiva o propulsora de la operación.

Puede servir de ejemplo de error accidental, el siguiente: una persona tiene el propósito de establecer una lechería, va a donde el ganadero, le delata su intención y le compra una partida de vacas de determinada raza conocida como muy buena productora de leche. Después, aparece que las vacas, ni son de la raza que se creía ni producen la leche que el comprador esperaba de ellas y que el vendedor declaró que la darían.

Por lo que hace a la discusión de si el error debe ser compartido por todas las partes que intervienen en el acto, o si basta que sea unilateral el llamado sin mente retenta, es decir, que sólo una de ellas lo haya padecido, el código colombiano la descarta. En forma expresa y sólo para el llamado **error accidental**, exige que el móvil o causa impulsiva de la operación sea conocida de la otra parte; en los demás casos dá a entender que es suficiente el error de uno sólo de los declarantes para que se produzca el vicio del consentimiento. Esto por lo que hace al error en cuanto

a las cosas, que por lo que respecta al **error en la persona**, el asunto es diverso.

DEL ERROR EN LA PERSONA

En principio, el comercio jurídico, en el que el fin de lucro es el factor preponderante, se realiza sin consideración a las personas. Sin embargo, se presentan ciertas operaciones en las que el elemento **persona** es cuestión determinante; por esto, el art. 1.512 expresa, que el error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de ésta persona sea la causa principal del contrato.

Algunos actos jurídicos, los llamados **intuitu personae**, se celebran teniendo en cuenta a la otra parte; por ser ésta quien es y nada más que por esto, se lleva a cabo la convención. Así acontece, generalmente, en los contratos gratuitos o de beneficencia, sin perjuicio de que también se presente en los onerosos, como ocurre, en la **sociedad colectiva**, y en aquellos en que la idoneidad o especialidad de una de las partes, es el factor o móvil determinante de la contratación.

La liberalidad jurídica, ya por acto entre vivos, o mortis causa, se ejercita porque el donante o testador tiene especiales consideraciones de afecto, gratitud o de familia para con el beneficiario. En la compañía colectiva, la asociación de personas, implica un **jus fraternitatis**, y se cumple porque los socios recíprocamente conocen y aprecian sus respectivas calidades. Al artista destacado y al profesoral especializado, se le solicitan sus servicios teniendo en cuenta su habilidad, idoneidad y prestigio. Todas éstas y otras muchas operaciones, se realizan en consideración a la personalidad de una de las partes.

El error en la persona se presenta, entonces, cuando se cumple con respecto a la identidad de ella, o en cuanto a sus aptitudes artísticas, intelectuales, morales o físicas. En el matrimonio existe nulidad cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes o de la de uno de ellos; si éste error es respecto de las condiciones morales, sociales intelectuales, económicas etc., de uno de los contrayentes o de ambos, no se presenta el vicio en el consentimiento.

El error en cuanto al nombre de la persona con quien se contrata, es **indiferente** y para los testamentos el art. 1.116, decla-

ra: "el error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona".

En caso de error en la persona, la otra, si contrató de buena fe, tiene derecho para exigir de la que convino por error que le indemnice los perjuicios que hubiere sufrido a consecuencia de la nulidad del acto. Esta reparación se justifica ampliamente ya que fue este contratante el que incurrió en falta, **culpa in contrahendo**, por no haber tomado todas las precauciones para evitar el error motivo del contrato y después su aniquilamiento por nulidad.

Fluye de lo dicho que para que el error sea vicio del consentimiento se necesita que éste sea de entidad, porque las personas al contratar no siempre hallan en las contraprestaciones que reciben, las excelencias y ventajas que la propaganda y los halagos del otro les sugirieron o suscitaron; pocas veces en la vida convencional las partes dominan y están al corriente de todas las circunstancias y de los factores de diversa índole que juegan en el comercio jurídico y por esto, y con frecuencia se lamentarán los unos y los otros de no haber procedido con mayor cautela e información, y serán muchos los casos en que se encuentren defraudados en su esperanza contractual. Pero todo esto constituye el llamado **error indiferente** en contraposición al **error obstativo** y al **error nulidad**.

"LA FUERZA".

La **fuerza** o **violencia**, es otro de los vicios del consentimiento; se opone a la libertad de éste. El agente consiente pero no de manera espontánea sino en virtud de la coacción de que fué víctima; su declaración es arrancada mediante la presión que se ejerció contra él intimidándolo.

El vicio no está en la fuerza o violencia, sino en el temor que experimenta el declarante ante el mal que lo amenaza y ese **metus**, como decían los romanos, es lo que lo lleva a emitir el consentimiento para escapar del daño con que se le amedrenta.

La fuerza o violencia, puede ser **material** o **moral**. Golpear a una persona, amenazarla con darle muerte, lesionarla, secuestrarla etc., son actos que constituyen **violencia material**. Coaccionarla mediante intimidaciones, (chantaje) que acarrear deshonra, descrédito, descalificación social, son hechos de **violencia moral**.

El código dice que se considera como fuerza todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su

consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave. Como se ve, define como fuerza tanto la **violencia material** o **física**, como la **moral** o **intimidación**. La enunciación que se hace de personas no es **taxativa**, y así, puede presentarse el temor que vicia el consentimiento cuando el mal amenaza a otra persona ligada con el declarante por vínculos de afecto, como su novia o su íntimo amigo.

El miedo que infunde la fuerza cumplida contra el declarante, se aprecia, no de manera abstracta, sino en concreto y aplicando un criterio subjetivo. Por eso, el texto (art. 1.513), expresa que ella no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición.

De esta suerte, la apreciación de la violencia es cuestión de hecho, ya que lo que a una persona puede producir una impresión fuerte, a otra más animosa, apenas la hará sonreír. La edad, el sexo, el crédito social, la posición que se ocupe, la enfermedad, son todos factores que entran en juego y que deben ponderarse cuando se vaya a calificar por el juez la fuerza que se alega como vicio del consentimiento. Es que ella, es un **concepto relativo**.

La **violencia**, vicio del consentimiento, puede usarse contra la vida misma del declarante, contra su integridad física, su patrimonio moral, su honor, su buen nombre profesional o comercial, contra sus bienes, su libertad y en general, contra cualesquiera de los atributos sagrados de su personalidad.

La fuerza necesita reunir estos requisitos.

- a).—grave;
- b).—injusta; y,
- c).—determinante.

Para que sea **grave** es menester que revista cierta intensidad, ya que es de rigor que ella produzca una impresión fuerte en una persona de sano juicio. Y puede cumplirse contra el declarante mismo o contra una de las personas ya expresadas y para la cual aquél quiere evitar el daño que la amenaza.

El ejercicio de un derecho legítimo, siempre que no se abuse de él, aunque cause perjuicios o temor al declarante no entraña **injusticia**. La fuerza es **injusta** cuando es contraria al derecho, a las buenas costumbres (**adversos bonos mores**). La presión que se ejercita sobre el demandado mediante el uso legítimo de una acción, no es fuerza que vicia el consentimiento porque no es ilícita.

A este respecto dice Jossierand:

"Es la utilización de las vías de derecho la que brinda ocasión de distinguir la violencia **legítima** de la violencia **injusta**; el criterio lo suministran entonces los móviles del agente, el fin que persigue al amenazar a su adversario con una acción civil, un denunció criminal o un embargo. Quiere él obtener lo que se le debe y nada más? Entonces la presión que ejercita sobre su contrario, es legítima y el compromiso o el pago hecho en estas condiciones será irreprochable. Se propone, al contrario, crear la situación para obtener ventajas indebidas? En este caso es una especie de chantaje lo que se practica, es una violencia injusta la que se ejerce; el compromiso contraído así por la víctima está viciado. La jurisprudencia distingue constantemente entre el uso regular de las vías de derecho y el uso abusivo de ellas . . .".

Tampoco constituye fuerza el **temor reverencial**, esto es, el sólo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto. El código colombiano no enumera, como lo hace el francés, las personas a quienes se debe sumisión y respeto; quedan, por ende, comprendidas en aquél, todas las que se encuentran bajo subordinación o dependencia y que por este motivo deban acatamiento y obediencia a otras. Así ocurre entre los hijos con respecto a sus padres, a la mujer con el marido, al obrero con el patrón etc.

La fuerza es **determinante** cuando la impresión fuerte que se produjo en el ánimo del coaccionado, fué la causa de su declaración; cuando aparezca que sin el temor producido por ella no se hubiera consentido y siempre que la violencia se hubiese empleado con el único fin de presionar y de arrancar esa manifestación de voluntad.

Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquél que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado por cualquiera con el objeto de obtenerlo (1.514). Es esta una diferencia entre la fuerza y el dolo; en éste se exige para que sea vicio del consentimiento, **que sea obra de una de las partes**.

El art. 140, refiriéndose al matrimonio, declara que, éste es nulo, cuando se ha contraído por fuerza o miedo que sean suficientes para obligar a alguno a obrar sin libertad; bien sea que la fuerza se cause por el que quiere contraer matrimonio, o por otra persona. Así por ejemplo, un pariente de una muchacha de

quien se abusó deshonestamente y sin contar con ésta, amenaza de muerte al seductor si no contrae matrimonio con aquella. El varón ante el miedo de la amenaza celebra el matrimonio.

Es claro que si ese tercero estuvo de acuerdo con el contratante que se benefició de la operación, éste no puede considerarse como ajeno a la violencia sino como **coautor** de ella.

El testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en todas partes (art. 1.063. Si una sólo de las disposiciones testamentarias ha sido resultado de la violencia, no solamente queda viciada ésta sino todo el acto.

"ESTADO DE NECESIDAD"

La fuerza constituye vicio del consentimiento, cuando es ejercitada con el propósito de obtenerlo; pueden presentarse casos en que éste se emita para evitar un mal grave, por **temor**, sin que el peligro provenga de hecho del hombre o que si procede de éste, el peligro se ha creado para fines distintos al de obtener la declaración que se hizo en circunstancias anómalas de angustia y de pavor. Y es así como se presenta el estado de necesidad.

Una madre que ve a su hijo en trance de perecer devorado por las llamas en un incendio, o ahogándose, ofrece y promete a quien lo salve toda su fortuna o una suma exorbitante. Una mujer que ha sido raptada con fines deshonestos, hace la misma oferta al que la liberte de su raptor. Ante la oferta halagadora un hombre arrojado la acepta y se lanza a las llamas o al agua y salva al niño que estaba en peligro, o acomete contra el raptor y liberta a la mujer. Se pregunta si el consentimiento dado en tales circunstancias está o nó viciado por fuerza.

Sobre el particular hay diversas opiniones. Dicen unos que las causas naturales que provocaron el temor en los dos primeros casos, y la violencia en el del rapto, no fueron obra del hombre para arrancar la manifestación de voluntad y que por tanto, no se está en la situación prevista por la ley que exige para que se configure aquél vicio que se haya empeado la fuerza "con el objeto de obtener el consentimiento".

Otros arguyen, que si es mucha la desproporción entre el servicio prestado y la remuneración pactada, lo que ocurre es que hay falta de **causa**, y que el contrato así celebrado debe reputarse **inexistente**.

En Francia, y en una emergencia de estado de necesidad, creado por fuerzas naturales se optó por una reducción equitativa de la remuneración estipulada. El caso fué así: un barco danés se hallaba en peligro de zozobrar cerca del Havre, cuando aperció un remolcador de bandera francesa y el capitán del barco en desgracia solicitó asistencia marítima del capitán del remolcador. Este exigió por el salvamento diez y ocho mil francos, suma exagerada pero que el otro hubo de aceptar ante el peligro en que se encontraba. Llegada la controversia judicial, los tribunales franceses redujeron aquella cantidad a la suma de cuatro mil francos, y se admitió que ese era un caso de violencia. Y así debe ser. El consentimiento dado en tales condiciones no es libre y si la fuerza ejercida por un tercero extraña a la operación entraña vicio, no se advierte por qué no pueda constituirlo el temor o miedo que emana de fuerzas naturales o de un caso de fuerza mayor.

"DEL DOLO"

El **dolo**, que es el tercer vicio del consentimiento, lo define la ley diciendo que "consiste en la **intención positiva de inferior injuria a la persona o propiedad de otro**". Y constituye vicio cuando es obra de una de las partes y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado".

El dolo es mala fe; es la actitud inhonesta enderezada a provocar engaño; es una voluntad malvada que utiliza el artificio y el embuste para inducir al error con el fin de aprovecharlo en detrimento de la otra parte. El artificio o superchería se presenta al celebrar el contrato y concomita con él y entonces se llama **dolo**; cuando se despliega o se hace uso de esa mala fe para eludir total o parcialmente el cumplimiento de la obligación contraída, se denomina fraude, y también se llama así cuando dos o más personas se conciertan para perjudicar o defraudar intereses de terceros.

El dolo para que implique vicio del consentimiento, debe **anteceder** o ser cotáneo a la **operación**; el posterior será el fraude y no ha tenido influencia en el consentimiento. Es muy variada la manera como el dolo se produce; él es una figura **proteiforme**, ya que el ingenio humano es fértil en recursos que implican, embustes, patrañas y supercherías para engañar a los demás con el fin de lesionarlos en sus intereses y en provecho del autor del artifi-

cio. Y es, precisamente, el perjuicio que causa el fundamento de las acciones concedidas en los casos de dolo.

El dolo no siempre consiste en hechos positivos; meras abstenciones, disimulos o reticencias, especialmente cuando una de las partes estaba obligada a ciertas manifestaciones, por habérselas exigido la otra o porque así lo demandaba la buena fe contractual, pueden engendrarlo. El art. 681 del C. de Co., instituye que el seguro se rescinde:

"1o.—Por las declaraciones falsas o erróneas, o por la reticencia del asegurado acerca de aquellas circunstancias que, conocidas por el asegurador, pudieran retraerle de la celebración del contrato, o producir alguna modificación en sus condiciones".

En los vicios rehibitorios, el no haberlos manifestado al vendedor conociéndolos o debiendo conocerlos por razón de su profesión u oficio, agrava su responsabilidad; y el callarlos, a pesar de la exigencia del comprador, no pudiendo o **no debiendo ignorar que ellos existían, dá lugar a la acción** rehibitoria aún en las ventas forzadas hechas por autoridad de la justicia. Arts. 1.922 del C. C.

Es entendido, que no entraña dolo, la propaganda aún exagerada y los halagos de que una parte se vale para inducir a la otra al contrato y que tienden a exaltar, aún con exceso, las ventajas y bondades de la cosa sobre que se contrata; este es el llamado **dolo bueno** que no implica vicio del consentimiento.

El dolo debe ser **determinante**; es decir, que él haya incitado a la víctima a contratar; que aparezca que sin el artificio desplegado ésta no hubiera celebrado la convención.

Es segundo requisito del dolo **que haya sido cumplido entre las partes al contratar**; que sea obra de una de éstas y en perjuicio de la otra. Las maniobras cumplidas por un tercero no vician el consentimiento de la víctima. Es esta una diferencia tradicional entre el dolo y la violencia ya que ésta contamina el acto aunque sea obra de un tercero.

Esta diferencia injustificable se ha explicado por razones históricas; en el derecho romano el dolo era un delito más que un vicio del consentimiento; la acción de dolo que lo sancionaba era una acción penal por esto ella no se daba sino contra el culpable y nó contra la parte que se había aprovechado del dolo cometido por un tercero; y las penas, como se sabe, son **personales**.

El art. 1.816 del C. C., Mexicano ya no hace distinción y estatuye así:

“El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico”.

Es difícil encontrar un ejemplo de dolo cometido por un tercero y aprovechado por un contratante. Tal vez, el caso sería así: Pedro tiene interés en comprarle en buenas condiciones de precio, una casa de habitación a Juan que es el propietario de ella; lanza entonces, la patraña de que fue habitada por un tuberculoso y el dueño es sabedor de aquello. Diego tuvo conocimiento del embuste, sabe que no es cierto pero quiere aprovecharlo, se dirige a Juan y le propone compra por la casa. Juan acobardado por el vicio mentiroso del inmueble, se lo vende por un precio menor del que vale.

Si el tercero autor de la superchería estuvo en concierto con el contratante que se aprovechó de él, éste no es extraño al dolo, y será considerado como coautor.

El dolo produce error en la mente de la víctima, por esto algunos tratadistas opinan que es innecesario instituirlo como vicio autónomo ya que queda incluido, según ellos, en la teoría del error. A esto se observa:

Que los elementos constitutivos del dolo son ordinariamente más notorios y de más fácil comprobación, que los del error; que la teoría del dolo es más amplia que la del error ya que hay errores indiferentes, que no constituyen vicio pero que si se incurrió en ellos por el artificio de la otra parte, configurarían el dolo vicio del consentimiento.

Cuando el dolo no es obra de una de las partes o no es determinante, no entraña vicio del consentimiento y sólo dá lugar a la **acción de perjuicios** “contra la persona o personas que lo han fraguado, o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo”; en estos casos se dice que el dolo es **incidental** y no **principal**.

Es de notar que el dolo no se presume sino en los casos **especialmente previstos por la ley**. En los demás debe probarse. Art. 1.516 del C. C.

La convención relativa al dolo y por la cual se exima de responsabilidad a una persona, por el que pueda cumplir en detrimento de los intereses del que lo exonera para el futuro, es **nula**, de **nulidad absoluta** porque el dolo es actividad dañosa y hay interés social en reprimirlo. En muchas veces el dolo de que se trata es elemento constitutivo del delito de estafa, y así aparece de los términos del art. 408 del C. P.

Art 408: “El que induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños, obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro, incurrirá en prisión de uno a siete años y multa de diez a dos mil pesos”.

Por todo esto el art. 1.522 considera que hay objeto ilícito en la **condonación del dolo futuro** aunque sí autoriza la del dolo ya perpetrado.

El dolo en los actos jurídicos unilaterales.

La maniobra artificiosa que da lugar al dolo no es exclusiva del campo convencional; ella opera también en los actos jurídicos unipersonales.

La liberalidad testamentaria es anulable si el beneficiario de ella obtuvo su asignación valiéndose de artificios de los que ha resultado la captación de la voluntad del testador. Así será cuando el asignatario utilizando el engaño y el embuste, ha inspirado o estimulado en el testador la animadversión hacia sus herederos naturales, calumniando a éstos, falsificando o interceptando correspondencia, alejándolo de sus parientes o de sus criados fieles, o valiéndose de otros procedimientos similares.

La aceptación y repudiación de una herencia, se rescinden si para aceptarla o repudiarla intervinieron la fuerza o el dolo. (Arts. 1.291 y 2.294). La renuncia de gananciales es también rescindible si se ha hecho con ocasión de dolo (Art. 1.838).

En los casos de dolo en los actos jurídicos unilaterales basta para la nulidad de éstos que el dolo haya sido determinante, provenga de donde proviniera, ya que aquí no puede hablarse de parte contratante.