



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

EL DOLO INCIDENTAL EN EL DERECHO CHILENO

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

ALAN BLANCHE PUPKIN

Profesor guía: Enrique Barros Bourie

19.690.320-8

Santiago, Chile

2023

Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del Taller de Memoria “Cuestiones sobre formación y efectos de los contratos” impartido durante el año 2021 por el profesor Enrique Barros Bourie, con la colaboración del profesor Felipe Chahuán Zedan y de la ayudante Isabel Yáñez Morales. A ellos agradezco profundamente por la ayuda que me han brindado para la realización de este trabajo, y la paciencia y buena disposición que tuvieron durante toda su elaboración.

ÍNDICE

RESUMEN	7
INTRODUCCIÓN	8
i) Objeto de la investigación	8
ii) Método de investigación.....	10
iii) Estructura	10
I. EL DOLO INCIDENTAL	12
1.1- QUÉ ES EL DOLO INCIDENTAL	12
1.2- BREVE RESEÑA HISTÓRICA	14
1.2.1- Distinción histórica del dolo incidental	14
1.2.2- El origen de la distinción y su evolución en el tiempo	17
1.2.3- Su reconocimiento en el derecho positivo europeo y el caso de Francia.....	18
1.2.4- Su evolución en la modernización del derecho de las obligaciones en Francia	
21	
II. DISTINCIÓN ENTRE DOLO VICIO Y DOLO INCIDENTAL	24
2.1- Qué significa que el dolo sea determinante.....	27
2.2- La teoría unitaria de dolo	28
2.3- Luis Díez-Picazo: criterio de la cuantificación	31
2.4- Pamela Prado López: el principio de autorresponsabilidad	33

2.5-	Antonio Manuel Morales Moreno: un análisis de la responsabilidad <i>in contrahendo</i>	35
2.5-1.	Caracterización de la conducta de quien ha causado el dolo	36
2.5-2.	Efecto de la actuación dolosa	38
III.	DECLARACIONES Y GARANTÍAS	39
3.1	Planteamiento del problema	39
3.2.	Diferencia entre declaraciones y garantías; <i>Representation and Warranties</i>	39
3.3.	Dolo incidental como formulación conscientemente falsa de declaraciones y garantías: aclaraciones preliminares	42
3.4.	La falta de verdad o inexactitud en las declaraciones	44
IV.	LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN	49
4.1	Relevancia del tema	49
4.2.	Deberes típicos y atípicos de información	50
4.3.	El deber de información es limitado	51
4.4.	Una nueva mirada al principio de autorresponsabilidad	54
4.5.	El error y el dolo	57
4.6.	La relevancia del dolo incidental en el análisis	61
V.	REVISION JURISPRUDENCIAL	64
5.1.	Relato de los hechos y pronunciamiento de primera instancia	64
5.2.	Pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago	70
5.3.	Pronunciamiento de la Corte Suprema	71

CONCLUSIONES..... 76

BIBLIOGRAFÍA 84

Para mis padres.

RESUMEN

La presente investigación tiene como objeto realizar un análisis del inciso segundo del artículo 1458 del Código Civil, y particularmente de la figura del dolo incidental. La institución referida no ha sido estudiada en profundidad por la doctrina nacional y éste trabajo tiene como objetivo constituir un aporte en la materia. Para ello, se abordan definiciones de autores nacionales y extranjeros, evaluando la posibilidad teórica de establecer una diferencia clara con la figura que se estudia regularmente en los cursos de Derecho Civil, el dolo vicio. Luego, se complejiza el análisis en búsqueda del supuesto de hecho constitutivo de ésta clase de dolo, a partir del estudio de la etapa pre contractual y particularmente de las declaraciones y garantías y los deberes pre contractuales de información. El trabajo concluye con la examinación de un fallo de la Corte Suprema de Justicia, para ilustrar prácticamente algunas de las reflexiones.

INTRODUCCIÓN

i) Objeto de la investigación

Dentro del estudio del derecho de obligaciones, el dolo puede concebirse como un vicio del consentimiento, o como una causa de responsabilidad, que se funda en el carácter especialmente reprobable de una conducta. Comprendiendo el dolo como causa de responsabilidad, pueden distinguirse o diferenciarse tres dimensiones: el dolo en el cumplimiento de las obligaciones, el dolo que incide en el periodo de formación del contrato, dentro de los cuales distinguimos entre dolo causal y dolo incidental y por último, el dolo extracontractual. Cuando pensamos el dolo como la calificación especialmente grave de una conducta que genera responsabilidad, esta puede tener dos funciones: (I) como criterio de imputación de responsabilidad y (II) como elemento para medir la cuantía de la indemnización que surge de la responsabilidad imputada.¹

En general, la responsabilidad civil no se circunscribe al actuar doloso, sino que en el incumplimiento de las obligaciones emanadas de un contrato, o en la responsabilidad extracontractual, basta que la conducta sea culpable para que proceda la obligación indemnizatoria. Es por esto que se ha minimizado el papel del dolo como criterio de imputación de responsabilidad, asignándosele más bien el papel de una agravante que permite ampliar la cuantía de la indemnización. Además, probarlo constituye un desafío especialmente difícil y muchas veces innecesario por la equiparación que hace el Código Civil entre éste y la culpa lata.

No obstante lo anterior, veremos que al tiempo de las negociaciones el rol del dolo como criterio de imputación de responsabilidad debe ser calificado de forma distinta a como ocurre cuando los requisitos para la formación del consentimiento ya han sido satisfechos. En esta etapa del íter contractual, a diferencia de lo que ocurre cuando ya nació la relación obligatoria

¹ Morales Moreno, “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, en Anuario de Derecho Civil XXXV (1982), p. 595.

convencional, la responsabilidad necesariamente deberá estar fundada en la calificación dolosa de la conducta, y por regla general no bastará la culpa para hacer responsable al contratante descuidado. En ese sentido, el dolo cumple en esta materia un papel protagónico y poco frecuente en el derecho de las obligaciones.

Enfocaré el análisis en la fase de formación del contrato, donde el dolo tiene principalmente dos grandes caras; la de la culpa, que implica un resarcimiento, y la del vicio del consentimiento, que puede justificar la nulidad del contrato. La coexistencia de estas dos facetas es justamente uno de los factores que genera ciertas ambigüedades y conflictos a la hora de analizar el dolo, no obstante, para el tema a tratar nos importará principalmente el dolo entendido como vicio del consentimiento.²

Para el alcance de esta memoria de prueba, me centraré en el dolo incidental, que se produce en la etapa de negociación del contrato, considerando también algunos aspectos en que el supuesto de hecho inicialmente perteneciente a la etapa pre contractual, puede superponerse a ciertas hipótesis de incumplimiento contractual. Llama la atención el poco desarrollo doctrinario que tiene la institución, tanto a nivel nacional como extranjero, pero sobre todo en el terreno nacional, lo que ha motivado mi interés por el estudio del tema.

La figura mencionada, se encuentra recogida en el inciso segundo del artículo 1458 del Código Civil. La norma señala lo siguiente:

Artículo 1458.- El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo.

El presente trabajo tiene por objeto abordar las principales problemáticas que acarrea el dolo incidental y sus consecuencias a partir de un análisis extendido de otras materias aledañas que pueden ayudarnos a clarificar la institución. Tiene también la pretensión de ser un estudio

² Denizot-Libreros, A (2014). Tendencias francesas en materia de dolo. En Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, N°26, pp. 160.

que recopile distintas fuentes en las que se han realizado aportes al estudio global de la temática en cuestión.

ii) Método de investigación

Como metodología de esta memoria he priorizado el análisis comparado de doctrina nacional e internacional relevante para la materia, incluyendo textos que se refieren directamente al objeto de estudio, u otros que simplemente lo abordan como un elemento accidental de menor relevancia (lo que también nos da una mirada de la poca profundidad con la que se ha abarcado el tema). Para finalizar, dedicaré un capítulo al estudio de un caso (bastante excepcional) en el cual nuestra Corte Suprema de Justicia se pronuncia sobre el asunto.

iii) Estructura

Este trabajo estará dividido en cinco capítulos, con una conclusión final; comenzaré con una definición del objeto de estudio, que no ha sido pacífica entre los autores que han tratado el tema y que desde ya nos permite entrever algunas de las dificultades que presenta el concepto y su determinación. Esto se verá en el primer capítulo, avistando que el dolo incidental ha sido frecuentemente entendido de forma residual al dolo causal o dolo vicio, cuando en realidad es una figura que debe ser entendida de forma autónoma.

Luego haré una breve revisión histórica, comenzando por una mención general a distintos textos y autores que originariamente consideraron la distinción del dolo incidental como una figura distinta del dolo causal, revisando luego los casos de la legislación española y francesa clásica. Por último, realizaré un breve relato del estado actual del tema tras la reforma al derecho de obligaciones francés, que contempla una nueva regulación de la materia a partir del año 2016.

Una vez definido el concepto, en el segundo capítulo se busca realizar una diferenciación entre el dolo con el qué comúnmente tratan los civilistas en materia de contratos (el dolo

determinante o dolo vicio, estudiado normalmente junto con los vicios de la voluntad que habilitan para pedir la nulidad relativa de un acto jurídico) con el dolo incidental. Se mencionan en este apartado opiniones expresadas por diferentes autores, junto con reflexiones propias que buscan interpretar y esquematizar la escasa doctrina existente sobre el asunto.

El tercer capítulo trata el estudio de las declaraciones y garantías que las partes negociantes realizan en la etapa previa al contrato. Dicho análisis es necesario en el entendido de que la hipótesis de dolo incidental se produce, necesariamente, en la época de las negociaciones. No obstante sus efectos o problemáticas puedan aparecer en un momento posterior, el supuesto de hecho de nuestro objeto de estudio debe encontrarse en la formulación conscientemente falsa (o inescrupulosamente ignoradas) de ciertas declaraciones que ocurren en aquel momento.

Posteriormente, el estudio del asunto convergerá en el análisis de los deberes precontractuales de información. La existencia de aquellos deberes se entiende como un requisito sine qua non para entender que una conducta, activa o pasiva, puede ser reprochada y calificada a su vez como dolosa. Veremos que para configurar una hipótesis de dolo incidental tendremos que acudir, generalmente, a la conducta omisiva de quién tenía un deber positivo de información o aclaración.

Para finalizar, se analizará un fallo de nuestra Corte Suprema de Justicia en que se pronunció sobre la materia, que además recorrió la totalidad de la jerarquía de nuestros tribunales. Éste trabajo no tiene la pretensión de transformarse en una recopilación jurisprudencial, sino que su enfoque primordial consiste en el análisis de un marco teórico del asunto en cuestión. No obstante, parece acertado constatar que, en la búsqueda de jurisprudencia, pude advertir que la materia ha sido tratada de manera muy escasa por judicatura nacional.

Si bien existen diversos fallos en que se menciona de manera superficial el dolo incidental, son bastante irrelevantes en cuanto al fondo del derecho aplicable a la solución de dichos casos y se utiliza más bien como un concepto accesorio en contraposición al dolo determinante.

I. EL DOLO INCIDENTAL

1.1- QUÉ ES EL DOLO INCIDENTAL

La doctrina generalmente se ha limitado a identificar el dolo incidental por oposición al dolo determinante, principal o causal³. Este último, que se encuentra ubicado en el inciso primero del artículo 1458, es definido por Víctor Vial como “aquel que induce en forma directa a una persona a realizar una declaración o manifestación de voluntad que, de no mediar el dolo, se habría abstenido de realizar.”⁴ Esta clase de dolo es la que conocemos como dolo-vicio, y que trae aparejada la posibilidad de demandar la nulidad relativa del contrato, junto con la indemnización de perjuicios.

Luego, define el dolo incidental en oposición al concepto citado, señalando que “El dolo incidental, en cambio, no es determinante para la manifestación de voluntad, que la víctima hubiera formulado de todas maneras, aunque, de no existir el dolo, la hubiera formulado en condiciones menos onerosas”⁵.

Resalta entonces un primer aspecto característico de esta clase de dolo: la mayor onerosidad que resulta a partir de la maniobra dolosa. Para la parte engañada, su obligación contractual queda configurada de una forma más onerosa que de no haber mediado esta situación, o dicho de otra forma, la prestación a la que se obliga la parte engañada le es más costosa o económicamente desfavorable de lo que le sería si el contrato se hubiere pactado en condiciones normales.⁶

³ Los manuales de derecho lo identifican indistintamente de estas tres maneras, entendiendo que el adjetivo consiste en uno de los requisitos exigidos para configurar un caso de dolo que vicia el consentimiento de uno de los contratantes, mencionados en el artículo 1458 y repetidos de forma pacífica por la doctrina. En ese sentido se ha señalado que para que el dolo vicie el consentimiento debe ser: (1) determinante y (2) obra de una de las partes.

⁴ Vial del Río, Víctor, “TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO”, Quinta Edición, año 2013, p. 118.

⁵ *Ibíd.*, p. 118.

⁶ Dicha explicación es bastante vaga y tiene su propia problemática, en el entendido de que la onerosidad se entiende en el contexto del Código Civil chileno como la “utilidad de ambos contratantes”, sin determinar los límites de aquella. Por lo tanto, dicha respuesta en vez de contestar la pregunta simplemente se limita a plantear una distinta.

Luis Díez-Picazo, por su parte, ha entendido que el dolo incidental es “una defectuosa información que puede ser constitutiva de dolo, pero que no fue determinante [...] el dolo incidental no presenta la gravedad suficiente para impedir la formación de una correcta voluntad negocial”⁷. En ese sentido, a diferencia de lo que ocurre con el dolo que vicia el consentimiento y que permite a la parte engañada pedir la nulidad del contrato, en este caso la maniobra dolosa o engaño no tiene el mérito suficiente para impedir la correcta formación del consentimiento, siendo las consecuencias a este respecto diferentes que las señaladas para el dolo-vicio por el mismo artículo 1458 del Código Civil.

Destaca además el hecho de que el autor citado relaciona el concepto de dolo incidental con la omisión de un deber precontractual de información. En el marco de la contratación moderna, será frecuente que este tipo de situaciones se presenten cuando una de las partes, en la etapa de negociación del contrato, omita información que debe revelar. Para que esto suceda, es necesario que exista un deber de información cuya inobservancia pueda ser calificada como dolo por omisión. La fuente normativa de este deber se encontrará, generalmente, en las exigencias de la buena fe precontractual.

En ese sentido, cabe también plantear la interrogante de si la inobservancia de deberes precontractuales de información agota o no el marco moderno de situaciones que pueden calificarse de dolo incidental, o si este puede tener lugar también en un caso donde lo que ocurre no es la omisión maliciosa de información relevante, sino directamente un engaño de una de las partes a la otra. Frente a esto, tendremos el desafío de trazar una línea divisoria con el dolo vicio y de sostener que la manifestación de voluntad emitida por la parte que fue engañada en el periodo de negociación no se encuentra realmente viciada.

Si bien los autores coinciden en sus elementos esenciales - en cuanto a que hablamos de una figura dolosa, que desequilibra las prestaciones, y que no es determinante para la formación del consentimiento - aún queda un amplio espectro por definir acerca de la posible aplicación del dolo incidental. La búsqueda de su uso práctico puede mostrarnos nuevos elementos que lo definan y erradicar otros.

⁷ Díez Picazo, Luis, “Sobre la indemnización del daño causado por dolo incidental” en *Anuario de Derecho Civil LXII* (2009), p. 1053.

La profesora Pamela Prado López, una de las académicas nacionales que más ha tratado el tema, señala que “el artículo 1458 solo permite configurarlo (*el dolo incidental*) en oposición al dolo causal, de manera tal que mirando la norma en cuestión, únicamente se puede afirmar que no obstante el dolo incidental, la víctima igualmente hubiera contratado, lo que nos deja un amplio espectro de situaciones que pueden ser calificadas como dolo incidental”⁸. Surge entonces la necesidad de precisar cuáles son aquellas situaciones que pueden quedar subsumidas bajo el concepto de dolo incidental, dificultad que surge del hecho de que el mismo artículo 1458 utilice la expresión “en los demás casos” para sugerir la sanción aplicable a este tipo de dolo.

De ahí se concluye que la definición que generalmente ha dado la doctrina, tanto nacional como la comparada, no ha permitido caracterizar al concepto adecuadamente en el sentido de permitir utilizarlo como una institución en la que se puede encasillar un determinado tipo de hecho. Esta dificultad, a mi parecer, surge de la existencia de otras figuras que se superponen en los supuestos de hecho que pueden dar a lugar al dolo incidental, como es el dolo vicio, el incumplimiento contractual, los vicios redhibitorios, e incluso algunas hipótesis de error. En los siguientes capítulos se abordará nuevamente el asunto, intentando abordar la diferencia de la institución contemplada en el inciso segundo del artículo 1458 de otras que pueden ser similares y que han obscurecido su aplicación.

1.2- BREVE RESEÑA HISTÓRICA

1.2.1- Distinción histórica del dolo incidental

La comentada distinción conceptual acerca del dolo no es algo nuevo. Desde los glosadores, se diferencia entre el dolo que se considera “*causam contractui*” (el motivo del contrato) y el que no lo es. Bulgaro, en su *summula de dolo*, se refiere a la “*venditio, qui dolum causam dederit*” (ventas que dan motivo de engaño). La distinción se recoge en las Partidas (P.

⁸ Prado López, Pamela, “EL DOLO INCIDENTAL: ¿UNA MANIFESTACIÓN DEL DOLO CONTRACTUAL?” en Estudios de Derecho Civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2014 (Santiago, Thompson Reuters- La Ley), p. 734.

5,5,57) y es utilizada recurrentemente hasta la codificación. Ejemplos de lo anterior resultan las referencias que podemos encontrar en autores como Gaspar de Hermosilla en “*Additiones*”, glosa 1 de 1726, García Goyena en “*Concordancias*” de 1852 y Gómez de la Serena en “*Elementos*” de 1886, de forma permanente hasta el momento de la codificación⁹.

El dolo para García Goyena, jurista español del siglo XVIII, es incidental “*cum quis sponte contrahit, sed modo contrahendi, velut in pretio, aut aliter decipitur*”¹⁰. Se deduce que en este caso el criterio de distinción sería el elemento sobre el que recae el engaño. Cuando el engaño se produce en una modalidad, de todas formas puede entenderse que el consentimiento se ha manifestado de forma voluntaria, aplicándose una lógica similar a la que descansa en la institución del dolo incidental. A contrario sensu, cuando el elemento en que recae el engaño sea esencial, en ese caso la voluntad está viciada. Lo que resulta más difícil de interpretar es la mención del precio como un modo de contratar y no como elemento esencial.

De todas formas, la idea que se desprende y que resalta Manuel Morales Moreno, es que en el dolo incidental hay “*sponte contrahit*”, es decir, voluntad de contratar. Por lo tanto, a diferencia de lo que ocurre en el dolo causal, en el dolo incidental no existe inducción determinante a la celebración del contrato y la voluntad del sujeto que lo sufre no está viciada, idea que comparte también Gaspar de Hermosilla en *Additiones*¹¹.

Goyena, indica que tanto las Partidas como el Digesto contemplan la distinción en muchas ocasiones¹². Resulta particularmente interesante dentro de las Partidas la ley 37, título 5 de la Partida 5, que incluye el siguiente ejemplo:

Yo tengo una heredad sita en otro lugar que el de mi domicilio; nunca la he visto, ni se lo que vale, ni tengo voluntad de venderla. Si otro alguno me moviese por razones engañosas, de manera que gela oviese de vender, tal vendida como esta non vale.

⁹ Morales Moreno, “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, en Anuario de Derecho Civil XXXV (1982), p. 601.

¹⁰ “Cuando la persona que contrata, contrata voluntariamente, pero en el modo de contratar, como en el precio, se produce un engaño”, traducción propia.

¹¹ Morales Moreno, “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, en Anuario de Derecho Civil XXXV (1982), p. 602.

¹² Dentro de las cuales menciona: Ley 1, párrafo 2, título 3, libro 4 del Digesto – Ley 7, título 3, libro 4 del Digesto - Ley 1, título 7 Partida 7 de Las Partidas -

*Mas, si yo tubiesse voluntad de venderla, y el comprador me engañase, encubriendo alguna de las cosas pertenecientes a la heredad, etc.: “vale la vendida, por que el vendedor ovo voluntad de lo facer: pero el comprador es tenido de enmendarle el ingaño”.*¹³

El ejemplo nos dice que si el dueño de un predio no quería venderlo y es engañado por un comprador para que se lo venda, esa venta no vale. Pero que sí, queriendo el vendedor vender el predio, el comprador lo engaña con algunas de las cosas pertenecientes a él (probablemente se refiere a ciertas características no esenciales), esa venta es válida, pero el comprador tiene que indemnizar los perjuicios que produzca el engaño.

El ejemplo nos permite extraer ciertas ideas. Primero, en las Partidas ya se contemplaban situaciones en las que, a pesar de mediar un engaño, de todas formas se le daba valor al negocio, y la forma de enmendar ese engaño no estaba dada por la invalidez del contrato sino por la reparación de los perjuicios sufridos.

Segundo, el criterio que se usa en el ejemplo para distinguir la venta válida de aquella que adolece de un vicio, es la voluntad previa del potencial vendedor, en cuanto a si quería o no vender la cosa, considerada esa voluntad como un hecho independiente y anterior a la ocurrencia del engaño.

La conclusión que pretende señalarse este apartado, es que desde la antigüedad se hace distinción entre dos tipos de engaños diferentes, que a su vez acarrear diferentes consecuencias. Por un lado, aquel engaño determinante, que vicia el consentimiento, y que permite afirmar que el contratante afectado no gozó de voluntad plena. Por otra parte, se reconoce también un engaño de menor entidad que, en relación a distintos criterios de distinción, puede catalogarse como no determinante, permitiendo que subsista el negocio jurídico sobre el que recae.

¹³ Goyena García, “Concordancias”, art 992, III (1852), p. 25.

1.2.2- El origen de la distinción y su evolución en el tiempo¹⁴

Zimmermann informa que la más importante e influyente contribución de los juristas medievales a la doctrina del dolo fue la distinción que hicieron entre el *dolus causam dans* y el *dolus incidens*. En ambos, el comportamiento fraudulento debía producir como consecuencia un engaño a la otra parte. La diferencia es que en el dolo causal, la víctima no hubiera contratado si no fuera por el fraude, y en el caso del dolo incidental, solo se afectaban los *terms* (cláusulas del contrato).

Según Zimmermann, los glosadores obtenían esa distinción (de diferentes tipos de dolo) a partir de una parte compleja y crítica del Digesto, atribuido a Ulpiano, que contenía un fragmento que indicaba que, si el dolo del comprador indujo a vender al vendedor, el contrato de venta era nulo ipso iure. En cambio, la venta permanecía válida, si el vendedor tenía en ese momento, de hecho, intención de vender, pero el engaño motivaba un cambio en las circunstancias de la venta, algo similar al ejemplo que mencionamos en el apartado anterior.

No obstante, en sus orígenes, la distinción se fundamentaba en otras razones distintas a las que existen en la actualidad. Los romanos hicieron la distinción entre ambas clases de dolo y la aplicaban solo a los que llamaban “contratos de buena fe”, no a los llamados “*stricti iuris*” (de derecho estricto), distinción que es difícil realizar en la actualidad donde la buena fe es un principio general del derecho privado¹⁵. Desde esa perspectiva, la distinción resolvía la vieja cuestión de los efectos del dolo en los contratos de *bonae fidei*: solo el dolo causal suponía la invalidez de este tipo de contratos. Si el dolo era incidental la transacción no era nula, ni podía recurrirse a la acción ni excepción propia del dolo, en cambio, en los contratos *stricti iuris* se disponía de la acción y excepción propias del dolo independiente de si el dolo fuera calificado como causal o incidental.¹⁶

¹⁴ Véase Fenoy Picón, N. (2020). El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga. Universidad Autónoma de Madrid, ADC tomo LXXIII, fasc. IV, pp. 1370. Las ideas mencionadas en este apartado fueron extraídas del texto de Fenoy Picón, que principalmente reproduce y analiza las ideas de Zimmermann.

¹⁵ Goyena García, “*Concordancias*”, art 992, III (1852), p. 25.

¹⁶ Fenoy Picón, N. (2020). El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga. Universidad Autónoma de Madrid, ADC tomo LXXIII, fasc. IV, pp. 1371.

Esta distinción duro bastante tiempo, hasta que finalmente se impuso el régimen de los contratos de buena fe que conocemos hoy en día, donde dicha distinción entre clases de contrato no se aplica. Bajo este cambio de perspectiva, también se entendieron de otra forma los efectos del dolo, llegando a reconocerse que la consecuencia de éste era que el defraudado pudiera solicitar la nulidad del contrato. Zimmermann plantea que el problema cambió de foco, centrándose en distinguir si la víctima del dolo puede o no pedir la nulidad del contrato. Esto provocó que la vieja distinción entre ambas clases de dolo se renovara y fuera analizada desde una nueva perspectiva.

Estaba claro que el defraudado disponía de la acción propia del contrato, en orden a reclamar la restitución, pero dicha restitución significaba dos cosas diferentes. Si se asumía que el defraudado se hubiera abstenido totalmente de celebrar el contrato de haber conocido las condiciones reales (dolo causal), podía liberarse del contrato y reclamar cualquier otro daño que hubiera sufrido. Si, en cambio, se establecía por ejemplo que el defraudado hubiera celebrado el contrato, aunque a un menor precio de compra (dolo incidental), no había base para rescindir el contrato y, en tal caso, la reclamación se limitaba a la cantidad pagada o prometida pagar que, por razón del fraude, excedía de la suma que la parte inocente hubiera estado dispuesta a entregar.

1.2.3- Su reconocimiento en el derecho positivo europeo y el caso de Francia

El *Code Civil* francés de 1804 regulaba el dolo en el artículo 1116, omitiendo la figura del dolo incidental:

*Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé.*¹⁷

¹⁷ Artículo 1116 del Código Civil francés, versión en vigor desde 17 de febrero de 1804 al 01 de octubre de 2016. “El dolo es causa de nulidad de la convención cuando las maniobras practicadas por una de las partes son tales que es evidente que, sin estas maniobras, la otra parte no hubiera contratado. No se puede presumir y debe probarse (el dolo)”. Traducción propia.

Por lo tanto, al menos en su tenor literal, la versión original del Código Civil francés no contemplaba la distinción, no obstante que connotados juristas de tradición francesa la reconocieron en sus manuscritos e incluso algunos argumentaron posteriormente un reconocimiento implícito del dolo incidental o de alguna figura similar a este.

Para Goyena, el *Code* no contempló la distinción, al igual que muchos de los códigos de la época que se inspiraron en él, tales como el napolitano, el sardo, el de Vaud, el holandés, el de la Luisiana o el prusiano. Sin embargo, la ausencia o presencia de la figura del dolo incidental dentro del antiguo *Code* no es un tema pacífico. Goyena comenta en su texto “*Concordancias*” que Adrién Rogrón, en sus comentarios al artículo 1116 del antiguo Código Civil francés, sostiene que la distinción entre dolo causal y dolo incidental se encontraría en el *Code*¹⁸.

Por otra parte, Pothier, en su tratado de las obligaciones, si bien no se distingue expresamente entre dolo causal e incidental, sí hace una distinción relevante a considerar. Cabe precisar que el jurista francés regula el dolo en el capítulo II de su obra, que denomina “Causas que invalidan las convenciones por inconvenientes públicos”.

“Hay dolo cuando uno induce a otro a celebrar el contrato por medio de alguna astucia, trampa, maquinación o artificio, de manera que a no ser así no lo hubiera contratado.

Si por alguno de estos medios no se induce a celebrar el contrato sino que ocurren en el mismo ocultando algunas circunstancias, no se considera por dolo; si bien el que engaña está obligado a indemnizar el menos valor que tenga la cosa”¹⁹.

A partir de esta cita pueden extraerse distintas ideas relevantes. Primero, es indudable que Pothier no atribuye a cualquier artificio o maquinación el carácter de determinante. Es decir, para que la astucia, trampa, maquinación o artificio induzcan al otro contratante a celebrar el contrato (es decir, que sea determinante), debe tener una determinada entidad²⁰.

¹⁸ Goyena García, “*Concordancias*”, art 992, III (1852), p. 25.

¹⁹ Pothier, “*Tratado de las Obligaciones*”, Tomo I, Capítulo II, SECCIÓN PRIMERA, P. XV.

²⁰ Como se analizará posteriormente, dicha entidad no tiene necesariamente que ver con la magnitud del engaño, sino con la relevancia que dicho engaño tiene para provocar una posterior manifestación de voluntad.

Segundo, si bien no define claramente en qué casos el engaño debe considerarse o no determinante, nos da una pista que nuestro actual artículo 1458 omite. Señala que, no será determinante, es decir, que no se induce al otro contratante a celebrar el contrato, cuando la maniobra “oculte algunas circunstancias”. Como se verá más adelante, esta descripción no es muy reveladora, pues una de las mayores dificultades que presenta la determinación del dolo incidental es la de distinguir la voluntad de contratar en sí misma considerada y la voluntad de contratar en condiciones determinadas.

Por último, el jurista francés dice claramente que, en caso de que el engaño no sea determinante, entonces no se considera dolo, pero de todas formas le asigna una consecuencia similar a la que da nuestro Código Civil al dolo incidental, siendo procedente la indemnización de perjuicios. Esta puede ser la razón que explica por qué el jurista francés Joseph Adrien Rogron, en sus comentarios al artículo 1116 del Código Civil francés de 1804, hace la distinción entre ambas clases de dolo, pese a que el legislador no la haya contemplado expresamente.

De todas formas, a mi parecer, no puede concluirse claramente que Pothier reconozca la distinción. Lo que en realidad parece afirmar es: primero, que un requisito para que haya dolo es que éste sea determinante. Segundo, que en caso de que un contratante efectúe engaños que no alcancen el carácter de dolo, de todas formas la parte engañada puede optar a que se le reparen los perjuicios sufridos.

Me parece relevante distinguir la sutileza de si aquella maquinación o engaño no constitutiva de dolo (principal), por no cumplir con el requisito de ser determinante, es considerado como una clase distinta de dolo (dolo incidental), o simplemente da derecho a una indemnización de perjuicios, omitiendo deliberadamente calificarla como una figura dolosa. La relevancia, al menos teórica, radica en que nuestro artículo 1458 da un tratamiento diferente a la acción indemnizatoria procedente en caso de dolo incidental, respecto de la que surge como consecuencia de un delito civil. Para Pothier, aquel engaño, más leve que un engaño doloso²¹, no es dolo, ni siquiera incidental. Esto permite intuir que la reparación de los perjuicios derivados de ese engaño tendría en principio una fuente extracontractual, sería consecuencia

²¹ Debemos entender “más leve” desde el punto de vista de los efectos que tiene el engaño y su relevancia como causa de la manifestación de voluntad.

de un ilícito civil más que de una hipótesis de dolo incidental, que se entiende dentro de la esfera pre contractual.

A diferencia del *Code*, la versión original del Código Civil español de 1889 sí consideraba la distinción en los artículos 992 y 993. El primero señalaba que “Hay dolo, cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contrayentes, es inducido el otro a celebrar un contrato que en otro caso no hubiera otorgado”, agregando el segundo que “El dolo incidental no produce la nulidad de éstos”.

García Goyena, comentando el artículo 993, interpreta que al Código le preocupa que puedan suscitarse muchos pleitos de nulidad o rescisión, so pretexto de dolo, en perjuicio de la estabilidad de los contratos.²² La opinión del jurista español es bastante discutible, toda vez que la estabilidad que puede crear la subsistencia de un contrato donde medió un engaño va acompañada de la inseguridad que produce para la parte engañada permanecer ligada a quien la engañó.

Finalmente, y de manera meramente referencial, cabe señalar que el reconocimiento actual de la clasificación no es uniforme a nivel mundial. El efecto de la anulación para el dolo causal y el de la reclamación de daños para el dolo incidental se ha conservado en diversas codificaciones, así en Francia, Sudáfrica, Italia y España; por el contrario, la clasificación es desconocida en el derecho inglés y en general en los países del common law. En Austria, Alemania y Suiza, los tribunales y los académicos están de acuerdo, casi por unanimidad, que el dolo incidental es un defecto del consentimiento que hace anulable al contrato.²³

1.2.4- Su evolución en la modernización del derecho de las obligaciones en Francia

En el contexto de una notable relectura del derecho de las obligaciones a nivel mundial, fundamentalmente marcada por la influencia del derecho uniforme y la llamada “modernización del derecho de obligaciones”, los franceses llevaron a cabo un intenso

²² Goyena García, “*Concordancias*”, art 992, III (1852), p. 26.

²³ Fenoy Picón, N. (2020). El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga. Universidad Autónoma de Madrid, ADC tomo LXXIII, fasc. IV, pp. 1372.

proceso de reformas, que culminó con la dictación de un nuevo código de derecho privado dictado el año 2016. A la luz de este nuevo texto legal, la norma que nos interesa se encuentra contenido en el artículo 1130.1 del nuevo Código²⁴.

La norma actual señala lo siguiente:

“El error, el dolo y la fuerza vician el consentimiento cuando son de tal naturaleza que, sin ellos, una de las partes no habría contratado o habría hecho en condiciones sustancialmente diferentes.

*Su carácter decisivo se evalúa teniendo en cuenta las personas y las circunstancias en las que se dio el consentimiento.”*²⁵

Lo primero que puede advertirse es la regulación conjunta de los vicios del consentimiento señalando un requisito común, su carácter decisivo. Esto a diferencia de lo que ocurre en nuestro artículo 1451 donde simplemente se mencionan los vicios, regulando posterior y separadamente cada uno.

Ésta nueva redacción es más amplia que la del texto del antiguo artículo 1116 donde solo se contempla el supuesto en que la víctima no hubiese contratado, al incluir como determinante el supuesto en que la víctima hubiese contratado en condiciones sustancialmente diferentes. La otra novedad que tendría la norma sería la expresa alusión al dolo incidental, quedando en duda el tratamiento jurídico que dará el nuevo derecho francés a esta clase de dolo. Al respecto la doctrina francesa está dividida²⁶:

Una primera línea de autores franceses, entre los que se encuentra Mauger-Vielpeau y Chantepie/Latina, opinan que tanto el dolo determinante como el incidental traen como

²⁴ “L’erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu’ils sont de telle nature que, sans eux, l’une des parties n’aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s’apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné.”

²⁵ Traducción propia.

²⁶ Fenoy Picón, N. (2020). El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga. Universidad Autónoma de Madrid, ADC tomo LXXIII, fasc. IV, pp. 1410.

consecuencia la nulidad relativa del contrato, deduciéndose del artículo citado la “neutralización de la teoría del dolo incidental”.

Otra doctrina liderada por Deshayes, Genicon y Laithier discrepa de dicha tesis. Para ellos, la nueva redacción del artículo vendría a aclarar qué es lo que se entiende por dolo determinante, incorporando en aquel supuesto tanto al dolo sin el cual no se hubiera contratado, como a aquel según el cual se hubiese contratado en condiciones sustancialmente diferentes, descartando esta última alternativa como supuesto de dolo incidental.

Según esta corriente, entendida la letra de la ley, a contrario sensu, puede entenderse que “el contrato no podrá ser totalmente nulo si la parte afectada hubiera consentido en condiciones ligeramente diferentes, o para ser más exactos, en condiciones no sustancialmente diferentes”²⁷.

Se distinguen, entonces, dos figuras. La primera de ellas se refiere a una hipótesis en que el contrato se hubiere celebrado en condiciones sustancialmente diferentes a las cuales fue celebrado. En ese caso no hablamos de dolo incidental, sino que de una variante de dolo principal o directamente de aquel. La segunda, en que el dolo acarrea como consecuencia la modificación de un aspecto secundario del contrato. Esta última situación no permite solicitar la nulidad y, sin poder concebirse que permanezca sin sanción, esta consiste en la indemnización de daños y perjuicios, e incluso, en la reducción del contrato (por ejemplo, la supresión de una cláusula)²⁸.

En conclusión, aún en el derecho moderno de las obligaciones el tema no está del todo zanjado, y sigue siendo motivo de discusión entre los juristas a la hora de interpretar uno de los textos más modernos que existen en esta materia. Dicha situación solamente motiva este trabajo, entendiendo que muchas de las opiniones y posiciones compartidas no serán necesariamente concluyentes, sino que buscan aportar a la discusión de una manera esquemática.

²⁷ Fenoy Picón, N. (2020). El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga. Universidad Autónoma de Madrid, ADC tomo LXXIII, fasc. IV, pp. 1412.

²⁸ *Ibidem*.

II. DISTINCIÓN ENTRE DOLO VICIO Y DOLO INCIDENTAL²⁹

La diferencia entre ambas categorías de dolo, en principio, es sutil. Preliminarmente es posible afirmar que cualquier maniobra fraudulenta u omisión dolosa afectará de alguna forma el contenido del contrato y que la parte engañada se verá más o menos desfavorecida. La cuestión se centra en determinar a partir de qué momento la maniobra dolosa de una de las partes contratantes afecta a tal punto la voluntad de la otra que supera el umbral necesario para afirmar que el engaño u omisión dolosa está viciando la voluntad del contratante afectado. El concepto de dolo incidental nos permite establecer una zona gris ubicada entre la exageración o persuasión aceptada en el mundo de los negocios y un engaño o fraude que quiebra la manifestación de voluntad.

Cuando hablamos de dolo causal, la parte que engaña busca obtener una manifestación de voluntad. Una vez perfeccionado el contrato, la otra parte podrá pedir la nulidad relativa por la maniobra dolosa de la que fue víctima. En cambio, en el dolo incidental el contrato es válido. Las consecuencias que derivan de esta hipótesis de dolo no tienen que ver, al menos teóricamente, con la validez del contrato, sino con las condiciones en las cuales se pactó. Al respecto, la profesora Prado López afirma que “a diferencia del dolo causal donde tales maquinaciones apuntan a obtener una declaración de voluntad, en el dolo incidental las consecuencias repercuten en las condiciones en las que se ha contratado, contrato que, empero, es perfectamente válido”³⁰.

Esto da cuenta de que, si bien es una distinción sutil y a veces difícil de determinar, la diferencia en sus efectos puede ser fundamental, lo que enfatiza nítidamente Luis Díez-Picazo:

“el contratante que ha contratado movido por una maquinación dolosa constitutiva de dolo causante tiene siempre en su mano la posibilidad de anular el contrato. En

²⁹ Es necesario realizar la prevención de que, para los efectos esquemáticos de éste trabajo y particularmente de este apartado, se prescindirá del segundo requisito exigido por el artículo 1458, en cuanto a que el dolo debe, además de ser determinante, provenir de una de las partes contratantes.

³⁰ Prado López, Pamela, “EL DOLO INCIDENTAL: ¿UNA MANIFESTACIÓN DEL DOLO CONTRACTUAL?” en Estudios de Derecho Civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2014 (Santiago, Thompson Reuters- La Ley), p. 729.

el dolo incidental tal circunstancia no se da: el contratante que ha sufrido el dolo tiene que asumir con el contrato tal como lo celebró y cumplirlo sin disponer de ninguna acción de anulación. La doctrina entiende que en el dolo incidental el contratante movido por el dolo, que no puede decir que no haya tenido voluntad contractual, puede, sin embargo, alegar que si no hubiera surgido el dolo (incidental) hubiera ciertamente celebrado el contrato, pero lo hubiera hecho en unas condiciones completamente distintas.”³¹

Desde ya, aceptar que las condiciones de contratación hubiesen sido “completamente” diferentes parece problemático. Si se establece que tales condiciones se vieron alteradas de una forma drástica con el engaño, es difícil luego justificar que la voluntad del contratante no está viciada. Esto indica que, para ubicar la referida zona gris, el engaño no puede distorsionar severamente la forma en la que se configuran las prestaciones, porque si así ocurriese estaríamos ante una hipótesis de dolo vicio.

En este contexto surge la pregunta sobre cómo distinguir entre una hipótesis de dolo determinante, que vicia el consentimiento, y una de dolo incidental. Lo central de esta pregunta es, en realidad, si acaso es posible afirmar con alguna certeza jurídica que el contratante, a pesar de la maniobra dolosa de la otra parte, de todos modos hubiese contratado, solo que lo hubiese hecho en condiciones diversas, de manera que se le impida optar por la acción de nulidad relativa del contrato.

Tenemos entonces dos interrogantes. La primera es sobre la posibilidad de distinguir entre ambas hipótesis de dolo, señalando que un supuesto de hecho puede enmarcarse de manera suficientemente clara en alguna de las dos categorías y, por lo tanto, excluirlo de la otra. Conuerdo en ese sentido con la opinión de la profesora Pamela Prado López³², quien afirma que la respuesta necesariamente debe ser afirmativa, por el tenor literal del artículo 1458, que contempla la existencia de ambas clases de dolo en nuestro derecho positivo. No obstante lo anterior, responder afirmativamente esta pregunta no significa necesariamente que en cualquier caso se podrá hacer dicha distinción, y mucho menos que será sencillo hacerla.

³¹ Díez Picazo, Luis, op. cit., p. 1053.

³² Prado López, Pamela, “El Dolo Causal: Su repercusión en el contrato”, en Revista Ius et Praxis, Año 22, N°2, 2016, p. 442.

La segunda dice relación con los criterios que deben considerarse para hacer esta distinción, es decir, para determinar que la maniobra dolosa efectuada por una parte no influyó lo suficiente en la declaración de voluntad de la otra como para permitirle a esta última anular el contrato, pero sí para reclamar una indemnización de perjuicios por los efectos que aquella maniobra tuvo en la configuración de las prestaciones.

Este tema no ha sido profundamente desarrollado por los autores nacionales, muchos de los cuales se limitan a tratar el tema de forma más bien referencial. El profesor Carlos Ducci se pronuncia sobre el asunto en los siguientes términos: “Esta solución tan simple en su presentación es, sin embargo, difícil de aplicar en la práctica. La condición de que el dolo debe ser determinante no constituye una distinción clara. Es difícil de distinguir entre la voluntad de contratar considerada en sí misma de la voluntad de contratar en condiciones determinadas. El dolo llamado incidental puede ser también determinante cuando sin él el contrato se habría realizado en condiciones distintas. Será un problema para los jueces de fondo el determinar en cada caso si el dolo es determinante o simplemente incidental.”³³

Como puede apreciarse, para Carlos Ducci la distinción desde un punto de vista argumentativo es muy difícil de llevar a cabo y no se hace cargo del problema de fondo, señalando que serán los jueces quienes tendrán que hacerse cargo de la determinación en cada caso.

Pamela Prado López, citando a Avelino León Hurtado y a Arturo Alessandri Besa, nos da ciertas luces sobre el estado actual de la materia. Así, comenta que la doctrina nacional no ha tenido mayor interés por la figura del dolo incidental, limitándose, como hace el profesor Ducci, a reiterar que la calificación del dolo como causal o incidental es una cuestión de hecho que deben decidir los jueces del fondo y que, para el caso en que el dolo sea incidental, atendiendo al modelo seguido por nuestro derecho positivo, la acción indemnizatoria a que da lugar debe ser ejercida por vía extracontractual, e incluso muchas veces sin precisar la naturaleza de la acción indemnizatoria.³⁴

Ante el problema expuesto, la doctrina ha ofrecido ciertas respuestas a la forma en que puede llevarse a cabo esta distinción, entregando además distintos criterios para ello. Estas

³³ Ducci, Carlos, *Derecho Civil. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), p. 278.

³⁴ Prado López, Pamela (2014), op. cit., p. 727 y ss.

opiniones serán comentadas a partir del apartado subsiguiente, comenzando con una aclaración necesaria para un correcto estudio del asunto. Los nombres utilizados en los apartados asignados a las ideas de cada autor, no son originales de aquellos, sino que un intento propio por dar forma y esquema a los comentarios.

2.1- Qué significa que el dolo sea determinante

Antes de analizar distintas opiniones de autores nacionales y extranjeros en cuanto a la posibilidad de realizar la antedicha distinción, cabe hacer una precisión relevante a considerar durante el resto de éste trabajo. Generalmente se dice que uno de los requisitos que debe presentar la maniobra dolosa para viciar el consentimiento, es que debe ser determinante para contratar. Así, se ha utilizado el vocablo “dolo determinante” para contraponerlo conceptualmente al dolo incidental, que para estos efectos sería un dolo “no determinante” (así lo hace por ejemplo Víctor Vial en su manual sobre el Acto Jurídico³⁵).

Lo que me interesa recalcar es que, este calificativo de “determinante”, no es una característica de la conducta misma individualmente considerada. Es decir, no es que la conducta, a partir de un cierto momento y analizada desde un punto de vista de su gravedad objetiva, pase a ser considerada como determinante y deje de ser incidental. Esto significa que, en materia de dolo, el grado de culpa que aplicamos generalmente para calificar la negligencia en materia civil basado en el actuar cuidadoso del hombre medio, no tendrá, necesariamente, relevancia para determinar si una conducta es o no determinante para efectos de viciar el consentimiento. Esto marcará una diferencia considerable con el estudio del error, que se analizará más adelante.

Lo anterior implica que la distinción entre dolo causal e incidental no debe observarse desde el punto de vista de la culpabilidad, sino que de la causalidad. Esto significa que lo relevante no es la gravedad de la conducta, sino que lo relevante que fue dicha conducta para

³⁵ Vial del Río, V. (2013). “Teoría general del acto jurídico”, Quinta Edición, p. 118.

determinar la decisión de contratar. No debemos pensar erradamente que en el dolo causal hay una conducta más grave, necesariamente, que en el dolo determinante.

Una misma conducta podría ser considerada como dolo causal o determinante, porque lo relevante a estos efectos es mirar la conducta de la contraparte, que se genera a partir de la maniobra dolosa. En materia de dolo, a diferencia de lo que ocurre con el error, ni siquiera se toma en consideración el estándar de la persona media, sino que se mira directamente qué es lo relevante para la contraparte.³⁶

Incluso, podría darse la situación en que, para la persona que actúa dolosamente, no sea claro desde un punto de vista de sus expectativas razonables si la maniobra dolosa efectuada es determinante o no, porque lo relevante para la determinación será el análisis del efecto que su maniobra generó en el otro, y no la conciencia de ilicitud o reprochabilidad de la conducta.

Al analizar este aspecto, puede resultar particularmente relevante, y he aquí otro factor de complejidad, la nublada relación existente en materia de responsabilidad en cuanto a la negligencia como requisito del elemento culpa, por un lado, y como requisito de la causalidad, por el otro.

2.2- La teoría unitaria de dolo

Existe una fuerte corriente que ha puesto en duda que se trate de manera diferente a ambos tipos de dolo ya que, en realidad, no habría mayores divergencias entre el dolo causal y el dolo incidental: el dolo es dolo³⁷. Colin y Capitant califican la figura del dolo incidental como ficticia, quedando a criterio del juez diferenciar entre ambas clases de dolo, ya que la mayor parte de las veces en los hechos no quedará lo suficientemente claro si se trata de uno o de otro³⁸.

³⁷ Díez Picazo, Luis, op. cit., p. 1053.

³⁸ Véase COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Herni, Curso elemental de Derecho Civil (Cuarta edición española, Madrid, Instituto Editorial REUS, 1960), p.622.

Weill – Terré dice que la diferencia entre ambas categorías es artificial y que es difícil distinguir la voluntad de contratar, en sí misma considerada, de la voluntad de contratar de condiciones determinadas. El llamado dolo incidental sería también determinante ya que, sin él, el contrato no se hubiera celebrado en las mismas condiciones.³⁹

Uno de los principales argumentos que se dan a este respecto, además de la dificultad práctica que existe para distinguir entre ambas hipótesis, es que no se justifica la disparidad normativa con que se trata a la víctima de dolo incidental, impidiéndole impetrar la acción de nulidad a pesar de que igualmente se está en presencia de un comportamiento doloso que le afecta⁴⁰. Esta crítica no apunta a la posibilidad de distinguir, sino a la conveniencia de hacerlo asumiendo previamente la dificultad que conlleva.

Responde a esta crítica el profesor Juan Aguayo, quien sostiene, a mi parecer lúcidamente, que existen buenas razones para exigirle a la víctima de dolo que pretende anular un contrato que la acción dolosa de la otra parte haya incluido de forma sustancial en la declaración de voluntad. En ese sentido, señala que “Mantener la distinción entre dolo incidental y dolo causal favorece el interés general a la rápida circulación de la riqueza, pues impide atribuir el efecto invalidante a todo supuesto de dolo, permitiendo aquello solo para los casos más graves, y de otra parte, el dolo incidental permite a la víctima evitar que el contrato se deje sin efecto, solucionando los problemas que el dolo genera por la vía del resarcimiento de los perjuicios”.⁴¹

Este argumento del profesor Aguayo apunta a que no sería injusto impedir que cualquier víctima de dolo alegue la nulidad del contrato, ya que en ciertas situaciones, dadas las características particulares que envuelven una relación contractual, podría ser preferible mantener ese contrato vivo y que el engaño sea reparado por la vía indemnizatoria. Para justificar su argumento, alude al “interés general a la rápida circulación de la riqueza”, lo que parece sensato considerando las condiciones modernas de contratación en que las relaciones son veloces y se pretende evitar los litigios. No obstante, para que la figura del dolo incidental

³⁹ Morales Moreno, “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, en Anuario de Derecho Civil XXXV (1982), p. 603.

⁴⁰ Prado López, Pamela, op. cit., p. 727.

⁴¹ AGUAYO, Juan, Las manifestaciones y garantías en el derecho de contratos español (Pamplona, Civitas Thompson Reuters, 2011), p. 270.

pueda cumplir esta función, es necesario determinar claramente cuándo el engaño es “determinante” y cuándo no.

El argumento deja dos temas pendientes: primero, si bien es cierto que hay un interés en la rápida circulación de la riqueza, no queda claro cuál es la razón de fondo para justificar que ese motivo prime por sobre el legítimo interés del contratante que manifiesta su voluntad influenciada por un comportamiento doloso de deshacerse del vínculo contractual; segundo, cómo demarcar, al menos teóricamente, aquel comportamiento que permite impetrar la acción de nulidad, de aquel que solo permite demandar la indemnización de los perjuicios sufridos.

Otro argumento con que se ha cuestionado la existencia de la distinción, y que menciona la profesora Prado citando al profesor Antonio Morales Moreno, es que, no obstante los intentos de delimitar ambas figuras, en la práctica lo habitual es que una conducta sea susceptible de ser calificada tanto de dolo causal como de dolo incidental⁴². Se plantea que en la vida práctica será conflictivo determinar si el engaño realizado por una de las partes puede encuadrarse claramente dentro de una de las categorías descritas.

Esto nos lleva naturalmente a preguntarnos por qué se produce esta situación, a lo que Luis Díez-Picazo entrega una respuesta interesante: “un contrato no se califica sólo por su *nomen iuris*, las cosas o servicios sobre los que se contrate, sino por todas las circunstancias que le prestan su significación y le dotan de unidad. Por ello, no resulta fácil decir que en el caso del dolo incidental el contratante movido por el dolo, que hubiera celebrado el contrato, lo hubiera celebrado en condiciones distintas, pues esto es tanto como decir que hubiera celebrado otro contrato”.

Lo que señala el autor es que la dificultad de la distinción se produciría en realidad al tratar de encuadrar una determinada conducta dolosa bajo el concepto de “dolo incidental”, ya que, si establecemos que una de las partes engañó intencionalmente a la otra, en cualquier caso el contrato que celebró la parte engañada no fue el realmente querido y la declaración de voluntad podría considerarse como viciada. Es en este sentido que se vuelve extremadamente difícil identificar el momento en que una acción constitutiva de dolo incidental, que solo

⁴² MORALES MORENO, Antonio, “Artículos 1269 y 1279”, en ALBALADEJO, Manuel (editor), Comentarios al Código Civil (Madrid, Edersa, 2009), XVII, p. 19.

afecta en principio las condiciones del negocio, comienza a alterar esencialmente la manifestación de voluntad de la parte engañada, de modo que, ya no solo se produce una leve distorsión en las prestaciones, sino que se estima que el engaño fue determinante para la manifestación de voluntad y, por lo tanto, el contratante que lo sufrió tiene derecho a anular la convención.

Finalmente y a modo meramente referencial, en el derecho francés también hay autores que se acoplan a esta tendencia, entre ellos Flour/Aubert/Savaux y Ghestin. Bajo una lógica similar a la anterior, señalan que la distinción entre dolo principal e incidental es artificial, lo cual se razona en que, psicológicamente, es irreal pretender distinguir la voluntad de contratar, considerada de modo abstracto, de la concreta voluntad de contratar en tal o tales condiciones. El dolo incidental ha de bastar para justificar la anulación, si esta es demandada, ya que para considerar que el dolo fue determinante, basta comprobar que, sin él, el contrato no se habría concluido en los términos en que fue hecho.⁴³

2.3- Luis Díez-Picazo: criterio de la cuantificación

Luis Díez-Picazo señala que la doctrina generalmente aceptada significa que hay una desviación entre la voluntad contractual movida por el dolo incidental y el contrato que llegó a celebrarse, lo cual supone establecer una comparación hipotética entre una realidad y un “desiderátum”. Habrá, por consiguiente, que dejar establecido, ya que saberlo será probablemente imposible, de qué manera esa desviación ha supuesto para el contratante un mayor o menor costo o un mayor o menor beneficio contractual.⁴⁴

No habría entonces una voluntad viciada, sino que nos encontramos frente a una desviación en la voluntad que acarrea una desventaja cuantificable para la parte que sufrió el engaño, y es en esta medida que la indemnización supone una reparación que deja indemne al contratante, haciendo innecesaria la procedencia de la acción de nulidad. Este argumento

⁴³ Fenoy Picón, N. (2020). El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga. Universidad Autónoma de Madrid, ADC tomo LXXIII, fasc. IV, pp. 1375.

⁴⁴ Díez Picazo, Luis, op. cit., p. 1054.

toma peso entendiendo también lo señalado por el profesor Aguayo, en el sentido de que existe un interés social considerable en la rapidez y permanencia de los negocios en el tráfico jurídico actual. Sería entonces una solución intermedia que permite al contratante afectado compensar el mayor costo o menor beneficio que las maniobras dolosas le produjeron, evitando la nulidad del contrato.

Una consideración acabada parece indicar que este criterio es objetable, pues no nos permite realmente distinguir entre ambas clases de dolo. La posibilidad de cuantificar el perjuicio producido e indemnizarlo al contratante perjudicado es solamente una forma de justificar la procedencia del remedio indemnizatorio ante hipótesis de dolo, solución que ya ha sido ampliamente aceptada en nuestro derecho. El problema es que, incluso en situaciones extremas donde el dolo vicia el consentimiento de forma clara, podríamos cuantificar los perjuicios e indemnizarlos exitosamente, sin que esa indemnización justifique la improcedencia de la acción de nulidad.

Por otra parte, me parece conflictivo sostener que una indemnización, por más íntegra que sea, haga innecesaria la procedencia de la acción de nulidad. La compatibilidad que ya existe entre ambas acciones le quita fuerza al argumento, considerando que para impedir al contratante afectado ejercer la acción de nulidad debiesen existir motivos especialmente relevantes que lo justifiquen. Si el criterio diferenciador fuera la posibilidad de cuantificar el engaño, cualquier dolo podría ser calificado como incidental, o más bien, poco importaría si el dolo es incidental o no, siendo siempre procedente la acción indemnizatoria sin que sea necesaria la acción de nulidad.

Otro insumo que debe estar sobre la mesa (que no pretende ser profundamente abarcado en este trabajo) consiste en diferenciar la lógica propia que tiene la acción de indemnización de perjuicios entendida como un remedio reparatorio, que busca dejar a la víctima en la situación que se encontraría de no haber ocurrido el hecho ilícito, de aquellas sanciones de ineficacia del acto o contrato, dentro de las cuales se encuentra la nulidad por faltar al acto un requisito de validez o existencia. Ambas clases de remedios o sanciones responden a situaciones distintas y, por ende, su naturaleza y fundamentos no deben ser confundidos.

Si bien el argumento sigue dejando pendiente la interrogante inicial, me parece que no es del todo irrelevante. La respuesta a la pregunta por la línea divisoria entre ambas clases de dolo

es una pregunta de grado, y si cuantificamos la desviación de la voluntad que se produce a causa del engaño, podemos luego establecer cuál es el grado óptimo de daño que el derecho está dispuesto a tolerar, entendiendo “tolerar” como la posibilidad de impedir a la víctima del daño ejercer la acción de nulidad, otorgándole solo la acción indemnizatoria que la dejaría indemne desde un punto de vista patrimonial.

2.4- Pamela Prado López: el principio de autorresponsabilidad

En el mismo sentido opina en el contexto nacional la profesora Prado, quien señala que la permanencia de la figura del dolo incidental en nuestro derecho “permite construir un estándar de comportamiento exigible a las partes, en tanto no cualquier artificio dirigido a ellas les autoriza obtener la ineficacia de la convención, siendo coherente con el principio de autorresponsabilidad que debe presidir las convenciones. Creemos que la figura del dolo incidental es un fuerte argumento para sustentar que en nuestro derecho rige tal principio en el ámbito de los contratos.”⁴⁵

Al respecto, y para apoyar la tesis de la profesora Prado⁴⁶, el profesor Antonio Morales Moreno, cuya posición se reseñará en el apartado siguiente, utiliza un concepto similar para explicar la presencia del dolo incidental en el inciso segundo del artículo 1270 del Código Civil español⁴⁷. Afirma que la referencia que hace dicho artículo al dolo incidental se explica por la preocupación que existió en la época de nuestra codificación por reducir los límites de la nulidad de los contratos fundada en el dolo, efecto que se considera justo pero peligroso.⁴⁸

El principio de autorresponsabilidad ha servido como apoyo a la doctrina y a la jurisprudencia para fundamentar el requisito de la excusabilidad del error, y consiste en imputar, bajo ciertas condiciones, los efectos de una declaración a quien la realiza, no obstante la existencia de un

⁴⁵Prado López, Pamela (2016), op. cit., p. 442.

⁴⁶ Cabe recalcar que el jurista español no adhiere personalmente a esta idea, solo la señala como una causa de la presencia del dolo incidental en el derecho positivo español.

⁴⁷ El artículo 1270 del Código Civil Español señala: “Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios.”

⁴⁸ Morales Moreno, “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, en Anuario de Derecho Civil XXXV (1982), p. 601.

error.⁴⁹ Cabe entonces la pregunta de si acaso puede aplicarse una lógica similar en materia de dolo incidental.

Para que el error vicie el consentimiento debe ser excusable. La existencia de un error supone un problema de información que se produce en la etapa precontractual, durante las tratativas preliminares. El error es inexcusable cuando se debe a la propia negligencia de quien lo padece. Existe por lo tanto, un nivel de diligencia en la obtención de la información relevante exigible a los contratantes en la etapa precontractual, que constituye un límite a la demanda de nulidad relativa por error.

Aplicar este principio en materia de dolo y específicamente de dolo incidental, significa, de cierta forma, proteger al contratante doloso. La excusabilidad del error y el principio de autorresponsabilidad lo que hacen en el fondo es proteger al contratante diligente del error culpable de la otra parte, error que, en ningún caso, puede deberse a una actividad o inactividad maliciosa del otro contratante, porque en ese caso sería injusto calificar a tal error como culpable.

En otras palabras, aplicar este principio implicaría sostener que el dolo, al igual como ocurre con el error, puede ser excusable o inexcusable, lo que parece contradictorio con la esencia misma del dolo, que en su sentido más puro es la intención de perjudicar a otro por la vía del engaño. No parece entonces razonable impedir a la víctima de dolo incidental la interposición de una acción de nulidad, justificada en la protección de los intereses de la parte que ejecutó el engaño.

Podríamos evaluar una hipótesis intermedia, donde existiera por parte del contratante afectado por la maniobra fraudulenta una evidente negligencia en las averiguaciones propias del contratante medio, que sea independiente y no atribuible al engaño de la contraparte. Pareciera que, incluso en ese caso, la gravedad de la conducta dolosa constitutiva además de un ilícito extracontractual, primaría por sobre la negligencia de la víctima si esta decide demandar por dolo.⁵⁰

⁴⁹ De la Maza, Iñigo, “La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información.”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII (Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2011), p. 130.

⁵⁰ Otra discusión, que no pretende ser abarcada en esta memoria de prueba, es acerca de qué ocurriría en el caso planteado si la parte afectada decidiera interponer una demanda de nulidad relativa por error.

Por lo tanto, me parece bastante discutible este argumento de la profesora Prado, que incluso creo podría usarse de forma contraria, es decir, como una premisa para señalar que la distinción entre ambas clases de dolo no se justifica y que puede provocar resultados injustos. La gravedad de una conducta dolosa requiere de una respuesta severa por parte del derecho, y en ese sentido no existiría nada más acorde al principio de autorresponsabilidad que la aplicación tajante del dolo causal, haciendo aplicable la acción de nulidad a cualquier conducta constitutiva de dolo, sin que este requiera una mayor calificación.

En apoyo a lo antedicho, la profesora Martha Lucía Neme en sus estudios sobre el error, afirma que el carácter de inexcusable del error viene por lo general acompañado de la inexistencia de maniobras dolosas por parte del receptor de la declaración errada.⁵¹

No obstante lo expuesto, principio de autorresponsabilidad y la excusabilidad del error si van a tener una relevancia particular en este trabajo, a partir del análisis que se realizará en el Capítulo IV sobre los deberes de información y el dolo por omisión.

2.5- Antonio Manuel Morales Moreno: un análisis de la responsabilidad *in contrahendo*

Antonio Manuel Morales Moreno señala que, a diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad contractual propiamente tal, en la responsabilidad precontractual (dentro de la cual se sitúa la hipótesis de dolo incidental) el dolo viene a ser el principal criterio de imputación y el supuesto de responsabilidad tiene como componente esencial al dolo. En general, la responsabilidad civil traspasa los límites del dolo, en cambio, en la responsabilidad precontractual, el supuesto de responsabilidad es más estricto y se circunscribe en el dolo.

Esto a mi juicio es sumamente relevante, porque puede permitirnos construir un criterio distinto al que se utiliza normalmente en la responsabilidad contractual para evaluar las hipótesis de dolo. Para que un incumplimiento contractual sea doloso, la conducta debe portar un reproche tal que la haga meritoria de una calificación especialmente grave y que tendrá

⁵¹ Neme Villarreal, M. (2012). El error como vicio del "consentimiento" frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato. 15 de marzo de 2012.

como consecuencia la extensión de la indemnización de perjuicios a los daños directos imprevisibles.

En la etapa precontractual, siguiendo los comentarios de Morales Moreno, para que haya responsabilidad necesariamente debe haber dolo. Por lo tanto, en principio, una conducta culpable no podría ser constitutiva de responsabilidad a menos que se califique como culpa grave, que en materias civiles se equipara al dolo según reza el artículo 44. Por lo tanto, siendo el dolo el único supuesto de responsabilidad *in contrahendo*, cabe preguntarse por su alcance y extensión en este tipo de responsabilidad.

El jurista español resalta ciertos elementos diferenciadores y comunes entre el dolo causal (contenido en los artículos 1269 y 1270 inciso primero del Código Civil Español) y el dolo incidental (ubicado en el ya mencionado inciso segundo del artículo 1270), para intentar descifrar el supuesto de hecho del dolo incidental, atendiendo por un lado a la caracterización de la conducta de quien ha causado el dolo y al efecto de la actuación dolosa por otro.

2.5-1. Caracterización de la conducta de quien ha causado el dolo

Respecto al dolo causal, el Código Civil Español considera como dolosa las “palabras o maquinaciones insidiosas” empleadas por el contratante, que además debe tener la característica de ser grave. Respecto al dolo incidental, similar a como ocurre en el Código Civil Chileno, la ley española presupone su concepto, sin especificarlo, pero mencionándolo expresamente.

A partir de estos requisitos, Morales Moreno indica que una diferencia relevante es que en el dolo causal, a efectos de la anulación, la conducta del sujeto exige una actuación maliciosa, dolosa en sentido estricto. En cambio, en el dolo incidental, para que proceda la indemnización, se admiten tanto conductas especialmente maliciosas (que cabrían dentro de la hipótesis de dolo causal), como otras conductas en que no necesariamente habrá malicia, sino que por el grado de negligencia que conllevan pueden equipararse al dolo, justificando la imputación de responsabilidad en un supuesto donde no hay dolo en sentido estricto, relajando las exigencias de malicia requeridas para imputar dolo, por ejemplo, en una relación

de índole contractual. El mismo concepto de “dolo”, al ser adjetivado como causal o incidental, diversifica su sentido e implica conductas reprobables de grados diferentes.⁵²

Concluye el autor que el dolo incidental tiene un sector coincidente con el dolo causal, pero que su ámbito de aplicación es más amplio (se extiende a conductas que, entendidas sin el adjetivo de “causal”, no serían constitutivas de dolo por no tener la gravedad que el derecho generalmente exige para calificar una conducta como tal), teniendo ambas un efecto general y común, que es la indemnización.

A diferencia de lo que ocurre en la legislación española, el Código chileno no menciona expresamente la existencia del dolo incidental, como lo hace el artículo 1270. Nuestro artículo 1458 inciso segundo se limita a señalar que “En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios”. Por lo tanto, si bien no se expresa de manera explícita, es un hecho que nuestro texto legal califica como dolo ciertas conductas que no entran dentro de la hipótesis del inciso primero del mencionado artículo, que exige que el dolo sea obra de una de las partes y que aparezca claramente que sin él la otra no hubiera contratado. Esto implica responder afirmativamente la primera interrogante planteada. Es decir, puede existir una conducta maliciosa, calificada como dolosa (incidentalmente), y a la vez que se impida al contratante afectado por la conducta optar por la nulidad del contrato.

Si bien parece un criterio interesante, es necesario preguntarnos qué relevancia tiene el hecho de que la conducta sea calificada como dolosa o gravemente culposa. Siendo rigurosos, todo el problema se reconduce a los deberes precontractuales de información, y el análisis sobre el grado de culpa será irrelevante, toda vez que cualquier infracción a los deberes precontractuales de información podrá ser reconducida a una hipótesis de error, y por lo tanto la parte afectada tendrá siempre derecho a optar por rescindir el contrato.

En este sentido vuelve a adquirir relevancia la primera aclaración, en cuanto a que el problema de la determinación del dolo no tiene que ver con la calificación de la conducta, como ocurre con los grados de culpa en materia civil en que el comportamiento del sujeto es analizado desde un punto de vista abstracto. Para estos efectos, adquiere un papel especialmente relevante el elemento de la causalidad, entendido como la posibilidad de

⁵² Morales Moreno, “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, en Anuario de Derecho Civil XXXV (1982), p. 602.

construir un vínculo tanto jurídico como material entre la maniobra dolosa y la decisión de contratar. En ese sentido, la distinción entre dolo y culpa grave para efectos de la distinción es más confusa que aclaratoria.

2.5-2. Efecto de la actuación dolosa

En el dolo causal, la consecuencia de la acción dolosa es la inducción a contratar. Respecto al dolo incidental, el Código Civil Español no se pronuncia. En contraposición al dolo causal, podemos deducir que en este tipo de actuación dolosa no existe inducción determinante a la celebración del contrato y, por lo tanto, no concurre un vicio de la voluntad. Junto con esto, se le asigna también una característica positiva: el efecto de la maniobra dolosa calificada como dolo incidental no incidiría en la determinación a contratar, sino que en las condiciones en las cuales se contrata, ya sea en el precio o en otro elemento del contrato. Así lo señala también Federico de Castro, quien caracteriza al dolo incidental como aquel que afecta una modalidad, cláusula o carga del contrato.⁵³

Como en ambas hipótesis de dolo existe engaño, para Morales Moreno la reparación del daño causado no es un efecto exclusivo del dolo incidental, sino que también es posible en el dolo causal, por lo que sería perfectamente posible que el contratante que padece dolo causal opte por mantener vivo el contrato, pero exija la indemnización de perjuicios, o pida ambas conjuntamente. Termina concluyendo que “no es posible establecer una absoluta contraposición entre dolo casual y dolo incidental”⁵⁴.

Este último aspecto no tiene la relevancia del anterior como herramienta para esclarecer el supuesto de hecho en comento. No obstante, me parece que si se le puede reconocer cierta utilidad como argumento para sostener la procedencia de la indemnización de perjuicios autónoma en casos de dolo (causal), donde es perfectamente posible que, en interés de la parte que padeció el dolo, se mantenga vivo el contrato y se le indemnicen los perjuicios.

⁵³ Morales Moreno, “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, en Anuario de Derecho Civil XXXV (1982), p. 603.

⁵⁴ *Ibidem*.

III. DECLARACIONES Y GARANTÍAS

3.1 Planteamiento del problema

Los problemas relacionados con el dolo incidental necesariamente van a generarse en la etapa precontractual, por lo que es ese momento del íter contractual el que debemos analizar para indagar su supuesto de hecho, no así necesariamente sus efectos. En la negociación de un contrato es frecuente que las partes intercambien información y es muy común que el vendedor revele cierta información de su producto como medio para convencer al potencial comprador de celebrar el negocio.

Las declaraciones y garantías son aseveraciones o afirmaciones de una de las partes contratantes, en favor de la otra, que recaen sobre hechos, circunstancias, e incluso cuestiones de derecho, a un determinado tiempo, y que tienen como finalidad reflejar la situación en que se encuentran determinados hechos determinantes o significativos relacionados con la materia sobre la cual recae la declaración de voluntad.⁵⁵ A su vez, funcionan como mecanismos que distribuyen entre los contratantes el riesgo de que una afirmación efectuada por uno de ellos no se ajuste a la realidad, y permiten superar o disminuir la dificultad que tiene uno de los contratantes (generalmente el comprador del producto) de determinar, por sí mismo, todas las características del objeto del contrato y riesgos asociados al mismo.⁵⁶

En esta línea, cabe preguntarnos si el supuesto de hecho del dolo incidental podría configurarse como una hipótesis en que una de las parte emite una declaración conscientemente falsa de declaraciones y garantías antes de la celebración del contrato.

3.2. Diferencia entre declaraciones y garantías; *Representation and Warranties*

⁵⁵ CÁRDENAS y REVECO, “REMEDIOS CONTRACTUALES; CLAUSULAS, ACCIONES Y OTROS MECANISMOS DE TUTELA DEL CRÉDITO”, Thomson Reuters, (2018), p. 148 – 149.

⁵⁶ Recart Apfelbeck, Joaquín, “SOBRE EL CONOCIMIENTO DEL COMPRADOR, ANTES DE LA FIRMA DEL CONTRATO O DEL CIERRE, DE LA FALSEDAD DE LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 47 N°2, 2020, p. 565.

Las declaraciones y garantías tienen su origen en las *representations and warranties* del *common law*. Las *representations* son declaraciones de un hecho pasado o presente, efectuadas en un momento determinado, para inducir a una parte a actuar. Si este hecho es falso, se estará ante una *misrepresentation*, que consiste en la declaración de información falsa. Por su parte, las *warranties* son cláusulas contractuales en virtud de las cuales una parte garantiza a la otra la veracidad de ciertas declaraciones relativas a determinados hechos y se obliga a indemnizar los daños que sufra el destinatario en caso de que tal declaración sea falsa.⁵⁷

En teoría, las consecuencias de ambas son distintas. En la *misrepresentation*, la parte afectada puede hacer valer dos acciones: la de rescisión del contrato y la de indemnización de perjuicios. En cambio, en las *warranties* la acreedora puede reclamar la indemnización de perjuicios para ser puesta en la misma situación en que se encontraría de ser verdadera la afirmación, pero no puede rescindir el contrato.⁵⁸ Sin embargo, en la práctica contractual de Estados Unidos e Inglaterra, la distinción entre ambas ha perdido relevancia, pasando a ser sinónimas y gatillando generalmente los remedios establecidos en el contrato.⁵⁹

En Chile, la doctrina también efectuó esta distinción aplicada a las declaraciones y garantías, afirmando que la principal diferencia entre ambas eran las acciones y remedios disponibles para el acreedor para el caso de incumplimiento. Las declaraciones falsas dan lugar a una acción indemnizatoria, usualmente solo por los daños de confianza en caso de que hayan sido efectuadas con dolo o culpa grave, y solo provocan la nulidad del contrato en caso de que hayan sido determinantes para contratar. En cambio, cuando se garantiza un hecho, el contratante asume una obligación respecto de su contraparte, que lo habilita para ser indemnizado de todos los daños que se sigan de la insatisfacción del mismo. Basta la disconformidad entre el hecho y la declaración para que haya incumplimiento contractual.⁶⁰

⁵⁷ Recart Apfelbeck, Joaquín, “SOBRE EL CONOCIMIENTO DEL COMPRADOR, ANTES DE LA FIRMA DEL CONTRATO O DEL CIERRE, DE LA FALSEDAD DE LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 47 N°2, 2020, p. 569.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ CÁRDENAS y REVECO, “REMEDIOS CONTRACTUALES; CLAUSULAS, ACCIONES Y OTROS MECANISMOS DE TUTELA DEL CRÉDITO”, Thomson Reuters, (2018), p. 150.

⁶⁰ Barros y Rojas, “RESPONSABILIDAD POR DECLARACIONES Y GARANTÍAS CONTRACTUALES”, en Estudios de Derecho Civil V, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009, p. 514.

Sin embargo, no solo en el *common law*, sino también en el derecho comparado y en la doctrina nacional, hay una tendencia hacia la equiparación de los conceptos. A modo de ejemplo, en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos se tratan las declaraciones como garantías de las que nacen obligaciones contractuales y se mencionan ciertos requisitos que debe cumplir una declaración en el periodo precontractual de negociación para considerarse como garantía contractual. Rojas y Barros concluyen que, ciertas declaraciones, atendidas las circunstancias, aunque no hayan sido formuladas como garantías dentro del contrato, pueden ser entendidas como garantías de verdad de lo declarado y que “de este modo se modera la distancia discreta que tradicionalmente se ha asumido entre el periodo precontractual y el contrato propiamente tal”⁶¹.

Este último comentario es extremadamente relevante. Si entendiéramos que, cualquier declaración se incorpora automáticamente al contrato, el dolo como vicio del consentimiento, y con mayor razón el dolo incidental, quedaría relegados a un segundo plano. Esto se entiende particularmente considerando que generalmente el régimen contractual será más favorable al acreedor, y en caso de producirse un concurso, las instituciones predominantes y preferidas serían los remedios del incumplimiento contractual.

Sin embargo, desde un punto de vista conceptual puede establecerse la mencionada diferenciación entre declaraciones y garantías. La garantía es una obligación que una de las partes toma dentro del contrato. Si la realidad no se conforma con la información garantizada, la parte que la emitió será responsable, sin que tenga ni siquiera la excusa de la fuerza mayor, propia de la responsabilidad estricta. Las declaraciones pueden ser distintas, porque son análogas a los intercambios de información que realizan las partes en el periodo de negociación y, por lo tanto, no obligan al declarante con la rigidez propia de las garantías.

La relevancia de hacer esta distinción viene dada por el hecho de que las declaraciones, a diferencia de lo que ocurre con las garantías, no se entienden necesariamente incorporadas al contrato. Pero si conceptualmente diluimos la diferencia entre ambas, entendiéndolas como un concepto unitario más similar al de garantía que al de mera declaración, entonces casi

⁶¹ Barros y Rojas, “RESPONSABILIDAD POR DECLARACIONES Y GARANTÍAS CONTRACTUALES”, en Estudios de Derecho Civil V, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009, p. 517.

cualquier intercambio de información precontractual se entendería incorporado en el contrato, lo que reduciría aún más el espacio del dolo incidental.

3.3. Dolo incidental como formulación conscientemente falsa de declaraciones y garantías: aclaraciones preliminares

Para verificar la factibilidad de aplicar la institución del dolo incidental a la formulación falsa de declaraciones y garantías tenemos que excluir primero otras situaciones similares que jurídicamente no pueden encuadrarse dentro del inciso segundo del artículo 1458. Este aspecto, referido al comienzo del trabajo, constituye una de las mayores dificultades al analizar esta institución, cuyos bordes se tornan grises y pueden superponerse con los de otras figuras.

Debemos primeramente excluir la hipótesis en que la formulación de declaraciones y garantías se haya realizado mediante una cláusula contractual específicamente destinada a ello. Cuando esto ocurre, ya no caben dudas de que no estamos frente a las instituciones propias de la formación del consentimiento, sino que el estatuto aplicable será ciertamente el de la responsabilidad contractual y las consecuencias, aquellas establecidas en el propio contrato. Ahí radica, justamente, la distinción realizada en el apartado anterior. La inclusión de una garantía dentro del espectro del incumplimiento contractual opaca la discusión sobre la relevancia que tuvo una determinada conducta en la etapa de formación del consentimiento, y debe excluirse como una eventual hipótesis de dolo incidental.

A lo señalado anteriormente, debe incluirse cualquier supuesto que pueda entenderse como una situación de incumplimiento contractual, con las dificultades propias que tendrá su determinación considerando la amplitud que cierta doctrina contemporánea confiere al término. Al efecto, de aceptarse la tesis de los profesores De la Maza y Vidal que entienden el incumplimiento como la insatisfacción del interés del acreedor⁶², las posibles hipótesis de dolo incidental se reducen con creces. Algunos podrán señalar que esto es conveniente desde

⁶² De la Maza, I. y Vidal, A. (2018). Cuestiones de Derecho de Contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia, Thomson Reuters, pp.

un punto de vista dogmático y de simplificación. No obstante, me limito a señalar que aquel término está lejos de ser aceptado de forma unánime por la doctrina nacional.

No es objeto de la presente memoria indagar acerca de las consecuencias a las que puede dar lugar el incumplimiento de dicha cláusula si no están expresamente reguladas, ni tampoco sobre la naturaleza de dicha obligación en cuanto a las excusas admisibles al deudor para eximirse de responsabilidad. Me limitaré a señalar que, al tratarse de una cláusula que indudablemente integra el contrato (estamos en el supuesto de que así lo sea), su incumplimiento da lugar a responsabilidad contractual y, en consecuencia, los remedios aplicables serán aquellos que se consideren adecuados para subsanar los perjuicios que pueda generar cada tipo particular de obligaciones contractuales.

Descartada la situación anterior, nos situamos en una hipótesis en que uno de los contratantes emite ciertas declaraciones, generalmente sobre cualidades o características del objeto del negocio, en conocimiento de su falsedad, o al menos ignorándolas con un descuido de tal entidad que sus efectos son equiparables a los del dolo.

En segundo lugar, para delimitar el supuesto hay que hacer presente que éste no debe quedar comprendido en el inciso primero del artículo 1458. Esto significa que la correspondiente declaración no puede haber sido de tal magnitud que aparezca claramente que sin ella la otra parte no hubiera decidido contratar, es decir, no puede haber sido determinante. Por otra parte, y este es uno de los mayores problemas en la determinación precisa del supuesto de hecho del dolo incidental, la inexactitud en la declaración tampoco puede ser del todo irrelevante para contratar, porque en ese caso tampoco será razonable que proceda la acción indemnizatoria.

Como última aclaración, hay que excluir también la posible procedencia de una acción redhibitoria o la denominada *quanti minoris*, fundada en la existencia de un vicio redhibitorio. Estos últimos buscan otorgar al comprador la posesión útil de la cosa, generando un régimen particular de remedios para el caso de cumplirse con los requisitos exigidos por el artículo 1858 del Código Civil⁶³.

⁶³ Los requisitos señalados por la doctrina son: a) Que el vicio haya existido al momento de la compraventa, al menos en estado de germen; b) Debe ser grave: que haga a la cosa inútil o imperfectamente útil para su uso natural y; c) Debe ser oculto.

A propósito de la venta de empresas, donde frecuentemente se realizan este tipo de declaraciones, Enrique Alcalde es de la opinión de que la circunstancia de no ser reales o efectivas las declaraciones formuladas por la parte vendedora, si bien incide en el valor de lo que se compró, no configuraría un vicio redhibitorio.⁶⁴

Las declaraciones y garantías apuntan frecuentemente a resguardar antecedentes que se han tenido en cuenta para determinar el valor del objeto sobre el cual se negocia. Si tales antecedentes resultan o no ser efectivos, o al menos no exactos, tal disconformidad no debe ser entendida como un vicio redhibitorio que haga procedente la resolución del contrato o la disminución del precio, ya que no se trataría de un vicio por el cual la cosa vendida “no sirva para su uso natural, o solo sirva imperfectamente”, según rezan los artículo 1858 N° 2 y 1868 del Código Civil, sino que únicamente se ve afectado el valor o cantidad de aquello que se adquirió.⁶⁵

Si bien comparto la opinión del profesor, es necesario resaltar que dicha opinión está formulada en el concepto de la venta de una empresa, donde el objeto particular en cuestión son acciones o derechos sociales. Surge la interrogante de si dicha lógica puede aplicarse a contratos que tengan por objeto otro tipo de bienes, especialmente bienes corporales, donde es mucho más probable que las imperfecciones en sus características vuelvan inútil la cosa, como ocurriría con la compraventa de un vehículo.

De todas formas, la apreciación me parece útil toda vez que las declaraciones y garantías son muy frecuentes en ese tipo de negocios, donde puede ser especialmente difícil para el comprador percatarse de las imperfecciones del objeto. Respecto a la exclusión de la hipótesis de vicios redhibitorios para otra clase de bienes, será un análisis que tendrá que efectuarse caso a caso conforme a los requisitos que señalan los artículos citados.

3.4. La falta de verdad o inexactitud en las declaraciones

⁶⁴ ALCALDE, Enrique, “La cláusula de ‘declaraciones y garantías’ en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos”, en Revista ACTUALIDAD JURÍDICA N°17, Enero 2018, p.245.

⁶⁵ ALCALDE, Enrique, “La cláusula de ‘declaraciones y garantías’ en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos”, en Revista ACTUALIDAD JURÍDICA N°17, Enero 2018, p.244.

Enrique Alcalde, a partir del análisis de la falsedad de las declaraciones y garantías en el contexto de la venta de empresas, identifica una hipótesis de dolo incidental⁶⁶, que tendría como consecuencia una eventual indemnización de perjuicios. Resalta que la acción también sería procedente en caso de que el dolo haya sido determinante y la víctima decidiera optar por renunciar al ejercicio de la acción de nulidad y perseguir únicamente los daños sufridos. En ese sentido, el inciso segundo del artículo 1458 puede usarse como un argumento de peso para sostener que en un caso de dolo es plenamente oportuna una acción de indemnización de perjuicios autónoma, independiente de la acción de nulidad.

La aplicación y determinación de este supuesto tiene dos principales problemas: el primero de ellos, que es muy difícil imaginar una situación en que una parte haga consciente y dolosamente ciertas declaraciones a la otra en el contexto de la negociación de un contrato, y que esa declaración no pueda ser calificada como determinante. Cosa distinta será cuando la inexactitud de la declaración sea originada por un descuido y no por una mala intención del declarante⁶⁷.

Si bien lo relevante para caracterizar como “determinante” la conducta es el contenido de la declaración y no la intención con la que ésta fue realizada, es razonable pensar que dicho contenido será contaminado por el actuar malicioso. Esto, en el entendido de que el reproche mismo que el derecho hace a una actuación calificándola como dolosa consiste en ampliar el manto de consecuencias que aquella conducta tendría de no concurrir dicha causal, que la vuelve especialmente reprobable.

Segundo, se presenta la dificultad de determinar cuándo las declaraciones de la parte vendedora quedan incorporadas al contrato y pasan a formar parte de la convención. Al respecto, el profesor Barros ha dicho que las declaraciones que hacen las partes se entienden incorporadas al contrato y son elementos de la convención, en oposición a los antecedentes tenidos en consideración durante la negociación de la misma. La relevancia de este asunto que pretendo analizar con más profundidad en las siguientes páginas, es que, mientras las “meras declaraciones” o “documentos” entregados en fase precontractual no pueden afectar la validez del contrato, y por lo tanto forman parte del supuesto de hecho del dolo incidental,

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Sobre este punto se volverá más adelante.

las declaraciones contractuales entendidas como garantías dan lugar a obligaciones contractuales y quedan necesariamente fuera del supuesto objeto de estudio en este trabajo.⁶⁸

Esta distinción tiene relevancia en el derecho inglés a propósito de las *misrepresentations*, que tienen lugar solamente cuando la declaración no se ha incorporado al contenido del contrato. Es por esto que se distingue entre un “término”, que es una declaración cuya veracidad ha garantizado el declarante (*warranted by the defendant*), y la “representación”, cuyo contenido no está garantizado contractualmente. En ese caso, los remedios del régimen contractual no tienen aplicación y la solución deberá buscarse en los remedios a que da lugar una *misrepresentation*, que tienen por finalidad poner a quien confió en la declaración en una posición similar a la que se encontraría si no hubiera confiado en ella.⁶⁹

Esta distinción será mucho más sencilla en los contratos negociados y solemnes, como ocurre con la compraventa de sociedades o de otros negocios complejos donde se incorporan cláusulas tipo formuladas por la parte vendedora, siendo especialmente compleja la situación en que el acuerdo contractual se produce como consecuencia de contactos sociales típicos o bajo condiciones generales de contratación, como ocurre por ejemplo en la compraventa de un vehículo.

En el caso de los contratos negociados, no cabe duda de que nos encontramos en la esfera de la responsabilidad contractual y por lo tanto el incumplimiento de tales declaraciones escapa del espectro del artículo 1458. Frente al segundo caso, la frontera entre las declaraciones que pueden entenderse como garantizadas por el declarante y lo que Barros llama “antecedentes tenidos en consideración durante la negociación” se vuelve mucho más difusa.

Iñigo de la Maza opina que para responder esta pregunta debe ponerse atención a la intención de las partes manifestada objetivamente a través de sus actos y palabras, de tal forma que se pueda deducir de ellos si quien realizó la declaración pretendía asegurar contractualmente su veracidad. Además de los supuestos en que existe una ley que incorpora ciertas representaciones, existen múltiples criterios para determinar la intención de las partes: así, por ejemplo, la importancia de la declaración para quien la recibe, la posición superior de

⁶⁸ Barros y Rojas, “RESPONSABILIDAD POR DECLARACIONES Y GARANTÍAS CONTRACTUALES”, en Estudios de Derecho Civil V, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009, p. 513.

⁶⁹ De La Maza, I. (2010). Los límites del deber precontractual de información (Pamplona, Editorial Aranzadi), p. 273.

quien efectúa la declaración, el hecho de que se haya requerido a la parte que recibe la declaración que confirme la veracidad de la misma, o bien, tratándose de contratos escritos, el hecho de que la declaración no conste en el soporte escrito.⁷⁰

El profesor De la Maza, analiza en su tesis doctoral el suministro de información defectuosa en el derecho inglés (*misrepresentation*). En el *common law*, para que una declaración produzca los efectos propios de una *misrepresentation* es necesario que se satisfagan ciertos requisitos:

- Que recaiga sobre una cuestión de hecho presente, no futura;
- Que la cuestión sea relevante (elemento material);
- Que la declaración no sea ambigua.

Este último requisito es muy relevante y propio del derecho inglés; se requiere que la declaración sea inequívoca, debe tener la aptitud de ser entendida claramente por la otra parte y sin ambigüedades. Recart, citando a *M. v. Allen* (1988), señala que si la declaración puede ser comprendida en más de un sentido, el receptor deberá probar en qué sentido la entendió y que, en particular en ese sentido, ella resultó ser falsa.⁷¹ Según el mismo Recart, a diferencia de lo que sucede en el derecho inglés, en el derecho norteamericano se exige que la confianza que el receptor deposita en la declaración esté debidamente justificada, lo que no ocurrirá cuando sea evidente que la declaración es falsa o si ella no podía ser considerada seriamente.

Si bien estas conclusiones provienen del derecho anglosajón y no de la tradición del derecho civil, pueden ser perfectamente útiles desde un punto de vista conceptual para el análisis del objeto de este trabajo, ya que las distintas formas de comprender el concepto de obligación en ambas tradiciones han tendido a equipararse en cierto sentido, entendiéndose las obligaciones en el derecho moderno de contratos y en los instrumentos de derecho uniforme no como una determinada conducta futura de dar, hacer o no hacer, sino más bien como algo

⁷⁰ De La Maza, I. (2010). Los límites del deber precontractual de información (Pamplona, Editorial Aranzadi), p. 275.

⁷¹ Recart Apfelbeck, Joaquín, “SOBRE EL CONOCIMIENTO DEL COMPRADOR, ANTES DE LA FIRMA DEL CONTRATO O DEL CIERRE, DE LA FALSEDAD DE LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 47 N°2, 2020, p. 568.

similar a la idea de promesa anglosajona, que se basa en la consideración de los intereses del acreedor, teniendo el deudor a cargo la garantía de un resultado⁷².

De todas formas, la sutileza de esta diferencia es problemática. Si establecemos que un criterio para determinar si la declaración o garantía se incorpora o no al contrato fuera la relevancia que tiene dicha información en el contexto de una relación contractual específica, entonces el dolo incidental quedaría “postergado” ya no a un segundo lugar, en desmedro del dolo causal o determinante, sino que a un tercer lugar, incorporando por regla general las declaraciones al régimen contractual.

⁷² No obstante, es necesario aclarar que no puede entenderse la garantía de resultado como una norma general en el derecho de obligaciones chileno a la fecha. Si bien existe una evolución en esta materia, aún se entiende que la regla general es que el deudor tenga a su disposición al menos la excusa del caso fortuito.

IV. LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN

4.1 Relevancia del tema

En el capítulo anterior hablamos de las declaraciones y garantías, que suponen una conducta activa del declarante. Ahora analizaremos la etapa precontractual desde otra perspectiva, donde no hay una conducta activa materializada mediante declaraciones falsas o información inexacta, sino que el vicio se produce a causa de la omisión de información que debió, necesariamente, ser entregada. Lo relevante es que para determinar la omisión de un deber de información, debemos precisar primero su existencia y características.

En la etapa previa a la contratación existe un deber de informar a la contraparte acerca de las circunstancias o características relevantes que rodean al objeto del contrato con el objetivo de proteger la formación del consentimiento libre y espontáneo. Ahora bien, este deber de información que pueden tener las partes debe ser delimitado de alguna forma, ya que sería absurdo que los contratantes tengan que revelar toda la información relevante que manejan y que les permite muchas veces sacar ventaja de sus negocios. Por eso, es necesario determinar cuál es la fuente de los deberes de información, para derivar de ahí sus consecuencias.

Esta temática ha sido desarrollada en la doctrina nacional particularmente por el profesor Iñigo de la Maza, cuyos estudios usaré como referencia para abordar la materia, pero manteniendo el enfoque en relación a la posible aplicación del inciso segundo del artículo 1458, especialmente en búsqueda una cabida en el complejo ecosistema que regula las relaciones pre contractuales y su relación con la teoría del contrato.

Los deberes precontractuales de información los revisaré para indagar en una figura de mucho interés para este estudio, el dolo por omisión. En el dolo por omisión se sanciona a una persona que, debiendo informar algo, no lo hace, con la intención de engañar. No se trata de cualquier silencio, sino de aquel silencio que se da en el contexto de un deber de hablar, no se informa aquello que se debía informar.

Es por esto que para entender de mejor manera la figura del dolo por omisión, resulta imprescindible cuestionarse sobre la licitud del silencio, que se encuentra esencialmente vinculada a la existencia de un deber de información. Es decir, el silencio solo será ilícito cuando exista una razón para considerar una de las partes tenía el deber de revelar cierta información.

4.2. Deberes típicos y atípicos de información

Cuando se observa la forma en que se concretan los deberes precontractuales de información, se advierten dos modalidades diversas. En primer lugar, tenemos los deberes precontractuales de información típicos (o dpit.), que son aquellos en los que el legislador identifica explícitamente el deber o bien, de forma más sutil, sanciona la falta de entrega de información durante el periodo precontractual.⁷³

Como ejemplo del primer caso, en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, en distintas disposiciones se exige al proveedor poner a disposición del consumidor cierta información básica⁷⁴.

La segunda situación, en que el deber típico se divide de forma más sutil, ya no con la exigencia explícita de la ley exigiendo al sujeto la entrega de información, sino que sancionando la falta de entrega, la encontramos por ejemplo en el artículo 1861 del Código Civil⁷⁵. En este caso, si bien los vicios redhibitorios funcionan de forma objetiva, la obligación de indemnizar surge como consecuencia de que el vendedor no comunicó

⁷³ De la Maza, I. (2011). La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVII (Valparaíso, Chile, 2º Semestre), p. 117.

⁷⁴ Artículo 3: son derechos del consumidor:

b) El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos.

⁷⁵ Artículo 1861: Si el vendedor conocía los vicios y no los declaró, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio, será obligado, no sólo a la restitución o la rebaja del precio, sino a la indemnización de perjuicios; pero si el vendedor no conocía los vicios ni eran tales que por su profesión u oficio debiera conocerlos, sólo será obligado a la restitución o la rebaja del precio.

cierta información que conocía (en este caso los vicios de la cosa), o que no conocía debiendo hacerlo.

Luego tenemos los deberes precontractuales de información atípicos. Estos deberes están presentes cuando, sin establecer explícitamente el deber o fijar su sanción, el legislador provee al juez de herramientas suficientes para determinar si, en el caso concreto, existe o no un deber de informar. En este tipo de deberes, la fuente del deber de informar no surge directamente de una norma jurídica, sino que de los principios generales del derecho, que el juez deberá interpretar para determinar si existió ese deber. El principio aplicable será generalmente la buena fe.⁷⁶

La relevancia de la distinción radica en que los deberes precontractuales atípicos tendrán una dificultad propia de la que carecen los deberes típicos que se encuentran directamente consagrados en la ley. Dicha dificultad, que recaerá finalmente en el juez, consiste en interpretar conjuntamente los principios del derecho privado y el contexto contractual de contratación, de manera que el juez pueda determinar que una parte tenía, o no, un deber de revelar cierta información a la otra parte.

Cuando nos referimos a los deberes típicos de información, su incumplimiento estará generalmente dado por la norma que regula el deber, reduciéndose la posible aplicación de un supuesto de dolo incidental. Será en el caso de la infracción de deberes implícitos producto de una interpretación judicial del principio de la buena fe, donde la institución podría tener un espacio de operatividad.

4.3. El deber de información es limitado

En el periodo de negociación de un contrato, las partes no están obligadas a revelar a la otra la totalidad de la información que manejan. Sostener una cosa como esa sería absurda, ya que significaría un desincentivo a la obtención de información relevante, y una enorme limitación a la recopilación de información, que es un bien socialmente

⁷⁶ De La Maza, I. (2010). Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información. Revista de derecho (Valparaíso), (34), p. 85.

valioso. Un ejemplo para ilustrar esta situación es que evidentemente el comprador de un bien no tiene que revelarle al vendedor que estaría dispuesto a comprarle el bien a un precio más alto. El regate en el precio es una característica propia y común de los negocios, y por lo tanto sería insensato sancionar al comprador por callar esa información, porque no existe una razón que justifique su deber de entregarla.

Como señala Enrique Barros y Nicolás Rojas, los deberes de las partes en la época precontractual suponen un delicado y bien razonado equilibrio entre el principio *caveat emptor*, que impone a cada parte la carga de cuidar sus propios intereses y de indagar de forma diligente aquella información que razonablemente le concierne, por una parte, y los deberes no escritos de lealtad que se tienen durante la negociación, por la otra.⁷⁷

Se habla de deberes “no escritos” refiriéndose a lo que Iñigo de la Maza denomina como “deberes precontractuales atípicos”. Cuando hablamos del límite de los deberes de información, estamos indagando principalmente el alcance de éste tipo de deberes, por la simple razón de que los deberes típicos están determinados en la ley, y si bien pueden ser interpretados, no requieren de este análisis respecto a si el deber existe o no.

Entonces, para determinar que el silencio de uno de los contratantes es ilícito y construir una hipótesis de dolo por reticencia, debemos determinar primero si existe un deber de informar, para luego indagar si éste se incumplió dolosa o culpablemente. La respuesta a la pregunta por los deberes de informar generalmente ha llevado a los autores al campo del análisis de la buena fe⁷⁸. Según esta idea, el dolo por reticencia solo puede concretarse en la etapa pre contractual cuando la buena fe lo imponga, excluyendo del análisis los casos en que los deberes se encuentran establecidos en la ley.

La buena fe se entiende generalmente como una conducta de lealtad y cooperación, que en este caso además se relaciona con la correcta formación del consentimiento, siendo el deber de informar una especie de medida preventiva para proteger la formación del

⁷⁷ Barros Bourie, E. y Rojas Covarrubias, N. (2009). Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales. En Estudios de Derecho Civil V, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, p. 511.

⁷⁸ Así lo hacen Antonio Manuel Morales Moreno, Iñigo de la Maza, Luis Rojo Ajuria y Enrique Barros, por citar algunos.

consentimiento.⁷⁹ Además se trata de una buena fe de carácter objetiva, que prescinde de la de los sentimientos internos de las partes y que se basa en un modelo general de conducta.

Iñigo de la Maza y otros autores que siguen la tendencia moderna del derecho de obligaciones, han optado por reconsiderar este concepto y contextualizarlo debidamente entendiendo las características propias de la relación contractual. La operación tiene como consecuencia una adecuada limitación de los deberes precontractuales de información, por medio del delineamiento de su fuente, el principio de la buena fe. Los puntos que propone son los siguientes⁸⁰:

Primero, las negociaciones deben entenderse como una competencia entre las partes, y cada una de ellas busca conseguir el mejor resultado posible. De esta forma, la intromisión “moral” que acarrea la aplicación del principio de la buena fe debe ser entendida en un sentido restringido. Es decir, la lealtad exigible a las partes no debe ser entendida como filantrópica (extendida), sino como un resguardo de no traición, que exija a las partes no defraudar las expectativas razonables del otro negociante (restringida). Esto significa que la obligación de informar va a surgir cuando haya especiales razones que la justifiquen, y no cuando la otra parte pueda y deba razonablemente suministrarse la información por su propia cuenta⁸¹.

En segundo lugar, y mirado desde un punto de vista del interés social, en la medida que se permita a las personas mantener oculta la información valiosa que poseen, tendrán incentivos para producir información que es socialmente útil. A su vez, si las partes tuvieran el deber de revelar todo, la otra parte siempre se quedaría esperando a recibir la información de la otra, lo que sustentaría un actuar negligente y acomodadizo.

En conclusión, y para finalizar este apartado, las limitaciones que se impongan a los deberes pre contractuales de información van a depender del entendimiento que se tenga

⁷⁹ De La Maza, I. (2008). Buena fe, el reverso de la moneda. A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (11), p. 48.

⁸⁰ De La Maza, I. (2008). Buena fe, el reverso de la moneda. A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (11), p. 50.

⁸¹ Este razonamiento es bastante similar al que se exige por parte de la doctrina moderna respecto del error. Cualquier clase de error, para ser sancionado por el derecho, debe cumplir con la característica de ser excusable respecto de la persona que lo cometió.

sobre las exigencias intrínsecas del principio de buena fe. La tendencia actual es a entender este deber de una forma más débil que absoluta, considerando que hay distintos principios en juegos que deben ser considerados en el contexto de la negociación, y que muchas veces no hacen aconsejable la excesiva amplitud del deber de informar.

Como veremos, esto tendrá consecuencias en la construcción de la hipótesis del dolo por omisión, porque si los deberes de informar se entienden de forma restringida, significa que la regla general será que la omisión en la entrega de información no constituya un supuesto de dolo.

4.4. Una nueva mirada al principio de autorresponsabilidad

A propósito de lo planteado, volveré sobre conceptos mencionados en el capítulo anterior que deben ser revisados nuevamente desde esta perspectiva. Señalé anteriormente mis discrepancias con Pamela Prado cuando dice que el dolo incidental “permite construir un estándar de comportamiento exigible a las partes, en tanto no cualquier artificio dirigido a ellas les autoriza obtener la ineficacia de la convención, siendo coherente con el principio de autorresponsabilidad que debe presidir las convenciones”⁸².

Pareciera que dicho criterio no es aplicable (o más bien, su aplicación resulta muy engorrosa) cuando la conducta dolosa es activa, reproduciendo para estos efectos los argumentos señalados en los capítulos II y III de este trabajo. Entendemos conducta activa como la entrega de información conscientemente falsa con el propósito de engañar al receptor. Pero si el “artificio” lo consideramos como una conducta pasiva constitutiva de dolo por reticencia, la situación tal vez puede ser diferente.

Como preámbulo, recordar que el principio de autorresponsabilidad ha sido utilizado por la doctrina y jurisprudencia para sustentar la doctrina de la excusabilidad del error, por lo tanto, ambas instituciones están íntimamente relacionadas.

⁸² Prado López, Pamela (2016), op. cit., p. 442.

Ahora bien, como fue señalado, la obligación de informar en la etapa precontractual no es ilimitada. Una parte no debe cooperar con la otra si esta última, a través del uso de una diligencia razonable, podría haber resuelto el problema. En este sentido, la lógica que subyace a la exigencia de un deber de información es similar a la del requisito de excusabilidad del error; las partes tienen ciertos deberes esperables de conducta, y no deben esperar que la otra le entregue información que ella misma debió y pudo haberse proporcionado.

Por otra parte, el deber de informar está estrechamente ligado a la formación del consentimiento, y en ese sentido es importante lo que señala Iñigo de la Maza en relación a que deben conjugarse adecuadamente las ideas de libertad y voluntad. No puede considerarse que la voluntad declarada por un agente es vinculante solamente cuando coincide con lo deseado, y es aquí donde cobra relevancia el principio de autorresponsabilidad.

Lo dicho trae como consecuencia que, en ciertas ocasiones, se pueden imputar a una persona sus declaraciones aunque no sean deseadas. Puede haber discrepancias no voluntarias entre lo declarado y lo deseado, y que esa voluntad de todas formas sea vinculante. Una situación ilustrativa de aquello es la figura del error inexcusable⁸³, donde no obstante la declaración del *errans* no refleja su verdadera voluntad interna, se la atribuyen de todas formas los efectos de la declaración y debe hacerse responsable por ella, a causa de su propia negligencia. Este efecto, es jurídicamente deseable porque existen buenas razones que justifican hacer responsable al declarante; proteger al contratante diligente e impedir al negligente verse favorecido con los efectos de la nulidad.

Para entonces necesario plantear las diferencias que se suscitan en el dolo por omisión respecto de lo que ocurre con la conducta activamente dolosa. Entregar información falsa es distinto que no entregar información que debió entregarse, no obstante que generalmente se entiende que la obligación de entregar información comprende también

⁸³ Si bien no se contempla expresamente en nuestra legislación, la doctrina mayoritaria está de acuerdo en que el contratante negligente no puede pedir la nulidad relativa por error.

la exigencia de que la información sea veraz o, por lo menos, responda al conocimiento que la parte que la suministra deba tener al momento de dicha entrega.⁸⁴

La diferencia, a mi parecer, es la siguiente; nadie puede poner en duda la existencia de un deber de no desinformar. Es decir, exista o no un deber de informar, el hecho de que una parte engañe a la otra entregándole información conscientemente falsa será siempre una conducta contraria a la buena fe y, por lo tanto, en ese caso no es razonable exigirle a la parte engañada una conducta diligente.

El principio de autorresponsabilidad se entiende como la contracara del deber de entregar información, es decir, como un deber de auto informarse. Por eso, no tiene sentido exigirle a la parte engañada que se haga cargo de la información fraudulenta en la que razonablemente confió, porque si bien tiene un deber de diligencia, este no alcanza para exigirle que se anteponga a la mentira del otro.

En cambio, cuando el dolo se produce por la omisión de una información que se omitió, la cuestión no es tan clara, justamente por la dificultad misma que subyace la determinación precisa de los deberes precontractuales de información atípicos. Para entender esto tenemos que considerar especialmente que la determinación de los deberes de información atípicos no se realiza nunca a priori, es decir, el juez únicamente determinará que se omitió un deber de información no contemplado en la ley, cuando la parte afectada entable la demanda de nulidad relativa por dolo.

Entonces ocurrirá que, el juez tendrá que ponerse en el lugar de los contratantes y determinar si existió o no un deber de informar, para luego establecer que éste fue omitido. Pero el juez tendrá que indagar más profundo, ya que la determinación de ese deber necesariamente implicará que se examine también la conducta de la otra parte, en cuanto el deber no podrá existir jamás si quien reclama la falta de información no indagó lo suficiente conforme al mismo principio en que sustentará su pretensión, el principio de la buena fe.

⁸⁴ De La Maza, I. (2010). Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información. Revista de derecho (Valparaíso), p. 76.

En el fondo, en esta materia el principio de autorresponsabilidad no solo será útil, sino que será un requisito para concluir que existió un deber, porque cuando una de las partes pida la nulidad del contrato por la omisión de un deber de información (ya sea por la vía del error o del dolo), no solo será examinada la conducta de la parte que debió informar, sino también de quién debió informarse.

4.5. El error y el dolo

La masificación de los contratos ha hecho que el rol de la información sea cada vez más relevante en el ámbito de la formación del consentimiento, siendo especialmente destacadas a este respecto las figuras del error y del dolo. El error consiste en una estimación que no se adecúa a la realidad, es la disconformidad del pensamiento con la realidad. Como vicio del consentimiento, el dolo es la maquinación fraudulenta destinada a engañar a la víctima, determinándola a celebrar el acto. Se induce a la víctima a incurrir en un error en dicha manifestación de voluntad.

Cuando hablamos de los vicios que pueden producir alteraciones en la correcta formación del consentimiento, el dolo incluye un error. Es decir, dentro de la hipótesis de dolo, es muy probable que podamos encontrar una de error, pero ese error no se ha producido de manera espontánea, sino que producto de una maniobra (activa o reticente) de la otra parte. Frente a esto, será frecuente que ciertas situaciones de hecho nos lleven a determinar un concurso de vicios, y demarcar claramente una línea entre ambos vicios se volverá difícil. La problemática que intento plantear se presenta dentro del concepto del dolo por reticencia, donde las diferencias entre ambos vicios se vuelven aún más tenues y la dificultad para distinguirlos claramente se incrementa.

La relación entre el error y el dolo en la etapa pre contractual se vuelve más lúcida cuando entendemos las ambigüedades propias de la reticencia dolosa. Si bien es indudable que el dolo se puede configurar a partir de una conducta activa o de una omisiva, ha sido un tema históricamente discutido si el silencio es suficiente para ser caracterizado como una conducta dolosa. La discusión se centra en determinar si la reticencia puede ser

plenamente equipara al dolo “clásico”, entendido como una conducta de una sujeto que engaña a su contraparte.

Hoy en día parece estar zanjado el asunto en orden a que el silencio puede ser constitutivo de dolo, al menos en el sentido de que puede ser apto para encuadrarlo dentro de la hipótesis del inciso primero del artículo 1458. Estudiar el fundamento de ésta problemática nos abre el camino para entender por qué se produce una particular confusión entre el dolo y el error en esta materia.

La profesora francesa Aude Denizot, plantea la discusión y señala que algunos autores relevantes⁸⁵ aducen que en el caso del dolo positivo el error debe ser provocado por maniobras, pero en el caso de la reticencia, la equivocación o el error de la contraparte es (o puede ser) preexistente al silencio y el silencio se limita a consolidar ese error. Esto significa que el dolo positivo sanciona los comportamientos que conducen al engaño, mientras la reticencia consiste en abstenerse deliberadamente de desengañar a la otra parte, dejando subsistir el error.⁸⁶

Este planteamiento implica distinguir entre dos tipos de error, un “error provocado” y un “error mantenido”, siendo el primero consecuencia de una conducta activamente dolosa y el segundo producto de la reticencia. Esta distinción se fundamentaría en una apreciación abstracta y cronológica del consentimiento donde las maniobras, anteriores a la formación del consentimiento, engañarían al otro contratante bajo el supuesto de que su consentimiento se produce necesariamente como consecuencia de dichas maniobras. Pero podría ocurrir también que el error exista cronológicamente desde antes que la maniobra, en cuyo caso la maniobra consistiría en no desengañar a la otra parte.

Concuerdo con la jurista francesa que critica esta distinción, ya que diferenciar entre el error inducido y el error preexistente parece requerir una intromisión en la voluntad interna que el derecho moderno repudia. El error es una apreciación falsa de la realidad que se construye gradualmente, de manera subjetiva e imperceptible, y la representación correcta o incorrecta de la realidad es intervenida de manera difusa, ya sea por el silencio

⁸⁵ Como G. Lardeux y J. Mouly.

⁸⁶ Denizot-Libreros, A (2014). Tendencias francesas en materia de dolo. En Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, N°26, pp. 166.

o maniobra activa de la contraparte. En la mayoría de los casos no es posible distinguir exactamente en qué momento nace el error.⁸⁷

Lo relevante es que ésta distinción, actualmente superada desde el ámbito teórico, explica la íntima relación que existe entre el error y el dolo, particularmente en materia de dolo por reticencia, donde el reconocimiento del silencio se estimará doloso solo en la medida en que existan circunstancias que permitan exigir al contratante revelar o advertir al otro el error que está cometiendo.

Finalmente, me parece que el problema del error y el dolo por reticencia puede abarcarse desde otro ángulo, especialmente en lo que dice relación al requisito de excusabilidad del error. Esto se relaciona íntimamente con los deberes de información que ya mencioné, y particularmente con las obligaciones de auto informarse que tiene cada parte dentro de la relación contractual, cuyo análisis será generalmente casuístico, atendiendo a las particulares características que rodean al contrato.

El silencio solo puede ser doloso cuando exista una razón para exigir una conducta distinta de quien calló. En ese sentido, cuanto mayor es la obligación de conocimiento, tanto menos plausible es la ignorancia, y la obligación de la contraparte de revelar el error en que la otra se encuentra queda reducida, junto con los demás deberes de aclaración que la buena fe puede imponer. En consecuencia, resultará inexcusable el error cometido por el contratante que tenía el deber de informarse durante la celebración del contrato. Este deber de informarse cesa donde comienza la obligación de informar por la otra parte, pero la frontera entre los dos es inestable y varía en función de la calidad de las partes.⁸⁸

Si pensamos en la inestabilidad y opacidad de la frontera entre aquel deber de auto informarse y la obligación de informar, la calificación del silencio como doloso se vuelve especialmente complicada, porque ya lo es la determinación del paso anterior, el error excusable.

⁸⁷ Denizot-Libreros, A (2014). Tendencias francesas en materia de dolo. En Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, N°26, pp. 166.

⁸⁸ Neme Villarreal, M. (2012). El error como vicio del "consentimiento" frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato. 15 de marzo de 2012.

Para complejizar aún más el asunto, para que el error sea calificado como inexcusable se requiere que la parte que sufre el error haya salido del terreno de ese deber de auto informarse. Cabe entonces la pregunta de si, como señala la profesora Martha Neme, la frontera entre dicho deber y el contra-deber de informar al otro es continua o puede presentar un espacio gris, dependiendo obviamente del tipo de contrato.

Si opinamos como la profesora Neme, que los deberes son continuos, entonces veremos inevitablemente un concurso entre el error y dolo por reticencia. Pensemos que, en esta hipótesis, desde que deja de ser exigible a una de las partes que se proporcione ella misma información, surge instantáneamente un deber de la otra parte de llenar los vacíos de información que no se subsanaron con la diligente aplicación del deber de auto información. Esto trae como consecuencia que cuando dicha información no sea subsanada, habrá un error excusable y también un silencio doloso.

Primero, suponiendo que la parte se proporcionó la información que debió, pero que no le alcanzó para conocer el estado real de las cosas, su error podrá ser calificado como excusable y cabrá dentro del concepto de error que contempla el código civil. Segundo, y he aquí la dificultad, si el contratante se proporcionó la información debida y no llegó a conocer adecuadamente la realidad, como el deber de proporcionar información es continuo, se establece en consecuencia una infracción de la otra parte, producto de que ese error se debe una información que alguien debió necesariamente proporcionar y no lo hizo.

Pero creo que puede sostenerse una postura alternativa. Es posible que el deber de auto informarse y el de informar al otro no estén instantáneamente uno después del otro, es decir, que la llamada imaginaria línea divisoria no sea continua. Podría señalarse que, en ciertos contratos, hay un espacio en que una parte incurre en una falsa representación de la realidad no obstante haberse proporcionado información de forma diligente. En ese caso, sería injusto reprochar al otro contratante el no proporcionar dicha información, que quedaría fuera de su ámbito de deber. Existiría entonces un fragmento teórico donde el error es excusable, o pareciera serlo, y no hay un silencio que pueda ser calificado como doloso. Volveré sobre esta idea en el siguiente apartado.

4.6. La relevancia del dolo incidental en el análisis

Como fue señalado, existen buenas razones para creer que la construcción de los deberes precontractuales de información atípicos debe quedar supeditada solamente a la negociación de aquellos contratos que especialmente lo ameriten, siendo poco aconsejable extenderlos más allá de un entendimiento “débil” (en palabras Iñigo de la Maza) del concepto de lealtad y buena fe, por los efectos nocivos que la imposición excesiva de deberes de información puede generar. Es por esto que, para el juez, no será fácil la tarea de determinar la existencia o inexistencia del deber, y es ese el sentido en que puede ser de utilidad incorporar el principio de autorresponsabilidad anudado a al concepto de dolo incidental.

La exigencia de diligencia pareciera ser esencialmente opuesta a la actuación dolosa de otro y, por lo tanto, inexigible a quien ha sido víctima de un engaño perpetuado a partir de conductas positivas. Por eso cuando el engaño se realiza a partir de una conducta activa, éste siempre será reprochable y no tendrá aplicación el principio de autorresponsabilidad. No cabrá, en este último caso, la exigencia de una conducta distinta a la víctima del dolo, o al *errans*, si se optara por la doctrina del error.

Pero la sutileza propia de la omisión sugiere la aplicación del principio de autorresponsabilidad en materia de dolo por reticencia, a diferencia de lo que ocurre cuando la conducta es activa, en cuyo caso el principio puede aplicarse solamente en una hipótesis de error, mas no de dolo. Dicho en otras palabras, el principio de inexcusabilidad propio del error que, en principio, no tendría ninguna aplicación en materia de dolo, será un factor relevante a considerar en materia de dolo por reticencia, ya que la construcción del deber implica necesariamente el examen de la conducta de ambos contratantes.

Sumado esto a lo señalado en el apartado anterior, es que la frontera del error y el dolo por reticencia se vuelve especialmente compleja, lo que pareciera dificultar la aplicación de la figura de dolo incidental, pero a su vez constituye un espacio gris donde dicha institución puede encontrar un espacio de operatividad.

Si nos fijamos bien, en realidad la sanción que propone el dolo incidental es menos grave que la que se le asigna al error, a pesar de que el primero se considere como una especie de dolo. En el error, la víctima puede solicitar la anulación del contrato, con la correspondiente indemnización de perjuicios, en el caso del dolo incidental, procede la indemnización, pero no la nulidad. Esta sanción se justifica cuando entendemos la dificultad inherente a la determinación de los deberes de información atípicos donde una parte reclama que la otra omitió entregar cierta información que, en virtud de la lealtad propia de la relación precontractual, debió entregarse.

La solución en este caso, parece ser binaria. La primera posibilidad es que el juez determine que se omitió un deber de información impuesto por la buena fe y que el contrato adolece de un vicio de nulidad relativa por error o dolo. La segunda posibilidad es que se determine que no existía tal deber de información, que la voluntad no adolece de vicio alguno y, por lo tanto, el contrato debe permanecer vivo siendo rechazada en consecuencia también la pretensión indemnizatoria.

Pero la aplicación de la figura del dolo incidental nos entrega una tercera posibilidad, al menos en el ámbito sancionatorio. Como se mencionó, la consideración de que la consecuencia del dolo incidental sea menos gravosa que la del error no es baladí. Como el dolo incidental consiste básicamente en la calificación de una actuación dolosa, uno tiende a entender que sería una figura naturalmente más grave que la del error, pero si somos rigurosos no necesariamente es así, y podría entenderse simplemente como una categoría jurídica similar, pero con otras consecuencias, y pensada para situaciones distintas del error y del dolo.

Frente a esto, retomaré la idea del párrafo final del apartado anterior. He intentado sostener que existe un posible espacio donde una parte presenta una falsa representación de la realidad, que no es atribuible a negligencia en el proceso de auto informarse, pero tampoco es imputable al otro contratante como una maniobra dolosa. Cabe plantear entonces la pregunta de si dicho espacio debe ser jurídicamente tratado como un error excusable.

Aquí nuevamente nos vemos enfrentados al problema que trae el requisito de excusabilidad del error, en cuanto a acercarlo conceptualmente a la hipótesis de dolo.

Creo que es jurídicamente correcto plantear como una posible solución a este tipo de situaciones que el espacio gris pueda ser tratado como una hipótesis de dolo incidental, por las razones que señalaré a continuación.

Primero, si bien es jurídicamente procedente asignar a dicho espacio las consecuencias del error inexcusable, me parece que hay buenas razones para pensar que los efectos propios del dolo incidental se condicen más con las características propias del “espacio” aducido. Para conducir esta interpretación hay que tener presente que la principal diferencia entre atribuir una u otra consecuencia es la aplicación de la nulidad, es decir, la declaración de ineficacia de la convención, siendo la indemnización de perjuicios el factor común.

Segundo, en búsqueda de un sano equilibrio entre la estabilidad de los negocios y la protección de las víctimas del engaño, parece razonable que cuando un contratante se entrampe en una falsa representación de la realidad que no sea atribuible a su propia negligencia ni al silencio malicioso de la contraparte, la consecuencia de dicha falsa representación sea la procedencia de una indemnización de perjuicios que compense ese error, estimado excusable y justo, pero no atribuible a la mala fe del otro.

Si decidiéramos, además de la indemnización, permitir que el errans opte por la nulidad del contrato, dicha solución sería nociva para el equilibrio entre la estabilidad contractual y protección de la víctima, en excesivo favor de la protección de la víctima que, en este caso, al no existir una conducta dolosa requiere una protección mucho más atenuada.

Esta razón sería la que nos permite sostener que el dolo incidental se puede aplicar a este tipo de situaciones, teniendo en especial consideración que aquel “espacio” al que nos hemos referido, está estrechamente vinculado a la determinación de los deberes pre contractuales de información, entendidos en un sentido amplio como el deber de ambas partes de auto proporcionarse diligentemente la información que razonablemente les concierne, como también de proporcionar a la otra aquello que en virtud de la buena deben aclarar.

V. REVISION JURISPRUDENCIAL

Para finalizar, se analizará un fallo de nuestra Corte Suprema de Justicia en que se pronunció sobre la materia, que además recorrió la totalidad de la jerarquía de nuestros tribunales. Éste trabajo no tiene la pretensión de transformarse en una recopilación jurisprudencial, sino que su enfoque primordial consiste en el análisis de un marco teórico del asunto en cuestión. No obstante, parece acertado constatar que, en la búsqueda de jurisprudencia, pude advertir que la materia ha sido tratada de manera muy escasa por judicatura nacional.

Si bien existen diversos fallos en que se menciona de manera superficial el dolo incidental, son bastante irrelevantes en cuanto al fondo del derecho aplicable a la solución de dichos casos y se utiliza más bien como un concepto accesorio en contraposición al dolo determinante.

5.1. Relato de los hechos y pronunciamiento de primera instancia⁸⁹

Mediante demanda en juicio ordinario de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual, J.L.T.B y otros (en adelante los “demandantes”) demandan a la Inmobiliaria Caleuche Ltda. (en adelante la “demandada”), a fin de que se declare que ésta última incurrió en una actuación dolosa, infringiendo la buena fe objetiva en las etapas previas a la celebración del contrato, ofreciendo un inmueble de características diferentes al finalmente vendido que hizo inconveniente el precio pagado. En razón de lo anterior, indica que la demandada debe indemnizar los perjuicios sufridos por infringir los deberes de información.

La demanda se funda en que los actores son propietarios de inmuebles adquiridos a la demandada, cuya superficie construida sería de 103 metros cuadrados. Con todo, después de haber transcurrido uno o dos meses desde la entrega de las viviendas, los actores se percataron de que éstas no tenían las dimensiones que se les había asegurado y que las

⁸⁹ Todas las citas del presente apartado corresponde al pronunciamiento del 2° Juzgado Civil de Santiago, caratula Rol 19192-2006, de fecha 6 de diciembre de 2010.

viviendas tenían una superficie de 92,12 metros cuadrados y no los 103 ofrecidos. Los demandantes ejercen la acción indemnizatoria prevista en el inciso segundo del artículo 1458 del Código Civil, demandando el pago total de los perjuicios contra quienes fraguaron el dolo y actuaron de mala fe en la etapa precontractual.

La demandada contesta por su parte que la disconformidad no es tal, y que la confusión de los actores se debe a que los segundos pisos de las viviendas caen dentro del concepto de legal de “planos inclinados”, que reduce de 43 a 33,33 metros cuadrados la superficie, pero ello no implica que la superficie de las casas se haya reducido en 10 metros cuadrados, ya que la diferencia de metraje reclamada respecto del segundo piso de la vivienda no existe como tal, desde que la planta alta del inmueble es plenamente utilizable conforme lo ofrecido. El tribunal de primera instancia acogió la demanda en cuanto al daño emergente reclamado, pero no al lucro cesante.

En relación a la sentencia de primera instancia, surge interés a partir de la alegación de la demandada en cuanto a que el daño reclamado se produce en la etapa anterior a la formación del contrato, y que por lo tanto debe regirse por las normas de la responsabilidad extracontractual. El 2° Juzgado Civil de Santiago se hace cargo de la defensa, señalando que:

Considerando trigésimo noveno: *“Que, para resolver la cuestión debatida, es menester determinar la época efectiva en que el hecho ilícito alegado por la demandante se perfecciona. En tal sentido, en lo que se refiere precisamente a la institución del dolo, es imposible tratar de manera independiente la acción u omisión que induce al otro a una falsa interpretación de la realidad y el daño que esa acción u omisión ha producido en la persona contra quien se ha dirigido.”*

Considerando cuadragésimo: *“Que, así las cosas, no obstante ser cierto que el hecho que se imputa a la demandada principió durante las tratativas preliminares, también es cierto que el daño, y por ende la eventual existencia del dolo demandado, sólo pudo configurarse en forma real y cierta desde el momento que las partes celebraron el referido contrato y concretaron todas las negociaciones previas, haciéndose completamente aplicable el estatuto de responsabilidad contractual al caso sub-judice. Esta afirmación se basa esencialmente en el hecho de que el dolo in contrahendo,*

aquella maquinación fraudulenta destinada a inducir en otro una falsa representación de la realidad con el objeto de que éste preste su consentimiento, si bien en una fase inicial generalmente comienza a fraguarse en las etapas previas a la existencia del contrato, cumple su objetivo y sólo opera como institución de derecho privado cuando la otra persona contrata y sufre un daño apreciable pecuniariamente, y no constando antecedente alguno en autos que ponga en duda la existencia y validez del contrato celebrado, habrá de rechazarse la alegación de inaplicabilidad del estatuto de responsabilidad contractual opuesta por la demandada”.

El tribunal de primera instancia parece reconocer que el régimen aplicable al dolo incidental sería el de la responsabilidad contractual, pero haciendo en el considerando siguiente dos prevenciones o aclaraciones a la aplicación de este régimen, que opacan dicha conclusión:

- a) En primer lugar aclara que en el caso de que se impugnara la validez del contrato, como ocurriría en el caso de que se demandara la nulidad relativa por dolo determinante, no sería aplicable este régimen sino el de responsabilidad extracontractual. Esto queda claro a partir del argumento esgrimido en el considerando cuadragésimo primero: *“diferente sería el escenario si la parte demandante impugnara la validez de los contratos de compraventa celebrados, en cuyo caso, se caería el antecedente basal de la responsabilidad contractual. En tal caso debe necesariamente aplicarse el estatuto de responsabilidad extracontractual, toda vez que por efecto de la nulidad del contrato las partes volverían al estado inmediatamente anterior a la celebración del acto.”*

- b) Segundo, y más cuestionable que la situación anterior, señala que incluso un caso de responsabilidad por dolo in contrahendo podría ser resuelto por la vía extracontractual, si la producción del daño se expresara en esa etapa, previo a la formación del consentimiento. En el mismo considerado anteriormente señalado, y sin especificar como se podría dar este suceso, exclama el tribunal que *“diferente sería también que tanto el hecho como la producción del daño ocurrieran durante la etapa precontractual, en cuyo caso igualmente operaría la responsabilidad*

aquiliana. Sin embargo, como se ha dicho, el dolo alegado sólo ha podido perfeccionarse en la etapa contractual y corresponde, por tanto, aplicar en la especie el estatuto de responsabilidad que se ha señalado.”

Particularmente este último punto dejaría abierta la posibilidad de aplicar al dolo incidental tanto el régimen contractual como al extracontractual, dependiendo de la etapa en que se produzca el daño. Si el daño se produjera durante la etapa pre contractual, el régimen aplicable sería el de la responsabilidad aquiliana. Si, en cambio, el daño se produce una vez formado el consentimiento entramos al terreno de la responsabilidad contractual.

En este punto es interesante considerar las consecuencias que puede tener la aplicación de uno u otro régimen, desde el punto de vista de la aplicación práctica de una acción indemnizatoria procedente de un hecho calificado como incidentalmente doloso. Si aplicamos el régimen de la responsabilidad extracontractual, nos encontraremos frente a la dificultad de separar conceptualmente la aplicación del dolo vicio y justificar dicha diferencia. Por otra parte, si se aplica el régimen de la responsabilidad contractual, estaremos en permanente tensión con los remedios del incumplimiento contractual y la aplicación del régimen del artículo 1489 del Código Civil.

En cuanto al dolo incidental se refiere, la demandante alega la existencia de dolo in contrahendo incidental del artículo 1458 inciso 2º del Código Civil fundada en el hecho de que la demandada los indujo a una errada interpretación de la realidad al señalarles, publicar y promocionar que las viviendas contaban con una superficie de 103 metros cuadrados, cuando en realidad, de acuerdo a la forma de cálculo establecida en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (O.G.U.C.), la superficie real de los inmuebles era de 92,12 metros cuadrados.

Esta maniobra dolosa sería suficiente para provocar perjuicios materiales y morales en los demandantes, mas no para viciar el consentimiento y accionar de nulidad relativa contra el acto, pues no aparece claramente que sin él no hubieren contratado, es decir, no cumple con el requisito de la determinación para viciar el consentimiento, pero sí ha generado perjuicios a los demandantes, pues las viviendas no ofrecerían los estándares de confort que suponían para ellos y sus familias, al creer comprar una vivienda de 103

metros cuadrados. Además alegan, en términos simples, que si hubieran tenido la real superficie de los inmuebles probablemente hubiesen optado por una vivienda de otro tipo, que con 4 metros cuadrados menos de superficie era 200 UF más barata y conveniente.

El tribunal, acogiendo la demanda en este aspecto, se pronunció primero estableciendo que conforme a la normativa de la Ordenanza General existió efectivamente información inexacta y, atendida la calidad profesional de la demandada, se eleva su estándar de diligencia exigible y califica su conducta como “*al menos una hipótesis de culpa grave*” (Considerando cuadragésimo octavo), de conformidad al artículo 44 del código civil.

Termina señalando en el considerando cuadragésimo noveno que “*la concepción objetiva del dolo, unida a la presunción de que la culpa grave en materia contractual también se asimila al dolo, permitirá dar por establecido que la conducta desplegada por la demandada constituye una hipótesis de dolo, y por haber acaecido durante la ejecución de un contrato de compraventa, constituye una hipótesis de dolo in contrahendo.*”

Señala finalmente en el considerando quincuagésimo “*Que, ahora bien, es cierto que la propia demandante reconoce que la acción imputable desplegada por la demandada **no fue de la intensidad suficiente para afirmar que sin él no hubieran contratado, pero ello no obsta a la existencia del dolo incidental, que si bien no vicia el consentimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1458 inciso 2° del Código Civil, da acción de indemnización de los perjuicios que dicho acto produjere.***”

Se pronuncia también el tribunal de instancia sobre los deberes de información que tenían las partes, dada la existencia de información contradictoria disponible. En el considerando quincuagésimo sexto, el tribunal de instancia reza “*Que, en efecto, desde el análisis planteado precedentemente, atendida la calidad de profesional de la demandada y que ésta se encontraba en una posición privilegiada para emitir información adecuada, toda vez que contaba con todos los antecedentes para publicitar la superficie correcta de las viviendas y a pesar de ello no lo hizo, habrá de declararse que la contradicción de información relevante entre la publicidad y el certificado de recepción de la municipalidad es un hecho imputable sólo a Inmobiliaria Caleuche Ltda., por ser ella quien emitió la información defectuosa, no obstante encontrarse obligada legalmente a aportar información adecuada durante la contratación. Por su parte, los*

demandantes, que han adquirido esta información por medios publicitarios de la propia demandada crearon en su intelecto una falsa representación de la realidad sin negligencia, legítimamente y avalados por una información emitida por la propia vendedora frente a la cual, aplicando el principio de buena fe en la contratación, no tendrían por qué dudar.”

Por último, una vez determinada la existencia del dolo incidental, el tribunal se refiere a los perjuicios existentes, considerando los perjuicios previsibles e imprevisibles como consecuencia de la actuación “incidentalmente dolosa” de la demandada, al tenor del artículo 1558 del Código Civil. El tribunal decide conceder una indemnización por daño emergente, siendo llamativa la forma que utiliza para calcularlo.

El razonamiento que realiza el tribunal consiste en comparar el precio que se pagó por un determinado tipo de casa versus el que se pudo haberse pagado por la otra opción de casa disponible. Si bien esta última tenía menos metros cuadrados, el precio no era considerablemente menor, y el fallo le asigna al exceso de costo de los metros cuadrados que supuestamente tenía la vivienda obtenida un costo indemnizable como consecuencia del engaño.⁹⁰

⁹⁰ Si bien he preferido no pormenorizar en los detalles, el razonamiento literal que realiza el tribunal queda retratado en los siguientes considerandos:

- Quincuagésimo noveno: *“Que, en cuanto a los perjuicios materiales alegados por la parte demandante, consistentes en el exceso de precio de 140 UF que habrían pagado por cada propiedad, el que se obtendría al considerar que la casa comprada sólo tiene en realidad 4 metros cuadrados más que la casa tipo B que costaba 200 UF menos... (A partir de los peritajes se concluye que) que la vivienda tipo A, de una superficie total de 92,12 metros cuadrados, tiene un valor comercial de 1.743,3 UF o \$35.000.000 millones de pesos, mientras que la propiedad tipo B, con una superficie total de 88,56 metros cuadrados, es decir, sólo 3,56 metros cuadrados más pequeña que la vivienda tipo A, tiene un valor de \$33.000.000 millones de pesos o 1.690 UF, ambas a la fecha de realización de las tasaciones. (A partir de otro testimonio, se puede) tener por establecido que los demandantes, producto de haber comprado en realidad viviendas que son sólo de 92,12 metros cuadrados y no de 103 como inexactamente informó la demandada, han sido perjudicados materialmente, pagando más de lo que de acuerdo a la cabida de los inmuebles hubiera correspondido.”*
- Sexagésimo primero: *“Que, así las cosas, habiéndose acreditado que las propiedades adquiridas por los demandantes tienen exactamente 10,88 metros cuadrados menos que el monto que la demandada inexactamente publicitó y tan sólo 3,56 metros cuadrados más que la vivienda tipo B, cuyo precio -no controvertido por la contraria- ascendía a la suma de 1620 UF, con un simple cálculo aritmético, habrá de señalarse que cada uno de los demandantes pagó en exceso por las propiedades adquiridas la suma de 158,67 UF, pues habiéndolas comprado a razón de 1820 UF cada una creyendo que tenían 103 metros cuadrados, entonces estimaron comprarlas a 17,66 UF por metro cuadrado obteniendo un valor de la propiedad de 92,12 metros cuadrados de 1.626,83 UF, y por otra parte, visto desde las casas tipo B, conociendo que éstas son de 88 metros cuadrados, se estimará en 18,4 UF cada metro cuadrado, obteniendo que la misma casa de 92,12 metros cuadrados tendría un valor de 1.695 UF,*

5.2. Pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago⁹¹

El tribunal de alzada revocó la decisión de primera instancia, rechazando la demanda en todas sus partes. En primer lugar, se niega la existencia de dolo. La sentencia señala en su considerando quinto que no resulta posible presumir la existencia de dolo, y que para afirmar su existencia se hace indispensable probarlo, conforme señala el artículo 1459 del Código Civil, lo que no ha ocurrido en este caso.

En el mismo sentido, el considerando sexto razona: *“Que, ahora bien, la demandante y la sentencia que se revisa señala que la acción que se imputa a la demandada habría sido ejecutada con dolo incidental, toda vez que si bien no vicia el consentimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1458 inciso 2° del Código Civil, otorga acción de indemnización de perjuicios. Se sostiene la existencia de dolo, por la equivalencia a la culpa grave ya referida, sin embargo, esta equiparación no constituye una regla absoluta, puesto que admite excepciones⁹². Así, el dolo como vicio del consentimiento se constituye mediante una maquinación fraudulenta cuyo objeto es crear un falso concepto de la realidad para que la contraparte consienta en un determinado acto o contrato. Para que exista dolo debe idearse una puesta en escena, un ardid, un engaño, un plan con una finalidad maliciosa, cuyo propósito es obtener el consentimiento de la parte víctima de estas maniobras. En el caso que se analiza, no se aprecia, ni acredita, ningún grado de intencionalidad en el actuar gravemente culposo de la demandada, por lo que necesariamente deberá excluirse toda forma de dolo en su accionar. Refuerza esta conclusión lo previsto en el artículo 1458 del Código Civil, que no se refiere a la culpa grave como fuente de las acciones indemnizatorias que se derivan del dolo como vicio del consentimiento.”*

Sin ánimos de profundizar en este aspecto, el tribunal parece referirse a la discusión existente sobre la equiparación de la culpa grave al dolo, en cuanto a si esta tendría o no alcances probatorios. La cuestión estriba en determinar si la asimilación de la culpa grave al dolo

por lo tanto, su valor real habrá de estimarse, como promedio entre los dos posibles precios, en la suma de 1.661,33 UF, es decir, 158,67 UF menos de lo pagado efectivamente por la parte demandante por cada vivienda.”

⁹¹Todas las citas del presente apartado corresponden al pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, caratula Rol 1116-2011, de fecha 5 de noviembre de 2013.

⁹² Los énfasis son agregados.

implica que la primera, por aplicación del artículo 1459, deba probarse, quedando sin aplicación la presunción de culpa establecida en el artículo 1547 inciso tercero del CC. En este caso la Corte opta por una postura más estricta entendiendo que si se quieren aprovechar los efectos del dolo, entonces la culpa grave no puede presumirse.

5.3. Pronunciamiento de la Corte Suprema⁹³

La parte demandante deduce recurso de casación en la forma y en el fondo. En cuanto a lo que aquí interesa, denuncia la infracción del artículo 44 Código Civil, ya que los sentenciadores del fondo no lo habrían aplicado, no obstante haberse establecido en el proceso la existencia de culpa grave en el actuar de la demandada, culpa equiparable al dolo, y que justificaría plenamente la acción indemnizatoria intentada.

Al mismo tiempo, el recurrente dice que los sentenciadores de la instancia contravinieron el artículo 1458 del Código Civil, ya que la información equívoca proporcionada por la demandada respecto de las características del inmueble que vendió a los actores los indujo a error. Señalan que, en ausencia de éste error, no habrían contratado o lo habrían hecho en condiciones diferentes. Por último reclaman transgredido, por falta de aplicación, el artículo 1546 del Código Civil según el cual los contratos deben ejecutarse de buena fe, desde que se omitió entregar a los demandantes toda la información necesaria para formar su consentimiento.

La Corte comienza reflexionando sobre las diversas clases de dolo reconocidas en nuestro ordenamiento, distinguiendo entre aquel dolo en que se considera que la obra dolosa es determinante, y aquel en que la maniobra fraudulenta genera una falsa representación de la realidad que no inhibe el consentir del contrato, en palabras de la corte, aunque modifica los términos en que se produce la aceptación.

Así señala en el considerando octavo que *“el dolo puede observarse como una maquinación fraudulenta destinada a que una de las partes de la convención preste su consentimiento*

⁹³ Todas las citas del presente apartado corresponden al pronunciamiento de la Corte Suprema, caratula Rol número 16602-2013, de fecha 3 de noviembre de 2014.

para la celebración de la misma, lo que, como bien señalan los sentenciadores de alzada, supone necesariamente una conjura o un ardid para obtener un consentimiento, que de no haber existido aquél, no se habría manifestado, o si se hubiese consentido, hubiese sido en condiciones menos onerosas para la víctima, de lo que resulta como consecuencia que si el dolo es obra de una de las partes y es determinante, en el sentido de que sin él la otra no habría contratado, se entiende el consentimiento viciado y el contrato se sanciona con la nulidad relativa. En cambio, si el ardid o maniobra fraudulenta que supone el dolo no es obra de una de las partes o, aun siéndolo, la falsa representación de la realidad que con él se busca no inhibe de consentir en el contrato, aunque si hubiese sido conocido por la víctima ésta hubiera manifestado su aceptación en términos menos gravosos para ella. Este tipo de dolo, que la doctrina conoce con la denominación de incidental, da sólo derecho a indemnización de perjuicios, como lo señala el artículo 1458 del Código Civil, siendo del caso destacar que se produce o hace efectivo, por su misma naturaleza, en la etapa que precede a la de perfeccionamiento del contrato, que es la de formación del consentimiento”.

Reconoce nuestro máximo tribunal el concepto doctrinario de dolo incidental como una figura contemplada por nuestro ordenamiento jurídico. Me gustaría destacar especialmente lo que señala la Corte en las últimas dos líneas, en relación a que el dolo incidental sería propio de la etapa precontractual, contrariando lo que señaló el tribunal de primera instancia, desestimando el argumento que justificaba la aplicación del régimen contractual para estos casos en que la producción del daño se materializa justamente durante la vigencia del régimen del contrato. Sería entonces, sin entrar en mayores especificaciones, aplicable al dolo incidental el régimen de la responsabilidad extracontractual.

Quizá el aspecto más importante a considerar en esta sentencia se encuentra en el considerando undécimo donde la Corte señala: *“Que, a juicio de este tribunal de casación, la acción de indemnización de perjuicios en que los demandantes imputan a la demandada una falsa representación de la realidad como consecuencia del dolo incidental de que habrían sido víctimas, se asimila y confunde con una acción de otra naturaleza en que se denuncia la infracción de obligación que resulta de la falta de la adecuada información de la superficie de las viviendas adquiridas, para la cual hubiese resultado pertinente la*

alegación de la culpa grave que la ley hace equivalente al dolo. Para la primera se invoca como norma decisorio litis el artículo 1458 del Código Civil; en cambio, para la segunda era indispensable invocar como causa de pedir el artículo 1489 del mismo cuerpo legal, lo que los demandantes no hacen, mezclando dos instituciones jurídicas sustancialmente diferentes.”

En buenas cuentas, el tribunal señala que el problema en este caso no radica en la formación del consentimiento, ni siquiera en la etapa de negociación del contrato, sino que el recurrente debió invocar las normas relativas al incumplimiento para subsanar su situación. Los problemas derivados de la delgada línea existente entre el dolo incidental y el incumplimiento contractual ya fueron comentados, y en este fallo pueden verse claramente reflejados e incrementados con la argumentación que precede.

La Corte justifica lo antedicho, primeramente, en la buena fe y la teoría de la integración contractual. Luego, razona en el considerando duodécimo: *“Sobre la base de lo anterior, y atendida la particular naturaleza de la relación de obligación que se crea en el contrato celebrado entre el constructor de una vivienda y el comprador de la misma, es indudable que la buena fe obligaba al primero a especificar con claridad y precisión la superficie de la vivienda vendida, desvaneciendo la posibilidad de equívocos como el que se observa en el caso sub lite, debiendo haber distinguido los metros construidos que resultan de la medición conforme a la normativa vigente y los metros adicionales que, no obstante ésta, resultan aprovechables, lo que no hizo. Sobre esta base pudiera configurarse un incumplimiento de obligación que, según lo establece el artículo 1489 del Código Civil, autorizaría a la contraparte de la infractora en el contrato bilateral a perseverar en el contrato o demandar su resolución, en ambos casos con indemnización de perjuicios, sin necesidad de recurrir al dolo previsto en el artículo 1458 del mismo cuerpo legal, camino que indudablemente los demandantes no siguieron.”*

En primer término, la argumentación pareciera darle la razón al recurrente, en el sentido de admitir que existieron ciertos deberes de información en la etapa pre contractual que se infringieron por parte de la constructora. Pero la infracción a esos deberes, la Corte los entiende como un problema de incumplimiento contractual que debe resolverse por la vía de

los remedios propios de este régimen, y que escaparían de la esfera extracontractual a la que pertenecería, según el mismo fallo, un daño derivado del dolo incidental.

En opinión del tribunal, el recurrente confunde dos acciones diferentes; la de dolo incidental con la de incumplimiento contractual. Además, concluye que ***“no puede configurarse el dolo incidental con sustento en una falta de diligencia o cuidado en el cumplimiento de una obligación, que los actores califican de culpa grave, resultando ésta concordante, por el contrario, si se hubiera sustentado la acción de indemnización de perjuicios en el incumplimiento del contrato, lo que los demandantes omiten, centrando la causa de pedir en el artículo 1558 del mismo cuerpo legal”*** (considerando decimotercero).

No profundiza mayormente el tribunal en determinar porqué la falta en la entrega de dicha información relevante constituye un incumplimiento contractual, ni tampoco en argumentar los motivos que impedirían configurar una hipótesis de dolo incidental a partir de la falta de cuidado en el cumplimiento de una obligación, entendiendo que esta se incumple en el contexto de una negociación.

Dicha falta de justificación la comete reiteradamente la Corte, admitiendo que en el cumplimiento del deber de información a que obligaba la ejecución del contrato de buena fe, la demandada se encontraba en la necesidad de declarar que las viviendas tenían una determinada superficie, lo que no hizo en términos claros y explícitos. De ello deriva, sin justificar, que fluye como consecuencia la aplicación del artículo 1489 del Código Civil.

Finalmente, la Corte rechaza el recurso de casación por los argumentos antes retratados y otros que nada tienen que ver con el tema de la presente memoria. De todas formas, parece un caso ilustrativo para apreciar algunos de los problemas comentados sobre la figura del dolo incidental.

¿Por qué se aplica dicho régimen y no el relativo al dolo? Incluso, otros podrían argumentar que podrían impetrarse otros regímenes especiales como el de los vicios redhibitorios o los defectos de cavidad propios de la compraventa. Esto supone un desafío para la doctrina nacional, que se ha dedicado arduamente a desentrañar la convivencia entre el régimen general de remedios frente al incumplimiento contractual del artículo 1489 con los regímenes especiales, pero ha omitido añadir en el análisis la coexistencia de éstos con las sanciones de

ineficacia que son, muchas veces, propias de defectos que se producen en la etapa pre contractual y que se relacionan a defectos en la información entregada.

CONCLUSIONES

1. La dificultad, y así también el interés que existe en esta investigación, consiste en que incluso el objeto mismo de ella no tiene una definición clara y unánime, que comprenda todos los aspectos característicos de la institución estudiada. No obstante, algunos elementos esenciales señalados de forma común por la doctrina al momento de buscar una definición consisten en: (I) la existencia de desequilibrio en las prestaciones producto de un engaño⁹⁴ y; (II) que no es determinante para la formación del consentimiento.

Esta dificultad para definirlo y caracterizarlo propiamente, utilizándolo más bien en contraste a la figura más común, el dolo vicio, han impedido explorar los verdaderos alcances de la institución. Indagando en los motivos que explican dicha dificultad, surge a la vista un problema que ha sido frecuente en el derecho de contratos. La concurrencia de figuras jurídicas que se superponen ante un mismo hecho ha complicado a los juristas en el estudio de distintas instituciones⁹⁵, siendo la etapa pre contractual particularmente engorrosa para aclarar y separar ciertas materias que muchas veces presentan áreas grises. El dolo incidental se ubica en aquel espacio gris.

El dolo incidental no es nuevo, fue comentado incluso en las Partidas y el Digesto, produciendo problemas a los estudiosos del derecho desde la antigüedad. Lo que al menos está claro es que, se hacía una diferencia entre dos tipos de engaños en materia contractual; uno determinante, que vicia el consentimiento, y uno de menor entidad, que no lo vicia y permite la subsistencia del contrato.

El *Code* francés de 1804, omitía en su tenor literal una mención al dolo incidental, no obstante, la figura ha sido comentada permanentemente por connotados juristas franceses, algunos quienes señalaron que el antiguo artículo 1116 si consideraba la

⁹⁴ Como vimos, ni siquiera existe unanimidad respecto a si corresponde realmente a una figura que pueda entenderse como propiamente dolosa.

⁹⁵ Es posible mencionar, entres otras, la concurrencia entre supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual, la convivencia de los regímenes de saneamiento de la compraventa con los remedios generales frente al incumplimiento, y ciertos casos de error con incumplimiento en la obligación de entrega.

existencia de una forma distinta de dolo⁹⁶. Resultan de especial interés los comentarios de Pothier, quien considera que un engaño que no es determinante no constituye dolo. Sin embargo, de todas formas lo considera meritorio de una indemnización de perjuicios, cuya fuente no puede ser otra que un ilícito civil, con las consecuencias propias provenientes del régimen de acciones con origen extracontractual.

El reconocimiento actual de la clasificación no es uniforme a nivel mundial. El efecto de la anulación para el dolo causal y el de la reclamación de daños para el dolo incidental se ha conservado en diversas codificaciones, y desconocido en otras. Aún en el derecho moderno de las obligaciones y en la reforma francesa, esta materia sigue siendo objeto de discusión entre los juristas.

2. A partir de la dificultad de definición y caracterización, nos enfrentamos a un segundo factor de precisión. La pregunta puede abordarse desde dos perspectivas; la primera, si acaso es realmente posible distinguir entre estas dos hipótesis distintas de dolo, o más bien, si existe un supuesto de hecho que pueda enmarcarse claramente como constitutivo de dolo incidental. Responder afirmativamente implica aceptar de algún modo que un contratante engañado no podrá impetrar la acción de nulidad. La segunda cuestión, sosteniendo que el asunto anterior debe ser aceptado al tenor del inciso segundo del artículo 1458, consiste en determinar los criterios que pueden ser jurídicamente utilizados para realizar dicha distinción.

Es necesario aclarar que la distinción entre dolo causal e incidental no debe observarse desde el punto de vista de la culpabilidad, sino que de la causalidad. Esto significa que lo relevante no es la gravedad de la conducta, sino que lo trascendente que fue dicha conducta para determinar la decisión de contratar. No debemos pensar erradamente que en el dolo causal hay una conducta más grave, necesariamente, que en el dolo determinante.

⁹⁶ Esto resulta particularmente relevante entendiendo que dicho código cumplió un papel relevante en las ideas de Andrés Bello, siendo considerado como una fuente material del Código Civil Chileno.

Una primera forma de responder a estas interrogantes, defendidas por autores como Colin y Capitant, es señalar que la diferencia entre ambas categorías de dolo es artificial y que no se justifica realmente una disparidad normativa para tratar ambas situaciones. El argumento central consiste en la imposibilidad de distinguir la voluntad de contratar en sí misma considerada, de la voluntad de contratar en condiciones determinadas. Otros autores también coinciden en la dificultad práctica de delimitar ambas figuras (Moreno y Prado López).

Luego, Luis Díez-Picazo señala que lo que ocurre en el dolo incidental, asumiendo que la distinción mencionada es posible, es que no existe realmente una voluntad viciada. En realidad, lo que ocurre consiste en una desviación en la voluntad que acarrea una desventaja cuantificable para la parte que sufrió el engaño, y en esta medida la indemnización supone una reparación que deja indemne al contratante perjudicado que vuelve innecesaria la procedencia de la acción de nulidad. Pareciera que, una opinión como aquella, omite de manera injustificable un argumento que se haga cargo de la diferente naturaleza que existe entre la acción indemnizatoria como remedio preparatorio, y la de nulidad como sanción de ineficacia.

Para la profesora Pamela Prado López, la permanencia de la figura del dolo incidental en nuestro derecho “permite construir un estándar de comportamiento exigible a las partes, en tanto no cualquier artificio dirigido a ellas les autoriza obtener la ineficacia de la convención, siendo coherente con el principio de autorresponsabilidad que debe presidir las convenciones”⁹⁷. Sin pronunciarse en profundidad sobre los criterios de distinción, cabe cuestionar reflexivamente la aplicabilidad de la lógica utilizada respecto de la excusabilidad del error en materia de dolo, por más que se trate de dolo incidental.

⁹⁷ Prado López, Pamela (2016), op. cit., p. 442.

Finalmente, Antonio Manuel Morales Moreno, a la luz los artículos 1269 y 1270 del Código Civil Español, se refiere a las particularidades de la responsabilidad pre contractual, donde el dolo viene a ser el principal criterio de imputación y supuesto esencial de la responsabilidad. En cuanto al criterio de diferenciación, señala que el dolo incidental tiene un sector coincidente con el dolo causal, pero que su ámbito de aplicación es más amplio, extendiéndose a conductas que entendidas sin el adjetivo de “causal” no serían constitutivas de dolo por carecer de la gravedad que el derecho generalmente exige para calificar una conducta como tal. Por otra parte, el efecto unificador y común en cuanto a sus consecuencias, es la indemnización.

3. Los problemas relacionados con el dolo incidental se generan en la etapa pre contractual. En ese sentido, cobra particular relevancia el estudio de la negociación de los contratos, y especialmente de las declaraciones y garantías que las partes efectúan. Surge la interrogante de si aquellas afirmaciones integran o no el contenido del contrato. Es aquí donde se produce una primera superposición de supuestos que dificulta el estudio de la materia. La dificultad de establecer con certeza si las declaraciones forman o no parte del contenido del contrato, dejan en suspenso la posibilidad de interpretar su inexactitud como una situación que afecta la validez del mismo, o que se corresponde mas bien con una situación de incumplimiento.

Este último supuesto, entendido como criterio de exclusión de situaciones que pueden encuadrarse en el supuesto de hecho del dolo incidental, incluye también, cualquier aspecto que pueda ser comprendido como un incumplimiento contractual, con las dificultades propias que la propia delimitación del concepto de incumplimiento acarrea entre los juristas.

Luego, deben excluirse también los casos comprendidos en el inciso primero del artículo 1458, con el desafío ya comentado de establecer la existencia de una conducta dolosa, pero no determinante para la contratación. Finalmente, debe excluirse también cualquier hipótesis de vicio redhibitorio, en cuyo caso será dicho régimen el que deberá preferirse.

Enrique Alcalde, a partir del análisis de la falsedad de las declaraciones y garantías en el contexto de la venta de empresas, identifica una hipótesis de dolo incidental. Su enfoque consiste en establecer que inciso segundo del 1458 sirve como argumento para sostener la autonomía de la acción indemnizatoria, mas no para formar una idea de la institución.

Realizadas las precisiones anteriores, las problemáticas de la aplicación del dolo incidental a la formulación falsa de declaraciones y garantías son dos: (I) si bien lo relevante para caracterizar como determinante la conducta es el contenido de la declaración y el impacto que esta tuvo en su receptor y no la intención con la que ésta fue realizada, es razonable pensar que dicho contenido será contaminado por el actuar malicioso. Esto en el entendido de que el reproche jurídico de una actuación calificada como dolosa consiste en ampliar el espectro de consecuencias que dicha conducta tendría de no concurrir el dolo; (II) la dificultad de determinar cuándo las declaraciones quedan incorporadas al contenido del contrato. Determinar aquello será mas sencillo en los contratos negociados y solemnes, y mas complicado en los contratos que se producen como consecuencia de contactos sociales típicos.

4. Otra figura relevante para el análisis es el dolo por omisión, producto del cual se introduce la temática de los deberes pre contractuales típicos y atípicos de información, juntos a sus límites, que fueron intensamente revisados. En este marco, juega un rol fundamental el principio de la buena fe como herramienta interpretativa de los jueces para determinar la existencia de un deber positivo de informar, junto con un adecuado equilibrio entre dicho principio y el de *caveat emptor*.

La tendencia actual entiende que, muchas veces, no es aconsejable la excesiva amplitud del deber de informar a partir de una interpretación extensiva de la buena fe, considerando que existen distintos principios en juego que deben ser considerados en el contexto de la negociación (como la competitividad natural de las partes o el interés social en la producción de información). En este contexto, la regla general será que la omisión en la entrega de información no constituya un supuesto de dolo. La

lógica que subyace a la exigencia de un deber de informar es similar a la que moldea el requisito de la excusabilidad del error; las partes tienen ciertos deberes esperables de conducta y no deben esperar que se les entregue información que ellas mismas debieron proporcionarse.

Por otra parte, la interacción de los principios ligados a la formación del consentimiento permite que, en ciertas ocasiones, se puedan imputar a una persona sus declaraciones aunque no sean deseadas⁹⁸. Esto ocurre en el caso del error inexcusable donde, a pesar de que la declaración del *errans* no refleja su verdadera voluntad interna, se le atribuyen de todas formas los efectos de la declaración y es responsable por ella, a causa de su propia negligencia.

Esto último, permite marcar una diferencia entre entregar información falsa, y no entregar información que debió entregarse. Nadie puede poner en duda la existencia de un deber general de no desinformar al otro negociante, independiente de la existencia o no de un deber de informar. Cuando se produzca esta desinformación producto de una declaración conscientemente falsa, no será razonable exigir a la parte engañada una conducta diligente. En cambio, cuando la desinformación se produce por la omisión de información que debió entregarse, la situación es menos clara, justamente por la dificultad misma que subyace la determinación precisa de los deberes pre contractuales de información.

Al momento en que el juez realice este análisis para examinar la existencia o no del deber, el principio de autorresponsabilidad no solo será útil, sino que será un requisito para establecerlo. Así cuando una parte solicite la nulidad del contrato producto de la omisión de un deber de información (ya sea por la vía del error o del dolo), no solo será examinada la conducta de la parte que debió entregar la información, sino también de quién debió informarse.

⁹⁸ Esto se conoce como una discrepancia entre la voluntad real y la voluntad declarada.

Dentro de una hipótesis de dolo, frecuentemente podemos encontrar un error. En el dolo dicho error es provocado por la otra parte, en el error, es espontáneo. Esto produce que, en ciertas situaciones, demarcar claramente la línea entre ambos vicios sea difícil. Cuando el dolo se encuadra en el marco de una conducta reticente, las diferencias entre ambas figuras se vuelven aún más tenues, ya que el silencio (o la omisión de información) solo puede estimarse doloso en la medida que existan circunstancias que permitan exigir al contratante revelar o advertir al otro el error que está cometiendo. En este sentido, cuanto mayor es la obligación de conocimiento, resulta menos aceptable la ignorancia, y la obligación de la otra parte de revelar el error queda reducida, teniendo aquel error mayor apariencia de ser inexcusable.

Pareciera que el deber de informar cesa donde comienza la obligación de auto informarse, pero aquella frontera es inestable y variable en función de la calidad de las partes. Ante el suspenso existente en aquella frontera, la calificación del silencio como doloso se vuelve especialmente complicada. Si señalamos que la transición entre ambos deberes se produce de forma continua, veremos inevitablemente un concurso entre el error y el dolo por reticencia.

Ante esto, puede afirmarse que el deber de auto informarse y el de informar al otro no estén instantáneamente uno después del otro, es decir, que la imaginaria línea divisoria no sea continua. Pareciera que, en ciertos contratos, hay un espacio en que una parte incurre en una falsa representación de la realidad a pesar de haberse proporcionado información de forma diligente. En ese caso, sería injusto reprochar al otro contratante el no proporcionar dicha información, que quedaría fuera de su ámbito de deber. Existiría entonces un fragmento teórico donde el error es excusable, o pareciera serlo, y no hay un silencio que pueda ser calificado como doloso.

5. Teniendo en cuenta lo señalado, pareciera que la porosidad característica que rodea el espacio entre el error y el dolo por reticencia ha dificultado la aplicación de la figura del dolo incidental. A su vez, este mismo espacio luce como un terreno fértil para explorar la aplicabilidad de la institución investigada.

Si nos fijamos bien, la sanción que propone el dolo incidental es menos grave que la que se le asigna al error, a pesar de que el primero se considere como una especie de dolo. Esta situación adquiere sentido cuando entendemos la dificultad inherente de la determinación de los deberes de información atípicos.

Cuando un contratante reclama que el otro omitió información que debió entregarle, la solución parece ser binaria; (I) se determina que se omitió un deber de información impuesto por la buena fe y que el contrato adolece de un vicio de nulidad relativa por error o dolo, o (II) se determina que no existía tal deber de información, que la voluntad no está viciada, permaneciendo vivo el contrato y rechazando la demanda indemnizatoria.

Pero la aplicación de la figura del dolo incidental nos entrega una tercera posibilidad. Así, debe entenderse como una categoría jurídica similar, pero con otras consecuencias, aplicable a situaciones en que la aplicación irrestricta de los vicios del consentimiento no parece del todo razonable, como ocurre con la omisión de un deber de información impuesto por la buena fe. Pareciera que este espacio gris puede ser, perfectamente, tratado como una hipótesis de dolo incidental.

En búsqueda de un adecuado equilibrio entre la estabilidad contractual y la protección de la víctima, parece razonable que cuando un contratante se entrampe en una falsa representación de la realidad, que no sea atribuible a su propia negligencia ni tampoco al silencio malicioso de la otra parte, la consecuencia de dicha falsa representación sea la procedencia de una indemnización de perjuicios que compense ese error, estimado excusable y justo, pero no atribuible a la mala fe del otro.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

1. Aguayo, J. (2011). Las manifestaciones y garantías en el derecho de contratos español. Pamplona: Civitas Thompson Reuters.
2. Alcalde Rodríguez, E. (2018). La cláusula de “declaraciones y garantías” en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos. En *Revista actualidad jurídica N°17*.
3. Banfi Del Río, C. (2000). La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en Chile. En *Revista Chilena de Derecho, Vol. 27 N°2, pp. 291-330, Sección Estudios*.
4. Banfi Del Río, C. (2017). Relevancia del dolo en la responsabilidad extracontractual chilena: una relectura desde el derecho inglés. En *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, pp. 69-107, Sección Estudios*.
5. Banfi Del Río, C. (2014). El principio del doble efecto y la responsabilidad civil. En *Estudios de Derecho Civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, (Santiago, Thompson Reuters- La Ley)*.
6. Barros Bourie, E. (2006). Tratado de responsabilidad extracontractual. En *Editorial Jurídica de Chile, Santiago*.
7. Barros Bourie, E. y Rojas Covarrubias, N. (2009). Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales. En *Estudios de Derecho Civil V, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción*.
8. Cárdenas Villareal, H. y Reveco Úrzua, R. (2018). Remedios contractuales; cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito. Thomson Reuters.
9. Colin, A. y Capitán, H. (1960). Curso elemental de Derecho Civil. *Cuarta edición española, Madrid, Instituto Editorial REUS*.
10. Díez-Picazo, L. (2009). Sobre la indemnización del daño causado por dolo incidental. En *Anuario de Derecho Civil LXII*.
11. De La Maza, I. (2008). Buena fe, el reverso de la moneda. A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar. *Revista Chilena de Derecho Privado, (11), 43-72*.

12. De La Maza, I. (2010). Los límites del deber precontractual de información (Pamplona, Editorial Aranzadi).
13. De La Maza, I. (2010). Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (34), 75-99
14. De la Maza, I. (2011). La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII (Valparaíso, Chile, 2º Semestre).
15. De la Maza, I. y Vidal, A. (2018). Cuestiones de Derecho de Contratos. Formación, incumplimiento y remedios. *Doctrina y jurisprudencia*, Thomson Reuters, pp 247-276.
16. Denizot-Libreros, A (2014). Tendencias francesas en materia de dolo. En *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N°26, pp. 159-184.
17. Fenoy Picón, N. (2020). El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga. Universidad Autónoma de Madrid, ADC tomo LXXIII, fasc. IV, pp. 1331-1500.
18. Ferrante, A. (2014). Provecho del dolo ajeno y dolo de tercero: dos visiones diferentes de la indemnización. En *Estudios de Derecho Civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso (Santiago, Thompson Reuters- La Ley)*.
19. González Castillo, J. (2020). El dolo ajeno: la acción por provecho, naturaleza, alcance del art. 1458 inc. 2º del código civil y la nulidad del contrato. En *Revista de Derecho 247 (enero – junio)*, pp. 221-243.
20. Goyena, G. (1852). Concordancias. *Art 992, III, p. 25*.
21. Martín Castán, F. y De la Maza, I. (2008). Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual. En *Anuario de Derecho Civil LX,*, pp. 1861-1865.
22. Morales Moreno, A. (1982). El dolo como criterio de imputación de responsabilidad. En *Anuario de Derecho Civil XXXV*.
23. Morales Moreno, A. (2009). Artículos 1269 y 1279. En ALBALADEJO, Manuel (editor), *Comentarios al Código Civil* (Madrid, Edersa), XVII.

24. Neme Villarreal, M. (2012). El error como vicio del "consentimiento" frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato. 15 de marzo de 2012.
25. Pothier, R. (1699). Tratado de las Obligaciones. Tomo I.
26. Prado López, P. (2014). El dolo incidental: ¿una manifestación del dolo contractual? En *Estudios de Derecho Civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso (Santiago, Thompson Reuters- La Ley)*.
27. Prado López, P. (2016). El Dolo Causal: Su repercusión en el contrato. En *Revista Ius et Praxis, Año 22, N°2, pp. 425-456*.
28. Recart Apfelbeck, J. (2020). Sobre el conocimiento del comprador, antes de la firma del contrato o del cierre, de la falsedad de las declaraciones y garantías. En *Revista Chilena de Derecho, vol. 47 N°2*.
29. Verda, José Ramón y Beamonte. (1997). Algunas reflexiones en torno a la excusabilidad y reconocibilidad del error en los contratos. En *Anuario de Derecho Civil, Num. L-3*.
30. Vial del Río, V. (2013). "Teoría general del acto jurídico", Quinta Edición.

JURISPRUDENCIA

1. Corte Suprema de Justicia, Rol número 16602-2013, sentencia del 3 de noviembre de 2014.
2. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol número 1116-2011, sentencia del 5 de noviembre de 2013
3. 2° Juzgado Civil de Santiago, Rol número 19192-2006, sentencia del 6 de diciembre de 2010.