



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

PRADO LÓPEZ, PAMELA

El dolo causal: Su repercusión en el contrato

Ius et Praxis, vol. 22, núm. 2, 2016, pp. 425-455

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19751022014>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Colaboración recibida el 30 de noviembre de 2015 y aprobada el 9 de abril de 2016

## El dolo causal: Su repercusión en el contrato\*

### FRAUD: EFFECTS ON THE CONTRACT

PAMELA PRADO LÓPEZ\*\*

#### RESUMEN

En este trabajo analizaremos la figura del dolo causal como módulo de distribución de riesgos del contrato, lo que supone que su ocurrencia puede repercutir en el contenido del mismo y justificar el ejercicio de remedios por incumplimiento. En particular, el centro de atención se situará en la compatibilidad de la pretensión indemnizatoria con la ineficacia del contrato, potencial o declarada, y la naturaleza de la responsabilidad que pudiere surgir.

#### ABSTRACT

In this paper, we analyze the figure of fraud, as risk-sharing module of the contract, which means that its occurrence may affect the content of the contract and justify the exercise of remedies for breach contracts. In particular, the focus will be placed on the compatibility of the claim for damages with the contract's avoidance, potential or declared, and the nature of the liability which may arise.

#### PALABRAS CLAVE

Dolo causal, Incumplimiento contractual, Acción de indemnización por daños

#### KEYWORDS

Fraud, Non-performance, Damages

## 1. Introducción

El propósito de este trabajo consiste en analizar el dolo *in contrahendo*, especialmente en su variante dolo causal o determinante. Ciertamente que la doctrina nacional se ha preocupado en oportunidades anteriores del dolo con eficacia anulatoria, dolo que se manifiesta en la etapa precontractual y que se materializa en la forma en que el consentimiento se presta al momento de celebrar el contrato, pero el énfasis ha sido estudiarlo mayoritariamente con ocasión de los vicios de la voluntad, como tendremos oportunidad de revisar. Nuestro centro de atención, en cambio, se sitúa en la potencialidad que tiene el dolo causal como hipótesis de responsabilidad *in contrahendo*, sin perjuicio

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto Fondecyt Inicial Nº 11140155, sobre “El incumplimiento doloso del contrato: una reconfiguración en la dogmática chilena”.

\*\* Profesora de Derecho Civil, Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso. Doctora en Derecho por la Universidad de Chile. Dirección postal: Avenida Errázuriz Nº 2120, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: pamela.prado@uv.cl.

de que, además, puede proyectarse en el contenido contractual y configurar, a la vez, casos de incumplimiento. En esa línea, interesa referir a la articulación entre los remedios por incumplimiento, en especial la pretensión indemnizatoria, con la acción de nulidad cuando ella sea procedente.

Por consiguiente, los objetivos que persigue este estudio son:

1. Analizar uno de los grupos de casos que los autores han identificado como susceptibles de dar lugar a responsabilidad *in contrahendo*, constituido precisamente por el dolo que luego tiene efectos en la manifestación de voluntad de la víctima del mismo a la hora de celebrar el contrato.

2. Para lograr lo anterior, se requiere trazar la frontera entre el dolo y el error con trascendencia en la voluntad del contratante. Ello, toda vez que, atendido el desarrollo que ha experimentado el error, es posible que se presenten grupos de casos en que sea difícilso llevar a cabo la calificación jurídica en uno u otro sentido, especialmente si, además, se generan daños a la víctima del error y el dolo. Como veremos, los problemas se presentarán especialmente al intentar delimitar el dolo del error imputable a la otra parte. En muchas de estas situaciones nos enfrentaremos a hipótesis de compleja calificación.

3. Enseguida será necesario verificar las diferencias entre el dolo causal o con trascendencia anulatoria, y el dolo *incidens*. Como se sabe, es más que discutible el tratamiento diferenciado que muchas legislaciones brindan a ambas manifestaciones del dolo, como tendremos ocasión de repasar. Esto es especialmente importante si, además, en los dos casos es posible que el dolo se proyecte o repercuta en el contenido del contrato, posibilitando el ejercicio de remedios por incumplimiento.

4. Situándonos ya en el dolo causal, cabe preguntarse por la forma en que se coordinan las acciones derivadas de la invalidez del contrato –nulidad relativa e indemnizatoria– con los remedios derivados del incumplimiento contractual, para el caso en que también sea posible calificar la situación como tal.

Nuestra percepción es que, debido a la influencia desplegada por el nuevo derecho de contratos, será cada vez más habitual que confluyan en una misma situación los problemas derivados de la invalidez del negocio con los queeman de su incumplimiento, por lo que corresponderá al contratante optar por la vía que le sea más conveniente a sus intereses. Por ello es que nos parece que el dolo constituye un interesante ámbito de reflexión en esa dirección.

## **2. El dolo precontractual, su repercusión en la manifestación de voluntad del contratante y en los perjuicios que éste puede padecer**

### **2.1. El dolo precontractual: una hipótesis de potenciales daños**

Como se sabe, uno de los grupos de casos que la doctrina ha identificado como susceptible de dar lugar a la responsabilidad precontractual o *in*

*contrahendo*<sup>1</sup>, es precisamente aquel en que se generan daños debido a la celebración de un contrato con el consentimiento viciado. Pues bien, nos interesa centrarnos especialmente en el dolo precontractual, en tanto éste suele provocar perjuicios a la víctima del mismo, situaciones que no son, en lo absoluto, inusuales en nuestro derecho. Tomemos como ejemplo un contrato de compraventa celebrado en el año 2008, que fue materia de una demanda de nulidad relativa por dolo, con indemnización de perjuicios<sup>2</sup>. En este caso la actora fundó su pretensión en que, durante el año 2007, la propietaria de un terreno de 400 hectáreas ubicado en la comuna de Los Ángeles se acercó a sus oficinas señalando que dicho inmueble estaba plantado con bosque de pino radiata en condiciones de ser cortado, pero hipotecado en favor del Banco del Desarrollo, que inició un juicio hipotecario en su contra, encontrándose, por consiguiente, el bien embargado y *ad portas* de ser rematado. Agrega que se le habría autorizado a buscar un comprador que le permitiera elevar el precio de la venta. Efectivamente, se celebra luego la compraventa y una vez inscrita en el Registro Conservador de Bienes Raíces respectivo, el actor procede a iniciar los trámites y actividades necesarias para la explotación del predio. No obstante, una vez que su personal ingresó al fundo fue interceptado e increpado por trabajadores de la empresa Forestal Cholguán S.A., indicando que el inmueble era de propiedad de esta última, pues, existiendo una serie de litigios entre ésta y el vendedor, Forestal Cholguán S.A. habría obtenido sentencia favorable en tres de ellos. Esta circunstancia no habría sido conocida por el comprador, ni tampoco le fue informada por el vendedor, como tampoco por el Banco del Desarrollo, aunque se trataba de una información con que contaban los demandados. Por tal razón, se deduce la acción de nulidad relativa, a la que se adiciona una pretensión indemnizatoria, con la finalidad de resarcir los siguientes daños: daño emergente y lucro cesante, por la suma de \$ 977.565.230, que incluye como daño emergente los valores involucrados en el contrato celebrado con las personas que talarían el bosque, a las que ya se les había pagado el anticipo de un 20% de la cosecha que se obtendría; el flete contratado para la operación, respecto del cual se pagó un anticipo del 30% del precio acordado; la comisión del corredor; honorarios de los abogados; los intereses bancarios del mutuo

<sup>1</sup> Como se sabe, la responsabilidad *in contrahendo* es delineada especialmente por Ihering en su trabajo del año 1861, "De la culpa *in contrahendo*, o de los daños y perjuicios". Aunque no constituye nuestro centro de atención, entenderemos para efectos de este trabajo por responsabilidad precontractual o *in contrahendo* aquella por la cual "se hace responsable a quien en la fase de tratos preliminares ha llevado a cabo un comportamiento lesivo y contrario a los imperativos de la buena fe". CABANILLAS (1995), p. 749.

<sup>2</sup> Se trata de la causa caratulada "Banfactor S.A. con Cortez Saavedra", rol C-17735-2008, N° verificador vlex 567870062.

hipotecario que se acordó para efectos de celebrar el contrato de compraventa referido; gastos generales, y el saldo del precio del fundo. Por concepto de lucro cesante, la cantidad de \$ 500.000.000 constituido por las ganancias que se obtendrían de la explotación de los pinos; y \$ 500.000.000 por daño moral. Cabe precisar que se demanda solidariamente de indemnización de perjuicios al vendedor y al Banco del Desarrollo, citando al efecto lo dispuesto en el artículo 2317 del CCCh<sup>3</sup>.

En este caso, la compradora tenía la posibilidad de ejercer los derechos que le confiere el saneamiento de la evicción, sin embargo, no lo hizo, eligiendo el camino de la invalidez del contrato –debemos resaltar que, en subsidio, dedujo demanda de nulidad absoluta por ausencia de objeto con indemnización de perjuicios, y aún en subsidio de las anteriores, acción redhibitoria con indemnización de perjuicios del artículo 1861 del CCCh<sup>4</sup>.

Ahora bien, es evidente que el dolo *in contrahendo* produce consecuencias en la voluntad del contratante cuando ésta se manifiesta. De hecho, éste es el enfoque con que tradicionalmente la doctrina chilena ha estudiado el dolo: como vicio de la voluntad<sup>5</sup>. Y es que el derecho natural *ius* racionalista de Grocio, acogiendo ideas de la teología moral, tuvo una influencia determinante en la relevancia que se asigna a la voluntad, llegando a ser calificada como el alma del derecho, de ahí que se distinguiera entre los casos en que el contrato no llega a existir por falta de razón y aquellos en que la razón “tiene achaques de error, temor y dolo”<sup>6</sup>. Esta tradición pasa al Código Civil francés y de ahí al nuestro, considerando, así, que la existencia de un vicio de la voluntad supone que falta un consentimiento libre y espontáneo, pero que no alcanza a destruirlo<sup>7</sup>, sino

<sup>3</sup> En este caso, el fallo de primera instancia rechaza tanto la demanda de nulidad relativa fundada en el dolo como la pretensión indemnizatoria. Respecto de la nulidad relativa, desde luego que se rechaza respecto del demandado Banco del Desarrollo, pues no era parte de la compraventa impugnada. En lo que refiere al vendedor, se desecha también, atendido que la actora no logró acreditar que la circunstancia de que existiera un juicio pendiente le fuera ocultado de forma intencional, siendo de ella la carga de probar tal hecho, por ello es que además el tribunal omite referirse a la demanda indemnizatoria.

<sup>4</sup> Como se ha comentado en otra parte, la tendencia en el derecho foráneo ha sido ampliar el catálogo de los vicios redhibitorios incorporando vicios de carácter jurídico, constituidos por derechos reales de terceros sobre la misma cosa vendida, lo que en Chile no ha tenido mayor acogida. PRADO (2015), p. 626.

<sup>5</sup> ALESSANDRI (2010), p. 21; BARCIA (2010), p. 50; FIGUEROA (2012), p. 61; MARTINIC y REVECO (2005), pp. 260 y s.; VIAL (2011), entre otros.

<sup>6</sup> DE CASTRO Y BRAVO (1991), p. 93. Recuerda Cossío y Corral que la exigencia de que la voluntad no debe estar afectada por error, violencia o dolo “es algo que por primera vez hace su aparición con la doctrina del derecho natural, pero completamente ajeno, no sólo a los juristas romanos, sino también a los autores del Derecho común y canónico, así como a la doctrina del derecho positivo de los siglos XVI y XVII”. COSSÍO Y CORRAL (1955), p. 260.

<sup>7</sup> DUCCI (2010), p. 258.

que la voluntad se considera nula o anulable, pues la declaración no se ajusta a lo querido o, en palabras del profesor Díez-Picazo: “*un vicio de la voluntad existe siempre que la voluntad se ha formado defectuosamente*”<sup>8</sup>.

No obstante, como recuerda Von Tuhr, las soluciones dadas a las declaraciones que se desvían de la voluntad han variado a través de la historia jurídica. Es así como los juristas clásicos del derecho romano consideran que en caso de voluntad viciada es necesario indagar la voluntad interna, lo que se conoce como teoría de la voluntad, tesis que es dominante hasta fines del siglo XIX, cuando surge la teoría de la declaración. Esta última, en cambio, hace énfasis en el hecho de que lo que llega y conoce el destinatario de tal voluntad es la declaración, pues para éste es inaccesible conocer el querer interno de la contraparte, de modo tal que las declaraciones deben producir efecto en la forma en que ellas se emiten<sup>9</sup>.

A diferencia del derecho europeo, el derecho nacional no ha llevado a cabo un análisis detenido sobre las consecuencias dañosas que el dolo ocasiona a la víctima que celebra un contrato con su voluntad viciada por éste, salvo excepciones.<sup>10</sup> En efecto, sólo algunos autores han relacionado el comportamiento doloso de una parte con la finalidad de determinar a la otra a contratar, con los efectos perniciosos que produce.<sup>11</sup> Uno de ellos ha sido el profesor Barros, que en su ya clásica obra sobre responsabilidad extracontractual, identifica como un

---

<sup>8</sup> DÍEZ-PICAZO (2009), p. 199.

<sup>9</sup> VON TUHR (2007), p. 163. En esa línea, se ha señalado sobre el error que “*los sostenedores de una visión voluntarista de los contratos tienen que entender que no consiente verdaderamente quien lo hace sobre un conocimiento erróneo de la realidad, mientras que los partidarios de un punto de vista más declaracionista tendrán que entender que habrá de valorar la confianza que con la declaración se crea en la otra parte y la responsabilidad del que incidió en error respecto de éste*”. DÍEZ-PICAZO et al. (2002), p. 225. Un reciente trabajo sobre el tránsito entre la concepción voluntarista y la declaracionista sobre los vicios de la voluntad y, en especial, sobre el error, en NEME (2012), pp. 169-218.

<sup>10</sup> Y es que, en términos generales, tanto el error como el dolo han tenido un escaso desarrollo dogmático, como resalta DE LA MAZA (2011), p. 116.

<sup>11</sup> Ha habido también algún otro trabajo sobre responsabilidad precontractual en nuestro derecho, como el de Isabel Zuloaga, pero que curiosamente no relaciona este tipo de responsabilidad con la problemática de los vicios del consentimiento, salvo en una referencia muy general al trabajo de Ihering, en lo que refiere a los contratos celebrados por error, pero su centro de atención está más bien constituido por los casos de retiro de la oferta, y de potenciales aceptantes que no la comunican en forma oportuna, o bien que han dado su aceptación, pero luego se niegan a cumplir con las solemnidades o la entrega de la cosa, en casos de contratos solemnes y reales. ZULOAGA (2006), p. 18. Distinto el caso de Alessandri, que ya tiempo antes había afirmado que podría configurarse responsabilidad precontractual en caso de nulidad de un contrato si dicha nulidad fuere declarada por un vicio imputable al hecho o culpa de una de las partes, si la otra ignoraba el vicio. Cita, así, lo dispuesto en los arts. 1455 inciso 2º y 1814 CCCh, aunque agrega que estas situaciones no son sino aplicación del principio general consagrado en el art. 2314 del CCCh. ALESSANDRI (2009), p. 159.

tipo de ilícito precontractual aquel que se configura en caso de un contrato que se declara nulo, puesto que la nulidad pudo ser atribuible a un hecho cometido con culpa o dolo, así “el error puede deberse a una inadvertencia culpable de quien lo sufre, como también a la falta de información acerca de la cosa que se adquiere; el dolo, por su parte, da lugar a responsabilidad por perjuicios que se siguen, haya sido o no determinante en el consentimiento y, en consecuencia, conduzca o no a la nulidad del contrato”<sup>12</sup>. En otra línea, el profesor Jorge Baraona parte del supuesto de que un contrato que adolece de un vicio no sólo da origen a una acción de nulidad, sino que también pueden aflorar acciones restitutorias e indemnizatorias, como ocurre en caso de contratos que han sido celebrados con la voluntad viciada, observando que, en lo que refiere al dolo, el hecho de que el CCCh sólo prevea la indemnización de perjuicios para el dolo incidental, no significa que ella no pueda ser intentada para el dolo principal. En este último caso, la víctima puede acumular esta acción a la de nulidad u optar únicamente por la primera<sup>13</sup>. Interesa, además, el trabajo de los profesores Pinochet y Concha acerca de la estrecha relación que existe entre las acciones de nulidad y de daños, especialmente si se contrasta el propósito que persigue la acción de daños con ciertos rubros que han de restituirse si se acoge la acción de nulidad, debiendo, así, descontarse algunos de éstos para efectos de cuantificar el monto de la reparación. En ese orden, los autores concluyen, entre otros aspectos, que ambas acciones son plenamente compatibles, pues son independientes entre sí, y que la naturaleza de la acción indemnizatoria a que dan lugar los hechos que genera la anulabilidad del contrato es extracontractual<sup>14</sup>.

Cabe advertir que la jurisprudencia nacional tampoco ha consolidado una tendencia clara sobre nuestro objeto de estudio. En efecto, no sólo no hay un mayor desarrollo en lo que se refiere a las vinculaciones entre la acción resarcitoria y las acciones de nulidad –y no únicamente en sede de dolo con trascendencia anulatoria, sino que ante cualquier causal de nulidad contractual–, sino que tampoco se aprecia una doctrina más fina en el análisis que los tribunales de justicia nacionales suelen realizar sobre los vicios de la voluntad, como se denota en las imprecisiones que se producen a la hora de delimitar el dolo del error, y mucho menos se ven reflexiones rigurosas respecto de las situaciones en que la ocurrencia de estos vicios generan daños en el contratante, aunque

<sup>12</sup> BARROS (2006), pp. 1013 y s. Rodríguez Grez también considera que en caso de que el contrato se declare nulo relativamente por fuerza o dolo, puede surgir responsabilidad –que califica de extracontractual– para el artífice, pero lo analiza como un caso de cúmulo de responsabilidad. RODRÍGUEZ (2007), p. 53.

<sup>13</sup> BARAONA (2007), p. 66.

<sup>14</sup> PINOCHET y CONCHA (2015), p. 150.

ellos hayan sido reclamados en juicio. Sin embargo, hay que reconocer que en muchas ocasiones las partes litigantes no plantean sus pretensiones con la debida claridad y solidez argumental<sup>15</sup>.

Con todo, tanto la escasa doctrina que se ha detenido en las repercusiones dañosas de los vicios de la voluntad, en particular sobre dolo, como la exigua jurisprudencia sobre la materia constituyen las bases de este trabajo.

## **2.2. Los vicios de la voluntad como módulos de asignación de riesgos contractuales**

Un aspecto que nos parece atingente y relevante a los propósitos de este estudio dice relación con una tendencia que, a juicio nuestro, complementa a la concepción subjetiva de los vicios de la voluntad, como es el reciente reconocimiento de la doctrina al carácter de módulos de asignación o distribución de riesgos contractuales que éstos ostentan. Ello sirve para explicar que, muchas veces, los vicios del consentimiento pueden devenir en problemas de incumplimiento contractual, debido a que la celebración del contrato con la voluntad viciada trae como efecto que el contenido del mismo se vea influenciado por esa voluntad defectuosa de una de las partes.

Este alcance que han adoptado los vicios ha sido resaltado por algunos autores, como es el caso del profesor Morales Moreno, quien, con ocasión de

---

<sup>15</sup> En efecto, se advierte, por ejemplo, que los demandantes suelen plantear acciones subsidiarias, como en causa caratulada "Díaz, Armando con Sociedad Agrícola Los Girasoles", fallo de la Corte Suprema de 12 de enero de 2011, en que se deduce en lo principal una demanda de nulidad absoluta por error en la identidad de la cosa específica sobre la que versa el contrato, y en subsidio rescisión de contrato de compraventa por lesión enorme. O en causa caratulada "Zapata Castro, José con Ponce Lagos, María", en que el actor deduce demanda de nulidad absoluta de compraventa por no existir intención real para ser celebrada, en subsidio, demanda de nulidad relativa por tener el vendedor su voluntad viciada con dolo, y en subsidio, demanda de rescisión por lesión enorme. En este caso, se fundan las pretensiones en que el actor habría vendido un inmueble habiendo sido engañado por la compradora, pues lo hizo creer que contraería matrimonio con él, razón por la cual la compraventa sólo tuvo por finalidad efectuar una transferencia de carácter gratuita a la demandada, en el entendido de que sería su cónyuge. Sin embargo, se desecha la demanda, y en lo que refiere a la nulidad relativa, se funda la sentencia en que el actor no pudo demostrar la existencia de una intención dolosa que tuviere por finalidad determinarlo a celebrar el contrato en cuestión. De otra parte, hay una cantidad importante de causas en que se desechan las acciones de nulidad fundadas en vicios del consentimiento por falta de prueba, sin mayor argumentación, como en sentencia caratulada "Vergara Gallardo, Luis con Inmobiliaria Kilimanjaro S.A.", sentencia de la Corte Suprema de 28 de septiembre de 2011. Este es un caso muy interesante para nuestros propósitos, pues se demanda la nulidad relativa de contrato de compraventa de un inmueble destinado a casa habitación, debido a que, transcurrido algo más de un año desde la entrega material del mismo, el comprador se percata de que la casa tenía una plaga de termitas, por lo que arguye que habría padecido de error sustancial al momento de celebrar el contrato. Sin embargo, la demanda se desecha fundado en que no se habría acreditado que las termitas se encontraban en el inmueble a la fecha de celebración del contrato.

sus primeros estudios sobre el error, analiza en profundidad las diversas concepciones que sobre este vicio se han elaborado. Entre ellas, hay dos que son especialmente importantes, en lo que refiere a los efectos que se producen en el contenido del contrato: la primera, aquella que ve en el error una alteración de la organización de los intereses del contrato, y, en segundo término, la que directamente lo considera como un problema de distribución de riesgos del contrato. La que ve en el error una cuestión de organización de intereses supone que el error produce como consecuencia que la víctima ve insatisfecho su interés contractual<sup>16</sup>, de modo tal que ella puede invocarlo<sup>17</sup>, lo que va de la mano con los requisitos que se exigen para que éste genere efectos jurídicos. La segunda, por cierto, es la que relaciona al error con el reparto de riesgos al interior de la convención, “el riesgo de una defectuosa información sobre hechos y circunstancias relevantes para el contrato, o el de una defectuosa transmisión de la voluntad contractual”<sup>18</sup>, que va a quedar de manifiesto cuando la víctima del error descubra durante la vigencia del negocio, la falsedad de todas o algunas de las presuposiciones del contrato<sup>19</sup>. Más adelante, extiende la misma conclusión al dolo<sup>20</sup>.

En línea similar, el profesor De la Maza señala que para obtener la protección que brindan el error y el dolo no sólo se requiere determinar si la voluntad se ha formado de forma imperfecta, sino también si la víctima es digna de protección<sup>21</sup>.

Claramente estas concepciones se alejan de una teoría meramente subjetivista de los vicios de la voluntad y los acercan a la temática de los intereses de las partes que están en juego<sup>22</sup>.

Esta concepción que asigna a los vicios de la voluntad la calidad de módulos de asignación de riesgos, complementaria a la tesis voluntarista que sigue nuestro derecho, posibilita comprender que al ser celebrado un contrato con la voluntad

<sup>16</sup> MORALES (1988), p. 80.

<sup>17</sup> MORALES (1988), p. 85. Díez-Picazo también ubica el problema del error en el campo de los intereses involucrados en el contrato, en tanto “la relevancia o irrelevancia del error sólo puede decidirse examinando el conflicto de intereses existente entre las partes, que entrañará la pretensión de una de ellas de desligarse y la prestación de la otra de cumplirlo”. DÍEZ-PICAZO (2009), p. 222.

<sup>18</sup> MORALES (2006), p. 294. Ello lo reitera recientemente, en MORALES (2015), p. 720.

<sup>19</sup> MORALES (1988), p. 102.

<sup>20</sup> MORALES (2011), p. 407. “Dentro de los vicios de la voluntad podemos diferenciar entre los que se fundan en la utilización de información incorrecta, al tomar la decisión de contratar, y los demás. Los primeros plantean un problema de distribución del riesgo de información. Son el error y el dolo. Los segundos son la violencia y la intimidación y la obtención de un provecho excesivo o ventaja desleal, aprovechando la situación en que se encuentra al otro contratante”.

<sup>21</sup> DE LA MASA (2011), p. 132.

<sup>22</sup> LÓPEZ (2011), p. 179.

viciada, ya sea por error o dolo, no sólo hay una voluntad que se manifiesta de manera defectuosa, sino que, además, produce secuelas en la determinación de su contenido, entendiendo por tal a la reglamentación contractual constituida por las determinaciones relevantes establecidas en el acuerdo<sup>23</sup>. Entonces, si la voluntad imperfecta de uno de los contratantes ha configurado la convención, la imperfección no sólo estará presente al momento de su perfeccionamiento, sino también en la etapa precontractual, lo que redundará en que las reglas del contrato no darán cuenta de los intereses que verdaderamente tenía dicha parte. Si ello es así, muy probablemente la víctima del vicio padezca daños producidos por la desviación de los intereses contractuales y, como agrega el profesor Morales Moreno, incluso “en ocasiones, la defectuosa información recibida o la falta de información puede también significar un riesgo en la utilización del bien o producto adquirido (producto peligroso)”<sup>24</sup>. Ello generará un cuestionamiento: ¿será posible que la víctima del vicio ejerza en estos casos remedios por incumplimiento, o se verán éstos rebasados por la ineffectuacía de la convención?

### **3. El dolo precontractual y la configuración del dolo causal**

#### **3.1. La delimitación entre el error y el dolo**

Si ambos vicios no sólo pueden traer aparejados problemas de ineffectuacía contractual, sino que también es factible que sean construidos como módulos de distribución de riesgos, cabe preguntarse por la delimitación entre ambas figuras. La pregunta puede parecer superflua, debido a que nuestros autores han estudiado tanto al error como al dolo sobradamente. Sin embargo, es necesario evidenciar dos aspectos por los cuales parece relevante volver a la diferencia entre error y dolo:

El primero, que al dar un vistazo a la jurisprudencia nacional, incluso a la más reciente, se visualiza la escasa reflexión sobre el alcance de estas dos figuras, limitándose los fallos a reproducir sus definiciones y requisitos clásicos. Incluso, se acostumbra demandar la nulidad relativa del contrato invocando ambas causales indistintamente, sin dar cuenta de las razones por las cuales se presenta una demanda tanto por error como por dolo, pues únicamente se describen los hechos que, a juicio de los operadores jurídicos, son constitutivos de estos vicios<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> PRADO (2015), p. 39.

<sup>24</sup> MORALES (2011), p. 407.

<sup>25</sup> En efecto, además de los casos señalados en páginas anteriores, podemos adicionar en lo que refiere a casos en que se demanda de forma subsidiaria en error y el dolo, como causales de nulidad

El segundo es que el derecho extranjero ha meditado más profundamente sobre el alcance de los vicios del consentimiento, de lo que ha surgido, por ejemplo, la necesidad de que el error con relevancia anulatoria sea excusable, requerimiento que no está presente en nuestro derecho –aunque algunos especialistas, como Claro Solar<sup>26</sup>, Domínguez Águila<sup>27</sup>, Martinic y Reveco<sup>28</sup> y De la Maza<sup>29</sup>, advierten que debe considerarse este elemento–. Y es que, en palabras de Neme Villarreal, “el requisito de la excusabilidad constituye una manifestación del deber de autoinformarse que gravita sobre cada contratante en atención a sus condiciones personales y profesionales”<sup>30</sup>.

Empero, lo que nos interesa destacar del desarrollo experimentado por el error es que en algunos casos podría considerarse que ha quitado campo de aplicación al dolo, como es la situación del error imputable a la contraparte. Así, autores como Morales Moreno consideran que hay dos principales circunstancias calificables de error imputable: la primera, cuando la contraparte ha provocado el error suscitando en la víctima la confianza en la veracidad de los hechos sobre los cuales éste incide, aunque sea sin culpa; la segunda, si el contratante no ha colaborado en deshacer el error en el que ha caído su contraparte.<sup>31</sup>

---

relativa, por ejemplo, en causa caratulada “Álamos Janine, Elena con Banco del Estado de Chile”, rol 5554/2006, sentencia de la Corte Suprema de fecha 23 de enero de 2008, en que se demanda la declaración de inoponibilidad de la enajenación de un inmueble llevada a cabo en pública subasta, en subsidio, se declare la nulidad absoluta por error esencial, y en subsidio, se declare nulidad relativa por dolo respecto de los actos que se indican. En causa caratulada “González, Corina con Paredes, Roberto”, rol 6314/2009, sentencia de la Corte Suprema de 31 de enero de 2011, en que se demanda nulidad absoluta y en subsidio, relativa por cualquiera de los vicios de la voluntad respecto de contrato de compraventa de inmueble, y en subsidio, rescisión de la compraventa por lesión enorme. En causa caratulada “Larenas Hillerns, Teresa con Larenas Hillerns, Iris y otros”, rol 8169/2010, sentencia pronunciada por la Corte Suprema de fecha 30 de enero de 2012, en que se demanda nulidad absoluta por simulación absoluta de contrato, en subsidio, simulación relativa e ilícita, en subsidio de lo anterior, rescisión por lesión enorme, en subsidio de ello, nulidad relativa por error y/o dolo, respecto de contrato de compraventa y cesión de derechos sobre un inmueble ubicado en la comuna de Tomé.

<sup>26</sup> CLARO SOLAR (1979), p. 154.

<sup>27</sup> DOMÍNGUEZ (1976), pp. 84 y s.

<sup>28</sup> Así, se ha dicho que: “La causa del error desde la perspectiva de la responsabilidad de la víctima del error, será determinante al momento de establecer quién asume los riesgos de dicha falsa noción de la realidad. Así, por tanto, la diferencia entre uno y otro estará en la legitimidad que se otorgará a quien padeció del error de anular el negocio jurídico celebrado bajo el influjo de dicho vicio del consentimiento o bien para asumir las consecuencias de su error cumpliendo el contrato en todas sus partes”. MARTINIC y REVECO (2007), p. 87.

<sup>29</sup> DE LA MAZA (2014), p. 297.

<sup>30</sup> NEME (2012), p. 211.

<sup>31</sup> MORALES (1988), p. 226.

De más está decir que sobre todo esta segunda hipótesis nos puede dejar en el umbral del comportamiento doloso, especialmente con el dolo omisivo.

El error provocado tiene su correlato en el derecho uniforme, como se denota en los Principios del Derecho Europeo de Contratos o PECL, artículo 4:103 (1) sobre error esencial, que dispone: “*Una parte podrá anular el contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si:*

- (i) *el error se debe a una información de la otra parte,*
- (ii) *la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o*
- (iii) *la otra parte hubiera cometido el mismo error.”*

A la vez, el artículo 3.2.2 de los Principios Unidroit dispone en lo pertinente que: “(1) *Una parte puede anular un contrato a causa de error si al momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas y:*

(a) *la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o lo debió haber conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial*<sup>32</sup>. En términos similares, el artículo 7:201 del Libro II del Marco Común de Referencia<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> En esta parte, los Comentarios de los Principios señalan que la segunda condición es que “*el error de la parte equivocada sea causado por la otra parte. Este supuesto suele presentarse cuando el error se origina en manifestaciones concretas –expresas o tácitas, culposas o no culposas– o en un comportamiento que en determinada circunstancia puede ser considerado como una manifestación. Incluso el silencio puede dar lugar a error. Generalmente sería tolerada una simple exageración en la propaganda o en el curso de las negociaciones*”. Con todo, los Comentarios agregan que si el error fue causado intencionalmente, se aplicará lo dispuesto sobre el dolo como vicio de la voluntad.

<sup>33</sup> “II.- 7:201: Error

(1) *Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su celebración si:*

(a) *La otra parte sabía o podía esperarse razonablemente que supiera que la víctima del error, si no hubiera existido dicho error, no habría celebrado el contrato, o solamente lo habría celebrado en condiciones sustancialmente diferentes; y*

(b) *la otra parte:*

(i) *provocó el error;*

(ii) *es la responsable de que el contrato se celebrara con error, ya que sabía, o es razonable suponer que sabía, de la existencia del error y no obstante permitió a la parte equivocada permanecer en su error de forma contraria al principio de buena fe contractual;*

(iii) *es la responsable de que el contrato se celebrara en condiciones erróneas por no cumplir con su deber de información precontractual o con el deber de establecer un sistema para corregir los errores de introducción de datos; o*

(iv) *incurrió en el mismo error.*

(2) *Sin embargo, una parte no podrá anular el contrato por error si:*

En tanto que la última versión que hemos conocido de los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos (PLDC) dispone en su artículo 29, (1), letra (b), que el error vicia el contrato cuando la otra parte conoció o debió conocerlo y no lo informó, contrariando la buena fe.

Consecuente con lo anterior es que sería factible considerar que, así como el dolo con eficacia anulatoria se puede calificar como dolo *in contrahendo*, el error imputable al otro contratante constituiría un caso de culpa *in contrahendo*. Ésa es la opinión de María Rosa Llácer, aunque a propósito del tratamiento que hace el Código Civil español del saneamiento de los vicios ocultos en la compraventa, pero que nos parece perfectamente posible extrapolar a nuestro estudio, y que considera que habría dos casos diferenciables: el primero es que el vendedor actúa con dolo *in contrahendo* en caso de conocer el vicio y no manifestarlo; el segundo es aquel en que el vendedor incurre en culpa *in contrahendo* o desconocimiento imputable del vicio, un supuesto posible, aunque no se encuentre establecido en el ordenamiento jurídico<sup>34</sup>.

La calificación asignada de culpa *in contrahendo* a algunos casos de error, por lo demás, no es nueva, como recuerda Schermaier. Von Ihering hizo la abstracción de algunas fuentes romanas, generalizando el principio según el cual si por culpa de una parte se frustra la celebración del contrato, o se anula, debe compensar a la otra por las pérdidas ocasionadas debido a la confianza que este último había depositado en el contrato, en la línea de Grocio, lo que constituiría culpa *in contrahendo*<sup>35</sup>.

Por lo anterior es que si el destinatario del error padece daños, y ello se debe a un error imputable a la otra parte, sería perfectamente viable que, además de la nulidad del contrato, se intente una acción indemnizatoria fundada en un comportamiento cometido con culpa *in contrahendo*. Pero, de otra parte, como se ha señalado, el dolo con eficacia anulatoria también admite el ejercicio de la misma acción, si el comportamiento doloso no sólo ha determinado

(a) atendidas las circunstancias el error fuese inexcusable; o

(b) la víctima hubiera asumido el riesgo del error o, atendidas las circunstancias, debiera correr con el riesgo de error".

<sup>34</sup> LLÁCER (1992), p. 1505, agrega que "La expresión 'dolo in contrahendo' no debe entenderse referida al dolo en relación a las posibilidades de llevar a cabo un futuro cumplimiento (art. 1101), ni como el conocimiento de la futura rescindibilidad (la cual puede no acontecer, si el comprador opta por la acción estimatoria, y además no se plantea en los contratos gratuitos). Representa el simple conocimiento del vicio del objeto entregado, y la asunción de todos los daños que pueda causar en el patrimonio del vendedor".

<sup>35</sup> SCHERMAIER (2012), pp. 87-88. Aunque el mismo autor previene sobre la tendencia última en Alemania, Austria y Suiza, en orden a que la culpa *in contrahendo* se ha ido desligando de la temática del error, situándola derechamente en los problemas referidos a la violación de los deberes de información.

a la víctima a celebrar un contrato con la voluntad viciada, sino que además ello le produjo daños<sup>36</sup>. Si es así, cabe aún preguntarse por la justificación de mantener la diferencia entre el error y el dolo.

Y es que, producto de la evolución que ha sufrido el error anulatorio, es habitual que se le vincule con la responsabilidad precontractual, como queda en especial evidencia en el derecho uniforme, lo que se aprecia, por ejemplo, en los PECL, pues, además de las normas ya citadas, resulta que conforme al artículo 4:106 el que proporciona una información incorrecta asume el riesgo de la misma, si: “*1º Una de las partes ha celebrado el contrato precisamente sobre la confianza fundada en la información inexacta que la otra parte le proporcionó, cuando ésta no llegue a constituir dolo, ni se produzca tampoco un error sustancial que permita la anulación del contrato. 2º La parte que ha proporcionado la información debe haber actuado razonable y diligentemente, porque si hubiera podido pensar que la información no era correcta, el remedio queda impedido*”<sup>37</sup>; en esta hipótesis, entonces, el destinatario de la información podrá demandar el resarcimiento de los perjuicios a quien le suministró tal información.

En esa dirección, en un estudio reciente el profesor De la Maza afirma que si se satisfacen tanto los requisitos del error con eficacia anulatoria como del dolo causal, es posible permitir a la parte afectada optar por uno u otro camino<sup>38</sup>, pero, además, toda vez que bajo ciertas circunstancias el error también admite el planteamiento de una acción indemnizatoria, la víctima “*podría canalizar sus pretensiones de nulidad del negocio e indemnización de perjuicios a través de la disciplina del error o la del dolo*”<sup>39</sup>.

En síntesis, si se considera que el amplio grupo de situaciones que abarca el error provocado por la otra parte e imputable a ella, invade el área del dolo con eficacia anulatoria, lo que no sólo redunda en que la víctima de uno y otro puede ejercer la acción de nulidad relativa conforme a nuestro derecho, sino que también intente una acción de indemnización de perjuicios, se justifica que nos preguntemos sobre la relevancia de mantener ambos vicios de la voluntad con campos de aplicación y regulación diferenciada.

---

<sup>36</sup> Ángel Carrasco por ejemplo, aglutina bajo el acápite de “culpa in contrahendo” tanto los daños susceptibles de ser demandados en caso de dolo como de error esencial, señalando en el caso del dolo que sólo se puede hablar de responsabilidad por culpa *in contrahendo*, si el contrato se impugna; algo similar predica sobre el caso de quien sufrió un error esencial al contratar. CARRASCO (1979), pp. 430 y s.

<sup>37</sup> DÍEZ-PICAZO *et al.* (2002), p. 228; MORALES (2011), p. 412.

<sup>38</sup> DE LA MAZA (2011), p. 124.

<sup>39</sup> DE LA MAZA (2011), pp. 126 y s.

En esa dirección hay opiniones, como la reconocidísima de De Castro, que consideran que el dolo tiene un ámbito de aplicación potencialmente mayor que el error, pues el dolo no se centra únicamente en que la víctima ha celebrado la convención por falta de conocimiento o de libertad, sino que primero se mira el comportamiento malicioso o insidioso del artífice y los medios que éste utiliza para la captación de la voluntad, por lo que “*se ha permitido a los tribunales que apliquen con mayor amplitud o flexibilidad todos los vicios de la voluntad; de la manera como en el antiguo Derecho se usara la ‘exceptio doli generalis’*”. Se ha hecho posible atender debidamente a la mala fe en la conclusión de los contratos y, así, considerar anulables contratos que no eran impugnables por error, violencia o temor, pero que, eso sí, se habían consentido en virtud de una maquinación inductora de error”<sup>40</sup>. En nuestro derecho, Domínguez Águila es de opinión similar, el dolo sería más amplio que el error, y eso explica que dolo y error se castiguen en forma independiente. En el dolo se sancionan errores que por sí solos no bastarían para anular el contrato, como sería el error provocado por dolo en los motivos, pero además, agrega, que toda vez que el dolo necesita de una exteriorización marcada, sería más sencillo probar ese comportamiento doloso<sup>41</sup>.

Siguiendo, entonces, a la doctrina más autorizada, hay buenas razones que aconsejan mantener la distinción entre ambas figuras. De una parte, no todo error es apto para configurarse como vicio de la voluntad, habiendo importantes restricciones en los códigos respecto de la naturaleza y la magnitud del mismo, a lo que se agrega la necesidad de que para la víctima tal error sea excusable, toda vez que no tiene que haber incidido en su padecimiento<sup>42</sup>. El dolo, en cambio, confiere a todo tipo de error, incluso a aquellos que no tendrían por sí solos trascendencia anulatoria, ese carácter de gravedad que se explica en la existencia de una manifestación fraudulenta<sup>43</sup>. Hay, así, dos elementos determinantes en el dolo, en tanto “*no bastaría demostrar el animus, si faltaba o era insuficiente la extrínsecación objetiva; y no bastaría, de la misma manera, demostrar que alguien había incidido en error por el hecho de otro, sin probar el ‘animus nocendi’ del agente*”<sup>44</sup>, pues “*no es lo mismo engañarme que me*

<sup>40</sup> DE CASTRO Y BRAVO (1991), p. 150.

<sup>41</sup> DOMÍNGUEZ (1977), p. 90.

<sup>42</sup> MORALES (2004), p. 9.

<sup>43</sup> “Así, el error sobre los motivos impulsivos, que no es en general una causa de nulidad en las ventas, podrá considerarse como tal, si ha sido determinado por los engaños del comprador, para lograr una enajenación que no habría efectuado sin ellos”. Cossío y CORRAL (1955), p. 316.

<sup>44</sup> Cossío y CORRAL (1955), p. 318.

engañen”<sup>45</sup>. Eso supone que el dolo no se encuentra delimitado únicamente por criterios objetivos.

En el dolo se mantiene aquella concepción que estima que lo esencial en su configuración, acorde a la tradición, y como lo sigue destacando nuestra Corte Suprema incluso en fallos muy recientes, es la intención del artífice, como se lee en el considerando décimo de sentencia de 2 de abril del año 2015: “*el dolo en cuanto vicio del consentimiento se encuentra constituido por los procedimientos o maniobras ilícitas de que una persona se vale para engañar a otra o mantenerla en el error en que se encuentra, a fin de inducirla a celebrar el contrato, por lo que no resulta relevante el procedimiento empleado para engañar al otro contratante, puesto que tal como se colige de la definición plasmada en el artículo 44 del Código de Bello, lo que constituye dolo es la intención*”, agregándose que el dolo es, entonces: “*Una conjura, un ardid para obtener un consentimiento*”<sup>46</sup>.

En el derecho uniforme también permanece esta noción de dolo, como queda de manifiesto en el artículo 4:107 PECL<sup>47</sup>, artículo 3.2.5 de los Principios

---

<sup>45</sup> Cossío Y CORRAL (1955), p. 319.

<sup>46</sup> Causa caratulada “Bulnes; Mercedes y otros con H-Network S.A.”, rol 24241/2014. En este caso se deduce demanda subsidiaria de nulidad relativa por dolo causal de un contrato de programa vacacional, fundado en que la empresa habría incurrido en una serie de maquinaciones fraudulentas para determinar a los actores a celebrar dicho contrato, entre ellas, que fueron contactados telefónicamente para participar en una reunión en que se les informaría sobre una oferta turística vacacional, y que obtendrían un certificado de cortesía para disfrutar de una estadía gratuita en un hotel por el solo hecho de asistir. En dicha reunión fueron atendidos por un promotor que les solicitó una tarjeta de crédito bancaria para participar en un sorteo de un viaje al extranjero, en que las conversaciones se realizaban con música con un volumen alto, con cóctel y bebidas alcohólicas, por lo que concluyen que en la celebración del referido contrato se les forzó a manifestar el consentimiento mediante técnicas agresivas de venta, cuidadosamente elaboradas, que contemplaban como mecanismos de convicción y engaño la inducción al error y la creación de falsas expectativas. La sentencia de primera instancia acoge esta demanda subsidiaria, fallo que la Corte de Apelaciones de Santiago revoca, desechariendo la demanda en todas sus partes. La Corte Suprema, por su parte, desecha los recursos de casación en la forma y fondo.

<sup>47</sup> Artículo 4.107: “(1) Cualquiera de las partes puede impugnar el contrato si éste se hubiera concluido en virtud de una representación fraudulenta creada por la otra parte, por medio de sus palabras o de su conducta o como consecuencia de la falta de revelación información que, de acuerdo con la buena fe y con la equidad, se hubiera debido poner de manifiesto”. Sobre el alcance de esta disposición, se ha afirmado que el dolo implica un “complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena. Aplicado al momento de la formación del contrato (dolo *in contrahendo*), puede decirse que es un acto o una serie de actos antijurídicos utilizados por una persona para obtener como resultado que otra emita el consentimiento necesario para la formación del contrato, de suerte que, para que haya dolo es menester que exista un acto ilícito consistente en el empleo de palabras o maquinaciones insidiosas”. DÍEZ-PICAZO *et al.* (2002), p. 229.

Unidroit<sup>48</sup>, artículo II.- 7:205 del Marco Común de Referencia<sup>49</sup>, y artículo 32 de los PLDC<sup>50</sup>.

En esa línea, al analizar las diversas sentencias pronunciadas por nuestros tribunales de justicia, es posible evidenciar que son bastante rigurosos en la configuración del dolo como vicio de la voluntad, lo que trae aparejado que un gran número de causas se desechan por no estar suficientemente acreditadas las maquinaciones fraudulentas.

Ahora bien, en lo que refiere a la acción indemnizatoria susceptible de ser intentada por la víctima de dolo y error con eficacia anulatoria, hay que hacer una advertencia que nuevamente permite argumentar en pro de la demarcación entre error y dolo, y es que, por regla general, la sola ocurrencia del error vicio no permite a la víctima del mismo deducir una demanda de indemnización de daños. Ello sólo será factible si se configura culpa en la contraparte, en tanto el error sea de aquellos que se califican de imputables.

No obstante lo anterior, si la acción indemnizatoria se intenta conjuntamente con la de nulidad, ello traerá como consecuencia que, si el estatuto de responsabilidad aplicable es el extracontractual, resultaría que, para este caso, y solo para este caso, no habrá mayor relevancia entre atribuir *dolo in contrahendo* –dolo causal o determinante– o culpa *in contrahendo* –error con eficacia anulatoria–, puesto que con ambos sería posible obtener el resarcimiento de la totalidad de los perjuicios, a menos que se considere que aún en estas hipótesis sea aplicable el estatuto de la responsabilidad civil contractual, como veremos. Distinto será si el contratante opta por mantener vigente el contrato y sólo intenta la acción resarcitoria, pues acá será posible reconducir esa pretensión al remedio indemnizatorio, en cuyo caso volverá a cobrar relevancia imputar dolo o culpa a la contraparte.

<sup>48</sup> “Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial”.

<sup>49</sup> “(1) Una parte puede anular un contrato cuando ha sido inducida a contratar mediante una declaración dolosa de la otra, sea de palabra o de acto, o porque ha ocultado dolosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado conforme al principio de buena fe contractual o hubiera cumplido con su deber de información precontractual.

(2) Una declaración falsa es dolosa si se hace con el conocimiento o en la creencia de que la declaración es falsa y su finalidad es que el destinatario incurra en un error. La ocultación de información es dolosa si se hace con el propósito de inducir a la persona a la que se oculta a que cometiera un error”.

<sup>50</sup> “(1) El dolo es la inducción fraudulenta a la celebración del contrato, por acción u omisión, de una de las partes o un tercero.

(2) El dolo vicia el contrato cuando aparece claramente que sin él las partes no habrían contratado y no ha habido dolo recíproco”.

### 3.2. El dolo causal y su diferenciación del *dolo incidens*

En un trabajo anterior nos ocupamos de la figura del dolo incidental<sup>51</sup>. En esa oportunidad comentamos que la distinción entre dolo *incidens* y dolo principal, determinante o causal, se sitúa en el derecho romano<sup>52</sup>, siendo posteriormente recogida por las Partidas<sup>53</sup>. Como se sabe, se trata de una distinción que ha sido fuente de opiniones encontradas, especialmente en lo que refiere a la justificación de la distinción, atendido que los parámetros a que se recurre para calificar el dolo como causal o incidental no son suficientemente claros. Entre ellos, por ejemplo, se considera la naturaleza del elemento del acto en que el dolo incide, por lo que si el dolo recae en un elemento esencial del negocio habrá dolo causal, y si refiere a un elemento secundario, será dolo incidental, como es la opinión de Trabucchi<sup>54</sup>. En otra línea, se ha dicho que todo dependerá del efecto que el dolo genera, por lo que si éste sólo tiene como finalidad modificar el contenido de la convención, estaríamos en presencia de dolo incidental<sup>55</sup>. O bien que la distinción considera el momento en que el dolo se materializa, de manera que si se configura dolo antes del acuerdo, será causal, y si se presenta en momentos posteriores a la formación del mismo, el dolo será incidental.

Por ello es que hay autores que son del parecer de que no existirían razones suficientemente poderosas que motiven mantener un tratamiento diferenciado entre ambas categorías de dolo, puesto que no hay mayores divergencias entre el dolo causal y el dolo incidental. El dolo es dolo<sup>56</sup>, siendo calificada incluso como ficticia la categoría de *dolo incidens*<sup>57</sup>. De una parte, no se explicaría la disparidad normativa con que se trata a la víctima del *dolo incidens*, pues no se le permite promover la nulidad de la convención, aunque el comportamiento doloso le afecta, y, luego, porque no obstante los esfuerzos para intentar delimitar ambas figuras, generalmente una conducta es posible de ser calificada tanto de dolo causal como de incidental<sup>58</sup>.

La doctrina nacional, sin embargo, no ha demostrado mayor interés en la figura del dolo incidental, como no sea para contrastarlo con el dolo causal o principal, agregando que la determinación en un caso concreto de si el dolo

<sup>51</sup> PRADO (2015), pp. 725-737.

<sup>52</sup> DÍEZ-PICAZO (2009), p. 1052.

<sup>53</sup> MORALES (2009), p. 19.

<sup>54</sup> TRABUCCHI (1937), p. 63.

<sup>55</sup> JOSSERAND (1959), p. 69.

<sup>56</sup> DÍEZ-PICAZO (2009), p. 1053.

<sup>57</sup> COLIN y CAPITANT (1960), p. 622.

<sup>58</sup> MORALES (2004), p. 19.

es de una u otra naturaleza, es una cuestión de hecho que deben decidir los jueces del fondo<sup>59</sup>.

Es cierto que parece bien discutible la distinción entre las dos clases de dolo, teniendo presente que en ambos el comportamiento del artífice se llevó a cabo en la etapa anterior al perfeccionamiento del contrato, configurándose dolo *in contrahendo*. En seguida, tanto en una como en otra categoría de dolo se producen secuelas al interior de la convención, en tanto, al menos para una de las partes, ésta no da verdadera cuenta de sus intereses contractuales. Agregado a lo anterior, no cabe duda de que el *dolo incidens* traerá aparejados efectos en lo que refiere al cumplimiento del contrato, razón por la cual hemos sostenido que los daños que el destinatario del dolo pudiere padecer debiesen ser canalizados a través de una acción indemnizatoria de naturaleza contractual<sup>60</sup>. Pues bien, según veremos a continuación, habrá casos en que el dolo causal o principal también permitirá al contratante intentar obtener el resarcimiento del daño ocasionado a través del remedio indemnizatorio, pudiendo optar por mantener vigente la convención, lo que permite prácticamente lograr una verdadera identificación entre estas dos figuras. Ello explica, probablemente, que los instrumentos de derecho uniforme no suelan regular el dolo incidental, sino que se limiten a establecer las condiciones que deben reunirse para que el dolo tenga eficacia anulatoria, como se evidencia en las normas citadas anteriormente.

Pese a lo anterior, en tanto se mantenga en nuestro derecho la categoría del dolo incidental o accidental, nos parece que puede prestar alguna utilidad. Primero, precisamente porque posibilita configurar un grupo de casos en que el dolo impacta en el contenido del contrato, facultando a la víctima a obtener el resarcimiento de los daños que pudiere sufrir a causa de él. Y, enseguida, pues permite construir un estándar de comportamiento exigible a las partes, en tanto no cualquier artificio dirigido a ellas les autoriza obtener la ineficacia de la convención, siendo coherente con el principio de autorresponsabilidad que debe presidir las convenciones. Creemos que la figura del dolo incidental es un fuerte argumento para sustentar que en nuestro derecho rige tal principio en el ámbito de los contratos.

#### **4. El dolo causal y el incumplimiento del contrato**

##### **4.1. El dolo causal y su traspaso al contenido del contrato**

Hemos sostenido que el dolo causal, así como el incidental, puede repercutir o impactar en el contenido contractual, lo que bien pudiere generar problemas

<sup>59</sup> Así, LEÓN (1979), p. 214; ALESSANDRI (2010), p. 68.

<sup>60</sup> PRADO (2015), pp. 734 y s.

relacionados con el cumplimiento del mismo, además de posibilitar obtener su ineficacia. Para comprobar esta afirmación, revisemos algunos casos que han sido extraídos de la jurisprudencia reciente emanada de los tribunales nacionales, como ocurre en la causa “Banfactor S.A. con Cortéz Saavedra”, que comentamos al inicio de estas páginas. Allí se intentó una demanda de nulidad relativa del contrato de compraventa de inmueble por haber sido celebrada por la compradora con la voluntad viciada por dolo fraguado por la vendedora, a la que se agrega una demanda de indemnización de perjuicios, fundadas ambas en que la demandada no habría puesto en conocimiento del actor que el inmueble objeto del contrato tenía una serie de litigios pendientes, que le impedían ejercer sus derechos de la forma que había esperado con la celebración del contrato. Por cierto que Banfactor S.A. pudo dirigir sus pretensiones mediante remedios contractuales, atendido que también se puede configurar un incumplimiento posible de ser atribuido a la vendedora.

Algo similar es posible predicar de la causa caratulada “Bulne, Mercedes y otros con H-Network S.A.”, también citada, en que se demanda la nulidad relativa de contrato de programa vacacional celebrado, en opinión de los demandantes, mediante una serie de maquinaciones dolosas. Si bien la demanda fue rechazada por no haber sido acreditadas tales maquinaciones, como tampoco el *animus nocendi*, hay que resaltar que uno de los argumentos esgrimidos por los demandantes fue que no pudieron acceder a los servicios ofrecidos, ni tampoco a las reservas en los hoteles ofertados por la demandada. Aquí se vislumbra que lo que detonó la presentación de la demanda fue que ninguno de los actores pudo utilizar los servicios contenidos en los programas vacacionales. De manera tal, que de no haber sido deducida una demanda de ineficacia contractual, bien pudo seguirse el camino de intentar un remedio por incumplimiento, lo que queda corroborado por el considerando décimo de la sentencia, que rechaza el recurso de casación en el fondo deducido por las demandantes, pues concluye que *“si bien de los contratos aparece incierto el beneficio real que los clientes obtendrían en contraprestación commutativa a la obligación pecuniaria que adquirieron al suscribirlos, es lo cierto que ellos se celebraron al amparo de los principios de autonomía de la voluntad y de libertad contractual que reconoce el artículo 1545 del Código Civil”*.

Otro orden de conflictos que han sido bastante habituales en el último tiempo son aquellos en que se demanda la nulidad de contratos educacionales, fundado en que no existiría campo ocupacional en la carrera ofrecida por algunas instituciones de educación superior<sup>61</sup>. Así, en causa caratulada

---

<sup>61</sup> Rol 9430-2010, sentencia de primera instancia pronunciada el 15 de julio del año recién pasado, que rechazó la demanda de nulidad relativa con indemnización de perjuicios, por estimar que no estaba probado el dolo causal.

"Galaz, Fabiola con Universidad Iberoamericana de Ciencias y Tecnología", en que la actora solicita la declaración de nulidad relativa del contrato de servicios educacionales referido a sus estudios de Ingeniería en Criminalística, argumentando que celebró el contrato incentivada por la publicidad engañosa y fraudulenta acerca de la carrera que se promocionaba, y que luego de celebrado el contrato constató que ella no sólo no se encontraba acreditada, sino que carecía del campo laboral ofrecido. La sentencia de primer grado desecha la demanda, toda vez que la actora no rindió prueba pertinente e idónea al efecto, pero, además, agrega en el considerando octavo, que el consentimiento *"estuvo exento de vicio que pudiere haber acarreado la nulidad relativa de dicha convención, por lo que además, deberá ser rechazada la indemnización por daño moral pretendida, toda vez que la acreditación y posicionamiento en el campo laboral, que habría motivado, provocado o causado ducho daño, fue una circunstancia del todo comprobable y constatable al momento de la celebración del contrato"*. Nuevamente estamos ante un caso que bien pudiere derivar en un incumplimiento de contrato<sup>62</sup>.

En síntesis, aquellos casos en que las circunstancias que han motivado a la parte a celebrar el contrato son susceptibles de ser calificadas de dolo principal o causal, pero que además pueden ser subsumidos en una hipótesis de incumplimiento, generan una serie de dudas que derivan de esa doble calificación jurídica, puesto que ponen en tensión las acciones derivadas de la potencial ineficacia contractual, con los remedios contractuales.

#### **4.2. Sobre la articulación de las acciones de indemnización de perjuicios y nulidad del contrato, en especial, por dolo causal**

De acuerdo al desarrollo experimentado por nuestro derecho, no parece caber duda de que hay plena compatibilidad entre la acción de indemnización de perjuicios y las derivadas de la ineficacia contractual, como ya ha afirmado la doctrina, incluso alguna nacional, según comentamos líneas atrás. Y es que es muy posible que el contratante no quede completamente indemne con el efecto restitutorio a que da lugar la nulidad judicialmente declarada, puesto que pudieren quedar una serie de rubros no cubiertos por ellas, como los gastos ocasionados de las asesorías profesionales contratadas con miras a la celebración del contrato,

<sup>62</sup> Aunque en estos casos la tendencia ha sido desechar los remedios por incumplimiento, no por ser improcedentes, sino porque no se ha probado el incumplimiento, como en causa "Salazar Cortés, Paola y otros con Corporación Santo Tomás para el Desarrollo de la Educación y la Cultura", rol 21346/14. A mayor abundamiento, sobre la incorporación en el contrato del campo ocupacional, por la vía de la publicidad de la entidad de servicios educacionales, véase DE LA MAZA (2012), pp. 209- 213.

o la pérdida de la posibilidad de contratar con otro<sup>63</sup>. Ello, sin duda, es factible que ocurra si el vicio que se invoca es el dolo con efecto anulatorio.

En el derecho uniforme, con variantes, fluye esta compatibilidad en dos sentidos: de una parte, es posible intentar la acción indemnizatoria en conjunto con la pretensión anulatoria, o bien dejar vigente el contrato y sólo optar por la indemnización.

Y en un segundo término, en tanto puede confluir el problema de invalidez del contrato con el incumplimiento, como en aquellos casos ya expuestos, entrando en el juego los remedios por dicho incumplimiento, entre ellos, el resarcitorio.

Detengámonos, pues, en cada uno de estos puntos y observemos cómo esas alternativas pueden presentarse en el derecho chileno.

En el primer aspecto resulta que, si se revisan los PECL, vemos que se reconoce el derecho de ejercer tanto la acción anulatoria y la indemnizatoria por causa de error, dolo, intimidación y obtención de beneficio excesivo, como dispone el artículo 4:11. La indemnización se limita al interés negativo puesto que tiene por objeto colocar a la víctima “en una situación lo más parecida posible a aquello en que se hubiera encontrado si no se hubiera celebrado el contrato”; distinto es si sólo se hace valer la pretensión indemnizatoria, puesto que la indemnización tiene por finalidad resarcir las pérdidas sufridas a consecuencia del error, dolo, intimidación u obtención de beneficio excesivo. En esta segunda alternativa es, como recuerdan Díez-Picazo, Morales y Roca, discutible la naturaleza de esta indemnización, pues se coloca en un punto intermedio entre el interés positivo y el interés negativo<sup>64</sup>.

En los Principios Unidroit, el artículo 3.2.16 dispone que ya sea que el contrato se anule o no, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato. Los Comentarios a los Principios resaltan que la acción de nulidad y la acción indemnizatoria son independientes, y que sólo se puede solicitar el resarcimiento del interés negativo, a diferencia de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. Ello supone que en las situaciones en que el vicio pudiere derivar en incumplimiento no sería indiferente la vía que se utilice para obtener el resarcimiento de los daños, pues de elegirse el remedio indemnizatorio sería posible obtener la reparación del interés positivo.

Los PLDC, en cambio, presentan algunas discrepancias con los sistemas anteriores, puesto que en la última versión que conocemos sólo se encuentra

<sup>63</sup> THIBIERGE (2010), p. 56.

<sup>64</sup> DÍEZ-PICAZO *et al.* (2002), p. 245.

establecida la pretensión indemnizatoria de forma expresa para el caso de dolo, adicionando que la parte que al tiempo de la celebración del contrato tuvo conocimiento del dolo de un tercero responde solidariamente. A la vez, nada se señala en ellos sobre la posibilidad de que se demande sólo la indemnización, o si bien ella necesariamente debe ir acompañada de la anulación, y además se guarda silencio acerca de la naturaleza del interés resarcible<sup>65</sup>.

Si aplicamos estas soluciones en nuestro derecho, debemos plantearnos dos preguntas: la primera dice relación con la naturaleza que tiene la responsabilidad que se hace valer si se demanda el resarcimiento de los daños en forma conjunta con la anulación. La segunda, si es posible intentar únicamente la acción de indemnización de daños, fundada en el dolo con eficacia anulatoria, y cuál sería el estatuto de responsabilidad aplicable a esta acción.

Respecto de la primera cuestión, tal como se señaló, es efectivo que es posible ejercitar en forma conjunta la acción anulatoria e indemnizatoria, pues se trata de acciones que persiguen objetivos diversos; por lo demás, no hay ninguna norma legal que lo impida. De otra parte, recordemos que la poca doctrina nacional que aborda la temática de la responsabilidad civil en caso de la nulidad del contrato se inclina por considerar que el estatuto jurídico aplicable corresponde al de la responsabilidad aquiliana, pues, paralelamente con el efecto resarcitorio, se producirá el aniquilamiento del contrato, por lo que mal podría invocarse la responsabilidad contractual, ya que el contrato desaparecerá del mundo del derecho con efecto retroactivo. Si ello es así, a mayor abundamiento, en la práctica sería irrelevante dilucidar si los hechos en que se funda la pretensión de la parte es calificable de dolo causal o de error imputable –culpa *in contrahendo*–, puesto que en ambas circunstancias se podría obtener la reparación de la totalidad del daño, atendido lo dispuesto en los artículos 2314 y 2329 CCCh. En principio, podría considerarse que esta es la solución correcta, sin mayores dificultades.

Sin embargo, hay que aclarar que en el derecho foráneo no existe unanimidad sobre el estatuto de responsabilidad civil aplicable. Es cierto que un importante sector en la doctrina postula que, si el contratante ejerce en forma conjunta la acción de ineffectuación con la de indemnización, habría que considerar que el

<sup>65</sup> Cabe observar que la Propuesta española de modernización del derecho de obligaciones y contratos prevé en forma expresa la pretensión indemnizatoria para el caso del dolo incidental, siguiendo la tradición del Código Civil español, similar en este aspecto al nuestro. Pero en lo que toca a la viabilidad de obtener el resarcimiento de los perjuicios en caso de dolo con eficacia anulatoria, la acción se puede intentar conforme a lo dispuesto en el artículo 1245, 2 y 5 de la Propuesta, que disponen, en lo pertinente, que en la negociación de los contratos las partes deben actuar de acuerdo a las exigencias de la buena fe, y agrega que en caso que se infrinja este deber, entre otros que consagra la norma, da lugar a la indemnización de daños y perjuicios. MORALES (2011), p. 417.

marco regulatorio de esta última es el de la responsabilidad extracontractual<sup>66</sup>, pero también se ha sustentado que podría ser el derivado del contrato<sup>67</sup>. Entre otras razones porque se trata de acciones independientes o autónomas, por lo que bien pudiera ser persegible la responsabilidad contractual, en tanto el comportamiento doloso y el efecto del mismo en la víctima se proyectan en el contrato, aunque éste sea inválido<sup>68</sup>.

Sobre este dilema, Catherine Thibierge resalta que, en rigor, son tres las corrientes de opinión posibles de identificar. Desde luego está la posición mayoritaria, que considera que es la responsabilidad delictual la aplicable; enseguida, aquella que la califica de contractual e incluso habría una tercera que propone un sistema mixto de responsabilidad<sup>69</sup>. El principal argumento esgrimido por quienes se inclinan por la primera corriente es, obviamente, el efecto retroactivo que genera la nulidad declarada, a lo que se adiciona que toda vez que los hechos que dan lugar a viciar el contrato se produjeron antes de que éste se gestó, no podría haber violación de obligaciones contractuales que aún no habían nacido, que es precisamente lo que da lugar a la responsabilidad contractual<sup>70</sup>. Para aquellos, en cambio, que consideran que las reglas de responsabilidad que presiden la nulidad del contrato son las contractuales, el fundamento de mayor peso es que aceptar la primera tesis implica desconocer que, no obstante la nulidad, hubo una situación de hecho<sup>71</sup>: en la práctica se generaron relaciones contractuales. En fin, las tesis mixtas suponen que la naturaleza de la responsabilidad variará de acuerdo al estado de avance o grado de resultado de las relaciones precontractuales, por lo que “será *delictual* la

<sup>66</sup> En el derecho español, Jerez Delgado afirma la plena compatibilidad entre la acción de anulabilidad o nulidad relativa, y la pretensión indemnizatoria, toda vez que esta última derivaría del principio de responsabilidad civil extracontractual contenido en el artículo 1902 del CC español; agrega que esta compatibilidad e independencia supone que la acción de indemnización puede ejercerse tanto si se anula el contrato como si no se anula, opinión que ha sido la dominante en la doctrina hispana. JEREZ (2011), p. 293.

<sup>67</sup> Antonio Cabanillas, por ejemplo, postula que corresponde aplicar el régimen de la responsabilidad contractual, pues aunque el Código Civil español –al igual que el nuestro– no contiene un estatuto de responsabilidad especial para el caso de nulidad de la convención, considera que conforme al derecho histórico, de acuerdo al derecho romano en los contratos de buena fe, se ofrece la acción derivada del contrato para exigir la indemnización del dolo *in contrahendo*. Agrega que no habría ninguna justificación para tratar de forma distinta “*al contratante que incumple su obligación, que al que maliciosamente hace creer que puede cumplir en términos en los que no será posible hacerlo*”. CABANILLAS (1995), p. 769.

<sup>68</sup> CABANILLAS (1995), p. 769.

<sup>69</sup> THIBIERGE (2010), p. 252.

<sup>70</sup> THIBIERGE (2010), pp. 254 y s.

<sup>71</sup> THIBIERGE (2010), p. 257.

*responsabilidad nacida de relaciones precontractuales que no hayan llevado a la celebración del contrato, como en el caso de la ruptura violenta o grosera de las negociaciones, y será contractual la de las partes que hubieran llegado a la celebración del contrato anulado”<sup>72</sup>.*

Parece factible extraer los argumentos de las tres posiciones a nuestro sistema. Pero, además, si particularizamos el problema al contrato que se anula por dolo causal, habría que agregar que la determinación del régimen de responsabilidad aplicable tiene una trascendencia mayor, puesto que, como dijimos, si se sigue el estatuto delictual, sería indiferente sustentar la pretensión resarcitoria en el dolo causal o principal, o en el error si éste es imputable, puesto que ello implicaría fundamentarla bien en dolo *in contrahendo*, bien en culpa *in contrahendo*, y en ambos casos el resarcimiento tendría idéntico alcance. Distinto sería si se sigue al régimen contractual para obtener la indemnización, pues nuevamente cobraría trascendencia definir si se sustenta la acción en dolo o error imputable a la otra parte, ya que debiera ser aplicable el artículo 1558, agravándose la responsabilidad por el dolo causal.

Empero, creemos que, si la acción de nulidad por dolo causal o principal se ejerce en forma conjunta con la pretensión resarcitoria, nos debemos inclinar por la aplicación del estatuto de responsabilidad aquiliana, por mucho que pueda ser atractivo postular alguna de las otras dos posturas. Las razones son las siguientes: en primer lugar, porque las normas contenidas en el Título XXXV del Libro IV del CCCh tienen un campo de aplicación más laxo que las de naturaleza contractual, por lo que se acomodan de mejor forma a la situación dañosa en que se encuentra la parte a consecuencia de un contrato que luego es declarado nulo. Enseguida, la calificación de extracontractual de la responsabilidad civil en estos casos no obsta a que se trate de acciones independientes –nulidad e indemnización–; ello explica, igualmente, que no sólo podría intentar el resarcimiento la parte que celebró el contrato nulo, sino que también pudiere estar legitimado para el ejercicio de la misma pretensión alguien que no tenga la titularidad para impetrar la acción de nulidad, como ocurre en un caso resuelto por tribunales españoles; en que se celebró un contrato de compraventa de inmueble compareciendo como vendedor el cónyuge, sin contar con la autorización de la mujer, y se ordenó indemnizar los perjuicios al comprador<sup>73</sup>, solución del todo posible conforme al derecho chileno. Enseguida, nos parece que aunque se hayan generado relaciones de facto, asimilables a las derivadas de un contrato válido, aplicar el estatuto de responsabilidad contractual es del

<sup>72</sup> THIBIERGE (2010), p. 270.

<sup>73</sup> JEREZ (2011), p. 294.

todo artificial; por lo demás, la parte que impetrta la nulidad en conjunto con la pretensión indemnizatoria quedará del todo indemne a través del juego de las restituciones derivadas de la ineficacia y de la reparación contenida en los artículos 2314 y siguientes del CCCh. Agregado a lo cual, como diremos a renglón seguido, nada obsta a que, si el contratante pretende la aplicación del estatuto de responsabilidad derivada del contrato, opte por él, sin necesidad de que el contrato se torne ineficaz.

De otro lado, no concordamos con las posiciones mixtas, en especial si el vicio que se invoca es el dolo causal. Los comportamientos dolosos no han sido realizados una vez concluido el contrato, sino que comienzan con anterioridad al mismo; a su turno, nos parece que no hay normas en nuestro Código Civil que posibiliten llevar a cabo una combinación de principios y reglas de los Títulos XII y XXXV del Libro IV del CCCh; distinto es que, en los hechos, pueda resultar dificultoso determinar el momento preciso en que se configuró el dolo, pues será habitual que los comportamientos dolosos del artífice se proyecten también durante la vigencia del mismo, pero ello, además de ser una cuestión probatoria, se soluciona entregando a la víctima el derecho a optar por anular el contrato o mantenerlo vigente y ejercer los remedios derivados del incumplimiento.

En lo que refiere al segundo cuestionamiento, esto es, si es posible intentar únicamente la acción de indemnización de daños fundada en el dolo con eficacia anulatoria, y cuál sería la naturaleza de esta acción, nos parece que no habría inconveniente alguno en que sólo se ejerza la pretensión indemnizatoria, acorde al derecho contemporáneo de contratos, pero tal pretensión debiese dar lugar a la aplicación del régimen contractual, asumiendo el carácter de remedio por incumplimiento. Si el contrato se mantiene vigente, no hay ninguna razón que justifique la aplicabilidad del régimen delictual, debiendo prevalecer el orden del contrato: ésa fue la elección del contratante.

En línea similar se puede responder la pregunta sobre si es viable para la víctima del dolo escoger entre ejercer los derechos que le confiere el dolo principal, en tanto causal de anulación, y los remedios por incumplimiento.

Recordemos que en el derecho uniforme, los PECL, en su artículo 4:119, admiten que en estos casos el interesado pueda elegir entre el ejercicio de la acción de anulación y las derivadas del incumplimiento contractual. Distinto es el sistema adoptado en los Principios Unidroit, pues no hay una norma similar al artículo 4:119 de los PECL, sino que únicamente el artículo 3.2.4 establece que, en caso de error, el contratante no está facultado para anular el contrato si pudiere ejercitar los remedios por incumplimiento. A su turno, en la versión que conocemos de los PDLC se señala que la parte que tiene derecho a demandar la nulidad del contrato, y además ejercer alguno de los medios de tutela por incumplimiento, puede optar entre aquélla o éstos.

Si nos situamos en el derecho chileno, nos parece que no hay mayores inconvenientes para sustentar que en aquellas hipótesis en que el dolo se proyecte a la ejecución del contrato, la víctima pueda optar entre la acción de nulidad y los remedios por incumplimiento, entre ellos, el indemnizatorio. De una parte, toda vez que el único legitimado para el ejercicio de la pretensión anulatoria es quien padeció el vicio, es perfectamente posible que elija no ejercitárla, teniendo presente que, en lo que refiere a la vigencia o ineficacia del contrato, es sólo su interés el que está en juego. Enseguida, el ejercicio de los remedios por incumplimiento constituiría una confirmación del contrato, lo que es coherente con lo dispuesto en el artículo 1693 del CCCh. Por lo demás, y como un elemento adicional a considerar, recordemos que en lo que refiere a los concursos de acciones en sede contractual se ha señalado que mientras no se resuelva claramente si existe o no jerarquía entre las diversas acciones y derechos, la tendencia en la jurisprudencia ha sido aceptar que el contratante tiene derecho de elección<sup>74</sup>.

De inclinarse la víctima del dolo por el ejercicio del remedio indemnizatorio por incumplimiento, ciertamente que requerirá perfilar correctamente la conducta desplegada por el causante del vicio previo a la celebración del contrato, es decir, si se califica de dolo o de error imputable, pues en aquellas situaciones en que el error permita reclamar daños derivados del incumplimiento, sería factible configurar culpa de parte del cocontratante, como hemos señalado, y en el caso del dolo precontractual con efectos anulatorios, éste se proyecta al contenido contractual, de manera que no vemos inconveniente en aplicar la norma contenida en el artículo 1558 CCCh.

## 5. Conclusiones

1.- El dolo causal constituye no sólo un vicio de la voluntad desde una concepción estrictamente voluntarista acorde a nuestra tradición jurídica, sino que también puede reconocérsele el carácter de módulo de distribución de riesgos al interior del contrato, lo que explica que su ocurrencia puede devenir en incumplimientos contractuales.

2.- Atendido el desarrollo experimentado por el error, en particular el reconocimiento a la categoría de error imputable a la otra parte, es posible que se dificulte trazar en forma clara el límite entre aquél y el dolo con eficacia anulatoria. Con todo, resulta más que conveniente mantener la distinción entre ambas figuras. En primer lugar, puesto que no todo error que padece el contratante configura una causal de ineficacia contractual, ya que sólo a los

<sup>74</sup> LARROCAU (2015), p. 269; DE LA MAZA (2011), pp. 146-148, en sede de compraventa, reconociendo que no siempre es claro que en todo tipo de concursos el comprador tenga pleno derecho de opción.

errores relevantes se les reconoce esa potencialidad. En el dolo, en cambio, no es el tipo o entidad del error que padece la víctima del dolo lo que determina su eficacia anulatoria, sino que la existencia de una manifestación fraudulenta llevada a cabo por el artífice. Ello es especialmente relevante si se ejerce una acción resarcitoria fundada en error y dolo, especialmente en caso de que se acuda al estatuto de responsabilidad civil contractual.

3.- No obstante lo discutible que aún puede resultar el tratamiento diferenciado que se asigna a la víctima de dolo causal o principal, y a la de *dolo incidens*, no podemos prescindir del mismo, teniendo relevancia la categoría de dolo incidental como argumento en pro del reconocimiento del principio de autorresponsabilidad en sede contractual, sin perjuicio de permitir a la víctima del mismo intentar obtener el resarcimiento de los perjuicios de conformidad al estatuto de la responsabilidad contractual, atendido lo dispuesto en el artículo 1558 del CCCh.

4.- La víctima de dolo casual puede optar por ejercitar la acción anulatoria o los remedios por incumplimiento. Si opta por este segundo camino, debemos entender que el vicio del contrato ha sido confirmado, coherente con el interés de naturaleza particular que la nulidad relativa cautela.

5.- Si la víctima del dolo causal o principal ejerce la acción anulatoria en conjunto con la acción resarcitoria –sin perjuicio de que pudiere ser discutible–, de conformidad al estado actual de nuestro derecho, la parte debería obtener el resarcimiento de acuerdo a las reglas y principios de la responsabilidad aquiliana, quedando, así, completamente indemne. Ello no obsta a sostener que la acción de nulidad es independiente o autónoma de la indemnizatoria.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALESSANDRI BESA, Arturo (2010): *De la nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009): *De los contratos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2007): “Nulidad e indemnización de daños y perjuicios”, en: RODRÍGUEZ, Pablo, *Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre* (Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo), pp. 59-77.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2010): *Lecciones de Derecho Civil chileno. Tomo I. Del acto jurídico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (1995): “El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*”, en: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (Nº 628, mayo-junio), pp. 747-788.

- CARRASCO PERERA, Ángel (1979): "Artículo 1101", en: ALBALADEJO, Manuel, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Tomo XV, Vol 1º. Artículos 1088 al 1184 del Código Civil.* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado), pp. 374-444.
- CLARO SOLAR, Luis (1979): *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. De las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri (1960): *Curso elemental de Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones* (Madrid, Editorial REUS).
- Cossío y CORRAL, A. de (1955): *El dolo en el Derecho Civil* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado).
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1991): *El negocio jurídico* (Madrid, Editorial Civitas S.A.).
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (2011): "La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XXXVII, 2º semestre de 2011), pp.115-135.
- \_\_\_\_\_ (2014): "El error vicio del consentimiento: ente la protección y el aprovechamiento", en: DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo et al., *Estudios de derecho de contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento* (Santiago, Thomson Reuters - La Ley), pp. 209-213.
- DÍEZ-PICAZO, Luis et al. (2002): *Los principios del derecho europeo de contratos* (Madrid, Civitas).
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2009): *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato* (Navarra, Civitas-Thomson Reuters).
- \_\_\_\_\_ (2009): "Sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental", en: *Anuario de Derecho Civil* (fascículo III), pp. 1043-1054.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1977): *El negocio jurídico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DUCCI CLARO, Carlos (2010): *Derecho Civil. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (2012): *Curso de Derecho Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.
- JEREZ DELGADO, Carmen (2011): *La anulación del contrato* (Navarra, Civitas Thomson Reuters).
- JOSSERAND, Luis (1959): *Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía., 1950).

- LARROUCAU TORRES, Jorge (2015): "Vicios, acciones y prueba en la compraventa", en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (Año 22, N° 1), pp. 259-306.
- LEÓN HURTADO, Avelino (1979): *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LÓPEZ FRÍAZ, María Jesús (2011): "El error en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos", en: ALBIEZ DOHRMANN, Klaus et al., *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (Barcelona, Atelier), pp. 167-192.
- LLÁCER Matacás, María (1992): "El dolo en el saneamiento por vicios ocultos", en: *Anuario de Derecho Civil* (fascículo IV), pp. 1499-1532.
- MARTINIC GALETOMIC, María Dora y REVECO URZÚA, Ricardo (2005): "Acerca del error, su excusabilidad y otros tópicos", en: VARAS BRAUN, Juan Andrés y TURNER SAEZER, Susan, *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valdivia 2005* (Santiago, LexisNexis), pp. 259-296.
- MORALES MORENO, Antonio (1988): *El error en los contratos* (Madrid, Editorial Ceura).
- \_\_\_\_\_ (2004): "Artículos 1269 y 1270", en: ALBALADEJO, Manuel, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Tomo XVII, Vol 1º. Artículos 1261 a 1280 del Código Civil*. (Madrid, Edersa), pp. 9-59.
- \_\_\_\_\_ (2006): *La modernización del derecho de obligaciones* (Navarra, Editorial Aranzadi S.A.).
- \_\_\_\_\_ (2011): "¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de Modernización del derecho de obligaciones y contratos en el marco del derecho europeo", en: ALBIEZ DOHRMANN, Klaus et al., *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (Barcelona, Atelier), pp. 400-422.
- \_\_\_\_\_ (2015): "De nuevo sobre el error", en: *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (Nº 55), pp. 713-744.
- NEME VILLAREAL, Martha (2012): "El error como vicio del consentimiento frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato", en: *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado* (Nº 22, enero-junio), pp. 169-218.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto y CONCHA MACHUCA, Ricardo (2015): "Las prestaciones mutuas en caso de nulidad de contrato: carácter indemnizatorio o restitutorio en el Derecho Civil chileno", en: *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado* (Nº 28, enero-junio), pp. 129-152.

- PRADO LÓPEZ, Pamela (2015): "La cuantificación de la rebaja del precio en la acción *quanti minoris*", en: *Revista Ius et Praxis* (Año 21, Nº 1), pp. 617-650.
- \_\_\_\_\_(2015): *La colaboración del acreedor en los contratos civiles* (Santiago, Thomson Reuters La Ley).
- \_\_\_\_\_(2015): "El dolo incidental: ¿Una manifestación de dolo contractual?", en: VIDAL, Álvaro et al., *Estudios de Derecho Civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2014* (Santiago, Thomson Reuters-La Ley), pp. 725-737.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2007): "De la responsabilidad delictual de los contratantes", en: RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre* (Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo), pp. 23-58.
- SCHERMAIER, Martín (2012): "Error, falsa representación y deberes precontractuales de información: la tradición del *civil law*", en: *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado* (Nº 23, julio-diciembre), pp. 65-88.
- THIBIERGE, Catherine (2010): *Nulidad, restituciones y responsabilidad* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- TRABUCCHI, Alberto (1937): *Il dolo nella teoría dei vizi del volere* (Padova, ECedam).
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2011): *Teoría general del acto jurídico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VON THUR, A. (2007): *Tratado de las obligaciones* (Granada, Editorial Comares S.L.).
- ZULOAGA Ríos, Isabel (2006): *Teoría de la responsabilidad precontractual. Aplicación en la formación del consentimiento de los contratos* (Santiago, LexisNexis).

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- Álamos Janine, Elena con Banco del Estado de Chile (2008): Corte Suprema, 23 de enero de 2008 (sentencia de casación), en vlex 332803506.
- Banfactor S.A. con Cortéz Saavedra (2013): 23º Juzgado Civil de Santiago, 29 de agosto de 2013 (juicio ordinario, sentencia de primera instancia), en vlex Nº 567870062.
- Bulnes, Mercedes y otros con H-Network S.A. (2015): Corte Suprema, 2 de abril de 2015 (sentencia de casación en la forma y fondo), en vlex 563378422.
- Díaz, Armando con Sociedad Agrícola Los Girasoles (2011): Corte Suprema, 12 de enero de 2011 (sentencia de casación y sentencia de reemplazo), en MJJ 26060.

*Galaz, Fabiola con Universidad Iberoamericana de Ciencias y Tecnología* (2014): 10º Juzgado Civil de Santiago (sentencia de primera instancia), en vlex 570178594.

*González, Corina con Paredes, Roberto* (2011): Corte Suprema, 31 de enero de 2011 (sentencia de reemplazo), en vlex 333034066.

*Larenas Hillerns, Teresa con Larenas Hillerns, Iris y otro* (2012): Corte Suprema, 30 de enero de 2012 (sentencia de casación), en vlex 436815942.

*Salazar Cortés, Paola y otros con Corporación Santo Tomás para el Desarrollo de la Educación y la Cultura* (2015): Corte Suprema (sentencia de casación), en vlex 562121410.

*Vergara Gallardo, Luis E. c/Inmobiliaria Kilimanjaro S.A.* (2011): Corte Suprema, 28 de septiembre de 2011 (sentencia de casación), en MJJ 29517.

*Zapata Castro, José con Ponce Lagos, María* (2012): Corte Suprema, 5 de diciembre de 2012 (sentencia de casación), en MJJ 34108.