



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR EL ACTO NULO

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Diego Tomás Campos Pino

Profesor Guía: Ricardo Reveco Urzúa

Santiago de Chile

Septiembre 2021

RESUMEN

La presente memoria analiza la figura de la responsabilidad que se puede generar a propósito de la declaración de nulidad de un acto o contrato, con el fin de determinar la existencia o no de perjuicios que pueda generar la conducta de las partes en la etapa de negociaciones del acto o contrato y que tienen como consecuencia la nulidad del mismo. Para esto es que se hace un estudio de la doctrina nacional y comparada respecto a las figuras de nulidad y responsabilidad. En base a este estudio es que se propone una figura de responsabilidad por la malformación del acto o contrato, siguiendo los presupuestos de la responsabilidad extracontractual, pero siempre teniendo presente la especial relación que tienen las partes que negocian un contrato. Una vez revisada una figura de responsabilidad, se analizan las principales causales de nulidad que contempla nuestro ordenamiento jurídico, y a la luz de la jurisprudencia en esta materia, es que se pretende determinar la factibilidad de una acción indemnizatoria complementaria a la acción de nulidad.

ÍNDICE

Resumen	ii
Índice	iii
Introducción	1
1. Nulidad en el derecho chileno.....	3
1.1 Evolución dogmática de la nulidad.....	3
1.2 Regulación de la nulidad en el Código Civil	5
1.3 Naturaleza jurídica de la nulidad	5
1.4 Función de la nulidad.....	7
1.5 Efectos de la nulidad.....	9
2. Consagración normativa de la responsabilidad precontractual	15
2.1 Fines o funciones de la responsabilidad civil.....	15
2.1.1 Función reparatoria o compensatoria	16
2.1.2 Función retributiva o punitiva.....	18
2.1.3 Función preventiva.....	18
2.1.4 Función distributiva	19
2.2 Responsabilidad precontractual y su estatuto aplicable	20
2.2.1 Responsabilidad precontractual como responsabilidad contractual.....	21

2.2.2	Responsabilidad precontractual como responsabilidad extracontractual ...	22
2.2.3	Estatuto de responsabilidad por el hecho que genera la nulidad.....	25
3.	Figura general de responsabilidad por la malformación del acto o contrato.....	29
3.1	El hecho imputable.....	30
3.1.1	La conducta generadora de responsabilidad	31
3.1.2	La capacidad.....	33
3.2	La culpa en la responsabilidad derivada de la malformación del contrato	36
3.2.1	El deber de cuidado.....	37
3.2.2	Concurso de culpas	43
3.3	El daño en la responsabilidad por la malformación del contrato.....	47
3.3.1	Naturaleza del daño indemnizable	49
3.3.2	La reparación del interés negativo	53
3.3.3	Categorías de daños reparables	56
3.3.3.1	Daño emergente.....	57
3.3.3.2	Lucro cesante.....	58
3.3.3.3	El daño moral	61
3.4	La causalidad en la responsabilidad por malformación del contrato	63
3.4.1	Pérdida de la oportunidad o chance	66

3.5	Otros aspectos relevantes	71
3.5.1	La prescripción.....	71
3.5.2	Responsabilidad por la malformación del acto y la nulidad parcial	75
3.5.3	Responsabilidad por la malformación del acto y las restituciones mutuas.....	76
4.	La responsabilidad a la luz de las causales de nulidad en el derecho chileno	80
4.1	Causales de nulidad absoluta	80
4.1.1	Falta de objeto o causa, objeto ilícito y causa ilícita	81
4.1.2	Incapacidad absoluta	85
4.2	Causales de nulidad relativa.....	85
4.2.1	Error	86
4.2.2	Dolo.....	89
4.2.3	Fuerza.....	92
4.2.4	Incapacidad relativa	93
5.	Conclusiones.....	95
6.	Bibliografía.....	103

INTRODUCCIÓN

La presente memoria de prueba se enmarca dentro de la investigación llevada a cabo por los profesores Ricardo Reveco Urzúa y Hugo Cárdenas Villareal, la cual tiene como fin realizar un análisis de las diferentes figuras de ineficacia que pueden afectar a los actos jurídicos en el derecho chileno. Enfocándose principalmente en la revisión jurisprudencial de la Corte Suprema desde el 2011 hasta la actualidad, se pretende otorgar una visión panorámica de un sistema de ineficacia que sea congruente y coherente con la teoría del acto jurídico.

Dentro de este contexto y en cooperación a esta investigación, es que la presente memoria busca examinar dentro de la figura de la nulidad establecida en el Código Civil Chileno (en adelante también e indistintamente CC), la configuración de la indemnización de perjuicios por los hechos que causaron dicha ineficacia. Esto con el fin de poder dilucidar si en nuestro derecho existe una acción general de responsabilidad por el hecho que funda la nulidad, y que sea aplicable en los casos que esta se produzca, de manera de analizar sus presupuestos y procedencia, o bien si esta indemnización está reservada solamente para los casos en que la ley lo permite.

La jurisprudencia en esta materia ha sido escasa en la última década, por lo que en este trabajo se pretende hacer principalmente una revisión de la doctrina nacional y comparada. Sin embargo, la jurisprudencia podrá ser útil para revisar la aplicación de las normas de nulidad, y bajo este marco analizar la factibilidad de una indemnización.

La memoria tiene cuatro capítulos.

El primer capítulo busca hacer una revisión breve sobre la noción de nulidad, su evolución, la regulación que tiene en nuestro ordenamiento, para luego revisar su naturaleza jurídica, su función y efectos.

El segundo capítulo pretende analizar las funciones de la responsabilidad civil en nuestro derecho, para luego analizar la figura de la responsabilidad precontractual y su estatuto

aplicable, ya que preliminarmente, este tipo de responsabilidad pareciera que se adecua mejor a la responsabilidad que deviene del acto nulo.

Mientras que en el tercer capítulo, tomando en consideración los distintos trabajos que ha presentado la doctrina nacional y comparada, se aspira a desarrollar una figura de responsabilidad que pueda ser aplicable en nuestro derecho. Desarrollando sus principales presupuestos, estos son; el hecho generador del daño, verificar si estamos en presencia de una responsabilidad por culpa o de tipo estricto, los daños que son indemnizables por la conducta indebida y la relación de causalidad entre el hecho y el daño provocado. Además de estudiar otros puntos relevantes como lo son la prescripción de la acción y su relación con las figuras de la nulidad parcial y las restituciones mutuas que acontecen luego de la declaración de nulidad.

Por último, el cuarto capítulo busca comprobar si es aplicable esta figura de responsabilidad en los casos de nulidad que se establecen en nuestro Código Civil, viendo primero su aplicabilidad en las causales de nulidad absoluta, para luego analizar en determinadas causales de nulidad relativa. En este capítulo se revisará la acotada jurisprudencia de la Corte Suprema del último tiempo en estas materias, de forma de verificar en casos concretos la factibilidad de esta indemnización.

Para finalizar, en las conclusiones de este trabajo se planteará si se puede establecer en nuestro derecho una figura general de responsabilidad por el hecho que funda la nulidad del acto jurídico y que pueda ser aplicada siempre que la nulidad haya sido declarada, o si por el contrario, la responsabilidad que deviene del acto anulado será procedente solamente en aquellos casos en que el legislador expresamente lo dispone.

1. NULIDAD EN EL DERECHO CHILENO

La nulidad en nuestra tradición jurídica se ha estudiado de manera detallada y pormenorizada, por lo que el presente capítulo pretende hacer una breve síntesis de cómo se entiende la nulidad en nuestro derecho, examinando su evolución dogmática, la regulación contenida en el Código Civil, su naturaleza jurídica, función y efectos, a la par de la jurisprudencia reciente. Con el propósito de revisar sus principales aspectos y que luego serán necesarios para comprobar cómo va a ser posible conjugar la figura de la nulidad con la de la responsabilidad civil.

1.1 Evolución dogmática de la nulidad

El derecho chileno en esta materia ha sido fuertemente influenciado por la doctrina francesa acerca de la teoría de la nulidad de los actos y contratos (Barcia Lehmann, 2010, p. 126). Por lo que parece prudente hacer una breve síntesis de cómo ha sido la evolución en la doctrina francesa, para luego identificar esta evolución en nuestro derecho.

En primer lugar, en el siglo XIX la concepción clásica entendía que la nulidad representaba un estado del acto, haciendo una analogía del acto jurídico con un organismo vivo, el cual está compuesto de órganos, algunos esenciales y otros accesorios, así los primeros representan las condiciones de existencia del acto, y los segundos las condiciones de validez (Thibierge, 2010. pr. 350). El nacimiento del acto en ausencia de alguno de estos órganos esenciales, derivaría, en su inexistencia o nulidad absoluta, en tanto la falta de los órganos accidentales hacía susceptible de ser anulable el acto. Siendo la tarea del juez en este caso, constatar la nulidad originaria del acto.

Luego, en contraposición a la teoría clásica de entender a la nulidad como estado del acto, Japiot (citado en Thibierge, 2010), sostiene la idea de que la nulidad, en un aspecto más procesalista, es un derecho de crítica que se dirige en contra de los efectos del acto, y sanciona la violación de la norma legal. Siendo relevante para esta doctrina la acción de nulidad y los efectos que esta produce.

Es a partir de esta teoría, que Thibierge desarrolla un concepto sustancial de la nulidad al señalar: “La nulidad, en sentido sustancial, reside en la sanción consistente en la desaparición de los efectos jurídicos del acto en la medida de la violación de la ley” (Thibierge, 2010. pr. 361). Esta definición, tiene el mérito de superar la noción de nulidad como derecho de crítica, que considera que son solo las partes quienes pueden demandar nulidad. En tanto, al verla como una sanción se extiende el ámbito de aplicación de la nulidad, así el juez tiene el deber de declararla de oficio en los casos que la ley lo determine. Siendo entonces, el derecho de crítica solo un medio más que se tiene para declarar la nulidad del acto. Además, cabe destacar la definición, dado que le otorga un fundamento objetivo a la nulidad al entender que es una sanción que se produce por la violación de la ley, y no una sanción a las partes.

Esta teoría moderna de nulidad tuvo una fuerte recepción por parte de nuestra doctrina, que de manera casi uniforme ha entendido la nulidad como una sanción jurídica¹. Sanción cuya consecuencia es la privación de los efectos jurídicos del acto.

Sin embargo, en los casos de nulidad relativa, la situación no es pacífica en la doctrina comparada y recientemente en alguna doctrina nacional². De aquí, se ha planteado que el enfoque de la nulidad, en tanto sanción, se concentra en los efectos de la nulidad y no en su finalidad, que sería una de carácter tutelar, que busca proteger a quien se ha vinculado por un contrato afecto por una causal de nulidad. En razón de lo anterior, la nulidad sería un medio que otorga la ley para que el perjudicado recurra a ella en busca de protección de su propio interés. Esta teoría busca ser coherente con la modernización del derecho de obligaciones, en que se procura avanzar de la idea de sanción por una idea de remedios de tutela del contratante perjudicado.³ De esta manera, López Díaz señala que se debe abordar la nulidad desde una

¹ En este sentido Alessandri Besa, 2008; Ducci, 2010; Vial del Río, 2006; y en el mismo sentido lo ha expresado López Díaz a propósito de la nulidad relativa. (López Díaz, 2019.p. 36)

² López Díaz, por ejemplo, en su libro “La Tutela Precontractual del Acreedor” recoge esta doctrina comparada, en su mayoría española, que toma distancia de la noción de nulidad – sanción, para calificarla como un medio de tutela que busca otorgar mayores herramientas de protección y satisfacción al interés del contratante perjudicado. Así, López, en este trabajo estudia la factibilidad de la aplicación de esta noción de nulidad – medio de tutela en el derecho chileno (López Díaz, 2019).

³ En el caso de la responsabilidad contractual, Cárdenas y Reveco dan cuenta que se puede pasar de hablar de sanciones por ilicitud de la conducta, a una nueva forma de entender esta responsabilidad desde la perspectiva del

perspectiva tuitiva, en donde el énfasis sea en la protección y no en el efecto privativo derivado de la nulidad. Señalando que estas nociones no son contrarias, sino que deben estudiarse comprensivamente, así, la tutela sería la causa de la privación de efectos, vale decir, de la sanción (López Díaz, 2019. p. 41 y 42).

Esta visión tutelar se hace de más difícil aplicación en el caso de la nulidad absoluta. Esto en razón que al ampliarse la legitimidad activa al tercero que tenga interés en el acto, al ministerio público, y a la labor del juez cuando aparezca de manifiesto en el acto, se pierde la noción de protección al contratante perjudicado, y se acerca más a la sanción de contravención a la ley.

1.2 Regulación de la nulidad en el Código Civil

La nulidad en nuestra legislación común está regulada en el Título XIV del Libro IV, en donde el artículo 1.567 la señala como un modo de extinguir las obligaciones. De forma particular, en el Título XX del mismo libro, en su artículo 1.681 señala que es “nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes”.

1.3 Naturaleza jurídica de la nulidad

A pesar de que el Código Civil establece la nulidad como un modo de extinguir las obligaciones, esta concepción ha sido fuertemente criticada por nuestra doctrina. Así se ha señalado que la nulidad opera aniquilando el acto jurídico y es esto lo que conlleva a la extinción de la obligación (Vial del Río, 2006. p. 247). Es decir, la destrucción de la fuente de la obligación, el acto jurídico, lleva consecuentemente a la extinción de la obligación.

acreedor perjudicado, al que se le otorgan diferentes medios de tutela para la satisfacción de su interés, dejando de ser el centro del foco la conducta ilícita del contratante negligente, pasando la atención hacia el interés del contratante diligente que requiere de protección. Para un mayor análisis revisar *Cárdenas Villareal y Reveco Urzúa, 2018*.

En concordancia con lo señalado en el primer punto de este capítulo, la doctrina chilena, siguiendo los postulados franceses, y superando la idea de nulidad como modo de extinguir las obligaciones, entiende la nulidad como una sanción jurídica. Alessandri Besa, la define del siguiente modo:

“La sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes que en él intervienen, y que consiste en el desconocimiento de sus efectos jurídicos, estimándose como si nunca hubiese sido ejecutado” (Alessandri Besa, 2008. P.20).

En tanto, a nivel jurisprudencial, la nulidad se concibe de igual manera. Recientemente, la Corte Suprema lo ha considerado en el caso de una demanda ejecutiva de desposeimiento caratulada “Tanner Servicios Financieros con Alfaro Castro Verónica”, cuya sentencia es de junio de 2019. El demandante acciona en contra de la poseedora del bien inmueble para hacerse del pago de la obligación en la que incurrieron los subscriptores de pagaré el año 2001, el que fue entregado en blanco, pero con instrucciones para ser completado, lo que se realizó el año 2012, y en razón de la hipoteca que recae sobre el bien inmueble que se demanda. En este caso, la parte ejecutada dentro de todas las excepciones que opone, se alega la de nulidad del pagaré en blanco, excepciones que fueron rechazadas tanto en primera como en segunda instancia. Así, conociendo la Corte Suprema, mediante al recurso de casación en la forma y en el fondo, se refiere a la nulidad en el considerando trigésimo tercero de la siguiente forma:

“Que es punto del análisis debe recordarse que la nulidad ha sido definida como la sanción de ineficacia jurídica establecida por la ley para la omisión de los requisitos y formalidades que en ella se prescriben para el valor de un acto, según su especie y la calidad o estado de las partes”⁴. (El destacado es propio).

⁴ Tanner Servicios Financieros con Alfaro Castro Verónica (2018).

En el mismo sentido ha sido la línea jurisprudencial de los últimos años, tanto para conceptualizar la nulidad en general, la nulidad absoluta o la nulidad relativa⁵. Por lo que es posible afirmar que en nuestra doctrina y jurisprudencia, siguiendo la doctrina francesa de la nulidad, entienden ésta como una sanción civil que produce la ineficacia del acto.

1.4 Función de la nulidad

Una vez que se define que la nulidad es una sanción, es fácil atender a su función, la protección de la ley.

En cuanto a la función de la nulidad, teniendo en consideración lo antes expuesto, la nulidad, en un sentido general, tendrá la función de protección de la ley. Al privarle de efectos al acto, se busca hacer respetar la obligatoriedad de la ley (Baraona González, 2012.p. 45). De esta suerte, los particulares no deben celebrar actos que contravienen los preceptos legales, en caso de hacerlo, la ley se impone y se declarará la nulidad del acto o contrato, y se reestablecerá el imperio del derecho.

La Corte Suprema, en la causa caratulada “Padilla Vergara con Mora y Compañía, y Gotschlich” cuya sentencia es del año 2011, se refiere a esta función protectora. En este caso las partes suscribieron un contrato de hipoteca con el fin de garantizar diversas deudas contraídas por la parte demandante, quien solicita que se declare la nulidad absoluta de dicho contrato por la omisión de los requisitos que la ley prescribe para el valor de ciertos actos, en este caso, la omisión de requisitos establecidos en el Decreto Ley N°3.516. De esta manera, la Corte Suprema se refiere en el considerando séptimo de la sentencia a la función protectora:

⁵ Como lo demuestran las siguientes sentencias dictadas por la Excm. Corte Suprema: Padilla Vergara Víctor con Mora y Compañía LTDA y otros (2011); Barros Aguilera María Irene con Banco del Desarrollo (2009); Antilef Ñancupán, Manuel Segundo con Rost Asenjo, Ramón Alonso (2010); González Ávila María Teresa con Lillo Sánchez Diana Andrea (2011); Morales Campos José con Lecaros Piffre María y otros (2011); Massardo Jiménez Nadia con Fajardo Lafuente Eugenio (2011); y Banco De Crédito e Inversiones con Roso Purísima Asunción Nicolau Del Roure Garcia (2018).

“Que para garantizar la seriedad de los actos jurídicos, la ley ha ordenado que en su ejecución o celebración las partes deben cumplir con ciertas exigencias que ella misma establece, empero, también se preocupó de establecer como sanción civil, la nulidad del acto o contrato, para el caso de que las normas que contiene tales exigencias no se cumplieran, es decir, privarlos de toda clase de efectos jurídicos”⁶. (El subrayado es propio).

Dejando en claro, que cuando no se cumplen las exigencias legales para la celebración del acto, este será sancionado por medio de la nulidad.

Siendo la función independiente del tipo de nulidad del que se trate, la contravención a la ley se produce en las causales de nulidad absoluta y en las causales de nulidad relativa. La diferencia radica en el rango de protección, en donde la nulidad absoluta busca proteger el interés general de la sociedad, en este caso, el acto puede ser declarado nulo aun cuando el vicio no se haya reclamado por las partes en el juicio. Mientras que la nulidad relativa busca proteger el interés particular, y por ende son las partes, sus herederos y cesionarios los únicos quienes están legitimados para accionar la nulidad. Aquí es la parte quien debe dar el primer paso y accionar de nulidad en contra del acto, en tanto no exija la declaración de nulidad, la ley entiende que la parte no está desprotegida y no hay infracción, pero una vez que el juez conoce del asunto, y se ha verificado la causal de nulidad, se reestablecerá el orden que fue perturbado por el acto viciado.

A pesar de lo anterior, según se expuso por algunos autores que entienden la nulidad relativa como un medio de tutela, es que se ha dicho que la nulidad, en este caso, tendría una función satisfactiva o tuitiva, y no una sancionatoria. Así, la función primordial no será la sanción y el restablecimiento de la legalidad, sino que será la protección del contratante perjudicado, al que se le entregan diferentes medios para satisfacer su interés, siendo uno de

⁶ Padilla Vergara Víctor con Mora y Compañía Limitada y otros (2011).

ellos la nulidad (López Díaz, 2019. p. 35). De esta forma, se entiende que la función sancionatoria sería posterior y secundaria a la función satisfactiva.

Si bien es correcto señalar que el ejercicio de la nulidad relativa es una facultad del contratante perjudicado, sus herederos o cesionarios, puesto que no están obligados a demandar la nulidad. No parece plausible pensar que en razón de que el contratante perjudicado tenga la posibilidad de elegir el medio por el cual impugnar el acto, la nulidad cambie su función primordial, la protección de la ley, pues, finalmente ejercida la nulidad, y constatada por el juez, se deberá reestablecer el orden. La nulidad no pierde su función sancionatoria en razón de quien tenga la facultad de alegarla, por lo mismo no es posible extrapolar la función tuitiva a la nulidad absoluta, la que seguirá teniendo una función sancionatoria aunque esta sea ejercida por quien tenga un interés jurídico y que pretende proteger o tutelar dicho interés por medio de esta acción. Por lo que en definitiva, aunque la nulidad relativa pueda ser considerada como un medio de tutela, no hace que su función deje de ser sancionatoria, pues, una vez declarada la nulidad, se deberá reestablecer el orden.

1.5 Efectos de la nulidad

Habiendo dilucidado la concepción y trasfondo de la nulidad, queda referirse a sus efectos. Si bien, nuestra legislación hace una distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa, los efectos son comunes.

En primer lugar, hay que señalar que la doctrina⁷ y la jurisprudencia generalmente ha aceptado que para que la nulidad produzca sus efectos sobre el acto en cuestión, debe ser declarada judicialmente. Así se ha expresado la Corte Suprema, en la sentencia de la causa caratulada “Gutiérrez Rebolledo Mario Ignacio con Chandía Cabrera Víctor, Rosas Sobarzo Inés Abigail” del año 2014. En tal causa se demanda la nulidad absoluta de la compraventa de un bien inmueble, en razón de que este bien fue adquirido por doña Inés Rosas Sobarzo durante

⁷ En este sentido Alessandri Besa (Alessandri Besa, 2008); Vial del Río (Vial del Río, 2006); Barcia Lehmann (Barcia Lehmann, 2010); y Ducci (Ducci, 2010).

la vigencia de la sociedad conyugal que mantenía con el demandante, y fue vendido sin contar con las respectivas autorizaciones del marido. Si bien en primera instancia se acoge la demanda, en segunda instancia, la Corte de Apelaciones de Santiago la revocó, pues, el caso trata de un vicio de nulidad relativa que no fue alegado por el demandante, y no un vicio de nulidad absoluta. La Corte Suprema, conociendo el caso vía casación en el fondo deducido por la demandante, llega al mismo razonamiento, rechazando dicho recurso. En lo que respecta a la declaración judicial para que la nulidad produzca sus efectos, el considerando octavo de la sentencia señala:

“Que a estas alturas del análisis es oportuno subrayar que, entre los aspectos que caracterizan la nulidad relativa, emerge que debe ser alegada y, no por cualquiera, sino por aquellos en cuyo beneficio la ha establecido la ley, amén que, bien sea absoluta o relativa, debe ser declarada mediante resolución judicial firme o ejecutoriada, para verificar alguna de las irregularidades que la hacen procedente. Así fluye del artículo 1687 del Código Civil, que confirió derecho a los litigantes cuando la nulidad ha sido decretada judicialmente con la fuerza de cosa juzgada, para ser restituidas las cosas al estado en que se hallarían de no haber existido el acto nulo.

Esto último resulta crucial para precisar el destino del recurso de casación en estudio, ya que, aun cuando la propuesta de nulidad de fondo del demandado⁸ gira en torno a lo que se constituyó como un vicio que admite tratamiento ceñido a las reglas de la nulidad absoluta, lo cierto es que los jueces han dictaminado que en realidad correspondería sancionar la viciada actuación con la nulidad relativa, la que no ha podido ser declarada pues no fue demandada, lo cual conduce a que los actos que, en sentir del impugnante, se hallan contaminados o son defectuosos por haber violentado, en su génesis, los dictados de la administración de la sociedad conyugal, han de tenerse por válidos.

⁸ La sentencia yerra, debiendo decir que el recurso lo interpone el demandante.

En otras palabras, aunque se ponga de manifiesto el vicio de nulidad relativa solo como corolario de su declaración por edicto firme, se desencadenarán sus consecuencias jurídicas, sin limitación. A la inversa, mientras tal declaración judicial no se produzca, el acto supuesto continuará surtiendo sus efectos y, así, es correcto el acercamiento de los jueces del fondo al análisis de los componentes que les permitieron descartar la viabilidad de la pretensión invalidatoria de la demandante”⁹. (El subrayado es propio).

Siguiendo el razonamiento esgrimido por la Corte Suprema, por más que una sentencia se refiera a la existencia de un vicio de nulidad presente en el acto impugnado, se entenderá que este es válido y seguirá produciendo sus efectos, en tanto no sea declarado expresamente ineficaz por el juez. Lo que no pudo acontecer en el caso expuesto debido al error del demandante en pretender impugnar el contrato de compraventa por un vicio de nulidad absoluta y no por un vicio de nulidad relativa, el que debe ser alegado solo por aquellos a quienes en su favor lo establece la ley, y no puede ser declarado de oficio por el juez. Por tanto, mientras no sea declarada la ineficacia del acto mediante resolución judicial, el acto es válido y produce todos sus efectos.

Sin embargo, Baraona ha sostenido que para el caso de la nulidad absoluta, la nulidad operaría *ipso jure*, sin necesidad de declaración judicial, siendo necesaria la intervención del juez solo para las restituciones derivadas de la nulidad y para que ellas sean llevadas a cabo es condición la sentencia judicial¹⁰. De igual manera se ha manifestado López Díaz para fundamentar que la nulidad absoluta no corresponde a un mecanismo de tutela para el acreedor perjudicado, pues al operar de pleno derecho, el contratante perjudicado no dispone de ella como medio de tutela (López Díaz, 2019.p. 45).

A pesar del razonamiento esgrimido por ambos para sostener lo anterior, esto no ha tenido recepción por parte de la jurisprudencia, y hasta ahora comprende un sector sumamente

⁹ Gutiérrez Rebolledo Mario Ignacio con Chandía Cabrera Víctor, Rosas Sobarzo Inés Abigail (2014).

¹⁰ Para mayor análisis es necesario revisar el Capítulo Cuarto de la obra de Baraona González “La nulidad de los actos jurídicos. Consideraciones históricas y dogmáticas” (Baraona González, 2012).

minoritario dentro de la doctrina nacional. Por lo tanto, deberá entenderse para que la nulidad produzca efecto, es necesario la declaración del juez en tal sentido.

El efecto propio que tiene la nulidad, es la supresión de los efectos que el acto genera. Este se relaciona estrechamente con la noción de modo de extinguir las obligaciones que le otorga nuestra legislación civil. Siguiendo la distinción francesa de la primera parte de este capítulo, la concepción clásica de nulidad, entiende que esta supresión es total, y el acto se entiende no haber existido jamás (Thibierge, 2010. pr. 387). Sin embargo, una visión moderna de la nulidad, entiende que el efecto no es total, ya que, no le es posible suprimir las consecuencias de hecho aparejadas al acto jurídico. Por ende, es necesario determinar con mayor exactitud el efecto de la nulidad. Thibierge precisa dicho efecto, señalando que, la nulidad solo va a suprimir los efectos jurídicos del acto que se sanciona, pues el acto se forma para crear ciertas consecuencias jurídicas, y serán solamente esas las que se aniquilan, y no se verán afectadas las consecuencias materiales e indirectas del acto, como lo sería la culpa precontractual o el cumplimiento de la prestación en ejecución del acto anulado (Thibierge, 2010. pr. 388).

Esta distinción no se ha hecho patente en nuestro derecho, puesto que ve la nulidad como la sanción a toda consecuencia del acto, y que relacionado con el reestablecimiento del orden anterior, es que se deriva al conocido efecto retroactivo de la nulidad. No obstante, de igual manera es posible ver reflejada esta idea en nuestra legislación. Siguiendo lo planteado por Thibierge en el párrafo anterior, el efecto de la nulidad será solamente la supresión de los efectos jurídicos propios del acto, y precisamente esto se observa con la nulidad catalogada como modo de extinguir las obligaciones. Si bien, el reestablecimiento a la situación anterior no será total, pues las consecuencias materiales del acto seguirán vigentes, el efecto de la nulidad, la supresión de efectos jurídicos, sí se efectúa.

El reestablecimiento del orden que se pretende con la declaración de nulidad, genera una ficción en el hecho de querer dejar a las partes en la situación anterior a la formación del acto o contrato declarado nulo, lo que se conoce como el efecto retroactivo. Para lograr este cometido, la supresión de los efectos jurídicos que conlleva la nulidad, será suficiente en

algunos casos, como en aquellos actos que engendren obligaciones de no hacer, o en aquellos en que las partes no han ejecutado ni principado la ejecución de las obligaciones del acto. Sin embargo, para otros casos, en donde las consecuencias materiales o indirectas persisten y por ende, no se ha logrado retrotraer a las partes a la situación anterior a la celebración del acto o contrato, como lo puede ser el caso en que las partes ya han ejecutado las obligaciones del acto o contrato, o en el caso que Vial del Río señala a propósito de los contratos reales¹¹, la supresión de efectos jurídicos no será suficiente. Por ello, es que la nulidad debe ser complementada con otras figuras. Una que esta recogida plenamente por nuestra legislación en el artículo 1.687 del CC, que se conoce como las restituciones mutuas, que otorgan a las partes el derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato. Hay que precisar que la acción de nulidad y de restitución a pesar de ser diferentes entre sí y de cumplir diferentes propósitos, tienen una relación de dependencia, en donde no hay restitución sin una nulidad declarada judicialmente (Pinochet Olave y Concha Machuca, 2015. p. 129).

Otra figura, se da en la posibilidad que del hecho que dio curso a la nulidad haya generado un daño, y que este deba ser reparado para respetar el efecto retroactivo. Esto no siempre será posible mediante la acción de nulidad y la acción restitutoria. El estatuto de responsabilidad sería el indicado para remediar esta situación. Lamentablemente, el CC no contemplaría una acción de responsabilidad o de indemnización de perjuicios especial para estos casos. Esta supuesta ausencia de acción puede ser la razón por la que estos daños no son han sido discutidos por los tribunales de nuestro país.

Para terminar este capítulo, se puede decir que en nuestro país se ha mantenido la postura tradicional acerca de la nulidad, entendiéndola como una sanción civil de ineficacia que priva de efectos jurídicos al acto o contrato, con el propósito de hacer respetar la normativa vigente y

¹¹ El ejemplo es de un contrato de comodato, en el que el comodante entrega una cosa en comodato, para que luego de 20 años el comodatario deba devolverla al comodante, existiendo una obligación de restitución por parte del comodatario en favor del comodante. Luego, en el caso que se declare la nulidad del comodato antes de que se haya cumplido el plazo estipulado, por el efecto propio de la nulidad, se extinguen las obligaciones que crea el contrato que aún no se cumplen, y, por ende, se extingue la obligación del comodatario de restitución de la cosa, lo que tiene como consecuencia que el comodatario se quede con la cosa. Situación que a ojos del sentido común es injusta.

reestablecer el orden. Para este reestablecimiento, se debe volver al estado anterior de celebración del acto, y para esto, juega un rol principal en nuestro CC la acción restitutoria que concede el artículo 1687, en desmedro de la acción de responsabilidad que se puede derivar del hecho que generó la causal de nulidad.

2. CONSAGRACIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

El efecto extintivo de la nulidad y el efecto restitutorio no son siempre suficientes para dejar al contratante perjudicado en la situación anterior a la celebración del contrato. Por ejemplo, en el caso que se dicte la nulidad de un contrato de compraventa, se deberá restituir la cosa, objeto de la prestación, mas no los gastos en que se incurre en las negociaciones preliminares de este contrato. De esta manera, el contratante advierte un menoscabo en su patrimonio, que con la sola aplicación de las reglas sobre nulidad establecidas en el Código Civil, no sería reparado.

Es así que la responsabilidad puede jugar un rol complementario para dar completa satisfacción al efecto retroactivo de la nulidad. Es por esta razón, que en este capítulo se expondrán los fines que tiene la responsabilidad civil en nuestro derecho. Luego, se verificará que la responsabilidad que se genera por el hecho de la nulidad, es del tipo precontractual, donde también habrá que dilucidar si a este tipo de responsabilidad le son aplicables los estatutos de la responsabilidad contractual o las normas de la responsabilidad extracontractual.

2.1 Fines o funciones de la responsabilidad civil

Antes de revisar el contenido de este apartado, es necesario aclarar el concepto y sentido de la responsabilidad.

En un sentido general, Corral Talciani, señala que la responsabilidad se puede definir como “la necesidad efectiva, o eventual, en que se encuentra una persona de hacerse cargo de las consecuencias gravosas de un acto que se le atribuye como propio” (Corral Talciani, 2004. p.13). Si bien, se observa lo genérico de la definición, es útil para entender el sentido general de la responsabilidad, como aquel que busca que las personas asuman los efectos o resultados de su propio actuar, sea este beneficioso o perjudicial para ella.

Ahora, la responsabilidad civil, ha sido definida como “la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra” (Alessandri Rodríguez, 1943. p. 11). Esta

definición es aplicable tanto para la responsabilidad contractual o extracontractual, así en el incumplimiento del contrato se genera la obligación del deudor de indemnizar los daños que ha sufrido el acreedor, y en tanto en un hecho ilícito que genera daño, el agente provocador está obligado a indemnizar a la víctima. La responsabilidad en tanto una institución del derecho civil determina las reglas sobre las cuales es posible atribuir a una persona diferente de la víctima la carga de soportar los daños que una acción u omisión ha generado, pues la regla general es que cada uno debe soportar los propios riesgos.

De esta manera, la responsabilidad puede cumplir diferentes fines o funciones, los que se revisarán a continuación.

2.1.1 Función reparatoria o compensatoria

Es esta función la predominante en Chile¹² y consiste en que los daños que sufre la víctima por el actuar ajeno deben ser indemnizados, vale decir, reparados, centrandose el punto de vista en la víctima y el daño sufrido, el cual debe ser reparado. Como se aprecia, esta función se condice con la definición de Alessandri Rodríguez, y pasaría a ser el fundamento central de la responsabilidad civil (Domínguez Hidalgo, 2010. p. 671)

Esta función se corresponde con la idea de justicia correctiva, en razón que los daños provocados deben ser reparados de tal manera que desaparezcan los perjuicios sufridos por la víctima. Como señala Barros Bourie, “la reparación tiene por objeto poner al demandante en la misma situación en que se encontraría si no hubiese sido víctima del daño causado por el hecho del demandado” (Barros Bourie, 2007. p.255)¹³.

¹² En este sentido se ha expresado Domínguez Hidalgo (Domínguez Hidalgo, 2005)

¹³ Cabe tener consideración, que este objetivo que pretende la responsabilidad, no siempre podrá ser llevado a cabo, dado que cuando hay un daño corporal irreparable, o se acredita daño moral, difícilmente va a ser posible dejar a la víctima en la misma situación previa al hecho que genera el daño. Es por este motivo, que se habla más de una compensación que una reparación, en donde el esfuerzo debe ser el de otorgar la mejor compensación posible por el daño provocado, cosa de dejar a la víctima en la situación más cercana a como se encontraba antes de la ocurrencia de este.

Es a partir de este fin que se desprende el principio de la reparación integral del daño, recogido en el artículo 2.329 del Código Civil al disponer que “todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta”. A pesar de las variadas interpretaciones que ha tenido este artículo a lo largo del tiempo, actualmente, ha sido aceptado que del texto *todo daño*, se ha construido el principio de reparación integral en nuestro sistema. Además, este principio, aunque regulado entre las normas de la responsabilidad aquiliana, al día de hoy, es reconocido por la doctrina¹⁴ y por la jurisprudencia¹⁵, como un principio general del sistema de responsabilidad civil chileno.

El principio de reparación integral, por un lado implica que esta reparación debe ser completa, independiente de si el autor del hecho generador del daño haya actuado con culpa levisísima, leve, grave o incluso con dolo (Barros Bourie, 2007.p. 255). Solo así se cumpliría con el ideal de justicia correctiva de dejar a la víctima en la misma situación previa al hecho generador del daño. Mientras que por otro lado, el principio cumple con un rol de límite a la indemnización, puesto que solo se debe resarcir aquel daño efectivamente causado, al punto que, la indemnización nunca deberá ser mayor a los perjuicios sufridos. Enunciar lo contrario, significaría llevar la indemnización fuera de la órbita de reparación de la víctima, a constituirla como un castigo al autor del hecho. En resumen, como señala Domínguez Águila, “se indemniza todo el perjuicio, pero nada más que el perjuicio” (Domínguez Águila, 2010. p.10).

Bajo esta lógica, la responsabilidad pretendería el mismo objetivo que la nulidad, poner a la víctima del hecho ilícito en la situación anterior a su comisión. Aunque este objetivo en común se hace, bajo diferentes fundamentos y formas. Por un lado, la nulidad lo hace en función de protección de la ley y de respeto al sistema, independientemente de la actitud de los contratantes, y por otro lado la responsabilidad lo hace bajo la lógica de compensar de la mejor

¹⁴ En este sentido se han expresado los autores Barros Bourie, 2007; Domínguez Águila, 2010; y Domínguez Hidalgo, 2015.

¹⁵ Canet Robles Alejandro David con Colegio Salesiano Valparaíso (2009). El presente caso, la Corte Suprema señala que la responsabilidad es un principio general del derecho, por lo que nadie puede dañar a otros sin adquirir el deber correlativo de brindar reparación. Esto con el fin de justificar la procedencia de condena del daño moral tanto en sede extracontractual, como contractual, pues, no verlo de esta manera, genera una discriminación arbitraria.

manera posible los daños a quien se ha visto perjudicado por un actuar malicioso o negligente. Esto no impide que puedan funcionar complementaria e integradamente en un caso particular, como lo es el tratado en esta memoria, la responsabilidad que deriva del acto nulo.

2.1.2 Función retributiva o punitiva

Esta función en contraste con la anterior, centra su punto de vista en la conducta del agente autor del daño, en donde por el hecho de la conducta ilícita realizada, debe ser castigado, estableciéndose la responsabilidad como una pena civil. Se castiga la conducta del autor del daño, independientemente del perjuicio ocasionado.

Si bien, en nuestro derecho la responsabilidad tiene una función principalmente reparatoria, no es ajena la función punitiva. Esta se puede advertir en la valoración del daño moral, que debido a su difícil cálculo y definición, se puede llegar a conceder una indemnización mayor al daño efectivamente sufrido. Para evitar esta situación, es que se ha propuesto estandarizar su aplicación¹⁶, como lo hace el baremo jurisprudencial estadístico que fija el Poder Judicial para daños corporales. Sin embargo, este baremo es meramente referencial, por lo que nada impide a la hora de fijar el quantum indemnizatorio por daño moral, considerar la gravedad de la conducta del agente. Con ello, y considerando que esta materia, al ser un punto de hecho y no de derecho, no cabe la revisión de la sentencia y su fundamentación a través del recurso de casación en el fondo, por lo que esta función punitiva si podría estar presente en nuestro derecho.

2.1.3 Función preventiva

Esta función obedece a uno de los propósitos que se espera de la sociedad, el evitar que se realicen conductas que puedan generar daño a terceros, así, con la responsabilidad se busca

¹⁶ Tarea del todo difícil, pues como señala Domínguez Hidalgo, el daño moral es por esencia subjetivo (Domínguez Hidalgo, 2007. p. 286). Por lo que por más que se intente uniformar, el daño siempre va a estar sujeto a las circunstancias del caso.

prevenir que se produzcan perjuicios. Por medio de la responsabilidad se puede disuadir a la sociedad de cometer conductas riesgosas.

Esta función preventiva, puede complementarse perfectamente con las funciones antes mencionadas. El solo hecho de establecer una sanción pecuniaria por una conducta ilícita tiene fines disuasivos, como señala Corral Talciani, se tratará de evitar en el futuro la conducta descuidada o dolosa, tanto la persona que cometió la acción y tuvo que reparar el daño, como la sociedad que va a saber que por la comisión de una conducta ilícita se debe indemnizar el daño (Corral Talciani, 2004. p.67). A pesar de que se puede sostener que una indemnización de tipo punitiva o sancionatoria puede entregar una prevención más potente, lo cierto es que los motivos de la prevención de conducta no deben ser la cuantía de la indemnización, sino que el solo hecho de evitar que la conducta propia afecte o genere daños en terceros.

2.1.4 Función distributiva

Este fin distributivo se distancia de la relación de autor y víctima, para establecer un marco más amplio, que mira a la sociedad toda. Bajo este enfoque, cada uno de los individuos que compone la sociedad pueden verse igualmente afectados de manera aleatoria por alguna conducta que genere daño. En consecuencia, por el hecho de ocurrencia del daño, unos resultarían afectados, mientras que otra gran mayoría no se vería afectada, hecho que sería injusto. Por esta razón, la tarea de la responsabilidad bajo la óptica de la función distributiva es corregir esta aleatoriedad y hacerla más equitativa (Barros Bourie, 2007.p.52). En nuestro derecho, aun cuando la responsabilidad es vista principalmente con un fin reparador, son los seguros sociales y privados los que desempeñan la función distributiva de la responsabilidad.

Siendo estas los principales fines que se tienen de la responsabilidad, siendo la predominante en nuestro derecho el fin resarcitorio o compensatorio, bajo el alero del principio de la reparación integral del daño, entendiéndose que todo daño que haya sido generado por una conducta debe ser reparado, a fin de reestablecer a la víctima en la situación que se encontraba antes del hecho.

2.2 Responsabilidad precontractual y su estatuto aplicable

La responsabilidad en el derecho chileno tanto a nivel legal y doctrinal es considerada como dualista, es decir, se diferencian dos grandes regímenes de responsabilidad, la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. A nivel legal, nuestro Código Civil, distingue claramente, la responsabilidad contractual en el Título XII del Libro IV sobre el efecto de las obligaciones (Alessandri Rodríguez, 1943. p.46), en donde la responsabilidad deviene del incumplimiento contractual, y la responsabilidad extracontractual en el Título XXV del Libro IV sobre los delitos y cuasidelitos, en donde la fuente de responsabilidad resulta del hecho ilícito. En tanto a nivel doctrinal, la mayoría reconoce la dualidad de nuestro sistema de responsabilidad¹⁷.

Un sistema dualista de responsabilidad, implica que a un determinado hecho le corresponderá la aplicación de las normas atinentes a uno u otro régimen. Por ejemplo, no podrán ser aplicables las normas de responsabilidad extracontractual a un incumplimiento contractual. La pregunta que nos lleva este trabajo es, ¿dónde se enmarca la responsabilidad precontractual, y en particular, la responsabilidad derivada del hecho que genera la nulidad de un acto?

Antes de responder estas interrogantes, es necesario establecer que la responsabilidad precontractual, es aquella que se genera antes de la formación del acto o contrato. En este mismo sentido, Zuloaga señala que es “aquella que se origina por la conducta contraria a la buena fe de una de las partes en la relación jurídica precontractual, que causa daños a la otra parte, sea que el contrato haya llegado a celebrarse o no” (Zuloaga Ríos, 2008. pp. 49 y 50). Dentro de la responsabilidad precontractual se pueden encasillar varias conductas, tales como la ruptura intempestiva de las negociaciones, la infracción de deberes de seguridad, la vulneración de un

¹⁷ En este sentido se ha expresado Abeliuk Manasevich, 2009, p.906; Barros Bourie, 2007, p. 976; Alessandri Rodríguez, 1943, p.42; Corral Talciani, 2004, p.23; Domínguez Hidalgo, 2005, p.828.

deber de confidencialidad, y también la que se genera por un hecho que provoca la nulidad del acto (López Díaz, 2019. p. 21 y Barros Bourie, 2007).

Revisado lo anterior, para responder la interrogante formulada, se revisarán dos aspectos. El primero se refiere a la responsabilidad precontractual en un sentido general, donde se revisarán los argumentos para sostener la aplicabilidad de la responsabilidad contractual, y los argumentos para sostener su pertenencia al estatuto extracontractual. Mientras que en el segundo aspecto se hará el mismo análisis, pero sobre el caso específico de la responsabilidad por el hecho que genera la nulidad.

2.2.1 Responsabilidad precontractual como responsabilidad contractual

La teoría de la culpa in contrahendo formulada por von Ihiering es la primera en analizar la responsabilidad en la formación del contrato, en donde señala que la responsabilidad es del tipo contractual (Zuloaga Ríos, 2008. p. 23). Según esta teoría, los futuros contratantes en la negociación de un acto o contrato conforman un pacto tácito en que se obligan a celebrar el contrato negociado, el cual debe cumplir con sus condiciones de validez, y donde que las partes deben actuar con diligencia durante este proceso de formación (Zuloaga Ríos, 2008. p. 23). De tal forma, si el contrato celebrado tiene un vicio susceptible de hacer anulable el contrato, y en consecuencia, pierde su valor, se violaría el pacto tácito, y con ello, se harían aplicables las normas de la responsabilidad contractual.

En otro orden de ideas, se ha sostenido que en situaciones que se encuentren próximas al contrato, como lo son las circunstancias que generan la responsabilidad precontractual y el hecho de la anulación de un contrato, deben extenderse las reglas de la responsabilidad contractual, haciendo una analogía de esta situación de hecho con el contrato (Thibierge, 2010. pr. 242). De esta manera, en una apariencia de contrato, como lo es un contrato en vías de formación, o un contrato que es susceptible de ser anulado, se le deben hacer aplicables las reglas de la responsabilidad contractual. Jérôme Huet, señala en este mismo sentido que las circunstancias de la responsabilidad precontractual “deben adaptarse a las circunstancias de hecho y aplicarse a la situación objetiva creada por la celebración de un contrato más que la

circunstancia subjetiva de la validez de su celebración” (citado en Thibierge, 2010. pr. 242). Lo que conlleva a que se apliquen, según su visión, las reglas de la responsabilidad contractual.

En nuestro derecho, sin embargo, estas ideas no han tenido recepción jurisprudencial aun cuando es apoyada por parte de una doctrina minoritaria (Zuloaga Ríos, 2008.p. 109). Esto, lleva entonces a revisar las ideas que señalan que el estatuto aplicable a la responsabilidad precontractual es el de la responsabilidad extracontractual.

2.2.2 Responsabilidad precontractual como responsabilidad extracontractual

No es posible compartir el análisis esgrimido por quienes sostienen que el estatuto aplicable es el de la responsabilidad contractual. No se puede pretender aproximar o adaptar reglas de orden contractual a situaciones donde el contrato no se ha perfeccionado o ha perdido del todo su valor. Sin un contrato válidamente formado, no es posible aplicar las reglas de la responsabilidad contractual, y por lo mismo el estatuto aplicable debe ser el de la responsabilidad extracontractual. Este es el argumento básico para afirmar esta posición. Indica Figueroa que “cuando hablamos de responsabilidad precontractual, estamos diciendo que en este caso la responsabilidad deriva de un daño producido antes de que ese contrato se haya perfeccionado” (Figueroa Yáñez, 2012. p. 60).

Según Schmidt, el principio de la buena fe, al estar presente en todo el íter contractual, su ruptura conlleva que los casos de responsabilidad precontractual se deban reglamentar por las normas de la responsabilidad extracontractual, a menos que haya un acto o contrato que sustraiga la aplicación de dichas normas y deba ser aplicable el estatuto contractual (citado en Zuloaga Ríos, 2008. pp. 118 y 119).

Si bien es un punto discutido tanto en el derecho nacional como comparado, en su mayoría se ha sostenido que el estatuto aplicable a la responsabilidad precontractual es el de la responsabilidad extracontractual¹⁸.

En este sentido se ha expresado la jurisprudencia, así, en la causa caratulada “Inmobiliaria y Administradora CGL Ltda. Con Petrobras Chile Dist. Ltda.” del año 2020, en donde se demanda por medio de juicio ordinario la ejecución forzada del contrato más indemnización de perjuicios, en un caso en que Petrobras habría manifestado la intención de adquirir los derechos para explotar estaciones de servicio que el demandante en juicio poseía. La demandante señala que hubo un acuerdo sobre los puntos esenciales del negocio, y por lo mismo se formó un contrato innominado, el cual la demandada, Petrobras, no ha cumplido. Mientras que la demandada señala que se trataba de negociaciones preliminares, y que la decisión final sobre la celebración del contrato no recaía en la persona que llevaba a cabo las negociaciones, quien carecía del poder suficiente para ello, siendo la casa matriz de Petrobras en Brasil quien debía tomar la decisión definitiva. Acción que se vio desestimada por la Corte Suprema, quien conoció el asunto vía casación en el fondo, determinando improcedente la acción ejercida. Su razonamiento se expresa en el considerando séptimo:

“Que la responsabilidad precontractual ha de regirse por las normas de la denominada responsabilidad extracontractual, puesto que, si aún no hay contrato, la responsabilidad no puede ser sino extracontractual o, porque si se trata de un abuso de derecho y por ende de responsabilidad por culpa y, no habiendo contrato como se acaba de señalar, dicha responsabilidad necesariamente es extracontractual”¹⁹.

¹⁸ Ruperto Concha Olave y Ricardo Concha Machuca exhiben que tanto la doctrina nacional, como la doctrina colombiana, española y los Principios Europeos del Derecho de Contratos, coinciden en este punto. Para más información revisar Pinochet Olave y Concha Machuca, 2015.

¹⁹ Inmobiliaria y Administradora CGL Ltda. Con Petrobras Chile Dist. Ltda (2020).

Parece claro, que tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia, abogan por encuadrar la responsabilidad precontractual dentro del régimen de responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, hay quienes sostienen que la responsabilidad precontractual configura un régimen autónomo de responsabilidad. Zuloaga, en este sentido, señala que la responsabilidad precontractual es diferente a la contractual y la extracontractual, en donde a pesar de que se pueden presentar elementos cercanos a ambas responsabilidades, finalmente en razón de su fundamento, la violación del principio general del derecho de la buena fe, justifica su autonomía respecto de los otros dos regímenes. (Zuloaga Ríos, 2008. p. 125).

Barros, profundizando sobre la responsabilidad precontractual, señala que ante la falta de consentimiento, no hay obligaciones contractuales. No obstante ello, las partes, dentro de la negociación del contrato están sujetas a ciertos deberes de cuidado, los que a falta de algún contrato preparatorio, van a estar regidas por la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, no es categórico en esta afirmación, pues señala, que a pesar de la naturaleza extracontractual, esta situación presenta analogías contractuales, en razón que las partes relacionadas no son extraños absolutos, y entre ellas existe una relación negocial que surge con las tratativas contractuales, así, la negociación contractual da lugar a deberes de cooperación y lealtad (Barros Bourie, 2007. pp. 1003 y 1004).

De esta manera, es posible sostener que la responsabilidad precontractual exhibe una especial relación que tienen los futuros contratantes en la etapa negocial del contrato. Esta se traduce en deberes de cuidado, que vienen a ser una categoría especial de responsabilidad, y que en definitiva, por gran parte de nuestra doctrina y la jurisprudencia, a pesar de que guarde rasgos de cercanía con la responsabilidad contractual, es que deben aplicarse las reglas de la responsabilidad aquiliana.

Parece necesario complementar lo dicho hasta aquí. La responsabilidad precontractual es aquella que se produce en la etapa formativa del contrato. Por consecuencia lógica, no ha nacido a la vida el contrato, por lo mismo, no puede haber responsabilidad contractual.

Entonces, siguiendo la visión dualista, por defecto, será de naturaleza extracontractual, siendo su estatuto aplicable las reglas del Título XXXV del Libro IV del Código Civil. Con todo, cabe tener en consideración a la hora de estudiar esta responsabilidad, que en razón de estos deberes especiales de cuidado, tiene rasgos propios y diferenciadores de la responsabilidad extracontractual.

2.2.3 Estatuto de responsabilidad por el hecho que genera la nulidad

Revisado el estatuto aplicable de la responsabilidad precontractual, es necesario examinar cuál será el estatuto aplicable al hecho que provoca la nulidad de un acto o contrato. Para este caso, Thibierge, “¿existe ese contrato de manera suficiente para conferir una naturaleza contractual a la responsabilidad o debe considerarse que, aniquilado retroactivamente como consecuencia de la anulación, no puede dar lugar sino a una responsabilidad delictual?” (Thibierge, 2010. pr. 230).

Para responder esta pregunta, se repasan argumentos de cada postura.

En favor de la responsabilidad contractual, tomando en consideración la visión moderna de la nulidad, esto es, que la anulación del acto, aniquila solamente las consecuencias directas, dejando a salvo las secundarias o indirectas. De este modo, ante la nulidad la responsabilidad es un efecto secundario, por lo que el contrato subsiste lo suficiente como para que la responsabilidad sea de naturaleza contractual (Thibierge, 2010. pr. 244).

Se critica fuertemente esta postura, debido a que la responsabilidad contractual no puede ser considerada una consecuencia indirecta o secundaria, toda vez que la responsabilidad contractual “constituye, como la ejecución misma, un efecto directo del contrato, querido por las partes” (Thibierge, 2010. pr. 251). Al ser la ejecución, tanto en naturaleza como en equivalencia, un efecto directo, este se ve aniquilado por la nulidad, por lo que en ningún caso este tipo de responsabilidad puede ser contractual.

En tanto, para justificar su naturaleza extracontractual, agrega que la nulidad aniquila el acto y sus consecuencias jurídicas directas, pero no va a eliminar los hechos jurídicos que de la

formación del ese acto se produzcan, al ser consecuencias indirectas que no dependen del concurso de voluntad de las partes (Thibierge, 2010. pr. 320). La conducta que provoca la anulación del acto será, en este sentido un hecho jurídico que genera daño y que debe ser reparado, siendo este el fundamento de la responsabilidad, la conducta previa a la formación acto y no el acto o contrato en sí mismo.

Finalmente para zanjar la discusión, señala la autora, que son las normas de la responsabilidad extracontractual las que se pueden adecuar de mejor manera al estatuto especial de responsabilidad precontractual que deviene del contrato nulo. Esto con motivo de que las normas relativas a la responsabilidad extracontractual son lo suficientemente generales y es posible adaptarlas de mejor manera a este estatuto de responsabilidad especial (Thibierge, 2010. pr.336).

Ahora, trasladando esta discusión a nuestro panorama nacional, se puede llegar a similar conclusión. La amplia mayoría de la doctrina sostiene, que el estatuto general y supletorio de responsabilidad son las reglas del Título XXXV del Libro IV del CC. Además, coincide en que la responsabilidad que se genera por la nulidad del acto o contrato será extracontractual²⁰. Esto sin ahondar en un análisis exhaustivo de esta figura de responsabilidad, sino que el principal argumento señala que al aniquilarse el contrato con motivo de la nulidad, ya no habría contrato, siendo imposible catalogar la responsabilidad como contractual, y por tanto debe ser aplicable el estatuto de responsabilidad extracontractual. Descartándose la idea de pacto tácito que se origina con la idea de la culpa in contrahendo.

Zuloaga, al referirse al fundamento de la responsabilidad precontractual – el principio general de la buena fe – señala que en la responsabilidad precontractual se presentan elementos de ambos tipos de responsabilidad, así en el caso de la nulidad expresa:

²⁰ Así se ha expresado Abeliuk Manasevich, 2009. p. 912; Alessandri Besa, 2008. p. 367; Alessandri Rodríguez, 2009. p. 159; Barros Bourie, 2007. p. 1013; Corral Talciani, 2004. p. 45; y Pinochet Olave y Concha Machuca, 2015. p. 131.

“...retrotrayéndose las partes a un estadio como si nunca hubiesen contratado, ellas han entrado en contacto, surgiendo entre las mismas una especial relación jurídica de tipo precontractual, pero no corresponde a una convención o contrato, pero que tampoco se puede ignorar diciendo que no existe vínculo alguno previo a la producción de los daños, como sería en materia extracontractual (Zuloaga Ríos, 2008. p. 125).”

Concluye Zuloaga, que ante este caso, deberá ser el juez quien en base a los principios de la buena fe, justicia y equidad, deberá determinar la solución más justa al caso y que mejor proteja los intereses del perjudicado (Zuloaga Ríos, 2008. p. 140). En definitiva, sería innecesario elegir entre uno u otro régimen de responsabilidad.

Por su parte, Baraona coincide que en la responsabilidad derivada del acto nulo es un tipo especial de responsabilidad que tiene sus particularidades especiales. Esta tiene cercanías con la responsabilidad extracontractual, en razón de la falta de contrato y además su enfoque se centra en el daño producido. Asimismo, se acerca a la responsabilidad contractual, pues supone la ruptura de un deber de cuidado que supera el mero contacto social. Sin embargo, llega a diferente conclusión que Zuloaga, al concluir que teniendo presente el sistema dualista que impera en nuestro, si hay que catalogar esta responsabilidad dentro de uno, se deben aplicar las reglas de la responsabilidad extracontractual (Baraona González, 2012. p.101).

Así, se ve que es ampliamente reconocido por la doctrina nacional, que será el estatuto de la responsabilidad extracontractual el aplicable a este tipo de responsabilidad, y que al igual que las conclusiones a la que llega Thibierge, nuestras reglas sobre la responsabilidad que nace de un hecho ilícito son lo suficientemente generales y posibles de adecuar a este tipo especial de responsabilidad, por lo mismo es que se considera a estas normas como el estatuto supletorio y general de la responsabilidad civil en nuestro derecho.

Por lo tanto, a modo de conclusión del capítulo, es posible afirmar que la responsabilidad que deviene de la conducta que produce la nulidad, será de naturaleza extracontractual, haciendo aplicables, en principio, las reglas que este estatuto establece. Pero estas reglas deberán ser revisadas a la luz de la especial relación que tienen las partes por motivo del ámbito

precontractual y negocial en cual se comete la responsabilidad, lo que se refleja tanto en el deber de cuidado, como en los daños a indemnizar. Además, se debe tener presente siempre las reglas generales de la responsabilidad civil.

3. FIGURA GENERAL DE RESPONSABILIDAD POR LA MALFORMACIÓN DEL ACTO O CONTRATO

En los capítulos anteriores se ha logrado determinar que la nulidad en un sentido general protege la legalidad y busca que las partes vuelvan al estado anterior en que se encontraban a la celebración de acto que ha sido anulado. Sin embargo, esto no es posible con el solo efecto restitutorio y retroactivo de la nulidad, la que va a aniquilar el acto, y con ello, sus consecuencias jurídicas directas. Para complementar esta labor, se debe echar mano a dos figuras diferentes a la nulidad, como la restitución, que está expresamente regulada en nuestra legislación, y la responsabilidad civil que genera la conducta que lleva a que el acto sea anulado. Esta última, como se ha dicho, no tiene una regulación especial, pero sí se ha logrado determinar es que esta responsabilidad precontractual es de carácter particular y especial, que comparte algunos rasgos con la responsabilidad contractual, pero que de todos modos se trata de una responsabilidad extracontractual.

En la misma línea, es razonable destacar que las acciones de nulidad y responsabilidad además de ser diferentes, son independientes, lo que no impide que puedan ser compatibles entre sí. A pesar de cumplir roles distintos, ambas pretenden que se deje a las partes de la relación en la situación anterior al hecho alegado, teniendo una relación complementaria entre ambas. Siempre que se genere un daño imputable a la culpa o dolo este debe ser reparado, siendo este el principio que está detrás del estatuto de responsabilidad civil general y extracontractual en particular, que en nuestro derecho se expresa en los artículos 2.314 y 2.329 del Código Civil. En cuanto a la doctrina nacional, la mayoría se declara en favor de la compatibilidad de ambas acciones, pero Pinochet Olave y Concha Machuca son quienes manifiestan expresamente la independencia existente entre la acción de nulidad y la acción indemnizatoria (Pinochet Olave y Concha Machuca, 2015. p. 135). Entonces, para que el daño sea reparado, debe ejercerse una acción de indemnización de perjuicios en conjunto con la acción de nulidad, dado que la declaración de nulidad no es apta para estos efectos.

A pesar de lo anterior, es necesario distinguir, que no es la nulidad o su declaración la que genera la responsabilidad. Esta proviene de una conducta que genera daño, y que además

puede ser susceptible de anular el acto. Así, las acciones de nulidad y de responsabilidad pueden derivar de una conducta en común, pero para que sean aplicadas las reglas de nulidad en contra del acto se deben cumplir con ciertos requisitos que son diferentes a los que se deben cumplir en materia de responsabilidad. Por ello, se sustenta la independencia de la nulidad con la responsabilidad, siempre que se manifieste una conducta imputable que genere daño, independientemente de la declaración de nulidad, se va a generar un juicio de responsabilidad. A pesar de ello, la nulidad generará perjuicios diferentes en caso que esta sea declarada o no, pues en este segundo caso, en que esta no es declarada, se entiende que el contrato es válido y eficaz.

El objetivo del presente capítulo, es hacer un análisis de esta responsabilidad precontractual. Para ello se analizarán cada uno de los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual, vale decir, hacer un examen acerca del hecho imputable, la culpa, el daño y la causalidad; finalmente se revisará la prescripción de esta acción y cómo esta acción se relaciona con la nulidad parcial y la acción de restitución. Se tendrá en consideración para este estudio las particularidades de esta responsabilidad, que conducirá a revisar cómo es posible conjugar el sentido y fundamento de esta responsabilidad con las reglas de la responsabilidad aquiliana que le son aplicables. Esto con el propósito de analizar en el capítulo final las principales hipótesis de nulidad que se encuentran reguladas en nuestro Código Civil, y verificar la aplicación de esta figura general a ellas.

3.1 El hecho imputable

Para verificar la responsabilidad de un sujeto que genera un daño a otro, es necesario estudiar la conducta realizada. En este sentido se revisan dos aspectos fundamentales, el primero es el hecho o la conducta. Mientras que el segundo aspecto, dice relación con la capacidad del sujeto para poder ser imputable de responsabilidad. En este mismo orden se analizará a continuación.

3.1.1 La conducta generadora de responsabilidad

En términos generales, Corral Talciani señala que para que haya responsabilidad extracontractual “es menester que se dé un acto humano” (Corral Talciani, 2004. p. 112). Vale decir, en palabras del profesor, un hecho voluntario realizado por una persona, siendo el centro del acto, la voluntad del sujeto (Corral Talciani, 2004. p. 112). No parece precisa la terminología *voluntad* para determinar la conducta del sujeto. Si bien es correcta, de igual manera hablar de ella para establecer la conducta atribuible de responsabilidad puede hacer referencia más bien a si el hecho fue querido o no por el sujeto²¹. Es así, que Barros, al referirse a la dimensión subjetiva de la conducta la define como la libertad que tiene el sujeto para actuar, donde pueda controlar la conducta realizada (Barros Bourie, 2007. p. 71). Entonces, es posible reconocer que solo una conducta controlada y ejercida de manera libre va a poder ser atribuida al sujeto. No es necesario que el sujeto conozca las consecuencias de su actuar, sino que basta el control del curso causal de los hechos.

Esta conducta se puede representar tanto en un comportamiento positivo, es decir, en la realización de una conducta, o en un comportamiento negativo, la omisión en el actuar que provoca un daño.

Ahora en lo que respecta a la responsabilidad de estudio, y en relación a lo que se mencionaba al inicio de este capítulo, no es la nulidad del acto la conducta que se sanciona, sino que es el hecho ilícito causa esta. En nuestra doctrina nacional, Alessandri Besa es quien señala que la “fuente de la responsabilidad no es el contrato, que no existe, sino el hecho ilícito del contratante de haber procedido a celebrarlo en esas condiciones” (Alessandri Besa, 2008. p.

²¹ Se entiende que el término voluntad tiene variadas acepciones, siendo una de ellas según el DRAE la “facultad de decidir y ordenar la propia conducta”, también es cierto que tiene la acepción “intención, ánimo o resolución de hacer algo”. Es por esto que puede escucharse generalmente que un acto querido es un acto voluntario, y un acto involuntario como algo que no era deseado. En un sentido jurídico, el principio de la autonomía de la voluntad, base para la teoría del acto jurídico, se desarrolla en base a los pilares de la libertad y voluntad (Vial del Río, 2006. p. 55), así, la voluntad de querer realizar un acto solo será posible cuando se es libre. Así, el término voluntad, de igual manera se puede entender como un intención del sujeto. No pudiendo analizarse en este aspecto bajo una hipótesis de responsabilidad objetiva.

367). En similar manera se expresa Alessandri Rodríguez cuando analiza la naturaleza de este tipo de responsabilidad, señalando que “la fuente de la responsabilidad es el hecho ilícito ejecutado por una de las partes y que produjo la nulidad” (Alessandri Rodríguez, 1943. p. 58).

Como se puede apreciar, la conducta se establece de manera general en la definición de un hecho ilícito. Esta definición de la conducta es ambigua, pues ya sabemos que al ser categorizada de naturaleza extracontractual, esta responsabilidad es la que recae sobre los delitos y cuasidelitos, que son definidos en nuestro Código Civil en el artículo 2.284 como un hecho ilícito, que si es cometido con la intención de dañar será un delito, y si es un hecho (ilícito) culpable, pero sin la intención de dañar será un cuasidelito.

Por lo que cabe preguntarse ¿cuál es el hecho que genera esta responsabilidad precontractual? Anticipadamente se podría decir que la conducta será aquella realizada en las negociaciones preliminares del acto o contrato que sea apta para acarrear la anulación del contrato que se pretende celebrar. Thibierge, dentro del análisis que realiza sobre la nulidad y la responsabilidad, explica de manera clara y sucinta el hecho que constituye la responsabilidad²², el que “consiste en haber provocado o favorecido la malformación del contrato” (Thibierge, 2010. pr. 92). En base a esta definición es que se puede determinar de manera clara el hecho que se busca sancionar, siendo posible aplicarla tanto en la comisión o en la omisión de actuar. El término malformación, manifiesta la idea de cualquier situación que lleve al contrato a un fin no querido por las partes, sea este una causal de nulidad absoluta, nulidad relativa, o aún sin caer dentro de las anteriores, puede influir en la formación del mismo, como lo es la figura del dolo ajeno, que es el cometido por quien no es parte del contrato y que según nuestro CC no vicia el consentimiento, pero si da la posibilidad de reclamar los perjuicios sufridos según indica el artículo 1.458.

²² La determinación de la conducta que hace Thibierge, se encuadra en el análisis del contenido de la culpa del sujeto que realiza la acción. Para efectos de ilustrar la conducta que debe ser atribuida al sujeto es lo suficientemente precisa para ilustrar este punto.

Determinada de esta forma la conducta, cabe analizar el segundo aspecto sobre el hecho imputable, esto es la capacidad para cometer el ilícito.

3.1.2 La capacidad

La regla general en el derecho civil es que todas las personas son capaces, siendo la incapacidad una excepción que debe ser determinada por ley e interpretarse de manera restringida. En materia contractual, se distingue la aptitud para adquirir derechos, la capacidad de goce, de la facultad para ejercer personalmente los derechos que le competen, la capacidad de ejercicio (Alessandri Rodríguez, 2009. p. 45). Todas las personas tienen capacidad de goce, al ser este un atributo de la persona. No así la segunda, en donde es la ley la que debe señalar los casos de incapacidad. El CC, identifica tres tipos de incapacidad, la absoluta, la relativa y la particular. La primera la padecen aquellas que carecen de voluntad o no pueden manifestarla, sus actos no generan obligación alguna, siendo estos los dementes, los impúberes y los sordos o sordos mudos que no pueden darse a entender claramente. La segunda, se establece como una medida de protección en favor de ciertas personas, quienes cumpliendo ciertas circunstancias pueden actuar por sí mismo, siendo estos los menores adultos y los interdictos por disipación. Finalmente, la tercera, es aquella circunstancia en que la ley impone una prohibición a ciertas personas de ejecutar ciertos actos (Alessandri Rodríguez, 2009. pp. 48 - 59).

Por otro lado, en materia extracontractual el CC establece casos más restringidos de incapacidad, puesto que las personas pueden discernir entre el bien y el mal antes que adquirir las condiciones para actuar en la vida de los negocios (Alessandri Rodríguez, 1943. p. 130)²³. Son incapaces los dementes y los menores de siete años, mientras que los menores de dieciséis años deberán someterse a un juicio de discernimiento que hace el juez para determinar su capacidad en el delito o cuasidelito. Así, estas personas no pueden ser responsables por su actuar doloso o culpable, sino que serán las personas que están a su cargo a quienes se les puede

²³ Una idea similar sostiene Barros Bourie, quien señala que la persona debe poder discernir entre lo que es correcto y aquello que es riesgoso (Barros Bourie, 2007. p. 64)

imputar el daño provocado, como lo es el caso de los padres quienes serán responsables de los actos cometidos por sus hijos.

Siendo estas las reglas que se fijan en materia de capacidad civil en nuestro derecho, y teniendo en consideración la responsabilidad precontractual que se genera por el hecho que hace susceptible de anulación el contrato ¿qué tipo de capacidad es la que se requiere para que le sea imputable a un sujeto el daño provocado en esta sede? ¿Un incapaz de celebrar un contrato, podrá ser capaz de responder por los daños que a la hora de la formación del contrato se generen? Siguiendo lo expuesto en el capítulo anterior, serían las normas de la responsabilidad extracontractual la que de manera general deben ser aplicables al caso. Sin embargo, parece necesario hacer una distinción

En el caso en que un contratante capaz fue quien provocó o favoreció la malformación del contrato, aprovechándose de la situación de incapacidad (absoluta, relativa o particular) del cocontratante y sea ésta la causa de nulidad del acto, deberá ser él quien se tenga por responsable del hecho dañoso que se le imputa. Así, quien se aprovecha de la situación de incapacidad de la otra parte, debe responder por el daño provocado. Siendo aquí el tercero a cargo del incapaz quien tiene la posibilidad de ejercer la acción de nulidad y de indemnización de perjuicios.

Por otro lado, puede existir el caso, en que el sujeto capaz de contratar alegue que fue el incapaz absoluto quien provocó o favoreció la malformación del contrato, que él fue inducido por el incapaz absoluto a contratar, y que finalmente, el acto fue anulado con motivo de esta incapacidad. Una aplicación pura y estricta de la normativa extracontractual podría llevar a aceptar esta situación (Rengifo Gardeazábal, 2016. p. 295). Esto por razones simplemente lógicas no puede ser admitido. Por más que puedan ser responsables personalmente en materia extracontractual los impúberes y los sordos mudos que no pueden darse a entender claramente, es preciso señalar que ellos no tienen la aptitud para contratar y se entiende que en sus actos no hay voluntad (Alessandri Rodríguez, 2009. p. 49). Por tanto, a pesar de que tengan la capacidad para poder discernir entre el bien y el mal, no puede aceptarse que sean capaces de ingeniar un modo para provocar o favorecer la malformación de un contrato, puesto que ni siquiera tienen la capacidad suficiente para tener una voluntad vinculante o manifiesta (López Díaz, 2019. p.

81). Además, hay que considerar, en términos fácticos, que solo una persona capaz y torpe podría verse afectada por esta situación, y nadie puede verse favorecido de su propia torpeza. Por lo que los incapaces absolutos nunca podrían ser considerados como responsables en esta materia. Por tanto, en este caso serían inadecuadas las reglas de la responsabilidad extracontractual.

En una hipótesis similar, pero donde se trate ahora de un incapaz relativo quien influya en la malformación del contrato, la conclusión podría ser diferente. En este caso, el incapaz sí tiene una aptitud suficiente para contratar, siempre que cumpla con determinadas condiciones, y por lo mismo, es apto para provocar la malformación del contrato. Así el menor adulto que sea mayor de dieciséis años, en estricto rigor, será siempre considerado como responsable en materia extracontractual. Pero esto no se condice con la intención del legislador de proteger a los incapaces en materia contractual (Alessandri Rodríguez, 2009. p. 53).

Como se ha podido observar, en materia de capacidad, la responsabilidad extracontractual amplía el margen de capacidad, dejando en desprotección en ciertas ocasiones a los incapaces en materia contractual. En este sentido lo que se propone, es que teniendo en cuenta la especial relación de las partes, conjugar las reglas del artículo 2.319 y con la regla del 1.685 del Código Civil, en donde para poder proteger al incapaz, y no declararlo a primera responsable, la parte víctima deberá acreditar que tuvo un actuar diligente en comprobar la capacidad de la otra parte, y en razón del engaño del incapaz que no fue posible detectar (Rengifo Gardezabal, 2016. p. 296). Solo en este caso, podrá ser responsable el contratante incapaz pudiendo demandar la responsabilidad, según la regla del artículo 2.319 a quien este a cargo de dicho incapaz.

Habiendo revisado la conducta y la capacidad, se pasará ahora examinar si es necesaria que esta conducta sea desplegada con culpa o si se trata de una responsabilidad estricta. A primeras, en razón de que el régimen de la responsabilidad por culpa es el sistema general y supletorio, se presupone este como compatible. Entonces la tarea es comprobar que éste sea efectivamente el régimen aplicable, y en caso que así sea, se debe analizar el deber de cuidado exigible.

3.2 La culpa en la responsabilidad derivada de la malformación del contrato

En general, existen dos modelos de atribución de responsabilidad civil extracontractual, el de responsabilidad por culpa, y el de responsabilidad estricta. De la sola lectura del CC, es posible detectar que la regla general en nuestro derecho es el primer modelo, así, se desprende de los artículos 2.284, 2.314 y 2.329 que exigen la culpa para la comisión de cuasidelitos y el dolo para la comisión de delitos. En tanto, la responsabilidad estricta, se establecen taxativamente, ya sean parte del CC o de alguna ley especial. En el mismo sentido se ha expresado la doctrina, señalando que la responsabilidad por culpa corresponde al estatuto general y supletorio de responsabilidad en nuestro derecho²⁴.

Por lo tanto, a falta de norma que regule especialmente la responsabilidad generada por el hecho que lleva a la malformación del contrato, y la califique como una responsabilidad del tipo estricta, es posible afirmar, que se aplicarán a estos casos las reglas de la responsabilidad por culpa.

Cabe entonces, dilucidar cómo se va construir la culpa del contratante que haya generado la malformación del contrato.

Sin profundizar en el concepto de culpa, hay que destacar que forma parte central en la construcción del Código Civil, siendo definida en el Título Preliminar, como la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, siendo entonces la culpa aquella que se opone al cuidado ordinario. El CC establece en el artículo 44 tres estándares de culpa, el recién descrito corresponde al estándar de la culpa leve, y según las palabras del Código en cuestión, cuando este se refiere a la culpa sin otra calificación hace referencia a la culpa leve. Por lo que se asevera que es este el estándar general aplicable en materia de culpa. Por otro lado, en materia de responsabilidad además de la culpa, un hecho puede atribuírsele a alguien cuando haya sido realizado con dolo, siendo definido por el Código

²⁴ Diversos autores apoyan esta idea, entre ellos: Alessandri Rodríguez, 1943. p. 123; Barros Bourie, 2007. p. 27; Corral Talciani, 2004. p. 222; y Tapia Rodríguez, 2005. p. 281.

Civil como la intención positiva de inferir injuria o daño. Siendo éstas dos las hipótesis en que se puede cometer un hecho dañoso en este modelo de responsabilidad (Barros Bourie, 2007. p. 1.012).

De la responsabilidad por culpa, el aspecto que mayor relevancia tiene en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, es el estudio del deber de cuidado y determinar su infracción. En nuestro derecho existen diversas formas de reconocer el deber de cuidado que se espera de las personas en sus relaciones sociales.

3.2.1 El deber de cuidado

El deber de cuidado es aquel que debe tener una persona razonable y diligente a la hora de actuar en la vida en general. La infracción de este deber, por medio de un hecho culpable o doloso, convierte en ilícito el acto. La transgresión puede estar fijada por la ley – casos de culpa infraccional – como son los casos de contravención a la ley del tránsito o la ley de protección de los derechos de los consumidores. Además, puede determinarse por el quebrantamiento de usos normativos, siendo sus expresiones más comunes los códigos de ética o reglamentos de colegios profesionales. Y, por último, el deber de cuidado puede ser construido prudencialmente por el juez, cuando analiza la conducta desplegada, y la compara con la conducta de una persona razonable.

Ahora, en cuanto a la responsabilidad que se genera por la conducta que provoca la malformación del contrato, cabe preguntarse cuál es el deber de cuidado exigido y si de alguna forma las normas que regulan las causales de nulidad alcanzan a configurar algún tipo de culpa infraccional, o al igual que la regla general, el juez debe analizar la intencionalidad o culpa del infractor y construir el deber de cuidado en base a la conducta desplegada.

Barros señala diversos deberes precontractuales de cuidado, de los que podemos destacar los siguientes:

- a) Deber de lealtad. Este deber exige llevar adelante las negociaciones de buena fe, siendo este el que recibe un mayor tratamiento, tanto para cualquier caso de

responsabilidad precontractual, como para la que se genera por la malformación del contrato. Sin embargo, para no poner en riesgo la libertad para celebrar contratos, explica que este deber se explica mejor de manera negativa, así, la mala fe, que se traduce en el engaño o inducción a error a la contraparte, como la completa desconsideración de la confianza creada. Siendo un aspecto relevante sobre este deber la protección de la confianza creada en el ámbito de la negociación llevada por las partes.

- b) Deber de información. El que tiene como finalidad evitar las situaciones de error y tomar decisiones informadas.
- c) Deber para evitar la ineficacia del acto. Este deber precisamente se refiere a los casos de nulidad del acto que hayan sido cometidos con culpa o dolo. Sin embargo, este deber no ha tenido el mismo desarrollo que los anteriores. (Barros Bourie, 2007. pp. 1.001 - 1005)

Por otro lado, López Díaz propone fundar la indemnización por responsabilidad precontractual bajo la figura de dos deberes precontractuales, el deber de lealtad y el deber de información. El primero lo define como “aquel que impone a quienes negocian un contrato una conducta correcta y honesta que se traduce en no iniciar ni continuar negociaciones sin la intención real de llegar a acuerdo...” (López Díaz, 2019. p. 21). Siendo un incumplimiento de este deber, la conducta de celebrar un contrato inválido o sujeto a serlo. A su vez, el deber de información, señala la autora, que va a estar constituido “por la ignorancia de una de las partes de la información relevante, el conocimiento de la otra y la reticencia de esta última” (López Díaz, 2019. p. 22). Posibilitando la infracción de este deber, la nulidad del contrato a causa de la existencia de un vicio del consentimiento. Se puede apreciar, que estos dos deberes dan cabida a la situación que genera la malformación del contrato.

Por último, Baraona, ha indicado que en esta situación se imponen ciertos deberes de lealtad, que están vinculados con el deber de actuar de buena fe en la etapa de celebración o negociación del contrato (Baraona González, 2012. p. 99). Siendo la buena fe, aquella que es capaz de determinar la licitud o ilicitud del actor.

Como se aprecia, parte de la doctrina nacional que ha tratado este tema, lo ha desarrollado principalmente a través del deber de lealtad y el deber de información, que serían las bases para construir un marco general de responsabilidad precontractual que abarque la mayor cantidad de conductas posibles, en donde, en cualquiera de estos dos deberes puede tener cabida la responsabilidad de estudio de esta memoria. Si bien esta idea es apropiada, no permite descubrir el deber especial que esta responsabilidad genera. Por lo mismo es que cabe destacar lo expuesto por Barros Bourie, quien, menciona que existe un deber específico de evitar la ineficacia del contrato. De esta manera, es este último deber el que refleja de mejor manera la responsabilidad por la malformación del acto. Ahora, la pregunta es ¿cuál es el contenido de este deber de cuidado de evitar la ineficacia del acto?

En el derecho comparado, López Beltrán de Heredia, señala que la obligación indemnizatoria surge de la culpa in contrahendo, señalando que se configura esta cuando:

“Quien es culpable de la nulidad (por cualquier razón), quien maliciosamente induce a otro a celebrar un contrato nulo o anulable o es el causante de un vicio de nulidad padecido por la otra parte o con culpa o negligencia no advierte de las circunstancias que provocarán la nulidad o anulabilidad del contrato, cuando la otra parte no las conocía ni debía conocerlas” (López Beltrán de Heredia, 2009. p. 339).

La culpa in contrahendo, como ya se ha señalado anteriormente, es la teoría desarrollada por von Ihering para establecer la responsabilidad que se genera durante la negociación del contrato, y que posteriormente se acuñó como la responsabilidad precontractual. Esta teoría se construyó precisamente bajo el supuesto de la nulidad del contrato. La conceptualización recién descrita por López Beltrán de Heredia, toma esto en consideración y permite exhibir de manera clara cómo es posible incurrir en la responsabilidad por la malformación del contrato. De esta forma, se entiende que el análisis de la culpa se centra en quien provoca o crea las condiciones bajo las cuales puede ser sujeto de anulación el contrato en cuestión, y a quien sabiendo de las circunstancias o hechos que podrían llevar a dicha nulidad, no evita su ocurrencia. Señala finalmente la autora, que quien incurre en esta responsabilidad lo hace actuando en contra de la buena fe en un sentido objetivo (López Beltrán de Heredia, 2009. p. 339).

Bajo una idea similar, Thibierge entiende este examen de culpa, en donde la idea base será, como explicábamos anteriormente, el que provoca o favorece la malformación del contrato. Bajo esta noción, señala la existencia de cuatro hipótesis que permiten entender mejor el deber de cuidado que se debe tener para no caer en esta responsabilidad, las que se revisarán a continuación:

- a) La culpa recae directamente sobre la causa de nulidad. En este caso se habla sobre el conocimiento efectivo de la causal de nulidad que puede afectar al acto, ya sea por medio de haberla introducido al contrato, como por no haber evitado su ocurrencia. En la realización de esta conducta pueden participar ambos contratantes, o solamente una parte, y si bien, claramente de la descripción se denota una conducta dolosa, también puede responder a un actuar negligente. Esta se puede ejemplificar en los casos de quien dolosamente engaña a su cocontratante para lograr el consentimiento, o en el caso de quien celebra el contrato sobre un objeto inexistente, sabiendo de la inexistencia de este.
- b) La culpa consiste en una ignorancia ilegítima del vicio de nulidad que afecta al acto. En este caso señala que quien tiene obligación de informarse y se ignora el vicio de nulidad, esta sería ilegítima, por lo que se incurriría en culpa. Un ejemplo de este caso sería quien no se informa sobre la capacidad del cocontratante y su mayoría de edad.
- c) La culpa puede recaer en un hecho cuya ignorancia vicia el consentimiento. En este caso se trata de un hecho determinante del consentimiento que conoce una parte y que no es manifestado a la otra, ya sea deliberadamente o por negligencia. Este caso se puede representar por quien, a sabiendas del error en la cosa del contrato a celebrar, no aclara esta situación a su cocontratante, y celebran igualmente el contrato.
- d) La culpa consiste en una ignorancia ilegítima de un hecho determinante del consentimiento de una de las partes. En este caso, la ignorancia ilegítima no recae sobre una causal de nulidad, sino que sobre el hecho que es determinante para la celebración del contrato. En especial consideración se tiene aquí, la calidad

profesional de una persona en las negociaciones del contrato. (Thibierge, 2010. párrafos. 93 - 96).

Al igual que López Beltrán de Heredia, se da cuenta que el examen de la culpa no solo se centra en la causal de nulidad, sino que también puede recaer sobre los hechos que den cuenta de un aspecto determinante para la celebración del contrato, Además, se señala por ambas autoras que es suficiente para ser responsable, tener una ignorancia ilegítima, ya sea sobre la causal de nulidad o sobre el hecho determinante. Esta noción es posible relacionarla con la excusabilidad del error en materia de nulidad, por lo que para que se halle culpable un sujeto de responsabilidad debe estar sujeto a un error inexcusable, cuestión que en nuestra legislación, si bien no está expresamente regulado, es un asunto discutido en la doctrina y en la jurisprudencia, lo que será revisado con mayor detención en el siguiente capítulo.

Sin embargo, las autoras no coinciden en que la responsabilidad se incurre por una falta al deber de actuar de buena fe. Thibierge, señala que alguien puede estar perfectamente de buena fe y actuar con poca diligencia e incurrir en culpa por la ignorancia ilegítima de un hecho determinante del consentimiento (Thibierge, 2010. pr. 96). No parece preciso esto último, pues se remite a la buena fe en su faz subjetiva, cuando en la responsabilidad precontractual es aplicable la buena fe objetiva²⁵, y así, la convicción interna o psicológica del sujeto de actuar de buena fe es indiferente, pues hay que centrarse en si la conducta fue llevada a cabo con rectitud y honestidad en base a parámetros objetivos (Boetsch Gillet, 2011. pp. 81 y 82).

En tanto, Zuloaga, al señalar que el fundamento de la responsabilidad precontractual es el principio general de la buena fe en su faz objetiva. Entendida como el correcto comportamiento y leal en las relaciones mutuas desde el inicio de los tratos preliminares hasta hipótesis postcontractuales (Zuloaga Ríos, 2008. p. 97). Además, Zuloaga, va más allá y señala

²⁵ La buena fe al ser considerada como un principio general del derecho, hay doctrina que señala que no es necesaria hacer esta dualidad objetiva/subjetiva de la buena fe y avanzar en una concepción unitaria. En un sentido unitario, de igual manera se entiende la buena fe como un patrón de conducta, por lo que se puede llegar a la misma conclusión. Para un mayor análisis del tema, se invita a revisar el libro Boetsch Gillet sobre la buena fe contractual (Boetsch Gillet, 2011).

en un sentido teórico, que esta responsabilidad puede prescindir de la culpa o dolo, y se estará ante ella por la mera infracción al deber de comportarse de buena fe, siendo este un factor de atribución objetivo autónomo (Zuloaga Ríos, 2008. p. 97). No es posible compartir, dicho análisis, pues la responsabilidad civil en nuestro derecho, se construye bajo la idea de culpa, por lo que no puede prescindirse de esta, pero sí, es posible incluir el deber de comportarse de buena fe.

Por lo tanto, sí se actúa en contra de la buena fe cuando se incurre la responsabilidad por la malformación del contrato, tal y como señala la López Beltrán de Heredia.

De lo expuesto, se puede apreciar que en la responsabilidad por la inducción, provocación o favorecimiento en la malformación del contrato, hay que tener en cuenta la especial relación de las partes que celebran el contrato, el deber de cuidado de la persona prudente o razonable no describe suficientemente la conducta del sujeto en cuestión. Es por esta misma razón que tanto en la doctrina comparada como en la nacional se han construido y generado los deberes precontractuales, que ayudan a determinar el comportamiento esperado por las personas que están negociando y prontas a celebrar un contrato.

En nuestra doctrina nacional, se ha enfocado principalmente al estudio del deber de lealtad y de información, en donde la confianza que se deben las partes juega un rol central para cumplir con estos deberes. Pero como se mencionó antes, Barros Bourie, menciona la existencia un deber precontractual de evitar la ineficacia del acto que se está negociando, sin dar mayores luces sobre su alcance o significancia, pero asimilándolo a la nulidad. Es posible tomar esta idea y ampliar el espectro de lo que se entiende por ineficacia, como aquellos casos en que el acto no surte los efectos totales queridos por las partes (Domínguez Águila, 2012. p. 173) y no tomarla como un sinónimo de nulidad. De esta manera, el deber de evitar la ineficacia del acto, comprenderá todas aquellas situaciones en que el acto no surte los efectos queridos por las partes. Por lo demás este deber, se ajusta con mayor precisión al contenido que señalan López Beltrán de Heredia y Thibierge. Así, será responsable y actuará en contra del deber de evitar la ineficacia del acto quien dolosa o negligentemente introduzca una causal de nulidad, o quien no evite la ocurrencia de dicha causal, y también, por quien conociendo sobre un hecho

determinante del acto, no manifieste este hecho, ya sea por negligencia o con dolo, a la otra parte.

Por lo tanto podemos englobar todas aquellas conductas que generen perjuicios que puedan devenir de la anulabilidad del acto, como también, de aquellas situaciones en que generándose un perjuicio, no es posible demandar la nulidad del acto. Un ejemplo de ello se observa con la figura del dolo ajeno. Si la maquinación fraudulenta proviene de un tercero ajeno a la relación contractual, y las partes del contrato están de buena fe, actúan diligentemente y no tienen conocimiento de esta maquinación, el contrato no podrá ser anulado, pero si puede llegar a generar responsabilidad una vez que se acredite que la conducta desplegada haya generado un daño. Así, en términos generales, puede ocurrir que haya responsabilidad, sin nulidad, cumpliendo con lo que se destacaba en el capítulo anterior: que son acciones diferentes e independientes una de otra, siendo este ejemplo, una clara manifestación de ello. A pesar de aquello, la responsabilidad en este caso, deberá ser catalogada de contractual, como lo puede ser el caso del dolo incidental (López Díaz, 2019. p. 77). Aquí el hecho no conlleva la nulidad, pero si puede que la conducta genera un perjuicio en el sentido de que el contratante perjudicado celebró un contrato en condiciones menos favorables que en aquel caso en que no hubiese concurrido dicha conducta (Thibierge, 2010. pr. 187). Así, en estos casos, a pesar de la conducta desplegada, el contrato es eficaz y produce sus efectos, pero no como lo esperaba el contratante perjudicado.

3.2.2 Concurso de culpas

La culpa como ya hemos visto, es el juicio que se hace sobre la conducta del sujeto para establecer si esta cumple con el estándar del debido cuidado exigido, que, en el caso de la responsabilidad por la malformación del contrato, es el deber de evitar la ineficacia del mismo. De esta manera se precisa de mejor manera el deber especial que se debe cumplir en el ámbito de la responsabilidad precontractual. Por tanto, para imputar la responsabilidad, es necesario poder atribuir que la conducta fue realizada al menos en un grado negligente por un sujeto y que esta causó un daño al otro. Sin embargo, puede suceder que la víctima por su propia imprudencia se exponga a sufrir el daño causado, y por lo tanto, no habría solamente una

conducta culpable a la que atribuir la responsabilidad del daño, sino que, en este caso, habría dos.

En materia de responsabilidad extracontractual, el concurso de culpas, por regla general, en razón del artículo 2.330 del Código Civil, señala que debe haber una reducción en la indemnización a quien se expuso imprudentemente al daño sufrido. Vale decir, se establece que en el caso en que la víctima se exponga imprudentemente al hecho que provocó el daño, no podrá ser indemnizada por todo el daño sufrido, sino que, en razón de su propia negligencia se le reducirá el monto indemnizatorio.

El concurso de culpas se complejiza cuando se toma se hace una distinción entre la culpa exclusiva de la víctima y la culpa concurrente de la misma. San Martín Neira, señala que la doctrina en general ha dado un trato unificado a ambas y las diferencia solamente en un grado de intensidad de la culpa de la víctima, en circunstancias que, se trata de instituciones diferentes (San Martín Neira, 2016b. p. 37). La culpa exclusiva de la víctima implica que la conducta desplegada por la misma es apta para serle atribuible el daño ocasionado, y será ella quien deberá soportar su propia imprudencia. Señala la autora, en base a la jurisprudencia de la Corte Suprema, que la figura de la culpa exclusiva de la víctima no entra en un análisis jurídico sobre la conducta desplegada por la víctima, sino que, solo es un antecedente fáctico y lo que en el fondo se discute es la ausencia de responsabilidad del agente del daño, siendo la culpa exclusiva de la víctima una manera de ilustrar la falta de culpa del agente (San Martín Neira, 2016b. p. 20). Esta situación no se encuentra regulada por nuestro Código Civil, pero es en este sentido, la jurisprudencia nacional lo ha entendido y aplicado. De esta manera, siguiendo este razonamiento, en la responsabilidad por la malformación del contrato, la culpa exclusiva de la víctima no será un análisis de su conducta y su ajuste a un deber de cuidado, sino que será un antecedente para reforzar la idea de que el daño no proviene del actuar negligente del agente, y por tanto, si se logra acreditar la ausencia de culpa del agente por medio de la culpa exclusiva de la víctima, el daño deberá ser soportado por quien lo sufre.

Por otro lado, más complejo es el caso de la culpa concurrente de la víctima, en donde se requiere hacer un análisis jurídico sobre la conducta de la víctima. Aquí, se realiza un doble

análisis, uno sobre la conducta desplegada por el agente generador del daño y uno sobre el comportamiento de la víctima. Comprobado este último como factor para la generación del daño, tiene la virtud de “asumir el carácter de concausa del daño y dar lugar a una responsabilidad proporcional” (San Martín Neira, 2016a. p. 927). Y es en este sentido que debe entenderse la regla del artículo 2.330 del Código Civil.

La responsabilidad proporcional se va configurar luego de realizar un análisis de la conducta de la víctima, y como esta no cumple con estándar de la persona razonable, que en nuestro caso, es un análisis de la conducta que lleva a infringir el deber de evitar la ineficacia del acto o contrato. De esta manera, su conducta negligente será apta, en conjunto con la del agente, para imputarle el daño a ambas, por lo que debiese haber una reducción del monto indemnizatorio.

Thibierge, por otro lado, señala que cuando existe un concurso de culpas idénticas o de la misma gravedad, la responsabilidad esta comprometida mutuamente, y esto hace suponer un perjuicio de la misma medida, lo que los hace mutuamente deudores de una indemnización del mismo monto, y que por tanto sus indemnizaciones se compensan y a ninguno en definitiva se le reparará el perjuicio sufrido (Thibierge, 2010. pr. 71). Este punto no toma en consideración que el daño sufrido por ambas partes puede ser dispar, como en el caso en que en una compraventa de un bien inmueble, quien realiza el estudio de títulos del bien y asume los gastos notariales, incurre en mayores costos que la otra, por lo que si se llega a declarar nulo el contrato, por más que pueda existir una culpa idéntica, quien incurrió en mayores gastos, deberá ver reducida su indemnización, mas no compensada.

En tanto, una vez analizadas las conductas de los sujetos en cuestión, y verificado que hay culpas concurrentes, pero de desigual gravedad, como quien actúa con dolo y el otro con negligencia, no parece oportuno aplicar la regla del artículo 2.330 y reducir el quantum indemnizatorio. Puesto que desde la perspectiva de la causalidad, el actuar doloso excluye al comportamiento negligente (Barros Bourie, 2007. p. 438). El resultado ante la presencia del dolo, sería el mismo haya actuado la víctima con culpa o sin ella.

La doctrina tradicional en la materia, sostiene lo contrario, Alessandri Rodríguez, señala que el Código Civil no hace distinciones, y ante la falta de pronunciamiento legal, es indiferente que el agente haya actuado con dolo o con negligencia (Alessandri Rodríguez, 1943. p. 574), además, señala que si hay unidad de daño sobre una pluralidad de culpas, habrá que aplicar el artículo 2.330, procediendo la reducción (Alessandri Rodríguez, 1943. p. 575).

Mientras que en la otra vereda, Barros Bourie señala que “si alguna de las partes ha actuado con dolo se entiende normalmente excluida la responsabilidad compartida de la otra” (Barros Bourie, 2007. p. 438). San Martín Neira, para explicar el por qué el actuar doloso excluye a la culpa, se refiere a lo que se conoce, en materia de causalidad e imputación objetiva, como la prohibición de regreso, y cita al profesor español De Ángel Yagüez: “no debe imputarse objetivamente a quien puso en marcha un curso causal que condujo al resultado dañoso, cuanto en éste interviene sobrevenidamente la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero” (citado en San Martín Neira, 2016b. p. 34), y señala que esta idea es plausible de aplicar a los casos de causas concomitantes, y así, bajo esta idea la culpa no compensa el dolo. Sin embargo, señala San Martín Neira, que esta teoría no ha tenido una recepción clara por la jurisprudencia y que ha habido incluso sentencias contradictorias. En este sentido, destaca dos sentencias dictadas por la Tercera Sala de la Corte Suprema, que tratan sobre disparos catalogados de innecesarios que provocan un daño a la víctima. La primera, de noviembre de 2015, en causa caratulada “Vildósola con Fisco de Chile”, se resolvió que ante la exposición imprudente al daño era procedente la reducción del artículo 2.330 del Código Civil²⁶. Mientras que la segunda, de diciembre de 2015, caratulada “Quezada y otros con Fisco de Chile”, da a entender que ante la conducta del carabinero, la conducta imprudente de la víctima no puede resultar imputable en términos de causalidad normativa²⁷, lo que según San Martín Neira, permitiría sentar un criterio en que no se compense el dolo del agente del daño (San Martín Neira, 2016b. p. 36 -37)

²⁶ Vildósola con Fisco de Chile (2015).

²⁷ Quezada y otros con Fisco de Chile (2015).

Con todo, parece una solución justa y equitativa, en comparación con la idea de castigar a quien ha tenido un grado de negligencia en su actuar, frente a un actuar doloso de su contraparte.

Por lo tanto, en aquellos casos de responsabilidad por malformación del contrato, existe la posibilidad de la concurrencia de culpas, en el caso que estas sean de igual gravedad, donde es aplicable la regla del artículo 2.330 del Código Civil, y por tanto, se deberá proceder a la reducción del quantum indemnizatorio o compensación dependiendo del daño que acredite cada parte. No es posible arribar a la misma conclusión, cuando nos encontramos ante culpas de diversa gravedad, así quien actúa con dolo, deberá atribuírsele la producción del daño independiente de la negligencia de la víctima, quien no verá reducida su indemnización.

Habiendo expuesto lo anterior, se puede dar por finalizada esta sección del capítulo, por lo que se seguirá analizando el daño por la malformación del acto o contrato.

3.3 El daño en la responsabilidad por la malformación del contrato

El tercer presupuesto, y el más importante para que sea posible atribuir responsabilidad, es el daño. Sin este, no puede entablarse ninguna acción de responsabilidad, por más que se haya acreditado una conducta que infringe los deberes de cuidado exigidos. Así, el daño, en la estructura de la responsabilidad extracontractual juega un rol central, pues, sea que se trate de una responsabilidad estricta o de responsabilidad por culpa, es necesario siempre que la conducta analizada genere un daño que deba ser resarcido. Barros Bourie explica de igual manera, al señalar que el daño es condición y el objetivo del juicio de responsabilidad. Es condición debido a que es indispensable para hacer aplicable el régimen de responsabilidad civil, y es objetivo del juicio, pues la pretensión del demandante es que le sean reparados los perjuicios sufridos por la conducta (Barros Bourie, 2007. pp. 215 y 216).

Por otro lado, y retomando lo que se expresaba en el capítulo anterior, la responsabilidad en el derecho chileno, tiene principalmente un fin de justicia correctiva, no siendo aceptado que esta tenga fines punitivos. Esto se ve reflejado en que sin importar que la conducta haya sido

realizada con negligencia o con dolo, la reparación debe ser íntegra. Siendo la principal manifestación de la justicia correctiva, el principio de la reparación integral del daño, que señala que todo daño sufrido por la víctima debe ser indemnizado.

Por daño, se ha entendido que es todo aquel perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que afecta a un individuo, ya sea en su persona o bienes, como también toda destrucción o disminución de las ventajas patrimoniales o extrapatrimoniales que goza un individuo (Alessandri Rodríguez, 1943. p. 210). Barros Bourie, por su parte, señala que es la lesión a un interés, que para que sea indemnizable debe cumplir con ciertos requisitos, a saber, que dicho interés sea legítimo y significativo (Barros Bourie, 2007. p. 222 y 226). Además, manifiesta que el daño debe responder a ciertos principios para que pueda ser reparado y que son aplicables a la malformación del contrato, los cuales son los siguientes:

- a) El daño debe ser cierto. Este principio hace referencia a que el daño debe ser probado por quien lo alega, de tal manera, que se pueda comprobar la efectividad e intensidad del daño sufrido. Sin embargo, para el caso del lucro cesante se flexibiliza la certeza del daño, bastará con comprobar que era altamente probable continuar percibiendo los beneficios interrumpidos por la conducta desplegada, no exigiendo de tal modo que el daño tenga una certeza absoluta de ocurrencia.
- b) El daño debe ser personal. Esto hace referencia a que solo quien sufre el daño puede pedir su indemnización.
- c) El daño debe ser directo. Que el daño deba ser directo, es aplicación de las reglas de causalidad en materia de responsabilidad y uno de los límites que se presentan a la reparación integral del daño. No parece justo que quien haya realizado la conducta, deba responder por aquellos daños que no eran previsibles o por aquellos que se conectan de manera remota con el hecho causal. (Barros Bourie, 2007. pp. 236 - 246).

Estas aproximaciones sobre la significación del daño son generalmente compartidas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia cuando hablamos de la responsabilidad extracontractual. Estas mismas ideas son posibles de ser compartidas de modo general cuando

nos referimos al daño que se genera para la responsabilidad por la malformación del contrato. Sin embargo, se presentan ciertas particularidades en razón de ser un tipo de responsabilidad precontractual. Por lo mismo es que esta sección se analizará el daño que debe ser indemnizado por la comisión de un ilícito precontractual, y en razón de aquello, ver que categorías de daño son indemnizables.

3.3.1 Naturaleza del daño indemnizable

Al hablar de responsabilidad precontractual como un intermedio entre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual, es que esto es tomado en consideración para la configuración precisa del daño. De tal manera, es que la doctrina ha hecho la distinción, entre el interés positivo del contrato, y el interés negativo del contrato ²⁸.

Por el primero se entiende que es aquel que se genera ante las situaciones de incumplimiento contractual, en donde el interés estará en la ejecución del contrato, vale decir, indemnizar a la parte como si el contrato se hubiera ejecutado (López Díaz, 2019. p. 216). Esta indemnización se entrega por haberse frustrado el beneficio que el contrato hubiese reportado, y por ende se busca compensar la no ejecución de un contrato que fue otorgado válidamente. En el ámbito del interés positivo, no hay discusión respecto a que categorías de daños son reparables, y se entiende que el principio de la reparación integral del daño es completamente aplicable. Así, la reparación del daño emergente, el lucro cesante y el daño moral o extrapatrimonial, no representan dudas en cuanto a su procedencia.

En tanto, el interés negativo del contrato, tiene como eje la confianza puesta por las partes en la negociación de un contrato válido, y en el quebrantamiento de esta al celebrar un contrato susceptible de anulación o afecto a una culpa en la malformación del contrato. De esta manera, Barros Bourie señala que el perjuicio procede de las infracciones a los deberes precontractuales que se derivan de la confianza creada en la contraparte y contrariada por la

²⁸ Distinción hecha por el von Ihering a propósito de la teoría de la culpa in contrahendo (Zuloaga Ríos, 2008. p. 24). Y que luego fue desarrollada por los profesores Lon Fuller y William Perdue “The reliance interest in contract damages” (citados en Cárdenas Villareal & Revenco Urzúa, 2018. p. 413).

mala fe del demandado (Barros Bourie, 2007. p. 1007). Por su parte, López Díaz, señala que la indemnización por la vulneración de los deberes precontractuales, será por el interés negativo, el que deberá dejar a la parte en la situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato (López Díaz, 2019. p. 80).

Thibierge, señala que para establecer el perjuicio por la malformación del contrato hay que hacer una distinción. Si el acto o contrato viciado ha sido anulado, la afectación se representará por no llegar a celebrar el contrato querido, en tanto, si este acto o contrato por cualquier motivo no ha sido declarado ineficaz, el menoscabo se dará por contratar en situaciones más desventajosas²⁹. Es sobre el primer caso que centra su análisis y señala que el perjuicio se ha representado generalmente, siguiendo las ideas de von Ihiering, como una afectación al interés negativo, o en la no conclusión del contrato anulado. Para explicar que se entiende por interés negativo, Thibierge, señala que el perjuicio tiene su origen en la culpa precontractual:

“El perjuicio ligado al contrato anulado se define como el resultante para una de las partes, de la celebración de un contrato determinado por la culpa precontractual de la otra, culpa que origina la nulidad y sin la cual el acto no se hubiera celebrado.

La reparación del perjuicio así definido consistirá en poner a la parte víctima de esa culpa precontractual en la misma situación en que se encontraría si el contrato anulado no se hubiera celebrado” (Thibierge, 2010. pr. 139).

Se puede apreciar que el objeto de la indemnización será la reparación del perjuicio sufrido, siguiendo los objetivos de la responsabilidad de nuestro derecho, coincidiendo con lo

²⁹ Hay que recordar que Thibierge, señala que cuando se reclama la indemnización de perjuicios por responsabilidad precontractual en este segundo caso, en razón del mantenimiento del contrato, la acción se deberá regir por las reglas de la responsabilidad contractual, y no de la extracontractual (Thibierge, 2010. pr. 321.1). Esto se justifica, en que la situación excepcional que se plantea puede ser representada por una hipótesis de incumplimiento. Un razonamiento similar sigue López Díaz, al plantear la nulidad como una de las opciones de remedio que tiene el contratante perjudicado, al señalar que una misma situación puede encajar en una hipótesis de nulidad o de resolución por incumplimiento (López Díaz, 2019. p.190).

compartido por López Díaz y dejar a la parte en la situación como si el contrato no se hubiese celebrado (López Díaz, 2019. p. 80).

Por lo que se puede establecer que el perjuicio resultante de la culpa en la malformación del contrato será la no conclusión de un contrato que se tenía por válido, pero que en razón de la culpa, es declarado nulo, y por lo tanto, es necesario restaurar a la víctima a la situación idéntica – o de mayor cercanía al menos – previa a la celebración del contrato³⁰. Siendo este la especificidad del perjuicio, en que se representa bajo la idea del interés negativo. A pesar de ello quedan dudas en cuanto al alcance de la noción del interés negativo en dos aspectos que se revisarán a continuación.

El primero de ellos hace referencia al principio de reparación integral del daño. Se ha señalado que aplicar la noción del interés negativo sería una limitación a dicho principio (Thibierge, 2010. pr. 137). En este sentido, se ha establecido que la indemnización hace imposible la reparación por el lucro cesante, pues esta idea conllevaría a indemnizar aquellos perjuicios resultantes de la ejecución del contrato, y no en la no conclusión de este³¹. De manera tal, que no se repararían todos los perjuicios resultantes de la malformación del contrato, incumpliendo con dicho principio.

El segundo aspecto refiere a que la indemnización por la responsabilidad precontractual, en razón de la noción del interés negativo, no puede ser superior a una indemnización que se deba otorgar cuando se repara el perjuicio resultante de la infracción al interés positivo (Zuloaga Ríos, 2008. p. 26). Aquí, se explica, que el perjuicio sufrido por la no conclusión del acto, no podrá ser mayor a la ejecución de este. López Díaz ha compartido esta idea (López Díaz, 2019. p. 68), en razón de la sentencia de la Corte Suprema del año 2010 de la causa caratulada “Jiménez Mira, David Alejandro con Armijo Cerda, Antonio de los Ángeles” que trata sobre un

³⁰ La extensión del daño se verá determinada por la anulación del acto o contrato, pues, si se declara nulo, el perjuicio estará en la no conclusión del mismo, mientras que si el contrato no se anula, la culpa precontractual igualmente puede generar un daño, como no haber podido celebrar un contrato en mejores condiciones (Thibierge, 2010. pr. 187).

³¹ Esta idea es recogida por nuestra doctrina nacional en el trabajo de Rodríguez Grez, Inexistencia y nulidad en el Código Civil. Teoría bimembre de la nulidad (Rodríguez Grez, 2012).

caso responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones en la compraventa de un bien inmueble. Aquí la Corte al conceder la indemnización señala que el único límite será en que la parte no puede quedar en mejor posición que en la que habría quedado de celebrarse el contrato³². Por su parte, Thibierge, destaca la misma idea (Thibierge, 2010. pr. 201).

Se pueden dilucidar estas problemáticas si se entiende que lo que viene a hacer la noción de interés negativo es esclarecer el perjuicio específico que comprende la responsabilidad precontractual. Ante una responsabilidad que se debe observar desde un punto de vista especial y diferente al binomio de responsabilidad contractual y extracontractual, el perjuicio también debe representarse tomando en consideración este especial punto de vista. Así, se entiende que cuando se hable del interés negativo en la celebración del contrato, este viene a ilustrar el perjuicio que se deba reparar, el cual tendrá como propósito dejar a las partes en la situación en que no se hubiese celebrado el contrato. Así, el profesor italiano Benatti se ha manifestado un sentido similar al hablar del interés negativo:

“...es solo una expresión meramente descriptiva para indicar el daño que nace de la infracción de los deberes precontractuales, y no reviste ningún valor en relación con la entidad de dicho daño, ni con los criterios a través de los cuales tiene que ser especificado” (citado en Segura Riveiro, 2007. p. 358).

Por tanto, se puede entender que al hablar de interés negativo, se cumple con revelar el daño que se sufre por la responsabilidad en la malformación del acto o contrato. El que es diferente al perjuicio que se sufre cuando se habla del interés positivo en la ejecución del mismo, y por ello comparar ambos como un todo no parece ser un ejercicio correcto. Entenderlos como perjuicios diferentes, que provienen de circunstancias distintas, permite aplicar de manera adecuada el principio de reparación integral del daño, y hace posible revisar cómo se puede reparar el daño emergente, el lucro cesante y los daños extrapatrimoniales

³² Jiménez Mira, David Alejandro con Armijo Cerda, Antonio de los Ángeles (2010).

3.3.2 La reparación del interés negativo

La noción del interés negativo representa un perjuicio especial y diferente a la noción de interés positivo en la ejecución del contrato, por lo que no es posible aplicar la misma lógica en ambos intereses, siendo que representan situaciones disímiles. Por tanto, cada interés debe cumplir con los principios que en la responsabilidad por daños se estudian.

En razón de lo anterior, la reparación del interés en la no conclusión del acto o contrato, debe cumplir con el principio de la reparación integral del daño. Así, no será correcto lo señalado en el punto anterior, pues allí no se toma en consideración el hecho que el perjuicio del interés negativo es diferente al derivado de la ejecución del contrato.

La enmienda que se haga por el interés negativo tendrá su fundamento propio, esto es, poner a la víctima en aquella situación previa a la celebración del contrato. En razón de ello, se debe indemnizar todo perjuicio para lograr tal objetivo. Así, en principio deberá indemnizarse todo tipo de daño que cumpla tal propósito. Siendo erróneo pensar que reparar el lucro cesante, será otorgar la ejecución del contrato, puesto que la pretensión del contratante perjudicado no es tal, sino que es volver a la situación anterior a la celebración del acto.

Por lo tanto, el interés negativo, en razón de ser un perjuicio particular, debe repararse bajo su propia estructura. Resarcido todo el daño sufrido por la culpa precontractual, es que se cumple con el principio de la reparación integral del daño (Thibierge, 2010. pr. 201). Reparando en toda su dimensión el interés negativo, se cumple con la función correctiva de la responsabilidad civil

Otro de los puntos controvertidos que se señalaban anteriormente, dice relación con que la indemnización por el interés negativo en ningún caso puede ser superior a la indemnización por el interés positivo. El cuestionamiento sería visualizar de qué manera una indemnización procedente de no concluir un contrato inválido, y su reparación, va a poder ser superior a la ejecución y beneficios de un contrato válido que no se ha cumplido.

Una de las respuestas sería sostener que el daño por interés negativo no puede ser superior al daño por interés positivo, en razón de la lógica de los daños que se buscan reparar, los beneficios de la ejecución de un contrato válido van a ser siempre superiores a aquella reparación por la no conclusión de un contrato válido, y que debe dejar a la parte en aquella circunstancia previa a la negociación del contrato declarado inválido. Esta es la idea que sostiene el Código Civil Alemán en el párrafo 122, cuando habla de la indemnización de perjuicios por declaraciones precontractuales que puedan ser anulables.

Por su parte, la Corte Suprema en sentencia dictada el año 2012, en la causa caratulada “Urrea Fuentes Cristián con Corpbanca”, en donde se demanda la indemnización de perjuicios por revocación unilateral de la oferta, por el hecho de que el demandante solicita un crédito hipotecario con el objetivo de la adquisición de un bien inmueble, crédito que el demandado en cuestión informó su aprobación, pero se debía hacer el estudio de títulos de la propiedad. Ante la afirmativa, el demandante celebró una promesa de compraventa del bien inmueble, recibió un crédito complementario, e hizo reformas al bien en razón de las solicitudes del estudio de título que realizaba el mismo banco, para que luego de diez meses de la aprobación del crédito, denegara su entrega aludiendo a la situación financiera del demandante³³. Si bien, este es un caso de responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones, en donde se acoge la demanda por la infracción de los deberes precontractuales, la Corte Suprema, citando a Hugo Rosende, en su considerando décimo, llega la conclusión que la indemnización no puede ser mayor a lo que hubiese sido la ejecución del contrato, señalando: “El único límite en la indemnización está en que la parte no puede quedar en mejor posición que en la que habría quedado de celebrar el contrato”³⁴.

Este razonamiento, según San Martín es catalogable de interesante, al sostener que bastaría para el demandado probar que el contrato no iba a reportar ganancias, sino pérdidas para que no sea posible indemnizar ningún tipo de daño (San Martín Neira, 2013. pp. 323).

³³ Urrea Fuentes Cristián con Corpbanca (2012).

³⁴ Urrea Fuentes Cristián con Corpbanca (2012).

Parece correcto destacar esta idea, pues se mira como un límite a la indemnización la ejecución del contrato, y por lo mismo, se enfoca la reparación en el interés positivo y no en el interés negativo. Esta misma lógica podría ser aplicable a los casos de malformación del contrato.

Thibierge, sostiene la idea contraria al señalar que en razón de ser daños excluyentes y diferentes entre sí, el único límite que se le debe imponer a la reparación por el interés negativo, será la extensión del mismo perjuicio. Y bajo esta lógica es que sostiene que en un marco teórico, y de muy escasa probabilidad práctica, no hay inconvenientes en que la reparación por el interés negativo sea superior a la del interés positivo (Thibierge, 2010. pr. 203).

Un ejemplo hipotético puede ilustrar esta situación: en el caso en que una persona, quisiera realizar una compra de un establecimiento de comercio o de derecho de llaves, para concretar esta pretensión hay dos establecimientos disponibles, establecimiento A y establecimiento B. El establecimiento A en el papel representa un negocio más seguro y de mayor rentabilidad que el establecimiento B. Por otro lado, el vendedor de establecimiento B, es alguien de especial cercanía y confianza de la interesada. Luego de examinar ambas opciones y estar en avanzadas negociaciones con ambos establecimientos, nuestro sujeto, dando preferencia a la confianza existente con el dueño del establecimiento B, es que decide comprar dicho establecimiento, informando al dueño del establecimiento A que no prosperará en la negociación. Ya habiendo transcurrido tiempo de haber celebrado la compra, el establecimiento A es vendido a otro comerciante, y ahora un tercero desconocido reclama la nulidad absoluta del contrato celebrado entre el interesado y el dueño del establecimiento B por objeto ilícito, motivo que fue ocultado por el vendedor del establecimiento B y que aún con la mayor diligencia no se tenía como saber de dicho obstáculo para la compraventa. Luego de un largo juicio, el contrato finalmente es declarado nulo, siendo procedente la restitución del precio pagado por el establecimiento. Esta situación claramente le genera un daño a nuestro sujeto y está en una clara circunstancia de poder demandar la responsabilidad precontractual por la malformación del contrato, y en este caso, sin entrar por ahora en mayores detalles sobre la pérdida de la oportunidad, dejar a la víctima en la situación previa a la celebración y negociación del contrato, implicaría dejarla con la opción cierta y plausible de concretar la compra de un

establecimiento de comercio que entregaría mayores rentabilidades que el negocio efectivamente contratado y después anulado. Bajo esta perspectiva el perjuicio por la pérdida de la oportunidad, tiene la posibilidad de ser mayor al lucro cesante que significa la ejecución del contrato anulado, al ser un negocio con una mayor rentabilidad que el otro. Esta posibilidad a que se refiere tiene que pasar por un examen probatorio adecuado para determinar la procedencia y cuantía de dicha indemnización, y si es posible establecer un nexo causal que conecte el hecho con el daño, no parece ser posible limitar la reparación del perjuicio a la ejecución del contrato, que en este caso podría ser de menor cuantía.

Es por tanto, un tema aún discutido por la doctrina, y que al menos en cuanto a la responsabilidad por la malformación del contrato no ha sido resuelto por la jurisprudencia nacional. Por lo que parece ser necesario revisar y replantear la idea de límite al interés negativo, pues estos deben estar establecidos por los perjuicios propios que devienen del interés negativo, y no por categorías externas a éste. Este límite debe corresponder siempre al establecido por la reparación integral del perjuicio, el que debe ser reparado cuando el daño sea cierto, personal y directo. Establecerlo en comparación al del interés positivo es una alternativa, pero podría ser perjudicial en una pequeña cantidad de casos, por lo que no debe cerrarse el debate en ese sentido, y dejar abierta la posibilidad de que en los casos que esté debidamente acreditado, permitir que la indemnización por el interés negativo sea mayor a la que correspondería por el interés positivo.

3.3.3 Categorías de daños reparables

Teniendo con mayor claridad que la indemnización de perjuicios por la malformación del contrato, será colocar a la víctima en la posición en que el contrato no se hubiese celebrado, es que se puede hacer un análisis sobre las principales categorías de daños que en la habitualidad se reparan, a saber, el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.

3.3.3.1 Daño emergente

Por daño emergente se ha entendido que se refiere a la disminución patrimonial ya sea por pérdida de valor de los activos o aumento de los gastos o pasivos (Barros Bourie, 2007. p. 257), entendiendo que cualquier gasto incurrido por la ocurrencia del hecho generador del daño será considerado como daño emergente. Así, cuando nos referimos a la responsabilidad por la malformación del contrato, es ampliamente aceptado por la doctrina nacional y comparada que se deben indemnizar todos aquellos gastos en que se incurrió en la negociación del acto o contrato³⁵. En general estos se entienden como todos aquellos gastos asociados a la negociación del acto, en los cuales se pueden comprender aquellos gastos que se vinculan a la celebración, ejecución y anulación del acto o contrato. Estos se pueden identificar como aquellos gastos en abogados, estudios de mercado, desplazamientos, por mencionar algunos.

Sin embargo, cabe destacar la precisión que hace Thibierge. No va a ser posible ni correcto reparar todos aquellos gastos en los que se incurra, sino que se deberán indemnizar solamente los gastos que sean la consecuencia directa y específica de la culpa precontractual (Thibierge, 2010. pr. 152). En este sentido habría que distinguir, si el gasto se incurrió en un momento previo a la ejecución de la conducta generadora del daño, no deberá indemnizarse aquel gasto, en cambio, o si estese iba a realizar de todas maneras, como un análisis del suelo de un inmueble en una negociación de compraventa, será por falta de causa que no deba indemnizarse dicho daño.

Por lo tanto, será tarea de la víctima de la responsabilidad por la malformación del contrato probar la certeza, causalidad e imputabilidad en la ocurrencia de este daño teniendo en cuenta estos factores.

³⁵ En este sentido se ha expresado la doctrina nacional reflejada en Barros Bourie, 2007; López Díaz, 2019; y Segura Riveiro, 2007. Mientras que la doctrina comparada se refleja en Jerez Delgado, 2011; López Beltrán de Heredia, 2009; y Thibierge, 2010.

3.3.3.2 Lucro cesante

En tanto, la indemnización del lucro cesante en materia de responsabilidad precontractual no es un tema pacífico en la doctrina nacional y comparada. Pero primero hay que entender que el lucro cesante se refiere a la frustración de ventajas económicas esperadas, lo que se ha dejado de ganar o percibir a causa del delito o cuasidelito (Alessandri Rodríguez, 1943. p. 547). En este sentido el lucro cesante pretende reparar las eventuales ganancias que hubiese tenido la víctima de no haber ocurrido el hecho dañoso.

Ciertamente en esta materia se presentan cuestionamientos acerca de la certeza del daño futuro, la que nunca será total y siempre tendrá un componente de incertidumbre y duda. Por lo mismo, no se puede hablar de certeza en el mismo sentido que para el daño emergente, sino que se tiene que demostrar como una probabilidad real y cierta de la ocurrencia de aquellas ganancias o beneficios que se han dejado de percibir. Para ello, hay que hacer una distinción entre lo que es el daño actual, el daño potencial y el daño eventual, disminuyendo los grados de certeza que se tiene para cada uno de ellos. El primero, en base a esta fórmula, correspondería en términos patrimoniales al daño emergente, mientras que el segundo, será aquel que existe en potencia en el acto imputado al demandado, el cual reúne todas las condiciones de su realización pero que aún no materializan. Será este daño el que deberá ser indemnizado a la víctima, y no el daño puramente eventual (Domínguez Águila, 2010. p. 662). Así, mientras se demuestre que el acto ha impedido la ganancia cierta de un beneficio que era de alta probabilidad de ocurrencia, es que debe indemnizarse a título de lucro cesante.

Esta noción de lucro cesante, ampliamente aceptada en el ámbito de la responsabilidad contractual y en la responsabilidad extracontractual, presenta cuestionamientos en cuanto a su procedencia en materia de responsabilidad precontractual, y, por ende, en la responsabilidad por la malformación del contrato.

En esta materia, la pregunta es ¿cuáles son las ganancias que se dejan de percibir que derivan de la malformación del contrato? En este sentido, Barros Bourie, ha expresado que no es posible indemnizar el lucro cesante en materia de responsabilidad derivada de la

malformación del contrato, pues, no hay contrato a causa de la anulación, por tanto no hay fuente de responsabilidad, y por ende, no puede haber ganancias si no existe dicho contrato (Barros Bourie, 2007. p. 1013). Se entendería que otorgar una indemnización por lucro cesante equivaldría a otorgar una indemnización en consideración del interés positivo en la ejecución del mismo, situación del todo incompatible con la responsabilidad que se trata. Hay que tener presente en todo momento que lo que se pretende indemnizar es el daño desde la perspectiva del interés negativo del contrato.

Sin embargo, es posible reconocer la posibilidad de que sea posible indemnizar el lucro cesante, así, López Díaz, sin entrar a dar razones de su procedencia cuando analiza la figura de los vicios del consentimiento, reconoce expresamente la indemnización por esta categoría (López Díaz, 2019. p. 80).

Frente a esta disyuntiva de si es posible indemnizar a título de lucro cesante, resulta necesario recordar la advertencia hecha por Benatti, en razón, que el interés negativo es solo una locución que demuestra el daño sufrido, pero no incide en las categorías de daños que pueden ser indemnizables. De estas palabras, Segura Rivero, establece lo siguiente:

“La expresión interés negativo solo es una expresión evocadora o un recordatorio que la indemnización no puede comprender lo que hubiere valido la celebración y posterior ejecución del contrato frustrado, pero no significa que dentro del daño causado por esa frustración no se puedan incorporar todos los daños que la causalidad imponga, incluido el daño emergente y el lucro cesante...” (Segura Riveiro, 2007. p. 358).

La Corte Suprema, en el mismo caso reseñado anteriormente, “Urrea Fuentes Cristián con Corpbanca”, citando a Rosende, admiten la procedencia de la indemnización a título de lucro cesante:

“Habrá que entender que los perjuicios indemnizables incluyen el daño emergente, el lucro cesante e incluso el daño moral, siempre que sean consecuencia directa de la revocación”³⁶.

Entonces, no sería posible denegar la procedencia del lucro cesante en materia de responsabilidad precontractual. Sin embargo, ante la falta de justificación de su procedencia, persiste la pregunta, ¿cómo se configura el lucro cesante? ¿Dónde se verán frustrados los potenciales beneficios que iban a ser adquiridos por la víctima?

Para responder a esta pregunta, se ha dicho, que el lucro cesante estaría configurado por la pérdida de la oportunidad o chance que se ve frustrada por celebrar un contrato que fue declarado inválido³⁷. Este análisis entra en un terreno discutido en cuanto a sí la pérdida de la chance puede ser considerada como una categoría de daño, o si se trata de un problema de causalidad (Cárdenas Villarreal, 2019. p. 1029).

Aun teniendo presente esta discusión, el lucro cesante sería una estimación hacia adelante del ingreso que debía ser percibido por el demandante, en tanto, la pérdida de la oportunidad mira hacia atrás a un daño que ya se produjo (Barros Bourie, 2007. p. 382). En consecuencia, siguiendo esta lógica, no sería posible equiparar la pérdida de oportunidad, en tanto se acepte como una hipótesis de daño, como una figura símil o derivada del lucro cesante, pues representan situaciones diversas.

En otro sentido, se ha señalado que la pérdida de la oportunidad podría ser una categoría de daño autónoma, y que en este sentido se dirigiría la tendencia en el derecho nacional (Tapia Rodríguez, 2019.p. 1169-1170). Es más, se ha dicho que la pérdida de oportunidad puede representarse tanto como un daño patrimonial o como uno extrapatrimonial (Tapia Rodríguez,

³⁶ Urrea Fuentes Cristián con Corpanca (2012).

³⁷ En este sentido expreso se ha manifestado Segura Riveiro, 2007; López Beltrán de Heredia, 2009; y Thibierge, 2010. Mientras que Jérez Delgado (2011), admite la posibilidad de que sea reparado el lucro cesante como una pérdida de la oportunidad.

2019. p. 1169), no así el lucro cesante, que solo cabe dentro de la categoría de patrimonial (Barros Bourie, 2007 p. 257).

Se pensaría que con ello se podría configurar una hipótesis de daño aplicable a la responsabilidad de estudio. Así, Tapia señala que lo que se indemniza como un daño autónomo es la certeza de haber perdido una oportunidad generada y no el posible resultado final de ese negocio perdido (Tapia Rodríguez, 2019. p. 1169). Aún cuando es discutido aceptar esta noción sobre la pérdida de la chance, lo que se revisará más adelante, el problema persiste a la hora de cuantificar su indemnización.

Por lo tanto, aun cuando en principio parecía correcto afirmar que no se podía negar la viabilidad de indemnizar a título de lucro cesante en una hipótesis de responsabilidad por la malformación del contrato, no ha sido posible configurar su fundamento y casos de procedencia, ni aun cuando se trate de equiparar este a la noción de la pérdida de la chance. Por lo tanto, se puede establecer, que mientras no sea posible descubrir cómo es posible reparar los beneficios que se dejaron de obtener, no va a ser posible indemnizar a título de lucro cesante.

3.3.3.3 El daño moral

El daño moral en nuestro derecho ha ido en un constante progreso en cuanto a su reconocimiento. Siendo que en un primer instante no era identificado como un daño indemnizable, luego pasó a ser reconocido solamente en el ámbito extracontractual, y después será reconocido dentro del ámbito de la responsabilidad contractual. Esto en razón del principio de la reparación integral del daño, el que dada su amplitud, hace posible reconocer la existencia de este tipo de daños en ambas sedes (Domínguez Hidalgo, 2015. p. 907).

No cabe duda, que en razón del mismo principio de reparación integral del daño, es que se debe reparar todo aquel perjuicio moral que suceda en la esfera de la formación del acto o contrato. Se puede pensar que la prueba del daño moral pueda llegar a ser una tarea difícil de emprender, pero si se cumplen con los criterios para su procedencia, vale decir, su carácter personalismo, que sea un daño significativo y que pueda demostrarse en forma concreta el

impacto que ha generado la conducta, es que no se aprecia un problema en aceptar su procedencia para el caso de la responsabilidad en la malformación del contrato. Así, si se quiere colocar a la persona en la situación previa a la celebración del contrato, ciertamente ella no se había visto afectada por este perjuicio moral, por lo que debe ser reparado.

En la doctrina comparada, Jerez Delgado, destaca que en esta materia el Marco Común de Referencia en Materia de Derecho Civil Europeo, consiente su admisibilidad (Jerez Delgado, 2011. p. 302). Asimismo, López Beltrán de Heredia sin entrar en mayores detalles, también está por la aceptación de la reparación del daño moral (López Beltrán de Heredia, 2009. p. 340). De igual manera, Thibierge, sin estudiarlo en profundidad, menciona que también es posible resarcir el daño moral, pudiendo entenderse aquel como la afectación de un interés extrapatrimonial relacionado a la reputación profesional o una extorsión del consentimiento y de la confianza entregada a la otra parte (Thibierge, 2010. pr. 145).

Por lo tanto, en razón de la confianza de las partes para celebrar un contrato válido, el quebrantamiento de esta, puede tener la aptitud de producir una afectación extrapatrimonial que solamente se puede ver compensada con una indemnización por el daño moral. Esto sin embargo, no puede ser un tema tomado a la ligera, y como se dijo en los párrafos anteriores, se deberá cumplir con los presupuestos de procedencia del daño moral, como también con aquellos principios aplicables al daño. En el mismo caso ya mencionado de “Urrea Fuentes Cristian con Corpbanca”, la Corte Suprema, condena al Banco, en una hipótesis de retiro injustificado de las negociaciones, a la indemnización del daño moral por la suma de 7 millones de pesos. Por tanto la posibilidad de ser indemnizado en un caso de malformación del contrato, es una opción que no puede ser negada sin haber estudiado el caso.

Ya habiendo revisado el daño en materia de responsabilidad por la malformación del contrato, en donde se puede establecer que el perjuicio que se sufre se puede describir en la formulación del interés negativo, pero que esto no implica que se deban reparar solamente algunas categorías de daño. El perjuicio será la no conclusión del acto o contrato que se esperaba ejecutar y la finalidad de la reparación será colocar a la víctima en aquella situación más cercana al momento previo a la celebración del contrato. Sin limitar este perjuicio a los meros gastos

que se hayan producido, sino que en la medida que se puedan acreditar la procedencia de otras categorías de daños, no existe inconveniente en aceptar su procedencia. Con todo, hay que tener la claridad que el lucro cesante, por más que se pueda establecerse como un daño indemnizable, no ha sido posible vislumbrarlo dentro de la noción del interés negativo. Esto dado que la doctrina yerra al señalar que el lucro cesante se manifiesta en la pérdida de una oportunidad, pues aun cuando pueda ser considerada la pérdida de la chance como una categoría de daño indemnizable, esta se entiende una entidad autónoma e independiente del lucro cesante. Y por último en cuanto al daño moral, la doctrina comparada se ha visto conforme en aceptar su procedencia, y en razón del principio de reparación integral del daño, no se observan inconvenientes de admitir su procedencia en nuestro derecho.

De esta manera una vez revisado la figura del daño en la responsabilidad por la malformación del contrato, es que se analizará brevemente el presupuesto de la causalidad.

3.4 La causalidad en la responsabilidad por malformación del contrato

La causalidad corresponde al último de los requisitos o presupuestos para que se tenga por establecida la responsabilidad en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Que se exija una relación de causalidad para admitir la responsabilidad del daño significa que se debe acreditar que hay una conexión entre la conducta desplegada por el agente y el daño provocado a la víctima. Este presupuesto se desprende en nuestra legislación de los artículos 2.314 y 2.329 de nuestro Código Civil., precisamente cuando en estos se señala quien ha “*inferido* daño a otro” y “todo daño que pueda *imputarse* a malicia o negligencia de otra persona” respectivamente.

Al igual que en el presupuesto del daño, la causalidad también tiene una doble función respecto a la responsabilidad, puesto que se representa como un fundamento y un límite de esta. (Barros Bourie, 2007. p. 374). Es función pues indica que hecho está conectado con el daño, de manera tal que sin él, este no se hubiese provocado. Esta se conoce como causalidad natural, en donde se busca que la causa sea necesaria para la producción del daño (Barros Bourie, 2007. p. 376). A su vez, es límite de la responsabilidad, puesto que de la cantidad de consecuencias que

puedan derivar del hecho, solo se va a responder de aquellas que provengan de manera directa del hecho. Es sobre este punto que se refiere la imputación normativa, cuestión de derecho que exige criterios normativos para atribuir la relación directa entre el hecho y el daño (Barros Bourie, 2007. pp. 374 y 375).

En este mismo sentido debe aplicarse a la responsabilidad por la malformación del acto o contrato. Debe comprobarse que ha sido la conducta desplegada, ya catalogada al menos de culpable, en la celebración del contrato la que necesariamente haya provocado su no conclusión a causa de la anulación del acto, o en caso que no haya podido ser anulado, que signifique no poder haber negociado el contrato en diferentes condiciones más favorables. Comprobado que haya sido esa la causa necesaria del daño, deberá realizarse el estudio normativo y definir hasta qué punto todo el daño provocado puede ser adjudicado a dicha causa.

Sobre el juicio normativo u objetivo que hace el juez sobre la causa en estudio, la doctrina hace una distinción, en primer lugar se deberá analizar el sentido o fin del deber de cuidado y el daño provocado, lo que se denomina el fin de la norma en cuestión, y en segundo lugar analizar hasta qué punto las consecuencias de la conducta pueden ser atribuidas al hecho, y con esto establecer un límite en los daños directos que sufre la víctima (Barros Bourie, 2007. p. 384).

En cuanto al fin de la norma, se ha dicho que tiene que haber una conexión de ilicitud entre la regla infringida y el daño que esa regla persigue prevenir. Lo que se estudia es el ámbito de protección de la norma y si dicho ámbito fue infringido, este se observa con mayor claridad en aquellas hipótesis de culpa infraccional, pues es el legislador y en la historia de la ley de donde se puede desprender el fin de la norma o su ámbito de protección, así, la normativa del tránsito se establece con el fin de evitar accidentes y no con el fin de un tránsito expedito, por ello no es posible atribuir el atraso a la hora de cerrar de un negocio a la mala condición del tránsito.

Este fin protector de la norma, debe tenerse en consideración a la hora de la nulidad, que tiene como función sancionar la infracción a las normas del ordenamiento jurídico. Así en los

casos de nulidad absoluta el ámbito de protección será el interés general de la sociedad, por lo que un hecho que pueda perjudicar dicho interés podrá ser apto para ser de nexo causal entre el hecho y el daño. Del mismo modo en los casos de nulidad relativa, en donde es el interés particular de las partes el que debe ser protegido, en este sentido, es la voluntad de las partes la que debe protegerse, por lo que un hecho que promueva un vicio en la voluntad a contratar, servirá de conexión de ilicitud del hecho con el daño.

En cuanto a los límites que se han de establecer en razón de la causalidad normativa, y revisar que consecuencias son reparables por provenir de la causa, se ha dicho que deben ser solamente aquellos daños directos, en razón que “no se puede extender indiscriminadamente a todas las consecuencias de la acción culpable” (Barros Bourie, 2007. p. 392). Este es un juicio normativo de imputación del daño para verificar si corresponde a uno directo y no a uno indirecto. Para esto es que han destacado dos teorías que puede ayudar a la labor del juez. La primera es la teoría de la causa próxima, que en razón de un criterio de razonable proximidad atribuye como causal los daños, así, aquellos daños que no están próximos a la causa, no pueden ser considerados como directos (Barros Bourie, 2007. p. 395). La segunda teoría es la de la causa adecuada, que en términos sencillos verifica que los daños provocados puedan ser verosímilmente atribuidos a la causa que se estudia (Barros Bourie, 2007. p. 396), en este caso se verifica el daño desde la perspectiva de un observador experimentado y que sea este el que puede determinar hasta qué punto el hecho puede provocar un daño.

Es en base a estas distinciones que Thibierge establece que no es la anulación la que genera el perjuicio, puesto que aunque sea esa la causa próxima del perjuicio, es correcto señalar que siguiendo la causa adecuada, se resuelve que el perjuicio proviene de la culpa precontractual, y que sin ella no habría responsabilidad con ocasión del contrato anulado (Thibierge, 2010. pr. 121). De esta manera se entiende el análisis sobre la extensión del daño debe provenir del estudio de la culpa precontractual y verificar cuáles serán los daños directos que de ahí se desprendan. En este sentido, la causalidad no representa mayores diferencias con su estudio en materia contractual o extracontractual.

Sin embargo, uno de los problemas que se suscitan a propósitos del estudio de la causalidad y que ya ha sido mencionado anteriormente es el tema de la pérdida de la chance el cual se verá a continuación.

3.4.1 Pérdida de la oportunidad o chance

Como ya ha sido mencionado, un tema discutido en la doctrina nacional es sobre el enfoque se le suele dar a la pérdida de la chance u oportunidad. Por un lado, puede ser estudiado como un problema de causalidad entre la pérdida de la oportunidad, el beneficio que se espera, y la conducta del agente. Y, por otro lado, se puede observar como una categoría autónoma daño que debe ser indemnizada. Se pasará a revisar cada una de estas posturas.

Es Barros Bourie quien a propósito del estudio de la responsabilidad extracontractual toma partido por afirmar que el problema de la pérdida de la oportunidad de negocios es un problema de causalidad. Señalando que la pérdida de las oportunidades, se trata de daños ya ocurridos, pero que no pueden ser atribuidos causalmente con certeza al hecho del demandado, pero sí con cierta probabilidad (Barros Bourie, 2007.p. 240). Aquí se plantea que no se puede establecer un vínculo causal entre el hecho que genera la pérdida de la oportunidad y la pérdida del beneficio o ventaja.

Ciertamente cuando hablamos de la pérdida de la chance hablamos de una falta de certeza de que el daño se fuera a provocar por dicha conducta, hay un juego de probabilidad de que esa oportunidad se llegase a concretar y de entregar los réditos que se reclaman. De tal forma, el profesor plantea que hay tres formas para resolver estos casos. La primera postula que se necesita de una certeza fuerte que acredite que el daño proviene de esta conducta, de manera que, si no existe esta certeza, no hay indemnización, mientras que, si la hay, deberá indemnizarse todo el daño provocado, así hay un juego del todo o nada. En segundo lugar, se habla de un porcentaje de la probabilidad, si es mayor a un cierto umbral, deberá otorgarse la indemnización. Y finalmente la tercera, señala que se podrá aplicar la probabilidad en el cálculo de la indemnización, de modo que cubra el porcentaje del incremento del riesgo (Barros Bourie, 2007. pp. 379-381). Estas diversas alternativas pueden resolver el problema de la pérdida de

oportunidad. Las primeras dos, señalan que probada la certeza o la gran probabilidad de que, el daño haya sido provocado por esa conducta, se debe reparar todo el daño, en tanto, la tercera señala que la indemnización se evaluará en función del porcentaje de probabilidad de la ocurrencia del daño, siendo, una indemnización de menor entidad al beneficio esperado. Siendo cada sistema de responsabilidad libre de elegir una de estas alternativas.

Siguiendo la misma idea de que la pérdida de la oportunidad se debe estudiar como un problema de causalidad, Cárdenas Villarreal, luego de un análisis de las sentencias dictadas por la Corte Suprema³⁸ en donde se ha tratado el tema de la pérdida de la chance u oportunidad, señala que ha sido reconocido por la jurisprudencia a modo general que se está enfrentando un problema causal (Cárdenas Villarreal, 2019. p. 1035).

Señala Cárdenas Villarreal que hay dos grupos de sentencias, un grupo minoritario que reconoce la pérdida de la oportunidad, pero no realiza una reducción en la indemnización, y un grupo mayoritario de sentencias, en que reconociendo la pérdida de la oportunidad reducen el monto indemnizatorio. Plantea el autor, que el problema es de incertidumbre del curso causal que generó el daño y su dificultad probatoria. Este problema habría sido resuelto de manera diferente en estos dos grupos de sentencias. En el grupo minoritario, se explica la no reducción, entendiendo que la dificultad de probar el nexo causal conlleva a presumir la causalidad, así, cuando hay una probabilidad lo suficientemente real y seria, se presume que fue ese el hecho que generó el daño y por ende se debe indemnizar por el total. Mientras que el grupo mayoritario, señala que la probabilidad no es lo suficientemente seria o significativa, o puede que ni siquiera haya una base estadística para medir dicha probabilidad, y de ahí su reducción (Cárdenas Villarreal, 2019.p. 1036).

Esta conclusión a la que llega Cárdenas Villarreal es a todas luces preocupante, debido a que para los casos en que no hay una reducción, sino que se entrega una indemnización

³⁸ Señala el profesor que la gran mayoría de las sentencias de la Corte Suprema se refieren al ámbito de la responsabilidad médica (Cárdenas Villarreal, 2019). A pesar de ello, considero, que el razonamiento sobre la pérdida de la oportunidad de igual manera se puede extrapolar al ámbito de la responsabilidad precontractual.

completa, se hace tomando en cuenta una probabilidad real y seria de que la oportunidad se haya perdido por la culpa del agente. Si bien, no hay una certeza absoluta, se presume esta, pudiendo encuadrar esta solución en la segunda alternativa esgrimida anteriormente, en donde superado cierto umbral, el de la probabilidad real y seria, se entregará una indemnización por el todo, lo que a primera vista no parece problemático. Pero cuando vemos el segundo grupo mayoritario de casos, en donde la probabilidad no es lo suficientemente seria o real, siguiendo el razonamiento anterior, no habría posibilidad de aplicar dicha presunción, y por tanto no debiese entregarse indemnización en este sentido. Sin embargo, lo que sucede realmente, es que la Corte en estos casos elige la tercera alternativa presentada, y en razón de una probabilidad poco seria y real de ocurrencia o a veces sin una base sólida, se entregará una indemnización reducida.

Pareciera que la Corte Suprema no tiene un criterio del todo claro a la hora de solucionar los problemas de la pérdida de oportunidad. Esta falta de claridad puede llevarnos al problema que expone Cárdenas Villarreal, si la probabilidad no es lo suficientemente seria o real, pareciera que se considera la pérdida de oportunidad como un daño autónomo, pero aun así no se estaría reparando el daño, pues no se tiene suficiente certeza de ello, sino que se está castigando la conducta del agente, transformándolo en un daño punitivo (Cárdenas Villarreal, 2019.p. 1036), y esto no puede ser aceptado en nuestro sistema de responsabilidad civil.

Mientras que de la otra vereda, la pérdida de la chance o la oportunidad se ha justificado como una categoría de daño indemnizable autónoma del resto, esto en razón de que no es justo dejar que las víctimas carguen con todo el peso económico de daños en cuyo origen se encuentra una acción negligente, aun teniendo en consideración el vínculo causal incierto respecto del resultado final. Sin embargo, la indemnización se explica en el sentido de que existe una certeza de que la acción destruyó la oportunidad de evitar dicho daño (Tapia Rodríguez, 2019. p. 1168), siendo el perjuicio el valor de esa oportunidad perdida. Pareciera que se sigue de la pérdida de la chance una reparación en un sentido de equidad, y por lo mismo no cualquier oportunidad perdida debe ser indemnizada, por ello, se destaca que estamos en presencia ante un bien aleatorio, en el sentido que aún sin la negligencia del agente, el daño igualmente no se pudo

evitar. Teniendo en consideración este punto, es que es requisito de procedencia para la indemnización, que la oportunidad sea real y seria, es decir que haya una alta probabilidad de ocurrencia, y considerando que existe un nexo causal y directo entre el hecho y la pérdida de la oportunidad, y teniendo en cuenta que es una oportunidad perdida y no el resultado final querido, es que la indemnización se verá reducida en una estimación de esa chance real y seria desperdiciada (Tapia Rodríguez, 2019. p.1169).

Se ha visto que cuando los autores que analizan la responsabilidad precontractual o responsabilidad en la malformación del acto o contrato se refieren a la pérdida de la oportunidad, lo hacen siguiendo la misma lógica del párrafo anterior, la chance como una categoría de daño indemnizable, y que en razón de su oportunidad cierta, pero no absoluta, es que la indemnización debe ser reducida.

Se señala que al indemnizar la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad por la malformación del contrato, además de que se deba cumplir con el criterio de seriedad y realidad de la probabilidad, se debe cumplir con requisitos adicionales. Así, se exigiría, que aquel contrato que no se celebró en razón del contrato malformado, deba ser uno de naturaleza similar, y que dicho contrato debe ser considerado válido (Thibierge, 2010. pr. 164). De esta manera, no cualquier oportunidad debe ser considerada como susceptible de indemnización, sino solo aquellos casos en que había una oportunidad real y cierta de celebrar un contrato de naturaleza similar, como lo es la compraventa a la permuta, y que dicho contrato haya podido ser válido ante el ordenamiento jurídico.

Barros Bourie igualmente se refiere a la pérdida de la oportunidad en este ámbito, quien reconoce que es posible indemnizar la pérdida de oportunidades de negocio cuando estamos en un caso de responsabilidad precontractual y también para los casos de responsabilidad a consecuencias de la nulidad del contrato (Barros Bourie, 2007. pp. 1007 y 1013).

Siendo entonces cierta la posible indemnización de la pérdida de la oportunidad, más allá si este puede ser considerado como un daño autónomo indemnizable o un problema de causalidad. Ambas posturas se refieren que para que proceda la reparación, la oportunidad debe

ser seria y real, o estar ante un nexo causal altamente probable para la ocurrencia del daño, si no se cumple con alguno de estos mínimos, bajo ningún aspecto va a ser posible reparar la pérdida de oportunidad.

Esto representa un problema con la aplicación que ha hecho la Corte Suprema de la pérdida de la oportunidad, en donde a todas luces se presenta un problema de causalidad incierta en la producción del daño, y sobre esta base es que se debe escoger una de las alternativas de solución antes propuestas. Para ello hay que tener presente que ante cualquier opción que se elija, que se debe exigir un piso mínimo para que proceda la indemnización, que será comprobar que estamos ante una probabilidad seria y real. Si se va a escoger el camino de la presunción y con ello una indemnización completa, que se siga el mismo camino cuando la probabilidad no es tal, y por tanto no entregar indemnización. En caso que se siga la tercera alternativa y reducir el monto indemnizatorio, de igual manera deberá negarse la indemnización cuando esta oportunidad no supera el umbral de ser real y seria. Así se evita en castigar la conducta desplegada y convertir la pérdida de la oportunidad en daño punitivo, aunque esta solución cae en el problema de determinar cuánto de esa probabilidad es lo que debe indemnizarse y por tanto en cuánto debe reducirse el perjuicio.

Siguiendo estas líneas es que se debe analizar la causalidad en la responsabilidad por la malformación del contrato, no presentando mayores diferencias en cuanto al estudio de esta a propósito de la responsabilidad en un sentido general, en donde se destaca con mayor énfasis la necesidad de uniformar la jurisprudencia en cuanto a la pérdida de la oportunidad o chance se refiere. Esto a pesar de que ha sido tratada principalmente respecto de la responsabilidad médica, los argumentos y conclusiones que de ahí se desprenden pueden ser tomados para cualquier situación en que se discute la pérdida de la oportunidad. Ciertamente se puede dar en ámbito de la responsabilidad precontractual, así, quien decide invertir en un negocio en base a información falsa que fue dolosamente proporcionada, y con ello pierde la oportunidad de invertir en un negocio alternativo, deberá probar que a causa de la información falsa recibida no pudo invertir en lo que probablemente hubiese sido un negocio seguro y próspero.

Con esto se puede dar por finalizado el análisis de los presupuestos de la responsabilidad en la malformación del acto o contrato, en donde se ha hecho un repaso por cada presupuesto y como este se puede configurar teniendo en consideración la especial relación de las partes en el ámbito de la responsabilidad precontractual. Sin embargo, antes de dar por finalizado este capítulo y revisar la aplicación de esta figura, parece necesario hacer un examen sobre puntos prácticos en donde se puede ver comprometido el uso de la responsabilidad por la malformación del contrato.

3.5 Otros aspectos relevantes

En esta parte del capítulo sobre la acción de responsabilidad por la malformación del acto o contrato es que se revisará como se conjuga esta posible acción de responsabilidad con otros aspectos y figuras relevantes. Así, se analizará la prescripción de la acción de responsabilidad y su relación con la prescripción de la nulidad, se revisará también como se conjuga esta acción con los casos de nulidad parcial y con las restituciones mutuas que nacen a propósito de la declaración de nulidad.

3.5.1 La prescripción

La prescripción, entendida como la consolidación de una situación de hecho por el paso del tiempo. Así se entiende que existe la prescripción liberatoria ³⁹.

Así, uno de los requisitos que exige la ley para hacer valer la prescripción es el transcurso del tiempo, aquí se puede hacer una serie de distinciones en cuanto al plazo de prescripción, y de igual importancia es determinar desde cuándo empieza a correr ese plazo.

En la materia que nos interesa, las acciones de nulidad y responsabilidad tienen un plazo de prescripción diferente. Así, el artículo 1.683 del Código Civil señala que la nulidad absoluta

³⁹ Abeliuk Manasevich, define la prescripción liberatoria como “un modo de extinguir los derechos y acciones ajenos, por no haberlos ejercitado el acreedor o titular de ellos durante cierto lapso, concurriendo los demás requisitos legales” (Abeliuk Manasevich, 2009. p. 1188). La extinción va a significar que quien tenía un derecho en su favor, por el solo transcurso del tiempo no va a poder ser ejercido.

se sanea luego del lapso de diez años a contar desde la celebración del acto o contrato. En cuanto a la nulidad relativa, es el artículo 1.691 que señala que el plazo para pedir la rescisión durará cuatro años, que para el caso de la fuerza, el plazo se comienza a contar luego del cese de esta, lo mismo en el caso de la incapacidad, no así para el caso del error o de dolo, en donde el plazo se inicia a contar desde la celebración del acto o contrato.

Al no estar regulada la responsabilidad precontractual, no está definido cual será el plazo de prescripción de la acción de indemnización de perjuicios, ni desde cuando se comienza a contar este. En razón que se ha establecido que la responsabilidad precontractual es de naturaleza extracontractual, debe ser lógico pues, que el plazo de prescripción deba ser el que otorga el artículo 2.332 que trata los delitos y cuasidelitos, y no el plazo general de la acción ordinaria de 5 años, pues no estamos en el ámbito de la responsabilidad contractual.

Frente a esto se puede presentar un problema a la hora de demandar la responsabilidad por la malformación del contrato. Esto, debido que el hecho que origina la responsabilidad es la culpa precontractual, se puede dar el caso que alguien, luego de transcurridos 9 años desde el hecho que funda la nulidad, absoluta en este caso, ejerza la acción de nulidad, se verá impedido de reclamar una indemnización pues la acción se encontraría prescrita.

Este problema no se verifica cuando se entiende que el daño es producto de la nulidad, y no de la culpa precontractual. Aquí, deberá declararse la nulidad, para que empiece a correr el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria. Esta, según Thibierge, sería la postura mayoritaria en el derecho francés (Thibierge, 2010. pr. 595). Pero si presenta esta alternativa, igualmente se encuentran otros problemas, siendo el primero y más grave, que se rompe el principio de independencia de la nulidad y la responsabilidad, siendo solamente posible demandar la responsabilidad en la malformación del acto en cuanto haya sido declarada la nulidad del mismo. Con esto, la acción de responsabilidad depende del éxito de la acción anulatoria. Lo que trae como consecuencia el segundo problema, en razón de esta dependencia, no va a ser posible demandar responsabilidad por los daños que significó no haber celebrado un contrato en mejores condiciones, pues, el daño al provenir de la nulidad y no de la culpa precontractual, no existe. Lo que ya ha sido rechazado previamente, pues la conducta que genera

el daño, no es la nulidad, sino que la culpa precontractual que lo antecede, y el perjuicio resultante se va a manifestar de manera diferente, sea que se haya declarado nulo el acto o no.

Por lo que hay que preguntarse de qué manera se puede mantener esta independencia entre ambas acciones y que la acción de responsabilidad no se encuentre prescrita.

En razón que es la ley la que determina los plazos de prescripción y el momento en que comienza el cómputo del plazo, habrá que atenderse a lo establecido en el artículo 2.332, y señalar que será de cuatro años desde la perpetración del acto. Sin embargo, como ha señalado Barros Bourie a propósito de la prescripción, el daño se puede manifestar después de ejecutado el hecho (Barros Bourie, 2007. p. 922), y por lo mismo, la acción se puede volver inútil si se sigue de manera literal lo prescrito por el legislador. Por lo mismo, este autor plantea en razón que el centro de la responsabilidad es el daño, la acción solo va poder ser posible interponerla cuando el daño ya es conocido por la víctima, así lo correcto sería interpretar que el plazo de prescripción comienza a correr desde que el “daño se manifiesta y pueda ser conocido por el responsable” (Barros Bourie, 2007.p. 924).

La Corte Suprema ha seguido sostenidamente una interpretación similar. Así en sentencia dictada en octubre del año 2020, sobre un caso de falta de servicio, en donde una empresa de recolección y tratamiento de residuos sólidos participó de la licitación pública que hiciera la Municipalidad de Huechuraba, y que siendo la opción más conveniente bajo parámetros objetivos, no le fue adjudicada la licitación, justificándose en una resolución de junio de 2011 en donde se fundamenta en un requisito que no estaba complementado en las bases de licitación. Conocida esta resolución, la afectada demandó la impugnación de dicha resolución y la nulidad de la licitación ante el Tribunal de Contratación Pública, siendo concedida solamente la impugnación, pues no puede ser declarada nula la licitación en razón de los derechos adquiridos por quien fue adjudicado, pero declara que ello no exime de responsabilidad a la municipalidad en cuestión, esto mediante sentencia ejecutoriada en junio de 2012. Presentada la demanda de indemnización de perjuicios, la municipalidad objeta la prescripción de la acción, pues desde junio a la notificación de la demanda ya ha transcurrido el plazo de cuatro años del artículo 2.332. Finalmente, la Corte, señala que sobre el término

perpetración del acto debe entenderse lo siguiente: “no solo comprende la ejecución de la conducta respectiva o el incumplimiento del deber que configura la omisión, sino que, además, trae aparejado su efecto dañoso en la víctima”⁴⁰. En este sentido se entiende, que la perpetración del acto no es solo la ejecución del acto, sino que también por perpetración se debe entender los efectos que trae consigo dicho acto⁴¹.

Por lo que estas mismas ideas pueden ser llevadas a la responsabilidad por la malformación del contrato. De esta forma, si bien la ejecución de la conducta se puede entender hecha a la hora de la celebración del contrato, la manifestación del daño puede ser conocida en un momento posterior; así, quien después de 6 años se ve perjudicado por un vicio de nulidad absoluta, el daño se le va a representar una vez que conozca de esta situación, y por tanto va a poder impetrar la acción indemnizatoria.

Esta solución parece armoniosa, pero de igual manera presenta un inconveniente. Seguir esta línea argumental podría significar que la acción indemnizatoria puede ser interpuesta pasados diez años de la ejecución del hecho dañoso, sobrepasando el límite de tiempo máximo que nuestro legislador establece para que opere la prescripción en el caso de la prescripción extraordinaria y en la extinción de la acción de nulidad absoluta. Es por lo mismo Barros Bourie plantea que debe existir un límite, estableciéndolo en el plazo de la prescripción extraordinaria (Barros Bourie, 2007. p. 924). Esta prescripción es de diez años desde la celebración del acto, por lo que se estaría en el mismo plazo respecto a la nulidad absoluta. Por lo tanto, llegar a una solución concreta y equitativa del problema sería aceptar que el plazo no puede pasar más allá de los diez años. Así, quien demanda la nulidad absoluta al quinto año, y la víctima toma conocimiento con dicha demanda, tendrá cuatro años para impetrar la acción de responsabilidad, mientras que si esta se conoce con la demanda de nulidad absoluta justo antes del cumplimiento de los diez años, deberá ser en el mismo juicio de nulidad que deberá impetrar la acción de responsabilidad.

⁴⁰ Gestión Ecológica de Residuos S.A. con Municipalidad de Huechuraba (2020).

⁴¹ En este sentido también Abeliuk Manasevich, 2009 y Corral Talciani, 2004.

En conformidad a lo anterior se cumple con el principio de independencia de las acciones de nulidad y responsabilidad, y de igual forma, se va a poder demandar la responsabilidad cuando se tenga conocimiento del hecho, y sin que sea necesaria impetrar la acción de nulidad.

Este problema no se presenta en las causales de nulidad relativa, pues ambas prescripciones son de cuatro años, por lo que no se observa algún caso en que esto pueda ocurrir.

3.5.2 Responsabilidad por la malformación del acto y la nulidad parcial

La responsabilidad que pueda aparejar la nulidad parcial de un acto o contrato, no es un tema que ha tenido mayor relevancia en la doctrina nacional, pero si en la doctrina comparada. Antes de llegar a eso, se revisará brevemente la nulidad parcial.

Nuestra doctrina ha señalado que estamos en presencia de la nulidad parcial cuando la nulidad “vicia una parte de una disposición, o a una de varias disposiciones contenidas en un negocio jurídico determinado” (Alessandri Besa, 2008. p. 103). En un sentido similar se expresa Vial del Río al señalar que “existe nulidad parcial, en cambio, cuando el vicio afecta solo a una parte o a una cláusula del acto jurídico; o cuando afecta a una parte o a un elemento de una cláusula” (Vial del Río, 2006. p. 274). Entendiendo entonces, que estamos en presencia de la nulidad parcial cuando el vicio de nulidad verdaderamente afecta solo a una parte de dicho acto o contrato, siendo posible mantener vigente en sus demás partes el acto o contrato en cuestión⁴².

Las discusiones para determinar los criterios sobre cuando se deberá declarar la nulidad parcial o la nulidad total, escapan del análisis de esta memoria. Por lo que la pregunta es, una vez que se declara la nulidad parcial, ¿cómo se sigue la acción de responsabilidad?

⁴² En lo sucesivo cuando me refiera a la nulidad parcial como la afectación a una cláusula, debe entenderse que se hace referencia a todas las hipótesis de nulidad parcial, esto es, que se pueda ver afectada una cláusula o una parte o elemento de dicha cláusula.

Hay que tener en cuenta que la nulidad, sea esta parcial o total, tiene como objetivo el restablecimiento de la legalidad, mientras que la responsabilidad busca reparar el daño que la supresión del efecto a causa de la nulidad pueda ocasionarse.

En este sentido, la doctrina comparada ha señalado, que en aquellos casos que se declare la nulidad parcial del contrato, no puede entenderse como una forma de reparación del daño la mantención del contrato, dado que responden a propósitos diferentes la nulidad y la responsabilidad (Thibierge, 2010. pr. 513). Así, la eliminación de una cláusula por sí sola en un contrato complejo, puede provocar daños por su exclusión del contrato.

Lo que sí se puede reconocer es que la declaración de la nulidad, y por tanto, la supresión de sus efectos no se produzca daño alguno (Thibierge, 2010. pr. 513), y por tanto no se deba una reparación. Pero en el caso que se acredite que mediante la supresión de la cláusula se genera un daño que proviene de la culpa precontractual de la otra parte, y va a poder ser reparada bajo las condiciones de la responsabilidad, ciertamente el perjuicio será menor en comparación a los casos de una nulidad total, pero de igual manera deberá resarcirse.

3.5.3 Responsabilidad por la malformación del acto y las restituciones mutuas

Al principio de este trabajo se destacaba que la nulidad era la sanción que tiene por efecto la supresión de los efectos jurídicos que haya creado el acto o contrato, siendo este el efecto propio y directo que tiene la nulidad. La supresión de los efectos jurídicos no va a conseguir en todos los casos que se pueda poner a las partes en la situación previa a la celebración del acto jurídico. Es de esta manera que es posible recurrir a la figura de la restitución como a la de reparación para complementar a la nulidad.

Se ha discutido cuál es el fundamento de la restitución para los casos de nulidad del contrato. En nuestro derecho, la doctrina tradicional ha sostenido principalmente que uno de sus fundamentos es evitar que las partes no se hagan más ricas, dado que ésta no puede ser fuente de lucro (Alessandri Besa, 2008. p.365). En tanto en el derecho francés Thibierge, destaca que se han generado tres fundamentos diferentes para explicar la figura de la restitución, el primero

es el del pago de lo no debido, luego el enriquecimiento sin causa, y finalmente, el derecho de propiedad restaurado por el hecho de la anulación (Thibierge, 2010. párrafos. 638-640). Sin embargo, señala que cada una de estas razones es inadecuada para explicar la restitución. Luego explica que tanto la doctrina como la jurisprudencia está de acuerdo en que la obligación de restituir proviene de la nulidad, existiendo una relación directa entre estas dos figuras, lo que también estaría errado. Lo correcto sería afirmar que la obligación de restituir “no existe sistemáticamente luego de la declaración de nulidad, sino solo cuando ha habido una ejecución del contrato anulado” (Thibierge, 2010. pr. 657), de esta manera señala que hay una conexión indirecta entre estas dos figuras, y que el fundamento de la restitución es suprimir una situación de hecho que no se ajusta a la nueva situación de derecho que provoca la nulidad, así define el fundamento como el “cumplimiento de una prestación en ejecución de un contrato viciado por una causa de nulidad lo que fundamenta la obligación de restituir” (Thibierge, 2010. pr. 657).

Bajo esta forma se entiende mejor la independencia de ambas acciones, y se refleja su relación complementaria, pero donde la restitución no es necesaria para la nulidad, sino que solo es un efecto continente, a la misma conclusión llegan Pinochet Olave y Concha Machuca (Pinochet Olave y Concha Machuca, 2015. p.143).

Entendiendo así la restitución, se puede ver que también comparten la misma finalidad con la responsabilidad, que será volver a las partes a un estado anterior, en el caso de la reparación al estado anterior a la ejecución del acto que genera el daño, y en el caso de la restitución, al estado en que se encontraría la parte de no haber ejecutado la obligación proveniente del acto anulado. Surge la pregunta entonces, cómo se conjugan estas dos figuras, hasta dónde alcanza la restitución y dónde comienza la responsabilidad.

La doctrina nacional clásica no ha hecho un análisis de estas dos figuras en su conjunto, pero si se ha afirmado que la responsabilidad viene a ser complementaria de la restitución⁴³.

⁴³ Alessandri Besa señala que lo “indemnizable será siempre el daño no reparado por los efectos propios de la declaración de nulidad” (Alessandri Besa, 2008. p. 372), en donde se debe entender que por los efectos propios no como la supresión de los efectos jurídicos directos, sino que se refiere a la restitución. Mientras que Barros Bourie

Pinochet Olave y Ricardo Concha han sido quienes analizan esta relación, quienes señalan que la regla del artículo 1.687, que trata las restituciones mutuas, además de tener un fin restitutorio, tienen uno reparador, al señalar el artículo que las partes son responsables de la pérdida de las especies o su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras, esto, siguiendo las reglas generales (Pinochet Olave y Concha Machuca, 2015. p. 145). Así, concluyen que se está ante una forma de reparación, por lo que no podrá ser reparado luego con una acción indemnizatoria. Ello no será así siempre, sino que se deberá hacer una distinción entre la situación que se genera cuando es el poseedor vencido quien debe realizar las prestaciones al reivindicante, y la situación que se genera cuando es el reivindicante el que debe realizar las prestaciones al poseedor vencido.

En la primera situación, los autores concluyen que las restituciones en este caso tienen un carácter indemnizatorio, esto bajo dos órdenes de ideas. La primera al señalar el artículo 906 del Código Civil que tanto el poseedor de buena o mala fe son responsables de los deterioros, el primero solo en cuanto los hubiere aprovechado, y el segundo de todos los que por su hecho o culpa sufra la cosa. Y al usar la voz responsable y culpa, es que estos daños tienen un carácter indemnizatorio. La segunda, dice relación con los frutos, en donde, al señalar el artículo 907 que es obligado a restituir no solo los frutos que se percibieron, sino que los que el dueño hubiese podido percibir y si estos no existen, se debe el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción, es que se admite no solamente la reparación del daño en naturaleza, sino que se admite también la reparación del daño en equivalencia. Por lo que claramente se está ante una indemnización y no una mera restitución (Pinochet Olave y Concha Machuca, 2015.pp. 146 y 147). Se entiende la mala fe como aquel caso en que la parte que teniendo conocimiento del vicio, recibe la cosa, y la buena fe, como la parte que sin conocimiento del vicio recibe la cosa (Vial del Río, 2006. p.281). Por lo que es necesario precisar, que finalmente esta situación se provocará cuando el contratante de mala fe, quien sabía del vicio, debe restituir una cosa, y no

señala que la reparación sigue un objeto complementario y no acumulativo respecto de las prestaciones mutuas (Barros Bourie, 2007. p. 1014).

necesariamente el poseedor vencido, pues, no estamos en presencia de una acción reivindicatoria.

En tanto la segunda situación, los autores llegan a la conclusión que no se está ante una hipótesis de indemnización, esto pues al referirse a las mejoras se refiere a ellas con el término abono, y no siendo este un símil de responsabilidad, sino que más bien a evitar que la parte se haga más rica (Pinochet Olave y Concha Machuca, 2015. p. 148). Pareciendo correcto que no se está frente a una indemnización, el fundamento preciso no es el evitar que una parte se haga más rica, sino que será el de cumplir con la finalidad de la restitución, el dejar a la parte en la situación en que no hubiere ejecutado la obligación que luego fue afectada por la anulación del acto, por lo que la restitución en este sentido, no puede entregar más ni menos.

Es posible compartir el análisis esgrimido por los autores, por lo que en el caso que se configura la restitución como un ítem indemnizatorio, según se ha expresado, no deberá luego reclamarse como una hipótesis de daño, pues ya será reparado por la restitución. Afectando, ciertamente el quantum del daño posible a reclamar, pero siendo esta salida justa y equitativa. Podrá pedir como indemnización a título de responsabilidad, todo aquello que no cubra la restitución, como lo serán todos los gastos de ejecución del acto, la posible pérdida de oportunidad y el daño moral si es que este se acredita, o en el caso que el vencido no tenga la cosa en su poder y no quiere ejercer la acción reivindicatoria. De igual manera, la acción restitutoria al ser independiente de la de nulidad, la víctima tiene la opción de no ejercerla, quedando más despejado el camino de la responsabilidad.

Con esto, y luego de hacer una revisión de cada presupuesto de la figura de la responsabilidad por la malformación del acto o contrato, y analizando su relación con la figura de la nulidad parcial y las restituciones mutuas que derivan indirectamente de la declaración de nulidad, es que se puede dar por concluido el presente capítulo. Por lo que ahora se pasará al capítulo final.

4. LA RESPONSABILIDAD A LA LUZ DE LAS CAUSALES DE NULIDAD EN EL DERECHO CHILENO

La pregunta que falta responder es acerca de la funcionalidad de esta figura con las hipótesis de nulidad, con el fin de verificar si es que es posible configurarlas como una figura aplicable a todos los casos o que solamente se deba utilizar en aquellos casos que la ley expresamente lo señala, como es el caso del error en la persona y en el caso de la compraventa, el que vende lo que no existe⁴⁴. Para esto es que se analizarán, en conformidad a lo discutido por la doctrina nacional⁴⁵ y lo establecido por jurisprudencia reciente de la Corte Suprema, ciertas causales de nulidad absoluta y luego ciertas causales de nulidad relativa.

4.1 Causales de nulidad absoluta

Tradicionalmente, se ha planteado la discusión acerca de si nuestra legislación contempla como un medio de ineficacia a la inexistencia jurídica, vale decir, aquel acto que no cumple con los elementos de la esencia y requisitos de existencia para que el acto se considere existente. Esta discusión, parece ser superada en favor de su negación, al punto que la sanción máxima que establecería el ordenamiento jurídico es la nulidad. La jurisprudencia de la Corte Suprema parece seguir el mismo camino, pues el caso “Ossandón Larraín Manuel con Inversiones Cordillera Ltda. Y Otros” del año 2019, en donde la sociedad DM Inversiones Limitada interpone una demanda solicitando la declaración de inexistencia o la nulidad absoluta de la cesión de derechos sociales que hubiere realizado DM Inversiones Limitada a la sociedad de Inversiones Lomas La Dehesa Limitada, acto que consta en escritura pública de septiembre de 2009. Señala la demanda, que el fundamento fáctico sería que el monto de \$100.000 bajo el

⁴⁴ Alessandri Besa se refiere exclusivamente a estos dos casos (Alessandri Besa, 2008. p. 366), mientras que Baraona González agrega, el caso del dolo incidental y el caso del artículo 1.353 que trata el caso de quien no quisiere o pudiere intentar la acción de nulidad de la partición de bienes, conservará otros recursos para ser indemnizado.

⁴⁵ De esta doctrina es que se ha podido diferenciar aquellas causales más controvertidas de las que se acepta generalmente la indemnización, para ello es que se toma en cuenta los trabajos realizados por López Díaz (López Díaz, 2019), Baraona González (Baraona González, 2012), Alessandri Besa (Alessandri Besa, 2008), Rodríguez Grez (Rodríguez Grez, 2012), y el trabajo de Pinochet Olave y Concha Machuca (Pinochet Olave y Concha Machuca, 2015).

cual se hizo la transferencia de los derechos, según consta en el instrumento público no se condice con la realidad, puesto que el Servicio de Impuestos Internos había hecho una valorización de los activos que eran parte de DM Inversiones Limitada ascendente a una suma cercana a los 53 millones de pesos. Por lo que señala en su demanda que en esta cesión no hubo una voluntad real de obligarse, al estar en presencia de un precio irrisorio, hay una falta de objeto al no configurarse una contraprestación real, hay una falta de causa, pues tal cantidad no puede servir de real motivo y fuente a la obligación de ceder, y en subsidio, una causa ilícita, ya que el fin perseguido fue despojar injustamente a la actora de sus derechos sociales.

Frente aquello, es que la Corte Suprema, luego de verificar que se puede estar en presencia de un caso de inexistencia debido a la falta de voluntad por la falta del precio, al ser este irrisorio en el contrato en cuestión. La Corte determina en la sentencia de reemplazo lo siguiente:

“Configurándose los presupuestos para declarar la nulidad absoluta del acto impugnado, deberá aplicarse dicha sanción, careciendo de relevancia en este caso, discutir sobre la procedencia de la inexistencia, pues lo cierto es que las consecuencias que producen estas instituciones son en principio idénticas, llegando la doctrina a sostener que se confunden los efectos de la ausencia de requisitos de existencia y de validez”⁴⁶.

Por lo que a pesar de ser conceptos distintos, los efectos prácticos, según las palabras de la Corte, no serían diferentes, por lo tanto, se revisará la inexistencia en forma conjunta con las hipótesis de nulidad absoluta.

4.1.1 Falta de objeto o causa, objeto ilícito y causa ilícita

En los casos de falta de objeto y causa, el principal argumento legal que se sostiene para afirmar la procedencia de la indemnización se encuentra en el artículo 1.814 del Código Civil, que a propósito de la compraventa indica que quien vende a sabiendas una cosa o parte de ella

⁴⁶ Ossandón Larraín Manuel con Inversiones Cordillera Ltda. Y Otros (2019)

que no existe deberá resarcir los perjuicios. La pregunta que queda por responder es si este artículo relativo a la compraventa se puede extrapolar de manera general a cualquier convención en que falte la cosa u objeto de la convención.

Baraona González se muestra de acuerdo no solo como una posibilidad para los casos de falta de objeto, sino que también para los casos de objeto ilícito (Baraona González, 2012. p. 95). Por su parte, López Díaz, admite que es posible aplicarlo a todas aquellas situaciones de falta de objeto, e incluso a situaciones en que falte la causa final del acto, siendo esta una manifestación de la regla general (López Díaz, 2019. p. 84). Entender que es una manifestación de la regla general, está en armonía con las reglas del 2.314 y 2.329 del CC, así, todo daño que se deba a negligencia o dolo debe ser resarcido.

De manera que al menos, ante la falta de objeto o de causa, la parte afectada, deberá probar que fue inducida por la otra parte que sabía – o al menos debía saber – de la no existencia de la cosa, a celebrar un contrato, debiendo quedar acreditada su diligencia durante la celebración, y así siendo procedente su indemnización⁴⁷.

Ahora, para los casos de objeto ilícito o causa ilícita, Rodríguez Grez, señala que no es procedente en ningún caso la indemnización de perjuicios. De hecho, señala que no es procedente en ningún caso de nulidad absoluta. Ello al señalar que se contravienen normas de orden público, y por tanto sería una responsabilidad compartida de las partes (Rodríguez Grez, 2012. p. 286). Por su parte, López Díaz, relaciona esto con el artículo 1.683 del Código Civil, donde señala que quien sabe o debía saber del vicio no podrá reclamar la nulidad del acto, por la misma razón no podrá solicitar la indemnización del daño. Agregando que es difícil escapar del análisis de esta regla, pues las reglas de objeto y causa ilícita evidencian supuestos contrarios a la moral, a la ley y las buenas costumbres que son fácilmente apreciables, por lo que al menos,

⁴⁷ De igual manera, desde el punto de vista de la parte afectada esto puede ser representado como una hipótesis de incumplimiento contractual, y solicitar la indemnización por esta vía.

alguien con una mínima preparación no le será posible reclamar dicha indemnización (López Díaz, 2019. p. 86).

Entender la regla del artículo 1.683 de esta manera implica restringir la titularidad de la acción de nulidad, solo a aquellos casos en que la ejerce un tercero interesado o el ministerio público, o aquel caso que el juez de oficio la decrete. Alessandri Besa, no está a favor de esta propuesta, ya que indica que a pesar de que será difícil determinar un caso en que alguien de buena fe celebre un contrato que adolezca de objeto ilícito, no parece que tal posibilidad deba descartarse, y con ello, negarse a la indemnización (Alessandri Besa, 2008. p. 368). Un ejemplo se da en el caso mencionado anteriormente “Ossandón Larraín Manuel con Inversiones Cordillera Ltda. Y Otros”, donde la Corte señala que los actos ejecutados por el representado y la aplicación del artículo 1.683, no afecta a lo solicitado por el representante, por lo que si estaría facultado para demandar la nulidad absoluta, esto pues:

“La referida disposición es excepcional y solo puede aplicarse al que personalmente ejecutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, ya que el dolo o mala fe, que es lo que la ley sanciona con la privación de la acción de nulidad, es un acto personalísimo”⁴⁸

Siendo este caso una muestra de que una parte del contrato se puede ver afectada por el vicio de nulidad y su anulación puede generar perjuicios que deben ser indemnizados, a pesar de ser una parte de dicho acto. Entonces, no se puede ser tajante e impedir la indemnización sin antes de analizar las circunstancias particulares del caso. Deberá ser acreditado que se actuó de buena fe, esto es, que no tenía como saber del vicio, y con ello tener una ignorancia legítima. Así, para que proceda la indemnización, en este caso, no solo debe acreditar la culpa del agente, sino que se debe existir buena fe de la víctima al contratar.

En el caso contrario, en donde no sea posible acreditar la buena fe, y que se entienda que la víctima actúa negligentemente, en principio según Rodríguez Grez, no será posible atribuir

⁴⁸ Ossandón Larraín Manuel con Inversiones Cordillera Ltda. Y Otros (2019)

la responsabilidad a ninguna de las partes. Conclusión que parece igualmente errada, puesto que, si se emplean las reglas que la responsabilidad establece, en este caso, se deberán aplicar lo relativo al concurso de culpas analizado en el capítulo anterior, y por ende se deberá acceder a otorgar la indemnización. El daño, a pesar del actuar negligente del agente, sería de igual forma legítimo, debido a que aún si hubiera actuado con diligencia, el vicio de nulidad en razón del dolo de la otra parte, igualmente se hubiese producido. Pudiendo ser esta una argumentación viable si es que no es posible dar por acreditada la buena fe y a la vez es posible acreditar el dolo del agente. Es más, aun en el caso en que las dos partes tengan una culpa de igual gravedad sobre el vicio, se deberá verificar la magnitud del daño para evaluar una eventual compensación y no negar la indemnización en un momento previo.

Por su parte, Thibierge señala que la nulidad no puede depender de elementos subjetivos, como lo sería la regla del artículo 1.683, así, señala que la inmoralidad o la ilicitud deben ser definidas únicamente con respecto al orden público, las buenas costumbres y la legislación en vigor (Thibierge, 2010. pr. 60), siendo el interés general el que debe primar sobre el conocimiento o no de la ilicitud de la causa o del objeto. De esta manera, no se debería condicionar la nulidad a dicho conocimiento, sin perjuicio de que luego, a la hora de evaluar la responsabilidad, la parte perjudicada vería afectada su pretensión indemnizatoria en caso de haber conocido el vicio, pues puede que esta también sea culpable del mismo (Thibierge, 2010. pr. 60).

Visto lo anterior, la regla del artículo 1.683 del CC debe aplicarse solamente sobre la titularidad de la acción de nulidad, mas no sobre la procedencia de la responsabilidad, pues habrá que evaluar en bases a sus elementos propios la procedencia de la indemnización. Por lo que se puede decir, que tanto para los casos de falta de objeto y causa, como para aquellos de ilicitud de los mismos, la indemnización podrá ser procedente si se cumplen con los presupuestos de la responsabilidad estudiados.

4.1.2 Incapacidad absoluta

Sobre este punto no parece haber mucha controversia. Se entiende que el incapaz absoluto, no puede ser responsable de sus actos, por lo que no puede ser sujeto de ningún tipo de responsabilidad, no siendo procedente una acción en contra del incapaz absoluto, ni contra su tutor legal.

Diferente es el caso en que una persona celebra un contrato, por ejemplo, con un incapaz demente cuando aún no ha sido declarado interdicto. Pues, si la persona con una mediana diligencia no tenía como saber del estado de demencia, a pesar de ser posible anular el contrato, no será procedente reparar los perjuicios que sigan de la indemnización. Diferente será el caso, en que exista el decreto de interdicción o en que la persona con mediana diligencia podía observar el estado de demencia, y aprovechar aquella circunstancia para contratar. Aquí, será el tercero responsable del incapaz quien tiene la facultad de solicitar la indemnización de perjuicios ⁴⁹.

Habiendo revisado estas causales de nulidad absoluta, se puede determinar, que la acción de indemnización puede ser procedente en los casos señalados, así, su aplicación sería más generalizada que si se delimita a la sola aplicación del artículo 1.814 del Código Civil. Pudiendo ser complementaria la acción indemnizatoria a la de nulidad. Pasaremos ahora a la revisión de las casuales de nulidad relativa.

4.2 Causales de nulidad relativa

Las causales de nulidad relativa tratadas en nuestro Código Civil tienen una aplicación residual, pues señala el artículo 1.682, que los vicios que no sean de nulidad absoluta se tendrán por aquellos de nulidad relativa. Sin embargo, a continuación, se tratarán las causales de nulidad ligadas a los vicios del consentimiento y el caso de la incapacidad relativa.

⁴⁹ Coinciden en este punto López Díaz (López Díaz, 2019. p.81) y Baraona González (Baraona González, 2012.p. 96).

4.2.1 Error

El error como un vicio del consentimiento según nuestro CC debe ser un error de hecho y no de derecho. El error de hecho se entiende como “la falsa representación que se tiene de una cosa, de un hecho o de una persona, como consecuencia de la ignorancia o equivocación” (Vial del Río, 2006. p. 82). Sin embargo, se ha planteado la discusión de si cabe señalar la excusabilidad del error como un requisito para que vicie el consentimiento⁵⁰, esto quiere decir, que el error podrá ser un vicio del consentimiento, solamente cuando la persona que sufre el error, lo padece por una ignorancia legítima, de tal forma el error no puede venir de la culpa o de la imprudencia de quien lo alega (Domínguez Águila, 2012. p. 80). De esta manera, a partir del artículo 706 del CC, se desprende que quien yerra de forma inexcusable, no tiene una justa causa para su error, y con ello no tendría legitimación para demandar la nulidad (Martinic y Reveco, 2009. p.36).

Acoger esta idea, implicaría ciertamente reducir las posibilidades de ocurrencia de responsabilidad que estamos tratando (López Díaz, 2019. p.78).

Por lo tanto, más que revisar cada hipótesis de error, parece ser atingente la discusión sobre su excusabilidad y su influencia en la procedencia de la indemnización. Si se admite como un requisito del error, la parte afectada por la nulidad nada podrá reprocharle a la otra parte que padece el error, puesto que se encontraba de buena fe, no hay un actuar culpable, siendo entonces improcedente la indemnización. En tanto, si no se considera como un requisito de procedencia, el afectado por la nulidad, si podrá demandar la indemnización en razón del actuar negligente de la otra parte, que por su culpa en el padecimiento del error, hace procedente la nulidad.

⁵⁰ Quienes están a favor de establecer la excusabilidad como un requisito para la procedencia del error, se encuentran a los Domínguez Águila, (Domínguez Águila, 2012); León Hurtado (León Hurtado, 1991); los autores De la Maza y Vidal Olivares (De la Maza Gazmuri y Vidal Olivares, 2018); y los autores Martinic y Reveco (Martinic y Reveco, 2009). Mientras que Baraona González, señala que, al no existir norma expresa, la excusabilidad no sería un requisito del error (Baraona González, 2012. p. 93).

La jurisprudencia en este sentido, según expresan De la Maza Gazmuri y Vidal Olivares, exige la excusabilidad del error (De la Maza Gazmuri y Vidal Olivares, 2018. pp. 103-112). Esto según un fallo de la Corte Suprema del año 2001 en caso “José Ortelio García Pinilla y Nelson Albornoz Ruedlinger con Hugo Navarrete y Banco de Santiago” que sanciona con la nulidad el acto de compra mediante un remate judicial de un bien inmueble, donde los adquirentes entendían comprar la propiedad, cuando lo cierto es que la venta era por el 50% de los derechos de la propiedad. El tribunal de primera instancia declara la nulidad, dicha sentencia es revocada por la Corte de Apelaciones de Temuco. Finalmente la Corte Suprema acoge el recurso de casación, en donde señala:

“Si bien es efectivo que se señalaba en las bases la inscripción conservatoria del inmueble, donde fácilmente los demandantes pudieron averiguar exactamente lo que se enajenaba, no lo es menos el que esta venta se realizó a través de un procedimiento judicial de cumplimiento forzado de una obligación, donde la oferta de venta, materializada en las bases de remate y en la publicación de los avisos, está avalada por el órgano jurisdiccional, de suerte que si se dice vender el bien raíz referido, los demandantes, racional y fundadamente, creyeron estar comprando la propiedad plena de la cosa y no una cuota de aquella”⁵¹ (subrayado es propio).

De aquí se puede desprender que frente a un actuar racional y fundado, se está en presencia de un error inexcusable. El error no puede ser atribuido a su culpa, pues estaban en una situación de legítima ignorancia respecto de la venta del 50% de los derechos del bien. Lamentablemente, la jurisprudencia no se ha referido recientemente a este tema, por lo que no se ha podido evaluar en la actualidad esta exigencia.

Estar en favor de la excusabilidad del error, ciertamente reduce el campo de aplicación de la responsabilidad en la malformación del contrato, pues compartimos la opinión del Alessandri Besa (Alessandri Besa, 2008. p. 371), en relación a que ante la buena fe del

⁵¹ José Ortelio García Pinilla y Nelson Albornoz Ruedlinger con Hugo Navarrete y Banco de Santiago (2001).

contratante no se podrá solicitar indemnización, dado que no habría un actuar culpable al cual imputar el daño, salvo para el caso de error en la persona, que en virtud del artículo 1.455 habilita expresamente la indemnización, así, en este caso, se podría interpretar que estaríamos en presencia de una responsabilidad objetiva (Alessandri Besa, 2008. p. 38). Esto en razón que el artículo 1.455 del Código Civil habilita la indemnización en favor de quien no se vio afectado por el error, pero sí con la nulidad del acto, aun cuando no haya mala fe o culpa en el afectado por el error. En este caso, se podría plantear que estamos ante un único caso de responsabilidad objetiva determinado por la ley puesto que se prescinde de la culpa del contratante que padece del error.

Distinto sería el caso que menciona Baraona González, pues en el caso en que la contraparte haya sabido del error y existe una reticencia en sacar del error a su cocontratante quien finalmente lo padece y solicita la nulidad (Baraona González, 2012. p. 92), podría ser procedente la indemnización, si consideramos que existe un deber de informar. Ello en razón de que habría un actuar al menos negligente del agente. Aunque en este caso, se estaría en el límite de poder catalogar la conducta como un caso de dolo por reticencia o de un caso de error provocado por la grave negligencia del contratante quien debía informar sobre el objeto en cuestión, ya sea por un deber legal o por no contravenir la buena fe.

De igual manera pueden concurrir dos causales de nulidad; así, la Corte Suprema en el caso “Florinda Ramírez con Agrícola e Inversiones Los Laureles Limitada y Otros” del año 2016, donde una madre decide vender a sus hijos la nuda propiedad de un inmueble y sus hijos simulan una donación. De esta manera, la escritura de venta – simulada – señala que ya se ha pagado la suma de 60 millones de pesos, cifra que no ha sido pagada, por lo que se demanda la nulidad absoluta, en razón del error en la naturaleza del contrato. La Corte señala que efectivamente hay un error esencial en la madre al celebrar la donación pensando que fue una compraventa, por lo que no hay consentimiento, pero además señala:

“Del mismo modo estima que 'la conducta de los demandados fue dolosa y tendiente a producir el error en la demandante', concluyendo que 'entendiendo que el error esencial conlleva nulidad absoluta y el dolo nulidad relativa’⁵².

Ante este caso, se comprueba que existe un error inexcusable y un engaño, y por lo tanto, además de las eventuales restituciones que fueren procedentes, la actora podrá solicitar la indemnización del perjuicio por el actuar doloso de sus hijos.

En el capítulo anterior, se hizo referencia sobre la plausibilidad de ser indemnizable el daño moral en esta sede. Este caso puede servir para ilustrar su procedencia, aun cuando en el caso la discusión del daño no fue objeto del juicio. Así, una madre en razón del engaño de sus hijos, y en razón de la especial relación que se le atribuye normalmente a la madre con los hijos, puede que sufra una afectación extrapatrimonial ante un engaño de tal magnitud. Claramente la procedencia de la indemnización dependerá de la acreditación que de este daño se haga en un eventual juicio, pero el caso nos sirve de ejemplo hipotético.

4.2.2 Dolo

El dolo para que vicie el consentimiento, según las reglas que establece el Código Civil, debe ser determinante y provenir de una de las partes. Baraona González señala que por el dolo siempre procederá la indemnización de perjuicios, a pesar de que el CC se refiera a ella en el dolo incidental, pues, al señalar que “solamente” vicia el consentimiento, no excluye la indemnización (Baraona González, 2012. p. 90). Se puede compartir plenamente aquella afirmación, así, en los casos en que se anule el acto o contrato por dolo, procederá la indemnización de perjuicios.

Sin embargo, el problema se presenta cuando se revisa la figura del dolo ajeno. Al entender que quien realiza las maquinaciones fraudulentas es un tercero ajeno a la relación de las partes, siguiendo al CC, no se podría demandar la nulidad por un vicio fundado en estas.

⁵² Florinda Ramírez con Agrícola e Inversiones Los Laureles Limitada y Otros (2016).

Ante esta situación, la víctima podrá demandar la indemnización en razón de contratar en circunstancias menos favorables, pero no la nulidad por dolo. Otra alternativa, es solicitar la anulación del contrato en razón del error que fue provocado en ella, y luego demandar la indemnización al tercero en razón de ese error.

Con todo, Alessandri Besa, explica que la figura del dolo principal, presenta una hipótesis más amplia, y por lo tanto siendo susceptible de anularse puesto que ante el dolo ajeno, igualmente hay dolo de una de las partes, ya que el dolo del tercero, conlleva dolo del cómplice o autor intelectual:

“No solo cuando ésta ejecuta las maniobras dolosas por sí misma, con la intención de engañar a la otra, sino también cuando dichas maniobras han sido ejecutadas por un tercero por instigación del contratante, o de acuerdo con él, o cuando el contratante se aprovecha del dolo ajeno” (Alessandri Besa, 2008. p. 67).

De esta manera, aun cuando el dolo provenga de un tercero ajeno a la relación contractual, se entenderá que hubo dolo apto para que vicie el consentimiento cuando una de las partes haya instigado al tercero a cometerlo, haya concertado con él, o incluso haya sacado provecho de este dolo. Y por tanto, es que deberá indemnizar a la víctima.

Ahora, teniendo en cuenta que ante la figura del provecho del dolo ajeno es posible demandar la nulidad del acto cuando el contratante es autor o cómplice del dolo, la indemnización en este sentido es un punto controvertido. En razón del artículo 2.316 del Código Civil, el que, sin ser cómplice del dolo, como lo podría ser este caso, estará obligado hasta la concurrencia de lo que valga el provecho. Aquí, se ha discutido si estamos en presencia de una figura de restitución o una figura indemnizatoria.

La Corte Suprema a propósito de las sentencias del caso Inverlink⁵³, se ha referido a la figura del artículo 2.316 inciso segundo del CC, determinando que se está en presencia de una figura restitutoria y no indemnizatoria, señalando lo siguiente:

“En efecto, se ha señalado que la acción prevista en el artículo 2316 inciso 2° del Código Civil nace con independencia del actuar del tercero que recibe el provecho, su conducta es indiferente, solo se requiere que éste no sea cómplice del dolo, pues si lo fuera nacería la obligación de indemnizar la totalidad de los perjuicios causados. Esta acción establece una regla de excepción en materia de responsabilidad extracontractual, conforme a la cual el tercero – que no ha tenido participación alguna en el dolo cometido por el autor del daño – debe restituir el beneficio obtenido producto del hecho ilícito, siendo ésta una obligación que nace en virtud de la ley, que es su fuente jurídica. Así, aun cuando se está en presencia de una acción derivada de la responsabilidad extracontractual, ella no tiene la naturaleza de una acción indemnizatoria propiamente tal, ya que la obligación de restituir no está determinada por el monto de los perjuicios sufridos; tampoco tiene una relación directa con el hecho ilícito cometido, puesto que el tercero que debe restituir lo percibido no es el autor del daño. Esta obligación se genera solo por percibirse un beneficio producto del dolo que ha sido cometido por otra persona”⁵⁴.

De esto se entiende que lo determinante, será verificar cuando quien recibe el provecho actúa de manera cómplice o no. De esta suerte, si no es cómplice y no ha tenido participación, la acción no deberá ser indemnizatoria, sino que solo restitutoria en contra del contratante por el provecho del dolo, y la acción indemnizatoria deberá dirigirse exclusivamente contra quién fraguó el dolo. Esto podría verificarse en el caso que se demande la nulidad por error del contrato, en razón del dolo del tercero, así, podrá dirigir la acción indemnizatoria contra el tercero, pero no en contra de su cocontratante, ya que a él le deberá solicitar la restitución.

⁵³ Este caso de estafa y fraude cometido por Inverlink en contra de CORFO, en términos simples, los dineros y valores obtenidos por Inverlink a causa del fraude y estafa a CORFO fueron entregados a terceros. Frente a esto es que CORFO demanda la restitución de los dineros a los terceros amparándose en el artículo 2.316. Para una revisión más exhaustiva del caso, revisar (Pino Emhart, 2016).

⁵⁴ Corporación de Fomento de la Producción con Coloma Henríquez Julio (2016).

Distinto será el caso cuando se compruebe que el contratante fue cómplice del dolo del tercero. Aquí sí podrá demandar la nulidad por dolo del acto en cuestión, y accionar complementariamente la indemnización de perjuicios en contra del tercero y el contratante. Por lo tanto, habría que restringir la noción de dolo principal que sostiene Alessandri Besa, de manera de entender que hay dolo no solo cuando la parte ejecuta el acto doloso, sino también cuando la parte sabía o debía saber del dolo cometido y no hizo nada por evitarlo, haciendo la diferencia en si fue cómplice o no de este. Así, en este segundo caso, además de ser procedente la declaración de nulidad del acto, también sería procedente atribuir responsabilidad al contratante que sabía o debía saber del dolo en cuestión, puesto que habría tenido un actuar negligente que no cumple con el estándar de comportamiento de la persona razonable, y favorecería a la malformación del contrato bajo las hipótesis planteadas por Thibierge anteriormente.

4.2.3 Fuerza

Para el caso de la fuerza, en tanto vicio del consentimiento, que, por medio de una violencia ilegítima, tergiversa la libre voluntad de la víctima, es que se ha entendido que no solamente se está en presencia de un vicio, sino que además de un caso de responsabilidad, por lo que se ha aceptado la procedencia de la indemnización, sin mayores discusiones ⁵⁵. En el mismo sentido se ha expresado Domínguez Águila, al señalar que la fuerza tiene una doble consideración, por una parte, un vicio de la voluntad en razón de la falta de la libertad para obligarse, y por el otro, cómo un delito civil (Domínguez Águila, 2012. p. 98). Así, señala el autor que la fuerza para viciar el consentimiento, entre otros requisitos, debe ser injusta o ilegítima, y es aquí donde se tiene el origen delictual (Domínguez Águila, 2012. p. 98).

Siguiendo este pensamiento, se podría llegar a establecer que cuando estemos ante un caso de fuerza como vicio afecta la voluntad del contratante, podríamos estar en presencia de

⁵⁵ En este sentido se ha manifestado Baraona González (Baraona González, 2012. p. 92) y López Díaz (López Díaz, 2019. p. 77).

una culpa del tipo infraccional, toda vez que quien con fuerza obtiene el consentimiento, significa que llevó a cabo un acto a priori doloso. Así, cumpliéndose los demás presupuestos, se podría establecer que por el solo hecho obrar con fuerza para celebrar un acto, sería suficiente para catalogar como un actuar culpable esta conducta, y que deberá ser reparada por el agente en favor del contratante perjudicado.

4.2.4 Incapacidad relativa

En cuanto a la incapacidad relativa hay que atender la especial protección que hace la legislación a las personas incapaces, conforme a los artículos 1.685 y 1.688

En aquellos casos en donde la parte capaz sea diligente en comprobar la capacidad del incapaz, aquí se sanciona el dolo del incapaz y con ello no puede ejercer la acción de nulidad y se le castiga con la mantención del contrato, puesto que nadie se puede aprovechar de su propio dolo (Vial del Río, 2006. p. 256). En este segundo, en el caso que el contratante capaz impetre la acción de nulidad, no se podrá solicitar la restitución de lo dado en contra del incapaz, salvo que este se hubiera hecho más rico, esto es, que las cosas le sean necesarias, o subsistan (Vial del Río, 2006. p. 282). Esta regla se explica en razón de que el incapaz contrató como una persona con suficiente juicio y capaz (Vial del Río, 2006. p. 284), solo si no se cumple con lo antes señalado deberá restituir lo obtenido con el contrato nulo.

Por otro lado, cuando la persona haya sido negligente en comprobar la capacidad de su contratante incapaz, otorga la posibilidad, que el incapaz, debidamente autorizado, demande la nulidad del acto, y en razón de la negligencia del contratante capaz, no le corresponderá una indemnización por los eventuales daños (López Díaz, 2019. p. 82). Ahora, si el incapaz no demanda la nulidad, el contratante negligente no podrá solicitar la nulidad, no podrá reclamar indemnización alguna, y el contrato se deberá mantener, de esta forma cumple con el fin protector de los incapaces (Baraona González, 2012. p. 94.)

Es entonces que se puede llegar a las siguientes conclusiones. En el caso que sea el contratante capaz que demande la nulidad relativa debido a la incapacidad de la otra parte, solo

será procedente la indemnización cuando él no haya sido negligente en comprobar la capacidad de la otra parte. Así, si no lo fue, no solo no procede la nulidad, sino que tampoco la indemnización. Para este último caso, es que se debe tener presente la norma del artículo 1.688, a pesar de que se refiera a las restituciones, pues se debe seguir la misma lógica de protección del incapaz, así, la indemnización solo será procedente cuando el incapaz se haya vuelto más rico.

5. CONCLUSIONES

La nulidad en nuestro ordenamiento jurídico ha seguido la doctrina francesa en la forma de entenderla como ante la contravención de las normas legales que se presenten en los actos o contratos que celebren las personas. El efecto de la nulidad, definido con precisión, será la supresión de los efectos jurídicos que genera el acto impugnado. Esto con el fin de restablecer la legalidad dentro del ordenamiento jurídico, siendo este el objetivo de la nulidad. También se ha planteado que puede observarse bajo una función satisfactiva, tuitiva o remedial en los casos de nulidad relativa, puesto que repara el interés de una parte, en donde la pretensión anulatoria se presenta como un remedio que tiene el contratante perjudicado ante una determinada situación. Sin embargo, esta función satisfactoria no será primordial, dado que una vez que el contratante perjudicado decida optar por el camino de la nulidad, no podrá ignorarse que la tarea del juez es analizar si bajo parámetros objetivos, se está en presencia de un vicio de legalidad, y en el caso afirmativo, restablecer el orden, declarando la nulidad, y por lo tanto suprimiendo los efectos del acto.

La supresión de los efectos jurídicos del acto puede que no sea suficiente para alcanzar este objetivo. De esta manera, el efecto retroactivo de la nulidad nunca se entenderá completo, mientras la persona no esté en la misma situación que se encontraba antes de la celebración del acto. Frente a esta ineptitud que tiene la nulidad, la figura de la restitución y de la responsabilidad vienen a complementar esta función. Entendiendo la acción de restitución en una relación dependiente y contingente a la de nulidad. Mientras que la acción indemnizatoria, si bien está en una relación independiente con la nulidad, la extensión del perjuicio se verá determinada por la declaración o no de la nulidad.

De esta manera, se puede entender que la figura de la responsabilidad sí se puede presentar como una opción válida para solicitar la indemnización de perjuicios en el caso que estemos frente una hipótesis de nulidad. Una vez revisado las principales causales de nulidad que se regulan en el Código Civil, es que es posible concluir, que en todas ellas, será posible acompañar a la acción de nulidad una pretensión indemnizatoria por los daños que la no conclusión del acto o contrato puedan provenir, según la figura propuesta en este trabajo.

Así, se ha podido establecer que la responsabilidad en la malformación del contrato, corresponde a una hipótesis particular de responsabilidad precontractual, y por lo mismo, al no tener una reglamentación expresa en nuestro derecho, es que deberá configurarse bajo los presupuestos de la responsabilidad extracontractual. Pero no pueden ser dejadas de lado las características especiales que tiene la relación de los sujetos involucrados en esta situación, porque no estamos ante extraños como se presenta regularmente en los casos de responsabilidad aquiliana, ni estamos ante una relación contractual válida, que se da en los casos de responsabilidad contractual. En este caso, las partes una confiando en la otra, llevaron a cabo negociaciones que resultaron en la celebración del contrato, para después descubrir que por medio del actuar de la otra parte, el contrato no era válido, y por tanto susceptible de un vicio de nulidad. Estas circunstancias se deben tener en cuenta para la procedencia de la responsabilidad.

Teniendo aquello en cuenta, es que se revisaron los presupuestos de la responsabilidad precontractual, a la luz de la especial relación entre las partes, y así analizar una posible acción indemnizatoria que repare los perjuicios generados por la malformación del contrato.

Respecto al hecho imputable, la conducta que se debe desplegar debe ser entendida como aquella que pueda provocar o favorecer la malformación del acto o contrato, pudiendo darse tanto por la comisión de un hecho, como en la omisión. En cuanto a la capacidad, las reglas de la responsabilidad extracontractual se presentan como insuficientes para proteger adecuadamente a los incapaces, por lo que hay que tener en cuenta el fin protector que el legislador les otorga, y solo así se podrá comprobar la responsabilidad. Así, los incapaces absolutos no pueden ser responsables por la malformación del contrato. En el caso de los incapaces relativos, estos lo serán solamente cuando hayan actuado con dolo, y su contraparte haya sido negligente en determinar la incapacidad, y además solo deberán indemnizar en aquellas situaciones en que el incapaz se haya hecho más rico.

En cuanto a la culpa, es posible determinar que estamos en un caso de responsabilidad por culpa y no ante un caso de responsabilidad estricta, pues el legislador ha determinado expresamente esos casos. Entender el deber de cuidado que se exige bajo el estándar del hombre

razonable, se presenta como un término vago para la relación precontractual que tienen las partes. De este modo, tanto la doctrina nacional y la doctrina comparada señalan que se pueden configurar deberes precontractuales que ayudan a determinar con mayor precisión el deber de actuar. Así las cosas, si bien son aplicables los deberes de lealtad y de información, se presenta con un nivel mayor de precisión el deber de evitar la ineficacia del acto. La infracción a este deber se verá comprendida, por quien dolosa o negligentemente introduzca una causal de nulidad, o quien no evite la ocurrencia de dicha causal, y también por quien, conociendo sobre un hecho determinante del acto, no manifieste este hecho, ya sea por negligencia o con dolo, a la otra parte.

Entendiendo que se exige un actuar al menos negligente, ello se puede relacionarse con la excusabilidad en la ignorancia que se revisó a propósito de los casos de nulidad por error, en donde parte importante de la doctrina nacional está por sostener la inexcusabilidad del error para admitir su procedencia. En el mismo sentido se ha manifestado en alguna oportunidad la Corte Suprema. Frente aquello, el error solo podrá ser declarado, cuando el demandante no le pueda ser atribuido el desconocimiento de la situación que lo llevó a error. Si ambas partes tenían una ignorancia legítima sobre el hecho fundante del error, no podrá ser procedente la indemnización de perjuicios, puesto que las partes afectadas actuaron sin culpa. Diferente es el caso del error en la persona donde el legislador admite la procedencia de la indemnización, en donde se puede concluir que en este sería una responsabilidad estricta. Y por último, en aquellos casos en que se demande que el error fue provocado por la otra parte, en donde puede quedar esta figura al límite del dolo por reticencia o en un caso de error basado en la negligencia de la otra parte, y que aún en la parte de buena fe no pudo haberse percatado.

Sin perjuicio de que la culpa se construye en estos casos mediante deberes precontractuales. A propósito del estudio de la fuerza como un vicio del consentimiento, al requerirse para su procedencia que esta tenga el carácter de injusta, entendiendo esta como contraria a derecho o ilegítima, podría llegar a entender, que ante un caso acreditado de fuerza, podríamos estar en presencia de un caso de culpa infraccional, por lo que acreditado el vicio, se

deberá tener por culpable el actuar del demandado, debiendo el actor probar los demás presupuestos de la responsabilidad.

Ahora en cuanto al dolo, se analizó en particular la figura del dolo ajeno en tanto se determina que es un dolo accidental y por tanto no vicia el consentimiento. Aquí, se revisó que estará habilitado para perseguir la indemnización en contra del tercero que fraguó el dolo, mientras que para la parte que solamente se aprovechó de este sin ser cómplice del mismo, se podrá solicitar la restitución del provecho que le generó el dolo, pero no la reparación del daño provocado, pues la Corte Suprema, según la sentencia dictada en “Corporación de Fomento de la Producción con Coloma Henríquez Julio”, entiende que el artículo 2.316 como un caso de restitución de una ganancia indebida y no como uno de reparación del daño, pues la parte que se aprovechó no participó en la producción de ese daño. Por otro lado, cuando se es cómplice del dolo, esto es, cuando sabía o debía saber de la conducta dolosa y no hizo nada por evitarla, entendemos que la indemnización podrá ser reclamada no solo en contra de quien ejecutó la conducta, sino también del cómplice.

Un caso interesante se presenta al revisar la nulidad absoluta, y la aplicación del artículo 1.683 respecto a los interesados que sabían o debían saber del vicio de nulidad, y la procedencia de la responsabilidad. Esto porque si bien hay doctrina que ha manifestado que en ningún caso, las causales de objeto o causa ilícita permiten alegar ignorancia del vicio, bajo el mismo argumento se limita la procedencia de la indemnización. Seguir esta doctrina, no solo restringe la interposición de la nulidad absoluta a los casos en que sea reclamada por terceros que no sean parte del acto, al ministerio público y al caso que el juez debe de declararla cuando aparezca de manifiesto, sino que además no hace procedente la indemnización. Lo anterior parece errado, dado que puede considerarse válida la posibilidad en que una parte de buena fe ignore el vicio que había sobre el acto, y la otra parte haya sido negligente al respecto. En este sentido, la Corte Suprema, en el caso “Ossandón Larraín Manuel con Inversiones Cordillera Ltda. Y Otros” ha dicho que el artículo 1.683 es una excepción que debe restringirse en su aplicación, señalando que es personalísima, así, en el caso que sea un representado quien celebre el contrato que adolece de objeto ilícito, no inhabilita al representante a solicitar la nulidad de dicho acto. Por

lo que en estos casos no debe negarse ni la titularidad de la acción ni la procedencia de la indemnización. Por tanto, no deberá negarse la indemnización cuando se acredite que el contratante está de buena fe. De igual manera, aun cuando el contratante no esté de buena fe podría aplicarse lo establecido respecto al concurso de culpas, siendo más plausible en el caso que una parte actúe con dolo respecto al vicio de nulidad absoluta y la otra con culpa. No así, en el caso de culpas de misma gravedad, en donde podrá compensarse el daño, o revisar la magnitud y luego determinar su procedencia.

En cuanto al daño como un requisito fundamental para el éxito de la responsabilidad, hay que tener siempre presente la función reparadora de este. El deber será restablecer a la parte a la situación previa a la ocurrencia del daño. También debe tenerse en consideración el principio de reparación integral, y los demás presupuestos de procedencia. El perjuicio que se genera por la malformación del acto o contrato, comúnmente, se ha representado en el interés negativo, que viene a figurar el interés en la no ejecución del contrato, que es un perjuicio especial y diferente al que se da a entender por el interés positivo. Siendo el interés negativo una descripción del perjuicio que se sigue de la anulación, por lo tanto, se ha entendido que la reparación debe ser aquella que ponga a la parte en la situación anterior a la celebración del acto.

De esta manera, para reparar el interés negativo, debe cumplirse a cabalidad con el principio de reparación integral del daño, tomando en cuenta su especial función. De esta manera no puede negarse preliminarmente la procedencia de ningún tipo de daños, ni su extensión, consistiendo el único límite la reparación integral.

Siendo procedente, por tanto, la reparación a título de daño emergente, lucro cesante y daño extrapatrimonial o moral. Sobre el primero este se representa tanto en los gastos de celebración y anulación del contrato. Por su parte, el lucro cesante, tanto la doctrina como la jurisprudencia están a favor de su reparación en estos casos, sin embargo, no hemos podido no ha sido posible configurar su fundamento, salvo que se entienda como un caso de pérdida de la oportunidad o chance, asunto controvertido que se revisa en la sede de la causalidad. En cuanto al daño moral, se debe admitir su procedencia, y se pueden presentar casos de intereses

extrapatrimoniales frustrados por un contrato nulo, como lo puede ser la extorsión de la confianza en una relación de madre e hijos, aun así, la dificultad para admitir su procedencia se verá en la acreditación del daño.

En cuanto a la causalidad en la responsabilidad en la malformación del acto o contrato, su aplicación no se aleja mucho de la causalidad en materia extracontractual. El punto interesante se representa en la procedencia de la pérdida de la oportunidad y en cómo ha de indemnizarse. En tal caso se revisó, que esta puede ser entendida tanto como un problema de causalidad o un problema de daños, en donde la oportunidad representa un daño autónomo. Sea cual sea la postura que se siga, la Corte Suprema, en los casos de pérdida de la oportunidad que se le han presentado, reconoce que se está ante un problema casual. Para determinar la indemnización se ha dicho que la oportunidad debe ser real y seria. En este sentido se han planteado dos alternativas por parte de la Corte. La primera, es que en presencia de una oportunidad real y seria, se presume su ocurrencia y por tanto se indemniza por el total. La segunda, ante casos en que la oportunidad no se presenta como real y seria, reduce el monto indemnizatorio. Si bien, la alternativa de indemnizar en razón de la probabilidad de ocurrencia se puede presentar cómo un camino válido, lo que no puede suceder es que se indemnicen oportunidades que no cumplan con el criterio de realidad y seriedad queridos, pues puede llegar a entenderse que se estaría en presencia de un daño punitivo.

Luego de haber examinados los presupuestos de la responsabilidad extracontractual, a la luz de la responsabilidad en la malformación del contrato, se revisaron algunos aspectos relevantes, como lo es la prescripción, la relación entre la nulidad parcial y la responsabilidad en estudio, como también la relación entre esta y las restituciones mutuas.

En cuanto a la prescripción de la acción de responsabilidad, al ser un caso de responsabilidad extracontractual, será de 4 años, contados desde la celebración del acto o de la manifestación del daño. Así, no se deja en desprotección en aquellos casos en que alguien de buena fe no conocía el vicio de nulidad absoluta, pueda demandar la indemnización. Sin embargo, siguiendo lo señalado por Barros Bourie, el límite será el de la prescripción

extraordinaria de 10 años desde la perpetración del acto, con el fin de no alterar la estabilidad jurídica.

En cuanto a la nulidad parcial, se puede ver que aquellos casos donde sea procedente, deberá verificarse si la eliminación de la cláusula genera un daño. En dicho caso deberán cumplirse los mismos presupuestos estudiados. Pero si la nulidad parcial y la mantención del contrato no representan daño alguno no procederá la indemnización.

Y la última revisión que se hizo fue en razón de las restituciones mutuas que también se presentan como una opción que viene a complementar a la nulidad y de igual manera a la responsabilidad, así lo que se ha dado a título de restitución no puede darse como una reparación. De manera que será el contratante perjudicado quien deberá analizar la conveniencia de interponer esta acción o no.

Se destaca la postura señalada por los autores Pinochet Olave y Concha Machuca que señalan que las restituciones mutuas, en el sentido que la expresan las reglas generales y el artículo 1.687, tienen un factor indemnizatorio cuando el contratante de mala fe restituye al de buena fe las cosas entregadas en razón de la obligación emanada del contrato afecto a la nulidad. Así, esta indemnización deberá descontarse de la eventual responsabilidad que se pueda perseguir por otros ítems de daño.

Para finalizar, se puede establecer que la responsabilidad por la malformación del acto o contrato se puede presentar como un camino válido para complementar la nulidad que se declara del acto o contrato. Siendo posible concluir que esta podrá ser procedente en la mayoría de los casos de nulidad estudiados. Por lo que el análisis aquí expuesto sirve para determinar sus presupuestos de procedencia y su aplicación.

Sin embargo, esta figura no va a estar exenta de problemas, sobre todo a la hora de determinar la extensión del perjuicio, pues, por más que se pueda decir que hay daño indemnizable, se hace en base a un juicio teórico, que no ha visto aplicación en nuestro derecho. Por ello, cuando nos referimos al lucro cesante no se ve una forma clara de cómo este puede ser

indemnizado y que a la vez se siga la descripción del interés negativo. Igualmente, la pérdida de la oportunidad, si bien se ha indemnizado en nuestro derecho, hay que tener en cuenta los límites de esta, en cuanto deberá acreditarse la realidad y seriedad de la oportunidad, por lo que no cualquier chance perdida deberá indemnizarse. Los mismos problemas de prueba se van a presentar en cuanto al daño moral. Pero una vez superada esta barrera, se deberá acreditar su procedencia, y por tanto indemnizar tal daño, de manera de cumplir con el principio de reparación integral.

Otro problema se verá en su relación complementaria con las restituciones mutuas, pues al señalar que esta también puede ser en parte indemnizatoria, puede que se vea mermada su aplicación. Por lo que queda al interés del contratante afectado, determinar que camino puede presentar mayores beneficios.

Ciertamente estos problemas se resolverán en tanto esta responsabilidad se alegue, discuta y sea ponderada por los tribunales, quienes podrán determinar la procedencia de la indemnización de perjuicios por la malformación del contrato. Asimismo, otros problemas se pueden presentar con su aplicación. Siendo el objetivo de este trabajo, en razón de los diversos estudios doctrinarios que se han presentado, entregar una hoja de ruta que puede abrir una nueva posibilidad al contratante afectado con la nulidad para que este pueda ser reparado en su integridad.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Abeliuk Manasevich, R. (2009). *Las Obligaciones. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Alessandri Besa, A. (2008). *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Alessandri Besa, A. (2008). *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Alessandri Rodríguez, A. (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago: Imprenta Universitaria.
- Alessandri Rodríguez, A. (2009). *De los contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Baraona González, J. (2012). *La nulidad de los actos jurídicos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Barcia Lehmann, R. (2010). *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo I. Del Acto Jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Barros Bourie, E. (2007). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Boetsch Gillet, C. (2011). *La buena fe contractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Cárdenas Villareal, H., y Reveco Urzúa, R. (2018). *Remedios Contractuales*. Santiago: Legal Publishing Chile.
- Cárdenas Villarreal, H. (2019). La pérdida de la chance en la reciente jurisprudencia médica. En M. Gómez de la Torre Vargas, G. Hernández Paulsen, F. Lathrop Gómez, y M. Tapia Rodríguez (Edits.), *Estudios de Derecho Civil XIV* (págs. 1027-1038). Santiago: Thomson Reuters.

- Corral Talciani, H. (2004). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- De la Maza Gazmuri, Í, y Vidal Olivares, Á. (2018). *Cuestiones de derecho de contratos. Formación, incumplimiento y remedios*. Santiago: Thomson Reuters.
- Domínguez Águila, R. (2010a). Los límites al principio de reparación integral. *Revista Chilena de Derecho Privado*(N°15), 9-28.
- Domínguez Águila, R. (2010b). Notas sobre el lucro cesante y el perjuicio económico futuro. En Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (Coord.), *Estudios de Derecho Civil V* (págs. 655-669). Santiago: Legal Publishing.
- Domínguez Águila, R. (2012). *Teoría general del negocio jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Domínguez Hidalgo, C. (2005). Los principios que informan la responsabilidad en el Código Civil: versión original y mirada del presente. En M. Martinic Galetovic, y M. Tapia Rodríguez (dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello, Tomo II* (págs. 817-838). Santiago: Editorial Lexis Nexis.
- Domínguez Hidalgo, C. (2007). Hacia una uniformidad y transparencia de la fijación del quantum indemnizatorio por daño moral. En H. Corral Talciani, y M. Rodríguez Pino (Coords.), *Estudios de Derecho Civil II* (págs. 275-296). Santiago: LexisNexis.
- Domínguez Hidalgo, C. (2010). El principio de reparación integral el daño y su contenido: algunas consecuencias para el Derecho chileno. En Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (Coord.), *Estudios de Derecho Civil V* (págs. 671-685). Santiago: Legal Publishing Chile.
- Domínguez Hidalgo, C. (2015). Naturaleza, Evaluación y prueba del daño moral: Aspectos a desarrollar en el estado actual de su reparación. En Á. Vidal Olivares, G. Severin Fuster,

- y C. Mejías Alonzo (Edits.), *Estudios de Derecho Civil X* (págs. 907-919). Santiago: Legal Publishing Chile.
- Ducci, C. (2010). *Derecho Civil. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Figueroa Yáñez, G. (2012). *Curso de Derecho Civil. Tomo IV*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Jerez Delgado, C. (2011). *La anulación del contrato*. Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- León Hurtado, A. (1991) *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- López Beltrán de Heredia, C. (2009). *La nulidad de los contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- López Díaz, P. (2019). *La tutela precontractual del acreedor*. Santiago: Legal Publishing.
- Martinic Galetovic, M y Reveco Urzúa, R. (2009). *Acerca del error, su excusabilidad y otros tópicos*. *Revista Jurídica* (N°13), 28 -59.
- Pino Emhart, A. (2016). La restitución de ganancias ilícitas y la acción de provecho de dolo ajeno. *Revista Ius et Praxis*, 22(N°1), 227-270.
- Pinochet Olave, R., y Concha Machuca, R. (2015). Las prestaciones mutuas en caso de nulidad de contrato: carácter indemnizatorio o restitutorio en el derecho civil chileno. *Revista de Derecho Privado*(N°28), 129 a 152.
- Rengifo Gardeazábal, M. (2016). *La Formación del Contrato*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Rodríguez Grez, P. (2012). *Inexistencia y nulidad en el Código Civil Chileno. Teoría bímembre de la nulidad*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- San Martín Neira, L. (2013). Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40(N°1), 315-322.

- San Martín Neira, L. (2016a). La culpa de la víctima en la estructura de la responsabilidad civil extracontractual. En M. Barría Paredes (Coord.) y Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (Edit.), *Estudios de derecho civil XI* (págs. 921-941). Santiago: Legal Publishing Chile.
- San Martín Neira, L. (2016b). La frontera entre la culpa exclusiva y concurrente de la víctima en la producción del daño a la luz de la jurisprudencia chilena. *Revista Chilena de Derecho Privado*(N°27), 9-44.
- Segura Riveiro, F. (2007). El interés indemnizable en las hipótesis de responsabilidad precontractual. En H. Corral Talciani, y M. Rodríguez Pinto (Coord.), *Estudios Derecho Civil II* (págs. 345-362). Santiago: LexisNexis.
- Tapia Rodríguez, M. (2005). *Código Civil 1855-2005 Evolución y Perspectivas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Tapia Rodríguez, M. (2019). Pérdida de una oportunidad de negocio como daño indemnizable en el derecho chileno. En M. Gómez de la Torre Vargas, G. Hernández Paulsen, F. Lathrop Gómez, y M. Tapia Rodríguez (Edits.), *Estudios de Derecho Civil XIV* (págs. 1167-1180). Santiago: Thomson Reuters.
- Thibierge, C. (2010). *Nulidad, Restituciones y Responsabilidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vial del Río, V. (2006). *Teoría General del Acto Jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Zuloaga Ríos, I. M. (2008). *Teoría de la Responsabilidad Precontractual*. Santiago: Legal Publishing Chile.