

La culpa in contrahendo y las estipulaciones inútiles

(PRIMERA PARTE)

POR EL

Dr. Néstor A. Pizarro

1. — IHERING ⁽¹⁾, cuando construye en 1860 su teoría de “la culpa *incontrahendo* o los daños y perjuicios en las convenciones nulas o que han quedado imperfectas”, estudia la doctrina anterior, la génesis de la que formula, los contenidos inmediatos de las fuentes, la justificación de su tesis y la casuística sistematizando ambas respecto a: la capacidad del sujeto; capacidad del objeto y certidumbre de la manifestación de voluntad, o sea, capacidad respecto al modo o forma para producir el consentimiento y por ende el contrato, ya se refieran ellas a las legislaciones positivas, ya a los casos prácticos.

Esta sistematización de IHERING la encontramos en diversos romanistas y juristas: SAVIGNY ⁽²⁾ en las “manifestaciones de voluntad; HEINECIO ⁽³⁾ en las estipulaciones inútiles clasificadas por razón de: las *personas*, de la *materia* o de las *cosas* y de la *forma*;

(1) IHERING: De la culpa in contrahendo. Oeuvres choisies, t. II, tradue. MEULENARE. 1893, ed. Maresq.

(2) SAVIGNY: Sistema de Derecho Romano Actual, t. II, § 134/35 y sts. tradue. española de MESIAS y POLEY, 1879, ed. Góngora.

(3) HEINECIO 10. GOTTLIEB: Operum. t. V. Elementos y Recitaciones de Derecho Civil. 1718. ed. Fratrum de Tournes. Genevae. (Biblioteca de VELEZ SANSFIELD). — Las RECITACIONES principalmente están anotadas por VELEZ, y las notas corresponden a las que puso a las Institutas de ALVAREZ.

en tanto que ORTOLAN (4) la ordena en relación al *sujeto*, al *objeto*, a los *modos* y a la *forma* de la estipulación.

En el derecho romano las “estipulaciones inútiles” tenían una extensión y una amplitud que abarcaba lo relativo a la celebración de los contratos, teoría del error y del consentimiento, eficacia de las obligaciones, régimen de las acciones y obligaciones naturales. La “*stipulatio*” llegó a ser la forma más amplia y difundida de contratar y de obligarse; las disposiciones de esta índole se generalizaban a todos los contratos, sin excluir por ello las características propias de cada uno; el contrato se crea ateniéndose más a las palabras que las partes han pronunciado, y por virtud de esas mismas palabras, antes que por la intención que han revelado o que podía vincular sus voluntades en el consentimiento mutuo (5).

Las *Institutas* han seguido en materia de “estipulaciones inútiles” (6) a GAYO que llamaba así a las que eran nulas y no producían ningún efecto, o que eran “nulas en el acto” (7). El *Digesto* las trata en el título de las obligaciones verbales (8), en el régimen de cada contrato y en especial en los casos de la compra-venta. El *Código* (9) cuando trata de cómo se celebra la estipulación, cuándo se incurre en ella y en el de las estipulaciones inútiles.

Estas estipulaciones inútiles son las que carecen de vigor propio y por consiguiente no se pueden confirmar por ministerio del Juez, ni por imperio del Pretor, ni por la potestad de la ley, como lo dice PAPIANO en las *Questiones* lib. XXVII (10).

Así, cuando el objeto hubiera sido ilícito o prohibido, no sería

(4) ORTOLAN: *Instituciones de Justiniano*, t. 2, pág. 266, ed. esp. 1877.

(5) SAVIGNY: ob. cit., t. II, pág. 321, § 134, nota c. (en contra) Ley 3, § 2, V. O. (XXIX, I) *Verborum quoque obligatio constat, sit inter contrahentes id agetur; nec enim si per jocum puta vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixerim: “Spondes?” et tu responderis “Spondeo” naceretur obligatio. Dicho principio admitido en materia de estipulaciones se aplicaba con mayor razón en los otros contratos, cuya letra se subordinaba a la intención de las partes.*

(6) INSTITUTAS: Lib. III, tit. XIX, de *stip. inútiles*.

Lib. III, tit. XV, de *verborum obligationibus*.

(7) GAYO: N.º 97 a 109 *stip. inútiles*.

(8) DIGESTO: Lib. 45, tit. I, de *verborum obligationibus*.

(9) CODIGO: Lib. VIII, tit. 38 y 39.

(10) DIGESTO: Lib. XLIV, tit. VII, ley 27.

válida, como dice IHERING “por incapacidad del objeto”, y PAPI-
NIANO en el lib. 1, de las Questiones, dice: “si la estipulación hubie-
ra sido concebida por causa de cometer un delito, o de haberlo co-
metido, no será válida desde su principio” (11).

ULPIANO y POMPONIO refuerzan este concepto sosteniendo que
no se pueden confirmar cuando carecen de “vigor propio”, es de-
cir, cuando el contrato no ha nacido en virtud de la estipulación,
por ejemplo: a) “sabemos que son de ningún valor las estipula-
ciones torpes” (12); b) “como si alguno prometiera que hará algún
homicidio o un sacrilegio” (13). Pero no se limitan a ello, sino que
agregan: “se comprende en el Ministerio del Pretor *denegar acción*
por tales estipulaciones”.

Lo que demuestra que tocaba directamente al campo de
las acciones, facultando al Pretor para resolver en el acto la de-
negación de la fórmula y el rechazó de la acción, porque es en-
tendido que la acción emergente del contrato no podía nacer, ni
reclamarse en su virtud el cumplimiento del mismo, ni las obli-
gaciones de resarcir en casos de inejecución.

La materia, pues, de las obligaciones verbales y la de las es-
tipulaciones inútiles informan gran parte de disposiciones legales
del derecho romano, lo que demuestra su importancia y trascen-
dencia en las más variadas instituciones pasando luego a la doc-
trina de la voluntad, de la declaración de voluntad, y a la teoría
del error en sus diversos aspectos y consecuencias.

2. — *Noción de la culpa in contrahendo*: Una relación con-
tractual ha sido proyectada, o un contrato es nulo y carece de fuer-
za vinculante, no ha habido por consiguiente contrato, pero una
de las partes ha realizado gastos y sufrido daños. ¿Tiene derecho
a reclamar su indemnización? ¿Y si este derecho existe, en qué se
funda? ¿Cuáles son los límites de la misma?

IHERING (14) dice: “El contrato, no habiendo llegado a per-
fección, no es el caso de aplicar los principios de la *culpa contrac-*

(11) DIGESTO: Lib. XLV, tít. 1, ley 123.

(12) DIGESTO: Lib. XLV, tít. 1, ley 26.

(13) DIGESTO: Lib. XLV, tít. 1, ley 27.

(14) IHERING: La culpa in contrahendo, pág. 4, n° 2.

tual; y no puede serlo tampoco de la *culpa extracontractual* o *actio legis Aquiliae*". Y más adelante agrega ⁽¹⁵⁾: "La culpa se ha cometido en ocasión de una *relación contractual proyectada*. Una de las partes ha sufrido un daño con motivo de la ejecución de una convención propuesta por la otra y llegada perfecta según el conjunto de las circunstancias *exteriores*.... es la *culpa* en la conclusión de los contratos: *culpa in contrahendo*". Y fundado en ella es que autoriza el resarcimiento de los mismos daños causados.

Autores como BUFNOIR ⁽¹⁶⁾ sostienen que la tesis de IHERING presupone la existencia de una primera convención (anterior al contrato mismo) que consistía en que las partes se obligan recíprocamente a no hacer nada en la formación del contrato, que ellas han tenido en vista, que pueda perjudicarlas. Esto sería una convención accesoria, anterior y distinta del contrato principal, y análogo a éste, relativa a mantener obligatoria la oferta... Pero en los casos en que las partes no han entrado todavía en relación la una con la otra, como en los casos que se hace por medio de telégrafo, que trasmite una falsa declaración, se puede decir que sus voluntades han permanecido extrañas y que entre ellas ninguna convención se ha podido formar, ni accesoria, ni principal. Y respecto a esto dice: en el primer caso encuadra en el error sobre la *substancia de la cosa*; y en el segundo la hipótesis de IHERING le parece muy aventurada.

Estos dos supuestos: a) *pacto de contrahendo* y b) *contrato irritito*, tienen caracteres propios, diligencia y culpa, acción e indemnización, los autores no están de acuerdo con sus presupuestos y consecuencias, pero IHERING les hace funcionar la *c.i.c.*

a) *Pacto de contrahendo*: Son contratos preliminares mediante los cuales una parte se obliga hacia la otra a la conclusión de un contrato de determinada especie, que es el llamado contrato principal. Estos pactos no eran usados en los contratos consensuales, pero sí como preparación de los contratos reales. Se otorgaba una acción para la conclusión del negocio principal, y en caso de incumplimiento se podía obrar únicamente hasta *quod interest*,

(15) IHERING: Ob. cit., pág. 8, n° 3 in fine.

(16) BUFNOIR: Propriété et contrat, pág. 483.



porque este contrato no podía parangonarse al contrato preliminar (17).

Según el mismo autor, la culpa en la concertación del contrato-culpa i. e. puede dañar a aquel que se empeñó en él; “no por derecho romano, sino por derecho común actual, se es responsable por una tal culpa y por tal daño” (18).

Concretamente, se podía considerar culpable a aquel que hacía una declaración tal, que despertaba en la otra parte la creencia *errónea* de concluir un contrato jurídicamente válido, debiendo los intereses negativos del contrato.

La expresión *errónea* nos dice claramente que se trata de un capítulo o de una modalidad de la teoría del error. Esta acción es para DERNBURG una acción extra contractual y directa contra el que ha contratado induciendo a error o invocando una representación de que carecía. Y agrega: “No existe finalmente ninguna culpa *in contrahendo* cuando se han entablado al principio y después rota arbitrariamente la concertación de un contrato” (Véase especialmente la referida nota 10 in fine).

No obstante estas expresiones, el concepto de la culpa *in contrahendo* ha adquirido gran influencia en la doctrina y en algunas legislaciones en casos y en situaciones concretas y especiales, algunas de las cuales anteriores a IHERING como el código de Prusia y el de Austria, y otros posteriores a él.

b) *Contrato irritito*: ENNECERUS y NIPPERDEY (19) dicen: Por el comienzo de los tratos preliminares a un contrato (o sea aun sin

(17) DERNBURG: *Obligazioni*, ed. Fratelli Bocca, Torino 1903, § 10, pág. 34, notas 7, 8 y 9. — REGELSBERGER circunscribe la expresión *contrato preliminar al pactum contrahendo*, lo que es impropio. El *pactum contrahendo* requería generalmente la forma de la estipulación.

La obligación de concluir un contrato podía ser impuesta por disposición de última voluntad.

(18) DERNBURG: *Ob. cit. loc. cit.* nota 10. IHERING ha sido el primero en indagar el fundamento científico de la responsabilidad por la e. i. e. — *Contra* él surge particularmente MOMMSEN, que sostiene que es extraña al derecho romano, y que a lo sumo puede encontrarse en la venta de una herencia inexistente (18 y 19, 18. IV. D. de her. vel. act. vend.).

(19) ENNECERUS y NIPPERDEY: *Tratado de Derecho Civil (Parte General)*, § 152, pág. 158.

oferta vinculante), surge entre las partes una relación obligatoria semejante a una relación contractual de la cual puede resultar una responsabilidad por *culpa in contrahendo*.

Descartan pues la posibilidad del pacto de contrahendo pero admiten la unidad del contrato en sus preliminares o preparatorios, en su concertación definitiva y en su ejecución.

Por ello el tratar de los contratos ENNECERUS y LEHMANN (20) sostienen "que si bien el cod. civ. alemán no reconoce expresamente una responsabilidad por *culpa en la conclusión de un contrato* (por culpa in contrahendo)... el tribunal del Reich ha llegado en su afán creciente a derivar de la circunstancia del *comienzo de los actos preparatorios de un contrato. una relación de confianza análoga a la contractual*".

Pero esta responsabilidad es independiente de que los actos preparatorios terminen o no en la conclusión del contrato. Y más aún, la violación al deber de diligencias no es necesaria que sea dolosa, basta la mera negligencia.

SALEILLES (21) estudia los daños y perjuicios por nulidad de los contratos y dice: "cuando un contrato es nulo, ninguna de las partes puede decirse acreedora, ninguna puede demandar indemnización correspondiente al valor de la cosa prometida".

Pero el problema surge cuando el contrato es imposible o prohibido, y una de las partes lo ignora, y sobre la confianza de la otra se obliga en un contrato que cree válido; lo mismo que en el caso que las partes quieren celebrar una convención y por obra de una de las partes no se realiza, ¿quién y en qué medida debe satisfacer los daños?

El autor citado en el número siguiente, dice que se recurre a la teoría del dolo o de la culpa grave para fundar el resarcimiento, más aún si hubiere negligencia suficiente a dar nacimiento a un delito o cuasi delito civil, la indemnización estaría fundada en los principios generales del derecho; pero cuando se tratara de la

(20) ENNECERUS y LEHMANN: Tratado de Derecho Civil (Contratos), § 43, pág. 224 y sts.

(21) SALEILLES: Teoría general de la Obligación. París, 1914, n°. 135, pág. 164, ed. Pichon.

mera negligencia o imprudencia no podría recurrirse a este principio.

Históricamente los juristas alemanes buscaron en el derecho romano y especialmente en el título de la compra-venta la explicación y justificación de la tesis del resarcimiento de los daños, ampliando y generalizando los términos y conclusiones.

Las *Institutas* ⁽²²⁾ y el *Digesto* ⁽²³⁾, nos dicen que la venta de una cosa fuera del comercio (de lugar sagrado o religioso o pública) subsiste aunque su entrega fuere imposible, si el comprador ha ignorado la condición del objeto. Y que éste tiene la *actio ex empto* para reclamar la indemnización.

No obstante esto, la ley del Digesto no presume el dolo de una parte, ni el fraude del vendedor; al contrario, pareciera que ambas partes han ignorado la incapacidad o prohibición del objeto, como se desprende de la ley 70.

Recuerda las diversas teorías para explicar la causa de la indemnización colocando en primer término la de IHERING para concluir sin un juicio definitivo con la tesis de WINSCHED, y recorrer la legislación prusiana, el proyecto alemán y la doctrina francesa que busca la solución en el art. 1382, en la opinión de AUBRY y RAU ⁽²⁴⁾ para el caso de la venta de la cosa agena (art. 1599) que si bien ésta es nula confiere excepción al comprador y al vendedor respectivamente, para el caso de cobro de precio o tradición de la cosa y agrega: “en uno como en otro caso, el vendedor aun de buena fe podría ser condenado a daños y perjuicios si el comprador había ignorado el vicio de la venta”, en la de DEMOLOMBE que sostiene que la oferta transmitida a la otra parte presume la existencia de una convención ⁽²⁵⁾ creando así una especie de acción publiciana e materia contractual, o bien, considerando el contrato como una sola unidad en sus preliminares, celebración y ejecución.

(22) INSTITUTAS: De emt. et vend. § 5, tít. 23, lib. III.

(23) DIGESTO: l. 62, § 1, lib. XVIII, tít. 1 (Modestino).

l. 8, § 1, lib. XI, tít. 7 (Ulpiano).

l. 70, lib. XVIII, tít. 1.

(24) AUBRY et RAU: Cours de Droit Civil, t. V, pág. 48, § 351, nota 45/6.

(25) DEMOLOMBE: Droit Civil, t. XXIV, n° 64/65.

FORSTER ECCIUS ⁽²⁶⁾ dice: “en el ajuste de un contrato, aunque no se logre la finalidad perseguida, nace una relación jurídica en virtud de la cual los intervinientes están obligados a guardar la fidelidad y lealtad, en la misma medida que deben responder por ella en la relación jurídica contractual propiamente dicha; es decir, que una lesión culposa de esta fidelidad hace nacer pretensiones de indemnización en base a aquella relación”.

Estos *deberes singulares*, según la expresión de LEHMANN ⁽²⁷⁾ en su exposición al Título Preliminar, surgen desde el comienzo de los actos preparatorios, son preferentemente deberes de comunicación, de explicación y de conservación, por los que cada parte se obliga a manifestar a la otra todos los hechos que conoce y que pueden influir en su decisión, de los cuales ésta no pueda tener conocimiento por sus propias informaciones.

Según lo expuesto, la *culpa in contrahendo* es la cometida en ocasión de una relación contractual proyectada o de un contrato irrito, consistente en la falta de buena fé, fidelidad o lealtad de las partes entre sí, por cuya causa ha ocasionado daño.

WINDSCHEID ⁽²⁸⁾ al tratar lo que puede impedir el perfeccionamiento del contrato después de hecha la propuesta o respectivamente después de declarada la aceptación, dice es la *revocación*. Y con este motivo, estudia si el revocante está obligado hacia la otra parte, que en ignorancia de la revocación confió que se hubiese formado el contrato, a resarcirlo de todo el perjuicio que había sufrido a consecuencia de esta confianza.

Descarta la posibilidad de ser obligado a las prestaciones del cumplimiento del contrato, pero admite la obligación por las correspondientes al interés negativo ⁽²⁹⁾ del contrato. Esta expresión inaceptable proviene de IHERING, dice en su nota 5.

(26) FORSTER ECCIUS: Derecho Privado Prusiano, ed. Kaimmer, Berlín, 1896, t. I, pág. 455. (Trad. parcial, Inst. D. Civil, U. de C.).

(27) HEINRICH LEHMANN: (cit. por ENNECERUS y LEHMANN, pág. 226).

(28) WINDSCHEID: Pandette, trad. de FADDA y BENSA, tº. 2, pág. 186, § 307, nota 5.

(29) SAVIGNY: Sistema de Derecho Romano, § 135, pág. 323/24. “El error acompaña siempre a semejantes manifestaciones; pero es el motivo de la protección concedida contra el daño que entraña, pues es

Reconoce que el revocante está obligado a la reparación del daño o del interés negativo, pero mientras MOMMSEN la concede en virtud de los principios del mandato y limitado sólo a los emergentes de la propuesta misma, él sostiene que: “la obligación de resarcir del autor de la declaración de voluntad no se funda sobre su voluntad, sino que el derecho se lo impone sin su voluntad. Es el derecho quien quiere que aquel que recibe una declaración de voluntad, puede prestarle fé, y que en base a ella puede mediante la aceptación nacer un contrato...”.

El mismo autor al tratar los contratos de prestación imposible, y por consiguiente nulos ⁽³⁰⁾, sostiene que si el promitente había conocido o no la imposibilidad, sino la conocía sin su culpa quien recibía la oferta estaba obligado al resarcimiento del perjuicio hacia aquel que ha hecho fé en la formación de un contrato válido.

Y si bien admite la obligación de resarcir, “y en substancia está de acuerdo con IHERING, no lo está en la construcción del principio que establece: la culpa del contrayente, porque según esta tesis, se debería absolverlo si no pudiera imputársele ignorancia de la imposibilidad” (nota 7).

La concepción de IHERING se relaciona, pues, con problemas jurídicos a los que no era extraña la doctrina, ni la legislación anterior, sino que buscó dar a las soluciones legales y doctrinarias el resarcimiento de los daños en la culpa in contrahendo.

3. — *Antecedentes doctrinarios*: La indemnización por los daños en las estipulaciones inútiles o la restitución de lo dado o recibido por error, no eran problemas ajenos al derecho y a la doctrina anterior a IHERING, antes al contrario.

SAVIGNY ⁽³¹⁾ no busca en la culpa la causa de la restitución

siempre un motivo negativo, es la falta de voluntad, y la voluntad sola podría justificar el daño”. La nota b) es de tal interés que la comentaré en otra parte.

(30) WINDSCHEID: Ob. cit., § 315, pág. 223, nota 7.

(31) SAVIGNY: Sist. de Der. Romano Actual, § 135, nota b), pág. 324 dice: “En el caso de la *conditio indebiti* es el ERROR quien da lugar al derecho de repetición, porque el pago es en sí mismo un acto válido y eficaz, encontrándose solo anulado excepcionalmente por consecuencia del error.”

ni de la indemnización de los daños, sino que ella la encuentra directamente en el *error*; ahora bien, el error en sí mismo no es causa suficiente, porque el error es un hecho causado a la vez, el motivo principal está en la *voluntad*, “y la *voluntad sola podría justificar el daño*”.

Por ello, cuando en una venta hay *error in corpore*, el comprador puede negarse a pagar el precio o el vendedor a hacer entrega por la inexistencia del contrato. El conocimiento de esta falta de consentimiento habría demostrado a las partes que el contrato no era vinculante, y que la obligación no había nacido; no es pues, el error el que impide el nacimiento de la obligación, ya que independientemente de éste, ella tampoco habría nacido; según la expresión textual de SAVIGNY, es pues la voluntad la que obliga, restringe o amplía su acción, y genera o no la acción de indemnización (32). No debiendo entenderse por la palabra “*deceptum*” de la ley que refiero en la nota, el alcance de “engañado”, sino

(32) Es conocido el caso de la ley 21, § 2, de act. emt. (XIX, 1) del Digesto: “*Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem disetiamus, emptionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest (autoris se) non deceptum, etsi venditor quod nesciat: veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt*”. Que SAVIGNY lo estudia en el § 136, pág. 339 asignando a la expresión “*Quasi citreas*” ya a la simple creencia del comprador, ya a la seguridad dada por el vendedor, inclinándose por esta última. Admite además la expresión “*emptionem non esse*” que corresponde a todos los manuscritos con excepción de la versión florentina.

Hay casos en los cuales el error no se considera como esencial, es decir, como **exclusivo de la voluntad**, como en los siguientes casos: oro bueno o de baja ley; vino bueno o malo; útiles de metales no preciosos; la esclava virgen y que no lo es (la venta es perfectamente válida, y el comprador no tiene acción de compensación sino cuando hubiere sido **engañado**), (ver nota r); los vestidos buenos o viejos en cuyo caso la acción para indemnizarse sólo puede estar fundada en el dolo del vendedor o en su promesa de entregar vestidos nuevos y cuando no mediara dolo debe **necesariamente haber habido una promesa** (nota s). Pero cuando SAVIGNY presta especial atención es cuando estudia la transcrita al principio de esta nota, esto es cuando se trata de muebles de madera, ya que entre los de cedro y los de citrus o limonero, había en Roma diferencias excepcionales, pues los segundos revelaban lujo increíble. PLINIO habla de tablas de citrus pagadas a 1.400.000 sextercios, o sean 262.000 pesetas según la nota t.). Por ello, cuando se promete entregar una cosa de cualidad determinada, y se entrega otra, el contrato obliga y acuerda al comprador la *actio empti* y además la acción acordada por los daños o sea la

únicamente de "inducido a error por sí mismo, o por las seguridades de la otra parte, *pero sin fraude*" (33).

La cita transcrita en la última parte de la nota anterior nos revela cómo este autor tocaba el problema y le daba solución en los principios generales del derecho sin crear hipótesis, más allá de las fuentes mismas de las obligaciones.

De igual modo resuelve los problemas relativos a la capacidad

estimatoria (ley 18, lib. XXI, tít. 1). La que está condicionada únicamente a **quanti interst debet**.

No se cumple pues el contrato, en este caso, con la entrega de la cosa sino que debe al comprador: UNA INDEMNIZACION, AUN CUANDO NO LO HUBIERA ENGAÑADO Y EL MISMO ESTUVIESE EN ERROR. Y SAVIGNY agrega en el texto: "esta decisión que de ningún modo es dudosa... sólo procede a consecuencia de su **promesa o de su dolo**"... "si ha engañado al comprador o gaantizado en el contrato la calidad de la cosa, la indemnización resulta de los principios generales del derecho. (ver nota 36).

(33) SAVIGNY: Ob. cit., pág. 341. Derecho de las obligaciones; t. 2, § 89, pág. 459.

Pero consideremos ahora otro caso que este autor estudia en la nota d) del § 138. Por contrato me obligo a vender un vaso de oro por un precio razonable; el vendedor quiere mantener la venta reclamando la diferencia por diferencia de calidad, no puede hacerlo, por faltar un contrato verdadero, aun cuando el vendedor hubiera incurrido en dolo. Pero si el contrato es válido y no dá acción más que para su cumplimiento, el dolo, que tiene efectos propios, le acuerda a su vez al comprador acción para reclamar por los daños y perjuicios causados.

Esta acción de dolo, en fraude, tiene el efecto, dice el mismo autor en la nota d) al § 138: "restablecer al comprador en la posesión que se hallaba antes del contrato. Si había tenido gastos, si había hecho trabajar un vaso que creía de oro, si ha perdido por su culpa una venta útil, tiene derecho a una indemnización, pero no puede pedir por el beneficio que habría obtenido si el vaso fuera de oro y el contrato válido.

Destaco especialmente estas palabras de la mencionada nota porque ellas tienen directa vinculación con la materia de que se trata, y excluye el origen culposo contractual de la indemnización. Dice SAVIGNY: "Pretenden sin razón muchos autores, que el vendedor que se engaña responde de su culpa: esta no es una **causa obligationis**, como en general lo es el fraude. En el caso de un contrato verdadero, (y aquí falta dicha condición), hay **causa obligationis**, pudiendo ser **modificada la obligación que resulte por la culpa como por el fraude**".

Efectivamente, para SAVIGNY las causas de las obligaciones o sus fuentes solo son: los contratos, los delitos y la ley, con sus formas asimiladas; en ninguna de estas se fundaría la obligación de indemnizar como pretenden dichos autores; por ello les niega procedencia, fundado en que si el contrato es válido la obligación emerge del contrato; si no lo es, emerge de la promesa, y si no del dolo o fraude.

en el apéndice IV, al § 65, nota a) sobre los efectos de las obligaciones contraídas por los esclavos romanos ⁽³⁴⁾.

Y respecto a la materia o al objeto, en el apéndice VIII, al § 115, al tratar del error y la ignorancia en el § XXXIV ⁽³⁵⁾ se refiere al error respecto al propietario, en su derecho mismo, como al *error in corpore*, concluyendo que en este caso, no se examina más si el error era fácil de evitar y por ello inexcusable. Y que cuando el error excluye el dolo se admite toda suerte de error (pág. 451), demostrando cómo el error a veces subsume el mismo dolo.

SAVIGNY estudia la opinión de CUJACIO y de RICHELMANN y NOODTS en diversas notas de su obra, la del primero en parte que la referimos al pie de la cita del mismo en la nota v) pág. 340 del t. 3; la del segundo, entre otras, en págs. 323, 326, 328, 341, nota w; y al último en la nota x, pág. 341.

La acción, pues, existía, y la indemnización era acordada pero fundada en el contrato o en los principios generales del derecho.

CUJACIO también la acuerda ⁽³⁶⁾ y RICHEIMANN, aun cuando

(34) SAVIGNY: Ob. cit., t. 1, pág. 394 y sts. y 293.

(35) SAVIGNY: Ob. cit., t. 2, pág. 389 y especialmente 448/50.

(36) SAVIGNY: loc. cit., notas v y t, pág. 340.

CUJACIO: Operum. T. 3, pág. 28, ed. Nepeli 1758. Obs. y enmiendas a Bartolomé Frajum (1556).

Cap. V. Falta la negación en las Pandectas Florentinas, 1. si sterilis, § quamvis, D. de act. empt. (1).

El objeto de este trabajo es explicar si en las Pandectas Florentinas la 1. si sterilis, § quamvis, D. de act. empt. ⁽²⁾ está escrita correctamente de este modo, sin la negación: Aunque antes hemos dicho que cuando convenimos respecto a la cosa, pero disentimos sobre su calidad, hay compra... Y en verdad opino que con razón se agrega la negación en otros códigos, porque en ningún lugar se ha dicho antes que haya compra: puesto que se ha dicho que no hay compra cuando se yerra con respecto a la materia, 1. in venditionibus, 1. quid tamen, D. de contrah. empt. ⁽³⁾. Y la cualidad se toma como materia en el § quamvis ⁽⁴⁾: así en el ejemplo propuesto, de aquel que comprando mesas de una materia creyó comprar mesas de cidro, que juzgo bastante claro. Y por eso considero que las palabras quamvis supra diximus han de ser referidas a la 1. in venditionibus y a la 1. quid

(1) D. 19, 1. 21. 2.

(2) D. 19, 1. 21. 2.

(3) D. 18. 1. 9.; D. 18. 1. 14.

(4) D. 19. 1. 21. 2.

no lo he podido verificar como tampoco a DONELLUS citados por IHERING.

tamen ⁽⁵⁾, no a los libros de Paulo. Al modo que también en la 1. si in emptione, § liberum, D. de contrah. empt. ⁽⁶⁾, palabras casi iguales se refieren a la 1. nec emptio, eod. tit. ⁽⁷⁾ y en la 1. impuberem, § item non continetur, D. ad leg. Cornel. de fals. ⁽⁸⁾ se refieren a la 1. Divus, § item Senatus, eod. tit. ⁽⁹⁾. Por eso, parece ser de Triboniano, no de Paulo. Pero aunque sea nula la venta, puesto que disienten ya sea en la materia o en la cualidad, sin embargo, según Paulo, al comprador se le da acción por lo comprado en la medida que interesa que él no sea engañado, a saber, que compré mesas de ciprés (cedro) como si fueran de (citro); pues en verdad es nula la compra de las de ciprés, y el comprador puede repetir el precio que pagó por la *condictio indebiti* o sin causa, 1. suae rei, 1. cum ab eo, § ult., D., de contrah. empt., 1. cum hereditate, D. de heredit. vend. ⁽¹⁰⁾; PERO TAMBIEN TIENE ACCION POR LO COMPRADO, EN CUANTO INTERESA QUE EL NO SEA ENGAÑADO: PAULO DICE QUE POR ESTA ACCION TAMBIEN ES OBLIGADO EL VENDEDOR QUE ESTUVO EN LA IGNORANCIA, LO CUAL RESULTA DE LA 1. Labeo libro Posteriorum, D. de contrah. empt. ⁽¹¹⁾; "HA DE EXPLICARSE NECESARIAMENTE ASI: QUE EL QUE OBRA SABIENDO ESTA OBLIGADO POR TODO CUANTO INTERESA; EL QUE OBRA IGNORANDOLO, NO LO ESTA SINO EN RAZON DE LAS MESAS DE CITRO; A LO CUAL ES SEMEJANTE LO QUE SOBRE LA COMPRA DE UN LUGAR SAGRADO SE DICE EN LA 1. hanc legem, 1. prox. y en la 1. qui officii, § 1, D. eod. tit." ⁽¹²⁾. Las mesas de cidro tuvieron gran precio, como lo indica Plinio en el lib. 13, cap. 15, del cual capítulo este es el título: "De los árboles de Atlas y de las mesas de cedro". Pero, puesto que en libro I se lee *citreis limonero* (de cidro) y no *cedrinis* (de cedro), y que Petronio dice: "mesa de cidro cortado en las tierras africanas", y que Tertuliano, en el libro sobre el Palio, le llama mesa redonda de cedro a una mesa comprada por M. Tulio, lo cual recuerda Plinio en el antedicho capítulo, no me disgusta ser del parecer de G. Filandro, quien corrige en Plinio *citreis* (de cidro), *citri* (de cidro) y *citrum* (madera de cidro). Así también en el libro 16, cap. 15 y 16, ha de escribirse *citro* (cidro) en lugar de *cedro* (cedro). Los cidros son árboles no fructíferos.

Y esto basta para el § *quamvis* ⁽¹⁴⁾.

Observ. Joan. Robert. in animadvers. cap. 4, lib. I.

(5) D. 18. 1. 9.; D. 18. 1. 14.

(6) D. 18. 1. 34. 2.

(7) D. 18. 1. 8.

(8) D. 48. 10. 22. 9.

(9) D. 48. 10. 15. 2.

(10) D. 18. 1. 16; 18. 1. 41. 1.; 18. 4. 7.

(11) D. 18. 1. 45.

(12) D. 18. 1. 22; 18. 1. 23; 18. 1. 62. 1.

(13) Árboles altos, no fructíferos, a los que David comparó con la idolatría.

(14) D. 19. 1. 21. 2.

3.— En el derecho francés, POTHIER ⁽³⁷⁾ dice que el error es el mayor vicio de las convenciones; por que éstas son formadas por el consentimiento de las partes; y no puede haber consentimiento cuando las partes han errado sobre el objeto de su convención: *Non videntur qui errant consentire* ley 116 § 2, de *R. iuris* y ley 57 de *obligat. et act.*

Con la fuerza de un silogismo y con la claridad de expresión de su pensamiento jurídico, nos ha establecido la conclusión anterior como postulado previo para el desarrollo de la materia, la que analiza primero en lo relativo a la naturaleza del acto, sobre la cosa, su calidad y su substancia, cuándo es esencial y cuándo accidental, sobre la causa y sobre la persona y respecto de esto último ⁽³⁸⁾ para llegar a la conclusión que siempre que la consideración de la persona con quien se quiere contratar entre de algún modo en el contrato, el error sobre la persona destruye el consentimiento y hace por consiguiente nula la convención.

Prescindamos de los casos en que se quiere donar o prestar una cosa a una persona determinada y se lo hace por error a otra, casos en los cuales el acto jurídico es nulo, prescindamos de éstos para plantear la cuestión con el caso más interesante que trae este autor, y que se vincula directamente a nuestro problema. Si quiero hacer hacer un cuadro por el pintor Natoire, y encargo el trabajo a Santiago, a quien tomo por Natoire, en este caso la convención es nula y no puede producir ninguna obligación. Pero a pesar de ello estoy obligado a recibir el cuadro y a pagarlo, según lo estimen peritos, “la causa de esta obligación es, en este caso, *la equidad* que me obliga a indemnizar a aquel que yo he inducido por mi imprudencia en error; nace de esta obligación una acción que se llama *in factum*” ⁽³⁹⁾.

En pocos casos la claridad del ejemplo y la formulación del problema han puesto tan de manifiesto la nulidad del contrato; y sin embargo la obligación de pagar y la causa en que ella se funda.

(37) POTHIER: Oeuvres completes. Ed. Thomine. 1871. t. 1, § 17.

(38) ” ” ” loc. cit. § 19.

(39) SAVIGNY. — Sist. Der. Rom., apéndice IV, pág. 399 dice: “El señor tiene *actio in factum* contra el esclavo que durante la esclavitud (incapacidad) le prometió dinero por ser manumitido”.

La equidad en este caso se resuelve dando a cada uno lo suyo, y pagando al pintor el importe de su trabajo y los gastos realizados.

DOMAT ⁽⁴⁰⁾ establece la norma a que deben sujetarse las partes que contraen obligaciones voluntarias y recíprocas, o sean las que nacen de los contratos, y entre esas normas está la *sinceridad* para entenderse recíprocamente sobre el objeto o materia que se obligan, la *fidelidad* para cumplir lo pactado y todas las consecuencias que emanen del contrato.

La fuerza del contrato, y por consiguiente de las obligaciones emergentes del mismo, se fundan en principios morales y religiosos base del ordenamiento jurídico; así, hay que ser sinceros, como lo dice el apóstol San Pablo; hay que ser verídicos y obrar con fidelidad, como lo sostiene Salomón en los Proverbios; y hay que confirmar las palabras con los actos, procediendo con fidelidad respecto al prójimo, como lo establece el Eclesiástico. (nota regla 5ª.).

Esta obligación es no solo para el cumplimiento del contrato, sino también para su formación y concertación. Por ello al estudiar los vicios de las convenciones dice es un carácter esencial a todas las convenciones que lo que se trate en ellas lo sea con

(40) DOMAT: *Traité des loix civiles*, ed. Herissant. París, 1705. lib. 1, cap. V, reglas 5ª., 6ª. y 7ª.; pág. VII.

5ª. regla: "En las obligaciones voluntarias y mutuas, aquellas que tratan en común se deben sinceridad para hacerse entender recíprocamente a aquello que ellos se obligan, la fidelidad para ejecutarlo (f), y a todo aquello que pueden exigir las consecuencias de las convenciones que se han realizado (g). Así el vendedor debe declarar sinceramente las cualidades de la cosa que vende, debe conservarla hasta que la entregue y debe garantirla después que la ha entregado.

6ª. regla: Que en las obligaciones involuntarias, la prestación sea proporcionada a la naturaleza y a las consecuencias de la obligación, sea que consista en hacer, en dar o en otra clase de obligación. Así el tutor está obligado a la dirección de la persona y a la administración de los bienes del huérfano que está a su cargo y a todo lo que esta dirección y administración hagan necesario...

7ª. regla: Que en toda clase de obligaciones sean voluntarias o involuntarias es prohibido usar infidelidad, duplicidad, dolo, mala fe y cualquier otra forma de dañar o causar daño.

(f) Ut sitis sinceri, *Philip.* 1, 10; Abominatio est domino labia mendacia, qui autem fideliter agunt, placent ei. *Prover.* 12, 22; Confirma verbum, et fideliter agent cum illo. (proximo tuo). *Ecles.* 29, 3.

(g) Alter alteri obligatur, de eo, quod alterum alteri, ex bono et aequo praestare oportet. Ley 2 § ult. ff. de obligat. et act.

sinceridad y fidelidad, y es un vicio en una convención si uno engaña al otro por dolo o por *cualquier sorpresa*.

3. — *Sistemática de la culpa in contrahendo*: La ordenación de esta materia la ha realizado IHERING con el mismo criterio que los pandectistas y romanistas que le precedieron. Así SAVIGNY (41) dice que el error puede referirse y clasificarse.

a) POR EL SUJETO cuando:

La voluntad de un individuo está en contradicción consigo misma.

La voluntad de cada parte es conforme a su manifestación, expresan individualmente una cosa verdadera, *pero es distinta de la que otro ha entendido*. Cada uno se engaña respecto a la voluntad del otro.

b) POR EL OBJETO

Al contenido de la voluntad en su conjunto: cuando se firma un acta substituída al acta verdadera.

Cuando se firma un acta leída infialmente.

Cuando un mandatario abusa de la firma en blanco o lo llena de manera contraria a la intención del signatario.

Al contenido de la voluntad parcialmente: naturaleza del acto.

A la persona en cuya presencia se halla para la formación del acto.

A la cosa objeto de la relación.

IHERING ha pretendido que en estas relaciones contractuales, y en las cuasi contractuales realizadas o proyectadas la obligación de resarcir no nacen de la equidad, de la ley aquilia, no nacen tampoco de la ley, el derecho que ampara las pretensiones del damnificado no proviene de acciones in factum, sino de una culpa que se presume en toda relación convencional o contractual, y lo único que

(41) SAVIGNY: ob. cit. § 135, pág. 324/26.

puede obligar a indemnizar en tal caso, no es la acción del dolo que siempre autoriza la reparación del daño causado, contra derecho y con el propósito de lesionar (que caracteriza el delito civil), no es tampoco la acción emergente del contrato en unos casos porque no se ha formado y en otro, porque formado en apariencias, no es vinculante por ser nulo, entonces sutilizando entre estos dos extremos que no admite, crea una figura precontractual a la que le corresponde modalidades de una culpa específica, y en cuya virtud nace la obligación de resarcir.

HEINECIO, en la cita 3 de este artículo trata el asunto con el mismo método respecto a las estipulaciones inútiles pero sin la penetración del autor antes citado.

Por otra parte, la casuística de IHERING corresponde casi en su totalidad a los enunciados de los esquemas ordenados por SAVIGNY.

4.— *Efectos del error, de las estipulaciones inútiles y de la culpa in contrahendo*: El efecto del error esencial cuando anula el acto jurídico o la convención es completamente análogo, por no decir igual al de las estipulaciones inútiles: restablecer las situaciones jurídicas de las partes al estado anterior al error o a la convención nula, restituyendo por consiguiente lo que se hubiera recibido por error o por contrato inexistente.

En derecho romano, donde las acciones reales eran *vindicaciones*; las *condiciones* eran acciones personales, *actionem in personam esse*, según la expresión de las *Institutas* ⁽⁴²⁾. Ahora bien, estas *condiciones* que son acciones personales, *no nacen del contrato*, sino de la *equidad legalmente reconocida*, porque con excepción de la *condictio certi ex mutuo*, que es una *condictio ex contractus*, las demás se equiparan a las acciones *in factum* ⁽⁴³⁾.

Según esto, las *condiciones*, verdaderas acciones civiles porque el pretor jamás las otorgaba, eran de carácter personal, es decir, relacionadas con la defensa de derechos creditorios u obligaciona-

(42) INSTITUTAS: lib. IV, tít. 6, § 15.

(43) GLUCK: Pandette, lib. XII (12), tít. IV, § 820, pág. 535, ed. Milán, 1905.

les nacidos de la ley, que reconocía en dichas situaciones causas de equidad, y eran equiparadas a la *actionem in factum* (44), pero no obstante esto se derivaban del *ius gentium*.

La *simple promesa* de dar a otro alguna cosa aun hecha en vista a una contraprestación, no servía de base a la *conditio causa data* (45) y por consiguiente, las partes no podían por medio de ella reclamar indemnización, ni resarcimiento. Sin embargo PFLUGER, citado por GLUCK, sostiene que la *promissio* era generalmente considerada como *solutio*, más para la acción que trata de repetir una suma de dinero que se encuentra en manos del deudor; y la *acceptilatio* tiene la eficacia de pago real en el sentido que deja en las manos del deudor aquello que se estaría constreñido sin ella a darlo.

Esta opinión de PFLUGER no es compartida por otros autores, pero para nuestro problema de la culpa in contrahendo es interesante señalar que numerosos casos de la llamada "incapacidad del objeto" corresponden a situaciones en que se admite la *conditio ob causa data*, como la *turpem vel injusta causa* o la *conditio sine causa*.

La *conditio indebiti*, la más amplia y genérica de las acciones de repetición porque a veces comprende las anteriores en la articulación judicial, es una acción personal para reclamar los pagos efectuados por error esencial.

Esta acción cuyo fundamento y origen se busca por algunos en un verdadero contrato (DONELLUS), por otros en un *cuasi contracto* (VINIO) proviene, como dice el código napoleónico y sus comentaristas "de las obligaciones que nacen sin convención" (46).

(44) Ley 25, lib. XXV, tit. 2 (MARCIANO).

Ley 65, § 4, lib. XII, tit. 6 (PAULO) "ex bono et aequo".

Ley 66, lib. XII, tit. 6 (PAPINIANO) "ex bono et aequo".

(45) GLUCK: Ob. cit. pág. 542, "introducta".

(46) MARCADE: Explication du Code Civil, ed. Delamotte, 1873, tit. V, pág. 266, comentario al art. 1375 combatiendo la tesis de TOUTILIER respecto a las obligaciones del principal por los actos del gerente. dice que son innecesarios los requisitos de a) alterius detrimento y b) proceder **com iniuria**, porque aun sin estos requisitos es ilícito enriquecerse con lo ajeno.

Y comentando los arts. 1376/77: Que el principio de equidad que siempre es principio en nuestro derecho civil, prohíbe enriquecerse con lo ajeno y que un supuesto acreedor se quede con una cosa o con una suma que no se le debía o que no la debía la persona que la entregó.