

NICOLAS ROJAS COVARRUBIAS
ABOGADO

Oct. 2003

Henri Mazeaud
Jean Mazeaud
Léon Mazeaud
François Chabas

DERECHO CIVIL

Obligaciones

Tomo I

Traducción de Luis Andorno

ZAVALLIA

Editor

Capítulo 8

El error

III. Los vicios del consentimiento

157. *Existencia del consentimiento y vicios del consentimiento.* La existencia del consentimiento es una condición necesaria para la validez del contrato; pero no es suficiente: el consentimiento debe estar exento de vicios. La persona que, por ejemplo, trata bajo el imperio de la violencia, ha dado un consentimiento, pero su voluntad ha estado viciada, voluntad de segunda zona, que no crea obligaciones, que no obliga al contratante.

158. *Campo de los vicios del consentimiento.* La teoría de los vicios del consentimiento, estudiada a propósito de los contratos, es válida para todos los actos jurídicos: convenciones y actos unilaterales,¹ cualesquiera fuera la naturaleza, patrimonial o no, de los derechos sobre los cuales recaen. Por excepción, la teoría de los vicios del consentimiento no se aplica al matrimonio sino con ciertas restricciones.²

158 (1) Civ., 24 de mayo de 1948, D.1948.517 con nota de Lenoan; Civ. 1^a, 9 de febrero de 1980, J.C.P. 1971.II.16806 con nota de Dagot y Spitéri, *Rev. trim. dr. civ.*, 1970, p. 752, con obs. de Loussouarn.

(2) Cf. Mazeaud, *op. cit.*, t. III, n^{os} 634 y ss.

159. *Evolución de la teoría de los vicios del consentimiento.* En los derechos arcaicos, la forma, la solemnidad, confieren fuerza al acto jurídico todavía más que a la voluntad: *forma dat esse rei*; además, poco importa, para la validez del contrato, que la voluntad haya sido dada libremente o no, que sea o no "de calidad". El dolo y la violencia, sancionados en Roma a partir del siglo 7 a.C., fueron vistos en su origen como delitos privados dando a la víctima una acción penal, y no como vicios del consentimiento. Sin embargo, en el curso de la evolución, el pretor romano concedió a la víctima una *exceptio* por la cual paralizaba la demanda en la ejecución entablada por el contratante; luego le acordó la *in integrum restitutio*; así, la violencia primero, el dolo después, permitieron prácticamente obtener la anulación del contrato. El único error considerado hasta la época clásica es el error exclusivo del consentimiento, "el error obstáculo", que recae sobre la naturaleza del contrato (*error in negotio*), sobre la identidad de la persona (*error in persona*). Más tarde, se admitió el error sobre la sustancia (*error in substantia*), estrictamente entendido en el sentido de error sobre la materia de la cosa objeto del contrato, y no sobre las calidades de esta cosa. La lesión apareció tardíamente bajo Dioclesiano (284-305), con la evidente preocupación de proteger a la gente pobre, los *humiliores*, contra los abusos de los poderosos, de los *potentes*.

Adoptando el sistema de la autonomía de la voluntad, los redactores del Código Civil no habrían debido tener en cuenta toda alteración de la voluntad cuando esta alteración ha determinado el consentimiento. En el curso de los trabajos preparatorios, indicaron claramente su intención de ampliar la teoría romana. No obstante, su terminología no está alejada de aquella de los juristas romanos; puede ser que hayan temido dar al juez poderes demasiado amplios y afectar la seguridad del contrato. Por ello afirmaron netamente la protección de la voluntad.

Los tribunales, movidos por el deseo de moralizar el contrato, muy rápidamente han maltratado los textos del Código Civil; se

arrogaron un gran poder de fiscalización y pronunciaron la nulidad del contrato por vicio del consentimiento fuera de los límites estrechos trazados por el legislador. Ya se ha visto¹ a la jurisprudencia garantizar, en los contratos de adhesión, la protección de la parte cuya voluntad se encuentre coartada. Pero no recurre entonces a los vicios del consentimiento; se esfuerza por hacer reinar el equilibrio por el "forzamiento" del contrato, introduciendo en el mismo, bajo el pretexto de su interpretación, cláusulas que las partes no habían querido.

El sistema alemán de la declaración de voluntad, poniendo el acento sobre la sola manifestación de voluntad, se aproxima a los derechos formalistas, y propone una teoría restrictiva de los vicios del consentimiento. Pero el Código Civil alemán de 1900 no ha adoptado este sistema. Su posición, principalmente en materia de error, es muy próxima a la concepción francesa; existe, entonces, alguna exageración en subrayar, como lo hacía Saleilles, la obediencia del legislador alemán a la teoría de la declaración de voluntad.²

160. *Enumeración.* El artículo 1109 C. Civ. dispone: "No hay consentimiento válido, si el consentimiento no ha sido dado sino por error, o si ha sido arrancado por violencia u obtenido sorpresivamente por dolo". A los tres vicios del consentimiento enumerados por el artículo 1109, es necesario agregar la lesión, que es un vicio excepcional: artículo 1118 C. Civ.: "La lesión no vicia las convenciones sino en ciertos contratos o frente a ciertas personas, así como será explicado en la misma sección."

159 (1) *Supra*, nºs 87 y 88.

(2) *Cf. supra*, nº 123.

A. El error

161. Definición. Cometer un error, es tener una opinión contraria a la realidad.¹ Según su naturaleza, el error cometido por uno de los contratantes tiene un efecto diferente sobre la validez del contrato:

1º "Error obstáculo": Es el error que impide el acuerdo de voluntades. Este acuerdo supone dos voluntades concordantes, complementarias; así pues, los dos contratantes no se han comprometido; cada uno se ha equivocado, no sobre lo que él quería, sino sobre lo que quería su cocontratante; el "error obstáculo" es un "diálogo de sordos". Además, es necesario ver en él más que un vicio del consentimiento: impide el consentimiento, el acuerdo de voluntades; hay, en realidad, ausencia de consentimiento, entrañando la nulidad absoluta del contrato.

Desde el derecho romano clásico, se consideran como "errores obstáculos":

a) *El error in negotio*, sobre la naturaleza del contrato: "Si alguno entiende venderme una cosa, y que yo entiendo recibirla a título de préstamo o como presente, no hay en este caso ni venta, ni préstamo, ni donación" (Pothier).² El contrato concluido con una sociedad de seguros mutuales, en la cual los mutualistas participan en las pérdidas, mientras que el asegurado creía tratar con una sociedad de seguros de primas fijas, es nulo por error sobre la naturaleza de la

161 (1) Ghestin, *La notion d'erreur en droit positif actuel*, L.G.D.J., prefacio, Boulanger, 2ª ed., 1971; Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, 1961, p. 92 y ss.; Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, L.G.D.J. 1965, prefacio de H. Mazeaud, p. 205 y ss.; Perrot-Morel, *L'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, 1961, p. 192 y ss.; M. Cabrillac, *L'erreur dans le partage*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1955, p. 39 y ss.; Patarin, *Le problème de l'équivalence juridique des résultats*, 1954, nºs 27 y 28; Ghestin, *La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles*, D. 1971, chr., p. 247; Ph. Malinvaud, *De l'erreur sur la substance*, D. 1972, chr., p. 215; J. Maury, *L'erreur sur la substance dans les contrats à titre onéreux*, *Etudes Capitantes*, p. 491; R. Célice, *L'erreur dans les contrats*, tesis, París, 1922; Grelon, *L'erreur dans les liberalités*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1981.261.

(2) *Oblig.*, nº 17; Chevallier, obs. en *Rev. trim. dr. civ.*, 1965, p. 109.

convención.³ El contrato de préstamo a término diferido es nulo si el préstamo creía concluir un préstamo ordinario.⁴ Lo mismo ocurre en el caso del seudo contrato de fianza que había acordado una persona que creía que se trataba de una caución moral.⁵

b) *El error in corpore*. Es el error sobre la identidad del objeto del contrato. He querido comprar el fondo Semproniano, mientras que mi contratante deseaba venderme el fondo Corneliano.⁶

Del mismo modo, he querido comprar por tal precio en tanto que el vendedor ha querido hacerlo por otro precio. Es el error sobre el precio. Mientras que en principio el error cometido por una parte acerca del valor de la cosa no se toma en consideración,⁷ el error sobre el precio constituye un "error obstáculo": "Si alguno entiende venderme una cosa por un cierto precio, y yo entiendo comprarla por un precio menor, no hay venta" (Pothier).⁸

(3) Civ., 9 de diciembre de 1913, *Gaz. Pal.*, 1914.299.

(4) Rennes, 26 de octubre de 1950, *Gaz. Pal.*, 1951.1.279; cpr. Lyon, 15 de julio de 1951, *Gaz. Pal.*, 1952.2.262; cf. Mazeaud, *op. cit.*, t. III, nº 1484; París, 8 de julio de 1966, *Gaz. Pal.*, 1967.1.33 (en un caso donde dos contratos diferentes conducían al mismo resultado práctico). Ver también Com., 10 de julio de 1956, *Bull. civ.* 1956, nº 220.

(5) Civ. 1ª civ., 25 de mayo de 1964, D.1964.626, *Rev. trim. dr. civ.*, 1965.109, con obs. de J. Chevallier. Véase también, pero analizando como un error sobre la sustancia, la creencia errónea según la cual un préstamo sería garantizado por un seguro de vida: Bordeaux, 9 de febrero de 1989, *Rev. trim. dr. civ.*, 1989.743, con obs. de Mestre.

(6) Para la Corte de París (8 de julio de 1966, *Gaz. Pal.*, 1967.1.33.), hay error obstáculo cuando, creyendo comprar un departamento en un inmueble en copropiedad, se han adquirido partes en una sociedad propietaria del inmueble, partes que dan derecho al goce del departamento y a su atribución futura (cf. *infra*, nº 1325).

(7) Cf. *infra*, nºs 209 y ss. *Adde*, pero sancionada por una nulidad relativa (Civ. 3ª, 18 de febrero de 1987, J.C.P. 1987.VI.144): error sobre la designación de parcelas.

(8) *Oblig.*, nº 17; en este sentido: Com., 14 de enero de 1969, D.1970.450 con nota de Pédamon; Civ. 1ª, 28 de noviembre de 1973, D.1975.21 con nota de Rodière, R. N. Defrénois 1974.1176, con obs. de Aubert; Trib. gr. inst. Pau, 7 de enero de 1982, J.C.P. 1983.II.19999 con nota de Coiret; *contra* (pero se trata más bien del error cometido por el arrendador en la determinación del precio realmente ofrecido), París, 21 de octubre de 1987, *Gaz. Pal.* 1987.2.727; cf. Mazeaud, *op. cit.*, t. III, vol. 2, nº 859; sobre la cuestión de saber si este error ocasiona la nulidad absoluta, cf. *infra*, nºs 175 y 301.

c) *El error sobre la causa.* Los autores modernos consideran al error sobre la causa como un "error obstáculo". Pero es necesario precisar que la palabra causa tiene dos sentidos: 1º causa de la obligación, o causa abstracta, es decir, la consideración de la contraprestación; 2º causa del contrato, que es la causa concreta, los móviles determinantes.⁹ El error sobre la causa no es un "error obstáculo" sino cuando el mismo recae sobre la causa de la obligación; la Corte de casación lo califica, siguiendo a Aubry y Rau, como "error sobre la eficacia jurídica de la causa de la obligación".¹⁰ Una persona se obliga a reparar un daño del que no es responsable; un obrero acepta un arreglo transaccional como consecuencia de un accidente en la ignorancia de su verdadera incapacidad de trabajo;¹¹ un heredero promete a un genealogista una parte de la sucesión de un pariente, cuando necesariamente tuvo directamente conocimiento del deceso,¹² una persona contrae una obligación frente a un niño al que creía falsamente su hijo natural.¹³

En todos los casos calificados como "errores obstáculos",¹⁴ la nulidad proviene de la ausencia de uno de los elementos constitu-

(9) Cf. *infra*, nºs 255 y ss.

Véase, Considerando como un error ordinario, que vicia el consentimiento, "el error sobre la causa determinante de la convención" (en el caso, se trataba más bien de motivos: deseo, imposible de realizar, de acrecentar las actividades de la sociedad de la cual adquirirían las partes): Civ. 3ª, 25 de mayo de 1972, J.C.P. 1972.II.7249 con nota de Ghestin; recuérdese a *contrario*, París, 9 de mayo de 1964, Gaz. Pal., 1964.2.126. No hay allí, sin duda, más que una terminología inexacta, que es el reflejo de la nueva tendencia a apreciar el error *in concreto*.

(10) Civ., 1º de julio de 1924, Gaz. Pal., 1924.2.420.

(11) Civ., 28 de enero de 1913, S. 1913.1.487. Para el error sobre el objeto de una transacción, cf. Mazeaud, *op. cit.*, t. III, nº 1646; la víctima de un accidente que concluye una transacción ignorando la naturaleza del mal que la perjudica, comete un error "sobre la sustancia misma de la cosa que era el objeto del contrato": Civ. 1ª civ., 8 de marzo de 1966.II.14664 con concl. de Lindon.

(12) Cf. *infra*, nº 248.

(13) Req. 7 de julio de 1931, D.H. 1931.445.

(14) Considerados, además, por los jueces sin nombrarlos: cf. Rouen, 4 de marzo de 1969, J.C.P.1969.II.15911 con nota de M. A., *Rev. trim. dr. civ.*, 1969, p. 762, con obs. de Loussouarn.

tivos del contrato: consentimiento, objeto, causa. Ello explica, por una parte, que la nulidad sea una nulidad absoluta, y, por otra, que los redactores del Código Civil, que ya habían fijado la reunión de estos elementos en el artículo 1108, no hayan hecho ninguna alusión al "error obstáculo" cuando han tratado del error.

2º Error vicio del consentimiento: Las voluntades de los contratantes han acordado sobre los elementos esenciales del contrato; las partes se han "entendido"; por ejemplo, una y otra han querido realizar una venta, recayendo sobre tal cosa, a tal precio. Pero el consentimiento de una parte ha sido dado como consecuencia de un error: si no hubiera estado equivocada sobre tal o cual punto, no habría consentido; por ejemplo, el caballo que había sido el objeto del contrato era justamente aquel que quería comprar y que el otro contratante quería vender; pero era un caballo destinado a tirar de los vehículos mientras que creía que se trataba de un caballo de silla.¹⁵ Es el error propiamente dicho, aquel que está especialmente previsto en el artículo 1110 C. Civ. No se trata tampoco de constatar que el contrato no se ha formado, a causa de la falta de uno de sus elementos constitutivos, lo que importa nulidad absoluta, sino de proteger a un contratante que ha dado su consentimiento, de poner a su disposición con ese fin una acción de nulidad relativa.

3º Error sin efecto sobre la validez del contrato: Sería lógico, en un sistema fundado sobre la autonomía de la voluntad, tener en cuenta todo error que ha determinado a una parte a contratar. Pero la estabilidad de los contratos, la seguridad de las transacciones, exigen que sean descartados ciertos errores juzgados veniales; pues todos los contratos correrían el riesgo de ser atacados por error, ya que una de las partes se equivoca casi siempre cuando da

(15) Para el error cometido sobre las cualidades de "trotador" en las cuales ha creído el comprador de un caballo, cf. trib. gr. inst. Montbrison, 24 de junio de 1964, J.C.P. 1965.II.14093 con nota de J.B.

su consentimiento: jamás se conoce perfectamente la situación exacta. Los redactores del artículo 1110 han limitado, por lo tanto, los casos en los cuales puede ser considerado el error que ha viciado el consentimiento. La jurisprudencia, interpretando ese texto, se ha esforzado en delimitar exactamente el error vicio del consentimiento y el error indiferente;¹⁶ pero no ha llegado a tales conclusiones sino de manera bastante imperfecta.

Para despejar el criterio de la distinción, es necesario estudiar: a) El ámbito; b) las condiciones del error. Se precisará después: c) su prueba y d) sus efectos.

a) Ambito del error, vicio del consentimiento

162. Error sobre la sustancia y error sobre la persona. El artículo 1110 C. Civ. no considera como viciantes del consentimiento más que dos categorías de errores: el error "sobre la sustancia misma de la cosa", y el error "sobre la persona".

163. Primer error vicio del consentimiento: el error sobre la sustancia. Evolución de esta noción. De una noción objetiva de la sustancia, materia de la cual está formada la cosa sobre la que recae el contrato, se ha marchado hacia una noción subjetiva, que hace de la "sustancia" la calidad esencial contemplada por las partes.

Los romanos no admitieron hasta el siglo 2 más que los errores *in negotio e in corpore*, los únicos citados por Marcellus. Al principio del siglo 3, Paulo¹ y Ulpiano² agregaron el error *in substantia*; pero le dieron una definición muy estrecha: el error sobre la sustancia consiste en el error sobre la materia de la cual está formada

(16) Véase, para el error sobre la posibilidad de conciliar los horarios de una escuela privada con los de la Facultad: Civ. 1^a, 4 de junio de 1980, R.N. Defrénois 1981.854, con obs. de Aubert.

163 (1) *Dig.* 18.1.10.

(2) *Dig.* 18.1.9 y 14.

la cosa, objeto del contrato. El comprador de vino, que constata que ese vino está agrio, no puede demandar la nulidad de la venta por error sobre la sustancia, cuando se le ha entregado vino y no vinagre, pues ha comprado lo que quería comprar: vino. Sin embargo, se formaría una idea inexacta de la concepción del derecho romano clásico si se omitiera señalar que, en un ámbito particular, el de la venta de esclavos y de animales, el comprador podía obtener la resolución del contrato o una disminución del precio cuando ciertos vicios, que volvieron a la cosa impropia para el uso al cual estaba destinada, se revelasen después de la venta. Esos medios técnicos creados a propósito de ventas particulares, a fin de proteger a los adquirentes contra los vendedores cuya moralidad estaba sujeta a sospecha por los romanos, fueron seguidamente extendidos a todas las ventas mobiliarias e inmobiliarias.³ Ubicándose bajo el ángulo de una apreciación totalmente objetiva, los juristas romanos⁴ prepararon la lista de los vicios de la cosa que impiden *usum ministeriumque hominis*, que impiden el uso y el servicio de la cosa. Limitado, en los contratos en general, a la materia de la cual estaba formada la cosa, recae, en la venta, sobre los vicios de la cosa, el error siempre era apreciado objetivamente. No se investigaba si el *errans* (el contratante que se equivocó) había celebrado el contrato determinado por su error, sino únicamente si la cosa tenía una sustancia diferente a la tomada en consideración, o presentaba ciertos vicios catalogados.

Reproduciendo la expresión latina *error in substantia*, los redactores del Código Civil parecen haberse adherido al criterio objetivo material del derecho romano. Sin embargo, los trabajos preparatorios demuestran que tuvieron una visión más amplia del error. Han seguido a Pothier,⁵ quien, trayendo los ejemplos de error sobre la sustancia dados por los juristas romanos, definía el error vicio

(3) Cpr. art. 1641 C. Civ.

(4) *Dig.* 21.1.

(5) *Oblig.*, n° 18.

del consentimiento como aquel que "recae sobre la calidad de la cosa que los contratantes han tenido especialmente en vista". En el curso de la discusión del artículo 1110, Bigot de Prémeneu⁶ asimila "el error en los motivos" al error sobre la sustancia, a condición de que los motivos hayan sido contemplados por las partes "como una condición acerca de la cual quede claro que las partes han hecho depender de ella su obligación". El tribuno Moricault al presentar el proyecto al Cuerpo Legislativo⁷ consideró el error que ha "recaído sobre la sustancia misma de la cosa o sobre el motivo determinante de la obligación". La doctrina de Pothier y las opiniones emitidas en el curso de los trabajos preparatorios del Código Civil abrían la vía al sistema subjetivo, que considera el error sobre las calidades que han sido atribuidas a la cosa por las partes y que las determinaron a contratar.

La jurisprudencia no tardó en tomar en cuenta el espíritu de los redactores más que la letra del artículo 1110 C. Civ. Como los redactores de ese texto, y más aún los tribunales, quieren incluir bajo el vocablo "error sobre la sustancia" numerosos errores sobre las calidades extrañas a la materia de la cosa, a condición de que esos errores hayan sido determinantes. Así, se asimila al error sobre la sustancia a aquél sobre las calidades sustanciales, es decir las calidades juzgadas esenciales. La autenticidad de una obra de arte,⁸ la calidad consistente de una perla para ser "natural" y no "de cultivo",⁹ la época de un mueble,¹⁰ son calidades sustanciales. El

(6) Fenet, XIII, p. 223.

(7) Fenet, XIII, p. 417.

(8) París, 22 de febrero de 1950, D.1950.269; París, 12 de febrero de 1954, D.1954.337; París, 3 de enero de 1974; Trib. gr. inst. París, 21 de enero de 1976; 3 de diciembre de 1976 (sol. impl.); *contra*: Civ. com., 20 de octubre de 1970 (la persona debe aportar la prueba que ha decidido hacer de esta autenticidad la cualidad sustancial que ha determinado su consentimiento, pues la autenticidad no es en sí cualidad sustancial; es esto que recuerda todavía Civ. 1^a, 26 de enero de 1972, *ibid.*).

(9) Req. 5 de noviembre de 1929, S. 1930.1.130.

(10) Civ. 1^a, 23 de febrero de 1970; París, 7 de diciembre de 1976, aprobado por Civ. 1^a, 24 de enero de 1979.

tribunal de apelación de Rennes ha podido afirmar, el 17 de junio de 1929,¹¹ "que es jurisprudencia cierta de hoy que es necesario entender por sustancia de la cosa, no tal o cual elemento necesariamente material, sino la característica que ha sido determinante para el consentimiento".

También los tribunales han considerado como una calidad sustancial el uso que el comprador se proponía hacer de las mercaderías,¹² o de un terreno,¹³ ya sea para construir allí una escuela,¹⁴ ya sea para fraccionarlo en lotes,¹⁵ igualmente, la utilidad de la cosa vendida.¹⁶

Poco importa que el error invocado por una de las partes refiera a una calidad de la prestación del cocontratante o de su propia prestación.¹⁷

Así, los tribunales han abandonado la teoría objetiva para aproximarse a la teoría subjetiva. El calificativo "sustancial", que ha estado conservado por referencia al artículo 1110 C. Civ., significa hoy esencial.¹⁸

164. *Errores que no afectan la validez del contrato.* Sin embargo, la Corte de casación ha fijado un límite a esta extensión: "Con-

(11) Gaz. Pal., 1929.2.396.

(12) Req. 17 de junio de 1946, Gaz. Pal., 1946.2.204.

(13) Trib. civ., Seine, 16 de mayo de 1923, Gaz. Pal., 1923.2.183. *Contra*: Toulouse, 10 de diciembre de 1968, D.1969.466 (también terreno no tan apto para la construcción como lo deseaba el comprador); Trib. gr. inst. Bourges, 20 de enero de 1972, J.C.P. 1972.II.17075 con nota de H. Delpéch. Recordar Civ. 3^a, 25 de mayo de 1972, J.C.P. 1972.II.17249 con nota de Ghestin.

(14) Orléans, 18 de enero de 1895, D.1895.2.47.

(15) Civ., 23 de noviembre de 1931, D.1932.1.129 con nota de Josserand.

(16) *Infra*, n° 166.

(17) Trib. gr. inst., París, 13 de diciembre de 1972, invalidado (pero por ausencia de prueba del error) por París, 2 de febrero de 1976, fallo anulado por Civ. 1^a, 22 de febrero de 1978; Trib. gr. inst., París, 21 de enero de 1976; París, 7 de diciembre de 1976, aprobado por Civ. 1^a, 24 de enero de 1979.

(18) ¿Pero esencial para quién? ¿Para el *errans*? ¿Para los dos contratantes? ¿Para el individuo normal situado en las mismas circunstancias? Es todo el problema de la apreciación. Será resuelto un poco después (*infra*, n° 166).

siderando que ni el error sobre el valor de la cosa, ni el error sobre los motivos del contrato tornan a éste anulable cuando no recaen sobre la sustancia de la convención" (Civ. 16 de mayo de 1939¹). Esta fórmula debe ser examinada de cerca. La Corte de casación considera que, en principio, el error sobre el valor y el error sobre los motivos son indiferentes; pero que, excepcionalmente, deben ser considerados, si fuesen tales que constituyesen un error sobre la sustancia.

165. El error sobre el valor y el error sobre la sustancia. El error sobre el valor es, en principio, indiferente. En efecto, la lesión no se considera causa de nulidad sino en casos excepcionales,¹ los tribunales no tienen la posibilidad de pretextar un error sobre el valor para descartar la exclusión de la lesión.² La solución sería distinta sólo si el error sobre el valor fuera la consecuencia de un error sobre una calidad sustancial³ o de un dolo; el mismo

164 (1) S. 1939.1.260.

165 (1) Cf. *infra*, nº 209 y ss.

(2) Civ., 16 de mayo de 1939, precitado; París, 9 de mayo de 1964, Gaz. Pal., 1964.2.126: "Un error sobre el valor... no sería una causa de nulidad"; Civ. soc., 4 de mayo de 1956, D.1957.317 con nota de Malaurie (error sobre el "valor cultivable" de una propiedad dada en arrendamiento rural, valor calificado de calidad sustancial); Civ. 1ª civ., 25 de enero de 1965; Com., 20 de octubre de 1970 (sol. impl., a propósito de obras de arte); Com., 26 de marzo de 1974, Bull. civ. 1974.IV, nº 108 (a propósito de la productividad de acciones cedidas); Trib. gr. inst., París, 7 de mayo de 1975, D.1976.605 con nota de Jeandidier; París, 15 de enero de 1987, D.1987.1.R.28, *Rev. trim. dr. civ.*, 1987.742, con obs. de Mestre (arrendamiento).

Sobre la cuestión, diferente, del error sobre el precio, cf. *supra*, nº 161; pero para una (¿hábil?) confusión entre estas dos nociones, v. París, 7 de marzo de 1989, D.1989.I.R.128, *Rev. trim. dr. civ.*, 1989.743 con obs. de Mestre.

(3) Tal, para un cuadro, el error cometido por el vendedor sobre el nombre del pintor, Civ. 1ª, 22 de febrero de 1978. Sin embargo, se ha juzgado que el precio es un elemento de prueba del carácter sustancial del error (para un precio elevado: Civ. 3ª, 29 de noviembre de 1968, Gaz. Pal., 1969.1.63; cpr. para un precio bajo: Com., 20 de octubre de 1970 y Civ. 1ª, 26 de enero de 1972; véase también, París, 22 de febrero de 1950, *ibid.* y trib. civ. Saint-Brieuc, 26 de febrero de 1908, D. 1909.2.223, para un cuadro de Ruysdaël.

entrañaría la nulidad. Aquí no se puede sino reproducir la notable fórmula tomada de Ghestin,⁴ y que utiliza el Tribunal de apelación de Versailles:⁵ "conviene distinguir entre el error monetario, que procede de una apreciación económica errónea efectuada a partir de datos exactos, y el error sobre el valor cualitativo de la cosa, que no es, como en la especie, sino la consecuencia de un error sobre una calidad sustancial; en este caso, el error debe ser considerado como error sobre la sustancia".

166. El error sobre los móviles y el error sobre la sustancia. El error sobre los móviles es, en principio, indiferente. Importa poco que el comprador haya contratado con el propósito de realizar un buen negocio, que un industrial haya celebrado un contrato de publicidad descontando numerosos pedidos, que un funcionario haya adquirido una casa para gozar de su jubilación en base a ella; el acto es válido aun en el caso de que el negocio fuese malo, aun en el caso de que el funcionario falleciera antes de su jubilación: "Los beneficios descontados... no podrían ser considerados como una calidad sustancial".¹

Para que el simple móvil sea tomado en consideración, no es suficiente que el contratante haya tenido conocimiento del fin perseguido por el *errans* (el vendedor sabe que el comprador desea realizar un buen negocio, o que el funcionario desea tomar su jubilación); es necesario que el móvil haya devenido una modalidad, una condición a la cual se hubiese sometido la realización de un contrato. Es lo que, después de Bigot de Préameneu,² afirma la

(4) Ghestin, tesis precitada, nº 74.

(5) Versailles, 7 de enero de 1987 (causa del Poussin).
166 (1) Civ., 16 de mayo de 1939, S. 1939.1.260. En el mismo sentido: Com., 5 de octubre de 1983, Gaz. Pal., 1984.Ipan.91 con nota de J. Dupichot; cpr. si no contra, igualmente a propósito de la cesión de partes de sociedades y de la imposibilidad de acrecentar las actividades de la sociedad: Civ. 3ª, 25 de mayo de 1972 (citado *supra*, nº 163).

(2) Cf. *supra*, nº 164.

Corte de casación³: "Considerando que los motivos, verdaderos o erróneos, que pueden incitar a una parte a concluir una operación a título oneroso con otra persona, exenta de dolo, no tienen influencia sobre la validez de la operación, a menos que las partes hayan estado de acuerdo para hacer de ello la condición de su convenio".⁴

Un funcionario compra un departamento en la ciudad donde ejerce sus funciones, creyendo que allí terminará su carrera. Importa poco que sea nombrado en otra parte: el error sobre los motivos no puede ser considerado. Pero si ha estipulado que compraba bajo la condición resolutoria de su nombramiento en otra ciudad, por el juego de la condición el contrato está resuelto; el móvil ha sido erigido en condición. Incumbe a quien se prevalece de la existencia de una condición en el contrato probar la misma.

El error sobre las calidades sustanciales importa la nulidad del contrato, mientras que el error sobre el móvil es, en principio, indiferente; es indispensable precisar el criterio de la distinción. La jurisprudencia, que arribaba en general a soluciones exactas por una suerte de intuición, no da una línea suficientemente precisa en torno al dominio del error. Las mismas fórmulas que emplea lo prueban, pues tanto rechaza los motivos,⁵ cuanto tiene en cuenta el "motivo principal". Se convendrá que es difícil distinguir entre los motivos a aquel que ha sido el motivo principal.⁶ Ello puede ser lo que explica la actitud muy ambigua adoptada actualmente por la Corte de casación.

1º Calidades sustanciales:

El estudio de las decisiones permite constatar que la jurisprudencia consideraba como sustanciales dos categorías de calidades:

(3) Civ., 3 de agosto de 1942, D.A. 1943.18.

(4) Cf. igualmente Rennes, 11 de enero de 1923, Gaz. Pal., 1923.2.64; París, 18 de diciembre de 1963, J.C.P. 1965.II.14060 con nota de Ghestin.

(5) Civ., 16 de mayo de 1939, precitado, nota 1.

(6) Req. 17 de junio de 1946, Gaz. Pal., 1946.2.204.

a) Es ciertamente una calidad sustancial aquella que posee o debería poseer normalmente la cosa en la opinión común. Aubry y Rau⁷ definen las calidades sustanciales como a "las propiedades (de la cosa) cuya reunión determina su naturaleza específica, de acuerdo a la opinión común". Contrariamente a la tesis objetiva, no se limita el error al error sobre la materia de la cosa, se tiene en cuenta la opinión, pero una opinión abstracta, aquélla de un contratante normal, y no ésta, concreta, del *errans*. En la opinión normal, un terreno debe servir para construir sobre el mismo, si está situado en una zona urbana.⁸ Es la apreciación *in abstracto* de la calidad sustancial tal como lo hacía la jurisprudencia clásica.

b) La jurisprudencia ha ido inclusive más lejos y, sobre ese punto, no ha variado. Considera como calidad sustancial la que tuvieron en cuenta las partes.⁹ Un terreno no debe normalmente

(7) *Cours de droit civil français*, 5a edición, por Bartin, t. IV, E 343 bis.

(8) En este estudio, Malinvaud, chr. precitada, D.1972.215; *contra*, Ghestin, *op. cit.*, n° 377. La transferencia de propiedad de un objeto debe conferir el *abusus* completo; tal no es el caso para un vehículo empeñado, casi inalienable: trib. gr. inst. Argentan, 15 de octubre de 1970, D.1971.178. La cualidad sustancial de un automóvil comprado de ocasión es, en la opinión común, estar en buen estado de funcionamiento, de forma que importa poco que el comprador haya ignorado el accidente sobrevenido al automóvil, perfectamente reparado después: Montpellier 12 de febrero de 1962 (J.C.P.1962.II.12741 con nota de Dijol), que aplica la apreciación *in abstracto* y califica de "objetiva" la noción de error sobre la sustancia (Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, *op. cit.*, n° 268). Para la corte de París (20 de abril de 1964, D. 1964, sum. 97), el error sobre la fecha de la construcción de un automóvil de ocasión recae sobre una cualidad sustancial (el fallo es matizado: se ha mencionado que el año había sido convenido, que el año tiene una gran importancia [*in abstracto*?], que la edad era a justo título [*in abstracto*] una cualidad sustancial para el comprador [*in concreto*]; *contra*: París, 23 de septiembre de 1988, *Rev. trim. dr. civ.*, 1989.741, con obs. de Mestre. Al contrario desde el momento que un automóvil es apto para la competición (fin de su adquisición) poco importa que sea de cilindrada y potencia inferior a la que era anunciada: Civ. 1ª, 3 de octubre de 1979, D.1980.28.

(9) Trib. gr. inst., Fontainebleau, 9 de diciembre de 1970, D.1972.89 con nota de Ghestin, *Rev. trim. dr. civ.*, 1972, p. 386, con obs. de Loussouarn (a propósito

ser utilizado para la construcción de una escuela, o para destinarlo a loteo, pero las partes han podido contemplar esta utilidad. Aquí la apreciación está hecha *in concreto*, pero de acuerdo a la opinión de las dos partes, es decir según los términos de su acuerdo. Así se explican ciertos fallos que consideran el motivo principal: es que el error era compartido.¹⁰

2º Calidades no sustanciales:

a) Desde que la cosa presenta en sí misma esta utilidad o esta posibilidad de utilización, que constituye su calidad sustancial, importa poco que el contratante no haya podido utilizarla como esperaba, por razones que le son personales y extrañas al contrato, aunque otra persona hubiera podido hacerlo. El departamento permanece apto para la habitación, aunque el funcionario que lo ha comprado no puede aprovecharlo porque ha sido trasladado; la casa que ha adquirido para retirarse en ella con motivo de su jubilación, en tanto fallece con anterioridad. Así, la posición de la jurisprudencia se precisa: lo que erróneamente llama móviles, son las razones personales que han impedido al contratante obtener de la cosa las "ventajas" que normalmente le habría procurado. Para que tal motivo penetre en el contrato, no es suficiente que sea conocido por el cocontratante; es necesario que las partes hayan hecho del mismo una condición de su contrato, condición a cuya realización sometan la existencia misma del contrato¹¹.

de un error sobre el importe del alquiler del inmueble vendido; como lo subraya el juicio, se trata de una apreciación *in concreto* pero transformada en legítima por el hecho de que la cualidad en cuestión entró en el campo contractual); recuérdese Civ. 1ª, 2 de mayo de 1989, *Rev. trim. dr. civ.*, 1989.742, con obs. de Mestre (error sobre el número de cofiadores de la caución *errans*).

(10) Req. 17 de junio de 1946, precitado.

(11) París, 18 de diciembre de 1963, J.C.P. 1965.II.14060 con nota de Ghestin, *Gaz. Pal.*, 1964.I.416: "Considerando que la Sociedad A. confunde... la causa de la convención... y los móviles estrictamente personales que ha podido tener para comprometerse en los vínculos de una convención de vecindad; que el error que

b) Además, cuando una calidad no ha sido normalmente contemplada por la opinión común, y cuando tampoco lo ha sido por las dos partes, sino por una sola de entre ellas, la creencia errónea acerca de la existencia de esta calidad es indiferente.

En una tesis puramente subjetiva este error debería ser considerado. El *errans* se ha equivocado, su voluntad no es sana. Pero la seguridad contractual exige esta limitación. El tribunal civil del Sena, el 8 de diciembre de 1950,¹² rechazó anular la venta de un cuadro de Delacroix, que el comprador había adquirido porque creía inexactamente que ese cuadro había adornado el dormitorio del artista; el tribunal de paz de Nantes, el 23 de enero de 1947¹³ rechazó la demanda de nulidad de la venta de un cuadro, obra de un pintor estimado, que el adquirente había creído, erróneamente, que representaba a Sarah Bernhardt; el tribunal de apelación de Amiens, el 30 de noviembre de 1954,¹⁴ mantuvo el alquiler de un campo de caza, cuyo locatario reclamaba la anulación del mismo por cuanto lo creía con mayor abundancia de caza.

c) En fin, cuando la utilidad o la calidad comporta un riesgo, un azar, ello no puede ser tenido en cuenta para anular el contrato en el caso en que la ventaja descontada no se realice o en el caso en que la calidad esperada no exista.¹⁵ Una operación concluida "en vista

ha podido... cometer sobre una de las razones personales que la hubieran determinado a concluir la convención, ... no significaría ni despojar la convención de su causa jurídica, ni autorizar al apelante a reclamar por un error de naturaleza tal como para producir efectos jurídicos." Sobre la causa errónea del contrato, cf. *infra*, nº 279.

(12) *Gaz. Pal.*, 1951.I.153.

(13) *Gaz. Pal.*, 1947.I.129.

(14) *Gaz. Pal.*, 1955.I.69.

(15) Civ., 16 de mayo de 1939, precitado nota 1; Trib. gr inst., París, 21 de enero de 1976, D.1977.478 con nota de Malinvaud; París, 11 de enero de 1978, *Gaz. Pal.*, 1978.I.248 con nota de R.S.; París, 3 de noviembre de 1988, J.C.P. 1989.IV.222; Civ. 1ª, 24 de marzo de 1987, D.1987.489 con nota de Aubert; Civ. 1ª, 31 de marzo de 1987, *Rev. trim. dr. civ.*, 1987.741, con obs. de Mestre; Riom, 10 de mayo de 1988, *Rev. trim. dr. civ.*, 1989.740, con obs. de Mestre (terreno

de exportar (mercaderías) en país extranjero" importa un riesgo si ha sido concluida en una época en que existía una prohibición de exportar, aun cuando estuvieran admitidas ciertas derogaciones, de las que el comprador no ha podido beneficiarse.¹⁶ La compra realizada para revender con beneficio importa un riesgo análogo. La compra de partes de una sociedad en bancarota, acarrea siempre el riesgo de descubrir un pasivo más amplio que el previsto.¹⁷

¿Pero puede considerarse todavía, en nuestros días, que la jurisprudencia se libra a una apreciación *in abstracto*? La duda se justifica si se considera que, por ejemplo, la Corte de casación no hace de la autenticidad de un cuadro del maestro pintor o de la edad de un mueble antiguo una calidad automáticamente sustancial. A nuestro juicio, una real apreciación *in abstracto* no debe descartar el examen de las circunstancias del acto jurídico. Así pues, cuando un mueble ha sido comprado en el negocio de un anticuario o también cuando un cuadro ha sido comprado en una venta en remate público, munido de todos los certificados de autenticidad adecuados, ¿quién negaría que el individuo ordinario, ubicado en esas mismas circunstancias externas, esperaba adquirir una antigüedad o una tela del pintor anunciado? Sin embargo, no parece ser tal el actual razonamiento de la Corte de casación.

Pero, en primer lugar deben ser descartados del debate los fallos que, tomando en consideración circunstancias propias del *errans*, no consagran una apreciación *in concreto*: en efecto, en muchas decisiones son mencionadas la edad, la profesión, el carácter de "profesional advertido", de "comprador instruido", de "mar-

inconstruible, pero riesgo aceptado por una cláusula no equívoca). A *contrario*, cuando el deudor principal estaba ya en quiebra en el momento de la conclusión de un contrato de fianza, ¿no es en razón de la falta de álea que el fiador puede alegar un error sobre la sustancia?: Civ. 1^a, 1^o de marzo de 1972, D.1973.733 con nota de Malaurie; cpr. Com., 2 de marzo de 1982, D.1983.62 con nota de Agostini.

(16) Colmar, 15 de octubre de 1929, Gaz. Pal., 1929.2.824.

(17) Bordeaux, 11 de junio de 1986, *Rev. trim. dr. civ.*, 1987.742, con obs. de Mestre; Com., 6 de enero de 1987, *ibid.*

chand de obras de arte importante" de aquel que ataca la venta. Esas consideraciones no conciernen, en realidad, sino a la prueba del error¹⁸ o al carácter inexcusable¹⁹ de éste. Sirven para demostrar que el demandante no ha podido equivocarse o que estaba en falta.

La verdadera ambigüedad no está allí. Está, por ejemplo, en esta motivación de la Corte de casación: "corresponde al comprador, argumentado su error, establecer el carácter, para el sustancial, de las calidades que no ha encontrado en el objeto comprado".²⁰

Sin llegar hasta ver en lo sucesivo como lo hace un autor, en la noción de error sustancial una noción de hecho puro,²¹ análisis que rechaza la Corte de casación,²² reconozcamos que este nuevo méto-

(18) Civ. 1^a civ., 16 de diciembre de 1964, Bull. civ. 1964.I, n^o 575; Com., 4 de julio de 1973, D.1974.538 con nota de Ghestin; Trib. gr. inst., París, 7 de mayo de 1975, D.1976.605 con nota de Jeandidier; v. también Civ. 1^a, 1^o de marzo de 1972, precitado, nota 15, para el cual la ignorancia, por la caución, de la insolvencia del deudor principal, es un "error sobre el motivo principal y determinante de su obligación", o sea un error, sobre la sustancia.

(19) *Infra*, n^o 171.

(20) Civ. 1^a, 26 de enero de 1972. Recuérdese Com., 20 de octubre de 1970, que exige al demandante que aporte la prueba de que ha entendido hacer de la autenticidad del cuadro la cualidad sustancial que determinó su consentimiento. Véase también, París, 23 de septiembre de 1988 (*supra*, nota 8): el año de fabricación de un automóvil (con un error de más o menos un año) no es a priori una cualidad sustancial, pero el comprador podría obtener la nulidad si justificaba la existencia de consideraciones subjetivas tales como la edad exacta del vehículo determinante de su consentimiento. Se notará igualmente los criterios extraordinariamente subjetivos de Civ. 3^a, 14 de mayo de 1985, J.C.P. 1985.IV.261: error sobre el sentido de una cláusula de renuncia a las disposiciones del art. 1590 C. Civ. (arras). Era sustancial para el vendedor poder renunciar a la venta restituyendo el doble de arras; el fallo insiste sobre el hecho de que las facultades mentales del vendedor y sus conocimientos no le permitían comprender el sentido de la cláusula (este último punto no es fundamental, concierne la prueba -evidentemente *in concreto*- del error).

(21) Malinvaud, crónica precitada, D.1972.chr. p. 215.

(22) Civ. 1^a civ., 25 de enero de 1965, D.1965.217, casando Montpellier, 2 de enero de 1963, Gaz. Pal., 1963.1.193, D.1963.somm.77, que había empleado esta fórmula.

do de apreciación del error, aparte de la imprecisión que engendra, importa toda una serie de consecuencias: puesto que la "sustancia" no es más una noción estereotipada sino una noción puramente subjetiva, ¿el error sobre la sustancia no deviene sistemáticamente determinante, puesto que es un error sobre la calidad esencial para el *errans*? Sólo la aceptación de un álea sobre esta calidad sustancial puede entonces impedir que el error sea determinante.²³ Por otra parte, puesto que la sustancia no es la calidad que se puede razonablemente estimar como esencial en un objeto, ¿no será necesario, para considerar el error, subrayar que esta calidad esencial ha sido convenida *inter partes*, que ha entrado en el campo contractual?²⁴

Es hacer volver el error sobre la sustancia al error sobre los "móviles", en el sentido en que los entiende la jurisprudencia. En fin, el *errans* deberá no solamente probar su error, sino también por qué tal calidad le parecía esencial.²⁵

Es necesario pues felicitarse de que los jueces de fondo resistan este cambio de jurisprudencia considerando tales calidades como normalmente sustanciales,²⁶ habida cuenta de las circunstancias externas del acto y del mismo modo si dependiesen de circunstancias propias al demandante para negar que haya cometido en la especie este error sustancial.²⁷

167. *Segundo error vicio del consentimiento: el error sobre la persona.* De acuerdo al artículo 1110, ap. 2, C. Civ., el error "no es una causa de nulidad, cuando no recae sino sobre la persona

(23) *Supra*, notas 15 y ss.

(24) Com., 20 de octubre de 1970, precitado, así como, a propósito de este fallo: Ghestin, nota en J.C.P. 1971.II.16916.

(25) Civ. 1^a, 26 de enero de 1972 y Com., 20 de octubre de 1970, precitados.

(26) París, 3 de enero de 1974, Gaz. Pal., 1974.2.708; Trib. gr. inst., París, 21 de enero de 1976, precitado; Trib. gr. inst., París, 3 de diciembre de 1976, Gaz. Pal., 1977.1.161; Versailles, 13 de abril de 1983, Gaz. Pal., 1984.1.somm.60.

(27) Trib. gr. inst., París, 7 de mayo de 1965, *supra* nota 18; Versailles, 13 de abril de 1983, citado.

con la cual se tiene la intención de contratar, a menos que la consideración de esta persona haya sido la causa principal de la convención".

Así, los redactores del Código Civil no consideran el error sobre la persona sino cuando el contrato ha sido concluido *intuitu personae*. Todo contrato a título gratuito es concluido *intuitu personae*. A contrario sensu no es menester concluir que el *intuitus personae* es siempre indiferente en los contratos a título oneroso. En el arrendamiento —en razón de las relaciones que se establecen entre arrendador y locatario—, en el contrato de hospedaje, en el contrato de seguro,¹ en la promesa de préstamo, en las sociedades de personas, en las asociaciones, en los contratos con un médico, con un pintor artista, con un empleado calificado, la consideración de la persona juega un papel esencial. En la misma venta, el *intuitus personae* juega a veces un papel.² Es indiscutible en la venta a crédito.³ En la venta al contado, una persona que, por ejemplo, tiene afecto por un animal, consentirá cederlo a tal persona, no a tal otra.⁴

168. *El error sobre la identidad y sobre las calidades esenciales de la persona.* En materia de matrimonio, la jurisprudencia entendiendo restrictivamente el "error en la persona" a fin de evitar la nulidad de un acto también importante.¹ Por el contrario, en los contratos de orden patrimonial, considera no solamente el error sobre la identidad física o civil, o sobre el estado, sino también el

167 (1) Art. L. 132-26 C. de los seg.

(2) Azoulay, L'élimination de l'intuitus personae dans le contrat, en *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, 1960.

(3) Cf. *infra*, n° 168 y nota 6.

(4) Del mismo modo, se ha admitido que una transacción debe ser anulada cuando está establecido que el autor del accidente no quería, ni podía transigir sino con su víctima y no con un tercero cualquiera (Rouen, 4 de marzo de 1969, J.C.P. 1969.II.15911); *adde*: error sobre la calidad de no-comerciante de un pseudo-agente de negocios: Saint-Denis de la Réunion, 6 de octubre de 1989, J.C.P. 1990.II.21504 con nota de Putman.

168 (1) Cf. Mazeaud, *op. cit.*, t. I, n° 736.

error sobre las calidades juzgadas esenciales. Una donación será anulada si el acto de coraje que el donante quería recompensar, no había sido cumplido por el donatario. Un compromiso arbitral es nulo si una de las partes ha aceptado la designación de un abogado como árbitro ignorando que su adversario era el cliente de ese abogado.² La moralidad del arrendatario es una calidad juzgada esencial en el contrato de arrendamiento: se ha anulado un contrato de arrendamiento consentido a una mujer libertina,³ un arrendamiento agrario consentido a dos concubinos que el arrendador había creído casados.⁴ Por el contrario, no se tendrá en cuenta un error sobre la solvencia de un banquero comparable a un error sobre el valor.⁵ Pero la posibilidad, para el adquirente de un castillo y de una finca, de pagar el precio convenido ha sido considerada como una calidad esencial de la persona; el vendedor, que había ignorado que el adquirente había sido condenado a la confiscación de sus bienes presentes y futuros, obtuvo la nulidad de la venta.⁶

(2) Civ. com., 16 de julio de 1964, Gaz. Pal., 1964.2.371; confrontar con París 8 de mayo de 1970, J.C.P. 1970.II.16437 con nota de P.L., aprobado por Civ. 2ª, 13 de abril de 1972, Gaz. Pal., 1972.2.753 (considerando el error cometido por una de las partes en un compromiso sobre la personalidad de un árbitro, que había evacuado a la otra parte una importante consulta favorable a su tesis).

(3) Trib. civ., Nantes, 10 de julio de 1894, D. 1894.2.176.

(4) Angers, 4 de mayo de 1921, D.1921.2.125.

(5) Civ., 5 de agosto de 1874, D.1875.1.105. Consagrando la apreciación *in concreto*, en este ámbito igualmente, la Corte de casación considera que el error del fiador sobre la solvencia del deudor caucionado no es fuente de nulidad sino cuando el fiador demuestra que esta solvencia era la condición de su compromiso: Com., 2 de marzo de 1982, D.1983.62 con nota de Agostini. Cpr. Civ. 1ª, 1º de marzo de 1972, D.1973.733 con nota de Malaurie.

(6) Civ. 1ª civ., 20 de marzo de 1963, J.C.P. 1963.II.13228 con nota de P. Esmein. Para el error cometido por el comprador que cree de modo inexacto que el vendedor era propietario de la cosa vendida, cf. Mazeaud, *op. cit.*, t. III, nº 816.

b) Condiciones del error, vicio del consentimiento

169. Enumeración. La jurisprudencia habría ensanchado considerablemente el campo del error, adoptando el criterio subjetivo, si no hubiera exigido al mismo tiempo que el error presentara ciertas condiciones para constituir una causa de nulidad.

Una condición es cierta: el error debe ser determinante de la voluntad. Otras dos condiciones son discutidas: la necesidad de un error de hecho; el conocimiento del error por la otra parte.

170. Error determinante. En la tesis objetiva, no se investiga la influencia del error sobre la voluntad del contratante. El error no es considerado sino cuando recae sobre la materia; pero entonces acarrea la nulidad del contrato, haya determinado o no a las partes a concluirlo.

La tesis subjetiva, por el contrario, toma en consideración la voluntad del contratante; investiga si el error ha tenido una influencia preponderante sobre el consentimiento, si ha sido determinante de la voluntad. La tesis subjetiva, mucho más amplia que la tesis objetiva en cuanto al campo del error, es aquí más restrictiva.

Al menos en teoría, pues en la práctica se constatará que el error es casi siempre determinante. En efecto, se considera como error "sobre la sustancia" el error sobre una calidad sustancial, es decir esencial.¹ Ahora bien, la calidad considerada por las partes como sustancial es generalmente aquella o una de aquellas que han determinado al contratante; es pues determinante.

Sin embargo, es posible imaginar hipótesis en las cuales la sustancia o la calidad sustancial no son determinantes; la posibilidad de construir sobre un terreno, normalmente destinado a la construcción, ha podido no determinar la adquisición por parte de un horticultor. Exigir que el error recaiga sobre la sustancia o una

170 (1) Cf. *supra*, nºs 163 y ss.

calidad sustancial no es, por lo tanto, exigir que ella sea determinante. Tanto más, si además del error sobre la sustancia, el error en la persona puede constituir un vicio del consentimiento. El también debe ser determinante.

Pothier y los redactores del Código Civil, en el curso de los trabajos preparatorios, ya insistían sobre esta condición del error,² que es primordial para la jurisprudencia: el error debe recaer sobre "el motivo principal y determinante de la obligación de las partes";³ se aprecia esencialmente en función del fin perseguido por aquel que ha sido víctima; debe ser "la condición determinante del consentimiento", "la causa determinante del acto";⁴ es descartado si "no ha sido la causa única y determinante de la obligación".⁵ Este carácter es requerido a todo error, ya sea que el mismo recaiga sobre una calidad sustancial o sobre la persona: el tribunal de apelación de París, el 17 de febrero de 1938⁶ rechazó anular un contrato de renta vitalicia pese a existir un error sobre la edad del rentista vitalicio, porque este error mínimo —dos años— no había sido determinante en el espíritu del deudor de la renta vitalicia. El demandante debe pues probar que él ha atribuido un carácter esencial a tal elemento que no existía en los hechos, pero cuya supuesta existencia ha determinado su consentimiento.⁷

171. *Apreciación del carácter determinante del error.* La apreciación del carácter determinante del error coloca al intérprete

(2) Cf. *supra*, n° 163.

(3) Req. 17 de junio de 1946, Gaz. Pal., 1946.2.204; Loussouarn, obs. en *Rev. trim. dr. civ.*, 1969, p. 557, 1970, p. 163.

(4) Recuérdese, para el error sobre la causa determinante ése que debería ser muy diferente: Civ. 3°, 25 de mayo de 1972, *supra* n° 161, nota 9 e *infra*, nota 7.

(5) Req. 16 de marzo de 1898, D.1898.1.301.

(6) S. 1938.2.207.

(7) Malinvaud, *De l'erreur sur la substance*, D.1972 chr., p. 215, n° 6; Civ. 1°, 26 de enero de 1972, D.1972.517, J.C.P. 1972.2.17065; Civ. 3°, 25 de mayo de 1972, J.C.P. 1972.II.17249 con nota de Ghestin, R.N. Defrénois 1973.445 con obs. de Aubert, *precitado*; Civ. com., 20 de octubre de 1970.

frente a un problema análogo a aquél ya examinado a propósito de las calidades sustanciales.¹ Se ha precisado que, para apreciar si la calidad es o no sustancial, es necesario referirse, no a la concepción que el *errans* se hace de la cosa, sino a aquella que se hace un contratante normal (apreciación *in abstracto*). Del mismo modo, según los Mazeaud, para apreciar la influencia del error sobre la voluntad, no es necesario interrogar la conciencia del contratante, su estado de ánimo individual (apreciación *in concreto*), sino preguntarse cuál hubiera sido la influencia del error sobre la decisión de un contratante normal, ubicado en las mismas condiciones, principalmente de medioambiente, que el *errans* (apreciación *in abstracto*).

Para los Mazeaud, son esos inconvenientes prácticos los que condenan a la apreciación *in concreto*. ¿Cómo discernir en el acto complejo de volición lo que ha podido determinar la voluntad del *errans*? Esta investigación es del dominio de la psicología, de la introspección, no de una ciencia social. Además, a falta de un proceso revelador de la voluntad, conviene presumir que el error ha tenido sobre el *errans* la misma influencia que sobre un contratante normal. Por otra parte, ¿cómo una de las partes habría podido adivinar que, sin el error cometido por la otra, el contrato no habría sido concluido, cuando este error no era de tal naturaleza como para impedir que una persona normal consintiese?

Es necesario, como para la apreciación de la calidad sustancial, investigar *in abstracto* si el error habría podido determinar a un contratante normal, o si los dos contratantes sabían que la calidad sustancial considerada había determinado efectivamente a uno de ellos.

Mientras una parte de la doctrina² adhiere a la apreciación *in*

171 (1) *Supra*, n° 166.

(2) *Contra*, Dejean de la Bâtie, *op. cit.*, n°s 274 y ss. El autor demuestra que en el marco de una apreciación *in abstracto* del carácter sustancial, la apreciación *in concreto* del carácter determinante protege, en realidad, el cocontratante del pseudo-*errans*, pues permite no anular el contrato cuando una cualidad, no obstante ser esencial para el hombre normal, no ha tenido influencia sobre el consentimiento del demandante.

abstracto, la jurisprudencia parece, a primera vista, estar a favor de la apreciación *in concreto*: las decisiones sostienen que el error ha determinado efectivamente la voluntad del contratante.³ Pero a menudo no hay más que una apariencia. Falto de poder para escrutar la voluntad del *errans*, el juez está obligado, conscientemente o no, a interrogarse él mismo y a preguntarse si, en las mismas circunstancias, él se hubiera dejado determinar.

Es suficiente, para convencerse acerca de la verdadera diligencia del juez, leer atentamente los motivos de las decisiones que tienen en cuenta el error: los tribunales consideran todas las circunstancias externas que normalmente debían determinar a un contratante ordinario: el marco de un cuadro, el lugar donde estaba ubicado en el negocio de un anticuario,⁴ el cartucho que acompañaba la tela.⁵

Además, exigen que el error, para ser considerado, sea excusable y no sea grosero.⁶ Descartan, por ende, el error que no cometería un contratante normal, y se acercan también a la apreciación *in abstracto*.

(3) Véase por ejemplo: París, 3 de enero de 1974, Gaz. Pal., 1974.2.708.

(4) Rennes, 17 de junio de 1929, Gaz. Pal., 1929.2.396, para un falso Nattier.

(5) Trib. civ., Seine, 3 de noviembre de 1930, Gaz. Pal., 1931.1.15, para un falso Isabey.

(6) El aficionado al arte que se atiene a la mención "atribuido a Courbet" para creer en la autenticidad de la firma de Courbet fijada sobre el cuadro que compra, comete un grueso error en suponer que se haya verdaderamente equivocado: Civ. 1ª civ., 16 de diciembre de 1964, Gaz. Pal., 1965.1.251, 1er fallo; casi idéntico: Trib. gr. inst., París, 7 de mayo de 1975, citado *supra*, n° 165, nota 2; véase igualmente: Civ. 1ª civ., 2 de marzo de 1964, *Rev. trim. dr. civ.*, 1965.112, con obs. de Chevallier; Civ. 3ª, 9 de octubre de 1969, Bull. civ. 1969.III, n° 634; Civ. 3ª, 27 de noviembre de 1979. R.N. Defrénois 1980, p. 1207, con obs. de Aubert; Toulouse, 10 de diciembre de 1968, citado *supra*, n° 163, nota 14; París, 11 de enero de 1978, citado *supra*, n° 166, nota 15. Ver también Com., 15 de noviembre de 1983 (cesionario de acciones que no verifica la situación de la sociedad) y Civ. 3ª, 4 de enero de 1985 (profesional que no verifica la constructibilidad del terreno comprado) *Rev. trim. dr. civ.*, 1985.572, con obs. de Mestre. Cf. J. Dabin, *Erreur inexcusable et nullité des conventions*, *Etudes de droit civil*, 1947; Jourdain, *Le devoir de se renseigner*, D.1983, chr. 139 (I, A, 1); Ghestin, *op. cit.*, n° 398.

La cuestión bordea a aquélla de la prueba: el profesional o el *amateur* advertido no pueden ser inducidos al error; de donde, pues, su error es inexcusable.

Pero todos esos razonamientos corren el riesgo de quedar comprometidos por la jurisprudencia moderna de la Corte de casación, favorable a la apreciación *in concreto* del carácter sustancial. ¿Cómo, en efecto, concebir que una calidad esencial para el *errans* no haya determinado su consentimiento? La nulidad no puede ser descartada sino en el caso de que el interesado hubiera declarado expresamente tomar a su cargo el riesgo de que esta calidad no existiera, dando así al contrato un carácter aleatorio. Excepto este caso, el reconocimiento del carácter sustancial del error postula, en la concepción nueva, el de su carácter determinante. Esos dos caracteres se aprecian pues *in concreto*, lo que es lamentable, pero parece ser, sin embargo, la posición de la Corte de casación. Las resistencias de los jueces de fondo constituyen el signo de las dificultades de aplicación de este principio, en particular para la prueba.

172. *El error de derecho y error de hecho*. La mayor parte de los errores sometidos a la apreciación de los tribunales son errores de hecho (sobre la autenticidad de un cuadro, la antigüedad de un mueble, etc.). Pero los repertorios de jurisprudencia dan igualmente ejemplos de errores de derecho. Con razón, la jurisprudencia admite que el error de derecho, como el error de hecho, puede constituir un vicio de consentimiento.¹

No sería el caso de combatir esta jurisprudencia, invocando la regla *Nemo censetur ignorare legem*. En efecto, la aplicación de este adagio está restringido al derecho penal. Por otra parte, la regla significa que nadie puede, bajo pretexto de ignorancia, eludir las disposiciones legales. Ahora bien, tal no es la posición del *errans*;

172 (1) Civ. 1ª, 9 de febrero de 1970, Gaz. Pal., 1970.1.340 (error cometido por una mujer que había renunciado a la comunidad de bienes creyendo que un negocio era un bien que, revistiendo tal carácter debía serle atribuido); Civ. 3ª, 15 de mayo de 1985, prec., J.C.P. 1985.4.261 (error sobre el sentido de una cláusula de renuncia a la facultad ofrecida por el art. 1590 C. Civ.). Véase Decottignies, *L'erreur de droit*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, p. 309. Ver obs. de Mestre (sobre Civ. 1ª, 14 de junio de 1989, que exige el carácter determinante del error de derecho), *Rev. trim. dr. civ.*, 1989.742, subrayando la rareza de los casos en los cuales es admitida.

él solamente pretende haber dado su consentimiento en la ignorancia de la ley.

Los tribunales han admitido el error de derecho a propósito de la cesión de derecho sucesorio, de la renuncia a una sucesión,² de una convención relativa al pago de un daño por la S.N.C.F. (Sociedad Nacional de Ferrocarriles),³ o de la venta de una cosecha de vino cuyo vendedor había creído, por error, que el precio estaba fijado por la ley.⁴

El error de derecho tiene el mismo campo y está sometido a las mismas condiciones que el error de hecho:

Debe ser sustancial; la Corte de casación⁵ ha considerado que el error que recae sobre las consecuencias de derecho de una convención, es decir, las obligaciones que resultan para una de las partes (para un marido afianzado por su esposa), no era sustancial.⁶

Por otra parte, el error no debe recaer sobre un punto de derecho controvertido, pues la incertidumbre de la interpretación crea un álea que prohíbe considerar el error como vicio del consentimiento.⁷

(2) Civ., 24 de mayo de 1948, D.1948.17, con nota de Lenoan.

(3) París, 30 de noviembre de 1948, Gaz. Pal., 1949.1.73.

(4) Montpellier, 23 de octubre de 1951, D.1952.15.

(5) Civ., 22 de febrero de 1943, Gaz. Pal., 1943.1.225.

(6) El error de derecho cometido sobre los efectos de la fianza, por una persona que creía no contraer ningún compromiso pecuniario, ha sido, por el contrario, considerado para anular la fianza pero porque era sin duda un error-obstáculo y significaba una ausencia de consentimiento: Civ. 1^a, 25 de mayo de 1964, D. 1964.626, *Rev. trim. dr. civ.*, 1965.109, con obs. de J. Chevallier.

(7) Soc. 24 de octubre de 1946, D.1947.72; cf. *supra*, n° 166 *in fine*.

Ver especialmente para un rechazo de considerar el error en caso de cambio de la jurisprudencia: Soc. 24 de mayo de 1973, D.1974.365 con nota de Ghestin (en la ocasión de una acción en reclamación de lo indebido; sobre este problema, ver también Ghestin, *L'erreur du solvens, condition de la répétition de l'indu*, D. 1972.chr.176); ver justificando igualmente la solución por la autoridad relativa de la cosa juzgada, como lo hace implícitamente el fallo precitado: Soc. 8 de diciembre de 1966, Bull. civ. 1966.IV, n° 937.

173. *¿Debe el error ser conocido por el cocontratante? ¿El error, está sometido a una condición suplementaria para ser considerado como causa de nulidad: debe ser conocido por el cocontratante; más exactamente, el cocontratante debe conocer la calidad que el errans atribuía a la cosa (o a la persona) y saber que esta calidad lo ha determinado a contratar?*

Sobre este punto reina una gran incertidumbre. La Corte de casación, sin afirmar expresamente la necesidad de un error conocido (llamado también error "común"), parece atribuir a este carácter una gran importancia.¹ La doctrina está dividida.²

La controversia proviene de un análisis insuficiente del carácter sustancial y del carácter determinante del error.³ El error es considerado aun cuando no fuere conocido por el cocontratante, desde que fuera sustancial y determinante para un contratante normal. Por el contrario, cuando se trata de una calidad que no habría sido considerada por un contratante normal, o que no habría tenido una influencia determinante sobre un hombre normal, el error no será tomado en consideración sino en el caso de que la otra parte hubiera conocido la calidad considerada por el errans y la influencia que el error ha tenido sobre él para la formación del contrato.⁴

c) Prueba del error

174. *Prueba libre.* El error es un hecho jurídico: también, como todos los hechos jurídicos, se prueba por todos los medios, princi-

173 (1) Req. 17 de junio de 1946, Gaz. Pal., 1946.2.204; ver también Trib. gr. inst., París, 21 de enero de 1976, citado *supra*, n° 163.

(2) Véase especialmente en favor de este carácter: Marty y Raynaud, t. II, vol. 1, n° 129; Malinvaud, *op. cit.*, D.1972.chr.215; cpr., más severos exigiendo que la cualidad haya entrado en el campo contractual: Com., 20 de octubre de 1970 y los comentarios de esta decisión por M. Loussouarn: *Rev. trim. dr. civ.*, 1971.131 y Ghestin: J.C.P. 1971.II.16916.

(3) Cf. *supra*, n°s 163, 171 y 172.

(4) Trib. gr. inst., Dinan, 2 de abril de 1968, Gaz. Pal., 1968.2.163; recuérdese Trib. gr. inst., París, 21 de enero de 1976, precitado.

palmente por presunciones. Por ejemplo, el precio elevado al cual ha sido vendida la cosa permitirá presumir que el comprador entendería adquirir un cuadro original y no una copia.¹ Si bien el error se aprecia en el momento en que es emitido el consentimiento, el juez, para el descubrimiento de la verdad (a la cual la creencia del *errans* es contraria) puede tener en cuenta elementos que se revelaron ulteriormente.²

La carga de la prueba pesa sobre el contratante que se equivocó³: a él le incumbirá demostrar, ya sea que un contratante normal ubicado en las mismas condiciones habría cometido un error idéntico; ya sea que el error era conocido por su cocontratante.

d) Efecto del error

175. Nulidad. El "error obstáculo", que implica la ausencia de una de las condiciones esenciales de la formación del contrato: consentimiento, objeto o causa de la obligación, acarrea la nulidad absoluta.¹ Por lo demás, en el caso en que debiera adoptarse la teoría de la inexistencia,² como las dos voluntades no se han encontrado, podría considerarse asimismo que el contrato es inexistente.

Cuando se trata de un error vicio del consentimiento, la nulidad es relativa; no puede ser demandada sino por la persona cuyo consentimiento no se ha dado libremente.

Puesto que se trata de una nulidad relativa, puede ser demandada durante cinco años, a partir del descubrimiento del error.³ Es

174 (1) Cf. *supra*, n° 165, nota 3.

(2) *Adde*: Versailles, 15 de marzo de 1988, D.1989.somm.51, con obs de Colombet, *Rev. trim. dr. civ.*, 1989.295, con obs. de Mestre.

(3) Com., 20 de octubre de 1970; Trib. gr. inst., Dinan, 2 de abril de 1968, *Gaz. Pal.*, 1968.2.163; Chevallier, obs. en *Rev. trim. dr. civ.*, 1965, p. 109.

175 (1) *Contra*, para un error *in corpore*: Civ. 3ª, 18 de febrero de 1987, J.C.P. 1987.IV.144.

(2) Cf. *supra*, Mazeaud, *op. cit.*, t. I, n° 356.

(3) Cf. *infra*, n°s 321 y ss.

ésta una diferencia esencial con la acción en garantía por vicio oculto, que debe ser intentada durante un "plazo breve" (art. 1648 C. Civil). Así pues, si bien el resto del régimen de estas dos acciones y su objeto difieren, a veces sensiblemente,⁴ corresponden a menudo a situaciones idénticas: si la cosa sufre de un defecto congénito, tornando a la misma impropia para su uso normal, y que el comprador ignoraba porque ese vicio estaba oculto, el comprador ha cometido un error sobre la sustancia. De este modo durante mucho tiempo la jurisprudencia ha negado al comprador, en parecidas circunstancias, el derecho a prevalerse del error.⁵ Ella ha modificado ahora su posición, si bien cuando las condiciones de las dos acciones están cumplidas, el comprador tiene la elección entre accionar de nulidad por error sobre la sustancia y accionar en garantía en razón del vicio oculto.⁶

El *errans*, que ha obtenido la nulidad, podrá ser condenado a reparar el perjuicio que causa a la otra parte, cuando se ha equivocado por su culpa.⁷

Pero la posibilidad de hacer jugar esta responsabilidad encuentra una doble limitación:

1° Cuando el cocontratante ha tenido conocimiento del error, debería haber advertido al *errans*; no podría pues quejarse del perjuicio que le causa la nulidad de un contrato respecto del cual tenía el deber de impedir la conclusión.

2° Cuando la culpa del *errans* es grosera; el contrato no puede ser anulado;⁸ no existe pues en este caso responsabilidad del *errans*.

(4) Véase nota Lapoyade Deschamps, D.1989.451.

(5) Civ. 1ª civ., 19 de julio de 1960, *Gaz. Pal.*, 1960.2.237, *Rev. trim. dr. civ.*, 1961.332, con obs. de Carbonnier; Civ. 3ª, 11 de febrero de 1981, J.C.P. 1982.II.19758 con nota de Ghestin; *contra*: Com., 8 de mayo de 1978, *ibid*.

(6) Civ. 3ª, 18 de mayo de 1988 (inmueble atacado por las termitas) y Civ. 1ª, 28 de junio de 1988 (vehículo para el cual la tarjeta gris no podía ser expedida en razón de su estado), D.1989.450 con nota de Lapoyade-Deschamps.

(7) Civ. 3ª, 29 de noviembre de 1968, *Gaz. Pal.*, 1969.1.63.

(8) Cf. *supra*, n° 171 *in fine*.

176-186. *Conclusión.* Los antiguos derechos se ubicaban, para apreciar el error, en un punto de vista puramente objetivo, material. En la tesis subjetiva, que triunfa en la jurisprudencia, se considera la voluntad de los contratantes que merece protección. Pero los peligros de la tesis subjetiva conducen a atemperarla por la apreciación *in abstracto* del error, apreciación que hace de la noción del error una noción social.

Capítulo 9

El dolo, la violencia

B. El dolo

187. *Definición.* El artículo 1116, ap. 1º, C. Civ., definió así el dolo: "El dolo es una causa de nulidad de la convención cuando las maniobras practicadas por una de las partes son tales, que es evidente que, sin esas maniobras, la otra parte no habría contratado".

Se trata pues de un error, pero proviene del hecho de la otra parte.

El dolo es un error provocado, un engaño. La víctima del dolo no solamente se ha engañado, sino también ha sido engañada.¹

187 (1) Civ. 3a, 2 de octubre de 1974, Bull. civ. 1974.III, n° 330, p. 251; Civ. 3ª, 1º de marzo de 1977, D.1978.91 con nota de Larroumet; Magnin, *Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation*, J.C.P. 1976.I.2780. Ver, por el contrario, Colmar, 30 de enero de 1970, según el cual el dolo no es forzosamente un error provocado; en el mismo sentido, Bonnassies, *Le dol dans la conclusion du contrat*, tesis, Lille, 1955, t. II, p. 386; Loussouarn, obs. en *Rev. trim. dr. civ.*, 1970.755 y nota J.C.P. 1971.II.16609, concernientes al fallo Colmar, 30 de enero de 1970 precitado. La jurisprudencia de la Corte de Colmar está en contradicción total con el fallo dictado por la Cámara comercial de la Corte de casación, el 2 de junio de 1981, Bull. civ. 1981.IV, n° 259, R.N. Defrénois 1982, p. 996, con obs. de Aubert.

188. *Alcance e intereses de la noción de dolo.* Siendo el dolo un error provocado que acarrea la nulidad del contrato, podemos preguntarnos si ese vicio del consentimiento no es una duplicación del error.

Es suficiente, para comprender la utilidad y el alcance de la noción de dolo, comparar los artículos 1110 y 1116 C.Civ.: el error, cuando no ha sido provocado, es decir el error simple, no es tomado en consideración sino cuando recae sobre la persona o sobre la sustancia (calidad esencial de la cosa); por el contrario, el campo del error provocado, del dolo, es ilimitado.¹ Así el error sobre el valor de la cosa o el error sobre los móviles individuales,² será tomado en consideración cuando resulte de un dolo. Se comprende que el derecho proteja más completamente la voluntad del contratante que ha sido engañado que es simplemente víctima de una deshonestidad, que aquella de quien se ha equivocado.

Es importante distinguir el dolo del error, no solamente en cuanto a su campo, sino también en cuanto a sus efectos.³

188 (1) Civ. com., 19 de diciembre de 1961, D.1962.240. Sin embargo, la Corte de casación parece haber puesto como condición que el dolo haya provocado un error sobre "una cualidad esencial del objeto del contrato" (estos son en realidad los términos del recurso): Civ. 3ª, 1º de marzo de 1977, precitado. Es necesario sin dudas ver allí la expresión desafortunada de la necesidad de un error determinante, más que nada sustancial. Véase también (pero el dolo consistía en una simple reticencia): Civ. 3ª, 7 de noviembre de 1984.

(2) Cf. *supra*, n.ºs 164 a 166.

(3) Ghestin, *La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles*, D. 1971, chr. p. 247; Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, 1965, p. 223 y ss.; Perrot-Morel, *L'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, 1961, p. 192 y ss.; Guyenot, *La suggestion et la captation en matière de libéralités dans leur rapports avec la notion de dol*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1964, p. 199 y ss. Véase, aclarando la naturaleza diferente del dolo y del error: Com., 13 de octubre de 1980, Bull. civ. 1980. IV, n.º 329, *Rev. trim. dr. civ.*, 1981.630 con obs. de F. Chabas.

a) Condiciones del dolo

189. *Condiciones relativas al autor del dolo.* Ciertas condiciones de existencia del dolo son relativas a su autor, otras a la naturaleza del acto doloso, en fin, otras, a la víctima del dolo.

190. *El actor del dolo debe haber actuado a sabiendas.* Primeramente el derecho romano había reprimido el dolo como un delito penal. Penaba la mala fe del autor del dolo. Así se explica que hoy, una simple imprudencia o ligereza no sea constitutiva del dolo, sino solamente la falta intencional.¹

191. *El dolo debe ser reprehensible.* Es igualmente en razón de su carácter penal primitivo que el dolo no es tomado en consideración sino cuando pasa de cierta medida. Los romanos distinguían el *dolus malus*, que era un delito, del *dolus bonus*, que era tolerado. El *dolus bonus* es la exageración de las calidades o del valor de la cosa ofrecida.

Esta distinción entre el *dolus bonus* y el *dolus malus* aún hoy se justifica:

Sería socialmente muy peligroso permitir la anulación de los contratos cada vez que unos de los contratantes ha cometido un engaño menor.

La seguridad de las transacciones fija un límite necesario a la noción de dolo.

Además, si el dolo es tomado en consideración es en razón de la falta consciente de su autor. Así pues, un comerciante no comete falta cuando actúa conforme a los hábitos de su profesión, especialmente cuando exagera por la publicidad, por las "recomendaciones o jactancias habituales"¹ las calidades de las mercaderías que ven-

190 (1) Civ. 3ª, 16 de marzo de 1969, Bull. civ. 1969, III, n.º 198, *Rev. trim. dr. civ.*, 1979, p. 763 con obs. de Loussouarn; Civ. 1ª, 7 de marzo de 1979, Bull. civ. 1979, I, 84, *Rev. trim. dr. civ.*, 1980.763, con obs. de F. Chabas; Civ. 3ª, 3 de febrero de 1981, D.1984.457 con nota de Ghestin. *Adde infra*, n.º 193, para la reticencia.

191 (1) Riom, 12 de mayo de 1884, S.1885.2.13.

de. Por otra parte, se tolerará más a un vendedor ambulante o a un feriante que a un comerciante ordinario, y más a este último que a un comerciante que figura sobre una lista de expertos elegidos en razón de su rigor comercial.²

La indulgencia del derecho frente al *dolus bonus* puede aún justificarse por el hecho de que todo contratante debe tener un cierto espíritu crítico y que no podría ignorar las exageraciones que son normales en el comercio. Domat³ escribía: "No es sino de las habilidades que el comprador puede defenderse". El tribunal de apelación de Riom⁴ expresa la misma idea: "Corresponde al comprador saber defenderse para no ser la víctima demasiado fácil".⁵

Del mismo espíritu que consiste en no castigar más que el *dolus malus*, participa el artículo 7 de la ley n° 1137 del 22 de diciembre de 1972 (relativa a la protección de los consumidores en materia de promoción y venta a domicilio) que sanciona con penas correccionales "a quienquiera que hubiera abusado de la debilidad o de la ignorancia de una persona para hacerle suscribir compromisos cuando las circunstancias muestren que esta persona no se encontraba en situación de apreciar el alcance de los compromisos que tomaba a su cargo o de descubrir las astucias o artificios desplegados para convencerla a suscribirlos".

192. *El dolo debe emanar del cocontratante.* El artículo 1116 C.Civ. dispone expresamente que las maniobras deben ser "practicadas por una de las partes";¹ no es una causa de anulación sino

(2) Cf. París, 22 de enero de 1953, Gaz. Pal., 1953.1.137, D.1953.136, J.C.P. 1953.II.7435 con nota de J.M.

(3) *Loix civiles*, li. I, ti. XVIII, sect. III: II.

(4) 12 de mayo de 1884, S. 1885.2.13.

(5) En este sentido, para una venta de madera: trib. gr. inst., Avesnes, 5 de febrero de 1964, Gaz. Pal., 1964.1.421; cf. París, 16 de diciembre de 1924, D.H. 1925.125; Dijon, 8 de febrero de 1966, J.C.P. 1967.II.15309 con nota de A. M. Frénisy, *Rev. trim. dr. civ.*, 1968, p. 406, con obs. de Savatier.

192 (1) Resulta, por ejemplo, que el contrato de fianza, porque es concluido solamente entre el acreedor y el fiador, es válido a pesar del dolo cometido por el deudor quien, para obtener la fianza, ha afirmado mentirosamente no estar en

cuando ha sido practicado por aquél en provecho del cual la obligación ha sido contratada. Esta condición, recordada por Pothier, es tradicional. Es la consecuencia del origen penal del dolo: sólo el autor del engaño puede ser inculpado. La fórmula de la acción pretoriana del dolo debía llevar el nombre del autor del dolo; era *in personam scripta*.

A diferencia del dolo, la violencia anula el contrato, aun cuando ella emane de un tercero.² Las circunstancias en las cuales la violencia ha sido erigida en vicio del consentimiento explican esta diferencia; pero ella ha subsistido, porque permanece justificada. La acción *metus causa* (acción de violencia) fue creada en la época de la dictadura de Sila, en razón de la gravedad de los disturbios del momento.³ Para reprimir eficazmente la violencia, el pretor debió mostrarse más riguroso que en materia de dolo; dio también la acción, no solamente contra el autor de la violencia, sino también contra la persona con la cual la víctima de la violencia había sido forzada a tratar, ya sea que esta persona haya sido o no cómplice. Esta razón es todavía válida. La violencia perturba más gravemente el orden público que el dolo, contra el cual una persona advertida puede defenderse; por lo tanto, debe ser reprimida más enérgicamente; y la perspectiva de la acción de nulidad dada, cualesquiera fuese el autor de la violencia, no carece de eficacia para prevenir tamaños excesos.

Sin embargo, el principio según el cual el dolo debe emanar del cocontratante, admite dos limitaciones:

1° Es suficiente que el cocontratante haya participado en el dolo, lo haya organizado, haya sido cómplice del mismo, o aun, que haya tenido conocimiento del mismo y que se haya aprovechado de

estado de cesación de pago: Colmar, 13 de noviembre de 1975, J.C.P. 1978.II.18938 con nota de Simler; Civ. 1°, 27 de junio de 1973, D.1973.733 (2ª esp.) con nota de Malaurie; Com., 22 de julio de 1986, D.1987.somm.445, con obs. de Aynes (retención del deudor principal).

(2) Cf. *infra*, n° 203.

(3) Cf. *infra*, n° 199.

él, para que el contrato sea fulminado de nulidad. Pero corresponde a la víctima del dolo demostrar semejante circunstancia.

2º Según una regla tradicional, el dolo, aun cuando emane de un tercero, es un vicio del consentimiento en las liberalidades. Esta regla es equitativa. En un contrato a título oneroso cada contratante ha hecho un sacrificio, como contrapartida de las ventajas que ha recibido; la nulidad del contrato es, por lo tanto, susceptible de dañarlo gravemente: *certat de danno vitando*.

Por el contrario, no habiendo aportado nada como contrapartida, el donatario, cuando la donación es fulminada de nulidad, sin duda pierde una ventaja, pero no es más que una falta de ganancia: *certat de lucro captando*.

El principio según el cual el dolo debe emanar del cocontratante resulta necesariamente sin aplicación a los actos unilaterales; a menos de suprimir aquí el dolo como vicio del consentimiento, es necesario admitir que su consentimiento pueda estar viciado por el dolo de un tercero, puesto que el autor de un acto unilateral no tiene cocontratante.

193. *Condiciones relativas a la naturaleza del acto doloso: el elemento material del dolo. ¿Son maniobras necesarias?* El dolo es un engaño. Pero, ¿todo engaño será considerado o debe materializarse en maquinaciones, en maniobras exteriores, en una *mise en scene*? La noción de dolo depende de la respuesta a esta cuestión. ¿El dolo exige una mentira, reforzada por maniobras tendientes a colocar a la víctima en estado de receptividad? ¿Exige, al menos, una afirmación mentirosa? ¿O puede estar constituida por la sola reticencia? En una palabra, ¿el dolo necesita, aparte de la intención de engañar, un elemento objetivo, material?

En su origen, los romanos han insistido en la necesidad del elemento material. Servius Sulpicius, amigo y contemporáneo de Cicerón, definió al dolo como una maquinación.¹ El dolo era, en esta época, un delito; en los derechos arcaicos, el delito exige un

193 (1) *Digesto*, IV, 3,1, 2.

elemento material, acto positivo exteriorizador de la voluntad criminal; la noción de delito de omisión no se desarrolló sino más tarde. Domat² y Pothier³ no parecen haberse separado de la definición romana. La evolución propia de la noción de dolo no podía comenzar sino el día en que la ley del 9 frimario año 2 separó el dolo civil y la estafa penal.

Si el artículo 1116 C. Civ. retoma el término "maniobras", traducido del latín *machinatio*, sus redactores han demostrado, en el curso de los trabajos preparatorios, su voluntad de no atribuir a esta palabra sino una importancia secundaria. Bigot de Préameu escribió en la exposición de motivos:⁴ "El dolo se compone de todas las especies de artificios que son empleados para engañar", y Favard,⁵ declara ante el Tribunal: "La ley, que no puede designar todos los casos, no debe designar ninguno; deja a los tribunales el cuidado de pesar la gravedad de las circunstancias." Después de la redacción del Código Civil, mientras que las jurisdicciones penales insistían en la necesidad del elemento material de la estafa, elemento consistente en una *mise en scene*, en maniobras, los tribunales civiles tendían a eliminarla. La Corte de casación⁶ ha admitido, reiteradas veces, que la simple mentira es constitutiva de dolo fuera de toda maniobra positiva.⁷

(2) *Loix civiles*, li. I, tit. XVIII, sect. III: I.

(3) *Obligat.*, n° 28.

(4) Fenet, t. XIII, 224.

(5) Fenet, t. XIII, 315.

(6) Req. 6 de febrero de 1934, S. 1935.1.296; Civ. 4 de enero de 1949, Gaz. Pal., 1949.1.145 (en este segundo caso, el autor del dolo no había usado ninguna puesta en escena, sino solamente aprovechado el hecho de que la víctima no tenía sus lentes, para engañarla sobre el alcance del acta que le hacía firmar-); cf. igualmente Com., 30 de mayo de 1985, J.C.P. 1985.IV.280 (*contra*, sin embargo: Civ. soc., 23 de febrero de 1961, Gaz. Pal., 1961.1.380).

(7) En este sentido igualmente: Rouen, 19 de octubre de 1962, Gaz. Pal., 1963.1.37; sin embargo, en otras circunstancias, en la ausencia de "maniobra", la Corte de casación ha descartado el dolo: 1º civ., 15 de enero de 1968, J.C.P. 1968.II.15601 con nota de R.L.; pero ella lo ha mantenido a propósito de una promesa de garantía bancaria no acordada que había sido determinante del compromiso: Civ. 3ª, 4 de julio de 1968, Gaz. Pal., 1968.2.298, o todavía precisando

Pero, si bien las maniobras positivas no son necesarias, ¿la simple reticencia es suficiente para constituir un dolo? Admitiéndolo, ciertamente, se corre el riesgo de llevar a cabo un ataque contra la seguridad que debe reinar en los contratos; pero el contratante que se vuelve culpable de una reticencia voluntaria hace equivocar a sabiendas a su cocontratante y falta a la obligación de buena fe que se impone en las relaciones contractuales. Por otra parte, cabe preguntarse si los partidarios de una exclusión de principio de la simple reticencia no cometen una confusión entre el *dolus bonus* y el dolo por reticencia. Con mayor frecuencia, la reticencia no es culpable: no es usual que el vendedor llame la atención del comprador acerca de todos los inconvenientes de la cosa; en este caso, la reticencia es asimilable al *dolus bonus*, es decir no pasa de lo que es tolerado por el derecho positivo. Pero, si se tratare de defectos tales que fuere normal señalarlos, se debería considerar como doloso al silencio guardado por el vendedor.

El legislador ha tomado la precaución de reprimir expresamente la reticencia, en ciertos contratos, considerándola como un dolo; impone a una de las partes la obligación de advertir a la otra. Es el caso del contrato de seguros terrestres (ley del 13 de julio de 1930, arts. 15-2º y 21 convertidos en el art. L. 113-2, 2º y L. 113-8 C.seg.) o marítimos (art. 6 de la ley n° 67-522 del 3 de julio de 1967). El artículo 21 de la ley de 1930 (art. L.113-8 C.seg.) sanciona la reticencia del asegurado acerca de todas las circunstancias de naturaleza tal que puedan modificar la apreciación del riesgo.⁸ El legislador ha procurado remarcar que, en

que se trataba de mentiras repetidas y acompañadas de artificios: Civ. 3ª, 14 de mayo de 1970, Bull. civ. 1970. III, p. 240, o de "mentira manifiesta": Civ. 3ª, 6 de noviembre de 1970, J.C.P. 1971.II.16942 con nota de Ghestin; ver Civ. 3ª, 23 de abril de 1971, J.C.P. 1971.II.16841; Com. 7 de febrero de 1983, R.N. Defrénois 1984, p. 295, con obs. de Aubert; Douai, 12 de febrero de 1983, Gaz. Pal., 1983.1.213, con nota de Japy.

(8) Cf. Civ., 5 de abril de 1949, J.C.P. 1949.II.5185 con nota de A.B.

estos contratos, una confianza mutua torna necesario excluir toda reticencia.

Por la misma razón, la jurisprudencia admite el dolo por reticencia cada vez que un contratante, por su silencio voluntario, falta a la buena fe sobre la cual su cocontratante tiene el derecho de contar.⁹ Asimismo es necesario que sea aportada la prueba del carácter intencional de la reticencia.¹⁰

Sin embargo, según uno de los intérpretes más autorizados en la materia,¹¹ no es sino a partir de 1958¹² que la jurisprudencia habría considerado a la reticencia dolosa como pudiendo constituir ella sola una causa de nulidad; antes de esta fecha la reticencia no era considerada sino en la medida en que hubiera acarreado un error sobre la sustancia. En nuestros días, en todo caso, la solución

(9) Así, la Corte de casación ha calificado de maniobras la reticencia de una persona sobre la insolvencia de su hermano en el momento de la aceptación de la sucesión por los herederos (Req. 5 de diciembre de 1838, S. 1838.1.931); en el mismo sentido para la reticencia de un banco sobre la solvencia de la persona afianzada: Civ. 1ª, 21 de enero de 1981, D.1981..R.503, con obs. de Vasseur. Ha considerado como un dolo el silencio guardado por un heredero, en el momento de un convenio particional de los bienes de la sucesión sobre un testamento instituyendo uno de los coherederos legatario universal (Req. 23 de mayo de 1933, D.1933.1.143 e informe Paul Dumas, S. 1933.2.201 con nota de Rodière). Igualmente, la reticencia de un comanditario, en el curso de una transacción con sus socios, en cuanto al rol que él había jugado en la sociedad en comandita (Req. 25 de octubre de 1898, S. 1900.1.410). El mandatario que desea remitirse a operaciones de contrapartida, sin revelar su intención a su mandante, comete un dolo (Civ., 10 de diciembre de 1912, D.1914.1.97 con nota de Lacour, S. 1916.1.41 con nota de Naquet; cf. *supra*, n° 152); cf. igualmente Cas. civ., 30 de mayo de 1927, S. 1928.1.105 con nota de Breton.

(10) Civ. 1ª, 7 de marzo de 1979, Bull. civ. 1979, I, n° 84; *Rev. trim. dr. civ.*, 1980.7613, con obs. de F. Chabas; Civ. 1ª, 12 de noviembre de 1987, J.C.P. 1988.IV.25, *Rev. trim. dr. civ.*, 1988.339, con obs. de Mestre; epr. Civ. 3ª, 25 de febrero de 1987, J.C.P. 1987.IV.154, *Rev. trim. dr. civ.*, 1988.336, con obs. de Mestre: la reticencia debe tener por consecuencia engañar.

(11) Ghestin, *La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles*, D. 1971.chr., p. 247.

(12) Civ. 1ª, 19 de mayo de 1958, Bull. civ. 1958, I, n° 251.

no ofrece dudas y se halla confirmada por fallos de particular claridad.¹³

Esta jurisprudencia pone a la luz no solamente la exigencia de la buena fe¹⁴ al momento de la conclusión del contrato (cuando el Código Civil no la requiere expresamente, en el artículo 1134, ap.3, sino en la ejecución), sino también aquélla de una obligación precontractual de información.¹⁵ Si bien se trata de una obligación extracontractual¹⁶ de medios, resulta particularmente imperativa si las circunstancias hacen que una mutua confianza deba reinar entre los cocontratantes. Sin embargo, la jurisprudencia ha comprendido que también existe una obligación de informarse¹⁷ que recae principalmente sobre el profesional,¹⁸ aunque a veces también sobre el profano.¹⁹

(13) Civ. 1ª civ., 13 de febrero de 1967, Bull. civ. 1967.I, nº 58. V. también: Trib. gr. inst. Seine, 27 de febrero de 1961, J.C.P. 1961.II.12236 con nota de Sizaire; Civ. 3ª, 7 de marzo de 1974, Bull. civ. 1974, III, nº 186, R.N. Defrénois 1975.910, con obs. de Aubert; Civ. 3ª, 3 de febrero de 1981, D.1984.457 con nota de Ghestin; Civ. 1ª, 19 de junio de 1985, J.C.P. 1985.IV:305; Civ. 3ª, 25 de febrero de 1987, citado. Sin embargo los fallos señalan frecuentemente que la reticencia se agrava por ciertas circunstancias (Com., 29 de noviembre de 1971, Gaz. Pal., 1972.1.237) o que el error provocado por la reticencia recaiga sobre una cualidad sustancial (Civ. 3ª, 7 de noviembre de 1974, J.C.P. 1985.IV.27).

(14) Esta es a veces evocada expresamente: Trib. gr. inst., Avesnes, 5 de febrero de 1964, Gaz. Pal., 1964.1.421; Civ. 1ª, 10 de mayo de 1989, Gaz. Pal., 1989. pan. 146, *Rev. trim. dr. civ.*, 1989.738, con obs. de Mestre.

(15) M. de Juglart, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1945.1 y los autores citados más adelante.

(16) Com., 25 de febrero de 1986 y 10 de febrero de 1987, J.C.P. 1988.II.20995, con nota de Virassamy. Cpr. Civ. 1ª, 4 de julio de 1989, *Rev. trim. dr. civ.*, 1989.737, con obs. de Mestre (falta calificada de contractual pues parece que la retención de las informaciones era contemporánea de la conclusión del contrato).

(17) F. Chabas, *Renseigner l'utilisateur*, *Revue C.N.P.F.*, febrero 1975.41; Jourdain, *Le devoir de "se" renseigner*, D.1983.chr.139; le Tourneau, *De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil*, D.1987.chr.101; Rudden, *Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignement*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1985.91.

(18) Civ. 1ª, 23 de abril de 1985, D. 1985.558 con nota de Dion, *Rev. trim. dr. civ.*, 1986.340, con obs. de Mestre y los fallos citados por Mestre, *Rev. trim. dr. civ.*, 1988, p. 337.

(19) Civ. 1ª, 19 de marzo de 1985, Gaz. Pal., 1985.pan.275, con obs. de Piédelièvre, *Rev. trim. dr. civ.*, 1986.341, con obs. de Mestre.

194. *Condición relativa a la víctima del dolo: el dolo debe haber sido determinante. Dolo principal y dolo incidental.* El artículo 1116 C.Civ. establece una condición relativa a la víctima del dolo. El dolo sólo es una causa de nulidad cuando "es evidente que, sin esas maniobras, la otra parte no habría contratado". El dolo debe ser determinante.¹ Por ello, hoy el dolo se separa nítidamente del delito de estafa, con el cual estaba confundido en su origen; ahora aparece como un verdadero vicio del consentimiento.

Si se analiza exactamente esta condición, se percibe que es doble. Es necesario: 1º que las reticencias, mentiras o maniobras hayan obtenido su finalidad, es decir, que hayan acarreado el error del cocontratante; 2º que este error lo haya determinado a dar su consentimiento. Pero, en la práctica, esas dos condiciones se confunden, pues el engaño o la deshonestidad no recaerán sobre un hecho que sería indiferente para la conclusión del contrato; deben tener relación con un hecho que sea decisivo para la víctima del dolo. Además no se los separa; se los enuncia acumulativamente cuando se afirma que el dolo debe ser determinante.

Es necesario que la maniobra haya inducido en error al cocontratante y que este error lo haya llevado a concluir el contrato. Asimismo, ha podido señalarse,² con razón, la convergencia que tiende a establecerse entre el artículo 1110 y el artículo 1116 C.Civ.;

194 (1) Civ. soc., 23 de febrero de 1961, J.C.P. 1961.II.12261; Civ. 3ª, 1º de marzo de 1977, D.1978.91 con nota de Larroumet; Com., 11 de julio de 1977, D. 1978.155, con nota de Larroumet; Colmar, 13 de noviembre de 1975, J.C.P. 1978.II.18938 con nota de Smiler.

(2) Ghestin, *op. cit.*, D.1971, chr, p 247. Sin embargo, esta concepción del dolo—error provocado—ha sido atacada recientemente con fuerza. Algunos sostienen que la nulidad puede ser pronunciada por dolo desde el momento que las maniobras han influido sobre la libertad del consentimiento sin implicar error (cf. *supra*, nº 187, nota 1). Esta concepción del dolo, que configura una violencia menor, ha sido considerada por la Corte de Colmar en un fallo del 30 de enero de 1970. Ella es combatida, con razón, por la Corte de casación (Com., 2 de junio de 1981, precitado, nº 187, nota 1) y la mayoría de la doctrina (cf. además Magnin, *op. cit.*, *supra*, nº 187, nota 1; Flour y Aubert, nºs 209 y 212; J. Carbonnier, t. IV, nº 20; Weill y Terré, nº 179; Ghestin, *op. cit.*, D.1971.chr., p. 247, nº 3 y Tratado precitado, nº 422).

pero recordando siempre que cuando el error ha sido provocado por el dolo, el contratante que ha sido víctima del mismo no tiene que probar que su error ha recaído sobre una calidad "sustancial" de la cosa.³

El dolo determinante es llamado dolo principal, por oposición al dolo incidental. Sería inexacto considerar como dolo incidental aquello que ha conducido a la conclusión de una cláusula particular del contrato; la fijación del precio por ejemplo; tal dolo será principal si ha determinado al contratante.⁴

Sólo se debe tener en cuenta el dolo anterior o concomitante al contrato; el dolo cometido después del acuerdo de voluntades no ha podido ser determinante; no es más que un dolo incidental.⁵

Corresponde a los jueces del hecho investigar el carácter determinante del dolo.⁶

195. Apreciación "in concreto" del carácter determinante del dolo. Es importante decidir si la apreciación del carácter determinante del dolo debe ser hecha *in abstracto*: por referencia al contratante normal, o *in concreto*: interrogándose acerca del estado de ánimo de la víctima; la apreciación *in concreto* permitirá considerar el

(3) Civ. 1ª, civ., 13 de febrero de 1967, D. 1967, sum. 74; Civ. 3ª, 2 de octubre de 1974, Bull. civ. 1974, III, n° 330, p. 251; Flour y Aubert, n° 212; v., sin embargo, mucho menos claro, puesto que se rechaza anular por dolo ya que el error provocado no había recaído sobre "una cualidad esencial del objeto del contrato": Civ. 3ª, 1° de marzo de 1977, D.1978.91, con nota de Larroumet.

(4) Cf. nota de Ghestin, a Com. 14 de marzo de 1972, D.1972.653 (el autor recuerda que es necesario descartar la distinción entre el dolo incidente que permitiría solamente obtener daños y perjuicios, y el dolo principal que justificaría la anulación del contrato (*contra*, Aubert, obs. a propósito del mismo fallo, R.N. Defrénois, 1973.446); en cuanto al fallo mismo, nada prueba en el extracto que publica la colección Dalloz que concierne un dolo incidente; se constata solamente que la víctima del dolo ha preferido solicitar una reducción del precio, más que la nulidad). Pero cpr. Com. 17 de julio de 1977, D.1978.155, con nota de Larroumet.

(5) Civ., 30 de abril de 1884, S.1885.1.366; Ghestin, nota D. 1972.653, citado.

(6) Civ., 30 de mayo de 1927, S. 1928.1.105, con nota de Breton.

dolo que ha impresionado a una víctima particularmente ingenua, pero que no habría engañado a un contratante normal y no lo habría conducido a concluir el contrato. Se sabe¹ que, para el error simple, ese carácter se aprecia, en principio, *in abstracto*, pero que se puede recurrir a la apreciación *in concreto* si se demuestra que el cocontratante conocía la influencia del error sobre la voluntad del *errans*. *A fortiori*, se debe admitir la apreciación del dolo "*in concreto*"; el autor del dolo, como el estafador, elige una víctima particularmente ingenua, dosifica las maniobras y mentiras de acuerdo al grado de inteligencia que supone en su víctima; sin embargo, son las personas más débiles, las menos experimentadas, las que deben ser mejor defendidas. Será innecesario demostrar que el autor del dolo sabía el error determinante; esto queda demostrado al probar el dolo: el autor del dolo no ha actuado sino para determinar a la víctima. Así, se investigará solamente si, en los hechos, el dolo ha engañado y ha determinado a la persona respecto de la cual se ejercieron las maniobras. Tal es el punto de vista de la jurisprudencia, que siempre se libra, en materia de dolo, a una apreciación *in concreto*, buscando el estado de ánimo, incluso las particularidades físicas de la víctima, insistiendo, para anular el contrato, acerca de su ingenuidad, sobre el hecho de que está desnuda de toda experiencia o de toda instrucción,² o considerando, por el contrario, para rechazar la demanda de nulidad, la competencia particular de la pretendida víctima.³

195 (1) Cf. *supra*, n°s 166 y 171.

(2) París, 20 de diciembre de 1934, S. 1935.2.190; París, 13 de noviembre de 1962, Gaz. Pal., 1963.1.247.

(3) Trib. gr. inst., Avesnes, 5 de febrero de 1964, Gaz. Pal., 1964.1.421; Civ. 1ª, 27 de octubre de 1970, J.C.P. 1971.II.16710, *Rev. trim. dr. civ.*, 1971.265, con obs. de Loussouarn; Civ. 1ª, 27 de junio de 1973, Bull. civ. 1973.I, n° 221, *Rev. trim. dr. civ.*, 1974.144, con obs. de Loussouarn; Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, 1965, p. 223 y ss.

b) Prueba del dolo

196. *Carga de la prueba y procedimientos de prueba.* Como el error, el dolo debe ser probado por el contratante que lo invoca. Tal es el sentido del artículo 1116, ap. 2, C.Civ.: "El dolo no se presume y debe ser probado".

Se ha pretendido que los redactores del Código Civil, disponiendo que el "dolo no se presume", habían querido prohibir la prueba por presunciones (del hombre). Para sustentar esta tesis, se invoca la disposición del artículo 1116, ap. 1°, que exige que sea "evidente" que el dolo ha traído aparejado el consentimiento. Pero resulta bien claro que la regla del artículo 1116, ap. 2, tiene en vista la carga de la prueba, no los procedimientos de prueba; la continuación del texto lo demuestra: "...y debe ser probado". El texto afirma que no hay presunción legal de dolo; pero no prohíbe la prueba por presunción (del hombre). Probar un dolo, es probar un hecho jurídico, no un acto jurídico; todos los medios de prueba son admisibles.

La Corte de casación¹ lo ha decidido con frecuencia. Cuando, en el artículo 1116, ap.1°, los redactores del Código Civil escriben que debe ser "evidente" que el dolo ha sido determinante, es un simple consejo de prudencia que han dado al juez, al cual entendían dejar una libertad muy grande.²

c) Efectos del dolo

197. *Nulidad relativa y daños y perjuicios.* Por una parte, el dolo vicia el consentimiento de la víctima, y, por otra, constituye una falta de su autor. Por lo tanto la sanción del dolo es doble.

196 (1) Civ. civ., 4 de enero de 1949, Gaz. Pal., 1949.1.145. La prueba del dolo por testimonio se admite aun contra el contenido de un acta: Civ. 3°, 28 de junio de 1989.4.332.

(2) Cf. *supra*, n° 193. *Adde:* París, 11 de marzo de 1957 (Gaz. Pal., 1957.1.324 y concl. de Combaldieu): "Si la duda subsiste, la prueba (del dolo) no se ha producido"; cf igualmente París, 11 de octubre de 1962, D.1963.288, S. 1963.182; Civ. 1°, 15 de enero de 1968, J.C.P. 1968.II.15601.

El dolo acarrea la nulidad relativa del contrato; la acción de nulidad sólo pertenece a la víctima.

Si la víctima, aunque haya obtenido la nulidad del contrato, sufrió un perjuicio, puede demandar la reparación del mismo al autor del dolo y a todos aquellos que, por su falta, han permitido o facilitado ese dolo.¹

La jurisprudencia autoriza inclusive a la víctima a reclamar los daños y perjuicios sin demandar la nulidad del contrato, que así se mantiene. En efecto, la acción de reparación, fundada sobre la falta, es distinta de la acción de nulidad, que la víctima tiene siempre el derecho de no ejercer.² Por la misma razón, se la acuerda, cuando el dolo no es sino incidental.³

Pero, ¿cuál es entonces la naturaleza de la responsabilidad? La jurisprudencia decide con justa razón que cuando el dolo es suficiente para acarrear la nulidad del contrato, la responsabilidad es delictual (art. 1382 del Código Civil).⁴ No puede ser de otro modo,

197 (1) Req. 5 de diciembre de 1838, S. 1838.1.945; Rouen, 19 de octubre de 1962, Gaz. Pal., 1963.1.37; Aix, 19 de abril de 1966, J.C.P. 1966.II.14742; Civ. 3°, 23 de abril de 1971, J.C.P. 1971.II.16841; pero no es necesario deducir de ello que hay allí un elemento de distinción entre el dolo y el error: La condena de daños y perjuicios puede agregarse a la nulidad (Civ. 3°, 29 de noviembre de 1968, Gaz. Pal., 1969.1.63; véase Ghestin, nota (II), D.1972.653).

(2) Com., 25 de febrero de 1986 y 10 de febrero de 1987, J.C.P. 1988.II.20995 con nota de Virassamy. Cf. permitiendo a la víctima del dolo no ejercer la acción de nulidad sino limitarse a reclamar una reducción del precio: Com., 14 de marzo de 1972, D.1972.653 y nota de Ghestin; R.N. Defrénois 1973.446, con obs. de Aubert.

(3) Cf. Ghestin, nota citada (I), D.1972.653. Del mismo espíritu participa la jurisprudencia que admite que la responsabilidad del autor de un dolo pueda ser comprometida aun si la víctima ha cometido un error inexcusable: Civ. 1°, 27 de junio de 1973, Bull. civ. 1973.I, n° 221, R.N. Defrénois 1974.776, con obs. de Aubert. *Adde:* admitiendo la sola condena en daños y perjuicios, mientras que la víctima había reclamado daños y perjuicios y la nulidad (impropiamente calificada de resolución): Com., 11 de julio de 1977, D.1978.155, con nota de Larroumet.

(4) Civ. 2° civ., 14 de noviembre de 1963, Bull. civ., 1963.II, n° 739; Civ. 1°, 4 de febrero de 1975, D.1975.405, con nota de Gaury, *Rev. trim. dr. civ.*, 1975.537, con obs. de Durry (fallo señalado en el Rapport de la Cour de cassation para el año 1975); Civ. 1°, 14 de noviembre de 1979, D.1980.I.R.264, con obs. de Ghestin, *Rev. trim. dr. civ.*, 1981.763, con obs. de F. Chabas; Com., 23 de mayo de 1989, *Rev. trim. dr. civ.*, 1989.736, con obs. de Mestre.

puesto que, por el hecho de la retroactividad de la nulidad, se considera que el contrato jamás ha existido.

198. Conclusión: naturaleza del dolo. El origen del dolo, verdadero delito privado, todavía se percibe en el dolo considerado por los redactores del artículo 1116 C.Civ. Este origen explica que sólo el dolo que emana del cocontratante sea tomado en consideración.

Sin embargo, al separar el dolo civil de la estafa, la ley del 9 de febrero de 1902 ha acentuado la verdadera naturaleza del dolo, vicio del consentimiento. Porque es un vicio del consentimiento: el dolo debe haber sido determinante; él acarrea la nulidad relativa del contrato; la acción de nulidad es distinta de la acción de responsabilidad fundada en la falta del autor del dolo. La Corte de casación ha subrayado bien este aspecto del dolo decidiendo que la causa de la acción de dolo era la misma que aquélla de la acción fundada sobre el error: el tribunal ante el cual se ha deducido una acción de nulidad, fundada únicamente sobre el dolo y el artículo 1116 C.Civ., puede, al decidir que los elementos del dolo no están reunidos, considerar el error simple del artículo 1110 C.Civ.¹

C. La violencia

199. Evolución. La violencia no fue sancionada sino tardíamente en el derecho romano. La presencia de los testigos en los actos solemnes, la vida social de la Roma arcaica, probablemente no volvían indispensable la represión de ese delito. Al fin de la República, como consecuencia de los disturbios que marcaron la dictadura de Sila, fue necesario perseguir la violencia bajo todas sus formas. La ley *Cornelia de injuriis* reprime las violencias cometidas contra las personas y la violación de domicilio; el delito de

¹ 198 (1) Civ., 5 de noviembre de 1900, D.1901.1.71; Ghestin, *op. cit.*, D.1971. chr., p. 247.

rapina sanciona la violencia contra los bienes. Es con el mismo espíritu y en la misma época que el pretor interviene para proteger a los contratantes que han consentido bajo el imperio del temor de una denuncia; le da una acción penal (*actio metus causa*), por la cual la víctima puede reclamar el cuádruple del perjuicio sufrido, después una excepción (*exceptio metus*), permitiéndole desechar la acción nacida del contrato, finalmente, una *in integrum restitutio*, conocida ya por Cicerón, y que prácticamente llegaba al mismo resultado que nuestra acción de nulidad.

Así, en el derecho romano, la violencia fue primeramente considerada como delito, permitiendo a la víctima obtener reparación; pero luego fue considerada como un vicio del consentimiento, viciando el contrato, y este aspecto será determinante en el curso de la evolución. La acción *metus* tiende a desaparecer porque el derecho penal público reprime poco a poco toda violencia; la excepción y la *in integrum restitutio*, en cuanto sanciones que protegen el consentimiento, subsisten solas.

En el derecho francés, mientras que el derecho penal castiga la extorsión de título o de firma por violencia (art. 400, ap. 1°, C.Pen.) y el chantaje (art. 400; ap. 2, C.Pen.), el derecho civil considera sobre todo la violencia como un vicio del consentimiento contra el cual la víctima debe ser protegida para asegurar la autonomía de la voluntad; este aspecto de la violencia ya era subrayado por Pothier.¹ Sin embargo, el derecho moderno no ha sabido desprenderse enteramente de la concepción delictual de la violencia, reprimida en razón de la perturbación social que provoca.²

200. Textos. Definición. Los redactores del Código civil han consagrado a la violencia los artículos 1111 a 1115, cuyas disposiciones han sido tomadas de Domat y de Pothier.

¹ 199 (1) Oblig., n°s 21 y ss.

² (2) Breton, *La notion de violence en tant que vice du consentement*, tesis, Caen, 1925; Treillard, *La violence comme vice du consentement en droit comparé*, Mélanges Laborde-Lacoste, 1963, p. 419 y ss.

Domat¹ definió así a la violencia: "Se llama fuerza a toda impresión ilícita, que lleva a una persona en contra de su voluntad, por el temor de algún mal considerable, a dar un consentimiento que no daría, si estuviera libre de esta impresión".

La violencia se caracteriza por la amenaza de un peligro, elemento objetivo, y por la falta de libertad del consentimiento que de ello resulta, el temor inspirado, elemento subjetivo. Resulta curioso que el derecho francés, no obstante poner el acento sobre el consentimiento, no haya dado a este vicio el nombre de temor, traducción literal de la palabra latina *metus*, como el derecho suizo.²

Se distinguen dos clases de violencias:

La violencia física, difícil de imaginar. Ella consistiría en guiar la mano del que escribe, o hacerle cumplir un acto bajo el imperio de la hipnosis o de la ebriedad total. El acto jurídico está desprovisto de voluntad; el consentimiento, elemento esencial, está ausente; el acto es nulo de nulidad absoluta.

Por el contrario, la violencia moral,³ que puede consistir ya en vías de hecho, ya en una presión moral, deja subsistir la voluntad: *voluntas coacta, est voluntas*. Sin duda, la víctima sólo ha aceptado contratar para escapar al mal que temía; sin embargo, ella ha aceptado. Pero, si el consentimiento existe, está viciado; el contrato es nulo de nulidad relativa.⁴

200 (1) *Loix civiles*, li. I, ti. XVIII, secc. II: I.

(2) C. oblig., art. 29, párr. 1º.

(3) Sobre el apremio moral, Chevallier, obs. en *Rev. trim. dr. civ.*, 1966, p. 283; Loussouarn, obs. en *Rev. trim. dr. civ.*, 1974, p. 144. Sobre el abuso de poderío económico, cf. *supra*, nºs 88-2 y ss., especialmente nº 88-5.

(4) Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, 1961, p. 167 y ss.; Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, 1965, p. 228 y ss.; Perrot-Morel, *L'équilibre des prestations dans la formation du contrat*, 1961, p. 172 y ss.; Ghestin, *Traité* citado, nº 444.

a) Condiciones de la violencia, vicio del consentimiento

201. *Condiciones objetivas y condición subjetiva*. Ciertas condiciones son objetivas, es decir relativas a la violencia en sí misma. Por otra parte, existe una condición subjetiva, relativa a la víctima de la violencia.

202. *Primera condición objetiva: la violencia debe ser ilegítima*. Siendo el *metus*, en su origen, un delito penal, se comprende que solamente la violencia injusta, es decir contraria al derecho (*in jure*), fuera considerada por el derecho romano. Pero, puesto que la violencia es hoy un vicio del consentimiento, debería considerarse a toda violencia desde el momento en que ha suprimido la libertad del consentimiento, sin preocuparse de su carácter legítimo o ilegítimo. Es eso lo que decidía a Domat,¹ quien, por otra parte, parecía preocupado sobre todo por evitar que un acreedor se hiciera justicia por sí mismo. Por el contrario, Pothier² volvió a la concepción del derecho romano.

Los redactores del Código Civil, sin pronunciarse sobre este punto, han rechazado, en un caso particular, que el temor legítimo vicie el consentimiento: art. 1114: "El solo temor reverencial frente al padre, la madre u otro ascendiente, sin que haya habido ejercicio de violencia, no es suficiente para anular el contrato"; la violencia física no está permitida; la violencia moral está aquí tolerada, porque se la considera como legítima.³

La jurisprudencia sigue la tradición romana. No considera la violencia moral cuando es el ejercicio de un derecho. Así el arrendatario que habiendo cometido un robo en perjuicio de su arrendador, se obliga a dejar los lugares bajo la amenaza de que se formule una

202 (1) *Loix civiles*, li. I, ti. XVIII, secc. II: VIII.

(2) *Oblig.*, nº 26.

(3) Véase, sin embargo, en sentido contrario, pero en un caso donde un padre había abusado de su ascendiente sobre su hijo deficiente mental: Civ. 1ª, 22 de abril de 1986, J.C.P. 1986.IV.181.

denuncia en su contra,⁴ el deudor que suscribe un reconocimiento de deuda,⁵ acepta vender sus bienes o constituir sobre uno de sus inmuebles una hipoteca para evitar las diligencias judiciales de su acreedor, el padre que garantiza una deuda de su hijo para evitar la liquidación de los bienes de éste,⁶ el empleador que consiente un aumento de salarios bajo la amenaza de una huelga, no han sufrido más que una coacción legítima.

Por el contrario, hay violencia moral cuando la persona que la ejerce no tiene el derecho de ejecutar su amenaza.⁷ Si el acreedor puede amenazar a su deudor con proceder a un embargo, y, bajo esta presión, obtener un compromiso, no puede amenazar con violencias físicas; sin duda, Domat no había querido prohibir otra cosa. Si los asalariados pueden amenazar a su empleador con una huelga, no pueden constreñirlo secuestrándolo, dejándole el temor de sevicias u ocupando los lugares de trabajo.⁸ Con mayor razón,

(4) Chambéry, 15 de mayo de 1944, Gaz. Pal., 1944.2.111; ver sin embargo, más restrictivo a propósito de la amenaza de diligencias penales: Civ. 1ª, 17 de julio de 1967, D.1967.509.

(5) Civ. 1ª, civ., 5 de junio de 1961, Bull. civ. 1961, I, n° 289; Soc. 22 de noviembre de 1979, Bull. civ. 1979. Ver n° 886 (reconocimiento de deuda y carta de dimisión); ver también para un reconocimiento de deuda equivalente a la pérdida sufrida consentida a la víctima de un abuso de confianza, en contrapartida del retiro de la querrela: Civ. 1ª civ., 11 de marzo de 1959, Bull. civ. 1959, I, n° 151; por un compromiso asumido bajo la amenaza de la presentación de una denuncia: Com., 30 de enero de 1974, D.1974.382.

(6) Civ., 25 de febrero de 1879, S. 1879.1.173.

(7) Cf. con obs. de Loussouarn, *Rev. trim. dr. civ.*, 1972, p. 390; Ghestin, nota (II, B), D.1974.365. Véase, sin embargo, no admitiendo la existencia de una coacción en un caso donde la amenaza de una vía de derecho era anterior a una nueva interpretación jurisprudencial que debía cuestionar la regla de derecho litigiosa: Soc. 24 de mayo de 1973, D.1974.365 con nota de Ghestin.

(8) Trib. civ. Nantes, 6 de enero de 1956, Gaz. Pal., 1956.1.61; Recordar Douai, 16 de junio de 1982, J.C.P. 1983.II.20035 con nota de Jambu-Merlin, *Rev. trim. dr. civ.*, 1984.111, con obs. de F. Chabas, aprobado por Soc. 8 de noviembre de 1984, J.C.P. 1985.IV.23, *Rev. trim. dr. civ.*, 1985.368, con obs. de Mestre; este último fallo precisa que la víctima de la violencia puede ser una persona moral (por medio de sus representantes legales).

hay violencia moral cuando se amenaza con ejercer un derecho del cual no se es titular.⁹

Inclusive, para que la coacción sea legítima, es necesario que exista una relación directa entre el derecho que el autor de la violencia amenace ejercer, y la convención que obtenga bajo esta amenaza. El marido tiene el derecho de demandar a su esposa, culpable de adulterio; pero si obtiene de su esposa, bajo la amenaza de ejercer ese derecho, un reconocimiento de deuda, éste es nulo por violencia.¹⁰ La víctima de una internación en el curso de la ocupación enemiga tiene el derecho de querellar a su denunciante; pero el compromiso que obtenga de éste de pagarle una suma de dinero, bajo la amenaza de querellarlo, está viciado por la violencia.¹¹ Si el arrendador, robado por su arrendatario, lo obliga válidamente a abandonar el campo amenazándolo con una demanda, la misma amenaza constituirá el vicio de violencia en el caso de que el robo, objeto de la demanda eventual del arrendador, hubiere sido cometido en perjuicio de un tercero: tal robo no ha sido cometido en la ejecución del arrendamiento. Un agente de negocios tiene el derecho de efectuar una sobrepostura en un remate y, si resulta adjudicatario, puede desplazar al precedente adjudicatario; pero el consentimiento de este último está viciado por la violencia si, bajo la amenaza de una sobrepostura, cede sus derechos sobre el inmueble.¹² En todos estos casos, el autor de la coacción amenaza ejercer un derecho del cual es titular. Pero, en ausencia de una relación directa entre su derecho y la ventaja que obtiene, desvía ese derecho de su fin.

La jurisprudencia efectúa aquí una muy exacta aplicación de la tesis del abuso de los derechos. Estima que una persona tiene el derecho de usar la coacción para obtener lo que le es debido; pero

(9) Civ. 1ª, 17 de julio de 1967, D.1967.509; contra: Civ. soc., 20 de junio de 1966, D.1967.264 con nota de Rouiller (el fallo rechaza la restitución de cuotas de Seguridad social pagadas indebidamente bajo amenaza de un proceso).

(10) Req. 6 de abril de 1903, S. 1904.1.505 con nota de Naquet.

(11) Civ. 1ª civ., 30 de junio de 1954, J.C.P. 1954.II.8325 con nota de Y.

(12) Civ. 1ª civ., 3 de noviembre de 1959, Gaz. Pal., 1960.1.16.

el acreedor desvía ese derecho de su fin, comete un abuso de derecho¹³ si, aprovechando de esta situación, intenta obtener una promesa sin relación o, inclusive, solamente fuera de proporción, con el compromiso primitivo.¹⁴ Por otra parte, el derecho penal considera de la misma forma al delito de chantaje.¹⁵ El Código suizo de las obligaciones (art. 30, ap. 2) contempla especialmente el abuso del derecho de amenazas.¹⁶

203. Segunda condición objetiva: ¿de quién debe emanar la violencia? Violencia de un tercero; estado de necesidad. La turbación resultante de la violencia es tal que el derecho romano no vaciló en dar la acción penal no solamente contra el autor de la violencia, sino también contra toda persona que se beneficiara de ella.¹ El artículo 1111 C.Civ. considera la coacción como vicio del consentimiento, también cuando la violencia emana de un tercero ("también cuando ella haya sido ejercida por un tercero distinto que aquél en provecho del cual se hizo la convención").² Diferencia capital con el dolo, justificada, todavía en nuestros días, por consideraciones de defensa social, contra un acto muy peligroso, siendo la nulidad susceptible de prevenir las violencias.³

La amenaza que vicia el consentimiento no emana necesariamente del cocontratante. Pero, ¿puede resultar de circunstancias exteriores? ¿El estado de necesidad constituye una violencia?⁴

(13) Cf. *infra*, n^{os} 455 y ss.

(14) Civ., 9 de abril de 1913, D.1917.1.93; París, 8 de julio de 1982, D.1983.473 con nota de Landraud aprobado por Civ. 3^a, 17 de enero de 1984, Bull. civ. 1984.I, n^o 13, *Rev. trim. dr. civ.*, 1985.367, con obs. de Mestre.

(15) Crim., 21 de julio de 1933, S. 1935.1.36. Recuérdese Crim., 12 de marzo de 1985, Gaz. Pal., 1985.626 (amenaza de recurrir a una vía de derecho, pero para obtener la ejecución de un convenio ilícito).

(16) Cf., sobre el abuso de amenazas de vías de derecho: Chevallier, con obs. en *Rev. trim. dr. civ.*, 1967, p. 147.

203 (1) Cf. *supra*, n^o 192.

(2) En este sentido: Douai, 16 de junio de 1982, citado *supra*, n^o 202, aprobado por Soc. 8 de noviembre de 1984, *ibid.*

(3) Cf. *supra*, n^o 192.

(4) Pallard, *L'exception de nécessité en droit civil*, tesis, Poitiers, 1949.

El derecho romano rechazaba, en este caso, la nulidad del contrato, y Pothier adhería a esta solución, reconociendo que el compromiso contraído bajo el imperio de la necesidad podía ser reducido si era excesivo.

La doctrina moderna sigue a Pothier. Ciertos autores, considerando que el estado de necesidad no constituye una violencia, estiman, por otra parte, que el compromiso tomado bajo el imperio de la necesidad puede anularse por defecto de causa, permitiendo, si hay lugar de indemnizar a la otra parte, jugar a los principios del enriquecimiento sin causa o de la gestión de negocios. Otros, para hacer caer el contrato, recurren a la noción de lesión.

No parece posible adherir a la tesis según la cual el estado de necesidad no podría constituir el vicio de violencia. Esta tesis reposa inconscientemente sobre la idea de los romanos, surgida de la creación de la acción penal *metus causa*: la violencia es un delito; entonces, requiere de su autor un elemento intencional, de tal suerte que si el temor no es debido a la acción de una persona, si no hay culpable, el contrato no puede anularse. Pero aquí hay una confusión, originada por la palabra "violencia". La coacción es un vicio del consentimiento; luego, es indiferente que ella sea provocada por una falta o por un acontecimiento anónimo. Sería socialmente muy grave dar eficacia a un contrato concluido bajo el imperio de la necesidad.

Además, se puede presumir que el cocontratante conocía la situación; en la mayor parte de los casos sometidos a los tribunales este conocimiento no ofrece duda. Negarse a admitir el estado de necesidad, conduce a establecer una diferencia injustificada entre la violencia y el error; puesto que se tiene en cuenta el error, ya sea que haya sido provocado voluntariamente o no, ¿no debería considerarse al temor en las mismas condiciones?

La jurisprudencia es vacilante. Si bien la Sala de admisión de recursos del Tribunal de casación en un fallo de principios del 27 de abril de 1887,⁵ afirmó que el estado de necesidad constituye

(5) Cf. M. de Juglart et Villeneau, *Répertoire méthodique de l'assistance en mer*, 1962, p. 39 y ss.

una causa de nulidad del contrato y que esta decisión inspiró la ley del 29 de abril de 1916 sobre la asistencia y el salvataje marítimos (solución que no retoma expresamente la ley n° 545 del 7 de julio de 1967, relativa a los sucesos marítimos), a menudo los tribunales son reticentes;⁶ su timidez se comprende menos ya que, en la mayor parte de los casos, el cocontratante no solamente ha obtenido un beneficio pecuniario del estado de necesidad en que se encontraba la otra parte, sino que también conocía perfectamente este estado en la época del contrato.

204. Condición subjetiva: la violencia debe ser determinante.

Puesto que la violencia es un vicio del consentimiento, sólo acarrea la nulidad del contrato, como el error o el dolo, cuando ha determinado a la víctima a contratar. El temor debe ser tal que, sin él, el contrato no habría sido concluido.

El artículo 1112 C.Civ. exige que la violencia haya inspirado el temor de un "mal presente". Esta expresión es el resultado de un contrasentido. Los romanos sólo consideraban el *metus praesens*, es decir el temor existente al momento del contrato, aunque el mal con el cual la víctima esté amenazada sea futuro: en efecto, ese mal es forzosamente posterior a la amenaza, por lo tanto futuro. La necesidad de un temor presente es la consecuencia del carácter determinante de la violencia: no ha podido acarrear el consentimiento sino cuando el temor existía al momento del contrato.

Los romanos apreciaban *in abstracto* la gravedad de la violencia: ¿era bastante grave, *atrox*, para hacer doblegar la voluntad de un hombre muy corajudo: *homo constantissimus*? Domat¹ se había levantado contra esta apreciación: "...Es justo proteger también a

(6) *Adde*: Com., 4 de junio de 1973, Bull. civ. 1973. 4, n° 193, *Rev. trim. dr. civ.*, 1974.144, con obs. de Loussouarn (violencia en el hecho de aprovechar la escasez de recursos del deudor y de su situación de familia para forzarlo a constituir una sociedad, comprometerse en el pago del saldo de una cuenta e inscribirse en el registro de comercio).

204 (1) *Loix civiles*, li. I, ti. XVIII, secc. II.

los más débiles y a los más tímidos: y es principalmente por ellos que las leyes castigan toda suerte de vías de hecho, y de opresiones". También Pothier² consideraba anticuada a la regla romana: "En esta materia se debe contemplar la edad, el sexo y la condición de las personas".

Estos precedentes permiten comprender la redacción del artículo 1112 C.Civ. del cual los dos apartados parecen contradictorios. En el apartado 1°, los redactores se refieren al tipo abstracto de "una persona razonable", y exigen, como los romanos, el temor al mal considerable (*metus atrox*). Pero, en el apartado 2, reproduciendo literalmente la fórmula misma de Pothier, agregan: "Se debe contemplar, en esta materia, la edad, el sexo y la condición de las personas".

Ciertos autores han procurado dar una explicación lógica del artículo 1112. Para ellos, la víctima tiene éxito si demuestra que la violencia habría determinado a un contratante normal; pero si no lo logra, igualmente tendrá éxito probando que la violencia la ha determinado personalmente; los redactores del artículo 1112 habrían permitido acumulativamente la doble apreciación *in abstracto* e *in concreto*.³ Igualmente, se ha sostenido que los redactores de este texto habían propuesto una apreciación *in abstracto*, por referencia no a un tipo ideal, sino a una persona del mismo sexo, edad y condición que la víctima.

La verdadera explicación es histórica: los redactores del Código Civil han querido seguir a Domat y a Pothier, recomendar al juez que tenga en cuenta todas las circunstancias, tanto internas cuanto externas. Es en este sentido que la jurisprudencia estatuye que aprecia *in concreto* el temor,⁴ como el dolo.

(2) *Oblig.*, 25.

(3) Dejean de la Bâtie, *op cit.*, p. 230; Chevallier, obs. en *Rev. trim. dr. civ.*, 1967, p. 384

(4) Req. 17 de noviembre de 1925, S 1926.1.121 con nota de Breton; Civ. 1ª civ., 3 de noviembre de 1959, Gaz Pal, 1960.1 16, Com. 30 de enero de 1974, D. 1974.382 y, particularmente claro: Civ. 1ª, 22 de abril de 1986, J.C.P. 1986. IV. 181.

205. Violencia sobre el contratante, su fortuna o los terceros. El artículo 1112 C.Civ. precisa que la violencia debe "inspirar el temor de exponer su persona o su fortuna..."; y el artículo 1113 agrega que la violencia es una causa de nulidad cuando es ejercida sobre el esposo, la esposa, los descendientes o ascendientes del contratante.

Es necesario entender en forma muy amplia la precisión del artículo 1112 C.Civ., refiriéndose a la apreciación *in concreto*. La "persona" no es solamente la persona física, su vida, su salud, sino también su personalidad moral, sus sentimientos afectivos; Domat contempla especialmente el honor (la palabra ha sido retomada en el Código suizo de las obligaciones: art. 30). La "fortuna" no es la totalidad del patrimonio, sino todo valor de alguna importancia para la víctima. Será suficiente que la amenaza haya sido determinante; el texto no coloca pues una condición suplementaria.

El temor de un mal con el cual se amenaza a un prójimo es igualmente una violencia en los términos del artículo 1113 C.Civ. Por otra parte, este artículo no excluye el temor cuando está amenazada otra persona aparte de aquéllas enumeradas precedentemente.

Pero, mientras que el artículo 1113 presume que la amenaza que pesa sobre un esposo, ascendiente o descendiente es determinante, el contratante deberá aportar la prueba cuando la amenaza estaba dirigida contra un pariente más alejado, un novio, un amigo, o un desconocido.

b) Prueba de la violencia

206. Carga de la prueba y procedimientos de prueba. A la víctima incumbe la carga de la prueba tanto de la violencia como de su carácter determinante.

Probar la violencia es establecer un hecho jurídico. Todos los medios de prueba están autorizados.

c) Efectos de la violencia

207. Nulidad y responsabilidad. La violencia física acarrea la nulidad absoluta. Los partidarios de la inexistencia consideran igualmente que el contrato es inexistente, falta de consentimiento.

Cuando la coacción es solamente una violencia moral, la voluntad ha existido, pero está viciada. La nulidad es relativa; no puede ser demandada más que por la víctima y la acción de nulidad prescribe a los cinco años a partir del día en que el vicio ha cesado (anteriormente a los diez años).¹

Aparte de la acción de nulidad, la víctima dispone de una acción de responsabilidad, que le permite demandar al autor de la violencia la reparación del perjuicio que ha sufrido² puesto que él ha cometido una falta.

208. Conclusión. El dolo y la violencia, considerados originariamente como delitos que sólo permitían a la víctima obtener una reparación, han sido considerados después como vicios del consentimiento, abriendo a la víctima la vía de la nulidad relativa. Pero, si bien el derecho penal sanciona especialmente los delitos que tienen su fuente en el dolo o en la violencia, el derecho civil no ha podido separar enteramente esas nociones de su origen penal. Es deseable que la evolución prosiga y que se acentúe su carácter de vicio del consentimiento. Las restricciones aportadas a la teoría del error están justificadas por la seguridad de las transacciones y por el interés del cocontratante. Este interés no es respetable cuando el cocontratante es el autor del dolo o de la violencia o cuando tenía conocimiento de ello. Pero, aun cuando lo ignorase, su interés y el de la seguridad deben ceder frente a la perturbación social provocada por la violencia o el dolo.

¹ 207 (1) Civ. 1^a civ., 19 de abril de 1961, D.1961.418; cf. *infra*, n^{os} 307 y ss.

² Douai, 16 de junio de 1982, *supra*, n^o 202: tercero autor de la violencia obligado a "restituir" a la víctima bajo forma de daños y perjuicios la prestación entregada al beneficiario de la violencia.