

La culpa in contrahendo y las estipulaciones inútiles

(SEGUNDA PARTE)

POR EL

Dr. Néstor A. Pizarro

He expuesto anteriormente, lo que eran las estipulaciones inútiles en el derecho romano, lo que era para IHERING la culpa *in contrahendo* como fundamento de toda acción de resarcir en los casos de estipulaciones inútiles o de relaciones contractuales meramente proyectadas, por los daños y perjuicios emergentes de ellas; los antecedentes doctrinarios en SAVIGNY, CUJACIO, RICHELMANN, POTHIER y otros; lo relativo a la sistemática seguida por IHERING y los efectos del error en las estipulaciones inútiles.

Corresponde ahora, considerar los antecedentes legislativos que estudió IHERING, con sus casos y sus textos, y otros no considerados por él; analizaré algunas disposiciones de nuestro Código Civil; y las modificaciones y alcances que a ellas y a la teoría de la culpa in contrahendo asigna BIBILONI en el Anteproyecto; y finalmente, límites y objeto propios de esta acción y plazo para su prescripción.

Los antecedentes expuestos revelan que no existía en el derecho antiguo una causa única que en esta materia fundamentase la acción de resarcimiento de daños en las estipulaciones inútiles, o cuando el contrato no se hubiera realizado, o cuando habiéndose realizado careciera de fuerza vinculante; así, en ciertas oportunidades la acción se fundaba en el *mismo contrato* inexistente o nulo,

y se le confería la *actio ex contractus* (*actio empti*) como se con-
signa en la nota 32; otras veces, del mismo contrato se derivaba
una *actio aestimatoria quanti minoris*, por el monto de *quod inte-
rest debet*; en estos casos y cuando no hubiera habido fraude la ac-
ción nacía del contrato y de la misma promesa; cuando hubiera
mediado error, y se hubiera inducido a éste por *fraude*, se tenía
la *actio doli* y las *conditii* correspondientes; cuando se usara de
dolo era acordada la *actio doli*; en otros casos se confería una *actio
in factum* y otras veces se acordaba la indemnización o resarci-
miento por vía de *equidad*.

No había pues en el derecho romano una causa única, ni una
acción nominada que amparase estas situacoines. IHERING trató
de unificarlas en una forma o modalidad especial de la culpa que
denominó *in contrahendo*.

1. — *Antecedentes legislativos invocados por IHERING*: Dos
son las fuentes legislativas que ha estudiado especialmente para
esta materia:

- a) el LANDRECHT prusiano de la época federiciana;
- b) el Código Civil de Austria de 1811.

Y cada una de estas fuentes las estudia con relación al *sujeto*,
al *objeto* y a la *manifestación de voluntad*.

El primer problema que se plantea, es el relativo a la *capacidad
del sujeto*.

Veamos los supuestos: 1) Un incapaz se obliga o contrata con
otro incapaz; 2) Un incapaz se obliga o contrata con un capaz: a)
sabiendo el capaz que contrataba con un incapaz; b) *debiendo saber*
el capaz que contrataba con un incapaz; c) *inducido o engañado* el
capaz por el incapaz respecto a su capacidad.

En este último caso el engaño puede provenir de la simple
afirmación de capacidad o bien del uso de ardides o procedimien-
tos conducentes a engañar y a inducir en engaño.

1) Cuando un incapaz contrata o se obliga con un incapaz, no
hay contrato, ni obligación; ninguna de las partes ha sido hábil
para crear una relación jurídica vinculante.

2) Una persona capaz contrata o se obliga con un incapaz y recíprocamente. La ley entonces protege y ampara al incapaz, le acuerda los beneficios de restitución *in íntegrum*, las acciones de nulidad, etc., porque la ley defiende así la persona y los bienes del incapaz debido a su propia debilidad o inexperiencia.

De tal modo, que si el capaz a) *sabe* que contrata con un incapaz está obligado a restituirle íntegramente lo que de él hubiera recibido y a indemnizarle los daños que hubiere sufrido, goza el menor de todos los beneficios legales y no puede escudarse el capaz en nada para obtener beneficio, ni utilidad; b) *debiendo saber el capaz* que contrata con un incapaz, porque el capaz debe tomar todas las precauciones necesarias relativas al contrato, en cuanto a la persona, objeto formas, etc., y la omisión por su parte de estas diligencias, lo hacen pasible de culpa, y por ende de responsabilidad. En tal caso el incapaz goza de los beneficios legales; c) pero *cuando el capaz ha sido engañado o inducido a contratar por el incapaz*, no obstante haber tomado las diligencias necesarias, el derecho distingue dos casos: 1) cuando el engaño ha consistido en la mera afirmación de la capacidad; y 2) cuando el engaño ha sido causado por otros procedimientos o maquinaciones tendientes a inducir en error.

En el primer supuesto de este párrafo el incapaz goza de los beneficios y protecciones que la ley les acuerda a tales clases de personas; en el segundo no sólo no goza de estos sino que responde con sus bienes y con su patrimonio de las consecuencias de su acto.

IHERING cita con motivo de esta materia relativa a *la capacidad del sujeto* el Landrecht prusiano I, V, § 33 y que traducido dice:

“Aquel que, después de estar debidamente informado, ha sin embargo sido inducido a concluir un contrato con un incapaz, puede demandar ser indemnizado sobre los bienes de este último” (1).

Cotejemos esta versión con la del Instituto de Derecho Civil: “Pero el que a pesar de una investigación diligente, ha sido inducido por un incapaz a celebrar un contrato, puede exigir indemni-

(1) IHERING: La culpa in contrahendo, pág. 41, N°. 18.

zación (o que se lo tenga indemne) sobre el patrimonio del incapaz'' (2).

La interpretación de ambas versiones es la siguiente: el capaz engañado o inducido a error por el incapaz, pero que después de estar debidamente informado o de haber realizado una investigación diligente, ha concluído contrato con el incapaz, tiene acción contra los bienes y patrimonio de este.

Ahora bien, sólo por un acto imputable al mismo menor se puede privar a este y a sus bienes de la protección que la ley les acuerda.

El mismo Código de Prusia dá reglas para juzgar cuando el error sobre la capacidad es imputable al capaz y cuando es imputable al incapaz vinculándolas con el principio general del § 33 citado:

Error sobre la capacidad imputable al capaz e inexcusable:

- a) cuando ha contratado con una persona menor de 18 años (a. 34).
- b) Cuando ha considerado capaz a una persona, por su sola afirmación, aun reforzada bajo juramento (art. 35).
- c) En los casos de los dementes furiosos (arts. 815-820).

Error sobre la capacidad imputable al incapaz e inexcusable:

- a) Quien conociendo su incapacidad ha inducido a otro a concluir un contrato, será castigado como autor de fraude (3) o engaño (4) (art. 36).

El propio IHERING, estudiando los arts. 33 y 36, dice que en ellos se habla de dolo, pero admite la posibilidad de que *sin dolo* se pueda inducir a contratar, en cuyo caso la acción, que acuerda

(2) CODIGO DE PRUSIA: Parte primera, tít. V, art. 33. Traducción del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba.

(3) CODIGO DE PRUSIA: Art. 36, versión del Inst. de Der. Civ.

(4) CODIGO DE PRUSIA: Art. 36, versión de IHERING. La c. i. e., pág. 42.

el derecho prusiano, estaría fundada en la culpa. Y cita en apoyo de esta tesis el art. 135, del tít. II, parte 2ª., que dice:

“Sin embargo, el acreedor que *ha sido realmente engañado* por semejante deudor, sin que haya habido negligencia de su parte, será admitido, según las disposiciones generales de la ley, a reclamar la reparación del daño sobre los bienes del deudor”.

Es el caso en que un hijo de familia se hace pasar por homo sui iuris. El mismo autor se refiere a la expresión *engañado* como sinónima de *dolo*, pero el texto es aun más expreso: “que haya sido *realmente engañado*”.

Además de los textos citados por IHERING, relativos a esta legislación, es necesario tener en cuenta en esta materia los arts. 34 y 35 del tít. V, de la parte primera, los arts. 85 y 86 del tít. IV, parte primera y la ley de 12 de julio de 1875. La generalidad de los autores que estudian la legislación prusiana sostienen que en estos casos se responde por la *actio doli*; así, FOSTER ECCIUS (5) sostiene: “Cuando ha habido inducción dolosa a celebrar un contrato, el defraudado no sólo puede alegar la nulidad, sino en su lugar la indemnización con el patrimonio del incapaz de negocios, pero capaz de delitos, que indujo a otro a celebrar un contrato”.

BORNEMANN, citado por el mismo IHERING (6), sostiene que cuando se ha tratado con un incapaz la reparación del daño no puede ser pedida sino *ex delicto*.

De los textos legales aludidos no se infiere, pues, en manera alguna, la responsabilidad en virtud de la culpa contractual o in contrahendo; tampoco se infiere ésta de las referencias doctrinarias.

El *Código civil de Austria de 1811* es citado en dos de sus artículos: el 866 que dispone: “Que el que alega *fraudulentamente* ser capaz de concluir contratos, y *engaña así* a una persona, que no puede fácilmente obtener los antecedentes al respecto, está obligado a reparación”; y el art. 248: “*El menor de 20 años cumplidos*, que en un contrato se hace pasar por mayor, responde de todos los daños, cuando la otra parte no podía fácilmente procu-

(5) FOSTER ECCIUS: Ob. cit., t. 1, pág. 456, nota 32.

(6) IHERING: Ob. cit., nota 45, pág. 42.

rarse antes de la conclusión del contrato los antecedentes sobre la verdad de sus afirmaciones” (7).

Estos dos textos del Código de Austria establecen la responsabilidad civil del menor *puber*, mayor de veinte años, con su propia persona y su patrimonio en los casos de actos ilícitos y de culpa.

Principio análogo al de la responsabilidad establecida para aquel que careciendo de capacidad para el desempeño de la tutela, la oculta, o silencia; que se generaliza para el tribunal que concientemente instituye tutor a un incapaz y a quienes obliga a reparar no sólo el daño que resulte para el menor sino también todas las ganancias de que hubiera sido privado (art. 202 del mismo Código civil de Austria). En estos casos la ocultación o la designación indebida o contra ley, constituyen actos contra derecho, es decir, actos ilícitos análogos a los del menor *puber* mayor de 20 años que fraudulentamente engaña a una persona sobre su propia capacidad.

Pues bien, si por el art. 152 del Cód. austriaco “los menores que están bajo el poder paterno *no pueden contratar* ninguna obligación válida sin el consentimiento expreso o tácito del padre”, por el art. 248 responden personalmente y con su patrimonio por los actos ilícitos; y además responden en las *relaciones contractuales* cuando el menor de 20 años cumplidos se hace pasar por mayor y el otro contratante no puede fácilmente verificar sus referencias antes de la conclusión del contrato.

Estos principios están a la vez desarrollados en los arts. 1323 y 1324 del mismo código refiriéndose el primero a lo que constituye el daño emergente del incumplimiento de la promesa y al in-

(7) CODIGO CIVIL DE AUSTRIA, de 1811: Versión de IHERING, ob. cit., pág. 43.

CODIGO CIVIL DE AUSTRIA, de 1811: Collection FOUCHER, por A. DE CLERQ, 1836. París. — Art. 866: Aquel que *anuncia* fraudulentamente que es capaz de concluir contratos y que engaña así a una persona que no podía fácilmente hacer la *verificación*, está obligado a daños e intereses (pág. 220). El art. 248 dice: “Todo menor que después de haber cumplido sus 20 años se hace pasar en una transacción por mayor, es responsable de todo daño, cuando la otra parte contratante no haya por sus medios podido verificar fácilmente la verdad de esta afirmación antes de la conclusión del negocio. En general, responde también personalmente y sobre su fortuna por todo acto ilícito y por los daños causados por su culpa.

terés negativo; en tanto que el segundo considera al daño causado por dolo o por negligencia evidente, estableciendo su extensión mayor que la del daño simple.

Estos artículos han permanecido casi exactos en su texto y su vigencia actual, menos el 247 y 248 que han establecido: “Todo menor que después de haber cumplido *diez y ocho años* (ley de 6 de febrero de 1919) se haga pasar en el curso de una transacción como mayor, es responsable de todo el daño cuando la otra parte contratante no haya tenido medios de poder fácilmente verificar esta alegación antes de la conclusión del contrato”.

El art. 1308 fijaba en siete años la edad de la responsabilidad por los actos ilícitos civiles; el art. 248 establecía la de más de 20 años cumplidos para justificar la responsabilidad por el dolo en la ocultación de la incapacidad (8). Un menor puber responde con toda su fortuna de todo acto ilícito, así como de los daños causados por su culpa (Nov. III, art. 4).

En todos estos casos se parte de la nulidad del contrato, o de la inutilidad de la estipulación por falta de capacidad de una de las partes, y toda acción de reparación de daños contra el incapaz que simuló ser hábil se funda únicamente en el dolo del incapaz

<p>aquel que (a. 866)</p>	<p>{ anuncia declara alega</p>	<p><i>fraudentamen-</i> <i>te</i> que es capaz</p>	<p>{ de celebrar o concluir contratos</p>	<p>{ <i>y engaña así</i> (dolo) a quien no po- día fácilmente hacer la veri- ficación</p>
<p>Todo menor de 20 años cumplidos (18 años) (a. 248)</p>	<p>que se hace pasar en una transac- ción <i>por mayor</i></p>	<p>Es responsable de todo el daño, con <i>su persona y sus bienes</i></p>	<p>cuando la otra parte no podía fácilmente procurar elementos sobre su alegación antes de concluir el contrato.</p>	

(8) GALLAIX de MARCEL: La Reforma du Code Civil Autrichien 1925, ed. Libraire General, pág. 44.

Todos estos textos no son innovaciones legislativas que modifican el régimen de la capacidad, ni de la validez de los contratos y estipulaciones, son los mismos principios del derecho romano y los del derecho universal que no acuerdan a los menores o incapaces que han procedido con dolo o engaño los beneficios legales de las restituciones (9).

El CODIGO FRANCES recibe estos principios y formula las mismas conclusiones respecto a la capacidad de contratar, pero lo

(9) CODIGO, Lib. II, tit. XLIII: "Si el menor dijere o se le probare que era mayor de edad".

Ley 1.— Si siendo menor de 25 años probastes *engañada* tu edad como siendo mayor por habésete presentado las actas de nacimiento, puedes pedir restitución.

Ley 2.— Si el que ahora afirma que es menor te hubiera engañado con la falaz mentira de su mayor edad, no debe ser restituido por entero, pues las leyes públicas *favorecen a los menores que yerran pero no a los que engañan*.

Ley 3.— *Si siendo menor hubieres tratado de probar por tu aspecto, con objeto de engañar a otro, que eras mayor*, así por las sacras constituciones, como por la autoridad de los rescriptos se decidió, *que se deniegue el auxilio de la restitución, como quiera que la malicia supla a la edad.....* examinada la causa de justificación de la edad, *si no hallare que por tu parte medió dolo* que se te restituya por entero..... La restitución no procederá cuando se hubiera prestado juramento.

Ley 4.— Cuando por falsa opinión te presumistes mayor de edad se atenderá respecto a la persona del menor al testimonio de la verdad.

DOMAT: *Les lois civiles*, ed. 1705, tit. IV, sec. II, pág. 293.
Restitución de los menores. — I. La restitución de los menores está fundada sobre la debilidad de la edad, sobre la poca firmeza que puede tener su conducta por falta de conocimiento de los negocios y de experiencia.

V. El menor que haya engañado a alguno, o causado algún daño, no será relevado por su minoridad para descargarse de la obligación de reparar el daño que había causado. Así, un menor que daña una cosa que ha recibido en préstamo o en depósito, debe resarcirlo.

VII. Si un menor *se dice mayor* y por una falsa acta bautismal o por cualquier otra vía se ha hecho pasar por mayor, no podrá ser liberado de sus actos y estará obligado por su torpeza. Así, un menor que ha tomado dinero por tal vía, aunque de él no haya hecho empleo útil, su obligación no dejará de tener el mismo efecto que aquella de un mayor.

hace al tratar la acción de nulidad o la rescisión en las convenciones (10).

El art. 1310 dispone que las obligaciones emergentes de delitos o de dolo cometidos por los menores o incapaces no dan lugar a la restitución, y el art. 1307 sostiene que no hay dolo en la simple declaración de ser mayor de edad, salvo que para corroborar esta tesis se hubiesen acompañado otros elementos, pruebas o procedimientos.

Los antecedentes correlativos a la codificación francesa en esta materia y los abusos cometidos de muy antiguo obligaron para desarraigar ciertos excesos a prohibir en las escrituras las declaraciones de mayoría y extractos bautismales (11) bajo pena de nu-

(10) Art. 1310: No procede la restitución contra obligaciones resultantes de un delito o quasi delito.

Art. 1307: La simple declaración de mayoría de edad, hecha por el menor, no es obstáculo a su restitución.

(11) TOULLIER: Cours de Droit Civil, t. VII, n°. 589: Si el *dolo* que el menor comete lo hace indigno del beneficio de restitución, él debería estar privado de este, cuando para engañar se declara mayor de edad. Así, el derecho romano hacía una distinción muy juiciosa entre aquel que se declara mayor por error y aquel que lo hace por malicia. Si era por error que el menor se declaraba mayor, su declaración no hacía obstáculo a la restitución. Parecía por los antiguos fallos, que esta distinción razonable y justa fué antes seguida en Francia. Pero la experiencia hizo conocer que las declaraciones de mayoría en los contratos y las presentaciones de falsas actas de nacimiento, que se las insertaba, eran recursos ordinarios de los que se servían para sorprender la juventud, para asegurar el fruto de la usura y que ello aun se había convertido en estilo de los notarios.

Para desarraigar este abuso, el Parlamento de París el 6 de marzo de 1620 prohibió a los notarios insertar en los contratos y obligaciones concebidas por préstamos, declaraciones de mayoría y extractos bautismales, bajo pena de nulidad.

Por otra resolución de las cámaras reunidas en Corte, se prohibió a toda persona prestar dinero a los hijos de familia AUNQUE ELLOS SE DIJERAN MAYORES Y EN MAYORIDAD, y que pusiesen el extracto de las actas bautismales en manos de quienes les prestaban bajo pena de nulidad de las promesas.

Aquel que presta sus dineros no se presume jamás que ignora la condición, edad y cualidad de aquel con quien trata; *si él no está cierto*, debe informarse de otra manera que por las declaraciones del interesado y los extractos bautismales.

Tal era la jurisprudencia anterior a la codificación. Su rigor era dirigido contra los artificios demasiado comunes, empleados por los prestamistas para asegurar el reembolso de préstamos usurarios que causaron con demasiada frecuencia la ruina de muchos jóvenes.

lidad. Además fué una forma de combatir la usura realizada con menores e incapaces.

Hemos visto que las tres grandes codificaciones, Prusia, Francia y Austria, contenían el mismo principio relativo a la capacidad, y a la ocultación de la incapacidad por el incapaz; hemos visto también, que este principio viene del derecho romano; lo seguiremos a través de FREITAS ⁽¹²⁾ y el CODIGO DE CHILE ⁽¹³⁾ hasta ser incorporado a nuestro texto legal en su art. 1166.

El art. 1685 del CODIGO DE CHILE concuerda además con el art. 1458 del mismo código que regla bajo dos aspectos el dolo: a) como causa de nulidad del consentimiento en los contratos; y b) como causa de la obligación de indemnizar los perjuicios causados.

El art. 1685 dice claramente que cuando el incapaz hubiere inducido *con dolo* a otra persona a celebrar un acto o contrato, ni él, ni sus herederos o cesionarios, podrán alegar la nulidad. *Nemo dolo censeatur*.

Pero *no es dolo* la asección de ser capaz, de ser mayor de edad o de no existir interdicción.

El Código de Chile recibe también la influencia de las leyes

El Código se ha limitado a una disposición general aplicable a todas las obligaciones de cualquier naturaleza: "La declaración de mayoría de edad hecha por el menor no es obstáculo para la restitución". 590. Pero si el menor no se limitó a una simple declaración de mayoría de edad; si ha empleado maniobras para persuadir a la otra parte que era mayor; si ha producido falsas actas de nacimiento;..... en este caso el Código no ha querido decidir, ha dejado a los jueces el cuidado y la tarea de aplicar el principio según las circunstancias.

(12) FREITAS: Proyecto de Código Civil, art. 1879: Si el incapaz ha procedido *con dolo* para inducir a la otra parte a contratar, ni él ni sus representantes o sucesores, tendrán derecho para anular el contrato, a menos que el incapaz sea menor impuber (63), o que el dolo consistiese en la ocultación de la incapacidad (a. 485).

En el primer supuesto porque el menor impuber es incapaz de cometer dolo; y en el segundo supuesto, porque la sola ocultación de la incapacidad no constituye una maquinación dolosa (art. 485).

(13) CODIGO CIVIL DE CHILE: art. 1685: Si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto, ni él, ni sus herederos o cesionarios, podrán alegar nulidad. Sin embargo, la asección de mayor edad, o de no existir interdicción u otra causa de incapacidad, no inhabilitará al incapaz para obtener el pronunciamiento de nulidad.

españolas, y así en las PARTIDAS (14) se dispone que cuando el menor con dolo hubiese engañado a tercero o a otra parte sobre su capacidad y contratado con ella, no puede excusar su dolo; y la misma ley agrega, que el mayor de catorce años que juró respetar la venta realizada, debe cumplir esta y respetar su juramento.

En síntesis, nuestro artículo 1166 dice: si el incapaz hubiere procedido con dolo para inducir a la otra parte a contratar, ni él ni sus representados o sucesores tendrán derecho para anular el contrato”, y las únicas *excepciones* que consagra es que el incapaz fuere *menor*, o que el dolo consistiese en la ocultación de la incapacidad.

Por de pronto este artículo se refiere a *toda clase de incapaces para contratar* (enumeradas en el art. 1160 C. civil), incapaces absolutos, incapaces relativos, incapaces de hecho e incapaces de derecho; religiosos profesos, comerciantes fallidos, etc. Cualesquiera de estos que procediendo con dolo induce a otra parte a contratar, no puede por sí, por sus representantes o por sus sucesores anular el contrato, aun cuando el contrato lo perjudique.

Pero si el incapaz hubiere sido *menor*, la ley establece la excepción cuando hubiere sido incapaz de dolo (art. 921, menor de diez años); pero es el caso que un menor de *diez años* es casi imposible físicamente que cometa dolo para hacerse pasar por mayor, porque el conocimiento de las partes en la celebración de los contratos excluye en absoluto el supuesto.

El código civil sólo protege a los incapaces a los efectos de “suprimir los impedimentos de su incapacidad”, pero no para acordarle el beneficio de restitución, ni ningún otro beneficio o privilegio” (art. 58).

(14) PARTIDAS: 6ª., tít. XIX, ley 6ª.: Diciendo u otorgando el que fuese menor, que era mayor de 25 años, si hubiese persona que pareciese de tal tiempo, SI LO FAZE ENGAÑOSAMENTE, valdria el pleyto que assi fuere fecho con él, E NON DEUE SER DESATADO DESPUES, como quien que non era de edad quando lo fizo; esto es, PORQUE LAS LEYES AYUDAN A LOS ENGAÑADOS, E NON A LOS ENGAÑADORES. Esso mismo seria quando el mozo fuere mayor de 14 años, e JURASE que la vendita o el pleyto, o la postura que fazia con otro non la desataria por razon de minoridad. ca assi despues ouiesse jurado, deue SER GUADADA SU JURA.

lidad. Además fué una forma de combatir la usura realizada con menores e incapaces.

Hemos visto que las tres grandes codificaciones, Prusia, Francia y Austria, contenían el mismo principio relativo a la capacidad, y a la ocultación de la incapacidad por el incapaz; hemos visto también, que este principio viene del derecho romano; lo seguiremos a través de FREITAS ⁽¹²⁾ y el CODIGO DE CHILE ⁽¹³⁾ hasta ser incorporado a nuestro texto legal en su art. 1166.

El art. 1685 del CODIGO DE CHILE concuerda además con el art. 1458 del mismo código que regla bajo dos aspectos el dolo: a) como causa de nulidad del consentimiento en los contratos; y b) como causa de la obligación de indemnizar los perjuicios causados.

El art. 1685 dice claramente que cuando el incapaz hubiere inducido *con dolo* a otra persona a celebrar un acto o contrato, ni él, ni sus herederos o cesionarios, podrán alegar la nulidad. *Nemo dolo censetur*.

Pero *no es dolo* la aserción de ser capaz, de ser mayor de edad o de no existir interdicción.

El Código de Chile recibe también la influencia de las leyes

El Código se ha limitado a una disposición general aplicable a todas las obligaciones de cualquier naturaleza: "La declaración de mayoría de edad hecha por el menor no es obstáculo para la restitución". 590. Pero si el menor no se limitó a una simple declaración de mayoría de edad; si ha empleado maniobras para persuadir a la otra parte que era mayor; si ha producido falsas actas de nacimiento;..... en este caso el Código no ha querido decidir, ha dejado a los jueces el cuidado y la tarea de aplicar el principio según las circunstancias.

(12) FREITAS: Proyecto de Código Civil, art. 1879: Si el incapaz ha procedido *con dolo* para inducir a la otra parte a contratar, ni él ni sus representantes o sucesores, tendrán derecho para anular el contrato, a menos que el incapaz sea menor impuber (63), o que el dolo consistiese en la ocultación de la incapacidad (a. 485).

En el primer supuesto porque el menor impuber es incapaz de cometer dolo; y en el segundo supuesto, porque la sola ocultación de la incapacidad no constituye una maquinación dolosa (art. 485).

(13) CODIGO CIVIL DE CHILE: art. 1685: Si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto, ni él, ni sus herederos o cesionarios, podrán alegar nulidad. Sin embargo, la aserción de mayor edad, o de no existir interdicción u otra causa de incapacidad, no inhabilitará al incapaz para obtener el pronunciamiento de nulidad.

españolas, y así en las PARTIDAS (14) se dispone que cuando el menor con dolo hubiese engañado a tercero o a otra parte sobre su capacidad y contratado con ella, no puede excusar su dolo; y la misma ley agrega, que el mayor de catorce años que juró respetar la venta realizada, debe cumplir esta y respetar su juramento.

En síntesis, nuestro artículo 1166 dice: si el incapaz hubiere procedido con dolo para inducir a la otra parte a contratar, ni él ni sus representados o sucesores tendrán derecho para anular el contrato”, y las únicas *excepciones* que consagra es que el incapaz fuere *menor*, o que el dolo consistiese en la ocultación de la incapacidad.

Por de pronto este artículo se refiere a *toda clase de incapaces para contratar* (enumeradas en el art. 1160 C. civil), incapaces absolutos, incapaces relativos, incapaces de hecho e incapaces de derecho; religiosos profesos, comerciantes fallidos, etc. Cualesquiera de estos que procediendo con dolo induce a otra parte a contratar, no puede por sí, por sus representantes o por sus sucesores anular el contrato, aun cuando el contrato lo perjudique.

Pero si el incapaz hubiere sido *menor*, la ley establece la excepción cuando hubiere sido incapaz de dolo (art. 921, menor de diez años); pero es el caso que un menor de *diez años* es casi imposible físicamente que cometa dolo para hacerse pasar por mayor, porque el conocimiento de las partes en la celebración de los contratos excluye en absoluto el supuesto.

El código civil sólo protege a los incapaces a los efectos de “suprimir los impedimentos de su incapacidad”, pero no para acordarle el beneficio de restitución, ni ningún otro beneficio o privilegio” (art. 58).

(14) PARTIDAS: 6ª., tít. XIX, ley 6ª.: Diciendo u otorgando el que fuese menor, que era mayor de 25 años, si hubiese persona que pareciese de tal tiempo, SI LO FAZE ENGAÑOSAMENTE, valdria el pleyto que assi fuere fecho con él, E NON DEUE SER DESATADO DESPUES, como quien que non era de edad quando lo fizo; esto es, PORQUE LAS LEYES AYUDAN A LOS ENGAÑADOS, E NON A LOS ENGAÑADORES. E esso mismo seria quando el mozo fuere mayor de 14 años, e JURASE que la vendita o el pleyto, o la postura que fazia con otro non la desataria por razon de minoridad. ca assi despues ouiesse jurado, deue SER GUADADA SU JURA.

El código resuelve, pues, el caso con el mismo criterio del Código francés, no fijando una norma rígida, *acordando o negando la acción de nulidad al menor sino dejando librado a los jueces, de acuerdo a las circunstancias de cada caso, la apreciación del dolo y la malicia del menor, ya se trate de un menor púber.*

Querer agregar “menor impúber” al texto de la ley es no entenderla y ponerla en contradicción con el art. 921 y con la vida real; agregar “menor púber” es orientar a nuestra ley civil en el sistema del Código de Prusia y del de Austria que establecen edad para determinar por presunción legal la situación a favor del capaz o del incapaz, sistema que ha abandonado nuestra ley, el Código Francés, el de Chile y las leyes españolas.

Finalmente, cuando “dolo consistiere en la ocultación de la incapacidad”, minoridad en el menor, interdicción en el demente, soltería en la mujer casada, y de igual modo silenciar el carácter de fallido o el de religioso profeso. *Esta simple ocultación no importa acción u omisión dolosa*, ya que es a la contraparte a quien le corresponde indagar la capacidad, estado y condiciones de aquel con quien contrata, sin dejarse llevar por la mera afirmación de este.

Las interpretaciones suscitadas sobre este artículo me han determinado a desviar un poco el estudio de la culpa in contrahendo sobre esta materia, no obstante las tres objeciones que formula IHERING, n.º 23 (15), y a cuya refutación se limita para justificar su teoría; creo, sin embargo, que en la mayoría de los casos procede la indemnización o resarcimiento: a) por dolo del incapaz; b) en virtud de la acción del contrato; y c) por razones de equidad.

Prescindamos de los casos que IHERING cita: el menor que ofrece en venta, por correspondencia, libros; el que encarga vino y debe reembolsar los gastos de transporte; el que alquila por algunas semanas una habitación en un balneario, toma dinero en préstamo, disipa su dinero en juego, contrae deudas y el tutor se niega a pagarlas; en cuyos tres casos pueden funcionar respectivamente las causas enunciadas anteriormente, para hacer lugar a la acción de indemnización, sin recurrir a la culpa in contrahendo.

(15) IHERING: La culpa in contrahendo, n.º 23, pág. 54. “Incapacidad del sujeto”.

Veamos ahora, otro caso: un colono ofrece a una casa cerealista, por correspondencia, una fuerte partida de trigo; la casa de comercio acepta la operación y está de acuerdo con el precio, pero indica que no se cargue hasta no haya vagones, corriendo por su cuenta los gastos de depósito. El vendedor consigue los medios para transportar el cereal y reitera al cerealista que enviará la mercadería; el comprador manifiesta: que no lo haga, que la carta aceptando la propuesta no ha sido firmada por él sino por un empleado suyo sin poder suficiente.

El vendedor ha hecho gastos de depósito, ha sufrido la merma del precio y de la mercadería, sin contar el interés negativo.

¿Quién debe responder por estos gastos? ¿Por qué causa? ¿En qué medida?

a) ¿Debe responder la casa cerealista o el empleado personalmente? Si la conformidad con la propuesta, es decir, la aceptación, se ha hecho usando de papeles con membretes o timbrados con el sello de la casa compradora, si se han copiado en sus libros de comercio y el dueño de la misma ha sabido o debido saber de la contratación, debe responder la casa cerealista, sin perjuicio de las acciones que puedan corresponderle contra el empleado infiel o abusivo.

b) Debe responder por el contrato en sí, o por la culpa in vigilando que corresponde al que tiene personas bajo su dependencia (art. 1113), si no hubiera habido dolo del empleado o del patrón.

c) La medida de la reparación debe hacerse no como si se tratase de una obligación incumplida, sino en la medida del art. 1155, salvo el caso de dolo.

En este caso, la incapacidad del agente, que obraba sin poder suficiente de acuerdo a la ley comercial, incidía sobre la “incertidumbre de la voluntad de contratar”.

Dejando lo relativo a la “incapacidad del objeto” sobre cuya materia algo he anticipado en la primera parte de este trabajo, me referiré a la aplicación de esta teoría respecto a algunos de nuestros artículos del Código civil y a la forma como BIBILONI proyectó su reforma en el Anteproyecto respectivo.

La culpa in contrahendo, algunos textos legales y la opinión del Dr. BIBILONI.

a) *Ofertas sin efecto alguno:*

El art. 1149 dice: “La oferta quedará sin efecto alguno si una de las partes falleciere o perdiere su capacidad para contratar; el proponente antes de haber sabido la aceptación y la otra antes de haber aceptado”.

BIBILONI proyecta este artículo en la siguiente forma: “La oferta quedará sin efecto alguno si antes de la aceptación una de las partes falleciese o perdiese su capacidad para contratar”. El autor sostiene que esta tesis es la de IHERING en el n.º 38; sin embargo, este autor no auspicia solución alguna; sólo dice: “cuando sin conocer el fallecimiento del autor de la oferta el destinatario acepta y ejecuta el contrato, en la creencia que este es perfecto, la *equidad* exige la reparación del daño resultante de esta ejecución”.

Y a continuación se pregunta: ¿Cómo justificar la demanda de los daños y perjuicios? ¿Cómo explicar el funcionamiento de la culpa en el caso de fallecimiento? Es imposible llamar al fallecimiento o a la muerte una *culpa*”.

El propio autor reconoce que este caso es una piedra insalvable para su tesis, y la reparación se debe en virtud de la *equidad*.

b) *Ofertas retractadas:*

El art. 1150 dice: que pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, a no ser que el que las hubiere hecho, hubiese renunciado a la facultad de retirarlas o se hubiese obligado al hacerlas a permanecer en ellas hasta una época determinada”.

BIBILONI mantiene la primera parte del artículo, pero agrega en la segunda: “el hecho sólo de establecer un plazo para efectuar la aceptación, no importará renuncia”; y más aun “si mediase renuncia quedará sin efecto la oferta si llegase su retiro a poder de la persona a quien se ha hecho, antes o al mismo tiempo que

ella. En caso contrario, la aceptación concluirá el contrato propuesto”.

La retractación posterior a la llegada de la oferta, dice BIBILONI, se considera por algunos como un caso de culpa in contrahendo. IHERING lo ha considerado así en el número 36, pero no lo distingue del supuesto general del retiro de la oferta ⁽¹⁶⁾.

c) *Aceptación de oferta retractada:*

El art. 1156 dispone que “la parte que hubiese aceptado la oferta ignorando la retractación del proponente, su muerte o incapacidad sobreviniente, y a consecuencia de su aceptación hubiese hecho gastos o sufrido pérdidas, tendrá derecho a reclamar pérdidas e intereses”.

BIBILONI agrega a este artículo a continuación de las palabras “o sufrido pérdidas”: *o cualquier otro perjuicio, que no habría padecido si la oferta no se hubiera efectuado.*

Tanto IHERING como BIBILONI aceptan que la obligación de reparar estos daños es extra-contractual ⁽¹⁷⁾. Los dos admiten que la muerte no constituye caso de culpa en la retractación de la oferta. Pero BIBILONI, dejando de lado la explicación de la responsabilidad, dice: “*Lo exacto es que nuestro Código la establece fuera de contrato y de todo supuesto ilícito... Hay que admitir que es un caso de obligación ex lege, como lo quería WINDSCHEID*”.

Para VELEZ SANSFIELD, la obligación de resarcir que impone la ley está fundada en la equidad y además en el contrato mismo; la ley presupone que la oferta aceptada en la ignorancia de la retractación ha creado un vínculo jurídico suficiente a justificar el derecho del aceptante en cuanto se ha perjudicado al aceptar una propuesta que ignoraba se había extinguido.

Séame permitido expresar, como ya lo hiciera antes, una forma publiciana del contrato: se lo presume existente para justificar la procedencia de la acción de indemnización de los daños causados por la aceptación de la oferta.

(16) BIBILONI: Anteproyecto, t. 2, pág. 379, ed. Abeledo, 1929.

(17) BIBILONI: Anteproyecto, t. 2, pág. 385, ed. Abeledo, 1929.

El propio agregado de BIBILONI sugiere esta regla que ya enunciara anteriormente en este trabajo; la acción, para VELEZ, nace del contrato y de la equidad.

El mismo IHERING, en el número 36, dice: “La acción presupone la conclusión *aparente* del contrato”.

No creo, pues, que ni aun en este caso, sea necesario recurrir a la concepción de la culpa *in contrahendo* para explicar la procedencia de la acción de indemnización o resarcimiento.

d) *Prestación imposible:*

BIBILONI modifica el art. 1172 del código estableciendo que “el que hubiere conocido o debido conocer la imposibilidad, está obligado a indemnizar el perjuicio sufrido por la otra parte por haber creído en la validez del contrato. La indemnización no podrá exceder del interés que este tenía en su ejecución”.

IHERING admite este caso como uno de los de culpa *in contrahendo*.

La modificación del anteproyecto tiene la ventaja de establecer la responsabilidad del que conociendo la imposibilidad, obra con culpa, y ocasiona por ella daños a la otra parte. Además, limita el alcance y extensión de la reparación.

e) *Manifestaciones de voluntad:*

BIBILONI proyecta, al tratar del error, el art. 3°, en la siguiente forma: “La declaración de voluntad que ha sido hecha de una manera inexacta por la persona o establecimiento que debía transmitirla, puede ser anulada en las mismas condiciones que las hechas por error”.

Esta declaración de voluntad puede referirse a la que se hace por escrito, o a la que se hace por intermediarios; y en cuanto al contenido a la substancia, cantidad, calidad, fecha, etc., pero presupone siempre la buena fe de la otra parte (IHERING, número 34, pág. 74).

f) *Error imputable y obligación de indemnizar:*

BIBILONI substituye el art. 929 por el siguiente: “El que invoca su error para sustraerse al efecto de un acto jurídico, está obligado, si el error proviene de su propia culpa, a indemnizar a la otra parte el daño que ha sufrido por haber creído en la validez de la declaración y que no habría experimentado si la declaración no se hubiera hecho, pero sólo hasta la concurrencia del interés que tenía en esa validez”.

Principio análogo al introducido en la modificación del artículo 1156, y en cuya nota ⁽¹⁸⁾ refiriéndose a IHERING, dice qué es lo que constituye “el interés negativo”, expresión que se le debe a éste y definitivamente incorporada al lenguaje científico. Anteriormente en este trabajo, he demostrado que dicha expresión era usada por el propio SAVIGNY, muchos años antes y por otros juristas.

He señalado los caracteres principales de la llamada teoría de la culpa in contrahendo, he visto que ella no resuelve como criterio único los problemas que emergen de la responsabilidad en los casos fronterizos del contrato, de la equidad y de lo ilícito; por consiguiente, no se le puede asignar validez universal; que es una fórmula más ingeniosa que exacta; que sus principios estaban en la legislación y en la doctrina anterior; que la sistemática encuentra también en ella sus raíces claramente definidas; que lo relativo a la capacidad del sujeto se orienta en las dos corrientes legislativas señaladas en el desarrollo de este trabajo; lo que se refiere a la manifestación de voluntad y a la imposibilidad de la prestación vinculada con la teoría del error.

Pero no obstante estos precedentes, la influencia de IHERING ha sido grande en el Anteproyecto de BIBILONI para la reforma del Código Civil, aun cuando numerosos principios que él analiza-
ra estaban ya incluídos en el Código de VELEZ SARSFIELD.

(18) BIBILONI: Anteproyecto, t. 1, pág. 117.