

El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga<sup>1</sup>

NIEVES FENOY PICÓN  
Catedrática de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

*En el Derecho francés, la regulación del dolo vicio del consentimiento se reformó por la Ordonnance n.º 2016-131, que ratificó la Loi n.º 2018-287. En el Derecho belga se ha iniciado un importante proceso de reforma de su Código civil y la regulación del dolo vicio del consentimiento que se propone se encuentra en la Proposition de Loi portant insertion du livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code civil de 2019. Ambos sistemas jurídicos francés y belga, por conocidas razones, nos son cercanos (compartimos una cultura jurídica). En el presente trabajo se estudia la regulación del dolo (normativa, doctrina, jurisprudencia), analizando sus problemas y soluciones en el Derecho francés anterior y posterior a la antes referida reforma, y en el vigente Derecho belga y en la también antes referida Proposition de Loi. Mediante ello se perciben las evoluciones que cada uno de esos sistemas jurídicos han seguido, y más allá, permitirá reflexionar sobre en qué medida y cómo habría de reformarse la regulación del dolo vicio del consentimiento en el Código civil español.*

---

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «Remedios no fundados en el incumplimiento contractual y fundados en el incumplimiento. Aproximación de dos sistemas» (DER 2017-84947-P).

**PALABRAS CLAVE**

*Dolo vicio del consentimiento. Abuso de influencia. Estado de necesidad. Violencia económica. Dolo como ilícito civil. Intención de engañar. Maniobras, mentiras y reticencia dolosa. Dolus bonus. Deber de información. Dolo principal. Dolo incidental. Dolo recíproco. Dolo de tercero. Prueba del dolo. Anulación del contrato. Indemnización de daños y perjuicios.*

## Pre-contract stage fraud: vitiated consent and imputation of liability in French and Belgian law

**ABSTRACT**

*In French law, the regulation of fraud vitiated consent was reformed through Ordonnance n° 2016-131, which ratified Loi n.° 2018-287. As far as the Belgian law is concerned, the Belgian civil code is undergoing a major reform process, and the proposed regulation of fraud vitiated consent may be found in the Proposition de Loi portant insertion du livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code civil de 2019. Both the French and the Belgian legal systems are very close to us for a number of well-known reasons (we share a legal culture). This paper studies the regulation of fraud (legislation in force, accepted legal opinions, case law), analysing its problems and solutions in the light of French Law, both before and after the above-mentioned reform, the Belgian legislation currently in force and the aforementioned Proposition de Loi. This way, it is possible to notice the evolution followed by each one of those legal systems and, furthermore, the reader will be able to reflect on the extent to and the manner in which the regulation of fraud vitiated consent should be reformed in the Spanish civil code.*

**KEY WORDS**

*Fraud vitiated consent. Undue influence. State of need. Economic violence. Fraud as a civil offence. Intent to deceive. Ploys, lies and fraud by reluctance. Dolus bonus. Duty of information. Fraud in the inducement. Immaterial fraud. Reciprocal fraud. Third party fraud. Evidence of the dolus. Avoidance of the contract. Compensation for damages.*

**SUMARIO:**

- I. Introducción y objetivos del trabajo.
- II. El dolo en el derecho francés.—1. Los sucesivos cambios legislativos y la fijación de los periodos temporales.—2. El dolo *antes* de la reforma del *Code civil* por la *Ordonnance* n.° 2016-131: la regulación originaria de 1804. 2.1. La presentación de la regulación del dolo. 2.2. El análisis del

dolo. 2.2.1. El error provocado. El dolo sin error. La doble naturaleza del dolo: ilícito civil y vicio del consentimiento. La voluntad de engañar (elemento intencional). 2.2.2. Las maniobras y las mentiras (elemento material). El *dolus bonus*. 2.2.3. La reticencia dolosa (otro elemento material). Su relación con la obligación de informar al contratante. El error sobre el valor de la prestación. La irrelevancia de la inexcusabilidad del error. 2.2.4. El dolo principal y el incidental. La apreciación *in concreto* del dolo. Los errores sobre el valor de la cosa (de nuevo), y sobre los motivos extraños a la cosa o a la persona del contratante. 2.2.5. El dolo de parte. El dolo de tercero: la regla y su alcance. El dolo recíproco. 2.2.6. La prueba del dolo. 2.2.7. Los efectos del dolo: la nulidad relativa (o anulabilidad), la indemnización de daños y perjuicios, y la restitución del exceso del precio pagado.—3. El dolo tras las reformas del *Code civil* mediante la *Ordonnance* n.º 2016-131 y la *Loi* n.º 2018-287. 3.1. La presentación de la regulación del dolo y del deber general de información. 3.2. El análisis del dolo. 3.2.1. Un previo apunte y valoración del dolo y de la obligación de información según el *Rapport* de la *Ordonnance* n.º 2016-131. 3.2.2. El error provocado. El dolo sin error. La violencia por abuso del estado de dependencia. La doble naturaleza del dolo: delito (ilícito) civil y vicio del consentimiento. La voluntad de engañar (elemento intencional). 3.2.3. Las maniobras y las mentiras (elemento material). El *dolus bonus*. 3.2.4. La reticencia dolosa (otro elemento material). Su relación con la obligación de informar al contratante. La jurisprudencia Baldus: ¿sigue vigente? Si es así, ¿desde cuándo? 3.2.5. El dolo principal y el incidental: ¿sigue vigente la distinción? La apreciación *in concreto* del dolo. El mayor campo operativo del dolo frente al error. La irrelevancia del error inexcusable. 3.2.6. El dolo de parte. El dolo de tercero: la regla y su alcance. 3.2.7. La prueba del dolo. 3.2.8. Los efectos del dolo: la nulidad relativa (o anulabilidad) y la indemnización de daños y perjuicios. La reducción del precio como efecto no independiente.

III. El dolo en el derecho belga.—1. El dolo en el *Code civil* belga. 1.1. La presentación de la regulación del dolo. 1.2. El análisis del dolo. 1.2.1. El error provocado. La teoría de la *lésion qualifiée*. El estado de necesidad. La voluntad de engañar (elemento intencional). 1.2.2. Las maniobras y las mentiras (elemento material). El *dolus bonus*. 1.2.3. La reticencia dolosa (elemento material). Su relación con la obligación de informar al contratante. 1.2.4. El dolo principal y el incidental. La irrelevancia del error inexcusable. 1.2.5. El dolo de parte. El dolo de tercero: la regla y su alcance. 1.2.6. La prueba del dolo. 1.2.7. Los efectos del dolo: la nulidad relativa (o anulabilidad) y la indemnización de daños y perjuicios.—2. El dolo en la *Proposition de Loi portant insertion du Livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code Civil*. 2.1. La presentación de la regulación del dolo y del deber de información. 2.2. El análisis del dolo. 2.2.1. El error provocado. La voluntad de engañar (elemento intencional). El abuso de circunstancias. 2.2.2. La maniobra: actos y mentiras (elemento material). 2.2.3. La maniobra: la reticencia dolosa (otro elemento material). Su relación con la obligación de informar al contratante. 2.3.4. El dolo principal y el incidental. La apreciación *in concreto*. La irrelevancia del error inexcusable. 2.3.5. El dolo de parte. El dolo de tercero: la regla y su alcance. 2.3.6. La prueba del dolo. 2.3.7. Los efectos del dolo: la nulidad relativa (o anulabilidad) y la indemnización de daños y perjuicios.

IV. Conclusiones y valoración personal.

Bibliografía.—Documentación.

## I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DEL TRABAJO

[1] En un anterior trabajo de 2017, publicado en el *Anuario de Derecho civil*, analicé diversos textos jurídicos que regulaban el *error vicio y el error en la declaración en los contratos*<sup>2</sup>. Esencialmente fijaba mi atención en sus requisitos de aplicación, con referencias al régimen de ineficacia contractual aplicable (anulabilidad, nulidad de pleno derecho)<sup>3</sup>. Tuve presente si la regulación del error que iba exponiendo, respondía a lo que denominé el modelo tradicional, el tradicional actualizado y el moderno. Concluía, junto con otras consideraciones, *en la conveniencia de que se reformase la normativa del error contractual del Código civil, adoptando el modelo moderno*<sup>4</sup>.

[2] En este trabajo continúo con la línea de investigación de los vicios del consentimiento en los contratos y trato ahora del *dolo*. De él me interesa y analizo *sus requisitos y posibles efectos jurídicos*.

En el dolo están presentes, entre otras, las siguientes cuestiones, *objeto de mi análisis*. Para facilitar la posterior exposición, las desgloso ya mismo. En concreto:

a) *El dolo y la influencia indebida (o ventaja excesiva): su relación.*—Quien lleva a cabo el dolo provoca, deliberadamente, un error en su víctima. El autor del dolo tiene el ánimo de engañar al otro (elemento intencional o subjetivo). Ahora bien, el dolo ¿puede tener un mayor campo de aplicación? Por ejemplo, ¿puede abarcar y solucionar casos de *indebida influencia (o ventaja excesiva) de un contratante sobre el otro, si esta última figura no tiene una particular regulación?*

b) *El dolo activo y el dolo pasivo (o dolo omisivo, o reticencia dolosa). El dolus bonus.*—El dolo puede materializarse de distintas formas (elemento material u objetivo). Puede materializarse a través de maniobras o/y declaraciones —mentiras, afirmaciones no completas y por ello incorrectas, afirmaciones vagas sin la necesaria precisión, etc.— o/y callando cuando se tenga que informar sobre ciertos aspectos. El Derecho ¿ha de hacer expresa mención de esas materializaciones del dolo? Además y para el dolo pasivo, si el silencio del autor del dolo debe relacionarse con un deber (obligación) de información, ¿cuál es su fuente? ¿La buena fe, los usos, o/y la ley?

<sup>2</sup> El aludido trabajo es: «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *ADC* (2017) pp. 473-785.

<sup>3</sup> FENOY PICÓN, *ADC* (2017) [2], pp. 477-478, [5] pp. 480-481.

<sup>4</sup> Para el error vicio, FENOY PICÓN, *ADC* (2017) [293]-[296], pp. 768-771, en particular [295], pp. 769-770; para el error en la declaración, [297]-[298] pp. 771-773, en particular [298] p. 773.

En cuanto al *dolus bonus* ¿su concepto y efectos *debe regularlos el Derecho*?

c) *El dolo causal (o principal) y el dolo incidental.*—Si el dolo provocó en su víctima que consintiera a la celebración del contrato, ya que, sin él, no lo hubiera celebrado, se está ante el llamado *dolo causal (o principal)* que le permite anular el contrato. Frente al dolo causal, en el llamado *dolo incidental* sucede que su víctima no habría celebrado el contrato en los términos en los cuales lo celebró y puede exigir la oportuna indemnización de los daños y perjuicios sufridos. La anterior visión tradicional y dual del dolo *¿debe mantenerse o suprimirse? Ello ¿debe reflejarlo el Derecho?*

d) *La conducta de la víctima del dolo (la excusabilidad e inexcusabilidad de su error).*—Junto con considerar la conducta del autor del dolo para apreciar si hubo dolo *¿ha de tenerse en cuenta si su víctima fue negligente, o no?* Circunstancias personales suyas tales como su candidez, inexperiencia negocial, etc., ¿han de considerarse para emitir el oportuno juicio jurídico acerca de la existencia del dolo?

e) *El dolo de parte. El dolo de tercero. Comparación con la regla aplicable a la violencia/intimidación de tercero.*—El dolo causal, que *procede del otro contratante* (esto es, el dolo de parte), permite a su víctima, reuniéndose los oportunos requisitos, la anulación del contrato. Sin embargo, sucede a veces que el dolo no procede del otro contratante, *sino de un tercero.* ¿Qué consecuencias jurídicas ha de tener el dolo de tercero?

Diversos elementos deben valorarse a efectos de adoptar la solución. Ciertamente la víctima del dolo de tercero merece protección dado que sufrió un vicio en su voluntad —así, puede permitírsele que anule el contrato, además de poder exigir la oportuna indemnización de los daños y perjuicios—. Pero también puede considerarse adecuado que lo que procede es la protección del otro contratante *si este fue totalmente ajeno al dolo de tercero* —pues confió en la validez del contrato y su posible impugnación por la víctima del dolo de tercero le causará al menos el perjuicio de la pérdida de ese contrato, por lo que lo oportuno es el mantenimiento del contrato—. Añadiré a lo anterior que la protección de la seguridad del tráfico jurídico, que se traduce en el mantenimiento del contrato, es otro elemento también a tener en cuenta. ¿Qué solución es más adecuada? *¿Permitir la anulación del contrato, o no?*

Apuntado lo anterior, en el dolo de tercero subyace otra cuestión: pero *¿quién realmente es tercero?* Ya que, *habiendo intervenido el tercero*, puede entenderse que lo que hay es un *dolo de parte* (o al menos, que este último *asume* el dolo de tercero). Por ejemplo, si el tercero es *representante legal o voluntario del contratante que no sufrió el dolo*. Lo mismo, si el dolo lo realiza *un dependiente (un auxiliar) de dicho contratante*. E igualmente, si el contratante que no sufre el dolo *participa con el tercero en su desarrollo material (colabora)*. En tales casos, por haber dolo de parte, su víctima podrá anular el contrato o/y exigirle la oportuna indemnización. Y más allá de lo anterior, ¿qué sucede si el contratante que

no sufre el dolo y materialmente no participa en el dolo de tercero, *sabía del mismo y se aprovecha de él?* ¿Qué sucede, si debía haberlo sabido? Si se entiende que en estos dos últimos casos, el contratante que no sufre el dolo debe asumir el dolo de tercero (esto es, que el contrato puede anularse), *en los contratos onerosos, el dolo de tercero se reduce al del tercero totalmente ajeno, en donde la víctima del dolo no podrá anular el contrato, sin perjuicio de que pueda exigir del tercero la oportuna indemnización de daños y perjuicios.*

En otro orden de consideraciones, si bien conectado con lo anterior, si se admite para el dolo de tercero totalmente ajeno, que, siendo el contrato oneroso, su víctima *no* pueda anularlo, y para la *violencia e intimidación* de tercero totalmente ajeno al contratante que no la ejerce, se adopta la solución contraria de que *sí* puede anularse el contrato, *¿que justifica la diferente solución jurídica? ¿El Derecho romano? ¿Subyace un distinto conflicto de intereses en ambos supuestos? O ¿es mejor adoptar una solución uniforme para ambos vicios, el de la posible anulación contractual y con qué alcance? ¿Podría haber otra solución?*

Por último, para la *donación*, dada su naturaleza gratuita, el dolo de tercero totalmente ajeno al donatario ha de permitir que el donante pueda anularla. El supuesto requiere de una particular solución en el Derecho.

f) *El dolo recíproco.*—Dada la riqueza de la realidad, no es descartable que *ambos contratantes puedan haber actuado con dolo al celebrar el contrato*, produciéndose el *dolo recíproco*.

¿Cuál es la *solución oportuna*? El contrato *¿es válido, pero cualquiera de las partes puede anularlo?* O *¿es válido y ninguna de ellas puede anularlo?* Además, *el Derecho ¿debe dar una específica respuesta al dolo recíproco, o no?*

g) *La prueba del dolo.*—*Quien alegue haber sufrido dolo, ha de probarlo.* La prueba del dolo suscita algunas cuestiones. Por ejemplo, su víctima *¿puede utilizar cualquier medio de prueba?* El dolo *¿podría presumirse?* ¿Conviene admitir el llamado *dolo in re ipsa?* O *¿el dolo nunca se presume?* Y si se entiende que lo procedente es no presumirlo, el Derecho *¿debe expresamente indicarlo?*

h) *Los efectos del dolo causal (o principal).*—Este dolo permite a su víctima anular el contrato con su efecto liberatorio y en su caso, efecto restitutorio. Sin embargo, la anulación y la oportuna restitución pueden no ser suficiente para la víctima del dolo, que puede sufrir daños conectados a la celebración del contrato e imputables al autor del dolo. Dado que en el dolo causal, además de dar lugar a un vicio del consentimiento en la víctima del dolo, es un hecho ilícito por parte de su autor, la víctima puede exigirle que le indemnice los oportunos daños y perjuicios no solucionados con la anulación del contrato.

¿Cómo se organizan, *entre sí, la anulación del contrato y la indemnización de daños y perjuicios?* La víctima del dolo, *¿puede acumularlos?* *¿Puede ejercitar solo uno de ellos?* *¿Qué régimen de responsabilidad procede aplicar: el contractual o el extracontractual?* *¿Cuál ha de ser la extensión de los daños indemniza-*



*bles? Y el Derecho, ¿debe dar específicas normas para esta indemnización de daños y perjuicios? ¿Debe específicamente regular la responsabilidad precontractual en relación con los vicios del consentimiento?*

*i) Los efectos del dolo incidental.*—Este dolo permite a su víctima exigir la oportuna indemnización de daños y perjuicios. *¿Qué régimen de responsabilidad procede aplicar: el contractual o el extracontractual? ¿Cómo ha de ser esa indemnización?* Esto es, ¿tiene necesariamente que ser pecuniaria, o cabe la reparación *in natura*? Y si se admite esto último, ¿cuáles son sus posibles contenidos? ¿La reparación del bien? ¿La desvinculación contractual? ¿La supresión de la cláusula, o cláusulas, resultado del dolo incidental? ¿La remodelación del contenido del contrato? ¿La reducción del precio? Etc. *El Derecho ¿debe regular lo anterior? ¿Ha de regular la responsabilidad precontractual?*

*j) El plazo para anular el contrato, su naturaleza e inicio de su cómputo. Su relación con el plazo para exigir la indemnización de daños y perjuicios. El ejercicio de la anulabilidad mediante excepción o por reconvencción.*—*¿Qué plazo puede considerarse razonable para que la víctima del dolo pueda anular el contrato? El plazo ¿debe ser de prescripción o de caducidad? Y ¿qué momento es el adecuado para iniciar su cómputo? ¿Desde que la víctima del dolo lo descubre, o debiera haberlo descubierto (criterio subjetivo)? O ¿desde que el otro contratante cumplió con su prestación (principal o esencial) con la víctima del dolo, o desde que el contrato se consumó (criterio objetivo)?*

Si la víctima del dolo principal ejercita, de modo *acumulado*, la anulación del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, *¿es conveniente que el plazo para exigir la indemnización de daños y perjuicios sea el mismo que el de la anulación del contrato? Y en cuanto a su cómputo, ¿conviene también que se inicien en un mismo momento?*

Por último, frente a la pretensión de cumplimiento del contrato por parte del autor del dolo, su víctima *¿puede oponerle la excepción de anulación por dolo, o ha de reconvenir?*

[3] Mi estudio del dolo *se incardina en el Derecho comparado*. En concreto, analizo *los Derechos francés y belga*.

[4] Las razones de mi interés por el *Derecho francés* se debe, *por un lado*, a la reforma de su *Code civil* de 1804 (*Code civil*, o CCF) por obra de la *Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations (Ordonnance n.º 2016-131)*<sup>5</sup>. En mi análisis del Derecho francés también tengo en cuenta a la *Loi n.º 2018-287 du 20 avril 2018 (Loi n.º 2018-287)* que ratifica la *Ordonnance*

<sup>5</sup> *JORF 11 février 2016*. Sobre la génesis y las razones que impulsaron la reforma de 2016 del *Code civil*, FENOY PICÓN, ADC (2017) [11] pp. 492-495.

n.º 2016-131<sup>6</sup>. Junto con el dato de que *esa reforma* del Derecho francés, *considerada en sí misma es ya de gran interés*, mi atención para este Derecho se debe, *por otro lado, a la conocida influencia que el originario Code civil ejerció en el Código civil español*, lo que afecta al dolo (arts. 1269, 1270 CC). En 1955 y en su conocida obra *El dolo en el Derecho civil*, De Cossío y Corral, tras referirse a la redacción originaria de los artículos 1109 y 1116 CCF, afirma «[c]omo puede verse, es sustancialmente el mismo régimen que el del C.c. español»<sup>7</sup>.

[A] Al clasificar el Código civil español, Zweigert/Kötz lo incluyen en la familia legal romanista<sup>8</sup>. Los autores indican que el Código civil español se inspira fuertemente en el *Code civil* francés, especialmente en el ámbito del derecho de obligaciones, *en donde la mayoría de sus normas son una simple traducción del texto francés*<sup>9</sup>.

[B] De Castro y Bravo también apunta la habitual inclusión del Código civil español en el ámbito de la influencia del *Code civil*, pero mantiene al respecto, *una opinión crítica*. Dice:

«1. Dentro del movimiento jurídico europeo del siglo XIX tiene [el Código civil español] un valor secundario. Al tomar como base al Proyecto de [Código civil de] 1851, quedó dentro de la órbita de los Códigos seguidores del modelo francés. Los redactores del Código [civil español], dejándose ir por los caminos de la facilidad, siguen la forma articulada –a veces al pie de la letra– del Proyecto de [Código civil de] 1851, de los Códigos francés [de 1804], holandés [de 1838] e italiano [de 1865], y recogen preceptos de los [Códigos] de Argentina [de 1869], Chile [de 1855] y Portugal [de 1866]. Será esta forma afrancesada la que se imponga a la atención del espectador y la que hará que –sin atender al contenido– se le clasifique como un Código más del grupo latino, imitador del Código Napoleón. Juicio, intrínsecamente injusto, que desconoce su íntimo sentido nacional, pero merecido por la falta de valentía de sus autores, al no osar dar forma española a la primera ley del ordenamiento jurídico español»<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> *Loi n.º 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations; JORF n.º 0093 du 21 avril 2018.*

<sup>7</sup> DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 311. Sin embargo, advierto que en la regulación española del dolo hubo otras importantes influencias como la del ahora derogado Código civil de la República Argentina de 1869 (cfr. su art. 932). En cuanto a los citados artículos 1109 y 1116 CCF, los transcribo *infra* [13] [A].

<sup>8</sup> ZWEIFERT/KÖTZ (1998) p. 104.

<sup>9</sup> ZWEIFERT/KÖTZ (1998) p. 107.

<sup>10</sup> DE CASTRO Y BRAVO (1949; rep. fac. 1984) p. 206.



[5] Por lo que respecta al *Derecho belga*, su regulación del dolo es, *hasta ahora*, la *originaria* del *Code civil* francés de 1804<sup>11</sup>. Se trata de un Derecho al que en el ámbito doctrinal español apenas se le ha dado relevancia<sup>12</sup> y *mi interés por él reside, por un lado*, en que su análisis me permite constatar *si, ante unos mismos datos normativos, su puesta en práctica (su evolución) ha diferido o no de la puesta en práctica (evolución) del Derecho francés (de su Code civil) antes de su reforma por la Ordonnance n.º 2016-131*<sup>13</sup>. Y *por otro lado*, porque en el momento en el que escribo este trabajo, Bélgica está inmersa en un importante proceso de reforma de

<sup>11</sup> A propósito del *Code civil* belga, ZWEIGERT/KÖTZ ofrecen los siguientes datos. En concreto, que el territorio, que ahora se conoce como Bélgica, lo gobernó Austria desde 1713 hasta su cesión a Francia por la Paz de *Compo Formio* de 1797 y, por esa incorporación a Francia, el *Code civil* francés entró automáticamente en vigor en 1804, permaneciendo, a pesar de la caída de Napoleón y la unificación de Holanda y Bélgica por el Congreso de Viena bajo Guillermo I de *Orange*. Cuando, por la revolución de 1830, Bélgica se independizó, su nueva constitución contenía la previsión de que los códigos franceses –el civil, y el de comercio de 1807– fueran esencialmente revisados *en el más corto plazo posible*. Sin embargo, dicha revisión no se cumplió para el *Code civil*, y el legislador belga ha venido aprobando un gran número de leyes especiales para modernizar su código civil. El legislador belga, *con frecuencia*, sigue la estela del legislador francés, *pero*, también, *con frecuencia*, sigue su propio camino, anticipándose, en alguna ocasión, a las reformas francesas. *Aunque los tribunales belgas aplican los mismos textos legales que los tribunales franceses, a veces alcanzan resultados distintos*. Ahora bien, indican ZWEIGERT/KÖTZ en 1998, *en general el pensamiento legal y la decisión judicial, en Bélgica, son muy cercanas a las existentes en Francia*. [(1998) p. 101].

Por su parte, WÉRY recuerda que en Bélgica ha habido tentativas de lograr un Código civil distinto al Código civil francés. WÉRY apunta algunas de las informaciones que acabo de exponer a través de ZWEIGERT/KÖTZ. Según WÉRY, bajo el reinado de Guillermo de *Orange*, una ley de 1829 previó la derogación del Código civil francés, y un *Arrêté* real de 05.07.1830 precisó que un nuevo código civil entraría en vigor el 01.02.1831 para lo que, en dicho momento, eran los Países-Bajos unidos. Pero, la revolución belga abortó dicho proyecto, y la Constitución belga de 07.02.1831 dispuso en su artículo 39.11º que era «necesario dotarse, por leyes separadas y en el más corto plazo posible [...] de la revisión de los códigos», manteniéndose, provisionalmente, los códigos franceses. Sin embargo, ese carácter provisional se ha mantenido siempre. El *Avant-Projet* de Código civil de 1885 del profesor François Laurent fue relegado al olvido por un cambio de gobierno y la Comisión, creada en 1884 por el nuevo gobierno, no llevó a buen término sus trabajos, siendo disuelta en 1924. [*Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 205].

<sup>12</sup> Ni en general se le da especial relevancia en el ámbito del Derecho privado europeo occidental *comparado*. Lo mismo puede apuntarse para el Derecho español (sobre su carácter secundario, De Castro y Bravo, *supra* [4] [B]). Los estudios *actuales* de Derecho comparado privado *suelen* centrarse en los nucleares sistemas de los Derechos francés, alemán e inglés y, con la promulgación del segundo código civil de los Países Bajos, también suele darse relevancia al *Derecho privado de los Países Bajos*; así, por ejemplo, en las obras de SMITS (2017) y de BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/VOGENAUER (2019).

<sup>13</sup> WÉRY señala que el atractivo del Derecho francés, para el Derecho belga, es algo bien conocido e indica, al respecto, el siguiente ejemplo doctrinal, entre otros muchos. En el prólogo a la primera edición de su *Traité élémentaire de droit civil belge* (1933), Henri De Page confesaba, sin rodeos, su admiración por la doctrina francesa: «puede, quizás, sorprender que en un tratado de Derecho civil belga se cite profusamente autores franceses contemporáneos [...]. Haciendo abstracción [...] obras tan admirables de ciencia y claridad como las de Planiol, Colin y Capitant o de Jossierand, son, en la Bélgica contemporánea, de una absoluta imposibilidad y todos así lo piensan» [*Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 211]. También ZWEIGERT/KÖTZ, en la misma línea de la gran influencia del Derecho francés en el belga, *supra*, nota 11.

su *Code civil*. Para el dolo, objeto de mi trabajo, analizo su regulación en la *Proposition de Loi portant insertion du livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code civil* de 2019<sup>14</sup>.

[A] Para el Derecho de obligaciones y contratos belga, a nivel doctrinal se ha defendido la necesidad de su reforma. Por ejemplo, lo hacen Wéry, y Peeraer/Samoy, de los que paso a dar cuenta.

a) El 24.11.2004, en una lección inaugural sobre el Derecho de obligaciones y contratos<sup>15</sup>, Wéry señalaba lo necesario de hacer justicia al legislador de 1804, ya que su obra, el *Code civil*, había sido uno de los mayores episodios de la codificación, una magnífica realización<sup>16</sup>. Sin embargo, la fachada del edificio del *Code civil* es un espejismo, dado que sus piezas interiores y mobiliario han sido profundamente renovados por la doctrina y la jurisprudencia<sup>17</sup>. Ahora bien, por lo que se refiere al Derecho de obligaciones, Wéry apunta que Bélgica es uno de los pocos países que no se ha dotado de un nuevo cuerpo de reglas sobre la materia y recuerda, al respecto, al nuevo Código civil de los Países Bajos de 1992, que vino a sustituir al antiguo de 1838, así como la reforma que Alemania llevó a cabo en 2002 de su Código civil<sup>18</sup>. Wéry también se refiere a la situación que en aquel momento, esto es, en 2014, tenía Francia<sup>19</sup> y trata del Derecho europeo (menciona diversas directivas de la Unión europea y alude al CESL)<sup>20</sup>. Tras todo lo anterior, Wéry se sitúa en el Derecho belga y considera que, antes o después, será necesario modernizar al Derecho de obligaciones, proponiendo lo siguiente<sup>21</sup>.

En su opinión, la doctrina, iluminada por los prácticos, ha de preparar el terreno al legislador<sup>22</sup>. Plantea: ¿por qué los profesores de Derecho de obligaciones de Bélgica no se ponen de acuerdo para elaborar una especie de *Principios de Derecho belga de las obligaciones contractuales*, a modo de caja de herramientas en la que el legislador belga pueda inspirarse?<sup>23</sup> Según Wéry, no se trata

<sup>14</sup> Para ello manejo el siguiente documento: DOC 55 0174/001 de la *Chambre des représentants de Belgique, session extraordinaire 2019, 16 juillet 2019, Proposition de Loi portant insertion du livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code civil (déposée par M. Servais Verherstraeten); Chambre, 1<sup>re</sup> sesión de la 55<sup>ta</sup> Législature*.

<sup>15</sup> La *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* informa que la Facultad de Derecho, Ciencia política y Criminología ha acogido la Cátedra Francqui en el título belga 2014-2015, atribuida al profesor Patrick Wéry, profesor *ordinaire* de la Facultad de Derecho y de criminología de la *Université catholique de Louvain*. En dicho marco, el profesor Wéry impartió seis lecciones de Derecho de obligaciones y contratos, publicándose en el número 2 del año 2015, de dicha revista, la lección inaugural a la que me refiero en el cuerpo del texto. [*Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 203].

<sup>16</sup> WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 223.

<sup>17</sup> WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 223.

<sup>18</sup> WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 224.

<sup>19</sup> WÉRY menciona, entre otras cosas, al *Avant-projet de réforme du droit des obligations* de 23.10.2013 de la *Chancellerie* [*Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 224; *vid.* hasta p. 225].

<sup>20</sup> WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), pp. 226-227.

<sup>21</sup> WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 228.

<sup>22</sup> WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 228.

<sup>23</sup> WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 228.

de llevar a cabo una revolución de fondo completa de la materia, sino de restituir al Código civil su función de Derecho común de las obligaciones<sup>24</sup>. Para ello, es necesario, ante todo, revisar la estructura del Código civil, separando las fuentes de las obligaciones y su régimen general<sup>25</sup>. En cuanto a la metodología, Wéry apunta que algunos textos del Código civil pueden dejarse como están<sup>26</sup>; artículos arcaicos pueden derogarse<sup>27</sup>; el acervo jurisprudencial sobre el que reine el consenso doctrinal ha de integrarse en los mentados *Principios*<sup>28</sup>; soluciones nuevas, que la doctrina anhela, pueden consagrarse inspirándose en recientes códigos o en trabajos de armonización a nivel internacional<sup>29</sup>; también habrá cuestiones más polémicas, más apasionantes<sup>30</sup>. Para todo ello, Wéry apela a sus colegas, invitándoles a reflexionar sobre lo factible de su propuesta de crear unos *Principios de Derecho belga de las obligaciones contractuales*, y haciéndolo, afirma que los profesores que enseñan e investigan la bella materia del Derecho de las obligaciones, contribuirán a la tercera misión que les asigna su estatuto, la del servicio a la sociedad<sup>31</sup>.

Como postdata a la presente lección inaugural de Wéry, se informa que el Ministro de Justicia Koen Geens ha decidido empezar un proceso de modernización del Código civil, versando la reforma, en particular, sobre el Derecho de las obligaciones<sup>32</sup>. Los profesores Eric Dirix y Patrick Wéry se encargan de coordinar los trabajos<sup>33</sup>.

b) En 2016, Peeraer/Samoy apuntan que, completado el proceso de revisión francés –se refieren al realizado por la *Ordonnance n.º 2016-131*– Bélgica sería uno de los últimos países que dispondría de un código del siglo XIX, planteando la cuestión de si Bélgica también necesita la revisión de su Código civil, o si son aconsejables otras alternativas<sup>34</sup>.

Para Peeraer/Samoy, varios son los *desafíos* a los que el Código civil belga se enfrenta. *Uno*, que dicho código contiene diversas

<sup>24</sup> WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 229.

<sup>25</sup> WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 229.

<sup>26</sup> WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 229; por ejemplo, el artículo 1134.I CCB, que, indica WÉRY, enuncia el principio de la fuerza obligatoria del contrato de modo elegante.

<sup>27</sup> WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 229; por ejemplo, los artículos sobre la cesión de bienes o la novación por cambio de acreedor.

<sup>28</sup> WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 229; el autor piensa en los criterios del abuso de derecho, en la primacía de la ejecución *in natura*, o en la necesidad de consagrar al lado de la *lésion simple*, la *lésion qualifiée* (*infra* [73] [A] trato de la *lésion qualifiée*; para el abuso de circunstancias, en *infra* [89] y en caja más pequeña).

<sup>29</sup> WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 229; el autor piensa en la protección del acreedor a plazo frente al incumplimiento anticipado, en el derecho de reducción del precio si el otro contratante cumple de modo parcial o defectuosamente.

<sup>30</sup> WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 229; así, ¿qué lugar ha de reservarse, en 2014, a la razonabilidad y a la equidad, en esos *Principios de Derecho belga de las obligaciones contractuales*? ¿Puede suprimirse la causa de las condiciones de validez de los contratos?

<sup>31</sup> WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), pp. 229-230.

<sup>32</sup> WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 230.

<sup>33</sup> WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 230.

<sup>34</sup> PEERAER/SAMOY, *ERPL* (2016), p. 603.

previsiones *obsoletas* y cada vez tiene más *lagunas* (por ejemplo, el Código civil belga guarda silencio sobre algunas fuentes de las obligaciones y le falta una teoría general sobre la nulidad y los remedios)<sup>35</sup>. Otro desafío consiste en que, frente al atributo del Código civil de que este abarque una extensa parte del Derecho privado, regulándose en un único documento, en la actualidad existe el problema de la *fragmentación* del Derecho privado, lo que se debe, entre otras causas, a que las fuentes del Derecho privado se han multiplicado, y al legislador y juez nacionales se le han sumado legisladores supranacionales –por ejemplo, con la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías de 1980– y organizaciones internacionales, cuerpos de autorregulación y el Derecho de la Unión europea<sup>36</sup>. Además, en la progresiva fragmentación del Derecho privado belga, incide la transición a un Estado federal, creándose otras legislaciones, a veces con competencias solapadas, con el riesgo de la inconsistencia normativa (así, entre la normativa federal y las regionales)<sup>37</sup>. La fragmentación del Derecho privado belga también se debe a la *descodificación*, dado que materias insertas en el Código civil belga, al revisarse, se han extraído de él (por ejemplo, se han promulgado el *Code of Company Law* de 1999, el *Code of Private International Law* de 2004, el *Code of Economic Law* de 2013, etc.)<sup>38</sup>. Finalmente, señalan los autores, hay una dispersión normativa que se debe a la transposición de las Directivas europeas al Derecho belga (las Directivas que versan sobre consumo se han transpuesto en diferentes textos legales; por ejemplo, en el *Code civil*, en el *Code of Economic Law*)<sup>39</sup>. Peeraer/Samoy afirman que, formal y sustancialmente, el caos reina en el Derecho privado belga y de hecho, la actual fragmentación de las fuentes del Derecho privado belga se parece a la ausencia de coherencia que caracterizaba al Derecho privado del *ancien régime*, antes de la promulgación del Código civil belga<sup>40</sup>.

Peeraer/Samoy consideran que, *en el siglo XXI*, el futuro del Derecho privado belga no puede descansar solo en una nueva y exhaustiva codificación del Derecho privado, y se requiere un acercamiento que refleje la estratificación y fragmentación actual del Derecho privado<sup>41</sup>. Entienden que un elemento clave, para tal acercamiento, es modernizar el Código civil belga, *si bien este solo* ha de contener los conceptos fundamentales, principios y reglas generales, siendo *completado* mediante el método de atender a los

<sup>35</sup> PEERAER/SAMOY, *ERPL* (2016), p. 604.

<sup>36</sup> PEERAER/SAMOY, *ERPL* (2016), p. 604; un único legislador nacional no parece poseer ya el poder de crear un sistema coherente de Derecho privado; dada la multiplicación normativa de actores, de legisladores, no se puede integrar el Derecho privado en un único y comprensivo código (pp. 604-605).

<sup>37</sup> PEERAER/SAMOY, *ERPL* (2016), p. 605.

<sup>38</sup> PEERAER/SAMOY, *ERPL* (2016), p. 605; que haya códigos separados conlleva el desarrollo de múltiples sistemas de Derecho privado, minando la propia coherencia del Derecho privado (p. 606).

<sup>39</sup> PEERAER/SAMOY, *ERPL* (2016), p. 606; en los artículos 1649 *bis-octies* del Código civil belga se ha transpuesto la Directiva 1999/44/CE, y en el *Code of Economic Law* la Directiva 93/13/CEE y la 2011/83/UE.

<sup>40</sup> PEERAER/SAMOY, *ERPL* (2016), p. 607.

<sup>41</sup> PEERAER/SAMOY, *ERPL* (2016), p. 617.

hechos de los casos y argumentos dados, y a la promulgación de la nueva legislación<sup>42</sup>. Apuntan, que la construcción de un diseño adecuado a la naturaleza estratificada del Derecho privado es tarea que solo puede tener éxito con las mentes más brillantes<sup>43</sup>.

[B] En la *Introduction general* de la que antes he citado *Proposition de Loi portant insertion du livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code civil* de 2019, se informa brevemente de las razones y del itinerario de la reforma legislativa que se pretende, como sigue.

Tras varios años en los que cada vez han sido más numerosas las voces de doctrina y práctica, en favor de la modernización del Código civil en la parte relativa al Derecho de las obligaciones, el legislador belga se ha visto invitado a seguir el ejemplo de Derechos extranjeros, como el del *Nieuw Burgerlijk Wetboek*, el del BGB, y el del reciente *Code civil* francés<sup>44</sup>.

*Varias razones* militan en favor de dicha reforma<sup>45</sup>. *Una*, que el *Code civil*, obra extraordinaria, acusa el paso del tiempo<sup>46</sup>. *Otra*, que su estructura se presta la crítica y así, su Libro III, titulado *Des*

<sup>42</sup> PEERAER/SAMOY, *ERPL* (2016), p. 617. Entienden que la revisión del código civil belga es necesaria para restaurar su posición central dentro del Derecho privado y, que la futura revisión del código civil belga no debe intentar integrar toda ley especial de Derecho privado en un único documento, pues, tal extensión no solo es imposible en el presente contexto del Derecho privado, sino que, además, puede frustrar una importante función del código, la de ser relativamente conciso. Para lograr la útil visión general de los múltiples aspectos del Derecho privado, la revisión del código civil belga ha de limitarse a los conceptos, principios y reglas generales, y las reglas más específicas, como las de la protección de los intereses de los consumidores, de los trabajadores, de los arrendatarios, de la competencia, etc., han de dejarse fuera del código civil belga, pudiendo formar parte de códigos separados que contengan la regulación específica para esas menores situaciones generales. PEERAER/SAMOY reconocen que transformar el código civil en una recopilación de conceptos estructurados, principios y reglas generales no es camino revolucionario, pero, entienden que el objetivo no es la promulgación de un completo nuevo Derecho privado, sino la de reestructurar el existente disperso cuerpo de leyes y jurisprudencia, de modo que las previsiones a aplicar puedan fácilmente encontrarse e interpretarse. Los códigos más detallados, distintos del código civil belga, no tienen por fin crear una general, clara y duradera estructura legal para las específicas regulaciones, sino solo el de regular específicas materias en la medida que se requiera la derogación de las reglas generales que se contengan en el código civil belga. Junto a lo anterior, PEERAER/SAMOY también señalan que la *jurisprudencia* y los *académicos* jugarán una decisiva influencia en el desarrollo del Derecho civil belga (rellenarán las palabras de la legislación; surgirán cuestiones imprevistas que requerirán de la intervención creativa de los jueces y académicos; entre otras cosas, los autores se muestran críticos con el estilo lacónico de la *Corte de cassation* belga, y destacan la importancia de conocer los hechos del caso y los argumentos manejados para su solución; apuntan la necesidad de que las sentencias sean transparentes). (pp. 612-613, 614-616).

<sup>43</sup> PEERAER/SAMOY, *ERPL* (2016), p. 607; y consideran que con su extenso y formidable conocimiento del Derecho privado europeo nacional y de la influencia del Derecho europeo en el Derecho privado nacional y su incesante atención a los elementos fácticos de cada caso, Arthur Hartkamp es un nombre que viene inmediatamente a la mente.

<sup>44</sup> *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 4-5.

<sup>45</sup> *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 5.

<sup>46</sup> *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 5; el texto continúa: «Buen número de disposiciones llevan la impronta de una época pasada. A título de ejemplo, la cesión de bienes, que permitía al deudor escaparse de la prisión por deudas [*contrainte par corps*], se menciona siempre en el Código civil (arts. 1265 a 1270), mientras que esta última ha sido derogada por la Ley 31 de enero de 1980 instituyendo la pena judicial [*astreinte*]».



*différentes manières dont on acquiert la propriété*, se presenta como un libro cajón de sastre, en el que se tratan cuestiones tan diversas como el Derecho sucesorio, las liberalidades, las obligaciones convencionales, los cuasi-contratos, la responsabilidad *quasi* delictual, los contratos especiales y la prescripción<sup>47</sup>. Además, las lagunas del *Code civil* han devenido cada vez más enormes<sup>48</sup>. Por ejemplo, el legislador consagra diversas disposiciones a la validez del contrato (arts. 1108 ss.) y no trata, en cambio, del proceso dinámico de la celebración del contrato: nada se indica para cuestiones tan importantes como la oferta, la aceptación, los deberes de información, o la celebración del contrato entre ausentes<sup>49</sup>. Ahora bien, la *jurisprudencia* ha podido asegurar una cierta modernización del Derecho de obligaciones<sup>50</sup> y su influencia ha sido tan considerable que ha hecho que el Derecho belga de las obligaciones se relacione cada vez más con el sistema del *Common law*<sup>51</sup>. Por otro lado, la abundancia exponencial de las legislaciones especiales y el creciente lugar del Derecho europeo en la materia civil restringen el campo de aplicación del *Code civil* y por tanto, del *derecho común*<sup>52</sup>.

Por todas las anteriores razones, no se puede pretender más que el Derecho positivo, tal y como actualmente se aplica en la práctica, se encuentre en el *Code civil*<sup>53</sup>. El desafío de un código es, pues, existencial<sup>54</sup>. Y por esas mismas razones, el Ministro de Justicia decidió, conforme al *Accord de gouvernement* de 10.10.2014, crear varias Comisiones encargadas de reformar el Derecho civil, comenzando sus trabajos en 2015, a petición del Ministro y bajo la forma de Grupos de expertos<sup>55</sup>. Una de esas Comisiones es la *Comisión de reforma del Derecho de obligaciones*, formada por los profesores Patrick Wéry y Sophie Stijns como copresidentes, los profesores Eric Dirix, Rafaël Jafferalli, Benoît Khol e Ilse Samoy como expertos, por Françoise Auvray, Sanne

<sup>47</sup> *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 5.

<sup>48</sup> *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 5.

<sup>49</sup> *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 5; el texto continúa: «En cuanto al régimen de la inejecución de las obligaciones contractuales, se ofrece el espectáculo de un mosaico de textos sin coherencia de conjunto: el acreedor, que desee conocer sus derechos frente a un deudor negligente o recalcitrante, experimentará dificultades para encontrar, en el código, los textos relativos a la ejecución *in natura* (arts. 1142 a 1144, art. 1184.II), a la responsabilidad contractual (esencialmente los arts. 1137, 1146 y ss.), a la excepción de inejecución (art. 1612) o incluso a la resolución del contrato (art. 1184)».

<sup>50</sup> *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 5; el texto continúa: «Basta pensar en sentencias de la *Cour de cassation* relativas a la excepción de inejecución, a la decisión del acreedor de considerar el contrato sinalagmático como resuelto, a la lesión cualificada, o a la nulidad parcial de una cláusula»; de la lesión cualificada trato *infra* [73] [A], y en [89] en caja más pequeña, del abuso de circunstancias.

<sup>51</sup> *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 5-6; se añade que los justiciables padecen el acceso al Derecho de obligaciones.

<sup>52</sup> *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 6.

<sup>53</sup> *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 6.

<sup>54</sup> *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 6; el texto continúa: «Como señala G. Cornu, en el libro del bicentenario, “Ser, o ser desmembrado, es decir, no ser más; he aquí la cuestión”. Sería lamentable que el proceso de descodificación, que está abierto, reduzca el Código civil a un cuero viejo: el Código civil no puede sufrir la suerte del viejo Código de comercio, que no subsiste, más que en algunas retazos».

<sup>55</sup> *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 6.



Jansen, y M. Sander Van Loock como colaboradores, y por M. Jean-Christophe Boulet como representante de *SPF Justice*<sup>56</sup>. En algo más de dos años, la *Comisión de reforma del Derecho de obligaciones* terminó sus trabajos<sup>57</sup>. La rapidez con que la *Comisión* ha logrado su basta obra se debe, naturalmente, a muchas de las considerables aportaciones de la doctrina, así como a las nuevas pistas trazadas por la jurisprudencia, cuyo trabajo de interpretación ya había permitido modernizar el *Code civil*<sup>58</sup>. La *Comisión* también ha podido inspirarse en las enseñanzas del Derecho comparado y así, los Derechos francés, neerlandés y alemán, por no citar más que esos, han permitido enriquecer sus reflexiones<sup>59</sup>. Los proyectos europeos de armonización del Derecho privado frecuentemente han confirmado que las opciones efectuadas son adecuadas<sup>60</sup>. Finalmente, la presente *Proposition de Loi* tiene en cuenta, en diversos aspectos, las observaciones formuladas en el curso de la consulta pública que el Ministro de Justicia decidió llevar a cabo<sup>61</sup>.

La estructura general del *Livre 5* de la *Proposition de Loi* es: *Titre 1<sup>er</sup>. Dispositions introductives*, *Titre 2 Les sources d'obligations* –*Sous-titre 1. Les actes juridiques* (para un desglose parcial de este Subtítulo, *infra* notas 540 y 542); *Sous-titre 2. Les faits juridiques*– y *Titre 3. Le régime général de l'obligation* –*Sous-titre 1<sup>er</sup>. Disposition introductive*; *Sous-titre 2. Les modalités de l'obligation*; *Sous-titre 3. Les obligations avec pluralité des objets et sujets*; *Sous-titre 4. La transmission des obligations*; *Sous-titre 5. L'exécution de l'obligation*; *Sous-titre 6. L'inexécution de l'obligation*; *Sous-titre 7. Les mesures de sauvegarde des droits du créancier*; *Sous-titre 8. Les causes d'extinction de l'obligation*–<sup>62</sup>.

Finalmente, sobre los objetivos de la *Proposition de Loi*, la misma «[...] viene a modernizar el Derecho de obligaciones»,

<sup>56</sup> *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 6, y artículo 1 de la *Arrête ministériel portant création des Commissions de réforme du droit civil* de 30.09.2017 (*M.B.* 09.10.2017).

Además de la indicada *Comisión*, se crearon las siguientes: *Comisión de reforma del Derecho de bienes* (art. 2), *Comisión de reforma del Derecho de la prueba* (art. 3), *Comisión de reforma del Derecho de responsabilidad* (art. 4), *Comisión de reforma del contrato de préstamo* (art. 5) y *Comisión de reforma de las garantías personales* (art. 6); asimismo, se encargó a los profesores Eric Dirix y Patrick Wéry la coordinación de los trabajos de las *Comisiones* previstas en los artículos 1 a 6 (art. 7; todos los artículos son de la *Arrête ministériel portant création des Commissions de réforme du droit civil* de 30.09.2017).

<sup>57</sup> *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 6.

<sup>58</sup> *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 6.

<sup>59</sup> *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 6.

<sup>60</sup> *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 6.

<sup>61</sup> *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 6-7. Dicha consulta pública tuvo un éxito considerable: ha permitido recoger observaciones individuales de abogados, notarios y magistrados, y de varias Facultades de Derecho (a nivel colectivo, o individual); varias federaciones, asociaciones y organizaciones profesionales han, igualmente, participado en la consulta. La necesidad de una reforma del Derecho de obligaciones ha sido ampliamente defendida por los participantes. La mayor parte de las observaciones han acogido muy favorablemente el anteproyecto, en su redacción y fondo. La *Comisión* ha tenido conocimiento de las observaciones de la consulta pública con mucho interés y ha adaptado el inicial anteproyecto en diferentes puntos. *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 7; *vid.* hasta p. 11.

<sup>62</sup> *Resumen* con el que se inicia el DOC 55 0174/001, p. 3.

«mejorar la seguridad jurídica, reforzar la accesibilidad del Derecho de obligaciones y modernizar el equilibrio entre la autonomía de las partes y el rol del juez en tanto que guardián de los intereses de la parte vulnerable y del interés general», por lo que «se propone: / 1.º confirmar la jurisprudencia constante y las figuras jurídicas comúnmente admitidas; / 2.º clarificar aspectos sujetos a discusión en la práctica actual del Derecho; / 3.º remediar las lagunas del Derecho de obligaciones actual; / 4.º simplificar algunas reglas actuales inútilmente complicadas; / 5.º modernizar el Derecho de obligaciones allí donde actualmente esté absoleto»<sup>63</sup>.

[6] Sin perjuicio de que el objetivo de mi trabajo sea el análisis del dolo en los Derechos francés y belga, al hilo de su exposición hago unas puntuales referencias del dolo en otros Derechos extranjeros, sea porque lo requiere el contexto de mi exposición, sea por la oportunidad de comparar los Derechos francés y belga con otros Derechos. De este modo procedo con los Derechos alemán, italiano, portugués, suizo, y el Derecho de los Países Bajos. Asimismo de modo puntual aludo al derogado y al vigente Derecho argentino, y a otros Derechos latinoamericanos (colombiano, chileno, paraguayo, peruano, uruguayo y venezolano).

El dolo es una figura *generalizada* en el ámbito del Derecho de contratos y en el Derecho comparado europeo. Lo apuntan, por ejemplo, Smits y Palazón Garrido como sigue:

a) Según Smits, todos los Códigos civiles e instrumentos internacionales tienen claro que el «*fraud (dol, arglistige Täuschung, beddrog)*» es fundamento que permite anular el contrato u otro acto jurídico<sup>64</sup>. Una parte engaña deliberadamente a su contraparte<sup>65</sup>. El autor lo ilustra con los siguientes ejemplos. A puede vender a B un coche tras haber cambiado los 200.000 kilómetros que marca su cuentakilómetros, a 20.000 kilómetros; C puede vender a D una casa, después de repintar sus paredes para ocultar una zona deteriorada<sup>66</sup>.

En cuanto a los efectos del dolo, Smits apunta que, en la práctica, quien cree haber sido víctima de dolo puede fundamentar su reclamación tanto en el *error* como en el *dolo*<sup>67</sup>. Además, si puede probar que la otra parte tenía *intención de engañarla*, no solo podrá *anular* el contrato, sino que también podrá reclamar la *reparación de los daños y perjuicios* (con fundamento en la *responsabilidad*

<sup>63</sup> *Resumen* con el que se inicia el DOC 55 0174/001, p. 3.

<sup>64</sup> SMITS (2017), p. 167.

Para un análisis de Derecho comparado del dolo, con mayor o menor profundidad, por ejemplo: ZWEIFERT/KÖTZ (1998), pp. 424-428; PROBST (2008), pp. 66-172; la citada en el cuerpo del texto PALAZÓN GARRIDO (2016), pp. 1221-1268; KÖTZ (2017) pp. 173-184; BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/VOGENAUER (2019), pp. 486-497, 566-584.

<sup>65</sup> SMITS (2017), p. 167.

<sup>66</sup> SMITS (2017), p. 167.

<sup>67</sup> SMITS (2017), p. 168.

extracontractual, o en una disposición especial)<sup>68</sup>. A la víctima del dolo, la reparación de los daños y perjuicios le es de utilidad, si incurrió en gastos confiando en la validez del contrato<sup>69</sup>. Finalmente, Smits apunta que las situaciones calificadas como *fraud* en los sistemas de Derecho civil, probablemente encajen en la *fraudulent misrepresentation* del Derecho inglés, pero ello solo si se produce por una declaración de la parte, pues, si esta se mantuvo en silencio, normalmente no se calificará como *misrepresentation*<sup>70</sup>.

b) Según Palazón Garrido, «[e]n el ámbito comparado, puede afirmarse que el dolo como vicio de la voluntad existe, con unos u otros requisitos, en todos los sistemas jurídicos. En Derecho inglés se ha elaborado la categoría más amplia de la *misrepresentation*, en la cual, según que las declaraciones falsas del contratante que incurrir en ella sean inocentes o se hayan realizado con negligencia o de forma consciente, se distingue respectivamente entre *innocent* o *negligent misrepresentation*, o bien *fraudulent misrepresentation* o simplemente *fraud*. Esta última equivale al dolo en el Derecho con-

<sup>68</sup> SMITS (2017), p. 168; como ejemplo de disposición especial, el autor cita al artículo 4:117 de los *Principles of European Contract Law*, según el cual: «Damages/ (1) A party which avoids a contract under this Chapter may recover from the other party damages so as to put the avoiding party as nearly as possible into the same position as if it had not concluded the contract, provided that the other party knew or ought to have known of the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage./ (2) If a party has the right to avoid a contract under this Chapter, but does not exercise its right or has lost its right under the provisions of Articles 4:113 [Time Limits] or 4:114 [Confirmation], it may recover, subject to paragraph (1), damages limited to the loss caused to it by the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage./ The same measure of damages shall apply when the party was misled by incorrect information in the sense of Article 4:106 [Incorrect Information]./ (3) In other respects, the damages shall be in accordance with the relevant provisions of Chapter 9, Section 5, with appropriate adaptations».

Por otro lado, el dolo (el fraude) se regula en el artículo 4:107 de los *Principles of European Contract Law*, que ordena: «Fraud/ (1) A party may avoid a contract when it has been led to conclude it by the other party's fraudulent representation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which in accordance with good faith and fair dealing it should have disclosed./ (2) A party's representation or non-disclosure is fraudulent if it was intended to deceive./ (3) In determining whether good faith and fair dealing required that a party disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including:/ (a) whether the party had special expertise;/ (b) the cost to it of acquiring the relevant information;/ (c) whether the other party could reasonably acquire the information for itself; and/ (d) the apparent importance of the information to the other party».

<sup>69</sup> SMITS (2017), p. 168; volviendo al ejemplo que había descrito, el de la modificación del kilometraje del coche, antes de su venta, que pasa de los 200.000 kilómetros realmente recorridos a los 20.000 kilómetros, SMITS indica que la víctima del dolo puede anular el contrato y también puede exigir del vendedor el coste del alquiler de un coche de sustitución (el coste razonable).

<sup>70</sup> SMITS (2017), p. 168; en las pp. 172-175, da breve cuenta de la *misrepresentation* (en particular a partir de la p. 173). Sobre la *fraudulent misrepresentation*, SMITS explica que existe si una parte *sabe* que está haciendo una declaración falsa; para el supuesto en que la parte tuviera una deliberada intención de engañar, la otra podrá anular el contrato y reclamar la indemnización de daños y perjuicios con fundamento en el *tort of deceit* (p. 173). Sobre la *misrepresentation*, con carácter general, CARTWRIGHT (2019), pp. 253-269. Para el concepto de *misrepresentation* y solo para la anulabilidad (*rescission*) del contrato por su causa, FENOY PICÓN, ADC (2017) [101]-[102], pp. 564-568.

tinental: *dolo* en España (arts. 1269-1270 CC<sup>71</sup>), Italia (art. 1439-1440 CC it.<sup>72</sup>) y Portugal (arts. 253-254 CC p.<sup>73</sup>); *dol* en Francia (arts 1137 a 1139 CC fr<sup>74</sup>); *arflistige o absichtliche Täuschung* en Alemania y Suiza (§ 123 BGB y art. 28 CO<sup>75</sup>); *List* en Austria (§§ 870, 874 y 875 ABGB) y *bedrog* en Holanda [art. 3:44 (3) BW<sup>76</sup>], por citar algunas de las denominaciones del vicio en los distintos idiomas europeos. En Estados Unidos se suele distinguir de modo general entre *intentional and unintentional misrepresentation*, reservando la triple clasificación inglesa a efectos del *tort action*» (cursiva del original)<sup>77</sup>.

[7] En este trabajo hago también algunas breves indicaciones sobre el dolo en los *Principles of European Contract Law* (PECL), en los *Principios sobre los contratos comerciales internacionales* de UNIDROIT versión de 2016 (Principios UNIDROIT) y en los *Principios Latinoamericanos de Derecho de contratos*. Ello por las mismas razones que he apuntado en el anterior [6].

[8] Finalizo el trabajo con unas conclusiones y valoración personal.

## II. EL DOLO EN EL DERECHO FRANCÉS

[9] Lo analizo diferenciando su regulación *antes* de su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131* y *después* de ella. *Pero antes de hacerlo*, he de aportar más datos sobre esa distinción entre periodos temporales.

<sup>71</sup> Recuerdo su tenor literal: artículo 1269 CC: «Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho»; artículo 1270 CC: «Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes./ El dolo incidental solo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios».

<sup>72</sup> Los transcribo *infra* notas 185 y 186; y en nota 84 transcribo el artículo 1427 CCI.

<sup>73</sup> Los transcribo *infra* [14] en caja más pequeña c), [19] [B] nota 126 a), [62] [F] nota 368, y nota 213; para el derogado Código civil de 1867, *infra* notas 96 y 126 b).

<sup>74</sup> Los transcribo *infra* [41] en caja más pequeña.

<sup>75</sup> El § 123 BGB (1) lo transcribo *infra* en nota 184, y el § 123 (2) BGB *infra* en [62] [C]. MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON indican que el § 123 BGB emplea el término *engaño* (*Täuschung*), mientras que el de fraude (*Betrug*), de uso más común en el Derecho penal, tiene una connotación diferente; al *engaño*, el BGB añade el adjetivo *arglistig* o malicioso, y dicho adjetivo es considerado como «fraudulento» o «doloso», si bien ello está implícito en el término *engaño* [(2006) p. 303].

El artículo 28.2 CO lo transcribo *infra* en nota 369, y el artículo 28.1 CO, en nota 578.

<sup>76</sup> Lo transcribo *infra* en notas 125 b) y 143.

<sup>77</sup> PALAZÓN GARRIDO (2016) 6, p. 1225.

## 1. LOS SUCESIVOS CAMBIOS LEGISLATIVOS Y LA FIJACIÓN DE LOS PERIODOS TEMPORALES

[10] *A efectos de determinar la normativa aplicable al contrato celebrado*, lo que afecta al dolo, se diferencian tres periodos. *Uno*, el de los contratos celebrados *antes* del 01.10.2016. *Dos*, el de los celebrados *entre* el 01.10.2016 y el 30.09.2018. *Y tres*, el de los celebrados *entre* el 01.10.2018 y en adelante. Bénabent apunta «el anuncio [para los contratos] de un largo periodo de un “triple derecho positivo”»<sup>78</sup>.

[11] La anterior distinción entre periodos tiene, como *primera razón*, la reforma que la *Ordonnance n.º 2016-131* hizo en la redacción originaria del *Code civil*. Según el artículo 9 *Ordonnance n.º 2016-131*, la fecha de su entrada en vigor era el 01.10.2016 y prescribía *que a los contratos concluidos antes de dicha fecha se les siguiera aplicando la anterior ley*, sin perjuicio de otras normas de derecho transitorio<sup>79</sup>. Esto delimita el *primer* periodo, el de los contratos celebrados antes del 01.10.2016.

Artículo 9 *Ordonnance n.º 2016-131*:

«Les dispositions de la presente ordonnance entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016.

Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne [*y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public*] (esa cursiva y corchetes, míos<sup>80</sup>).

Toutefois, les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article 1123 et celles des articles 1158 et 1183 sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance.

Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation».

Posteriormente –*segunda razón* para diferenciar entre periodos temporales– el Parlamento francés ratificó la *Ordonnance n.º 2016-131* mediante la *Loi n.º 2018-287* (art. 1). Al ratificar, el Parlamento francés *no* se limitó a la aprobación pura y simple, *sino* que llevó a cabo en la *Ordonnance n.º 2016-131* algunos retoques de redac-

<sup>78</sup> BÉNABENT (2018) 10, p. 23.

<sup>79</sup> *Vid.* además la nota inmediatamente siguiente. Para los contratos celebrados antes del 01.10.2016, CHANTEPIE/LATINA, «Introduction» (2016) pp. 37-40.

<sup>80</sup> En la redacción *originaria* del artículo 9 *Ordonnance n.º 2016-131* no se encontraban las palabras que pongo entre corchetes y en cursiva. *En la actualidad* tales palabras sí forman parte del artículo 9 *Ordonnance n.º 2016-131 desde la fecha de entrada en vigor de la Ordonnance n.º 2016-131*, por obra del artículo 16.III *Loi n.º 2018-287*, artículo, este último, que transcribo algo más adelante en el cuerpo del texto en este mismo [11].

*ción y otros de fondo* (sobre su contenido), afectando a *una veintena de artículos* sobre el total de los trescientos cincuenta de la *Ordonnance n.º 216-131*<sup>81</sup>. La propia *Loi n.º 2018-287*, en su artículo 16.I tercer párrafo *in fine*, califica de *interpretativos* los retoques *de redacción* y esas interpretaciones se aplican *desde el 01.10.2016* (que es la fecha de entrada en vigor de la *Ordonnance n.º 2016-131*; la aplicación/interpretación *es retroactiva*). En cambio, las *reformas de fondo* –indicadas en el artículo 16.I segundo párrafo *Loi n.º 2018-287*– entran en vigor *el 01.10.2018*, según ordena el artículo 16.I primer párrafo *Loi n.º 2018-287*<sup>82</sup>. Esto último, *la fecha de entrada en vigor de las reformas de fondo*, permite diferenciar entre los antes indicados periodos *segundo* (desde el 01.10.2016 hasta el 30.09.2018) y *tercero* (desde el 01.10.2019 y en adelante).

Artículo 1 *Loi n.º 2018-287*:

«L'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est ratifiée».

Artículo 16 *Loi n.º 2018-287*:

«I. La présente loi entre en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2018.

Les articles 1110, 1117, 1137, 1145, 1161, 1171, 1223, 1327 et 1343-3 du code civil et les articles L. 112-5-1 et L. 211-40-1 du code monétaire et financier, dans leur rédaction résultant de la pré-

<sup>81</sup> BÉNABENT (2018) 9, p. 22.

Sobre la *Loi n.º 2018-287*, DESHAYES/GENICON/LAITHIER señalan su importancia por las tres siguientes razones. *La primera*, porque cierra el proceso de reforma abierto por la «loi d'habilitation du 16 février 2015». *La segunda*, porque transforma la naturaleza y el estatus jurídico de la *Ordonnance n.º 2016-131*. De este modo, hasta la *Loi n.º 2018-287*, el texto de la citada *Ordonnance* conserva la naturaleza de acto «reglamentario», y tras la mentada *Loi*, la *Ordonnance* accede al estatuto de ley, confundándose con el acto que aprueba el contenido. DESHAYES/GENICON/LAITHIER aclaran que la apropiación por el Parlamento del texto del Gobierno produce como consecuencias que la *Ordonnance n.º 2016-131* no pueda controlarla el juez administrativo y que no podrán impugnarse los casos, en los que la habilitación dada por el Parlamento haya sido sobrepasada. *La tercera razón* es que la *Loi n.º 2018-287* no se ha contentado con ratificar la *Ordonnance n.º 2016-131*, dado que añade algunos cambios; en concreto: se retocan veintiún artículos del Código civil, se introducen dos nuevos artículos en el *Code monétaire et financier*; y se añade al artículo 9 *Ordonnance n.º 2016-131* una precisión sobre la aplicación temporal de los textos de 2016. [SJ (2018) 1, pp. 885-886; *vid.* también 2-4, p. 886].

<sup>82</sup> Sobre la elección del 01.10.2018, como fecha de entrada en vigor de la *Loi n.º 2018-287* y aplicable a sus *reformas de fondo*, DESHAYES/GENICON/LAITHIER afirman que ello *no es anodino*: permite que la entrada en vigor de la *Loi n.º 2018-287* tenga lugar el mismo día del *segundo aniversario* de la entrada en vigor de la *Ordonnance n.º 2016-131*, y en consideración a esas fechas de referencia, los conflictos temporales de las leyes se solucionarán más fácilmente [«Artículo 16» (2018), p. 34].



sente loi, sont applicables aux actes juridiques conclus ou établis à compter de son entrée en vigueur.

Les modifications apportées par la présente loi aux articles 1112, 1143, 1165, 1216-3, 1217, 1221, 1304-4, 1305-5, 1327-1, 1328-1, 1347-6 et 1352-4 du code civil ont un caractère interprétatif<sup>83</sup>.

II. [...].

III. Le deuxième alinéa de l'article 9 de l'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est complété par les mots: «, y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public».

Le présent III est applicable à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016.

[...]».

## 2. EL DOLO ANTES DE LA REFORMA DEL *CODE CIVIL* POR LA *ORDONNANCE N.º 2016-131*: LA REGULACIÓN ORIGINARIA DE 1804

[12] En *primer lugar* presento los específicos artículos que regulan el dolo en el *Code civil*, y *después* los analizo.

### 2.1 La presentación de la regulación del dolo

[13] El artículo 1109 CCF *enumera los vicios del consentimiento*, cuando señala que no hay consentimiento válido si el mismo se da con error, o se arranca con violencia, o *se sorprende por dolo*. Por lo que respecta al dolo, el artículo 1116 CCF se encarga de regularlo, disponiendo que el dolo es *causa de nulidad de la convención si las maniobras practicadas por una de las partes son tales que, evidentemente, sin ellas, la otra parte no habría contratado*; además, el dolo *no se presume y debe probarse*.

[A] Artículo 1109 CCF:

«Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol».

<sup>83</sup> Para los artículos de la *Loi n.º 2018-131* de carácter interpretativo de la *Ordonnance n.º 2016-131*, que entran en vigor el 01.10.2016 (carácter retroactivo), DESHAYES/GENICON/LAITHIER apuntan que dicha solución no la prevé positivamente el artículo 16.I *Loi n.º 2018-287* y podría ponerse en duda, pero, la intención del Parlamento se deduce del «caractère interprétatif» que expresamente confiere a tales modificaciones [«Artículo 16» (2018), p. 34, pero *vid. pp.* 34-39].

## Artículo 1116 CCF:

«Le dol est une cause de nullité de la convention, lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

Il ne se présume pas, et doit être prouvé».

[B] Los anteriores artículos del *Code civil* influyeron en la regulación del dolo de los ahora derogados Códigos civiles de Holanda (de los Países Bajos) de 1838 (CCH 1838) y de Italia de 1865 (CCI 1865)<sup>84</sup>. Se disponía, respectivamente, lo siguiente:

a) Artículo 1357 CCH 1838: «No será válido el consentimiento, si ha sido prestado por error, ó arrancado por violencia, ú obtenido por dolo»<sup>85</sup>.

Artículo 1364 CCH 1838: «El dolo será causa de nulidad cuando exista el convencimiento de que sin los manejos é intrigas de una de las partes no hubiera la otra contratado.

El dolo no se presume nunca; siempre debe probarse»<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> ZWEIGERT/KÖTZ informan que el *Code civil* francés se conoció en Italia a través de la armada de Napoleón. Sicilia y Cerdeña escaparon de la ocupación francesa gracias a Inglaterra, pero, en el resto de Italia, el *Code civil* entró en vigor, si bien solo por un corto periodo de tiempo. Durante el entusiasmo de la liberación de la dominación francesa, el *Code civil* se derogó en 1814 casi en todos los lugares, pero, rápidamente estuvo claro que el tradicional Derecho de origen canónico y romano era inadecuado para las necesidades del momento, y los individuales territorios italianos fueron gradualmente promulgando nuevos códigos civiles, todos basados en el *Code civil*, y solo los territorios gobernados por Austria, especialmente en Lombardía y en el Véneto, tuvieron el Código civil austriaco de 1811 (ABGB). Pese a haber muchos diferentes códigos civiles en Italia, su común confianza en el *Code civil* formó una base para la unificación del Derecho privado y fue poco después del gran movimiento nacional de unificación –el *Risorgimento*– que se promulgó el *Codice civile* de 1865, unificando el Derecho de Italia. *Este Código se basó esencialmente en la codificación francesa*, pero difiere de él, por ejemplo, en que tiene unas *disposizioni preliminari*. [(1998) p. 104].

Sobre el posterior y vigente *Codice civile de 1942*, de cuya regulación del dolo doy cuenta en el trabajo según lo preciso, ZWEIGERT/KÖTZ señalan que incluye prácticamente todo el Derecho comercial y el económico y no rompió radicalmente con la tradición francesa –citando a Berri, «las principales líneas del Código de Napoleón pueden hoy todavía encontrarse en el Código civil italiano, de hecho no es fácil de comprenderlo sin estar familiarizado de algún modo con el gran trabajo francés ...»– y, si *los principios básicos del Derecho de obligaciones son claramente similares en los códigos italiano y francés*, hay diferencias fundamentales en el área del Derecho matrimonial [(1998) p. 106].

En el Código civil italiano de 1942, los vicios del consentimiento son el error, la violencia y el dolo (art. 1427 CCI: «Errore, violenza e dolo. Il contraente, il cui consenso fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo, può chiedere l'annullamento del contratto secondo le disposizioni seguenti»). Los artículos 1439 y 1440 CCI regulan el dolo (los transcribo *infra* en notas 185 y 186, respectivamente).

<sup>85</sup> ROMERO GIRÓN/GARCÍA MORENO (1890), p. 365.

<sup>86</sup> ROMERO GIRÓN/GARCÍA MORENO (1890), p. 366.

b) Artículo 1108 CCI 1865: «El consentimiento no será válido si se dio con error, fue arrancado con violencia ó causado por dolo»<sup>87</sup>.

Artículo 1115 CCI 1865: «El dolo será causa de nulidad, cuando los manejos usados por uno de los contratantes sean tales, que el otro no hubiera contratado sin ellos»<sup>88</sup>.

## 2.2 El análisis del dolo

### 2.2.1 EL ERROR PROVOCADO. EL DOLO SIN ERROR. LA DOBLE NATURALEZA DEL DOLO: ILÍCITO CIVIL Y VICIO DEL CONSENTIMIENTO. LA VOLUNTAD DE ENGAÑAR (ELEMENTO INTENCIONAL)

[14] Según Flour/Aubert/Savaux, el dolo *es palabra que designa el comportamiento destinado a inducir a error a una persona, a fin de que esta última se decida a celebrar el contrato* –esto es, la víctima del dolo sufre un error provocado; por otro lado, frente al error provocado por dolo (art. 1116 CCF), se encuentra el error espontáneo del artículo 1110 CCF<sup>89-90</sup>. Por ser el dolo un vicio del consentimiento, debe apreciarse la psicología de su víctima (al respecto *infra* [16] [B])<sup>91</sup>.

*Desde su perspectiva de Derecho comparado, Zweigert/Kötz indican que el error y el engaño (el dolo) tienen en común que la parte engañada celebra el contrato bajo un error, residiendo la dife-*

<sup>87</sup> ROMERO GIRÓN/GARCÍA MORENO (1885), p. 242.

<sup>88</sup> ROMERO GIRÓN/GARCÍA MORENO (1885), p. 242. Sobre el dolo en el Código civil italiano de 1865, con carácter general, TRABUCCHI (1937), pp. 26 ss..

<sup>89</sup> Artículo 1110 CCF: «L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet./ Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention». Para un análisis del artículo 1110 CCF, FENOY PICÓN, *ADC* (2017) [276]-[285] pp. 735-741.

<sup>90</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 211, p. 212. MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI señalan lo usual de presentar al dolo como un *erreur provoquée*, frente al vicio de error, que implica un *erreur spontanée*; recuerdan, además, que el dolo en la formación del contrato nada tiene que ver con el dolo en la ejecución del contrato, definiendo a este último como la inexecución voluntaria o deliberada de las obligaciones que del contrato resulten [(2017) 200, p. 179]. FABRE-MAGNAN apunta que, para que el contrato pueda anularse, el engaño *ha de haber provocado* un vicio en el consentimiento del contratante, *en la práctica un error*; si una de las partes organiza unas maniobras, o miente, o lleva a cabo una reticencia dolosa, que no engañan al contratante, cuando la conclusión del contrato, dicho contratante no podrá después quejarse de dolo, pues su consentimiento no se encontraba viciado [(2012), p. 349]. Y BÉNABENT indica que en el dolo hay un *error provocado* [(2010) 85, p. 68].

<sup>91</sup> FABRE-MAGNAN (2012), p. 349.

rencia en que, en el engaño (en el dolo), *el error se causó deliberadamente por la otra parte*<sup>92</sup>. De ahí que los casos de engaño (de dolo) puedan verse *como un supuesto especial de «error causado» (de error provocado)*<sup>93</sup>.

La anterior caracterización del dolo se encuentra en el *Derecho francés*, como acabo de exponer en este mismo [14]. Por lo que respecta a otros Derechos, por ejemplo:

a) Para el *Derecho de los Países Bajos*, Hartkamp y Van Rossum afirman que el *dolo causa (provoca) un error*<sup>94</sup>.

b) Para el *Derecho italiano*, Cataudella apunta que, en el dolo, hay una falsa representación de la realidad *provocada por la conducta de la otra parte o por un tercero*, y esto es lo que caracteriza al dolo frente al error<sup>95</sup>.

c) En el *Derecho portugués*, al definir el dolo, el artículo 253 del Código civil portugués de 1966 (CCP) apunta al *error provocado* (y también al *error preexistente, que no se deshace*). Según dicho artículo 253 CCP: «Dolo/1. Entende-se por dolo qualquer sugestao ou artificio que alguém empregue com a intençao ou consciência de induzir ou manter em erro o autor da declaração, bem como a dissimulação, pelo declaratório ou terceiro, *do erro do declarante.* 2. [...]» (cursiva mía)<sup>96</sup>.

[15] Sentado que el dolo supone un error provocado, *¿puede tener mayor alcance aplicativo? ¿Puede haber dolo sin error?* No.

<sup>92</sup> ZWEIGERT/KÖTZ (1998), p. 424; con posterioridad KÖTZ (2017), p. 173.

<sup>93</sup> ZWEIGERT/KÖTZ (1998), p. 424; con posterioridad KÖTZ (2017), p. 173.

<sup>94</sup> HARTKAMP (2015) 85, p. 91; el autor precisa que el Derecho *demanda exigencias más severas para el dolo (el fraude) que para el error*, como que el dolo (el fraude) requiere de una conducta *intencionalmente* engañosa, además de que el dolo (el fraude) *no exige que el error causado cumpla los requisitos dispuestos en el artículo 6:228 BW para el error vicio* [para un análisis del error vicio del art. 6:228 BW, y del error en la declaración del art. 3:35 BW, FENOY PICÓN (2017) [53]-[56] pp. 522-526].

Según VAN ROSSUM, en el Derecho de los Países Bajos, el dolo y el error se encuentran estrechamente conectados y de hecho, es el comportamiento doloso (fraudulento) el que causa el error. De conformidad con el Derecho de los Países Bajos, no es el dolo (el fraude) lo que, en sí mismo, constituye un defecto de voluntad, sino más bien el error provocado por el acto jurídico doloso (fraudulento) de la parte que engaña [«Artículos 4:107 PECL y 3:44 BW» (2002) p. 207].

<sup>95</sup> CATAUDELLA (2019), p. 112; en la nota 160 en p. 112, CATAUDELLA, citando a Allara, añade que, en rigor, el dolo, más que ser un vicio autónomo de la voluntad, constituye, como autorizadamente se ha apuntado, «una particular causa de un vicio de la voluntad (el error)».

Por su parte, GAZZONI apunta que el error también puede ser fruto de engaños llevados a cabo por la contraparte o por un tercero, y en tal caso se habla de dolo contractual o negocial [(2019), p. 974].

<sup>96</sup> El artículo 253.1 CCP se refiere a la «intençao ou consciência» y con esto último (consciencia) parece referirse al conocido como dolo eventual. Sobre el dolo eventual y el Derecho alemán, *infra* nota 184.

En cuanto al *derogado* artículo 663 CCP 1867, este disponía: «También produce nulidad *el error que procede de dolo* ó de mala fe de uno de los contratantes, ó de un tercero que tenga interés directo en el contrato. / § único.— Entiéndese por dolo en los contratos cualquier sugestión ó artificio *empleado para inducir á error ó mantener en él á alguno de los contratantes*; y por mala fe el disimulo del error del otro contratante, *después de conocido*» [cursiva mía; ROMERO Y GIRÓN/GARCÍA MORENO (1891), p. 226].

Al respecto, Malinvaud/Fenouillet/Mekki recuerdan que la *S 30.01.1970* de la *Cour de Colmar* amplió la noción de dolo a supuestos en los que, de modo abusivo, se insiste a una persona anciana, o enferma, a fin de obtener su consentimiento<sup>97</sup>. En concreto, la *Cour de Colmar* había señalado la nulidad, por dolo, de una donación consentida por la donadora en condiciones muy sospechosas (había estado manifiestamente «chambrée»)<sup>98</sup>. Los autores opinan que esa decisión supone *desconocer* la definición de dolo –de que se trata de un error provocado– *pues la donadora había cedido a una cierta forma de violencia, sin realmente haber sufrido un error*<sup>99</sup>. Malinvaud/Fenouillet/Mekki señalan que, posteriormente, la *Cour de Cassation* ha tenido ocasión de *condenar* la apuntada deriva de la noción de dolo<sup>100</sup>. En la misma línea de que el dolo se limita al error provocado se manifiesta Fabre-Magnan<sup>101</sup>.

[16] Además, Flour/Aubert/Savaux apuntan que el dolo es menos un vicio del consentimiento y *más la causa de que haya tenido lugar el vicio del consentimiento; su esencia reside en las maniobras destinadas al engaño, sin las cuales no hay dolo*<sup>102</sup> (elemento intencional). En el dolo, se tiene *más* en cuenta la *deslealtad* llevada a cabo por una de las partes frente a la otra, y se persigue *sancionar más una culpa –consistente en la voluntad de engañar del autor del dolo–* que analizar la *calidad* de la voluntad

<sup>97</sup> MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 205, p. 183 y nota 416.

<sup>98</sup> MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 205, p. 183.

<sup>99</sup> MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 205, p. 183.

LLOBET I AGUADO describe los hechos de la *S 30.01.1970* de la *Cour de Colmar* como sigue: «Se trataba en ese caso de una mujer de setenta y cinco años que había decidido repartir sus acciones de una sociedad a partes iguales entre su hija y su hijo. Dos días más tarde, sin embargo, firmó un documento por el cual, si bien mantenía la donación en beneficio de su hija, se retractaba de la hecha a su hijo, sobre la cual no había recaído aceptación, y cedía esas acciones a su yerno por un precio extremadamente módico. Posteriormente, demandó la nulidad de este acto invocando el dolo de que había sido víctima por parte de su yerno. Según alegó, había estado acosada por su yerno y no fue sino después de largas discusiones que había consentido esta operación. Incluso, un primer Notario había rechazado la protocolización del documento, por lo que se tuvo que buscar un segundo que habitaba fuera de la ciudad y que ignoraba totalmente el asunto. De aplicarse la noción clásica de dolo, la donante no podía obtener la nulidad del acto. No había cometido ningún error, ni las maniobras de su yerno habían perseguido la producción de un error. Tampoco se puede afirmar que hubiese sido objeto de una intimidación, pues las maniobras de su yerno no habían suscitado un sentimiento de temor. Sin embargo, tales maniobras habían contribuido a debilitar la voluntad de la donante. A pesar de todo ello, el Tribunal estimó la presencia de dolo y decretó la nulidad de la disposición» [(1996), p. 152].

<sup>100</sup> MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 205, p. 183.

<sup>101</sup> Según FABRE-MAGNAN, la *Cour de Cassation* parece exigir siempre que el dolo haya provocado un error; si se abusó del demandante con un comportamiento reprobable y el comprador insistió en demasía, o se ha ejercido presión sobre el deudor al borde del concurso de acreedores, ello no basta para que haya maniobras dolosas. En el último caso, hay violencia, más que engaño. [(2012), pp. 350-351].

<sup>102</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 211, p. 212.

de la otra parte (la de la víctima del dolo)<sup>103</sup>. Entre los vicios del consentimiento, el dolo es aquel cuyo origen delictual (ilícito) se reconoce más claramente en el Derecho contemporáneo<sup>104</sup>. La expuesta naturaleza mixta del dolo –delito (ilícito) civil/vicio de la voluntad– es algo que los autores suelen señalar<sup>105</sup>.

[A] *Las consideraciones de Ripert.*—En su clásica y conocida obra *La règle morale en las obligations civiles*, Ripert destacaba cómo la regla moral incidía en el dolo:

«Es sobre todo en la teoría del *dolo* en dónde se manifiesta el carácter moral de la teoría de los vicios del consentimiento. Aquí, y por la propia definición del dolo, el examen del juez recae mucho menos sobre el consentimiento del que ha sido engañado, que sobre el acto del que engaña. De siempre, el dolo se ha definido como un acto culpable que puede revestir las formas más diversas, «todo mal camino, para engañar a alguien», dice Domat<sup>106</sup>.

[...]

El carácter penal de la acción de nulidad por dolo aparece [...] claramente en la organización técnica de la acción»<sup>107</sup>.

[B] *El elemento psicológico y el elemento moral.*—En su análisis de los vicios del consentimiento, *la doctrina francesa maneja constantemente la distinción entre el elemento psicológico y el elemento moral*. De ahí que para el mejor encuadre de mi exposición sobre el dolo en el pensamiento francés, sea oportuna la siguiente información general.

Flour/Aubert/Savaux explican que la formación de la relación contractual reposa sobre una decisión voluntaria del sujeto y por ello, si dicha voluntad estaba alterada —por un error espontáneo, por dolo, o por amenaza— se ponga en causa la propia existencia del contrato. Se trata de una cuestión de naturaleza *psychologique*: la de apreciar la *cualidad* del consentimiento. Advierten los auto-

<sup>103</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 211, p. 213. FABRE-MAGNAN apunta que el dolo es un engaño, y para caracterizarlo es necesario el elemento intencional. Para la nulidad, el autor ha debido tener una intención fraudulenta, esto es, la intención de engañar a la otra parte para determinarle a la conclusión del contrato. El autor debe ser consciente de que las maniobras cometidas incitan a la otra parte a vincularse. La exigencia del elemento intencional del dolo se requiere en todas las formas de dolo. [(2012), p. 347; *vid.* también p. 348].

<sup>104</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 211, p. 213.

<sup>105</sup> BÉNABENT (2010) 85, p. 68; FABRE-MAGNAN (2012), p. 340; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 508, pp. 258-259, y 512, p. 262; MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 201, p. 181.

<sup>106</sup> FABRE-MAGNAN reproduce, por su parte, estas palabras de Domat: «on appelle dol toute surprise, fraude, finesse, feinte et toute autre mauvaise voie pour tromper quelqu'un» [(2012), p. 342]. En otro plano, DE CASTRO Y BRAVO señalaba: «Domat [...] y enumera: la falta [...] de sinceridad y fidelidad (dolo, el coger de sorpresa)» [(1971, rep. fac. 1985) p. 93].

Los antes citados FLOUR/AUBERT/SAVAUX citan en nota a pie de página a Ripert y reproducen la siguiente frase de este último, que he traducido en el cuerpo del texto en caja más pequeña: «L'examen du juge porte beaucoup moins sur le consentement de celui a été trompé que sur l'acte de celui qui a trompé» [cursiva del original; (2014) nota 2 en p. 231].

<sup>107</sup> RIPERT (1949) 47, p. 87.



res, que tal doctrina clásica rompía con la tradición histórica, fundada en el *formalismo* del Derecho romano, para el que solo contaba, al menos en su origen, el cumplimiento de unos prescritos ritos para el establecimiento del lazo contractual. El Derecho romano no se preocupaba por la cualidad de la voluntad, que no era fuente de obligación. Si el Derecho romano sancionaba los vicios, solo era por un fundamento *moral*: el contrato podía anularse a consecuencia, principalmente, de un dolo o de un acto de violencia, pues sus autores habían cometido un *délit*, una culpa. La nulidad privaba del contrato, obtenido de forma deshonesta, a título de sanción<sup>108</sup>.

Trasladándose a la regulación del *Code civil*, Flour/Aubert/Savaux señalan que, en este, se repudió el formalismo y por ello debía haberse abandonado la concepción romana. La lógica del derecho *consensualiste* lleva a la amplia construcción de los vicios del consentimiento, apreciados según elementos exclusivamente psicológicos. Pero, dichos elementos psicológicos son tan imprecisos que, si solo se los tuviera presentes, habría una extrema inseguridad (¿cómo tener en cuenta el menor error, la menor maniobra, la menor coacción?). La voluntad perfectamente consciente y perfectamente libre no existe, y el *Code civil* no recogió de modo completo el consensualismo, deteniéndose a mitad de camino. El carácter *psychologique* de la teoría de los vicios del consentimiento se encuentra limitado por el carácter *moral* que dicha teoría tiene en sus orígenes y que gran parte de ella ha sido conservada. Cuando un contrato se anula por vicio del consentimiento, no es tanto porque el consentimiento no esté sano, sino más bien porque se quiere reprimir comportamientos ilícitos. La teoría de los vicios del consentimiento se establece, hoy, en los textos como en la jurisprudencia, sobre un equilibrio entre consideraciones *psychologiques* y *morales*. Dicho esquemáticamente: las consideraciones *psychologiques* importan al error, las *morales* al dolo, y unas u otras se concilian en el régimen de la violencia. Esto también explica que la *responsabilité civile* merodee alrededor de los vicios del consentimiento, con los cuales cohabita de modo más o menos armonioso<sup>109</sup>.

Flour/Aubert/Savaux señalan que, *en lo esencial, el vicio de dolo sigue sometido a las reglas romanas*<sup>110</sup>.

## 2.2.2 LAS MANIOBRAS Y LAS MENTIRAS (ELEMENTO MATERIAL). EL *DOLUS BONUS*

[17] Las *maniobras* del artículo 1116.I CCF evocan la idea de *actos* intencionales llevados a cabo por su autor con la finalidad de engañar<sup>111</sup>. El dolo supone el empleo *de artificios*, o la organización *de una puesta en escena*<sup>112</sup>. Algunos autores franceses lo ilus-

<sup>108</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 191, p. 188.

<sup>109</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 192, p. 189.

<sup>110</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 192, p. 189.

<sup>111</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 212, p. 213; «[...] y sin que, por otro lado, sea necesario que se reúnan las condiciones para la incriminación penal por estafa».

<sup>112</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 212, p. 213; como ejemplos modernos de maniobras, los autores mencionan casos del comercio de automóviles de ocasión (en nota 4, p. 213:

tran, recordando el conocido caso relatado por Cicerón: *Pythius*, un banquero de Siracusa, tenía una villa al borde del mar y quería venderla a *Cannius*, quien deseaba tener abundante pesca y ante ello, *Pythius organiza una puesta en escena*, consistente en que el día en que *Cannius* fue a visitar la villa, en el mar surcaba una flotilla de barcos simulando una pesca milagrosa; *Cannius* compra la villa a un precio exorbitante<sup>113</sup>.

[18] Sin embargo, las maniobras del artículo 1116 CCF *no* deben interpretarse *restrictivamente*, pues, según constante jurisprudencia, *una simple mentira con la deliberada y manifiesta intención de engañar, puede constituir dolo, incluso sin el apoyo de actos exteriores, aunque se precisa cierta gravedad*<sup>114</sup>.

[19] Por otro lado, si bien la *moral* impone *no mentir*, dicha moral ha de integrarse con la costumbre del comercio, *tolerándose* las pequeñas mentiras de los vendedores con las que habitualmente y de modo excesivo elogian sus mercancías<sup>115</sup>. El *Derecho francés* conserva la tradición romana de no sancionar el *dolus bonus*, opuesto al *dolus malus* (sí sancionable)<sup>116</sup>. El contratante ha de

---

falsar el número del motor, para darle una apariencia más joven; falsar el del contador, para reducir el kilometraje). También MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI se refieren a casos de «*maquillage d'une automobile*» por el vendedor, modificando artificialmente su «*carte grise ou le compteur kilométrique*» para rejuvenecerlo, pero añaden, que «maniobras que rozan la estafa se encuentran de modo bastante raro en la práctica» [(2017) 205, pp. 182-183]. Según FABRE-MAGNAN, *stricto sensu*, las maniobras son actos *positivos* de engaño, artificios, puestas en escena, y así, hay maniobras cuando el vendedor falsea el contador de un coche, modifica el libro de cuentas de su sociedad para disimular pérdidas importantes [(2012), pp. 341-342]. Y para BÉNABENT, las maniobras del artículo 1116 CCF son actos *positivos*, que se caracterizan por una puesta en escena, como la producción de falsos documentos, el «maquillage» de un coche accidentado, etc. [(2010) 86, p. 68].

<sup>113</sup> MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015), nota a pie de página 45 en p. 259 (Cicerón, *De officiis*, XIV, 3, 57-60); FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 212, p. 213; FABRE-MAGNAN (2012), pp. 341-342.

<sup>114</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 212, p. 213; MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI –según la fórmula de una sentencia, «un simple mensonge, non appuyé d'actes extérieurs, peut constituer un dol»– (2017) 206, p. 183, y en la nota 419, en p. 183, citan «*Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 nov. 1970*»; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 509, p. 259; FABRE-MAGNAN –«[I]a mentira consiste en proferir palabras que se sabe que son falsas, en decir una cosa que se sabe que no es verdad»– (2012), p. 342; BÉNABENT (2010) 86, p. 68.

<sup>115</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 212, pp. 213-214.

<sup>116</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 212, p. 214; FABRE-MAGNAN (2012), pp. 342-343; BÉNABENT (2010) 86, p. 68.

*Para el Derecho romano clásico*, ZIMMERMANN indica que el *dolus* contenía siempre un elemento de desaprobación moral; la persona, tachada de dolo, no necesariamente había empleado el engaño o el truco, sino que había infringido el estándar de actuar de modo honesto (la fidelidad); se comportaba de modo que el buen romano no debía comportarse, apartándose de las premisas y de los preceptos éticos de las *mores maiorum*; ZIMMERMANN recuerda que el Pretor hablaba de *dolus malus*, e incluso si solo hablaba de *dolus*, este último término nunca se consideró referido a lo que se designó como *dolus bonus*; así, por ejemplo, el fraude o el engaño contra el enemigo o ladrón no se objetaba (D 4.3.1.3), e incluso la simulación podía justificarse si se había hecho para proteger a quien simulaba o a los intereses legítimos de alguien; si A quita las cadenas al esclavo de B con el resultado de que el esclavo se escapa, causa un daño a B, pero, no responde por la acción de dolo si actuó por compasión (por un encomiable impulso moral; D 4.3.7.7) [(1996) pp. 668-669]. Según DE COSSÍO Y

esperar tales prácticas, dentro de ciertos límites, y si se fía de ellas, no merece protección<sup>117</sup>.

[A] Malinvaud/Fenouillet/Mekki recuerdan, que habitualmente se enseña que el Derecho francés recoge la tradición romana que distingue entre el *dolus malus* –la mentira que sobrepasa lo permitido a todo vendedor y que constituye dolo– y el *dolus bonus* –el derecho natural de alabar su mercancía, abandonándose al exceso–<sup>118</sup>. Pero, la idea de un *dolus bonus* parece ajena al Derecho penal, que no solo reprime la publicidad mentirosa, sino que prohíbe el recurso a «alegaciones, indicaciones o presentaciones falsas o de naturaleza a inducir al error» (art. L 121-2 C. Consom)<sup>119</sup>. Lo que antaño era verdad para el vendedor ambulante, hoy no lo es para el vendedor, en especial para el profesional al que se le exige una perfecta lealtad<sup>120</sup>. De ahí que *la doctrina proponga releer la distinción romana dentro del carácter determinante del dolo*<sup>121</sup>. Siempre es desleal mentir, pero la mentira no siempre conduce a consentir; no se tendrá la consideración de ser víctima del dolo por las pequeñas mentiras habituales en el comercio, o

CORRAL: «La expresión “dolus malus”, nos muestra claramente que el dolo no era una cosa mala en sí, sino algunas veces lícita y aún recomendable: su sentido genérico no es otro que el del engaño, astucia, artificio, que es en el que le emplean los autores cómicos, y así, encontramos en las fuentes jurídicas, frente al “dolus malus” un “dolus bonus”: [...] (D 4, 3, 1, 3). Se trata de engaños y estratagemas que desde el punto de vista moral romano no son censurables: así, según el texto transcrito, las astucias y las informaciones inexactas encaminadas a engañar a un enemigo o a un ladrón; igual consideración tuvieron las mañas o malicias del comercio diario, alabando exageradamente las mercancías, resaltando cualidades que no tienen, sin que por ello lleguen a ser fraudulentas, en cuanto se trata de artificios más o menos hábiles para conseguir una finalidad lícita» [(1955) p. 4]. Vid. FUENTESECA (2002), pp. 32-34. En cuanto a esos citados textos del Digesto:

a) D 4.3.1: «§ 3.–Mas no se contentó el Pretor con decir “dolo”, sino que añadió “malo”, porque los antiguos decían que también había dolo bueno, y daban este nombre á la astucia, mayormente si alguien maquinase alguna cosa contra el enemigo ó ladrón».

b) D 4.3.7: «§ 7.–Pregunta el mismo Labeon: si à un esclavo mío encadenado lo hubieres desatado para que huyese, ¿se dará la acción de dolo? Y dice Quinto en sus nota á aquél, que si no lo hiciste llevado de misericordia, estás obligado por la acción de hurto; pero si por misericordia, debe darse la acción por el hecho». [GARCÍA DEL CORRAL (1889), pp. 352 y 354].

<sup>117</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 212, p. 214.

<sup>118</sup> MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 206, p. 183.

<sup>119</sup> MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 206, pp. 183-184.

Artículo 121-2 del *Code de la consommation*: «Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes: 1° [...] 2° Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants: a) L'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service; b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir: ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service; c) Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service; d) Le service après-vente, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation; e) La portée des engagements de l'annonceur, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services; f) L'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel; g) Le traitement des réclamations et les droits du consommateur; 3° [...]» (cursiva mía).

<sup>120</sup> MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 206, p. 184.

<sup>121</sup> MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 206, p. 184.

por las excesivas y por consiguiente no creíbles<sup>122</sup>. En cambio, si se prueba que, efectivamente, la mentira causó un error en el espíritu del contratante, la jurisprudencia señala que el error, provocado así, es excusable (a diferencia del error espontáneo)<sup>123</sup>.

Malinvaud/Fenouillet/Mekki también informan, que, *más recientemente, la doctrina ha propuesto recibir directamente la distinción romana del dolus malus/dolus bonus, entendiéndolo que el dolus bonus es aquel que no es ilícito respecto del criterio de la persona razonable*<sup>124</sup>.

[B] *En cuanto al tratamiento en otros Derechos:*

a) En el Derecho de los Países Bajos, el artículo 3:44 (3) *in fine* BW se refiere al *dolus bonus*, y prescribe que las representaciones hechas de modo general, incluso si no son verdaderas, no constituyen dolo<sup>125</sup>.

b) En el Derecho portugués, según el artículo 253.2 CCP, no constituye dolo ilícito las sugerencias o artificios usuales, considerados legítimos según las concepciones dominantes en el comercio jurídico, ni tampoco la disimulación del error, cuando nada debe dilucidar el declarante según resulta de la ley, de la estipulación negocial, o de dichas concepciones<sup>126</sup>.

<sup>122</sup> MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 206, p. 184; añaden: «En definitiva, la mentira más convincente es aquella que más se ajuste a la realidad».

<sup>123</sup> MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 206, p. 184; añaden: la solución, obtenida para la retención dolosa, parece que debe aplicarse *a fortiori* para el caso de la mentira.

<sup>124</sup> MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 206, p. 184; los autores añaden: así sucederá con las mentiras acostumbradas; también con los silencios legítimos, por ejemplo el silencio del asalariado sobre cuestiones relevantes de su vida privada, el silencio del comprador sobre el valor del bien objeto del contrato. Según MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, la jurisprudencia es indulgente con las mentiras que comete un candidato a un empleo [(2015) 509, p. 259].

<sup>125</sup> a) A ROJO AJURIA la regulación del artículo 3:44 (3) BW –el autor cita 45:3– le sugiere que «[l]a cuestión radica entonces en establecer el grado de imprecisión que diferencia a los “términos generales” de la falsa representación de hechos objetivos» [(1994) p. 239]. Y pensando en un ejemplo de Galgano –el «de un empresario al que se le ofrece un nuevo modelo de ordenador que doblará el volumen de la producción, pero que una vez instalado obtiene los mismos resultados» (p. 236)– ROJO AJURIA apunta que «la afirmación de que un ordenador duplicaría la capacidad productiva de una empresa, ¿es una mera alabanza genérica o imprecisa?, ¿o puede aspirar a ser verdadera y considerarse como la falsa representación de un hecho objetivo?» (p. 239).

b) Artículo 3:44 BW (trad. española): «(3) [...]. Alabanzas en términos generales, aunque no sean verdad, no producen por sí mismas dolo» [VAN REIGERSBERG VERSLUYS (1996)].

Artículo 3:44 BW (trad. inglesa): «(3) [...]. Representations in general terms, even if they are untrue, do not, as such, constitute fraud» [WARENDORF/THOMAS/CURRY-SUMNER (2013), p. 452].

<sup>126</sup> a) Artículo 253 CCP: «2. «Não constituem dolo ilícito as sugestões ou artificios usuais, considerados legítimos segundo as concepções dominantes no comércio jurídico, nem a dissimulação do erro, quando nenhum dever de elucidar o declarante resulte da lei, de estipulação negocial ou daquelas concepções».

b) El *derogado* artículo 667 CCP 1867 disponía: «Las consideraciones vagas ó generales que los contratantes hagan entre sí acerca de los beneficios ó perjuicios que naturalmente puede producir la celebración ó no celebración del contrato, no deben considerarse como dolos ó coacciones» [ROMERO Y GIRÓN/GARCÍA MORENO (1891), p. 227]. Al tratar de «los elogios producidos por la propaganda», DE COSSÍO Y CORRAL apunta que «no han faltado Códigos civiles que no los creen constitutivos de dolo más que en casos determinados. Así, el portugués [de 1867] establece que: “[...]”. Y el Código general de los

c) En el *Derecho italiano no se codifica la distinción dolus bonus/dolus malus*, pero Cataudella informa que es una distinción tradicional<sup>127</sup>. Con el *dolus bonus* se designa el comportamiento, frecuente en la práctica comercial, aunque no solo en ella, que exalta las virtudes de la prestación y atenúa sus defectos<sup>128</sup>. Según Cataudella, no siempre es fácil trazar los límites entre el *dolus bonus* y el *dolus malus* y ello depende de la valoración que del tipo contractual se haga en el ambiente social y específico en el que aquel se sitúe<sup>129</sup>. *Hay coincidencia absoluta en negar la relevancia del dolus bonus*<sup>130</sup>. Dicha conclusión no se fundamenta en la imposición, a la víctima del dolo, de que despliegue cierta diligencia, sino en que no encaja en los engaños que, para el dolo, exigen los artículos 1439 y 1440 CCI. *La indicación legal de los engaños reclama un comportamiento intencional, dirigido a lograr el engaño, y semejante intención debe excluirse en el supuesto del dolus bonus*<sup>131</sup>.

### 2.2.3 LA RETICENCIA DOLOSA (OTRO ELEMENTO MATERIAL). SU RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR AL CONTRATANTE. EL ERROR SOBRE EL VALOR DE LA PRESTACIÓN. LA IRRELEVANCIA DE LA INEXCUSABILIDAD DEL ERROR

[20] *Durante bastante tiempo, la jurisprudencia francesa no admitió la reticencia dolosa: quien no habla, no engaña; la moral no impone dar armas en contra de uno mismo, liberando al otro de los inconvenientes que le pueda suponer la vinculación; corresponde al otro contratante la defensa de sus intereses*<sup>132</sup> («Cass. civ., 30 mai 1927»)<sup>133</sup>. Sin embargo,

bienes para el Principado de Montenegro establecía que: “No se considera que hay dolo cuando aquel que ofrece una cosa hace su elogio, incluso de una manera exagerada, si en las relaciones comerciales no se atribuye gran importancia a estos elogios” [(1955), p. 329].

<sup>127</sup> CATAUDELLA (2019), p. 114.

<sup>128</sup> CATAUDELLA (2019), p. 114.

<sup>129</sup> CATAUDELLA (2019), p. 114.

<sup>130</sup> CATAUDELLA (2019), p. 114.

<sup>131</sup> CATAUDELLA (2019), p. 114. Puede también suceder que el comportamiento de una parte, sin ser intencional, lleve al otro al engaño, induciéndolo al error. Pero, en dicho caso no hay dolo en sentido propio, sino, en realidad, un supuesto de error, cuya relevancia debe excluirse, pues, tratándose del *dolus bonus*, la otra parte puede evitarlo empleando la diligencia ordinaria. Para el *dolus bonus*, además, GANNUZZI (2019), pp. 975-976.

<sup>132</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 214. MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI también señalan que, *en una primera etapa*, la jurisprudencia no admitió la reticencia dolosa: no hay dolo, ya que a cada uno corresponde informarse sobre todos los aspectos del contrato y de ahí que no haya culpa en callarse, en no desvelar al otro, elementos del contrato que le serían desfavorables [(2017) 207, pp. 184-185]. Lo mismo indican MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK –«el silencio era una habilidad permitida»– y recogen el conocido ejemplo de Cicerón (*De officiis* III, 12, 50 et s.) –el de un mercader que sabe de la hambruna que había en Rhodas y va y vende su trigo a un precio muy elevado, sin decir, que estaba yendo a la isla, pues los había adelantado, un convoy de navíos cargados de trigo, con el mismo destino –; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK señalan que a Cicerón le parecía dicha actitud moralmente reprobable, pero, jurídicamente era irreprochable [(2015) nota 51 en pp. 259-260, y, pp. 259-260]. BÉNABENT (2010) 86, pp. 68-69.

<sup>133</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX –(2014) 213, nota 6 en p. 214–, MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI –(2017) 207, nota 427 en p. 184– y MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK –(2015) 510, nota 52 en p. 260– mencionan la citada, en el cuerpo del texto, *S 30.05.1927*

la jurisprudencia abandonó dicha tesis y bajo ciertas circunstancias se impone, al que sabe, que informe a su contratante<sup>134</sup>. En ocasiones, la obligación de informar puede resultar de la ley<sup>135</sup>. Ahora bien, jurisprudencia admite que el contrato puede anularse por dolo, si la reticencia consistió en no revelar al cocontratante un hecho que le era imposible conocer o, simplemente, le era difícil conocer por sus solos medios<sup>136</sup>. La reticencia dolosa constituye, pues, una forma ordinaria de dolo<sup>137</sup>.

[A] La S 02.10.1974 de la *Cassation civile* 3<sup>er</sup>.—Para la reticencia dolosa en el Derecho francés, Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenaueer reproducen aquella sentencia.

Los hechos enjuiciados fueron los siguientes. Por contrato de fecha 06.10.1970, Marcel Jacob, actuando en representación del señor Paul Jacob y señora, compró al señor y señora Goutailler una vivienda y un terreno por 95.000 francos franceses (FF), pagando, a cuenta, la suma de 10.000 FF. El contrato se condicionó a que, antes, se concediera al señor y a la señora Jacob, por una organización financiera, un préstamo de 60.000 FF, no más tarde

de la *Cassation civile*, apoyando su afirmación de que la jurisprudencia, inicialmente, no admitió la reticencia dolosa como dolo.

BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/VOGENAUER también aluden a dicha S 30.05.1927 de la *Cassation civile*, en el mismo sentido que los anteriores autores franceses, e informan del contenido de la nota de Breton a dicha sentencia, quien indicó que el mero silencio es capaz de provocar un error; el hecho de la «ausencia de acción» no priva de su efecto causal, y en el contexto, las cosas habrían sido diferentes, si la parte acusada de dolo hubiera hablado; la palabra «manœuvre» es capaz de cubrir a la reticencia y, mientras que la abstención, el mantener silencio, frecuentemente es moralmente indiferente, no siempre es así; Breton cita a Ripert: «Ciertamente, en la mayoría de los contratos hay un conflicto de intereses entre las partes. Cada una de ellas persigue sus propios intereses y en consecuencia, debe autoinformarse. No hay nada equivocado en no suministrar a la otra parte una información que ella misma podría haber encontrado. Sin embargo, la situación cambia y el silencio resulta culpable si una de las partes es consciente de que tiene una obligación de hablar, en lugar de aprovecharse de la ignorancia del otro» [(2019), pp. 570-571].

<sup>134</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 214. MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI señalan asimismo el cambio de orientación de la jurisprudencia, admitiendo la reticencia dolosa; la reticencia es dolo, cada vez que sobre el contratante recaiga una obligación de informar [(2017) 207, p. 185]. Según BÉNABENT, más recientemente, los tribunales admiten que la honestidad impone dar aclaraciones (obligación «de informar») sobre todo por el profesional al profano; por ejemplo, un mecánico vende un coche de ocasión sin revelar que ha tenido un accidente: hay dolo por reticencia; BÉNABENT menciona una lista de casos de la jurisprudencia en los que hubo dolo por reticencia y afirma que «los repertorios de jurisprudencia ilustran la ferocidad de los contratantes» [(2010) 86, p. 69].

<sup>135</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 214; MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 207, p. 185.

<sup>136</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, pp. 214-215; según MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI, «[l]a jurisprudencia ha hecho de la reticencia una causa casi general de nulidad por dolo, pero, para llegar a ello, sigue dos vías diferentes: incumplimiento de la obligación de información o incumplimiento de la obligación de buena fe./ Recientemente, y es la explicación más corriente, se dirá que la reticencia constituye dolo cada vez que pesa sobre el cocontratante una obligación de información» [cursiva del original; (2017) 207, p. 185].

<sup>137</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 215; aclaran a continuación: «Que se haya dudado durante tanto tiempo puede explicarse por una confusión entre la reticencia y el *dolus bonus*, el silencio puede mirarse como una habilidad permitida. Pero tal postulado era falso: frente a un contratante que no puede discernir la realidad, la reticencia es tan culpable y peligrosa como la mentira». Vid. MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 510, pp. 260-261.



del 01.12.1970. Además, se estipuló que el señor y la señora Jacob adquirirían la propiedad con todas las servidumbres, de cualquier clase que fueran, que gravaran el terreno vendido y que, para el caso de incumplimiento de los compradores, los vendedores podrían exigirles el pago completo, o quedarse con la suma pagada (cláusula penal).

El 22.04.1971, Jacob informó que no había sido posible obtener el previsto préstamo y que, habiendo conocido del inminente establecimiento de una porqueriza con cuatrocientos cerdos y a una distancia de 100 metros de la casa, desistía de la venta: *afirmaba que, si hubiera sido informado de lo anterior, su hijo Paul nunca hubiera comprado la casa por los inconvenientes y desagradables olores, especialmente durante el periodo de vacaciones, a la altura del verano*. El desacuerdo entre los compradores y los vendedores continuó, y finalmente los vendedores vendieron la casa y el terreno a un tercero por 80.000 FF<sup>138</sup>. *El tribunal, desestimando la apelación del señor y de la señora Goutailler, les ordenó que restituyeran al señor y a la señora Jacob la suma pagada a cuenta, esto es, los 10.000 FF*<sup>139</sup>.

En la sentencia, aparte de otras consideraciones, puede leerse:

«Considerando, sin embargo, que el engaño puede consistir y adoptar la forma de silencio por una de las partes contratantes, que oculta a la otra un hecho, que, si la última hubiera conocido, no hubiera celebrado el contrato.

Considerando que si el consentimiento de la parte inocente fue inducido por el error derivado de un engaño, puede tenerse en cuenta dicho error, incluso si no recae sobre la sustancia de la cosa que forme el objeto del contrato.

Considerando que el tribunal de apelación observó que, habiendo sido informado el señor Goutailler de la objeción de los compradores acerca del establecimiento de la porqueriza, el mismo lejos de manifestar su propia ignorancia, destacó la fecha de la orden que autorizaba el establecimiento y simplemente sostuvo que el señor Jacob “había sido considerado como conocedor de ello” y más tarde había acordado comprar con todas las servidumbres que gravaban la propiedad vendida; que el tribunal inferior también fundó, que el señor Goutailler, sabiendo de la nocividad e insalubridad del proyectado establecimiento, que suponía un serio adverso efecto sobre el disfrute de una casa de campo situada en la inmediata vecindad, no solo nada dijo a su comprador, sino que tuvo el cuidado de asegurarse, al concluir el contrato el 06.10.1970, de incorporar una cláusula que excluía las garantías, cuyo valor descansaba en que “de hecho era la única persona que conocía la situación”.

Considerando las anteriores conclusiones, el tribunal, sin caer en el torcido análisis de los apelantes, indujo el carácter fraudulento de la no información por parte de los vendedores, lo cual había inducido a los compradores, residentes en la ciudad y que buscaban una casa en el campo, a un error sobre un elemento que les determinó a prestar su consentimiento.

<sup>138</sup> BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/VOGENAUER (2019), p. 571.

<sup>139</sup> BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/VOGENAUER (2019), p. 571.

Considerando que el defectuoso consentimiento afectaba a la validez del contrato, el tribunal inferior tenía razón en rechazar que los vendedores pudieran aprovecharse de las cláusulas del contrato, que insistían en aplicar en su provecho, intentando asegurarse del beneficio por su no información y reteniendo el pago a cuenta que las víctimas habían hecho por su conducta fraudulenta.

Considerando que se sigue, con los solos fundamentos arriba mencionados, que el tribunal de apelación ha justificado jurídicamente su decisión, siendo infundados los fundamentos de los apelantes.

Con estos fundamentos, este Tribunal desestima la apelación»<sup>140</sup>.

[B] *Otros Derechos*.—La admisión de que el dolo puede realizarse mediante maniobras, mentiras o reticencia dolosa también se encuentra en el *Derecho alemán*<sup>141</sup> y en el *italiano*<sup>142</sup>.

<sup>140</sup> BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/VOGENAUER (2019), p. 572.

<sup>141</sup> FLUME informa: «Engaño en el sentido del § 123 [BGB; cuyo apartado (1) transcribo *infra* en nota 184] es todo comportamiento mediante el cual conscientemente se sugiere, se refuerza o mantiene en otro una representación incorrecta. La acción engañosa puede consistir en una comunicación de palabra, en la ocultación o encubrimiento de circunstancias o en la simple omisión de informaciones sobre el estado de cosas, o sea, en un silencio. En el último caso sólo hay un engaño que deba entenderse como acción ilícita a los efectos del § 123 [BGB] si existe un deber de hablar. Savigny dice al respecto: “Por regla general el engaño se ejerce mediante una actuación positiva. Pero también es posible mediante una conducta simplemente pasiva, esto es, por tolerar consciente, tácitamente, el error ajeno que nosotros mismos no hemos provocado. Este último, sin embargo, sólo es posible presuponiendo una relación contractual tal, que en ella el otro esté legitimado para esperar de nosotros franqueza, de modo que en este caso callar y hablar han de considerarse como un todo inseparable”. Que haya o no deber de hablar se determina según las convicciones imperantes en un tráfico comercial leal, lo que también depende de la clase de tipo comercial» [trad. MIQUEL GONZÁLEZ/GÓMEZ CALLE (1998), pp. 635-636].

Por otro lado, ACKERMANN/FRANCK se refieren al *derecho a mentir*. Informan de que, pese a que el § 123 (1) BGB exige la ilegalidad solo para la amenaza y no para el engaño, *se acepta ampliamente que el engaño puede justificarse en circunstancias excepcionales*. Y así, los tribunales laborales alemanes reconocen al solicitante de empleo un *derecho a mentir*; si el potencial empleador le enfrenta, en una entrevista, a una cuestión ilegítima. Se tiene derecho a dar una respuesta incorrecta si se es preguntada por un embarazo actual o planificado, o sobre si se es miembro de un sindicato. [(2014), p. 203]. Para el derecho a mentir en el Derecho belga, *infra* nota 481; para el Derecho francés, *supra*, nota 124.

<sup>142</sup> Según CATAUDELLA, el término engaños del *Codice civile*, junto con suponer un comportamiento *intencional* dirigido a lograr el engaño [al respecto *supra* [14] b)], reclama un comportamiento *activo* (para que haya dolo no basta la declaración mentirosa, si no aparece suficiente, por sí sola, para inducir al engaño). De ahí la regla de que *el silencio no configura la hipótesis del dolo*. Sin embargo y en cualquier caso, *si el silencio se encuentra inserto en un contexto particular, puede perder su carácter neutro y constituir una unívoca manifestación de la actuación dirigida a inducir a error a la otra parte*. Por otro lado, se afirma que la violación de una obligación de información no basta para que haya dolo, si no se encuadra en un contexto *dirigido a engañar a la otra parte*. El *animus decipiendi* no puede sustituirse por aprovecharse del error de la otra parte, por quien no lo provocó. [(2019) p. 115]. Por su parte, GANNUZI indica que, siempre que se acompañe de los engaños, constituye dolo la denominada reticencia, que consiste en callar circunstancias que habrían inducido a la otra parte a no contratar y que debían ser aclaradas con fundamento en el deber de actuar según la buena fe [(2019) p. 976]. Por último, según IAMICELI, el engaño se reconoce en la conducta afirmativa (logrado por una falsa información para la maniobra) y en la omisiva (en particular por la falta de información) y, por lo que respecta a la conducta omisiva, los autores y los tribunales muestran un acercamiento más restrictivo. En cuanto los autores, continúa IAMICELI, si bien solo unos pocos están de acuerdo sobre la existencia de un deber general de información, cubierto por el artículo 1349 CCI (*sic*, 1439), en general existe coincidencia en que el silencio relevante es indicador del engaño, aunque esto

En cuanto al *Derecho de los Países Bajos*, el artículo 3:44 (3), primera regla, BW dispone que hay dolo cuando una persona induce a otra al cumplimiento de un concreto acto jurídico, por *proporcionarle intencionalmente una información incorrecta, por ocultarle intencionalmente cualquier hecho que tenga obligación de comunicarle, o por cualquier otro artificio*<sup>143</sup>. Hartkamp apunta, que fue muy discutida la cuestión de *si y bajo qué circunstancias puede cometerse dolo mediante silencio*, apuntando que el artículo 3:44 (3) BW siguió la opinión de Meijers, de acuerdo con la cual es posible que haya dolo si la persona oculta alguna información que tenía el deber de suministrar<sup>144</sup>.

[21] Sentado lo anterior –*que en el Derecho francés existen deberes de información*– lo que no está claro es cuáles son los *presupuestos precisos* para que haya lugar a la reticencia dolosa, ya que *ello depende de que el contratante que conoce tenga obligación de informar, y la apreciación de cuándo existe dicha obligación puede variar*<sup>145</sup>. Flour/Aubert/Savaux apuntan que la solución requiere de la investigación y de la ponderación comparada *entre la obligación de informar y la obligación de informarse que recae sobre cada uno de los contratantes*<sup>146</sup>. Fabre-Magnan también apunta la dificultad de saber en qué concretas circunstancias es posible considerar que uno de los contratantes tiene obligación de informar y que su silencio pueda ser calificado de doloso<sup>147</sup>. Para saberlo, la autora considera que, *en principio*, la información ocultada ha de ser *pertinente*; es decir, que *su ignorancia ha determinado el consentimiento del otro contratante* (si este hubiera sabido la información, no habría

---

último no basta y se requieren de otras circunstancias que prueben más ampliamente la conspiración del que engaña para inducir al otro al acuerdo contractual. Por otro lado, hay autores que sostienen que los tribunales solo requieren del nexo causal entre el silencio y el consentimiento, de modo no diferente al acercamiento que adoptan para la conducta positiva. Acaba informando IAMICELI, que otros autores buscan específicas circunstancias o relaciones en las cuales el Derecho podría exigir un mayor nivel de información, cuya violación es considerada fraudulenta (el caso de los contratos con consumidores, y de los contratos fiduciarios). [«Artículos 4:107 PECL y 1439 CCI» (2005), p. 207].

<sup>143</sup> Artículo 3:44 BW (trad. española): «3. Dolo existe, cuando alguien mueve a otro para realizar un acto jurídico determinado por alguna comunicación falsa hecha intencionadamente a tal fin, o por callarse intencionadamente a tal fin, de algún hecho que el que se calló estuviera obligado a comunicar, o por otro artificio. [...]» [VAN REIGERSBERG VERSLUYS (1996)].

Artículo 3:44 BW (trad. inglesa): «3. Fraud occurs where a person induces another to perform a specific juridical act by intentionally providing him with inaccurate information, by intentionally concealing any fact he was obliged to communicate, or by any other artifice. [...]» [WARENDORF/THOMAS/CURRY-SUMNER (2013), p. 452].

<sup>144</sup> HARTKAMP (2015), p. 91.

<sup>145</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 215.

<sup>146</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 216; continúan indicando que ello no excluye que haya *divergencias* en la apreciación, y que, si bien se tienen en cuenta elementos objetivos (en particular el carácter profesional o no de las partes), *aquella se encuentra ampliamente dominada por consideraciones subjetivas*.

<sup>147</sup> FABRE-MAGNAN (2012), p. 346.

contratado)<sup>148</sup>. Además, el contratante *no tiene obligación de informar* al otro *si no posee la información, salvo que no pudiera legítimamente ignorarla* (por su profesión, por ejemplo)<sup>149</sup>. Y asimismo es necesario que el otro contratante *no haya podido, por sí mismo, conocer la información*, para cuya apreciación los jueces tendrán en cuenta sus competencias profesionales<sup>150</sup>.

Oportuno y conveniente es que transcriba las palabras de Ghestin, reproducidas por Bénabent, sobre el deber de información. Según Bénabent, tras un profundo estudio, Ghestin proponía la siguiente definición del deber de informar:

«aquella de las partes que conoce o debía de conocer, especialmente en razón de su cualificación profesional, un hecho que sabe de su importancia determinante para el otro contratante, está obligado a informarle de ello, desde que a este último le es imposible informarse, o podía legítimamente confiar en su cocontrante, por razón de la naturaleza del contrato, de la cualidad de las partes, o de informaciones inexactas que le han sido suministradas por el otro»<sup>151</sup>.

[22] *Especial atención se ha prestado en el Derecho francés a la información sobre el valor de la cosa (de la prestación) y la reticencia dolosa* –he de recordar, advierto, que *en el error vicio*, si este versa sobre el valor de la prestación, *no se admite la anulación del contrato* (art. 1110 CCF, que transcribí *supra* nota 89)<sup>152</sup> –.

<sup>148</sup> FABRE-MAGNAN (2012), p. 346.

<sup>149</sup> FABRE-MAGNAN (2012), p. 346.

<sup>150</sup> FABRE-MAGNAN (2012), pp. 346-347.

<sup>151</sup> BÉNABENT (2010) 86, pp. 69-70.

BÉNABENT apunta, de inmediato, que los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (Principios UNIDROIT) prescriben, *de un modo más breve*, el deber de información. El autor cita al artículo 3-8 Principios UNIDROIT, hoy, artículo 3.2.5 Principios UNIDROIT 2016, que dispone: «(Dolo)/ 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 comercial*» (cursiva mía y sería a lo que BÉNABENT se refiere).

Situándose en otro plano, BÉNABENT alude a algunos *textos legales* –Código de consumo, Código de comercio– que imponen al profesional una obligación de informar al otro, indicando que, en tales casos *la cuestión es si el desconocimiento de dichas descripciones conlleva automáticamente el dolo, o es preciso establecerlo*. Señala además, que *la obligación de contratar de buena fe* ha permitido a la jurisprudencia más reciente no solo sancionar las reticencias dolosas, sino ir más allá, comprendiendo todo abuso en la conclusión del contrato. Por lo anterior, se pregunta qué sucede con el tradicional elemento intencional del dolo, pues, algunas sentencias siempre se refieren a él, y rehúsan ver un dolo en la negligencia, incluso en la grave, y afirman que el silencio debe ser intencional para engañar al contratante y determinarle a contratar, pero, otras, no mencionan dicha exigencia, y una corriente reciente entiende que el elemento intencional del vicio de dolo es lo que lo separa de la simple responsabilidad por el incumplimiento de una obligación precontractual de información. [(2010) 86, p. 70, y 87, pp. 70-71].

<sup>152</sup> Sobre dicho error en el Derecho francés anterior a la *Ordonnance n.º 2016-131*: «El error *sobre el valor* es indiferente para la validez del contrato (se está ante una *lésion*, excepcionalmente causa de nulidad). *Ahora bien*, aquél es causa de nulidad *si deriva de un error sobre la sustancia* (por ejemplo, de un error sobre la autenticidad del cuadro o del

Tratándose del valor de la prestación y su información ¿cuándo hay reticencia dolosa? ¿Cuándo no?

En la conocida *S 03.05.2000* (jurisprudencia *Baldus*), la primera *chambre civile* estimó, para un caso en el que *el comprador* de un lote de fotografías antiguas no había revelado su valor real al vendedor, *que dicho comprador no tenía obligación de informar al vendedor, por lo que no había reticencia dolosa*<sup>153</sup>. La posterior *S 17.01.2007* de la tercera *chambre civile* de la *Cour de Cassation* generalizó la solución de la *S 03.05.2000* (*Baldus*), *al casar una decisión* en la que se había admitido la nulidad por reticencia dolosa de una promesa de venta de inmueble con el argumento de que el comprador no había revelado información esencial que poseía sobre el precio del bien, por ser agente inmobiliario, y que el vendedor no podía, por sí mismo, conocer<sup>154</sup>. La tercera *chambre civile* consideró que los *juges du fond* habían *infringido* el artículo 1116 CCF. Al entender de *Flour/Aubert/Savaux*, la tercera *chambre civile* refuerza el lazo que une a la reticencia dolosa con la obligación de informar, y así, *no puede pronunciarse la nulidad por el silencio sobre un elemento esencial del contrato, salvo que haya obligación de informar al otro contratante. Para la Cour de Cassation, el comprador –incluso profesional– no tiene obligación de informar sobre el valor del bien vendido, lo que puede encontrar su razón de*

mueble). Solo el error espontáneo sobre el valor no es causa de nulidad, pues si fue provocado por maniobras o engaños, puede entrañarlo *por dolo*» [cursiva del original; FENOY PICÓN, *ADC* (2017) [281], pp. 738-739].

<sup>153</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 215; MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 207, p. 186; FABRE-MAGNAN (2012), p. 345; BÉNABENT (2010) 87-1, p. 71.

FABRE-MAGNAN informa de los hechos de *Baldus*: La señorita Boucher había vendido en una subasta pública cincuenta fotografías de *Baldus* al precio de 1.000 FF cada una; en 1989, se encontró con el adquirente, el señor Clin, y le vendió otras ochenta y cinco fotografías de *Baldus*, *al mismo precio y precio por ella fijado*; la señorita Boucher, tras enterarse de que *Baldus* era un fotógrafo de una muy gran reputación, demandó la nulidad de las ventas por dolo. La *Cour d'appel* condenó al señor Clin a pagar a la señorita Boucher la suma de 1.915.000 FF, suma que representaba la restitución del valor de las fotografías vendidas cuando la venta de 1989, previa deducción del precio de venta de los 85.000 FF, como saldo resultante para la señorita Boucher. La sentencia señalaba que el señor Clin (re)vendió las fotografías de *Baldus* a un precio que no tenía relación con su precio de compra, y que sabía que, comprando nuevas fotografías de *Baldus* al precio de 1.000 FF cada una, estaba contratando un precio irrisorio en relación con el valor de los clichés en el mercado del arte, faltando así a la obligación de contratar de buena fe que pesa sobre todo contratante. La *Cour de Cassation* censura de forma lapidaria a la *Cour d'appel*, afirmando «que ninguna obligación de información pesa sobre el comprador». [(2012) nota 2 en p. 345].

<sup>154</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 216; según MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI, «el adquirente incluso profesional» (en el caso, un comerciante) «no tenía obligación de informar en beneficio del vendedor» (en el caso, un profano en situación de vulnerabilidad) «sobre el valor del bien adquirido» (en el caso, una casa) [(2017) 207, p. 186]; BÉNABENT (2010) 87-1, p. 71 (en provecho del agente inmobiliario que compra a un buen precio una casa al vendedor agricultor; en nota a pie de página 146, el autor indica que se trata de la primera *chambre civile*: «Civ. 1<sup>er</sup>, 17 janvier 2007»).

*ser en los límites de la lealtad y la oportunidad económica.*<sup>155</sup> A modo de conclusión, Flour/Aubert/Savax apuntan que los *comportamientos* que originan el dolo –maniobras, mentiras, y reticencia– *no son equivalentes, pues, afectando a los mismos elementos contractuales, no tienen la misma incidencia: una distorsión fraudulenta sobre el valor del bien o una mentira sobre dicho valor son causa de nulidad; no lo es el mero silencio sobre el valor*<sup>156</sup>.

A Fabre-Magnan, experta sobre la obligación de informar<sup>157</sup>, la solución jurisprudencial de que no ha de informarse sobre el valor del bien, le parece *un poco excesiva*. A su entender, habría que distinguir según que el contratante se limite a adquirir un objeto puesto ya a la venta a un precio dado –esto es, se aprovecha del error de su contratante– o por el contrario, que haya sido aquel contratante quien haya provocado el error, incitando al vendedor a que le ceda la cosa a un precio claramente inferior al de su valor real. No es lo mismo aceptar una oferta con todos sus elementos esenciales ya determinados por el oferente, que, por el contrario, causar uno de los elementos esenciales de la oferta, y en este segundo caso puede estimarse que se reúnen las características de las maniobras constitutivas de un dolo<sup>158</sup>.

Fabre-Magnan añade, que el Derecho francés es citado como uno de los Derechos más desarrollados sobre la obligación de información<sup>159</sup>.

[23] *Ahora bien*, la regla de que no se exige informar sobre el valor del bien cuenta con la siguiente *excepción*: la cesión de accio-

<sup>155</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 216; informan, además, de la *S 04.06.2009* de la primera *chambre civile* de la *Cour de Cassation*, según la cual el arrendador, que se reserva la aplicación de una disposición del *Code civil* al contrato, no tiene obligación legal de información, ni comete una reticencia dolosa no explicando su alcance; no ha de esperarse que una parte del contrato informe a la otra del contenido de la ley; el contratante que la ignora debe informarse sobre ella; y salvo circunstancias particulares relacionadas con la existencia de una obligación legal, no se puede pretender que corresponda a la otra parte el suministro de tal información. [(2014) 213, p. 217].

FABRE-MAGNAN también se refiere *Baldus* (cuyos hechos he relatado *supra* nota 153, según su explicación) y a la posterior *S 17.01.2007* de la tercera *chambre civile* de la *Cour de Cassation* (reproduce estas palabras de esa sentencia de 2007: «el adquirente, incluso profesional, no tiene una obligación de informar en beneficio del vendedor sobre el valor del bien adquirido») [(2012) p. 345, y nota 3 de p. 345]. Para la *S 04.06.2009* de la primera *chambre civile* de la *Cour de Cassation*, citada por Flour/Aubert/Savaux en el anterior párrafo de esta misma nota, FABRE-MAGNAN (2012) p. 347 y nota 2.

<sup>156</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 216.

<sup>157</sup> Es autora *De l'obligation d'information. Essai d'une théorie* (1992), que fue su tesis como informa la propia FABRE-MAGNAN: (2012) nota 5 en p. 345.

<sup>158</sup> FABRE-MAGNAN (2012), pp. 345-346.

<sup>159</sup> FABRE-MAGNAN (2012), p. 346; a continuación hace la habitual comparación con el Derecho inglés: «La tradición del Derecho inglés, por ejemplo, era, por el contrario, la del principio *caveat emptor*; es decir que el comprador ha de “estar en guardia” e informarse él, una obligación de información no existe más que en ciertos contratos –los contratos *uberrimae fidei*, es decir, los contratos con la mayor buena fe– que implican una confianza especial entre las partes (el contrato de seguro, por ejemplo)».



nes (*droit sociaux*), interviniendo en la cesión dirigentes de la sociedad afectada<sup>160</sup>.

En la *S 27.02.1996* –jurisprudencia *Vilgrain*, cronológicamente anterior al expuesto caso *Baldus*– la *chambre commerciale* sentenció que *el dirigente, que adquiere acciones sin informar al cedente durante las negociaciones que las revenderá a un precio superior, falta a su deber de lealtad en relación con todo socio y comete una reticencia dolosa*<sup>161</sup>. Solución que la *S 25.03.2010* reafirma<sup>162</sup>. *Flour/Auber/Savaux* consideran que son casos en los que, *entre las partes, median relaciones particulares que intensifican la lealtad de una (el dirigente) respecto de la otra (el socio) y obligan al primero a informar al segundo, si no es, correctamente hablando, sobre el valor de las acciones, al menos sobre el precio al que las cederá*<sup>163</sup>.

[24] Por último para la reticencia dolosa, *no se cuestiona si el error, cometido por el otro contratante* (esto es, la víctima del dolo) *fue o no excusable: la S 21.02.2001 afirma que «la reticencia dolosa siempre hace excusable al error provocado»*<sup>164</sup> (en cambio, para la relevancia del error vicio del art. 1110.I CCF, el error debe ser excusable<sup>165</sup>). *Flour/Aubert/Savaux* opinan que dicha regla sobre el dolo *puede sorprender por su carácter absoluto, pero puede justificarse en que, junto a la virtud de su simplicidad, lo esencial es la comparación entre las obligaciones de informar y de informarse que incumbe a cada una de las partes, y el resultado de dicha comparación no apela a una corrección complementaria*<sup>166</sup>.

<sup>160</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 216.

<sup>161</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 216.

<sup>162</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 216; el dirigente había disimulado una oferta firme de adquisición, por una tercera sociedad, en condiciones financieras más ventajosas, de los títulos que había comprado a un socio.

<sup>163</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 217. *Vid.* además FABRE-MAGNAN (2012), pp. 344-345.

<sup>164</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213-1, p. 216; FABRE-MAGNAN (2012), p. 350; BÉNABENT (2010) 85, p. 68.

<sup>165</sup> Sobre la excusabilidad del error del artículo 1110 CCF, frente al dolo: «Si el error es fruto de una ligereza o negligencia excesiva (*error inexcusable*), el contrato se mantiene (requisito introducido por la jurisprudencia para la relevancia del error [del art. 1110 CCF]). La inexcusabilidad se aprecia *in concreto* (en función de las capacidades personales del interesado, en particular de su competencia profesional). *Pero* la jurisprudencia admite que *no hay error inexcusable, si es consecuencia de un dolo, en particular de una reticencia y, cuando se trata de un error obstáculo*. La jurisprudencia admite que *hay una obligación de informarse* que recae, con intensidad variable, en todo contratante y que pone un límite a la sanción del error sobre la sustancia» [cursiva del original; FENOY PICÓN, *ADC* (2017) [283], p. 740].

<sup>166</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213-1, p. 217. Más adelante, los autores reiteran que no ha de razonarse a partir del error, sino de la confrontación entre la obligación de informarse y la de informar. Apreciándose globalmente la situación de las partes –profesional o no, acceso a la información, etc.– ha de determinarse si el cocontratante de la pretendida víctima *debe informarla, o no. Si no debe informarla*, el contrato no puede anularse, ni pretenderse una responsabilidad. *Si ha de informarla*, ha de distinguirse. Y así, *si dicha información era determinante del consentimiento y deliberadamente ha sido*

#### 2.2.4 EL DOLO PRINCIPAL Y EL INCIDENTAL. LA APRECIACIÓN *IN CONCRETO* DEL DOLO. LOS ERRORES SOBRE EL VALOR DE LA COSA (DE NUEVO), Y SOBRE LOS MOTIVOS EXTRAÑOS A LA COSA O A LA PERSONA DEL CONTRATANTE

[25] Para que las *maniobras*, las *mentiras* y la *reticencia* de uno puedan merecer la calificación de *dolosas*, *deben haber sido determinantes del consentimiento del otro; esto es, que sin ellas, el otro* (la víctima) *no habría contratado* (art. 1116.I CCF). *Se trata, el anterior, del dolo principal*, el cual permite que se pueda anular el contrato y al que tradicionalmente se le opone el *dolo incidental*, *dolo este último en el que, sin él, el contrato igualmente lo habría concluido su víctima, pero en diferentes condiciones, en particular, en condiciones pecuniarías más ventajosas para ella*<sup>167</sup>. El dolo incidental no da lugar a la anulación del contrato y *solo permite indemnizar los daños y perjuicios del contratante engañado*, lo que se traduce, según el caso, en un aumento o en una disminución del precio convenido<sup>168</sup>.

[A] *El origen de la distinción entre dolo principal e incidental.*—Zimmermann informa que la más importante e influyente contribución de los *juristas medievales* a la doctrina del dolo fue la distinción que hicieron entre el *dolus causam dans* y el *dolus incidens*<sup>169</sup>. En ambos, el comportamiento fraudulento *debía causar el engaño de la otra parte* (algo inherente en la definición de *dolus* de Labeon, y de Servius<sup>170</sup>), si bien en uno —en el *dolo causam dans*— la parte inocente (la víctima del dolo) *no habría contratado*, salvo por el fraude, y en el otro —en el *dolus incidens*— *solo se afectaban los terms* (las cláusulas) del contrato, por ejem-

*callada para engañar*, el contrato puede anularse por dolo, además de la reparación de los daños. Y *si falta alguno de los anteriores requisitos*, no podrá pronunciarse la nulidad del contrato, pero podrá exigirse del que calló la reparación de los daños. [(2014) 213-1, p. 218].

<sup>167</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 220; sobre la distinción entre dolo principal e incidental, MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 209, p. 189; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 512, p. 261 (señalan que el dolo incidental no determina el consentimiento, porque recae sobre partes secundarias del contrato); FABRE-MAGNAN (2012), pp. 351-352. Sobre el dolo incidental, BÉNABENT apunta que, a veces se habla de dolo incidental para designar el caso en que el engaño recae sobre un elemento accesorio del contrato [(2010) 89, p. 72].

<sup>168</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 220. *Vid.* además MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 209, p. 189; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 512, pp. 261-262; FABRE-MAGNAN (2012), p. 352; BÉNABENT (2010) 89, p. 72.

<sup>169</sup> ZIMMERMANN (1996), p. 670.

<sup>170</sup> D 4.3.1: «§ 2.— Servio definió así ciertamente el dolo malo: cierta maquinación para engañar á otro, cuando se simula una cosa, y se hace otra. Pero Labeon dice, que también sin simulación puede obrarse de modo que se engañe á alguien, y que también sin dolo malo puede hacerse una cosa, y simularse otra, como hacen los que con disimulación de esta naturaleza cuidan y defienden ó sus propios intereses, ó los ajenos. Y por esto lo definió él así: dolo malo es toda astucia, fallacia [*sic*; falacia], ó maquinación empleada para sorprender, engañar, ó defraudar á otro. La definición de Labeon es verdadera» [GARCÍA DEL CORRAL (1889), pp. 351-352].

Sobre la *actio doli*, JÖRS/KUNKEL (1937; reimp. 1965) 62, pp. 151-152, 155-156; 160, pp. 369-370; DE COSSÍO Y CORRAL (1955), pp. 35-59.

plo, el precio –es decir, el contrato se habría celebrado, pero con diferentes (mejores) *terms* para la víctima del dolo–<sup>171</sup>.

Según Zimmermann, los glosadores obtenían esa distinción entre dolos de un fragmento complejo y críptico del Digesto, atribuido a Ulpiano, que contenía la frase: «... aut nullum esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet [minor annis viginti quinque] circumscriptus est» (D 4.3.7)<sup>172</sup>. Se entendía que ese fragmento indicaba que, *si el dolus indujo a vender al vendedor, el contrato de venta era nulo ipso iure*<sup>173</sup>. En cambio, *la venta permanecía válida, si el vendedor tenía en ese momento, de hecho, intención de vender el esclavo, pero, frente al ejemplo discutido, ello era sin peculium* (en el ejemplo del D 4.3.7, la venta era con peculio)<sup>174</sup>. La distinción entre *dolus causam dans* y *dolus incidens* resolvía la vieja cuestión de los efectos del dolo en los contratos de *bonae fidei*: solo el *dolus causam dans* suponía su invalidez; si el dolo era *incidens*, la transacción no era nula, ni podía recurrirse a la *actio* de dolo, ni a la *exceptio doli*; el propio *bonae fidei iudicium* (D 4.3.7) podía utilizarse para remediar tal situación<sup>175</sup>. En cuanto a los contratos *stricti iuris*, se disponía de la *actio* de dolo y de la *exceptio doli* con independencia de que el dolo fuera causal o incidental<sup>176</sup>.

La apuntada distinción entre dolos y sus efectos, basada en la división *bonae fidei/stricti iuris*, sobrevivió durante bastante tiempo, aunque finalmente se impuso el régimen aplicable a los contratos de *bonae fidei*, y además, progresivamente se iba atacando la idea de que el contrato celebrado por fraude fuera nulo –ahora, no se discutía la validez del consentimiento obtenido por fraude; la declaración de la parte defraudada refleja una voluntad efectivamente existente; y aparte, la invalidez *ipso iure* implicaba que podía invocarla la víctima del fraude, y también el defraudador, resultado este último difícil de reconciliar con la idea de que no debe permitirse nunca al defraudador beneficiarse de su propio dolo–<sup>177</sup>. Por ello, se llegó a reconocer que el efecto del dolo podría ser el de hacer anulable el contrato a instancias del defraudado<sup>178</sup>. Pero, ¿cuándo este podría hacerlo? Y para esta cuestión

<sup>171</sup> ZIMMERMANN (1996), p. 670.

<sup>172</sup> ZIMMERMANN (1996), p. 670.

D 4.3.7: «ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro XI*.–Y discretamente interpreta Pomponio estas palabras, “si no hubiera otra acción”, de esta manera, si de otro modo no pudiere tener salva la cosa aquel a quien la cosa le pertenece. Y no parece que se opona a esta opinión lo que escribe Juliano en su libro cuarto, que si un menor de veinticinco años, engañado por el consejo de su esclavo, hubiere vendido a éste con su peculio, y el comprador lo hubiere manumitido, deberá darse contra el manumitido la acción de dolo. Porque esto lo entendemos así, que no hay dolo en el comprador, de suerte que no pueda estar obligado por la compra; ó que es nula la venta, si precisamente para que vendiera fue engañado. Y lo que se dice de que fue un menor, no lleva aparejada restitución por entero; porque contra un manumitido no puede tener lugar ninguna restitución por entero» [lo que he puesto en cursiva se corresponde con la frase que he reproducido en el cuerpo del texto; GARCÍA DEL CORRAL (1889), p. 353].

<sup>173</sup> ZIMMERMANN (1996), p. 670.

<sup>174</sup> ZIMMERMANN (1996), p. 670.

<sup>175</sup> ZIMMERMANN (1996), pp. 670-671. Transcribí D 4.3.7, *supra* en nota 172.

<sup>176</sup> ZIMMERMANN (1996), p. 671.

<sup>177</sup> ZIMMERMANN (1996), pp. 671-672.

<sup>178</sup> ZIMMERMANN (1996), p. 672.

–señala Zimmermann– *la vieja distinción entre dolus causam dans/dolus incidens recibió una renovada atención*<sup>179</sup>. Estaba claro que el defraudado (la víctima del dolo) disponía de la normal acción del contrato, en orden a reclamar la restitución, pero *dicha restitución significaba dos diferentes cosas*<sup>180</sup>. Si se asumía que el defraudado se habría totalmente abstenido de celebrar el contrato, si hubiera sabido la verdad (*dolo causam dans*), podía liberarse del contrato y reclamar cualquier otro daño que hubiera sufrido<sup>181</sup>. Si podía establecerse que el defraudado hubiera celebrado el contrato, aunque (por ejemplo) a un menor precio de compra (*dolus incidens*), no había base para rescindir el contrato y en tal caso, la reclamación se limitaba a la cantidad pagada o prometida pagar que, por razón del fraude, excedía de la suma que la parte inocente hubiera estado dispuesta a entregar<sup>182</sup>.

[B] *Otros Derechos.*–En 1996, Zimmermann afirma que la distinción *dolus causam dans/dolus incidens* sobrevive en el Derecho de Sudáfrica y, vía Pothier, en el *Code civil* francés<sup>183</sup>, y que no sobrevive en el Derecho alemán (§ 123 BGB)<sup>184</sup>.

<sup>179</sup> ZIMMERMANN (1996), p. 672.

<sup>180</sup> ZIMMERMANN (1996), p. 672.

<sup>181</sup> ZIMMERMANN (1996), p. 672.

<sup>182</sup> ZIMMERMANN (1996), p. 672.

<sup>183</sup> ZIMMERMANN (1996), p. 672 (pero *vid.* la nota 159 en p. 672).

Para el Derecho suizo, KÖTZ informa que el *Bundesgericht* suizo rechazó la distinción entre dolo causal e incidental en su extensa y cuidadosa S 04.05.1938, si bien posteriormente la aceptó en su S 07.06.1955, en la que el *Bundesgericht* afirmó: «Cuando la rescisión del contrato parece sorprendente en un caso en el que dolo ha sido incidental, el juez puede rehusarla y limitarse a reducir las prestaciones del perjudicado en la medida en que este habría concluido el contrato, si él no hubiera sido engañado»; KÖTZ indica, además, que se vea la S 25.09.1973 del *Bundesgericht* [(2017) nota 10 en pp. 174-175]. Sin perjuicio de lo que a continuación indico en el cuerpo del texto y en las siguientes notas a pie de página, LHOSSE informa que el efecto de la anulación para el *dolus causam dans* y el de la reclamación de daños para el *dolus incidens* se ha conservado en diversas codificaciones, así en Francia, Italia y España; que es distinción desconocida para el Derecho inglés; y que no ha sido seguida, por ejemplo, en los Derechos austriaco, alemán y suizo [«Artículo 4:107» (2018) 8, p. 694; LHOSSE apoya su información en Probst]. Y al acudir a PROBST, he de indicar que este autor señala que en los sistemas de *civil law* pertenecientes a la tradición legal alemana, la cuestión del *dolus incidens* no ha dado lugar a mucha discusión doctrinal o duda judicial. En Austria, Alemania y Suiza, los tribunales y los académicos están de acuerdo, casi por unanimidad, que el *dolus incidens* es un defecto del consentimiento que hace anulable al contrato. En consecuencia, un *deceptus* tiene derecho a anular el contrato que hubiera celebrado en cualquier caso, si bien con diferentes condiciones (*terms*) si hubiera conocido de su falsa representación [(2008) 247, p. 119]. En cuanto al Derecho suizo, PROBST apunta que inicialmente el *Bundesgericht* consideró relevante la distinción *dolus causam dans/dolus incidens* (S 06.03.1914), pero el Tribunal abandonó tal punto de vista en posteriores casos; así en la S 04.05.1938 (que desautorizó a la S 06.03.1914) y en la S 25.09.1973 (nota 1021 en p. 121; de interés, 241-248, pp. 118-122). Transcribo el artículo 28.1 CO *infra*, en nota 578.

<sup>184</sup> § 123 BGB: «Impugnabilidad por causa de engaño o intimidación/ (1) *Quien ha sido inducido a emitir una declaración de voluntad mediante engaño doloso o ilícitamente por intimidación puede impugnar la declaración./* (2) [...]» [trad. ARROYO AMAYUELAS, rev. BECKMANN (2008), pp. 55-56].

ZIMMERMANN señala que, según el § 123 BGB, un contrato puede rescindirse, no importando si fue afectado por un *dolus causam dans* o por un *dolus incidens*; *solo se requiere que la declaración de voluntad haya sido «inducida» por el comportamiento fraudulento*. Sin embargo, los padres del BGB no quisieron desviarse de la consolidada

distinción doctrinal. Y el *Motive* remite al lector a la regla de la parcial invalidez: una transacción afectada por fraude puede parcialmente rescindirse solo si se asume que el defraudado hubiera celebrado el contrato, incluso si se hubiere omitido la parte rescindida [(1996) pp. 673-674]. Según FLUME: «El engaño es doloso cuando quien engaña es consciente de ello o cuenta con que la otra persona sea inducida por el engaño a una declaración de voluntad que de otra manera no habría hecho o no del mismo modo. En el último caso [en, *no del mismo modo*] se hablaba en la doctrina del Derecho Común de *dolus incidens* en oposición al *dolus causam dans*. La distinción carece de importancia para la cuestión de la impugnación» [la cursiva de la última frase, mía; trad. MIQUEL GONZÁLEZ/GÓMEZ CALLE (1998) p. 637]. Por su parte, ACKERMANN/FRANCK apuntan que en el Derecho alemán se acepta ampliamente que el dolo incidental basta para anular el contrato, aunque ello no permanece incontestado [«Artículos 4:107 PECL y II.-7:205 DCFR, y § 123 (1) BGB» (2014), p. 204, *vid.* desde p. 203]. ACKERMANN/FRANCK también se refieren a la regulación del dolo en los PECL (art. 4:107, que transcribí *supra* nota 68) sobre la que señalan que, de sus palabras, no puede claramente inferirse si la parte engañada puede anular el contrato solo si lo celebró por el dolo (*dolus causam dans*) o basta con que pruebe que, sin el dolo, lo hubiera celebrado con diferentes condiciones (*terms*), por ejemplo, a un precio más bajo (*dolus incidens*). Los autores apuntan que las disposiciones de los PECL sobre el error incluyen al *dolus incidens* solo si, sin el error, la parte inocente hubiera pactado condiciones (*terms*) «esencialmente» diferentes [art. 4:103 (1) (b) PECL] y que se excluye el derecho a anular el contrato si la parte que no erró quiere cumplir, de conformidad con lo que la parte que erró realmente pretendió (art. 4:105 PECL). La ausencia en los PECL, de cualquier similar restricción en lo que respecta al dolo, indica que esta previsión se aplicará generalmente a los casos de mero *dolo incidens*. Lo anterior se refuerza por la consideración, en el Comentario del artículo 4:107 PECL, de que una parte que actúa fraudulentamente merece menos protección, que la contraparte de quien erró. (p. 200). En cuanto a los PECL, LHOSE (si bien se refiere a las «model rules») señala que se abstienen de incorporar cualquier restricción al *dolus incidens* y un *suficiente* lazo causal presupone, no más, que el contrato no se hubiera celebrado tal y como está [esto es, con sus particulares condiciones (*terms*); «Artículo 4:107» (2018) 7, p. 688].

En otro orden de consideraciones (para el dolo eventualis) y para el Derecho alemán, MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON señalan, que «[e]l engaño se define así como una *deliberada* falsa representación de hechos con la intención de entranar o mantener un error» (cursiva mía; p. 303) y si bien, «el § 123 I BGB requiere ‘*Arglist*’, ie un comportamiento fraudulento o deliberado», «[e]l Tribunal ha desarrollado la regla de que el *dolus eventualis* (*bedingter Vorsatz*) basta para establecer el engaño deliberado» [p. 305; ambas de citas de (2006)]. Similar información ofrecen ACKERMANN/FRANCK: el «§ 123 (1) BGB solo cubre la deliberada falsa representación o la no información con la intención de causar o mantener un error. Sin embargo, los Tribunales alemanes han sostenido que basta para el engaño “doloso” [“fraudulento”] que una parte “se vuelva ciego a la verdad”, esto es, que considere que sea posible que una declaración sea falsa (*dolo eventualis* [...]). La intención indirecta basta también en relación al efecto del engaño de la declaración falsa, en la parte inocente» (p. 203). Al igual que antes, ACKERMANN/FRANCK se refieren a la regulación del dolo en los PECL, al artículo 4:107, cuyo segundo apartado, recuerdo, dispone: «[a] party’s representation or non-disclosure is fraudulent if it was intended to deceive». ACKERMANN/FRANCK llaman la atención de que parece claro que en el artículo 4:107 (2) PECL se exige, expresamente, un propósito de engañar al otro y pese a ello, en el *Comment A* del artículo 4:107 PECL se alude al comportamiento «temerario» («*reckless*») sobre el que se indica que entra dentro del dolo, lo cual parece contradecir a la definición legal. En su opinión, el comentario oficial del artículo 4:107 PECL y el tenor literal del artículo 4:107 PECL pueden reconciliarse, asumiendo que el «propósito» del artículo 4:107 PECL incluye también la llamada intención condicional o indirecta (*dolo eventualis*), es decir, aquella situación en la que la parte sabe de la posibilidad real de que la otra se encuentra equivocada y no evita su confusión. ACKERMANN/FRANCK admiten que su consideración no despeja enteramente la aludida discrepancia, pues la «temeridad» («*recklessness*») puede entenderse también como una grave o consciente negligencia, y no como una subcategoría del «propósito». (p. 200). Finalmente, ACKERMANN/FRANCK comparan los PECL y el Derecho alemán y afirman que sus posiciones son muy cercanas, si al artículo 4:107 PECL se le asigna el acercamiento del Derecho inglés, según el cual la mera negligencia, aunque sea grave, no basta para establecer que una (falsa) declaración fue temeraria, ello en la medida en que



A lo anterior, he de añadir que en el *Derecho italiano* sobrevive *legislativamente* la distinción entre dolo causal (art. 1439 CCI<sup>185</sup>) y dolo incidental (art. 1440 CCI<sup>186</sup>). Para el dolo incidental, el artículo 1440.I CCI dispone que, si las maniobras no son tales como para determinar el consentimiento, el contrato es válido, aunque sin ellas el contrato se hubiera concluido en distintas condiciones, y el contratante de mala fe responde de los daños. Cataudella señala que el daño económico es elemento constitutivo del dolo incidental, pues el artículo 1440 CCI exige las «condiciones diversas» que se hubieran pactado sin la influencia del comportamiento doloso, lo que parece apuntar a las condiciones diversas *que hubieran sido económicamente más favorables al contratante cuya voluntad fue desviada a causa del dolo*<sup>187</sup>.

[26] Retornando al Derecho francés, *numerosos autores denuncian, según Flour/Aubert/Savaux, la distinción entre dolo principal e incidental por su carácter artificial, lo cual se razona en que, psicológicamente, es irreal pretender distinguir la voluntad de contratar, considerada de modo abstracto, de la concreta voluntad de contratar en tal o tales condiciones*<sup>188</sup>. Flour/Aubert/Savaux opinan que, en realidad, *el dolo incidental ha de bastar para justificar la anulación, si esta es demandada, ya que para considerar*

la declaración se hiciera con la honesta creencia de que era verdadera («House of Lords, *Derry v. Peek* [1889]»). De este modo, la temeridad puede probarse *si una parte hace una declaración con un sentimiento de ansiedad sobre su verdad, pero deliberadamente evita salir de sus dudas* («High Court of Justice, *GE Commercial Finance Ltd v. Gee* [2005]»). (p. 204). Sobre el *dolo eventualis*, *vid.* además LHOSSÉ, «Artículo 4:107» (2018) 6, p. 693.

<sup>185</sup> Artículo 1439 CCI: «Dolo. Il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato./ Quando i raggiri sono stati usati da un terzo, il contratto è annullabile se essi erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio».

<sup>186</sup> Artículo 1440 CCI: «Dolo incidente. Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni».

<sup>187</sup> CATAUDELLA (2019) nota 161, pp. 112-113. GANNUZI señala que la responsabilidad no es contractual, sino precontractual [(2019) p. 977; *vid.* desde p. 976].

<sup>188</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 220 (en la nota 6, en p. 220, para esos numerosos autores citan a Planiol y Ripert, Esmein, Ghestin). Según FABRE-MAGNAN, parte de la doctrina rehusa tratar de modo diferente al dolo principal y al incidental y cita al respecto a Flour/Aubert/Savaux y a Ghestin [(2012) p. 352 y nota 2 en p. 352; para Flour/Aubert/Savaux, la nota inmediatamente siguiente a esta]. FABRE-MAGNAN observa que no siempre puede asirse la distinción entre dolo principal e incidental. Entre el engaño, sin el cual es de toda evidencia que el demandante no hubiera concluido el contrato, y el engaño mínimo, que sin duda en nada hubiera cambiado su decisión, hay toda una serie de situaciones intermedias en las que es difícil analizar los entresijos de la psicología del contratante y determinar, con certidumbre, si finalmente habría o no contratado (p. 352). Como no partidarios de la distinción entre el dolo principal y el incidental, MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI mencionan a Flour/Aubert/Savaux, Ghestin, Marty y Raynaud [(2017) en nota 455 en p. 189].

Para BÉNABENT, la noción de dolo incidental apenas merece retenerse: o el consentimiento se encuentra viciado, o se habría dado igualmente; se concibe mal un «semi» vicio del consentimiento [(2010) 89, p. 72].



que el dolo fue *determinante*, basta comprobar que, sin él, el contrato no se habría concluido en los términos en que fue hecho<sup>189</sup>.

[A] Flour/Aubert/Savaux indican que la S 22.06.2005 de la *Cour de Cassation*, tercera *chambre civile*, marca una reserva sobre la noción de dolo incidental.

En concreto, el recurrente expresamente reprochaba a los *juges du fond* que hubieran anulado por reticencia dolosa la promesa de venta de un inmueble de gran altura, justificándolo en que hubo un dolo incidental, debiendo haberlo justificado en que hubo un dolo principal. La *Cour de Cassation* rechaza el recurso, por entender que la *Cour d'appel* había soberanamente apreciado que los elementos disimulados por el vendedor habían sido determinantes para el comprador, quien en todo caso habría adquirido a un menor precio si hubiera conocido la situación real, y la *Cour d'appel* había precisamente deducido que las reticencias dolosas del vendedor entrañaban la nulidad de la venta. Del fallo se deduce, claramente, que el dolo había sido determinante del contrato y sin él, no se hubiera concluido, o no se hubiera concluido en las mismas condiciones, siendo ello suficiente para fundamentar la nulidad del contrato. Lo anterior, entienden Flour/Aubert/Savaux, condena claramente la opinión según la cual el «dolo incidental» no puede dar lugar más que a la reparación de los daños y perjuicios<sup>190</sup>.

[B] Sobre la distinción entre el dolo principal y el incidental y la jurisprudencia, Malinvaud/Fenouillet/Mekki informan que, salvo raras excepciones (así, en «*Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 déc. 1954*»), la jurisprudencia no ha tenido en cuenta las críticas hechas a la distinción entre el dolo principal y el incidental y consagrando la noción de dolo incidental, sigue afirmando que el dolo, sin el cual se habría contratado en otras condiciones, no puede justificar la nulidad del contrato, sino la concesión de la indemnización de daños y perjuicios. No obstante, reconocen que lo anterior lo ha cuestionado la «*S Cass. 3<sup>e</sup> civ., 22 juin 2005*», que parece divergir de otras *chambres*. Añaden, en apoyo de la anterior jurisprudencia, que se observa que la admisión del dolo incidental es la consecuencia natural e ineluctable del dolo sobre el valor: el contratante engañado estaba dispuesto a comprar o a vender y su vicio del consentimiento recaía sobre el precio, con lo que basta con rectificar el precio mediante la indemnización de los daños y perjuicios para que el contrato sea perfecto. Por otro lado, la víctima frecuentemente demanda la reducción del precio y no la anulación de la venta<sup>191</sup>.

<sup>189</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, pp. 220-221.

Ahora bien, MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI apuntan que la opinión que entiende que el dolo incidental no permite la anulación del contrato, sino que da lugar a la indemnización de daños y perjuicios *conserva sus partidarios* [(2017) 209, p. 189]; y según MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, aunque criticada por algunos autores contemporáneos la distinción entre el dolo principal y el incidental, la misma *se impone* [(2015) 512, p. 262].

<sup>190</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 221. Reproduce parte de la S «*Civ. 3<sup>e</sup>, 22 juin 2005*», FABRE-MAGNAN (2012) nota 3 en p. 352.

<sup>191</sup> MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 209, pp. 189-190, y notas 458 y 460.

[27] El antes referido y requerido carácter determinante del dolo *debe apreciarse in concreto*: el juez fija dicho carácter, considerando *el comportamiento y la personalidad de las partes implicadas*, y es de apreciación soberana por los *juges de fond*<sup>192</sup>.

[28] La exigencia del carácter *determinante del dolo* (cumpliéndose los demás requisitos legales) permite a su víctima que se *anule* el contrato *por un error sobre el valor de la cosa* –pero para el *mero silencio*, recuérdense las expuestas doctrinas de *Baldus* y de *Vilgrain*; al respecto *supra* [22] y [23]– y también le permite que se *anule* el contrato por un *error sobre los motivos determinantes extraños a las cualidades de la cosa, o de la persona*, errores estos que, si hubieran sido espontáneos (a los cuales se aplica el art. 1110 CCF, que transcribí *supra* nota 89) no lo habrían permitido<sup>193</sup>. Asimismo, el *dolo*, que da lugar a que su víctima

<sup>192</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 222; añaden que la *Cour de Cassation*, a veces, exige que el juez expresamente constate que, sin las maniobras, no se habría contratado. Lo mismo MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 209, p. 190.

<sup>193</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, pp. 222-223; en la nota 8 de la p. 222 ilustran así: un funcionario compra una vivienda en una ciudad, *creyendo él*, falsamente, que iba a ser destinado allí: el acto es válido; y si lo compra, *porque se le ha hecho creer mediante artificios*, que iba a ser destinado allí: el acto es nulo, cumpliéndose los demás requisitos del dolo (para estos autores, además, lo que indico en el segundo párrafo de esta misma nota). MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI también señalan que el error *sobre el valor o sobre los motivos individuales determinantes* no son causa de nulidad si son espontáneos, y *si son causa de nulidad, si tales errores son provocados por dolo* (se sanciona la culpa del autor del dolo) [(2017) 201, p. 180]; apuntan, además, que el *dolo* debe recaer *sobre un elemento que haya sido, efectivamente, determinante*, es decir, «sobre la sustancia, o sobre el valor, o sobre un motivo individual determinante» [(2017) 209, pp. 190-191]. Y similares ideas se leen en MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK –«[...] por ejemplo, el error sobre el valor o sobre los motivos determinantes que no recaen sobre las cualidades sustanciales de la cosa o de la persona son causa de nulidad, desde que hay dolo. Pero es necesario que las maniobras hayan provocado un error»; (2015) 511, p. 261]–, en FABRE-MAGNAN –«[...] el error provocado por dolo no ha de ser un error sobre las cualidades sustanciales en el sentido del artículo 1110 CCF, sino que puede ser un error indiferente al texto del artículo 1110 CCF, en particular un simple error sobre el valor, sobre el móvil, o incluso un error sobre la persona en un contrato no concluido *intuitu personae*. Cuándo tales errores han sido causados por dolo, la anulación del contrato puede solicitarse con fundamento en el artículo 1116 CCF [...]»; (2012), pp. 349-350– y en BÉNABENT –«el dolo puede, pues, recaer sobre no importa qué elemento del contrato –en particular sobre el valor o los motivos, elementos que no se toman en consideración desde el punto de vista del error»; (2010) 88-1, p. 72–.

Sobre el error en los motivos determinantes y extraños a las cualidades de la cosa o en la persona, a propósito del error vicio del artículo 1110 CCF: «Para el error sobre el motivo, Flour/Aubert/Savaux, con apoyo en el artículo 1110 *Code v.a.*, diferencian lo siguiente. Uno, el error sobre el motivo determinante *que recae sobre las cualidades del objeto o de la persona*; por ejemplo, la compra, por el comprador, de una casa *para habitarla*, casa a punto de destruirse por insalubridad –su error sobre el motivo determinante consiste en que la cosa es impropia para el uso al que le interesaba destinarla; *hay error sobre la sustancia*–. El otro, el error sobre el motivo determinante *extraño* a las cualidades del objeto o de la persona y que permanece *exterior* a los elementos constitutivos del contrato; por ejemplo el funcionario espera próximamente ser destinado a una ciudad y por ello compra una casa *para habitarla*; si resulta que ello no sucede, el error sobre su motivo determinante *no es sobre las cualidades de la cosa, y el contrato es válido*. Pero la ausencia de satisfacción de un motivo determinante *exterior puede entrañar la nulidad* del

sufra un error sobre una cualidad *no sustancial* de la cosa, le permitirá instar la anulación del contrato, lo que no le permitiría el error vicio (art. 1110.I CCF)<sup>194</sup>.

*En suma, el campo operativo del dolo (art. 1116 CCF) es más amplio que el del error vicio (art. 1110 CCF). El dolo, que es un error provocado, cubre errores que el artículo 1110 CCF no alcanza. La existencia del dolo, como vicio del consentimiento independiente al del error del artículo 1110 CCF, está justificada en el Derecho francés.*

[29] De la exigencia del carácter *determinante* del dolo se deriva que el dolo deba necesariamente ser anterior a la conclusión del contrato, o al menos, *coétaneo al mismo*<sup>195</sup>.

#### 2.2.5 EL DOLO DE PARTE. EL DOLO DE TERCERO: LA REGLA Y SU ALCANCE. EL DOLO RECÍPROCO

[30] Para que el dolo permita *anular* el contrato, *ha de llevarlo a cabo uno de los contratantes* (art. 1116.I CCF)<sup>196</sup>. El dolo debe

---

contrato, *si hay una estipulación expresa que produce su entrada en el campo contractual, erigiéndose en condición*. El error sobre el motivo también entraña la nulidad del contrato si fue fruto de un *dolo*» [cursiva del original; FENOY PICÓN, ADC (2017) [282] pp. 739-740].

Para el error sobre el valor de la prestación y el artículo 1110 CCF, *supra* [22] y nota 152.

<sup>194</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 223.

Para que el error vicio permita la anulación del contrato, el artículo 1110.I CCF exige que recaiga sobre la sustancia de la cosa y, «[s]obre la fórmula “*lorsque'elle* [el error] *tombe sur la substance même de la chose*” (art. 1110.I Code v.a.), FLOUR/AUBERT/SAVAUX señalan que puede interpretarse de dos formas. Una *objetiva*, en que la *sustancia* designa la *materia* de la que se compone la cosa. Y otra *subjetiva*, que designa la *cualidad* sustancial; *es decir, la cualidad de la cosa que las partes han tenido principalmente en cuenta* (Pothier); y “*plus précisément, on dira: c'est la qualité qui a déterminé le consentement de l'une des parties, de telle sorte que celle-ci ne serait pas engagée si elle avait su que cette qualité n'existait pas*” (cursiva del original). Los autores afirman, que la “*substance*” *debe entenderse en sentido subjetivo*, lo que es conforme con la intención de los codificadores y con la jurisprudencia. Lo anterior implica *la imposibilidad de establecer una lista cerrada de anulaciones*, concibiendo la jurisprudencia la noción de cualidad sustancial *de forma muy amplia*./ A su vez, esa interpretación *subjetiva* de la sustancia del artículo 1110.I Code v.a. puede entenderse de dos modos. *Uno* busca la *cualidad que individualmente determinó al contratante que erró* –apreciación *in concreto*–; el *otro* busca la cualidad considerada como determinante *en la opinión común* –apreciación *in abstracto*–. FLOUR/AUBERT/SAVAUX señalan, que el factor psicológico del error ordena *acoger la apreciación in concreto*, y que la jurisprudencia acoge la misma, al menos implícitamente./ Puesto que el error recae sobre una cualidad sustancial, *poco importa* que el error recaiga *sobre la prestación recibida* (v.gr., la recibida por el comprador) o *sobre la prestación suministrada por el que erró* (v.gr., la entregada por el vendedor; asunto *Poussin*)» [cursiva del original; FENOY PICÓN, ADC (2017) [278] pp. 736-737].

<sup>195</sup> MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 209, p. 190.

<sup>196</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 215, p. 223; MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 210, p. 191; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 513, p. 262; FABRE-MAGNAN (2012), p. 348; BÉNABENT (2010) 88, p. 71; GHESTIN (1993) 572, p. 548.

ser *de parte*. Según la *Cour de Cassation*, las maniobras deben imputarse directamente al contratante<sup>197</sup>.

[31] *Si el dolo proceda de un tercero, el contrato no podrá anularse, aunque la víctima del dolo podrá obtener, de ese tercero, la oportuna indemnización de los daños y perjuicios*<sup>198</sup>.

[32] Flour/Aubert/Savoux *critican* la regla de que el dolo de tercero no permita la anulación del contrato. Señalan que la misma *se remonta al Derecho romano y la consideran inexplicable desde el análisis psicológico* –esto es, desde la voluntad– ya que el dolo de tercero puede ejercer *la misma influencia determinante* sobre la voluntad de la víctima, que el dolo procedente del otro contratante<sup>199</sup>. *Moralmente todo se aclara: la nulidad se considera la reparación de un perjuicio causado por una culpa, que no ha de soportar el contratante inocente (el que contrató con la víctima del dolo); la pena debe ser personal (para el tercero)*<sup>200</sup>.

Dichas ideas –*no explicación* de la regla del dolo de tercero, analizada desde el consentimiento de la víctima, y *su explicación* por la concepción romana del dolo como un delito– pueden fácilmente encontrarse en otros autores<sup>201</sup>.

[33] Sentado lo anterior, *¿cuándo el dolo es de tercero? ¿Cuándo no lo es y hay dolo de parte?*

*En los contratos onerosos, en donde centro mi trabajo*<sup>202</sup>, *se admite su anulación, si hay complicidad entre el autor de la manio-*

<sup>197</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 215, p. 223.

<sup>198</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 215, p. 223; MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 210, p. 191; BÉNABENT (2010) 88, p. 72.

<sup>199</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 215, p. 223.

<sup>200</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 215, pp. 223-224.

<sup>201</sup> MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 513, p. 262. MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 210, p. 191. *Vid.* también RIPERT (1949), pp. 87-88.

<sup>202</sup> *Más allá de los contratos*, la expuesta regla del dolo de tercero no se aplica a los *actos jurídicos unilaterales*, al no existir el otro contratante [FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 215, p. 224; MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 210, p. 191 (por ejemplo, la renuncia a la sucesión (o repudiación de la herencia)]; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 513, p. 262 [ponen el mismo ejemplo de la renuncia a la sucesión (o repudiación de la herencia)]; FABRE-MAGNAN (2012), p. 348; GHESTIN (1993) 573, p. 550].

*Para las liberalidades*, el artículo 901 (*Loi n.º 2006-728, 23 juin 2006*) dispone: «Pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit. *La libéralité est nulle lorsque le consentement a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence*» (cursiva mía). Así pues, la regla del dolo de tercero no se aplica a las liberalidades [MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 513, p. 263; GHESTIN (1993) 573, pp. 550-551]. El *vigente* artículo 893 CCF (*L. n.º 2006-728 du 23 juin 2006*) explica qué es una liberalidad: «La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne./ Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament». Según el *derogado* artículo 893 CCF: «On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou part testament, dans les formes ci-après établies». En relación con la donación, el artículo 894 CCF indica: «La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire que l'accepte».

bra (el tercero) y el contratante que de ello se beneficia; también cabe la anulación, si el primero (el tercero, autor de la maniobra) es *representante* del segundo (del contratante, no víctima del dolo)<sup>203</sup>. Situándose en el ámbito de las *garantías y para el garante (fiador)*, *víctima del dolo del deudor principal y este último tercero frente al garante y el banco* (acreedor principal), Malinvaud/Fenouillet/Mekki apuntan que *se cuestiona* si no habría de admitirse que el dolo del deudor principal pueda permitir al garante la anulación del contrato de garantía, y al respecto señalan que la jurisprudencia se ha pronunciado *en contra de ello, aunque* también indican que la sentencia de la «Cass. com., 13 nov. 2002» puede interpretarse *a favor de la evolución*<sup>204</sup>. Por último, el dolo de tercero es causa de nulidad del contrato, si dicho tercero está *directamente* interesado en el contrato, *dentro de un grupo de contratos*<sup>205</sup>.

[A] Destacan Malinvaud/Fenouillet/Mekki, que el Derecho francés *contrast*a con los Principios UNIDROIT y con los PECL, en donde se admite que puede *anularse* el contrato no solo si hubo dolo de tercero que es un representante, o dolo de tercero «que participa en la celebración del contrato con el acuerdo de la otra parte», sino que puede también haber lugar a la anulación del contrato por el dolo de otra persona *con la que el otro contratante no tiene vinculación, si ese otro contratante «ha, o habría debido conocer, los pertinentes hechos»*. En su opinión, *dado que quien contrata con la víctima del dolo se aprovecha del dolo de ese tercero, podría haberse admitido, en el Derecho francés, como un dolo a sancionar*<sup>206</sup>.

<sup>203</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 215, p. 224 (en cambio, la nulidad se descarta si la declaración mentirosa la conoció el representante *del contratante víctima del dolo*); MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 210, p. 191; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 513, p. 263; FABRE-MAGNAN (2012), p. 348; BÉNABENT (2010) 88, p. 71; GHESTIN (1993) 573, pp. 549-550.

<sup>204</sup> MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 210, p. 191 y nota 470 (como jurisprudencia contraria a la citada en el cuerpo del texto de «Cass. com., 13 nov. 2002», los autores mencionan las sentencias de «Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 juin 1973 [...]– Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 janv. 1977 [...]– Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 juin 1978 [...]– Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 mars 1989 [...]»). MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 513, pp. 262-263 y nota 68 [estos autores señalan, además, que es habitual que el garante ejerza importantes funciones en la empresa garantizada (deudor principal); el deudor principal no es, de hecho, un verdadero tercero en las relaciones entre el garante y el acreedor]. *Vid.* también BÉNABENT (2010) 88, p. 71. Por su parte, GHESTIN, en 1993, apuntaba que el dolo del deudor principal no tenía efectos sobre la validez de la garantía, pero, dicha solución era, cada vez, más criticada, teniendo en cuenta que el contrato de garantía pone en relación a tres personas; no obstante, GHESTIN igualmente informa que otros autores aprobaban la primera solución, la de la no impugnación, destacando el carácter de pena privada que la sanción del dolo tiene [(1993) 572, p. 549; 573, p. 551].

<sup>205</sup> MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 513, p. 263; por ejemplo, un arrendamiento financiero, en donde quien suministra el material arrendado por el cliente no es tercero en la relación contractual (nota 70 en p. 263).

<sup>206</sup> MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 210, p. 192 y nota 474; con ciertos matices, GHESTIN (1993) 572, pp. 548-549.

[B] En cuanto a los aludidos Principios UNIDROIT, el artículo 3.2.8 Principios UNIDROIT, en su versión de 2016, dispone:

«(Terceros)

(1) *Cuando el dolo*, la intimidación, [la] excesiva desproporción o el error sean imputables o sean conocidos o deban ser conocidos por un tercero de cuyos actos es responsable la otra parte, el contrato puede anularse bajo las mismas condiciones que si dichas anomalías hubieran sido obra suya.

(2) *Cuando el dolo*, la intimidación o la excesiva desproporción sean imputables a un tercero de cuyos actos no es responsable la otra parte, el contrato puede anularse si dicha parte conoció o debió conocer *el dolo*, la intimidación o [la] excesiva desproporción, o bien si en el momento de anularlo dicha parte no había actuado todavía razonablemente de conformidad con lo previsto en el contrato» (cursiva mía)<sup>207</sup>.

Y en cuanto a los también aludidos PECL, su artículo 4:111 prescribe:

«Third Persons

(1) Where a third person for whose acts a party is responsible, or who with a party's assent is involved in the making of a contract:

(a) causes a mistake by giving information, or knows of or ought to have known of a mistake.

(b) gives incorrect information.

(c) *commits fraud*,

(d) makes a threat, or

(e) takes excessive benefit or unfair advantage,

<sup>207</sup> Versión oficial española de las *black-letter* de la página web de UNIDROIT.

En el Comentario oficial del artículo 3.2.8 Principios UNIDROIT 2016 se apunta que el precepto «trata de situaciones, frecuentes en la práctica, en las que un tercero se ha involucrado o ha interferido en el proceso de la negociación, y el fundamento de la anulación es de una u otra forma imputable a ese tercero» [«Artículo 3.2.8» (2016), p. 112].

Sobre el «[t]ercero del que una parte es responsable» del artículo 3.2.8 (1) Principios UNIDROIT 2016, en el Comentario 1 se explica que «una parte responde de los actos de un tercero en una variedad de situaciones que van desde aquellas en las que el tercero es un agente de la parte en cuestión, a aquellas otras en las que el tercero actúa en beneficio de la parte en cuestión por su propia iniciativa. En todos esos casos, parece justificado imputar a la parte en cuestión el acto del tercero, o su conocimiento, efectivo o malicioso, de algunas circunstancias, y esto independientemente de que la parte en cuestión supiera del acto del tercero» (p. 112).

Sobre el «tercero del que una parte no es responsable» del artículo 3.2.8 (2) Principios UNIDROIT 2016, en el Comentario 2 se explica que *la otra parte solo responde del dolo de dicho tercero, si lo conocía o debía conocerlo, con la excepción* de que la víctima del dolo puede anular el contrato, incluso si la otra parte desconoce los actos del tercero, si esta otra parte no ha razonablemente actuado confiando en el contrato, antes de que se anulase; la justificación de la excepción reside en que la otra parte no precisa protección (p. 112).



remedies under this Chapter [el 4] will be available under the same conditions as if the behaviour or knowledge had been that of the party itself.

(2) Where any other third person:

- (a) gives incorrect information.
- (b) *commits fraud*,
- (c) makes a threat, or
- (d) takes excessive benefit or unfair advantage,

remedies under this Chapter [el 4] will be available if the party knew or ought to have known of the relevant facts, or at the time of avoidance it has not acted in reliance on the contract» (cursiva mía)<sup>208</sup>.

<sup>208</sup> En relación con el artículo 4:111 (1) PECL, en el *Comment A* («*Responsibility for Agents, Employees and Others*») se explica que bajo los PECL, en general se considera a una parte responsable no solo de las acciones de sus empleados, sino también de las de aquellos otros que participan en la formación del contrato, o en quienes se delega el cumplimiento. Y de acuerdo con el artículo. 1:305 PECL: «If any person who with a party's assent was involved in making a contract, or who was entrusted with performance by a party or performed with its assent:/ (a) knew or foresaw a fact, or ought to have known or foreseen it; or/ (b) acted intentionally or with gross negligence, or not in accordance with good faith and fair dealing./ this knowledge, foresight or behaviour is imputed to the party itself». Lo anterior se aplica al comportamiento o al conocimiento *que podrían invalidar un contrato y otras cosas. Lo habitual es que el tercero actúe en representación del contratante contra el que se ejercita el remedio, pero ello no es necesario si el tercero se involucró con el consentimiento de dicho contratante*; no es necesario probar que el tercero actuaba para el contratante. En la *Illustration 1* se lee: A, suministrador de bienes, mantiene una negociación informal con un comprador; otro cliente está presente y con el consentimiento del suministrador se une a la discusión y sin que lo oiga el suministrador, el otro cliente da al comprador una información incorrecta; el comprador dispone del remedio del artículo 4:103 PECL (que regula el error) o del remedio del artículo 4:107 PECL (que regula el dolo) *como si la información la hubiese facilitado el suministrador, sin tener que probar que el otro cliente actuaba en representación del suministrador*. [THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, «Artículo 4:111» (2000), p. 272].

Sobre el artículo 4:111 (2) *primer supuesto* PECL («*Remedies Where Fraud, etc. by a Third Person for Whom Party Is Not Responsible*»), en el *Comment B* se indica que una parte *no ha de asumir* las consecuencias de un comportamiento inapropiado o negligente de un tercero *del que no es responsable y que no encaje en algunas de las categorías indicadas en el (anterior) Comment A*. No obstante, *no debe permitirse el cumplimiento de un contrato en el que la parte sabe, o debería saber, que solo se celebró por los indicados comportamientos del tercero, pues, si dicha parte se hubiera comportado del mismo modo que el tercero, la otra parte del contrato dispondría de un remedio del Capítulo 4 de los PECL (capítulo que trata de la validez del contrato)*. En la *Illustration 2* se expone: un banco presta dinero para el negocio del marido, con una carga sobre la vivienda familiar firmada por la esposa; la carga va en contra de los intereses de la esposa y el marido obtuvo su firma por intimidación (*duress*); el banco debería saber que es poco probable que la esposa firmara voluntariamente y no puede ejecutar la carga; el banco debía haber investigado para asegurarse que la mujer actuaba libremente. En cuanto al artículo 4:111 *segundo supuesto* (2) PECL, en el *Comment D* se explica que también parece justo permitir a una parte, que ha celebrado un contrato por causa del dolo de un tercero, anular el contrato, incluso si la otra parte contratante no conoce o no tenía razón para conocer dicha circunstancia, con tal de que la parte que pretenda anular el contrato pueda probar que la otra parte todavía no ha actuado confiando en el contrato (en su validez), ello incluso habiendo dejado pasar otras oportunidades. (pp. 272-273).

*Infra* [62] y en [C]-[G], expongo cómo se regula el dolo de tercero en Derechos distintos del francés (así, Derechos alemán, de los Países Bajos, italiano, portugués, suizo). Y en [63] y [A.1] y en oportunas notas a pie de página aludo al dolo de tercero en el Derecho argentino y en otros Derechos latinoamericanos (Derechos brasileño, colombiano, chileno, paraguayo, peruano, uruguayo, venezolano).

Por último, en el Derecho francés suele apuntarse que, *si la víctima del dolo de tercero reuniera los requisitos del error vicio del artículo 1110 CCF* (que transcribía *supra* nota 89), *aquella podría anular el contrato por error en la substancia*<sup>209</sup>.

[34] El artículo 1116 CCF no regula *qué sucede si ambos contratantes emplearon dolo para la conclusión del contrato* (el llamado *dolo recíproco*). El contrato así celebrado *¿es válido y no puede, por dicha razón, anularse? O ¿cualquiera de los contratantes podría anularlo?*

En la doctrina, Fabre-Magnan, que recuerda que en el dolo se sanciona el engaño realizado por uno de los contratantes, se ocupa del anterior supuesto e ilustra con el ejemplo de un comprador que acepta deliberadamente comprar unas estatuillas a un precio excesivamente elevado –pues se le hizo una maniobra para equivocarle– y dicho comprador hizo la compra porque pensaba encontrar a un ingenúo que le compraría todavía más caro<sup>210</sup>. Según la *Cour de Cassation* (S «Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 2004»), «el principio según el cual nadie puede prevalerse de su propia torpeza» (*nemo auditor propriam turpitudinem allegans*) *no se aplica aquí y el contratante puede obtener la nulidad del contrato*<sup>211</sup>, *si demuestra que fue víctima de maniobras dolosas*, importando poco «que el interesado haya tratado, creyendo realizar un provecho sustancial no justificado»<sup>212</sup>.

En el ámbito del *Derecho comparado*, en el *Derecho portugués*, el artículo 254.1 *in fine* CCP dispone que no se excluye la anulabilidad por el hecho de que el dolo sea bilateral<sup>213</sup>.

<sup>209</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 215, p. 224; MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 210, p. 192; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 513, p. 263; BÉNABENT (2010) 88, pp. 71-72.

<sup>210</sup> FABRE-MAGNAN (2012), p. 354; se pregunta, *qué sucede si la víctima del dolo es un «cazador cazado»* («arroseur arrosé»), es decir, que ella misma es de dudosa honestidad (*in pari causa turpitudinis*, en el mismo estado de torpeza).

<sup>211</sup> FABRE-MAGNAN: «Se dice, en efecto, que el adagio no puede impedir una acción de nulidad, sino solamente paralizar eventualmente las restituciones» [(2012) nota 1 en p. 354].

<sup>212</sup> FABRE-MAGNAN (2012), p. 354; la cita es de «Civ., 1<sup>re</sup>, 22 juin 2004» (nota 2 en p. 354).

<sup>213</sup> Artículo 254 CCP: «Efeitos do dolo/ 1. O declarante cuja vontade tenha sido determinada por dolo pode anular a declaração; a anulabilidade nao é excluída pelo facto de o dolo ser bilateral./ [...]» (cursiva mía).

En cuanto al *Derecho italiano*, el *Codice civile* nada prescribe para el dolo recíproco, informando Cataudella que se ha dudado de que pueda alegarse el dolo cuando hubo dolo recíproco. En contra de que pueda alegarse, se argumenta la compensabilidad entre dolos, pero Cataudella apunta que la compensación puede tener lugar entre obligaciones de resarcimiento y no entre vicios del contrato<sup>214</sup>.

## 2.2.6 LA PRUEBA DEL DOLO

[35] De conformidad con el artículo 1116.II CCF, *el dolo no se presume y debe probarse*. Malinvaud/Fenouillet/Mekki apuntan que ello *solo* significa que la carga de la prueba recae sobre *quien pretenda ser considerado engañado* y por tratarse de la prueba de un *hecho*, el dolo puede probarse *por todo medio*, incluido el de presunciones<sup>215</sup>. *En cambio*, para la reticencia dolosa, cuando uno de los contratantes asume una obligación de informar, como en el caso del vendedor profesional, a él le corresponde probar que cumplió dicha obligación, así que la reticencia dolosa se encuentra presumida («Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 mai 2002»)<sup>216</sup>.

<sup>214</sup> CATAUDELLA (2019), pp. 113-114.

<sup>215</sup> MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 211, p. 192; BÉNABENT (2010) 89-1, p. 72. Comparando con el error vicio, FABRE-MAGNAN señala que, en general, se estima que la prueba del engaño es más fácil, que la de un error sobre las cualidades esenciales, en la medida en que el engaño reposa más sobre elementos materiales objetivos [(2012), p. 341; *vid.* también p. 350].

<sup>216</sup> MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 211, p. 192, y nota 475; BÉNABENT (2010) 89-1, p. 73 (en nota 159 cita «Civ. 1<sup>er</sup>, 15 mai 2002»).

FLOUR/AUBERT/SAVAUX consideran *muy discutible y una simplificación* la jurisprudencia que, *para la reticencia dolosa*, no siempre exige la prueba de que se hizo *para engañar* al otro contratante. Señalan que, sin duda, la solución se afirma frente a los profesionales, considerando la obligación de contratar de buena fe y la obligación de informar, pero, dicha jurisprudencia conduce a establecer contra esos profesionales una presunción de su intención dolosa (esto es, la «mala fe» de quien no cumple sus obligaciones), presunción especialmente dura ya que esos mismos profesionales tienen la carga de probar que cumplieron con su obligación de información («Civ 1<sup>er</sup>, 15 mai 2002»). Admiten que la prueba de la intención de engañar es difícil, sobre todo para el particular frente al profesional, pero, ello no autoriza a vaciar pura y simplemente todo debate sobre la existencia o no de la intención de engañar al otro contratante. Y la importante *S 28.06.2005* de la *Cour de Cassation* de la *chambre commerciale* vuelve a una solución más ortodoxa y juzga que, «establecido el incumplimiento de una obligación precontractual de información, no basta para caracterizar al dolo por reticencia, si no se añade la constatación del carácter intencional del incumplimiento y del error determinante provocado por ese incumplimiento», y rechaza que solo se haya invocado el incumplimiento del banco de su obligación de información, sin alegar que lo hubiera hecho conscientemente, con la intención de provocar en su cliente un error determinante de su consentimiento. FLOUR/AUBERT/SAVAUX señalan que esta última sentencia claramente restaura el dolo por reticencia en su aspecto de ilícito (delito) civil y lo diferencia, con nitidez, del mero incumplimiento de la obligación de información. El silencio sobre las informaciones que el otro contratante tenía interés en conocer no basta para provocar la nulidad del contrato por dolo, pues es necesario que dicho silencio fuera intencional, destinado a engañar al otro para incitarle a concluir un contrato que, de otro modo, no habría concluido. *En su opinión, sería deseable que todas*

### 2.2.7 LOS EFECTOS DEL DOLO: LA NULIDAD RELATIVA (O ANULABILIDAD), LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS, Y LA RESTITUCIÓN DEL EXCESO DEL PRECIO PAGADO

[36] El dolo (principal) es causa de *nulidad* del contrato (art. 1116.I CCF). No se trata de la nulidad de pleno derecho (art. 1117 CCF), sino de la nulidad *relativa* o anulabilidad (terminología esta última más cercana al Derecho español y que normalmente he empleado en mi antecedente exposición del Derecho francés). La víctima del dolo dispone de *cinco años* para poder impugnar el contrato, computados *desde el descubrimiento del dolo* (art. 1304 CCF). Dichos cinco años se encuentran *limitados*, a su vez, por otro plazo de *veinte años*, contándose este último *desde el nacimiento del derecho* (art. 2232 CCF, derecho común de la prescripción).

Artículo 1117 CCF:

«La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans le cas et de la manière expliqués à la section VII du chapitre V du présent titre» (en la referida sección VII se encuentran los arts. 1304 a 1314 CCF).

Artículo 1304 CCF (*L. 18 févr. 1938; L. n.º 64-1230, 14 déc. 1964; L. n.º 68-5, 3 janv. 1968*):

«Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limité à moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans.

Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts./ [...].».

Artículo 2232 CCF (*Loi n.º 2008-561, 17 juni 2008*):

«Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit.

---

*las cámaras de la Cour de Cassation se ajustaren a la anterior regla. Además, destacan que se funciona de distinto modo cuando, no se trata de sancionar la reticencia dolosa con la nulidad del contrato, sino de sancionar el incumplimiento de la obligación información con la indemnización por daños y perjuicios fundamentándolo en la responsabilidad extracontractual de su autor (arts. 1382 y 1383 CCF) para lo que basta la culpa y no es necesario probar que se tuvo intención de engañar al otro contratante. Los autores entienden que, en la práctica, la anterior distinción puede dar lugar al riesgo de confusión en los demandantes, que no dominan tales sutilezas. [(2014) 213-2, pp. 218-220].*

Le premier alinéa n'est pas applicable dans le cas mentionnés aux articles 2226, 2227, 2233 et 2236, au premier alinéa de l'article 2241 et à l'article 2244. Il ne s'applique pas non plus aux actions relatives à l'état des personnes».

[37] *Si la otra parte (el autor del dolo) actuó con culpa*, a la anulación del contrato, la víctima del dolo *podrá acumular el ejercicio de la acción de indemnización de los daños y perjuicios del artículo 1382 CCF*<sup>217</sup>, precepto este que, antes de la reforma de la *Ordonnance n.º 2016-131*, trata, con carácter general, de la *responsabilidad extracontractual*<sup>218</sup>.

Artículo 1382 CCF:

«Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer».

*La indemnización del daño supone restablecer, en la medida de lo posible, el equilibrio destruido por el daño y situar a la víctima, con cargo al responsable, en la situación en la que se encontraría si no se hubiera producido el acto dañoso*<sup>219</sup>. Teniendo presente lo dispuesto para la responsabilidad contractual en el (entonces)

<sup>217</sup> MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 201, p. 180; BÉNABENT (2010) 90, p. 73.

<sup>218</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX recuerdan, brevemente, la teoría de Ihering sobre la *culpa in contrahendo*, en la que se afirma la aplicación de la responsabilidad *contractual*, algo que aquellos critican y apuntan que en Francia, la responsabilidad por *culpa in contrahendo* es de carácter *extracontractual*, fundada en el artículo 1382 CCF, y requiere la prueba de la culpa. Con las palabras de FLOUR/AUBERT/SAVAUX: «Ihering ha sostenido la célebre teoría de la *culpa in contrahendo*, según la cual la responsabilidad de quien ha provocado la anulación tiene naturaleza *contractual*. Cuando dos personas concluyen un contrato, cada una implícitamente se compromete a no causar, por este hecho, ningún perjuicio a la otra. La parte que ulteriormente invoca la nulidad viola ese compromiso. Por tanto, ella es responsable sin necesidad de probar su culpa; al contrario, para exonerarse, ha de probar que no la ha cometido: es decir, que no estaba en situación de conocer la causa de nulidad cuando la celebración del contrato. Este análisis es doblemente discutible. El pretendido compromiso de no causar perjuicio es imaginario. Si fuera real, permanece ineficaz, como si la misma causa de nulidad mancha el contrato en el cual se inserta y por ello, es accesoria. Es un círculo vicioso./ Así la teoría clásica en Francia, a la que se ha regresado después de la de Ihering, habiendo obtenido éxito, es más restrictiva. La responsabilidad es *delictual*; como tal, dicha responsabilidad no se arriesga, en aplicación del principio general del artículo 1382 [CCF], más que a la *aportación de la prueba de la culpa*»; «[...] para aquel contra el que se ejercita la acción de nulidad, su responsabilidad puede comprometerse cada vez que el origen de la nulidad resida en una causa fruto de una culpa del demandado, lo cual sucede con el autor del dolo y de la violencia, en particular» [cursiva del original; (2014) 373, p. 392].

MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI también precisan que se trata de la responsabilidad delictual y no de la contractual, pues la culpa tiene lugar, por definición, *antes* de que se haya celebrado el contrato, y no es una infracción de una obligación que resulte del contrato [(2017) nota 400 en p. 180]. MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK apuntan asimismo a la responsabilidad delictual [(2015) 512, p. 262] y lo mismo FABRE-MAGNAN [(2012), p. 353], y BÉNABENT [(2010) 90, p. 73; aunque haya contrato, la responsabilidad es de naturaleza delictual y no contractual, pues la culpa, fuente de la responsabilidad, es anterior al contrato].

<sup>219</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 374, p. 393.

vigente artículo 1149 CCF, en lo que ahora trato, bajo el concepto de *pérdida sufrida*, la víctima podrá exigir *los gastos sufridos por la celebración del contrato* –gastos de estudios, de desplazamiento, etc.– y bajo el concepto de *ganancia dejada de obtener*, la indemnización *de la pérdida de la oportunidad del beneficio de un contrato válido que aquella hubiera celebrado, si no se hubiera vinculado al contrato nulo por culpa de su contratante*<sup>220</sup>.

[38] Ahora bien, la víctima del dolo puede preferir *no impugnar el contrato y exigir solo la indemnización de los daños y perjuicios sufridos*, no pudiendo el juez rechazar tal petición<sup>221</sup>. Aquí –mantenimiento del contrato y petición de indemnización de daños y perjuicios– *no se distingue entre el dolo principal y el incidental*<sup>222</sup>. Pero, advierten Flour/Aubert/Savaux, debe tenerse presente *cómo se fundamenta la demanda*. Si la víctima del dolo reclama *con base en el dolo*, deben cumplirse sus condiciones, y *la culpa cometida por el autor del dolo ha de ser intencional y determinante*<sup>223</sup>. Si la víctima del dolo reclama *con base en la responsabilidad extracontractual del artículo 1382 CCF*, basta para *la misma cualquier culpa*, como el incumplimiento *no intencional* de la obligación de información<sup>224</sup>.

La *determinación de los daños y perjuicios de quien no impugna el contrato por dolo plantea dificultades* (¿cuál es el perjuicio?)<sup>225</sup>. En una importante sentencia de la *chambre commerciale* (S 10.07.2012), se consideró que los daños *no pueden consistir en la pérdida de la oportunidad de celebrar un contrato más ventajoso con un tercero, sino solo en la pérdida de la oportunidad de haber podido contratar en condiciones más ventajosas con el*

<sup>220</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 374, p. 393. Artículo 1149 CCF: «Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après».

<sup>221</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 221. También: MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 201, p. 180; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 512, p. 262; FABRE-MAGNAN (2012), p. 353; BÉNABENT (2010) 90, p. 73 (destaca que la responsabilidad sigue siendo de naturaleza delictual y no contractual, pues la culpa, fuente de tal responsabilidad, es anterior al contrato; *vid. supra* nota 218 *in fine*).

<sup>222</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 221; para el dolo incidental, 213-2, pp. 219-220.

<sup>223</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 221.

<sup>224</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 221; entienden que la apuntada distinción sobre si la demanda se basa en el dolo o se basa en la responsabilidad extracontractual está jurídicamente fundamentada; siendo el dolo un delito (ilícito) civil, es un delito (ilícito) particular, y desde que lo invoca el demandante, deberá demostrar que existe, que se reúnen sus específicos requisitos (214, pp. 221-222; *vid. además supra* nota 216).

Según FABRE-MAGNAN, si los demandantes no solicitan la anulación del contrato y se contentan con la indemnización de los daños y perjuicios, basta que demuestren una culpa en el sentido del artículo 1382 CCF, una culpa objetiva, y no, propiamente hablando, un engaño [(2012) pp. 347-348; *vid. también* p. 353].

<sup>225</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 222.



cocontratante<sup>226</sup>. *A priori*, Flour/Aubert/Savaux consideran justificada dicha solución, no solo por ser lógica –la víctima del dolo no impugna el contrato, luego no habría contratado con un tercero si hubiera sabido la realidad– sino también porque permite suprimir las consecuencias dañosas del dolo –si la víctima del dolo hubiera sabido la verdad, habría contratado a un menor precio–<sup>227</sup>.

[39] Por último, la jurisprudencia admite que la víctima del dolo pueda limitarse a pedir la *restitución del exceso del precio pagado*<sup>228</sup>.

### 3. EL DOLO TRAS LAS REFORMAS DEL *CODE CIVIL* MEDIANTE LA *ORDONNANCE N.º 2016-131* Y LA *LOI N.º 2018-287*

[40] Para facilitar la (*subyacente*) comparación entre la regulación originaria del dolo del *Code civil* que he desarrollado *supra* en [13]-[39] y la que ahora paso a exponer en [41]-[67] sigo, mayormente, el mismo orden de exposición que me tracé. Por consiguiente, *primero* presento los artículos que regulan el dolo y el artículo que regula el deber general de información. *Después*, inicio el análisis del dolo.

#### 3.1 La presentación de la regulación del dolo y del deber general de información

[41] Actualmente, el *Code civil* regula los vicios del consentimiento –error, dolo y violencia– en los artículos 1130 a 1144. Algunos de esos artículos poseen un *carácter común*, en el sentido de que se aplican a todos los vicios del consentimiento y de ahí su aplicación al dolo. Los artículos 1130, 1131 y 1144 CCF poseen tal condición. Otros, en cambio, son artículos *específicamente aplicables a un concreto vicio del consentimiento*. Del dolo se ocupan los artículos 1137, 1138 y 1139 CCF<sup>229</sup>. En cuanto a las liberalida-

<sup>226</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 222. Según MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI, la cuestión del perjuicio indemnizable es delicada: la jurisprudencia, primero, rehusó indemnizar la pérdida de la posibilidad de obtener los beneficios esperados, y después limitó la indemnización a la sola pérdida de la posibilidad de contratar en condiciones más beneficiosas, antes que admitir la reparación de la pérdida de la posibilidad de no contratar [(2017) 201, pp. 180-181].

<sup>227</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 222.

<sup>228</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 222; *vid.* además la nota 3 en dicha p. 222. Según MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI, la víctima del dolo puede pedir «la reducción del precio» [(2017) 201, p. 180].

<sup>229</sup> Hasta llegar a la *Ordonnance n.º 2016-131*, en el Derecho francés hubo diversos Anteproyectos, Propuestas y Proyecto de *Ordonnance*. Por ejemplo, el *Avant-Projet de*

des, hay que tener en cuenta el artículo 901 CCF, que transcribí *supra* nota 202<sup>230</sup>.

Debo advertir para el artículo 1137 CCF (que regula el *elemento material* del dolo: las maniobra, mentira y reticencia) que el artículo 5 *Loi n.º 2018-287* le añadió *un tercer párrafo*. Con dicho párrafo se daba expresa solución a la controversia planteada *tras la Ordonnance n.º 2016-131* acerca de si la jurisprudencia *Baldus* (sobre ella *supra* [22]) estaba o no vigente y *la solución fue que lo estaba. Ahora bien*, puesto que dicho párrafo tercero es una *regla de fondo*, la misma se aplica *desde el 01.10.2018* (sobre ello *supra* [10]-[11]). En consecuencia, hay que tener presente si el contrato se celebró entre el 01.10.2016 y el 30.09.2018, o entre el 01.10.2018 y en adelante.

A excepción del tercer párrafo del artículo 1137 CCF, el resto de los preceptos aplicables al dolo, esto es, los artículos 1137, I y II, 1138 y 1139 CCF, no fueron modificados por la *Loi n.º 2018-287* –ni en el fondo, ni en su interpretación– y *para facilitar mi siguiente exposición, no diferencio el periodo que va desde el 01.10.2016 hasta el 30.09.2018, del que va desde el 01.10.2018 y en adelante. La excepción solo la haré cuando analice dicho tercer párrafo del artículo 1137 CCF (infra [50]-[53])*.

#### Artículo 1130 CCF:

«L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.

*réforme du Droit des obligations et du Droit de la prescription de 22.05.2005 (AP Catala), Propositions de réforme du Droit des contrats de la Académie des Sciences morales et politiques de diciembre de 2008 (P Terré) y el Proyecto de Ordonnance de la Chancellerie de 2015 (P Ordonnance 2015)*. Son textos jurídicos importantes, que permiten seguir una cuestión dada desde su inicio hasta su final cristalización en la *Ordonnance n.º 2016-131*, permitiendo comprender lo que se quiso disponer. Para mayor información sobre dichos textos, FENOY PICÓN, *ADC* (2017) nota 32 en p. 495.

Al explicar algunas de las cuestiones sobre el dolo en este apartado 3 del trabajo, manejo algunos de esos antecedentes. Por ello y por su intrínseco interés, *infra* en las notas 231 a 237 reproduzco los artículos que de dichos textos son equivalentes a los de la *Ordonnance n.º 2016-131* [a los arts. 1130, 1131, 1137, 1138, 1139, 1144 CCF]. Hago lo mismo, adelante, con el artículo 1112-1 CCF que regula la obligación (deber) general de información en *infra* nota 238.

<sup>230</sup> Por otro lado, he de destacar que los artículos que regulan los vicios del consentimiento se aplican no solo a los contratos, sino a los *actos jurídicos*. Según el artículo 1100-1 CCF: «Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux./ Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats» (cursiva mía). El artículo 1100 CCF indica las fuentes de las obligaciones: «Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi./ Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui».

Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné»<sup>231</sup>.

Artículo 1131 CCF:

«Les vices du consentement son une cause de nullité relative du contrat»<sup>232</sup>.

Artículo 1137 CCF:

«Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensoges.

Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie.

*Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de*

<sup>231</sup> En relación con el artículo 1130 CCF son equivalentes los artículos:

a) Artículo 1111 *AP Catala*: «Il n'y a pas de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été surpris par dolo ou extorqué par violence». Artículo 1111-1 *AP Catala*: «L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties ou son représentant n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions différentes».

b) Artículo 35 *P Terré*: «Il n'y a pas de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été surpris par dolo ou extorqué par violence». Artículo 36 *P Terré*: «L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties ou son représentant n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes./ Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances».

c) Artículo 1130 *P Ordonnance 2015*: «L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes./ Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances de l'espèce».

<sup>232</sup> En relación con el artículo 1131 CCF son equivalentes los artículos:

a) Artículo 1115 *AP Catala*: «La convention contractée par erreur, dolo ou violence donne ouverture à une action en nullité relative./ Indépendamment de l'annulation du contrat, la violence, le dol ou l'erreur qui cause à l'une des parties un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer./ Les actions fondées sur un vice du consentement procèdent d'une seule et même cause qui les rend fongibles».

b) Artículo 50 *P Terré*: «Le vice du consentement ouvre à la victime le droit de demander la nullité du contrat./ Indépendamment de l'annulation du contrat, la victime peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité délictuelle».

c) CHANTEPIE/LATINA informan que en el *P Ordonnance 2015* se disponía la nulidad relativa para cada vicio del consentimiento, en vez de ordenarlo en un único artículo para todos los vicios del consentimiento como prescribe el artículo 1131 CCF [«Artículo 1131» (2016), p. 243 y nota 5].

Artículo 1132 *P Ordonnance 2015*: «[...]/. L'erreur est une cause de nullité relative, qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie./ [...]»; Artículo 1138 *P Ordonnance 2015*: «L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable; elle est une cause de nullité relative alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat»; Artículo 1141 *P Ordonnance 2015*: «La violence est une cause de nullité relative, qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers».

*la prestation*» (esto, que resalto en cursiva, es ese párrafo tercero añadido por el art. 5 *Loi n.º 2018-287*<sup>233</sup>)<sup>234</sup>.

Artículo 1138 CCF:

«Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou portefort du contractant.

Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers de connivence»<sup>235</sup>.

Artículo 1139 CCF:

«L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat»<sup>236</sup>.

<sup>233</sup> Artículo 5 *Loi n.º 2018-287*: «Le paragraphe 2 de la sous-section 1 de la section 2 du chapitre II du sous-titre 1<sup>er</sup> du titre III du livre III du code civil *est ainsi modifié*: 1.º *L'article 1137 est complété par un alinéa ainsi rédigé*: [y a continuación se transcribe el párrafo tercero del art. 1137 CCF, que en el cuerpo del texto pongo en cursiva]».

<sup>234</sup> En relación con el artículo 1137 CCF son equivalentes los artículos:

a) Artículo 1113 *AP Catala*: «Le dol est le fait pour un contractant de surprendre le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges»; artículo 1113-1 *AP Catala*: «Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par un contractant d'un fait qui, s'il avait été connu de son cocontractant, l'aurait dissuadé de contracter, au moins aux conditions convenues».

b) Artículo 43 *P Terré*: «Le dol est le fait pour un contractant de surprendre le consentement d'autre par des manœuvres ou des mensonges»; artículo 44 *P Terré*: «Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par un contractant d'une information qu'il devait délivrer conformément à l'article 33». Transcribo el artículo 33 *P Terré*, *infra* nota 238.

c) Artículo 1136 *P Ordonnance 2015*: «Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres, des mensonges ou par la dissimulation intentionnelle d'une information qu'il devait lui fournir conformément à la loi».

<sup>235</sup> En relación con el artículo 1138 CCF son equivalentes los artículos:

a) Artículo 1113-2 *AP Catala*: «Le dol est semblablement constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du cocontractant, ou même d'un tiers sous l'instigation ou la complicité du cocontractant».

b) Artículo 45 *P Terré*: «Le dol est semblablement constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort d'une partie o d'un tiers à l'instigation ou avec la complicité de celle-ci./ Il en est de même lorsqu'il a été commis par un tiers et qu'une partie en avait connaissance et en a tiré avantage».

c) Artículo 1137 *P Ordonnance 2015*: «Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du cocontractant./ Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers, si le cocontractant en a eu connaissance et en a tiré avantage».

<sup>236</sup> En relación con el artículo 1139 CCF son equivalentes los artículos:

a) Artículo 1113-3 *AP Catala*: «L'erreur provoquée par le dol est toujours excusable. Elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la chose qui en est l'objet ou sur un simple motif du contrat».

b) Artículo 46 *P Terré*: «Le dol d'une partie excuse toujours l'erreur de l'autre».

c) Artículo 1138 *P Ordonnance 2015*: «L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable; elle est une cause de nullité relative alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat».

Artículo 1144 CCF:

«Le délai de l'action en nullité ne court, en cas d'erreur ou de dol, que jour où ils ont été découverts et, en cas de violence, que du jour où elle a cessé»<sup>237</sup>.

[42] El artículo 1112-1 CCF regula *cuándo existe el deber general de que una parte informe a la otra*, cuya infracción da lugar a la oportuna indemnización de daños y perjuicios. También indica la posible conexión con los vicios del consentimiento.

Artículo 1112-1 CCF:

«Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants»<sup>238</sup>.

<sup>237</sup> En relación con el artículo 1144 CCF son equivalentes los artículos:

a) Artículo 1115-1 *AP Catala*: «Le délai de l'action en nullité ne court dans les cas de violence que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts».

b) Artículo 51 *P Terré*: «La nullité ne peut être demandée que dans les cinq ans de la découverte de l'erreur ou de la cessation de la violence. Dans tous le cas, elle ne peut être demandée lorsque dix ans se sont écoulés depuis la conclusion du contrat».

c) Artículo 1143 *P Ordonnance 2015*: «Le délai de l'action en nullité ne court dans les cas de violence que du jour où elle a cessé. Dans le cas d'erreur ou de dol, ce délai ne court que du jour où ils ont été découverts./ Néanmoins, l'action en nullité ne peut être exercée au-delà de vingt ans à compter du jour de la conclusion du contrat».

<sup>238</sup> En relación con el artículo 1112-1 CCF son equivalentes los artículos:

a) Artículo 1110 *AP Catala*: «Celui des contractans qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner./ Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties./ Il incombe à celui qui se prétend créancier d'une obligation de renseignement de prouver que l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'information en cause, à charge pour le détenteur de celle-ci de se libérer en prouvant qu'il avait satisfait à son obligation./ Seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat». Artículo 1110-1 *AP Catala*: «Le manquement à une obligation de renseignement, sans intention de tromper, engage la responsabilité de celui qui en était tenu».

b) Artículo 33 *P Terré*: «La parti qui connaît ou devrait connaître une information dont elle sait le caractère déterminant pour l'autre partie doit la renseigner, lorsque l'ignorance

### 3.2 El análisis del dolo

[43] Antes de iniciarlo, he de detenerme en unas explicaciones que, del *Rapport au Président de la République relatif à la'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Rapport de la Ordonnance n.º 2016-131 o Rapport)*<sup>239</sup>, me interesan.

#### 3.2.1 UN PREVIO APUNTE Y VALORACIÓN DEL DOLO Y DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN SEGÚN EL RAPPORT DE LA ORDONNANCE N.º 2016-131

[44] En dicho *Rapport* se indica con carácter general –esto es, para *todos* los vicios del consentimiento– que el vicio debe *determinar* el consentimiento (art. 1130 CCF) y, teniendo en cuenta el carácter privado de los intereses protegidos, la sanción para los vicios del consentimiento es *la nulidad relativa* (art. 1131 CCF). *Ya específicamente para el dolo*, se señala que *se reitera, en lo esencial, el derecho positivo*. Así, la exigencia del *comportamiento intencional* (art. 1137.I CCF); se tiene en cuenta *el dolo del representante, o del tercero cómplice* (art. 1138); el carácter *siempre excusable del error provocado por dolo, y la admisión del error sobre el valor o sobre el simple motivo si lo provocó el dolo* (art. 1139 CCF); *se consagra la reticencia dolosa*, poniendo el acento en la intención de engañar (art. 1137.II CCF), y la reticencia dolosa *no se subordina* a la existencia de la obligación de información consagrada en otro lugar, en el artículo 1112-1 CCF.

Según el *Rapport*:

«Le paragraphe 2, relatif aux vices du consentement que sont l'erreur, le dol et la violence, s'ouvre par un article mettant en évidence une exigence qui leur est commune: le caractère déterminant

---

de celle-ci est légitime./ L'ignorance d'une partie est légitime lorsqu'elle est dans l'impossibilité de s'informer ou lorsqu'elle fait raisonnablement confiance à son cocontractant, du fait notamment de la nature du contract ou de la qualité des parties./ Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devrait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie». Artículo 34 *P Terré*: «Le manquement à une obligation d'information engage la responsabilité de celui qui en était tenu et, le cas échéant, conduit à la nullité du contrat dans les conditions des articles 35 et suivants».

c) Artículo 1129 *P Ordonnance 2015*: «Celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant./ Le manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité extracontractuelle de celui qui en était tenu. Lorsque ce manquement provoque un vice du consentement, le contrat peut être annulé».

Para un análisis de los artículos transcritos en a), b) y c), FENOY PICÓN (2017) [292], pp. 764-768

<sup>239</sup> *JORF 11 février 2016*.



du vice (article 1130). Il précise ensuite la sanction qui leur est commune, compte tenu du caractère privé des intérêts protégés: la nullité relative, conformément au droit positif (article 1131).

[...].

S'agissant du dol, le droit positif est pour l'essentiel repris: exigence d'un comportement intentionnel (article 1137 alinéa 1), prise en compte du dol émanant du représentant ou d'un tiers complice (article 1138), caractère toujours excusable de l'erreur provoquée par un dol, et admission de l'erreur sur la valeur ou sur un simple motif lorsqu'elle est provoquée par un dol (article 1139). La réticence dolosive est consacrée (article 1137 alinéa 2), sans toutefois la subordonner à l'existence d'une obligation d'information par ailleurs consacrée à l'article 1112-1, le texte mettant l'accent sur l'intention de tromper».

[45] Para la obligación precontractual de información del artículo 1112-1 CCF, y *con carácter general*, en el *Rapport* se apunta que se ha *introducido, en el Code civil, un deber general de información de orden público*; que la obligación precontractual de información ya era ampliamente admitida por la jurisprudencia y diversas y específicas obligaciones de información existían en leyes especiales (particularmente en el Derecho de consumo), *habiendo parecido oportuno consagrarlo en el Code civil de modo autónomo, independientemente del deber de buena fe*, siendo un principio esencial en el equilibrio de las relaciones contractuales y fijándose un cuadro general; que una tal obligación general de información está, por otro lado, prevista en varios proyectos doctrinales europeos de reforma del derecho de contratos; y que, a fin de no suscitar inseguridad jurídica y responder a las inquietudes de las empresas, *el presente deber de información no recae sobre la estimación del valor de la prestación, conforme a la jurisprudencia de la Cour de cassation* (art. 1112-1.II CCF; implícitamente se alude a *Baldus*; al respecto *supra* [22]).

La sanción por incumplir el deber de información es, según el artículo 1112-1.V CCF, la *responsabilidad* del obligado. Además, el artículo 1112-1.V CCF permite enlazar dicho deber de información con los vicios del consentimiento, en particular con la reticencia dolosa del artículo 1137.II CCF. La exigencia de que la información retenida haya sido de una importancia determinante para el consentimiento de la otra parte, *acerca* los requisitos del deber precontractual de información con los del dolo por reticencia, pero, *ambos se distinguen* por un elemento esencial: *si la violación de la obligación de informar ha sido intencional, para engañar al otro*

*contratante, constituira un dolo que entraña la nulidad del contrato, como prevé el artículo 1137.II CCF. A falta de la intención de engañar, el defecto de información, que puede deberse a una simple negligencia, solo será sancionado con la indemnización de los daños y perjuicios. El artículo 1137.II CCF opta por no subordinar la reticencia dolosa a la existencia de un deber de información, de conformidad con una concepción más solidaria del contrato que pone el acento en sancionar la intención de engañar (el error provocado es siempre excusable, se añade).*

Según el *Rapport*:

«Est ensuite introduite l'existence d'un devoir general d'information (article 1112-1), d'ordre public. Une telle obligation precontractuelle d'information étant déjà largement admise en jurisprudence et diverses obligations d'information spécifiques figurant dans des lois spéciales (notamment en droit de la consommation), il est apparu opportun de consacrer dans le code civil de manière autonome, indépendamment du devoir de bonne foi, ce principe essentiel à l'équilibre des relations contractuelles, et d'en fixer un cadre general. Une telle obligation générale est d'ailleurs prévue dans plusieurs projets doctrinaux européens de réforme du droit des contrats. Afin de ne pas susciter une insécurité juridique et de répondre aux inquiétudes des entreprises, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation (alinéa 2).

[...].

Le dernier alinéa précise que le manquement à ce devoir est sanctionné par l'engagement de la responsabilité de celui qui en était tenu, et qu'il peut également entraîner la nullité du contrat s'il a provoqué un vice du consentement— erreur ou dol. [...].

Cet alinéa permet de faire le lien avec les vices du consentement, et en particulier la réticence dolosive consacrée à l'article 1137 du texte. L'exigence que l'information retenue ait été d'une importance déterminante pour le consentement de l'autre partie, rapproche les conditions du devoir précontractuel d'information de celles du dol par réticence, mais s'en distingue par un élément essentiel: ainsi, ce n'est que si la violation de l'obligation d'information a été intentionnellement pour tromper l'autre contractant, qu'elle sera constitutive d'un dol entraînant la nullité du contrat, comme le prévoit l'article 1137 alinéa 2. En l'absence d'intention de tromper, le défaut d'information, qui peut ne résulter que d'une simple négligence, ne sera sanctionné que par l'octroi de dommages et intérêts. A l'inverse, le text fait le choix de ne pas subordonner la réticence dolosive à l'existence d'un devoir d'information, conformément à une conception plus solidaire du contrat que met l'accent sur la sanction de l'intention de tromper (l'erreur provoquée étant toujours excusable)».

3.2.2 EL ERROR PROVOCADO. EL DOLO SIN ERROR. LA VIOLENCIA POR ABUSO DEL ESTADO DE DEPENDENCIA. LA DOBLE NATURALEZA DEL DOLO: DELITO (ILÍCITO) CIVIL Y VICIO DEL CONSENTIMIENTO. LA VOLUNTAD DE ENGAÑAR (ELEMENTO INTENCIONAL)

[46] Para la *regulación originaria* del dolo del *Code civil*, se entendía que el dolo *provoca un error en su víctima* y se exigía de su autor la *intención de engañar* (*supra* [14]-[16]). *¿Sigue siendo ello así? Ello ¿está diáfanoamente claro?*

[47] Para lo primero –*que el dolo supone un error provocado*– he de comenzar recordando que el artículo 1137.I CCF dispone que el dolo es el hecho por el cual un contratante obtiene el consentimiento del otro mediante maniobras o mentiras. *En opinión de Deshayes/Genicon/Laithier*, el artículo 1137.I CCF *no exige expresamente*, como hace la tesis doctrinal mayoritaria, *que la maniobra provoque un error en la víctima del dolo* (al respecto *supra* [14]-[15]). Por ello consideran que el artículo 1137 CCF *no permite cerrar el debate «del dolo sin error»*<sup>240</sup>. Deshayes/Genicon/Laithier recuerdan cómo autores *minoritarios* apuntaban la hipótesis en la que, «en ausencia de error, [...] las maniobras desleales no tienen por objeto alterar el carácter claro del consentimiento, sino su libertad», y en tal hipótesis (*y a diferencia de la violencia*), «la libertad de consentimiento [estaba] fuera de todo temor o de toda amenaza», cediendo finalmente la víctima «con perfecto conocimiento de causa» por «lasitud, a consecuencia de las maniobras empleadas»<sup>241</sup>. Se trata de una figura particularmente adaptada a los conocidos casos de *captación* y de *sugestión*, frecuentemente evocada en el derecho de liberalidades, *y que el derecho moderno vuelve a vincular al dolo*<sup>242</sup>. Sobre la *jurisprudencia*, Deshayes/Genicon/Laithier indican que esta no era totalmente clara, pues, si mayoritariamente hacía del error una condición del dolo, al menos desde la *S 10.07.1995* de la primera *chambre civile*, no siempre aquélla mostraba tal firmeza<sup>243</sup>.

Recordado lo anterior *y tras la incorporación por la Ordonnance n.º 2016-131 del abuso del estado de dependencia en el artículo 1143 CCF* (variante del vicio de violencia), Deshayes/

<sup>240</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 232.

<sup>241</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 232. En nota 299, en p. 302, los autores reproducen el siguiente texto de Gaudement: «comete un dolo, no solo aquel que disimula o que induce al error, sino todavía quien, abierta y cínicamente, abusa de una situación para imponer un contrato contrario a la equidad».

<sup>242</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 232.

<sup>243</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 232. Pero *vid.* lo que indiqué *supra* [15].

Genicon/Laithier opinan que la necesidad de reconducir el «dolo sin error» al dolo, habiendo el sustituto de la figura del abuso del estado de dependencia, es algo que se siente menos, aunque, dados los requisitos de aplicación del abuso del estado de dependencia, los autores acaban concluyendo que hay un fuerte riesgo de que el dolo vuelva a resultar atractivo<sup>244</sup>.

Como acabo de apuntar, el abuso del estado de dependencia es una variante del vicio de violencia, vicio este que se define en el artículo 1140 CCF<sup>245</sup>. Según el artículo 1140 CCF, hay violencia cuando una parte se vincula presionada por una coacción que le inspira el temor de exponer su persona, su patrimonio o el de sus allegados a un mal considerable<sup>246</sup>.

En cuanto al artículo 1143 CCF, que regula el abuso del estado de dependencia, este ordena que hay también violencia si una parte, abusando del estado de dependencia en el que se encuentra su cocontratante respecto de ella, obtiene su acuerdo, el cual no habría suscrito en ausencia de tal coacción, y obtiene una ventaja manifiestamente excesiva<sup>247</sup>. El artículo 1143 CCF es una novedad

<sup>244</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 232.

<sup>245</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1143» (2018), p. 252.

<sup>246</sup> Los artículos 1140, 1141 y 1142 CCF regulan específicamente el vicio de la violencia y disponen:

a) Artículo 1140 CCF: «Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable».

b) Artículo 1141 CCF: «La menace d'une voie de droit ne constitue pas une violence. Il en va autrement lorsque la voie de droit est détournée de son but ou lorsqu'elle est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif».

c) Artículo 1142 CCF: «La violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers».

En el *Rapport* se indica: «Tratándose de la violencia, la *ordonnance* recoge en lo esencial el derecho positivo en vigor, en cuanto a su definición (artículo 1140), a la amenaza del uso de vías de derecho (artículo 1141) o a la violencia que emana de un tercero en relación con el contrato (artículo 1142)».

Sobre el vicio de la violencia en el Derecho francés, antes y después de la *Ordonnance n.º 2016-131*, con algún apunte para el Derecho italiano, a propósito del artículo 1141 *in fine* CCF, DEL OLMO GARCÍA (2017) pp. 613-624.

<sup>247</sup> a) «*A son regard*».—El tenor literal del actual artículo 1143 CCF es: «Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif» (cursiva mía). El artículo 5.2º *Loi n.º 2018-287* incorporó al artículo 1143 CCF esa expresión «à son égard» y la misma es una incorporación de carácter interpretativo, por lo que se aplica desde el 01.10.2016 (*supra* [11]).

DESHAYES/GENICON/LAITHIER explican que «à son regard» indica, «explícitamente, que el estado de dependencia de una de las partes del contrato se entiende referido a su cocontratante, es decir en el marco expresamente determinado por el contrato entre las dos partes». Dicho de otro modo, la regla sobre la violencia de tercero del artículo 1142 CCF (que transcribí en la nota inmediatamente anterior a esta y que permite a la víctima impugnar el contrato si la violencia procedió de un tercero) no se aplica en el ámbito del artículo 1143 CCF. Ahora bien, DESHAYES/GENICON/LAITHIER advierten que ha de distinguirse entre los «verdaderos» y los «falsos» terceros. Dentro de los «falsos» terceros (es decir, que no se está ante un tercero) entra, por ejemplo, el abuso que ejerce un intermediario o una filial que forma parte del mismo grupo, de la sociedad con la cual el

afectado por el abuso celebra el contrato, y el artículo 1143 CCF se aplica a condición de que exista un estado de dependencia entre las partes. [«Artículo 1143» (2018), pp. 257-258]. En otro anterior trabajo, DESHAYES/GENICON/LAITHIER explicaban que la *Loi n.º 2018-287* había realizado una importante restricción al abuso del estado de dependencia. Tras recordar que el artículo 1142 CCF permite la anulación del contrato si la violencia procede de un tercero, apuntaban que podía pensarse que ello era lo mismo para el estado de dependencia del artículo 1143 CCF, pero, la nueva redacción del artículo 1143 CCF, obra de la *Loi n.º 2018-287*, va en contra de esa interpretación al referirse al «à son égard». A su entender, ese distinto tratamiento entre tipos de violencia no se explica fácilmente, dado que algunos abusos del estado de dependencia bien pueden ser obra de una persona que trata en interés de otra (por ejemplo, una sociedad madre para una filial), y se preguntaban acerca de la aplicación, por analogía, de la solución para el dolo del artículo 1138 CCF (que transcribí *supra* [41]) y que admite la nulidad por dolo por el «falso tercero» (así, el tercero intermediario, el tercero cómplice). [*SJ* (2018) 27, p. 891].

b) *La valoración del abuso del estado de dependencia como un tipo de violencia por parte de la doctrina española.*—Al respecto:

b.1) DEL OLMO GARCÍA [que lo analiza en (2017), pp. 624-635] se muestra crítico con la codificación dentro del vicio de la violencia y que no se haya codificado en las normas que responden a la justicia del intercambio, rechazando su posible influencia para el Derecho español. Dice: «[...] insistiendo en la conveniencia de no oscurecer la frontera entre la lógica de los vicios de la voluntad (justicia procedimental) y la lógica de las normas sobre excesiva desproporción (justicia material: lesión usura...). Por ello, creo que no se debe admitir influencia francesa en tal sentido sobre nuestro propio Código. [...] / [...], creo que el tratamiento preferible para las situaciones de dependencia a que alude el art. 1143 NCC [CCF] consiste en reconocer que estamos ante un problema de excesiva desproporción y, por lo tanto, introducir una norma especial que le dé solución fuera de la disciplina de los vicios del consentimiento (justicia procedimental). Ésta es la línea adoptada en nuestro sistema en el art. 1301 de la Propuesta de Modernización del CC [...] elaborada por la sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación. En la misma línea, están otros Códigos Civiles de nuestro entorno cultural, algunos muy recientes, y los textos de *soft law* internacionales. [...]» (cursiva mía; pp. 635-636; *vid.* además p. 634).

b.2) BARCELÓ COMPTE también se muestra crítica [analiza el art. 1143 CCF en (2019), pp. 128-136]. Según BARCELÓ COMPTE: «La noción restrictiva de lesión que se encuentra en el *Code [civil]* (arts. 1168 [vigente], antiguos art. 1118 y art. 1674) se corrige mediante la introducción de dicho art. 1143 que ha procurado una solución a una laguna de los contratos desequilibrados. Sin embargo, es cuestionable la opción tomada por el legislador francés: la utilización de una figura relativa a una patología del consentimiento ya establecida, como es la violencia, como instrumento de control de un contrato manifiestamente desequilibrado no nos parece coherente porque la noción que se desprende del art. 1143 *Code [civil]* no permite cubrir todas las situaciones injustas que pueden derivarse de un supuesto de ventaja o explotación injusta. La integración en el seno del concepto de violencia económica de los casos producidos por situaciones de abuso o provecho de las circunstancias de la parte débil, y que resultan en un contrato excesivamente desequilibrado, escapa técnicamente del ámbito propio del vicio del consentimiento consistente en la violencia. Por otra parte, los casos de violencia o intimidación siempre son reprobables (si se cumplen los criterios definidos por la norma y la doctrina) con independencia del contenido intrínseco final del contrato. No cabe expandir el concepto de los vicios del consentimiento tradicionales con el fin de enmarcar en su seno nuevos presupuestos que caen mejor en otras figuras o en otras causas de anulación ad hoc. Lo más coherente hubiera sido la regulación de una figura de nuevo cuño, como ha hecho el legislador catalán (art. 621-45 CCCat)» (cursiva mía, p. 131; *vid.* también pp. 132-134).

Para el artículo 1143 CCF y la situación anterior a la *Ordonnance n.º 2016-131*, GÓMEZ CALLE (2018), pp. 59-63, y sobre la oportunidad de incorporar al Derecho español una específica figura que regule la ventaja injusta y el *status quo* de las opiniones de los autores españoles, así como su opinión, pp. 212-216. Para la «violencia económica» anterior a la *Ordonnance n.º 2016-131*, BOSCH CAPDEVILA, *RCDI* (2009), pp. 81-84, en particular a partir de la p. 82. *Vid.* además YÁÑEZ VIVERO (2019), pp. 32-35, 67-70.

de la *Ordonnance n. 2016-131*<sup>248</sup>. Se aplica *sin distinguir la calidad de las personas implicadas* –no se exige que sean personas débiles o vulnerables, pudiendo aplicarse, por ejemplo, a una gran empresa–<sup>249</sup>. Y se aplica a la conclusión del acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones, a las modificaciones convencionales y a los contratos extintivos<sup>250</sup>.

Presentado brevemente el abuso del estado de dependencia y retornando a su posible relación con el dolo, *a propósito de la cuestión del dolo sin error*, Deshayes/Genicon/Laithier señalan que la aplicación del artículo 1143 CCF exigen cuatro condiciones *que no siempre existirán en las hipótesis clásicas del dolo sin error*. Así, el abuso del estado de dependencia exige la previa caracterización de «un estado de dependencia»<sup>251</sup> y supone, en tanto que acto de violencia, el «miedo [...] de un mal considerable» (art. 1140 CCF), circunstancias las anteriores *que no siempre se encuentran en las hipótesis de captación o de gestión*<sup>252</sup>.

<sup>248</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1143» (2018), p. 252.

Según el *Rapport*: «Una de las innovaciones esenciales del texto consiste en asimilar a la violencia el abuso de dependencia en el cual se encuentra su cocontratante, lo que la jurisprudencia de la Corte de casación ha admitido en recientes sentencias, y que la doctrina y los prácticos califican de “violencia económica”, incluso si el texto es en realidad más amplio, y no se circunscribe a la dependencia económica (artículo 1143). En efecto, todas las hipótesis de dependencia se prevén, lo que permite la protección de las personas vulnerables y no solo de las empresas en las relaciones entre ellas» (cursiva mía; este texto continúa *infra* nota 253 último párrafo).

<sup>249</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1143» (2018), p. 256. Apuntan que la *no distinción* entre sujetos es algo propio del Derecho civil, que no encierra «a las personas en roles predeterminados» y que, naturalmente, la violencia por abuso de dependencia del artículo 1143 CCF se aplica a personas débiles o vulnerables (por su edad, enfermedad, hándicap, pertenencia a una minoría, etc.), pero, como indico en el cuerpo del texto, *no se exige tal condición para la aplicación*. Vid. la nota inmediatamente anterior a esta.

En cambio, el artículo 1142 *P Ordonnance 2015* hacía expresa mención de la «situation de faiblesse» (situación de debilidad): «Il y a également violence lorsqu’une partie abuse de l’état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l’autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n’aurait pas souscrit si elle ne s’était pas trouvée dans cette situation de faiblesse» (cursiva mía).

<sup>250</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1143» (2018), pp. 256-257; dicen: «el artículo 1143 [CCF] se aplica a todo contrato en el sentido del artículo 1101 [CCF]», y según dicho artículo 1101 CCF: «Le contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations».

<sup>251</sup> Según DESHAYES/GENICON/LAITHIER, no se ha precisado la naturaleza de la «dependencia». Teniendo presente la jurisprudencia anterior, la dependencia puede ser económica, financiera, o industrial (de ahí lo habitual de la expresión «violencia económica» para esta modalidad de violencia). Sin embargo, la dependencia tiene un significado *más amplio*. En el *Rapport* se indica que «todas las hipótesis de dependencia están previstas» (lo que transcribí *supra* nota 248), lo cual permite *inclure dependencias psychiques o sentimentales*, protegiéndose a personas capaces, sanas de espíritu y que no se benefician de especiales reglas para los actos gratuitos. Por otro lado, en el artículo 1143 CCF no se reconoce el *vicio de vulnerabilidad (vicio de faiblesse)* que, en cambio, estaba en la *P Ordonnance 2015* (al respecto *vid. supra* nota 249, en su último párrafo); dicho con otras palabras, *la sola fragilidad o vulnerabilidad no es un estado de dependencia*. La aplicación del artículo 1143 CCF *requiere, pues, establecer el lazo de dependencia*; por ejemplo, si una persona está bajo el control de una secta o de un responsable religioso, o se trata de una persona enferma o incapacitada que solo tiene relaciones con la persona a la que se le imputa la violencia. [«Artículo 1143» (2018), pp. 258-259].

<sup>252</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 232.



Además, quien contrata con la víctima del abuso del estado de dependencia debe obtener del contrato «una ventaja manifiestamente excesiva» y esto no se da, por ejemplo, en una venta, en la que el vendedor cede en contra de su verdadera voluntad, cansado de luchar, pero a un justo precio<sup>253</sup>.

Sin embargo, *a otros autores*, el tenor del artículo 1137.I CCF no les plantea el problema del dolo sin error. Según Chantepie/Latina, *el dolo engendra un error en el espíritu de la víctima del dolo y ese error es el que vicia su consentimiento, no el dolo, en sí mismo*<sup>254</sup>. Apuntan que *el artículo 1139 CCF es claro al respecto*, al referirse a «l'erreur qui résulte de dol [...]» y que dicho error es «*une cause de nullité*» (cursivas del original)<sup>255</sup>. En la misma línea se sitúan Mauger-Vielpeau<sup>256</sup>, y Fages<sup>257</sup>.

[48] *Sobre la intención de engañar por parte del autor del dolo* –la segunda cuestión que planteé *supra* [46]– Deshayes/Genicon/Laithier *no dudan* de que en la regulación de la *Ordonnance n.º 2016-131 se sigue exigiendo, ya que se trata de algo tradicional al dolo, se deduce implícitamente de la propia maniobra o mentira (art. 1137.I CCF)* y el artículo 1137.II CCF *menciona expresamente el carácter intencional que la disimulación ha de presentar en la reticencia dolosa*<sup>258</sup>.

*En la misma línea* se sitúan Chantepie/Latina. Estos últimos recuerdan cómo en el antiguo artículo 1109 CCF (que transcribí *supra* [13] [A]) se aludía *a la sorpresa por dolo*, fórmula que ponía

<sup>253</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 232.

Para la «ventaja manifiestamente excesiva» del artículo 1143 CCF, DESHAYES/GENICON/LAITHIER señalan *que no se precisa su naturaleza* y apuntan que puede ser una o varias cláusulas draconianas; probablemente una ventaja económica o financiera, en particular el precio; *que la ventaja se fija en un estándar elevado* («manifiestamente»; algo flagrante); y *que no se indica la referencia en relación con la cual ha de apreciarse el exceso*, señalando que puede ser el contenido del contrato: la contraprestación o su ausencia; también elementos exteriores: prácticas habituales en el sector considerado, evoluciones del mercado. [«Artículo 1143» (2018), pp. 262-263].

En el *Rapport* se apunta la razón de que la «ventaja manifiestamente excesiva» sea requisito del artículo 1143 CCF: «A fin de responder a los temores de las empresas y objetivar la apreciación de este abuso, se ha introducido, para apreciar este vicio, un criterio que lo somete a la ventaja manifiestamente excesiva que debe haber obtenido el cocontratante, lo que permite encuadrar la aplicación de este texto» (esto continúa el texto que transcribí *supra* nota 248).

<sup>254</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 321, p. 263.

<sup>255</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 321, p. 263; si los artículos 1132 a 1136 CCF regulan el «erreur spontané», los artículos 1137 a 1139 CCF tratan del «erreur provoqué».

<sup>256</sup> Según MAUGER-VIELPEAU, el artículo 1137.I CCF reitera que el dolo es un error provocado por maniobras o mentiras, por oposición al error vicio del consentimiento que es un error espontáneo [«Artículo 1137» (2016), p. 89].

<sup>257</sup> FAGES señala que «[...] el dolo supone un error. Pero el error, aquí, no es espontáneo: es provocado, es decir, inducido por el comportamiento del autor del dolo» [(2017) 114, p. 115].

<sup>258</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 231.

en valor, de modo conciso y claro, *la necesidad del engaño*<sup>259</sup>. Chantepie/Latina recuerdan que en los artículos 1111 *AP Catala* y 35 *P Terré* (que transcribí *supra* nota 231) se pretendió adoptar la fórmula de aquel artículo 1109 CCF, pero, por desgracia, la *Ordonnance n.º 2016-131 no lo ha hecho* y se contenta con la única indicación, en el artículo 1137.I CCF, de que «el dolo es el hecho de un contratante *de obtener el consentimiento del otro*» (cursiva del original)<sup>260</sup>. Ahora bien, si el artículo 1137 CCF no menciona el elemento intencional del dolo, para Chantepie/Latina *puede reconocérsele de modo elíptico*<sup>261</sup>. En concreto, *aparece claro* en el artículo 1137.II CCF para la *reticencia dolosa* –cuándo se la define como «disimulación intencional», expresión incluso pleonástica, por no concebirse que algo pueda disimularse, salvo intencionalmente<sup>262</sup>; se la *sobrentiende* en el artículo 1137.I CCF para la *mentira* –que necesariamente supone la intención de engañar al

<sup>259</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 328, p. 267.

<sup>260</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 328, p. 267 y nota 6; añaden, pensando en la expresión «obtener el consentimiento del otro» del artículo 1137.I CCF: «sin embargo, como ha sido justamente destacado [Guerlin], es un hecho posible “obtener” lícitamente el consentimiento de la otra parte».

Sobre los artículos 1111 *AP Catala* y 35 *P Terré*, citados en el cuerpo del texto, y además para el vigente artículo 1130 CCF:

a) En la Exposición de Motivos del *AP Catala*, LEQUETTE/LOISEAU/SERINET explican que el artículo 1111 *AP Catala* recoge la fórmula originaria del *Code civil* de 1804 –la del art. 1109– alabada por su valor expresivo, particularmente sólido, y reagrupa la trilogía de los vicios del consentimiento, cambiando solo el orden de enumeración –frente a ese art. 1109 CCF, que enumera al error, *a la violencia* y *al dolo*, el art. 1111 *AP Catala* enumera al error, *al dolo* y *a la violencia*– orden que el *AP Catala* seguirá en la posterior regulación de cada uno de esos vicios del consentimiento [(2005), p. 20]. Por otro lado, *en el propio articulado del AP Catala*, tras el artículo 1111 *AP Catala*, se lee: «(art. 1109 c. civ.)» [(2005), p. 71].

Y en el artículo 1113 *AP Catala* –que transcribí *supra* nota 234 y equivalente al art. 1137 CCF– se emplea el concepto de *sorprender el consentimiento del otro*, indicándose en el articulado del *AP Catala*, sobre dicho artículo 1113: «(Obs.: *Reprise du verbe de l'article 1111 (1109 c. civ.)*» [(2005), p. 72].

b) Al artículo 35 *P Terré*, añadiré que el artículo 43 *P Terré* –que transcribí *supra* 234– se refiere a *sorprender el consentimiento*, en la misma línea que el anterior artículo 1113 *AP Catala*.

c) Sobre el artículo 1130 CCF (que transcribí *supra* [41] en caja más pequeña), DESHAYES/GENICON/LAITHIER apuntan que desempeña *la misma función* que el antiguo artículo 1109 CCF: enumerar, preliminarmente, los vicios susceptibles de afectar al consentimiento [«Artículo 1130» (2018), p. 206]. Según CHANTEPIE/LATINA, el artículo 1130 CCF sustituye al antiguo artículo 1109 CCF, artículo, este último, que no tenía carácter normativo y que sí tiene el artículo 1130 CCF; además, destacan cómo, antes de la *Ordonnance n.º 2016-131*, la violencia se estudiaba entre el error y el dolo, y tras ella, la violencia se estudia en último lugar, orden que les parece más coherente por permitir estudiar los vicios del consentimiento de menos a más grave y que tiene el mérito de poner en valor los lazos que hay entre el error y el dolo [«Artículo 1130» (2016) 294, p. 240; 293, p. 239]. *Ahora bien, añado yo, en el artículo 1130 CCF no se apunta la sorpresa que el dolo causa en el consentimiento de su víctima, como hacía el derogado artículo 1109 CCF.*

<sup>261</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 328, p. 267.

<sup>262</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 328, pp. 267-268.

otro—<sup>263</sup>; y en relación con las *maniobras*, pese al tenor literal no correcto del artículo 1137.I CCF, ello no tendrá consecuencia, por ser evidente que las maniobras del artículo 1137.I CCF solo pueden emplearse maliciosamente<sup>264</sup>. En cambio, para Chatepie/Latina, *el artículo 1139 CCF sí ofrece un fundamento general para la exigencia de la intención de engañar por parte del autor del dolo*, artículo según el cual *todos los errores que resulten del dolo han de permitir la nulidad relativa del contrato*, sean o no excusables, versen sobre las cualidades esenciales de la prestación o del cocontratante, sobre el valor, o los simples motivos<sup>265</sup>. *Esto es, si todos los errores por dolo son excusables y nunca indiferentes, es porque el autor del dolo ha cometido un engaño, una culpa que el sistema jurídico francés considera más grave que la de la víctima del dolo*<sup>266</sup>. *La intención de engañar por parte del autor del dolo se sobrentiende en el artículo 1139 CCF*<sup>267</sup>.

Por último, Mauger-Vielpeau considera que, cuando el artículo 1137.I CCF ordena que dolo es «el hecho por el que un contratante obtiene el consentimiento del otro», se hace referencia *al elemento intencional del dolo (a la intención de engañar)*, aunque se haga con fórmula *tenúe*<sup>268</sup>.

### 3.2.3 LAS MANIOBRAS Y LAS MENTIRAS (ELEMENTO MATERIAL). EL *DOLUS BONUS*

[49] El artículo 1137.I CCF se refiere *expresamente* a las *maniobras*. *No hay aquí novedad normativa*, frente al derogado artículo 1116 CCF (que transcribí *supra* [13] [A]). Aquel artículo 1137.I CCF incluye *también y expresamente* a las *mentiras*, lo que *el derogado artículo 1116.I CCF no disponía*, pero que *la jurisprudencia reconocía* como otro posible elemento material del

<sup>263</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 328, p. 268.

<sup>264</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 328, p. 268; en contraposición a la mentira y a efectos de plantear dialécticamente el problema de las *manœuvres* del artículo 1137.I CCF, advierten: «¡No es el caso de las maniobras! Una maniobra es una simple “operación de la mano”. Obtener un consentimiento mediante una maniobra no tiene pues nada de ilícito. ¿Se prohíbe, bajo el imperio del artículo 1137 del Código civil, pasar el aspirador al coche antes de que el potencial comprador venga a verlo? Es verdad, sin embargo, que el derecho de consumo acoge desde hace tiempo la noción de práctica comercial engañosa, [...]».

<sup>265</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 329, pp. 268-269.

<sup>266</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 329, p. 269; «el error es el resultado de la deslealtad de un contratante».

<sup>267</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 329, p. 269.

<sup>268</sup> MAUGER-VIELPEAU señala que la suave formulación puede explicarse por la admisión, en el segundo párrafo del artículo 1137 CCF, del dolo por reticencia; la intención de engañar se deduce fácilmente de una maniobra o de una mentira; es más difícil de caracterizar en el dolo por reticencia [«Artículo 1137» (2016), p. 90].

dolo (al respecto *supra* [18]). Por tanto, *el artículo 1137.I CCF supone la expresa codificación de las mentiras como elemento material del dolo*<sup>269</sup>.

Más allá de lo anterior, Mauger-Vielpeau apunta que el artículo 1137.I CCF no distingue entre un eventual *dolus bonus*, tolerado, y otro *dolus malus*, reprimido<sup>270</sup>.

### 3.2.4 LA RETICENCIA DOLOSA (OTRO ELEMENTO MATERIAL). SU RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR AL CONTRATANTE. LA JURISPRUDENCIA BALDUS: ¿SIGUE VIGENTE? SI ES ASÍ, ¿DESDE CUÁNDO?

[50] La *reticencia dolosa* –posible elemento material del dolo que la *jurisprudencia* reconocía y que *el artículo 1116.I CCF* no contemplaba (al respecto *supra* [20])– se ha *expresamente* incorporado al artículo 1137.II CCF. Según este último, «[c]onstituye igualmente dolo la disimulación intencional por uno de los contratantes de una información que sabe de su carácter determinante para la otra parte». Para Deshayes/Genicon/Laithier, se trata de la *principal actualización* del artículo 1137 CCF, consolidándose una jurisprudencia asentada desde 1974 («Cass. 3<sup>e</sup> civ., 2 oct. 1974») <sup>271</sup>.

[51] Por lo que respecta al *tercer párrafo* del artículo 1137 CCF, en él se dispone, «[s]in embargo, no constituye dolo el hecho de que una parte no revele, a su cocontratante, su estimación del valor de la prestación». Como adelante *supra* [41], la *Loi n.º 2018-287*

<sup>269</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 231; FAGES (2017) 115, p. 116; CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138, 1139» (2016) 326, pp. 265-266; MAUGER-VIELPEAU, «Artículo 1137» (2016), p. 89.

<sup>270</sup> MAUGER-VIELPEAU, «Artículo 1137» (2016), p. 89. FAGES señala que, a veces, puede tenerse cierta tolerancia sobre lo que, antaño, se llamaba *dolus bonus* (pequeñas mentiras empleadas por los comerciantes para ensalzar los méritos de sus productos o servicios), y que la jurisprudencia sancionaba las afirmaciones mentirosas que iban «más allá de la simple exageración publicitaria» [(2017) 115, p. 116]. Vid. CABRILLAC (2020) 67, p. 74.

<sup>271</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 233. Los autores apuntan que, *por la ambigüedad intrínseca del silencio*, en comparación con los actos positivos que generalmente encierran, en sí, la voluntad dolosa, *en la reticencia dolosa es más delicado establecer su elemento intencional, lo que fuerza un análisis impregnado de objetivismo*. A falta de poder sondear las consciencias de las personas, el juez, en la práctica, se contentará con la inducción al error mediante la prueba de dos elementos exteriores: por un lado, el de la importancia determinante de una información para la víctima del dolo, y por otro, el del conocimiento, por el contratante acusado del dolo, de la importancia decisiva de esa información para la víctima (art. 1137.II CCF: «dont il sait le caractère déterminant»). En cuanto a otros autores, SAVAUX indica que «[l]a ordenanza también consagra la nulidad del contrato en caso de reticencia dolosa (artículo 1137)» [ADC (2016), p. 727]; para CHANTEPIE/LATINA, la «disimulación» ha sido recogida por el legislador en el artículo 1137 CCF [«Artículos 1137, 1138, 1139» (2016) 326, p. 266]; y para MAUGER-VIELPEAU, «[l]a reticencia es [...] asimilada a las maniobras y a las mentiras en el seno del Código civil» [«Artículo 1137» (2016), p. 90].

incorporó ese tercer párrafo al artículo 1137 CCF con la finalidad de fijar, sin duda alguna, que la jurisprudencia *Baldus* seguía vigente, algo objeto de discusión entre los autores en relación con la regulación instaurada por la *Ordonnance n.º 2016-131*. Ahora bien, el artículo 1137.III CCF es regla de fondo y se aplica a los contratos celebrados entre el 01.10.2018 y en adelante (al respecto *supra* [11]). ¿Qué sucede (primera cuestión) con los contratos celebrados entre el 01.10.2016 y el 30.09.2018? Y para los contratos celebrados entre el 01.10.2018 y en adelante (segunda cuestión), ¿la norma del artículo 1137.III CCF tiene carácter absoluto? ¿Se aplica en todo caso?

[52] Para responder a la primera cuestión de *qué sucede con los contratos celebrados entre el 01.10.2016 y el 30.09.2018*, conviene que recuerde *antes* la esencia de la jurisprudencia *Baldus* (S 03.05.2000, primera *chambre civile*) y de inmediato plantee *por qué pudo surgir la duda de si aquella estaba o no vigente*.

Según la jurisprudencia *Baldus*, el comprador, que no había informado al vendedor del valor del bien, no cometía una reticencia dolosa (así *supra* [22]). Trasladándome a la regulación instaurada por la *Ordonnance n.º 2016-131*, sucedía lo siguiente. Por un lado, el artículo 1139 CCF prescribe que el error sobre el valor de la prestación es causa de nulidad si es el resultado de un dolo. Esta afirmación del artículo 1139 CCF posee carácter absoluto: no se distingue si el dolo fue fruto de maniobras, de mentiras, o de una reticencia dolosa. Por otro lado, el artículo 1137.II CCF siempre considera, que la reticencia dolosa constituye (es) un dolo. La consecuencia de coordinar los artículos 1139 y 1137.II CCF es que no procedía aplicar la jurisprudencia *Baldus*<sup>272</sup>. A lo anterior había que añadir un tercer dato. Que el artículo 1112-1 CCF, que regula el deber general de información (en su párrafo I), exceptúa que haya de informarse sobre la estimación del valor de la prestación (ahora en su párrafo II; lo transcribí *supra* [42]). Deshayes/Genicon/Laithier apuntan, que a la anterior excepción del artículo 1112-1.II CCF se le *superpone* la norma del artículo 1137.II CCF –*esta última es la que predomina*–<sup>273</sup>.

A pesar de lo que acabo de exponer, en la primera edición de sus *Comentarios* (de 2016), Deshayes/Genicon/Laithier intentaron

<sup>272</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1139» (2016), p. 212; continúan: «el silogismo parece, en efecto, bien difícil de desmontar: el dolo sobre el valor –sin distinción [esto es, sin distinguir entre maniobras, mentiras, o reticencias dolosas]– es causa de nulidad (art. 1139); ahora bien, la reticencia dolosa es siempre un dolo (artículo 1137, párrafo II); en consecuencia, la reticencia dolosa sobre el valor es causa de nulidad. Debido en parte al silencio del artículo 1139 CCF o en parte al silencio sobre la información del valor del artículo 1137, párrafo II, la jurisprudencia *Baldus* había sido literalmente reducida».

<sup>273</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1139» (2016), p. 212.



*salvar; de algún modo, la vigencia de la jurisprudencia Baldus.* A su entender, no se concibe que cada contratante deba comunicar todo al otro, hasta el punto de llegar entregar sus armas para que se actúe en contra de uno. Si el artículo 1137.II CCF parece tener un alcance *muy amplio*, al venir a disponer que basta con que una información sea determinante para la otra parte, para que haya de ser comunicada si no se quiere cometer una reticencia dolosa, *la norma debe implícitamente leerse al amparo del deber de buena fe*, deber de buena fe que fija el alcance de la información a suministrar y *deber de buena fe que también lo limita.* *En los contratos, la buena fe no exige cumplir con la pureza evangélica y se alimenta de imperativos como las necesidades del comercio jurídico.* De ahí que los autores consideren, *que la lealtad contractual no siempre impone, e incluso raramente lo impone, que haya de desvelarse el verdadero valor del bien que se propone ceder, o el valor de la prestación que se pretende suministrar.* Para Deshayes/Genicon/Laithier, su solución tiene el mérito de la *flexibilidad y permite, según el caso, según los contratos y según los sujetos, decidir si la lealtad contractual, apreciada in concreto, no conduce, salvo excepciones, a imponer a un contratante que informe a aquel que va a cometer un error sobre el valor de su prestación.* Y ello –apuntan Deshayes/Genicon/Laithier– es el sabio acercamiento que hacía la jurisprudencia anterior a la *Ordonnance n.º 2016-131*, ya que la jurisprudencia *Baldus* contaba con la excepción de *Vilgrain* (en la que se señalaba cuándo había obligación de informar sobre el valor; al respecto *supra* [23])<sup>274</sup>. *Los autores concluyen considerando aconsejable que se persiga esa política de equilibrio*<sup>275</sup>.

*Y ¿cómo podría incidir la posterior incorporación del párrafo III del artículo 1137 CCF en los contratos celebrados entre el 01.10.2016 y el 30.09.2018?*

En la *segunda edición* de sus *Comentarios* (de 2018) y *para esos contratos*, Deshayes/Genicon/Laithier señalan dos posibilidades. *Una*, que la jurisprudencia, *armonizando las soluciones anterior y posterior a la Loi n.º 2018-287*, elija *interpretar los textos «intermedios»* a la luz de los nuevos textos de la *Loi n.º 2018-287* (en particular, del art. 1137.III CCF), con lo que *no* habría diferencia de trato jurídico según la fecha en que el contrato se hubiera celebrado; *la jurisprudencia hará como si el artículo 1137.III CCF hubiera existido desde el inicio de la Ordonnance n.º 2016-131* (esto es, desde el 01.10.2016)<sup>276</sup>. *La otra posibilidad* es que la jurisprudencia *rehuse el posible trato igualitario y permita la nulidad del contrato por reticencia dolosa sobre el valor de la presta-*

<sup>274</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1139» (2016), pp. 212-213.

<sup>275</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1139» (2016), p. 213.

<sup>276</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 237.



ción<sup>277</sup>. Para esta segunda posibilidad, Deshayes/Genicon/Laithier recuerdan que el artículo 1112-1.II CCF no supone un obstáculo, pues, la *Ordonnance n.º 2016-131 rompió deliberadamente la vinculación entre la reticencia dolosa y el deber de información del artículo 1112-1 CCF* (cfr. *supra* [45] lo explicado en el *Rapport*)<sup>278</sup>.

Por su parte, Deshayes/Genicon/Laithier, en la antes mencionada segunda edición (de 2018), *reiteran* la interpretación que expusieron en la primera edición de sus *Comentarios* (de 2016): que pese a la literalidad del artículo 1137.II CCF –esto es, *sin* el posterior párrafo III del art. 1137 CCF– hay margen para aplicar la jurisprudencia *Baldus*, *dado que el alcance del artículo 1137.II CCF lo limita la buena fe, la lealtad contractual*.

Sin embargo, *Savaux* (en 2016) *no dudaba de que, con la regulación de la Ordonnance n.º 2016-131, la jurisprudencia Baldus seguía vigente*<sup>279</sup>. Ciertamente, al hacer su afirmación, *Savaux solo considera lo que el artículo 1112-1.II CCF dispone* –que el deber de información no recae sobre la estimación del valor de la prestación– *y no tiene en cuenta a los artículos 1139 y 1137.II CCF*, aplicables al dolo. *Savaux* apoya su interpretación favorable a la vigencia de *Baldus* en los inmediatos antecedentes del artículo 1112-1 CCF. En concreto, en el artículo 1129 *P Ordonnance 2015*, según el cual «*aquel de los contratantes que conociese o debiera conocer una información cuya importancia fuese decisiva para el consentimiento del otro deberá informarle, puesto que éste [sic, este] último ignora legítimamente dicha información*

<sup>277</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 237.

<sup>278</sup> Según DESHAYES/GENICON/LAITHIER, los campos de la reticencia dolosa y del incumplimiento de la obligación precontractual de información del artículo 1112-1 CCF *no se corresponden exactamente*. Por un lado, el incumplimiento de dicha obligación de información, si bien *puede* conducir a la reticencia dolosa, *no la implica necesariamente* (pues, puede haber un error, debido a una negligencia en la información, y el error excluye al dolo). Por otro lado, que la reticencia dolosa del artículo 1137.II CCF es posible *incluso si no se incumple el deber (legal) precontractual de información del artículo 1112-1 CCF* (pues, pueden incumplirse deberes *no legales* de información, que deriven de la *lealtad contractual*). [«Artículo 1137 (2018), pp. 234-235].

CHANTEPIE/LATINA señalan que la modificación, consistente en añadir un tercer párrafo al artículo 1137 CCF por la *Loi n.º 2018-287*, es una modificación *sustancial* (es regla de fondo, *supra* [51], [41] y [11]), no habiendo podido los parlamentarios declararla como modificación interpretativa. Esto es, dicho tercer párrafo solo se aplica a los contratos celebrados desde el 01.10.2018 y en adelante. En cuanto a los contratos celebrados entre el 01.10.2016 y el 30.09.2018, a las partes podrá reprochárseles su disimulación sobre una información relativa al valor. Consideran CHANTEPIE/LATINA poco probable que a los jueces les satisfaga esa temporal ruptura (en relación con la doctrina *Baldus*). CHANTEPIE/LATINA defienden que, si el legislador no puede, por razones constitucionales, aplicar retroactivamente la modificación del artículo 1137 (de su tercer párrafo), *los jueces podrían interpretar la versión original del artículo 1137 CCF* (esto es, sin su tercer párrafo) *a la luz de su versión modificada* (esto es, con su tercer párrafo) *y ello a fin de armonizar su sentido a lo largo del tiempo*. Para CHANTEPIE/LATINA, *ello no sería algo incorrecto*. [«Artículos 1137, 1138, 1139» (2018) 327-1, p. 281].

<sup>279</sup> SAVAUX, *ADC* (2016), p. 726.

*o se fía de la otra parte*»<sup>280</sup>. Dicho artículo 1129 *P Ordonnance 2015*<sup>281</sup> no contenía la (posterior) norma del artículo 1112-2.II CCF acerca de la no exigencia de información sobre la estimación del valor de la prestación. Según Savaux, el artículo 1129 *P Ordonnance 2015* «quería expresar el estado del Derecho positivo en materia de obligaciones de información», pero, tal y como estaba redactado, su «texto se ha [había] considerado como una generalización peligrosa, arriesgándose incluso a desembocar en el replanteamiento de una solución jurisprudencial [la de *Baldus* y la de la posterior *S 17.01.2007* de la tercera *chambre civile*; al respecto *supra* [22]], según la cual el adquirente, aunque sea un profesional, no está vinculado por una obligación de información en beneficio del vendedor acerca del valor del bien adquirido»<sup>282</sup>. Ahora bien, en opinión de Savaux, tal «temor carecía de fundamento, pues, en verdad la letra del texto [del art. 1129.I *P Ordonnance 2015*] permite, gracias a la condición de la ignorancia legítima, mantener dicha jurisprudencia [*Baldus*]»<sup>283</sup>. No obstante, continúa Savaux, «al término de la consulta pública [que de la *P Ordonnance 2015* se hizo], el texto [del art. 1129 *P Ordonnance 2015*] ha sido modificado», y el posterior artículo 1121-1 CCF cuenta con ese segundo párrafo acerca de la no información sobre la estimación del valor de la prestación, que «preserva la jurisprudencia [*Baldus*] aludida anteriormente»<sup>284</sup>.

Y explicado lo anterior y *trasladándose a otro plano*, Savaux advierte: que teniendo en cuenta que el artículo 1112-1.I CCF *solo se refiere al sujeto que conoce y no, además, al que debería conocer*, como ordenaba el artículo 1129 *P Ordonnance 2015*, ello «podría acarrear un cierto retroceso de la obligación que pesa sobre los profesionales fuera de los textos particulares que la ponen [la obligación de información] de forma especial a su cargo»<sup>285</sup>.

*Por último*, voy a exponer el pensamiento de Chantepie/Latina, quienes (en 2016) no dudaron de que la regulación de la *Ordonnance n.º 2016-131* acabó con la jurisprudencia *Baldus*<sup>286</sup>. Según estos

<sup>280</sup> La traducción del primer párrafo del artículo 1129 *P Ordonnance 2015* es del trabajo de SAVAUX, *ADC* (2015), pp. 725-726. *Vid.* la nota inmediatamente siguiente.

<sup>281</sup> Transcribí el artículo 1129 *P Ordonnance 2015*, *supra* nota 238.

<sup>282</sup> SAVAUX, *ADC* (2015), p. 726; cita en la nota 32, en p. 726: «Civ. 3<sup>e</sup> 17 janv. 2007» y «Civ. 1<sup>re</sup>, 3 mai 2000» (esta última es *Baldus*); como señalo en el cuerpo del texto, *supra* [22] di cuenta de esas dos sentencias.

<sup>283</sup> SAVAUX, *ADC* (2015), p. 726.

<sup>284</sup> SAVAUX, *ADC* (2015), p. 726.

<sup>285</sup> SAVAUX, *ADC* (2015), p. 726.

<sup>286</sup> En cuanto al autor MAUGER-VIELPEAU, este se limita a indicar: «A primera vista, podría considerarse puesta en entredicho la jurisprudencia que admitía que el error sobre el valor es indiferente en caso de silencio por el comprador acerca del valor del bien adquirido [...]. Sin embargo, nada hay menos seguro, en la lectura del artículo 1112-1, párrafo 2,

autores, la *Ordonnance n.º 2016-131 desconecta* la reticencia dolosa de la obligación legal de información del artículo 1112-1 CCF<sup>287</sup>. Y *situándose en el dolo (en su regulación)*, apuntan que, para el dolo, *solo se tiene en cuenta que su autor hubiera conocido la importancia decisiva de una información para su contratante (art. 1137.II CCF), importando poco que la información recayera sobre el valor de la cosa*<sup>288</sup>, *pues el artículo 1139 CCF dispone, sin excluir a la reticencia dolosa, que el dolo es causa de nulidad, incluso si recae sobre el valor de la prestación*<sup>289</sup> (la reticencia dolosa es un dolo, como los otros de las maniobras y las mentiras<sup>290</sup>). *En suma, la combinación de los artículos 1137 y 1139 CCF conduce a la supresión de la jurisprudencia Baldus*<sup>291</sup>. Apuntan además, que la solución adoptada por la *Ordonnance n.º 2016-131* es exactamente la *contraria* de la acogida en el *Avant-Projet Catala* (art. 1113-3, que transcribí *supra* nota 236), en donde se proponía que solo «el error *provocado* por dolo» (cursiva del original) era excusable, y ello, que fuera *provocado*, se proponía *para excluir del Avant-Projet Catala (art. 1113-3) a la reticencia dolosa y seguir consagrando la jurisprudencia Baldus*<sup>292</sup>.

En la Exposición de Motivos del aludido *Avant-Projet Catala*, Lequette/Loiseau/Serinet explican, que el artículo 1113-3 *AP Catala* preveé que el error fruto de un dolo será más fácilmente sancionable, que el error espontáneo, pues, al error *provocado* se le tendrá

que prevé por el contrario un nuevo deber de información precontractual que no recaerá sobre la estimación del valor de la prestación» [Artículo 1139» (2016), p. 91].

<sup>287</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 327, p. 266.

<sup>288</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 327, p. 266.

<sup>289</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 327, p. 266.

<sup>290</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 327, p. 267.

<sup>291</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 327, p. 266.

<sup>292</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 327, p. 267, y, 329, p. 269. Finalmente (tras todo lo que he indicado en el cuerpo del texto) CHANTEPIE/LATINA preguntan: ¿es el anochecer de los «buenos negocios»? Apuntan, que la prueba del carácter intencional de la reticencia adquiere una importancia cardinal, y así, en la separación entre la negligencia y la voluntad de engañar, que demandan la aplicación alternativa entre los artículos 1112-1 y 1137 CCF, el primero es mucho más restrictivo que el segundo.

En la segunda edición de sus comentarios (de 2018), CHANTEPIE/LATINA ofrecen más consideraciones sobre lo indicado en el anterior párrafo. Los autores afirman la incompatibilidad entre los artículos 1137, en su redacción originaria por la *Ordonnance n.º 2016-131*, y 1121-1 CCF. Y razonan: «¿Era coherente, por un lado, afirmar que los contratantes no tenían obligación de informar sobre el valor de la prestación (art. 1112-1.II CCF) y por otra parte, permitir sancionar, dentro del terreno de la reticencia dolosa, a aquel que hubiere retenido una información sobre el valor, información que nadie podría ignorar de su carácter determinante, al menos en principio, del consentimiento de las partes? Desde luego, algunos habían podido sostener que la reticencia dolosa tenía lugar si el autor de la reticencia había tenido la intención de engañar. Pero, un contratante ¿habría realmente podido pretender no haber transmitido la información sobre el valor por inadvertencia o por torpeza, y no por engañar a su cocontratante y adquirir una cosa a un bajo precio? Se ve que la visión liberal del contrato, que permite hacer «buenos negocios», consagrada en materia de obligación de información, era incompatible con la concepción «más solidaria» del contrato, que los redactores de la *Ordonnance [n.º 2016-131]* habían decidido consagrar, de modo deliberado, ampliando el perímetro del dolo» [(2018) 327, p. 280].

siempre por excusable y permitirá la nulidad, *incluso si recae solo sobre el valor o sobre los simples motivos*. Añaden, *que el texto del artículo 1113-3 AP Catala reserva la mentada norma solo para el caso del error «provocado» por el dolo, lo que, stricto sensu, significa su no generalización a la reticencia dolosa*. Según Lequette/Loiseau/Serinet, tácitamente, el artículo 1113-3 AP Catala conduce a la ratificación de la jurisprudencia Baldus, *si, al menos, se quiere hacer una lectura literal del precepto*<sup>293</sup>.

[53] *En cuanto a los contratos que se perfeccionen entre el 01.10.2018 y en adelante, a ellos se les aplica el artículo 1137.III CCF, según el cual no constituye dolo el hecho de que una parte no revele a su contratante su estimación del valor de la prestación (vigencia, pues, de la jurisprudencia Baldus)*<sup>294</sup>. Tras la *Loi n.º 2018-287*, los artículos 1112-1.II, 1137 y 1139 CCF se encuentran *coordinados*<sup>295</sup>.

*Ahora bien, y con ello entro al análisis de la segunda cuestión que planteé supra [51] –la de si la norma del art. 1137.III CCF posee un carácter absoluto, aplicable en todo caso–. Para Deshayes/Genicon/Laithier, si ello fuera así, sería una norma demasiado rígida*<sup>296</sup>. Los autores recuerdan que la jurisprudencia *Vilgrain*, que expuse *supra* [23], equilibraba a la de *Baldus*<sup>297</sup>. Y *Vilgrain dejaba cierto espacio para que la reticencia dolosa sobre el valor de la prestación subsistiera en relaciones marcadas por una relación de lealtad particularmente reforzada*<sup>298</sup>. Dado que ni el artículo 1137.III CCF, ni el artículo 1112-1.II CCF se refieren a *Vilgrain*, podría estarse tentado de considerar su desaparición, pero, Deshayes/Genicon/Laithier entienden que sería *lamentable que un párrafo*

<sup>293</sup> LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005), p. 21. Por mi parte, añado que frente a la expresión «error provocado por dolo» del artículo 1113-3 AP Catala, en el artículo 1138 P Ordonnance 2015 se emplea la de «error que resulta del dolo», expresión esta última recogida en el artículo 1139 CCF (al respecto *supra* nota 236 y [41] en caja más pequeña).

<sup>294</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), pp. 238-239.

<sup>295</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 239.

CHANTEPIE/LATINA explican, que advertida la incoherencia entre el artículo 1137 CCF en su redacción inicial por la *Ordonnance n.º 2016-131* y el artículo 1112-1 CCF, el Parlamento, aprovechando la ratificación de la *Ordonnance n.º 2016-131*, decidió corregir aquel artículo 1137 CCF. Había dos posibilidades. Una *maximalista* consistente en *reconectar* la reticencia dolosa con la obligación legal de información del artículo 1112-1 CCF. La otra *minimalista* consiste en *excluir* toda disimulación intencional relativa al valor de la prestación. CHANTEPIE/LATINA apuntan que la lealtad contractual no salió ganando y el Parlamento añadió un tercer párrafo al artículo 1137 CCF, *corrigiendo la incoherencia existente entre los artículos 1112-1 y 1137 CCF*, al tiempo de que se mantenía el campo parcialmente divergente entre la obligación legal de información y la reticencia dolosa. Según CHANTEPIE/LATINA, a un contratante se le puede reprochar una reticencia dolosa en relación con una información que no tenía obligación de transmitir sobre el terreno del artículo 1112-1 CCF, siempre que se demuestre su intención dolosa. [«Artículos 1137, 1138, 1139» (2018) 327-1, p. 281; *vid.* 321, pp. 262-263].

<sup>296</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 239.

<sup>297</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 239.

<sup>298</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 239.

–el III del art. 1137 CCF– *añadido solo con la finalidad de tranquilizar a los intérpretes acerca del mantenimiento de Baldus, llevará a la desaparición de Vilgrain* (además, *Vilgrain* nunca había sido cuestionada)<sup>299</sup>. Según Deshayes/Genicon/Laithier, puede pensarse que el legislador, razonando a partir del tipo contractual *abstracto*, simplemente entendía que estaba disponiendo una *regla general* –a la cual obliga la economía de mercado, de confrontación entre intereses particulares– y *no prejuzgaba* la posible *excepción* cuando existiere una *lealtad fuerte* entre las partes –asociación, colaboración entre intereses particulares–<sup>300</sup>. La confrontación entre *Baldus* (no hay que informar sobre el valor) y *Vilgrain* (hay que informar sobre el valor) supone aplicar *diferente regla según que las informaciones, que permiten la estimación económica de la prestación, sean accesibles a todos –Baldus; las partes negocian en situación de igualdad– o dichas informaciones se encuentren reservadas a uno de los protagonistas por disponer de un acceso privilegiado –Vilgrain–*<sup>301</sup>. *De ahí que pueda tolerarse que un individuo no desengañe al que hizo una mala estimación económica de algo común, o que no revele una estimación fruto de sus esfuerzos (incluso de sus gastos) y que la otra no ha hecho*<sup>302</sup>. *En cambio, si existe una relación de confianza muy marcada, se impone, teniendo en cuenta las circunstancias, que se compartan los privilegiados elementos de la estimación, no siendo legítimo guardarlos para uno mismo*<sup>303</sup>. *Y esas dos variables –la facilidad y el mérito (el esfuerzo) en el acceso a la información sobre el valor de la prestación; la naturaleza de la relación de confianza entre los protagonistas– han de pesar a la hora de aplicar el artículo 1137.III CCF*<sup>304</sup>.

<sup>299</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 239.

<sup>300</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 239.

<sup>301</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 239.

<sup>302</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 239.

<sup>303</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 239.

<sup>304</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 239. Antes de que publicaran la segunda edición de sus *Comentarios* de 2018, DESHAYES/GENICON/LAITHIER ya consideraban que el artículo 1137 CCF indicaba, tras la *Loi n.º 2018-287* y para la reticencia dolosa, que no existe dolo si una parte guarda silencio sobre el valor de la prestación del otro. Esto es, se consagraba la jurisprudencia *Baldus* y con ello, la *Loi n.º 2018-287* solucionaba la duda surgida por la confrontación entre el artículo 1112-1 CCF, que excluye todo deber de información acerca de la estimación del valor de la prestación, y los artículos 1137 (anterior) y 1139 CCF, que dejaban una puerta abierta a la reticencia dolosa en relación con la información sobre la estimación del valor de la prestación. *Ahora*, con la *Loi n.º 2018-287*, dicha puerta es cerrada con carácter general. No obstante, DESHAYES/GENICON/LAITHIER se preguntan si la susodicha puerta no podría de nuevo abrirse, cuando entre las partes haya una obligación de lealtad reforzada (como admite la jurisprudencia en *Vilgrain*, al imponer al dirigente social que revele a sus asociados la estimación de derechos sociales de los que dispone). [*SJ* (2018) 7, p. 889; *vid.* además nota 27 que remite a la 24].



### 3.2.5. EL DOLO PRINCIPAL Y EL INCIDENTAL: ¿SIGUE VIGENTE LA DISTINCIÓN? LA APRECIACIÓN *IN CONCRETO* DEL DOLO. EL MAYOR CAMPO OPERATIVO DEL DOLO FRENTE AL ERROR. LA IRRELEVANCIA DEL ERROR INEXCUSABLE

[54] Según el artículo 1130.I CCF, el dolo vicia el consentimiento, si, sin él, una de las partes *no hubiera contratado, o hubiera contratado en condiciones sustancialmente diferentes* (se trata del carácter *determinante* del dolo)<sup>305</sup>. Evidentemente, por incluir el artículo 1130.I CCF el supuesto en el que la víctima del dolo hubiera contratado en condiciones *sustancialmente* diferentes, su tenor literal es *más amplio* que el del derogado artículo 1116.I CCF (que transcribí *supra* [13] [A]) y que solo incluye el supuesto en el que la víctima del dolo no hubiera contratado. Exigiéndose que el dolo sea determinante, *se preserva la seguridad de las transacciones*<sup>306</sup>.

[55] *Novedad* del artículo 1130.I CCF es su expresa alusión al *dolo incidental*<sup>307</sup>. Ahora bien, apuntan Deshayes/Genicon/Laithier, queda por saber *qué tratamiento jurídico da la Ordonnance n.º 2016-131 a dicho dolo*<sup>308</sup>, no habiendo unanimidad en los pareceres.

*Para algunos*, del artículo 1130.I CCF se deduce la «*neutralización de la teoría del dolo incidental*» –teoría clásica que *excluye* la nulidad del contrato por dicho dolo, siendo *su única sanción* la indemnización de los daños y perjuicios o una revisión del precio (al respecto *supra* [25], [39])<sup>309</sup>– y *se neutraliza porque el artículo 1130.I CCF rehusa tratar de modo diferente al dolo principal y*

<sup>305</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER apuntan que, inspirándose en una célebre sentencia sobre el error («Cass. civ., 28 janv. 1913»), el artículo 1130.I CCF impone a los tres vicios del consentimiento (error, *dolo* y violencia) una exigencia común para que tengan impacto: ha de probarse que, en su ausencia, «una de las partes no habría contratado o habría contratado en condiciones sustancialmente diferentes». Dicha condición se resume en el artículo 1130.II CCF como la del «carácter determinante» del vicio. Los autores explican que el carácter determinante del vicio evoca la famosa «investigación (...) del condicional pasado», por la cual el juez, para convencerse de que el impacto precontractual invocado ha efectivamente distorsionado la decisión de una de las partes, reconstituye ficticiamente la que habría sido su voluntad, si el incidente en cuestión no hubiera tenido lugar. [«Artículo 1130» (2018), p. 206, y nota 237].

<sup>306</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), p. 206.

<sup>307</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), p. 207; por ejemplo, el comprador habría ciertamente comprado, pero menos caro.

<sup>308</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), p. 207.

<sup>309</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), p. 207. Apuntan el desprestigio en que, desde hace tiempo, se encuentra la teoría clásica, dada su artificiosidad –no es realista distinguir la voluntad de contratar considerada abstractamente, de la voluntad de contratar en unas dadas condiciones– y la jurisprudencia ya la había condenado (en la nota 243 mencionan «Cass. 3º civ., 22 juin 2005», de la que di cuenta *supra* [26] [A]; *vid. supra* [26]).



al incidental, aplicándose a ambos la nulidad del contrato<sup>310</sup>. Chantepeie/Latina opinan así. Afirman que el mayor aporte del artículo 1130.I CCF es la *implícita condena de la distinción entre el dolo principal y el incidental*, frente al derogado artículo 1116.I CCF (al respecto *supra* [25])<sup>311</sup>. Con el artículo 1130.I CCF, el dolo principal y el incidental –esto es, el dolo *determinante*– son causa de *nulidad relativa* del contrato<sup>312</sup>. En similar línea se manifiesta Mauger-Vielpeau<sup>313</sup>.

Sin embargo, Deshayes/Genicon/Laithier *discrepan* de la anterior tesis. Señalan que ha de determinarse *qué se entiende por dolo incidental*, lo cual clarifica el artículo 1130.I CCF<sup>314</sup>. Este artículo prevé el supuesto en que una de las partes «habría contratado en condiciones *sustancialmente* diferentes», supuesto *asimilado* a aquel otro en el que una de las partes «no habría contratado», considerándose en ambos casos el contrato nulo<sup>315</sup>. Luego, *a contrario*, puede entenderse que el contrato *no podrá ser totalmente nulo*, si la parte afectada hubiera consentido en condiciones *ligeramente* diferentes, o para ser más exactos, en condiciones *no sustancialmente* diferentes<sup>316</sup>. *En definitiva*, según Deshayes/Genicon/Laithier, el artículo 1130.I CCF permite distinguir las dos siguientes figuras. *Una*, el dolo que lleva al contratante a consentir en condiciones *sustancialmente* distintas, *que no es dolo incidental, sino una variante del dolo principal y como tal ha de tratarse* (permite la nulidad *total* del contrato). *La otra*, el dolo que modifica *de modo secundario* al contrato, *verdadera hipótesis de dolo incidental*, que

<sup>310</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), p. 207.

<sup>311</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículo 1130» (2016) 296, p. 242. Recuerdan que la *jurisprudencia*, tras haber recibido la distinción dolo principal e incidental, parecía haberla abandonado («Civ., 3<sup>o</sup>, 22 juin 2005»; sobre ella, *supra* [26] [A]) y la *doctrina* la consideraba imperfecta por el carácter artificial de distinguir entre la voluntad global de contratar y la voluntad de contratar en ciertas condiciones, en particular a un determinado precio (*vid.* también *supra* [26]). *Vid.* además, «Artículos 1137, 1138, 1139» (2016) 330, p. 269.

<sup>312</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículo 1130» (2016) 296, p. 242.

<sup>313</sup> MAUGER-VIELPEAU, «Artículo 1130» (2016), p. 82. La explicación de que una de las partes no habría contratado se corresponde con el dolo principal, y la de que habría contratado en condiciones sustancialmente diferentes, al dolo incidental, justificando ambos dolos la nulidad del contrato. El autor señala que no se trata de una nueva solución, pues la había consagrada la jurisprudencia («Cass. 3<sup>o</sup> civ., 22 juin 2005»; sobre ella, *supra* [26] [A]). Señala que corresponderá al juez apreciar qué son esas condiciones *sustancialmente* diferentes.

<sup>314</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), p. 207.

<sup>315</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), p. 207 (la cursiva del sustancialmente es negrita en el original); «ello se deduce por la combinación de los artículos 1128.1<sup>o</sup>, 1131 y 1178, párrafo primero».

<sup>316</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), pp. 207-208. Ilustran como dolo incidental, el del comprador de una casa al borde de un lago, al que se le ha hecho creer que tenía permiso para disponer de un pontón privado. Su posterior descubrimiento de que el pontón no puede utilizarse, por infringir normas urbanísticas, no permite considerar que aquél no hubiera comprado la casa, pero sí, que habría pagado ligeramente algo menos caro.

*no permite la total nulidad y, sin poder concebirse que permanezca sin sanción, esta consiste en la indemnización de daños y perjuicios, incluso, en la reducción del contrato (por ejemplo, la supresión de una cláusula)*<sup>317</sup>.

Chantepie/Latina –para quienes apunté que entienden el art. 1130 CCF en el sentido de que dispone la misma solución para el dolo principal y para el incidental, la de la nulidad relativa del contrato– también advierten que el artículo 1130.I CCF *especifica* no haber contratado en condiciones *sustancialmente* diferentes<sup>318</sup>. *Para la diferencia no sustancial*, que no permite la nulidad del contrato y sí la indemnización de daños y perjuicios, Chantepie/Latina *consideran que, para eso, no hay necesidad de la noción de dolo incidental; a la víctima le basta probar que la culpa del contratante, cuando concluyó el contrato, le ha causado un perjuicio con fundamento en el artículo 1240 CCF* (responsabilidad extracontractual; al respecto *infra* [66])<sup>319</sup>.

[56] El artículo 1130.II CCF ordena además, que para la apreciación del carácter determinante del dolo *se tengan en cuenta a las personas y a las circunstancias en las que estas dieron su consentimiento* (el dolo se aprecia *in concreto*)<sup>320</sup>. *Con el límite temporal de la conclusión del contrato*, el juez tendrá presente *toda circunstancia cuya naturaleza permita esclarecer la psicología de la víctima del dolo y toda particularidad de su interna deliberación* –su edad, sus expectativas, incluso las atípicas, su vulnerabilidad o singulares fuerzas, su condición de profano/conocedor, profesional/consumidor, profesional del mismo/de diferente ramo, etc.; sus experiencias, incluida su historia personal, etc.–<sup>321</sup>. Lo anterior

<sup>317</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), p. 208. Añaden, que su distinción tiene el peligro de derivar en la pura y simple apreciación judicial de la oportunidad de la nulidad, pues, frecuentemente, será difícil fijar si tal o cual elemento del acuerdo, objeto del vicio, fue o no sustancial en la psicología de la víctima; el juez intentará un análisis objetivo, consistente en la apreciación de si el vicio es lo suficientemente grave como para justificar la extinción de todo el contrato, o más bien merece mejor la sanción de la indemnización de daños y perjuicios.

<sup>318</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículo 1130» (2016) 296, pp. 242-243.

<sup>319</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículo 1130» (2016) 296, p. 243.

<sup>320</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), p. 209; CHANTEPIE/LATINA (2016) 297, p. 243; MAUGER-VIELPEAU, «Artículo 1130» (2016), p. 82.

<sup>321</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER destacan que la *Ordonnance n.º 2016-131 generaliza* una directriz que el antiguo texto del *Code civil* solo enunciaban para la violencia; dicha generalización se lleva a cabo a través de *una formulación más amplia y permitiendo aprehender cualquier pertinente factor en la apreciación* [«Artículo 1130» (2018), p. 209]. El *derogado* artículo 1112 CCF, en el que están pensando los autores, disponía: «Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent./ *On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes*» (cursiva mía).

En cambio, MAUGER-VIELPEAU justifica de otro modo la norma del artículo 1130.II CCF: considera que la apreciación, hecha en dicho artículo, se admitía hacía bastante tiempo para el error y el dolo; para la violencia, destaca la interna contradicción existente

revela el tradicional apego del Derecho francés a la *voluntad interna*<sup>322</sup>. El artículo 1130.II CCF *prohíbe* que la apreciación del carácter determinante del dolo *se haga por referencia al modelo abstracto del hombre medio y normalmente diligente*<sup>323</sup>.

[57] Según el artículo 1139 CCF, *el error que resulta de un dolo siempre es excusable*<sup>324</sup> y *es causa de nulidad incluso si recae sobre el valor de la prestación o sobre un simple motivo contractual*. Deshayes/Genicon/Laithier apuntan que el artículo 1139 CCF recoge tres soluciones firmemente establecidas en la jurisprudencia y en la doctrina, consistentes en que dichos errores –el inexcusable, el que recayó sobre el valor de la prestación o sobre un simple motivo contractual– indiferentes si se encuadran en el error vicio –que regulaba el derogado art. 1110 CCF y ahora se hace en

---

entre el párrafo I del derogado artículo 1112 CCF, referido a la persona razonable (apreciación objetiva) y su párrafo II, con un acercamiento más concreto. La contradicción del derogado artículo 1112 CCF la había salvado la jurisprudencia en favor del párrafo II («Cass. req., 17 nov. 1925, S. 1926»); en suma, el artículo 1130.II CCF acoge una apreciación subjetiva del carácter determinante del vicio para los tres vicios del consentimiento. [«Artículo 1130» (2016), p. 82]. Sobre la contradicción entre los párrafos I y II del derogado artículo 1112 CCF y la prevalecía del párrafo II sobre el párrafo I por parte de la jurisprudencia, FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 219, p. 226, y BOSCH CAPDEVILA, RCDI (2009), p. 79.

Por otro lado, DESHAYES/GENICON/LAITHIER advierten que en la *P Ordonnance 2015*, para apreciar el carácter determinante del vicio del consentimiento –del dolo, que es el que me interesa– se especificaba «eu égard aux personnes et aux circonstances de l'espèce» (se refieren al art. 1130 *P Ordonnance 2015*, que transcribí *supra* nota 231). Frente a ello, la *versión definitiva* del artículo 1130.II CCF *solo* se centra en las circunstancias *existentes cuando la celebración del contrato*. Esto último supone un acercamiento más restrictivo, a fin de *evitar* que el juez tenga en cuenta circunstancias *posteriores a la formación del acuerdo* que, por equidad, tuviera la tentación de considerar. Es además, una forma implícita de recordar que, conforme a la jurisprudencia anterior, el carácter determinante del vicio se aprecia en la fecha *de la conclusión del contrato*. (pp. 209-210).

Según CHANTEPIE/LATINA: «El profano, el frágil, el cándido pueden pues esperar una protección adaptada a su carácter [...]» [(2016) 297, p. 243].

<sup>322</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), p. 210.

<sup>323</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), p. 210. Consideran más pertinente la apreciación *in concreto para el dolo* y la violencia, que para el error. En el clásico conflicto, de difícil solución, entre proteger a la víctima o al cocontratante (tras el que se encuentra la estabilidad de las convenciones), la protección a la víctima es más importante que la protección al cocontratante, *cada vez que el vicio pueda imputarse a la culpa de este último*.

<sup>324</sup> En relación con la reticencia dolosa, DESHAYES/GENICON/LAITHIER, teniendo presente la interrelación entre el deber de informar y el deber de informarse, y considerando la firmeza del texto del artículo 1139 CCF cuando prescribe que el error provocado por dolo *siempre* es excusable, apuntan que, cuando los jueces consideren oportuno *descartar* la nulidad del contrato, quizás, más que utilizar el concepto de error inexcusable, empleen el de «error inconcebible», o incluso más expeditivamente rehúsen la propia existencia del error. Ello sería el único límite al artículo 1139 CCF, que aislaría, en el seno de los errores inexcusables, el caso particular del error tan grosero que, incluso, no se concibe y debe ser denegado. [«Artículo 1139 CCF» (2018), p. 247, pero *vid.* desde p. 245].

Para el Derecho anterior a la *Ordonnance n.º 2016-131*, *supra* [24].

los arts. 1132, 1135 y 1136 CCF<sup>325</sup>– *si fueron fruto del dolo, no son errores indiferentes*<sup>326</sup>. En tales casos, la *preocupación* de preservar los intereses del que contrató, con el que erró, *no tiene lugar* y se *sustituye* por la voluntad de *sancionar* al que deliberadamente provocó el error, y en esta *mayor extensión de la nulidad por dolo, frente a la del error, reside uno de sus mayores atractivos en la práctica*<sup>327</sup>.

Apuntado lo anterior, he de recordar para la *reticencia dolosa* sobre el valor de la prestación la excepción que el párrafo III del artículo 1137 CCF dispone fruto de la *Loi n.º 2018-287* (esto es, que «no constituye dolo el hecho de que una parte no revele a su cocontratante su estimación del valor de la prestación»; al respecto *supra* [51]-[53])<sup>328</sup>.

<sup>325</sup> a) Artículo 1132 CCF: «L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant» [sobre él, FENOY PICÓN, *ADC* (2017) [288] c), p. 745].

b) Artículo 1135 CCF: «L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement./ Néanmoins l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité» [sobre él, FENOY PICÓN, *ADC* (2017) [288] f), p. 747].

c) Artículo 1136 CCF: «L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité» [sobre él, FENOY PICÓN, *ADC* (2017) [288] g), p. 747].

Para el Derecho anterior a la *Ordonnance n.º 2016-131, supra* [22] y nota 152 (para el error sobre el valor de la cosa o de la prestación) y [28] y nota 193 (para el error sobre el motivo). El derogado artículo 1110 CCF lo transcribí *supra* nota 89.

<sup>326</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1139» (2018), p. 244. Según CHANTEPIE/LATINA, el artículo 1139 CCF enuncia que todos los errores, resultado de un dolo, deben permitir la nulidad relativa del contrato, hayan sido excusables o no, recaigan sobre las cualidades esenciales de la prestación o de la persona del cocontratante, o sobre su valor, o sobre los simples motivos [«Artículos 1137, 1138, 1139 CCF» (2016) 329, pp. 268-269].

<sup>327</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1139» (2018), p. 244; consideran que el atractivo del dolo, frente al error, es incluso mayor en la vigente regulación del *Code civil*, que en la antigua. Según CHANTEPIE/LATINA, la restricción del perímetro de los errores susceptibles de entrañar la nulidad del contrato pierde, en efecto, su razón de ser, cuando el error es el resultado de la deslealtad del contratante; si todos los errores resultado de un dolo son excusables y nunca indiferentes, es porque el autor del dolo cometió un engaño, es decir, una culpa que el sistema jurídico considera más grave, que la de la víctima; no ha lugar a tomar en cuenta los intereses del que contrata con la víctima del dolo, ni a limitar la consideración del error. [«Artículos 1137, 1138, 1139» (2016) 329, pp. 268-269].

<sup>328</sup> De ahí que DESHAYES/GENICON/LAITHIER *adviertan y recuerden* para los contratos celebrados a partir del 01.10.2018, el *distinto trato* que se da a la *reticencia dolosa* sobre el valor de la prestación –aplicación de la solución de la jurisprudencia *Baldus*, esto es, la validez del contrato (art. 1137.III CCF)– y al *dolo por acto positivo*, sea este mediante *mentira*, sea mediante un *subterfugio*, como haber creado falsos documentos contables –que es causa de nulidad contractual (art. 1139 CCF)–. *El artículo 1137.III CCF marca el límite de la asimilación del silencio al dolo*. [«Artículo 1139 CCF» (2018), p. 245].

## 3.2.6 EL DOLO DE PARTE. EL DOLO DE TERCERO: LA REGLA Y SU ALCANCE

[58] *Teniendo en cuenta el tenor literal del artículo 1137.I CCF*, para que el dolo permita anular el contrato, *ha de haberlo llevado a cabo uno de los contratantes*. Tal norma *no supone novedad*, si comparo con el tenor literal del derogado artículo 1116.I CCF (que transcribí *supra* [13] [A]; al respecto [30])<sup>329</sup>.

[59] Por su parte, *el artículo 1138 CCF aclara algo* para lo que el derogado artículo 1116 CCF nada disponía (y que transcribí *supra* [13] [A]) y la aclaración consiste en que *hay igualmente dolo (dolo de parte)*, si este proviene *del representante, del gestor de negocios, del encargado (auxiliar) o del «porte-fort»* (párrafo I); *también hay dolo (dolo de parte)*, si este proviene de un *tercero de connivencia* (párrafo II)<sup>330</sup>. *En tales supuestos se podrá anular el contrato*. A través del artículo 1138 CCF solo se busca superar la ambigüedad en la aplicación del artículo 1137 CCF: esto es, *saber si los sujetos mencionados en el artículo 1138 CCF son contratantes en el sentido del artículo 1137 CCF*<sup>331</sup>. Además, *el artículo 1138 CCF viene a incorporar a la ley –al Code civil– los tradicionales límites (el alcance) que doctrina y jurisprudencia habían entendido aplicables a la regla de la no impugnación del contrato por el dolo de tercero* (al respecto *supra* [33])<sup>332</sup>.

<sup>329</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 240. La regla no juzga la posibilidad de que la víctima del dolo se dirija contra el tercero, exigiendo su responsabilidad civil.

<sup>330</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER critican la redacción del artículo 1138 CCF, pues, tratándose del comportamiento de un tercero, la cuestión no es si constituye dolo –*se supone que lo es*– sino saber *si es causa de nulidad* [«Artículo 1138» (2018), p. 240].

En cuanto al «*porte-forte*», mentado en el artículo 1138.I CCF, de conformidad con el artículo 1204 CCF, se trata de una persona que promete el *hecho* de un tercero (promitente), liberándose el mismo de toda obligación si el tercero cumple el hecho prometido, pero, si no lo cumple, dicho promitente puede ser condenado a indemnizar los daños y perjuicios del beneficiado por la promesa. Además, *cuando la promesa tenga por objeto la ratificación de una vinculación*, esta es válida, con carácter retroactivo, a la fecha en la que el promitente la suscribió. El tenor literal del artículo 1204 CCF es: «On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers./ Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts./ Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement valide à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit». Sobre los diferentes tipos de «*porte-fort*» y sus efectos, DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1204» (2018), pp. 491-492. *Vid.*, al respecto, CABRILLAC (2020) 140, pp. 142-143.

El derogado artículo 1120 CCF disponía: «Néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement».

<sup>331</sup> Así lo consideran DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 240.

<sup>332</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), pp. 240-241. CHANTEPIE/LATINA recuerdan que la *Cour de Cassation* había decidido que, si el tercero es el representante del contratante, su «*porte-fort*», o su gestor de negocios, *dicho contratante había de asumir el dolo de tercero*, a lo cual la *Ordonnance n.º 2016-131* añade otra hipótesis: el dolo cometido por el encargado (auxiliar) del contratante. *Aun siendo inocente*,



Más allá de lo anterior, el artículo 1138 CCF *no menciona* la posibilidad de que la víctima del dolo de tercero, *que no puede impugnar el contrato por dicho dolo, se ampare en el error vicio, que, tras la Ordonnance n.º 2016-131, se regula en los artículos 1132 a 1136 CCF*<sup>333</sup> (en cuanto al Derecho anterior a dicha *Ordonnance*, *supra* [33]). Deshayes/Genicon/Laithier entienden que *no es necesario que el artículo 1138 CCF mencione la posible impugnación contractual mediante el vicio de error, ya que se trata de algo evidente*<sup>334</sup>. Por su parte, Chantepie/Latina se refieren a la posible impugnación contractual por el vicio de error, *como una atenuación de la regla de que el dolo de tercero no permite impugnar*, explicando las distintas posibilidades que pueden plantearse<sup>335</sup>.

[60] Pero hechas las anteriores indicaciones, lo cierto es que *ningún texto de la Ordonnance n.º 2016-131 proclama, positiva y propiamente, que el dolo de tercero no es causa de nulidad contractual*<sup>336</sup>. Deshayes/Genicon/Laithier obtienen la norma de una interpretación *a sensu contrario* del artículo 1138.II CCF: cuando en este se prevé que hay dolo, si el mismo proviene de todo tercero de connivencia, *se está sugiriendo que el dolo de tercero –esto es, el dolo que proviene de quien no es un tercero de connivencia– no es causa de nulidad contractual*<sup>337</sup>. Chantepie/Latina obtienen la apuntada norma de una interpretación *a sensu contrario* del artículo 1137.I CCF<sup>338</sup>.

*dicho contratante ha de sufrir la anulación del contrato.* [«Artículos 1137, 1138, 1139» (2016) 325, p. 265].

<sup>333</sup> Transcribí los artículos 1132, 1135 y 1136 CCF *supra* nota 325.

En cuanto al artículo 1133 CCF, este dispone: «Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté./ L'erreur est une cause de nullité qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie./ L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur relative à cette qualité».

Y según el artículo 1134 CCF: «L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne».

Para los artículos 1133 y 1134 CCF, FENOY PICÓN, *ADC* (2017) [288] *d*) y *e*), pp. 745-746.

<sup>334</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), pp. 240-241.

<sup>335</sup> CHANTEPIE/LATINA explican que si el error provocado por el tercero recae sobre una cualidad *esencial* de la prestación o sobre aquellas del contratante, la víctima puede obtener la nulidad del contrato por *error espontáneo*; en cambio, si el error recae sobre una cualidad que el otro contratante *no conocía que fuera esencial, o recae sobre un error indiferente* (arts. 1135 y 1136 CCF, que transcribí *supra* nota 325), la víctima del dolo de tercero habrá de cumplir el contrato y podrá exigir del tercero la reparación extracontractual de los daños y perjuicios que dicha ejecución le haya causado. [«Artículos 1137, 1138, 1139» (2016) 324, p. 264].

<sup>336</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 240.

<sup>337</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 240.

<sup>338</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138, 1139» (2016) 323, p. 264. Entre el imperativo de la *justicia contractual*, que permite liberarse a la víctima de un contrato que lo concluyó por un error provocado, y el de la *seguridad jurídica*, que postula el manteni-



[61] *Entrando en el análisis de los concretos supuestos previstos en el artículo 1138.I CCF*, sobre el representante del contratante, Deshayes/Genicon/Laithier apuntan que sus actuaciones dolosas deben considerarse como del mismo mandante, pues el primero es una especie de *alter ego* del segundo<sup>339</sup>. Parecida solución, y por la misma razón, se dispone para el *encargado (auxiliar) del contratante*<sup>340</sup>. Más delicado de justificar son los supuestos del *gestor de negocios* y del «*porte-fort*»: aquí, estos actúan sobre los intereses del contratante, *lo que este último desconoce*, e ignorando toda esa intervención, se le imputa el dolo (y el contrato puede impugnarse)<sup>341</sup>. Para Deshayes/Genicon/Laithier, probablemente su justificación se encuentre en que la intervención de dichos sujetos *es un riesgo que ha de pesar sobre aquel a quien beneficia la operación*<sup>342</sup>.

El contratante, que sufre la anulación del contrato por la actuación de las personas antes señaladas, podrá eventualmente dirigirse contra ellas y exigirles el perjuicio derivado de la anulación<sup>343</sup>.

[62] *Sobre el tercero de connivencia del artículo 1138.II CCF*, se trata de una expresión *inusual*, pues la doctrina francesa se refería, normalmente, al *tercero cómplice* del contratante (al respecto *supra* [33])<sup>344</sup>. *¿Qué alcance tiene (cuál es el supuesto máximo de) la connivencia en el artículo 1138.II CC? O planteándolo de otro modo, además del supuesto de la complicidad entre el contratante y el tercero, ¿se incluye aquel otro supuesto en el que el contratante conoce, o debería conocer, del dolo de tercero?* Hay dispares respuestas, lo que incide en el importante efecto jurídico de admitir, o no, la posible anulación contractual por dolo.

[A] *Consideraciones generales y otros Derechos.*—Pero antes de responder, conviene que me acerque a *algunos Derechos europeos nacionales*, ofreciendo una escueta panorámica, panorámica precedida de unas *previas consideraciones generales*. Recuerdo, además, que *supra* [33] [B] me referí al tratamiento jurídico que los Principios UNIDROIT 2016 y los PECL hacen del dolo de tercero y su incidencia a propósito de la anulación del contrato.

miento del contrato para que los intereses del contrante inocente no se sacrifiquen, *el sistema jurídico francés opta, desde hace tiempo, por la seguridad.*

<sup>339</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 241.

<sup>340</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), pp. 241-242.

<sup>341</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 242.

<sup>342</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 242.

<sup>343</sup> CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138, 1139» (2016) 325, p. 265.

<sup>344</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 241. Según CHANTEPIE/LATINA, la fórmula «d'un tiers de connivence» no es muy explícita [«Artículos 1137, 1138, 1139» (2016) 325, p. 265]. Por otro lado, *supra* nota 235, puede constatarse que en los artículos equivalentes al artículo 1138 CCF, del *AP Catala*, del *P Terré* y de la *P Ordonnance 2015* no se emplea esa fórmula «d'un tiers de connivence».

[B] En las *previas consideraciones generales*, es oportuno recordar que en el Derecho romano el dolo era un delito y *su pena tenía carácter personal*, no dando lugar inicialmente a la invalidez del contrato<sup>345</sup>. En cuanto al dolo de tercero, en el Derecho romano se adoptó un planteamiento restrictivo, dado que dicho dolo excluía la invalidez contractual y señala Lhosse, *fueron muy pocas las codificaciones que adoptaron ese acercamiento restrictivo*<sup>346</sup>. Entre esas pocas codificaciones, Lhosse incluye a los vigentes artículos 1137 CCF y 1269 CC, si bien advierte que los Tribunales franceses y españoles han permitido la anulación, *si la otra parte sabía del engaño del tercero y se aprovechó de ello*<sup>347</sup>. En cambio, sigue diciendo Lhosse, *la mayoría de las codificaciones continentales equilibraron el interés del perjudicado por el dolo* –para este, el engaño de tercero le supone un vicio del consentimiento que, como principio, le permitiría anular el contrato– *y el interés de la otra parte* –esta confía en la validez del contrato y de ahí, que para que el perjudicado por el dolo pueda anular el contrato se hayan de exigir más requisitos, que el de su estado mental–<sup>348</sup>. En orden a tener en cuenta la confianza del otro contratante en la validez del contrato, *comúnmente se acepta que el perjudicado por el dolo de tercero no puede anular el contrato, si la otra parte no conoció, ni debía conocer de ese dolo de tercero*<sup>349</sup>. Desde la perspectiva de la confianza en el contrato, *es claramente justo que la anulación del contrato sea posible si el otro contratante conoció del comportamiento del tercero (o incluso, si tomó parte en él), pues, obviamente, su conocimiento le prohíbe invocar cualquier confianza*<sup>350</sup>.

Ahora bien, sentando lo anterior, *la siguiente cuestión que surge es, si ha de concederse al perjudicado por el dolo de tercero el derecho a anular el contrato, si la otra parte, simplemente, debió haber conocido del comportamiento del tercero y a esto, apunta Lhosse, es más difícil de responder*<sup>351</sup>. Al respecto, Lhosse indica que entre los sistemas jurídicos nacionales *no hay acuerdo sobre*

<sup>345</sup> Sobre la posibilidad de la anulación en el Derecho romano, CARRANZA expone: «Vale la pena recordar que el dolo, concebido como los manejos engañosos no constituían, originariamente en Roma, causa de invalidez de acto. Esa ineficacia advino recién hacia fines de los tiempos de la República, por creación del Derecho honorario, y se llegaba a ella por vía de excepción (“exceptio doli”), contenida en el principio de la “bona fides” insita en toda fórmula procesal. Es decir, que si en la época clásica la excepción hallaba su fundamento en el error desencadenado al sujeto pasivo por el autor del dolo, en los tiempos post-clásicos se amplió el concepto de *dolus* y la “actio de dolo” y la “restitutio in integrum ob dolum” procedían en todos los casos de perjuicios causados por cualquier clase de actos desleales y contrarios a derecho, por lo que puede concluirse que, en la materia, el Derecho Romano evolucionó de una concepción subjetiva (error provocado) a otra más objetiva (protección de la buena fe)» [cursiva mía; ADC (1973), p. 586].

<sup>346</sup> LHOSSÉ, «Artículo 4:111» (2018) 4, p. 710.

<sup>347</sup> LHOSSÉ, «Artículo 4:111» (2018) nota 11 en p. 710.

<sup>348</sup> LHOSSÉ, «Artículo 4:111» (2018) 4, pp. 710-711; señala que lo mismo es, en esencia, verdad para el Derecho inglés.

<sup>349</sup> LHOSSÉ, «Artículo 4:111» (2018) 5, p. 711. Vid. ZWEIGERT/KÖTZ (1998), p. 428 (además, desde p. 427). Sin perjuicio de lo que en el cuerpo del texto he indicado y seguiré indicando sobre el dolo de tercero desde la perspectiva del Derecho comparado, vid. KÖTZ (2017), pp. 182-184.

<sup>350</sup> LHOSSÉ, «Artículo 4:111» (2018) 5, p. 711.

<sup>351</sup> LHOSSÉ, «Artículo 4:111» (2018) 5, p. 711.

cuál sea el adecuado equilibrio de intereses, y que, si bien en el vigente Derecho italiano la posible anulación se restringe al efectivo conocimiento del dolo de tercero (art. 1439 CCI, que transcribí *supra* nota 185), una amplia mayoría de sistemas expresamente permiten la anulación del contrato si hubo negligencia en la otra parte y esto se apoya en buenas razones<sup>352</sup>. Lhosse apunta que la restricción de la posibilidad de anular el contrato a solo si hay un efectivo conocimiento establece un incentivo engañoso, por cuanto que permite denegar la anulación si se actuó negligentemente en relación con el comportamiento del tercero<sup>353</sup>. Por otro lado, algunos efectivos conocimientos ya desempeñan un papel en un estado anterior, justificando la anulación, pues existen deberes de información<sup>354</sup>. De conformidad con esto último, el derecho de anular sería consecuencia de la infracción de dichos deberes de información, si bien deben tenerse en cuenta las circunstancias del caso<sup>355</sup>. Así, por ejemplo, parece difícil de justificar que haya derecho a anular el contrato en caso de dolo de tercero, si la otra parte sabía de ese error pero se le permite callar su información al haberla obtenido a un alto coste<sup>356</sup>.

[C] En el *Derecho alemán*, del dolo de tercero se ocupa el § 123 (2) BGB que contiene dos reglas.

La primera regla del § 123 (2) BGB dispone que, «[s]i el engaño procede de un tercero, la declaración que debía emitirse frente a otro [el destinatario de la declaración] solo es impugnabile *si este [último] conocía el engaño [del tercero] o debía conocerlo*»<sup>357</sup> (cursiva mía). Flume apunta que «[l]a declaración no recepticia es anulable “*per se*” cuando se apoya en un engaño doloso», *mientras que en la declaración recepticia* «la impugnación sólo es admisible cuando la otra parte ha empleado el dolo o conocía o debía conocer el engaño ejercido por un tercero» (cursiva mía); dicho de modo más preciso para el engaño de tercero, «lo que importa es si el destinatario de la declaración conocía o debía conocer el engaño y su carácter causal respecto de la emisión de la declaración»<sup>358</sup>. Fijado lo anterior, procede determinar quien *no* tiene la condición de tercero, por lo que *no* se aplica la primera regla del § 123 (2) BGB, considerándose que, *realmente, el engaño es de la otra parte* y lo que se aplica es el § 123 (1) BGB. Sobre ello, Flume informa que

<sup>352</sup> LHOSSÉ, «Artículo 4:111» (2018) 5, p. 711.

<sup>353</sup> LHOSSÉ, «Artículo 4:111» (2018) 5, p. 711.

<sup>354</sup> LHOSSÉ, «Artículo 4:111» (2018) 5, p. 711.

<sup>355</sup> LHOSSÉ, «Artículo 4:111» (2018) 5, p. 711.

<sup>356</sup> LHOSSÉ, «Artículo 4:111» (2018) 5, p. 711.

<sup>357</sup> Trad. ARROYO AMAYUELAS, rev. BECKMANN (2008) p. 55.

<sup>358</sup> FLUME, trad. MIQUEL GONZÁLEZ/GÓMEZ CALLE (1998), p. 638; añade FLUME: «[p]or lo que se refiere al deber de conocer, en principio la otra parte no está obligada a hacer averiguaciones. Como en el § 122.II [BGB], el deber de conocer es un circunloquio para la evidencia. Se trata sobre todo de facilitar la prueba al impugnante».

Según el § 122 BGB: «Deber de resarcir el daño por quien impugna/ [...] (2) El deber de resarcir el daño no procede si el perjudicado conocía la causa de nulidad o de impugnabilidad o la desconocía por negligencia (debía conocer)» [trad. ARROYO AMAYUELAS, rev. BECKMANN (2008) p. 55].

«[j]urisprudencia y doctrina admiten, con razón, que la limitación del derecho a impugnar en relación con el engaño de un “tercero” no es aplicable si el dolo del “tercero” es imputable a la otra parte como si fuera su persona. Así, en el negocio con un representante carece de importancia para la impugnación que haya sido *el representante o el representado* quien haya realizado el engaño doloso. Esto es también aplicable en el caso de *representación indirecta* y, más aún, en el caso del negocio por *persona interpuesta*» (cursiva mía)<sup>359</sup>. «*Tampoco los auxiliares de la otra parte son terceros* en el sentido del § 123.II [BGB]» (cursiva mía)<sup>360</sup>. Y lo mismo, «si una persona celebra dos negocios distintos con diferentes partes, [y] la Jurisprudencia ha admitido que *si los negocios están internamente relacionados y quien es parte en un negocio actúa al mismo tiempo para quien lo es en otro*, su engaño no es el de un “tercero” para la otra parte. El paradigma es el caso de la compra a crédito financiada por una institución de financiación cuando el vendedor y aquella trabajan juntos» (cursiva mía)<sup>361</sup>.

En cuanto a la *segunda regla* del § 123 (2) BGB, esta dispone que «[s]i otra persona *diferente* de aquélla frente a la cual debía emitirse la declaración de voluntad [el destinatario de la declaración] ha adquirido un derecho como consecuencia inmediata de la declaración, *se puede impugnar la declaración frente a ella si conocía o debía conocer el engaño*» (cursiva mía)<sup>362</sup>. Tras recordar lo ordenado por esta *segunda regla* del § 123 (2) BGB, Flume indica, «y, hay que añadir, con mayor razón, si el tercero ha ejercido el

<sup>359</sup> FLUME, trad. MIQUEL GONZÁLEZ/GÓMEZ CALLE (1998), p. 638.

<sup>360</sup> FLUME, trad. MIQUEL GONZÁLEZ/GÓMEZ CALLE (1998), p. 639.

<sup>361</sup> FLUME, trad. MIQUEL GONZÁLEZ/GÓMEZ CALLE (1998), p. 639; continúa: «Sobre todo tiene significación práctica el caso en que el vendedor engaña al comprador y la financiera nada sabe del engaño ni tampoco tiene la obligación de saberlo. El comprador puede en este caso impugnar también el acuerdo de préstamo con la institución financiera, porque ésta tiene que dejar valer contra sí el engaño doloso del vendedor igual que el de un auxiliar para el cumplimiento y, con ello, igual que un engaño propio».

ACKERMANN/FRANCK, tras referirse a la *primera regla* del § 123 (2) BGB, apuntan que es indiscutible que una persona, de cuyo comportamiento sea responsable el otro contratante, no tiene la condición de «tercero» a efectos de la *primera regla* del § 123 (2) BGB. El comportamiento doloso (fraudulento) de dicha persona debe tratarse como si lo hubiera realizado el contratante responsable de ella. Por tanto, el contrato se anula al amparo del § 123 (1) BGB, incluso si el contratante responsable de quien cometió el dolo (el fraude) no sabía, ni debía saber de dicho dolo (fraude). Los autores añaden, que en tempranas decisiones, el *Reichsgericht* construyó la categoría de los «no terceros» –de personas cuyo comportamiento se atribuye al contratante, por lo que no son tratados como tercero a efectos del § 123 (2) BGB– y lo construyó de modo restrictivo, sosteniendo que el contratante simplemente respondía de sus agentes y de otras personas a las que hubiera autorizado la negociación del contrato. En posteriores decisiones, el *Bundesgerichtshof* optó por una interpretación más amplia, considerando que la categoría incluye a todas aquellas personas cuyo comportamiento ha de atribuirse al contratante por la particularmente cercana relación entre esas personas y el contratante, o por otras específicas circunstancias del caso. [«Artículos 4:111 PECL y II.-7:208 DCFR, y § 123 (2) BGB» (2014), p. 242].

<sup>362</sup> Trad. ARROYO AMAYUELAS, rev. BECKMANN (2008), p. 55.

engaño»<sup>363</sup>. «Como paradigma [de la *segunda regla* del § 123 (2) BGB] se cita generalmente el contrato a favor de tercero»<sup>364</sup>.

Por último, Flume explica que «[l]a limitación de la impugnación respecto de la declaración recepticia descansa en la consideración de que ha de protegerse la confianza depositada por el destinatario de la declaración en la misma»<sup>365</sup>.

[D] El *Derecho de los Países Bajos* permite, en ciertos casos, que el dolo de tercero sea relevante. Según el artículo 3:44 (5) BW, si la declaración se hizo por el dolo (el fraude) de un tercero, dicho defecto no permite dirigirse contra la otra parte del acto jurídico *que no tiene razones para asumir su existencia*; por ello, añadido yo, *si la otra parte tiene razones para asumir su existencia, cabrá la impugnación contractual*<sup>366</sup>.

<sup>363</sup> FLUME, trad. MIQUEL GONZÁLEZ/GÓMEZ CALLE (1998), p. 641.

<sup>364</sup> FLUME, trad. MIQUEL GONZÁLEZ/GÓMEZ CALLE (1998), p. 641; continúa: «En el contrato en favor del tercero, sin embargo, se da la peculiaridad de que el tercero beneficiado sólo tiene el derecho si el contrato es válido. Si en el caso del contrato en favor del tercero el obligado sólo tiene derecho a impugnar frente al otro contratante, con la impugnación contra éste también queda sin efecto el derecho del tercero según el § 344 [BGB]».

§ 344 BGB: «Promesa de pena ineficaz/ Si la ley declara ineficaz la promesa de una prestación, también es ineficaz el pacto de una pena para el caso de incumplimiento de lo prometido, incluso si las partes han tenido conocimiento de la ineficacia de la promesa» [trad. LAMARCA MARQUÈS, rev. BECKMANN (2008), p. 107].

<sup>365</sup> FLUME, trad. MIQUEL GONZÁLEZ/GÓMEZ CALLE (1998), p. 641.

<sup>366</sup> a) Artículo 3:44 BW (trad. española): «5. Si se ha llevado a cabo una declaración por [...] dolo [...] del lado de alguien que no sea parte en el acto jurídico, no puede ser invocado este vicio frente a una parte contraria que no tuviera ninguna razón de suponer su existencia» [VAN REIGERSBERG VERSLUYS (1996)].

b) Artículo 3:44 BW (trad. inglesa): «5. If a declaration has been made as a result of [...], fraud [...] on the part of a person who is not a party to the juridical act, this defect cannot be raised against a party to the juridical act who had no reason to assume its existence» [trad. WARENDORF/THOMAS/CURRY-SUMNER (2013), p. 452].

c) HARTKAMP *se limita a indicar* que el artículo 3:44 (5) BW contiene una previsión especial para el caso en el que la declaración se hubiera hecho como resultado de la amenaza, *del dolo (fraude)*, o de la indebida influencia (del abuso de circunstancias) por una persona que no forma parte del acto jurídico, y en tales casos, no podrán invocarse esos defectos contra la parte del acto jurídico que no tiene razones para asumir su existencia [(2015) 87, p. 92].

En cambio, HIJMA ofrece más explicaciones. Advierte que el artículo 3:44 (5) BW se aplica a todo acto jurídico y no solo a los contratos, además de que en el artículo se habla de «una persona». Según HIJMA, el artículo 3:44 (5) BW se diseña como regla de protección de la parte contra la cual se ejercita la anulación. La amenaza, el dolo (el fraude) y el abuso de circunstancias puede cometerlos cualquier persona, pero, cuando la parte contratante no tiene razones para asumir la existencia del defecto, el artículo 3:44 (5) BW *protege su buena fe contra la posibilidad de la anulación*. HIJMA, además, compara el artículo 3:44 (5) BW con el artículo 4:111 PECL (sobre este *supra* [33] [B]) y afirma que, siendo ambas regulaciones muy similares, difieren en su estructura normativa. Ello porque en los PECL se habla de «la otra parte», mientras que el BW se menciona simplemente a «una persona» y por lo anterior, el artículo 4:111 PECL se formula como una extensión y el artículo 3:44 (5) BW adopta la forma de la restricción. Sin embargo, sustantivamente, las diferencias entre los artículos son menores, a salvo quizás la exigencia de que la otra parte no haya actuado confiando en el contrato del artículo 4:111 (2) *in fine* PECL. Según HIJMA, de acuerdo con la práctica del Derecho de los Países Bajos, el último factor mencionado será presumiblemente el más decisivo para los casos en los que el contrato haya sido gratuito. [«Artículos 4:111 PECL y 3:44 BW» (2002), pp. 219-220].

[E] En el *Derecho italiano*, el artículo 1439.II CCI (que transcribi *supra* nota 185) prescribe, que si el engaño lo empleó un tercero, podrá anularse el contrato, *si lo conocía el contratante que lo ha aprovechado. En el conflicto* entre el interés de la parte cuyo consentimiento se captó por dolo, *de desvincularse del contrato*, y el interés de la otra parte que confió en la declaración recibida, *de mantener el vínculo*, Cataudella apunta que se es más favorable al segundo interés (*al del mantenimiento del vínculo*). *Pues, la confianza se tutela, incluso si hay culpa; es decir, que también se tutela si lo hubiera podido evitar aplicando la diligencia ordinaria*<sup>367</sup>.

[F] En el *Derecho portugués*, el artículo 254.2 CCP dispone que, si el dolo proviene de un tercero, la declaración *solo* es anulable *si el destinatario tenía o debía tener conocimiento de ello*; además, si alguien hubiera adquirido directamente algún derecho en virtud de la declaración, esta es anulable en relación con el beneficiario, si este hubiera sido el autor del dolo, *o si conocía o debía tener conocimiento de él*<sup>368</sup>.

[G] Y en el *Derecho suizo*, el artículo 28.2 CO ordena que la parte, víctima del dolo de tercero, permanece obligada, *salvo que la otra parte haya conocido o debido conocer del dolo cuando la conclusión del contrato*<sup>369</sup>.

Retornando al Derecho francés y a la cuestión que dejé planteada sobre el significado del *tercero de connivencia* del artículo 1138.II CCF, para Deshayes/Genicon/Laithier, la connivencia *incluye al contratante que supo de las maniobras del tercero en detrimento de la víctima del dolo y guardó silencio. Ese contratante cometió una reticencia dolosa encuadrable en el artículo 1137.II CCF*. Por otro lado, los mentados autores apuntan (recuerdan) que el supuesto del tercero de connivencia del artículo 1138.II CCF no supone una excepción al artículo 1137 CCF, pues, *el que contrata con la*

<sup>367</sup> CATAUDELLA (2019) p. 113 (pero, *vid.* además nota 164 en p. 113).

Por otro lado, y para distinta situación, el artículo 1390 CCI dispone: «Vizi della volontà. Il contratto è annullabile se è viziata la volontà del rappresentante. Quando però il vizio riguarda elementi predeterminate dal rappresentato, il contratto è annullabile solo se era viziata la volontà di questo». Según IAMICELI, el artículo 1390 CCI indirectamente muestra que, salvo para el caso de la predeterminación para el representante, las reglas sobre los vicios del consentimiento, generalmente aplicables a una parte del contrato, se aplicarán también al representante. Informa, además, que la jurisprudencia aplica dicha regla de un modo bastante restrictivo, considerando crucial el hecho de que el representante actúe en representación y en nombre del principal (representación directa). En cambio, algunos académicos se inclinan por extender la regla del artículo 1390 CCI a los intermediarios o los colaboradores de la parte, incluso aunque estos carezcan de autorización. [«Artículos 4:111 PECL y 1390, 1434 y 1439 CCI» (2005), p. 228].

<sup>368</sup> Artículo 254 CCP: «Efeitos do dolo/ [...] / 2. Quando o dolo provier de terceiro, a declaração só e anulável se o destinatário tinha ou devia ter conhecimento dele; mas, se alguém tiver adquirido diretamente algum direito por virtude da declaração, esta é anulável em relação ao beneficiário, se tiver sido ele o autor do dolo ou se o conhecia o devia ter conhecido».

<sup>369</sup> Artículo 28 CO: «[...] / 2. La partie qui est victime du dol d'un tiers demeure obligée, à moins que l'autre partie n'ait connu ou dû connaître le dol lors de la conclusion du contrat».



víctima del dolo comete dolo sea por acción con el tercero, sea por omisión suya.<sup>370</sup> De modo similar piensan y argumentan Chantepe/Latina, quienes consideran que el *tercero de connivencia* del artículo 1138.II CCF alcanza el supuesto en el que *quien contrata con la víctima del dolo sabe del mismo y guarda silencio*<sup>371</sup>. Por su parte, Mauger-Vielpeau, y Cabrillac, hacen equivalentes el (antiguo y usual) término *cómplice* con la actual expresión del *tercero de connivencia* del artículo 1138.II CCF<sup>372</sup>. Y Malinvaud/Fenouillet/Mekki, luego de indicar que la regulación del dolo anterior a la *Ordonnance n.º 2016-131* contrasta con la regulación de los PECL y con la de los Principios UNIDROIT, pues en estos textos se sanciona el dolo del representante, el del que participa en la conclusión del contrato con el acuerdo de la otra parte, y *el dolo de otra persona que, sin vinculación con el contratante, este último conocía o debía conocer* (al respecto *supra* [33] [A] y [B]), afirman que

<sup>370</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 241. Sucesivamente desganan argumentos y contrargumentos a modo de reflexión, para finalmente llegar a la solución que he indicado en el cuerpo del texto. Así, recuerdan que en el artículo 1137 *P Ordonnance 2015* (que transcribí *supra* nota 235) se alude al contratante del *errans* que había «tenido conocimiento y [...] sacado beneficio» del comportamiento del tercero. Sobre el cambio de redacción habido en el vigente artículo 1138.II CCF –que habla de *tercero de connivencia*– consideran que *nada cierto puede decirse*. Apoyándose en la definición de la palabra *connivence* del diccionario de la Academia francesa –«complicité moral consistant à fermer les yeux, à garder le silence sur la faute de quelqu'un»– y su etimología, señalan que puede considerarse que *no se exige el concierto explícito* (la colusión fraudulenta). Por otro lado, en el artículo 1138.II CCF se evitó la palabra *complicidad* (*complicité*) por el riesgo de vincular al juez al significado estricto que de la misma se da en el Derecho penal –el dolo de tercero habría podido subordinarse, en el Derecho civil, a la caracterización de una complicidad por estafa, lo que habría sido *algo demasiado estrecho*–. Los autores observan, que puede dudarse que el solo conocimiento del comportamiento del tercero sea suficiente, pues, como se ha dicho, a ello se refería el artículo 1137 *P Ordonnance 2015* y se abandonó en el vigente artículo 1138.II CCF. *Podría* pues tratarse de un grado intermedio, de un acuerdo tácito entre el contratante y el tercero. Lo cierto es que, al ser la *connivencia* término nuevo en la ley, *el debate jamás se excluirá* y DESHAYES/GENICON/LAITHIER entienden y concluyen lo ya dicho: *quien sabe de las maniobras del tercero en detrimento de la víctima del dolo y guarda silencio comete una reticencia dolosa del artículo 1137.II CCF*. Por ello, *dudan de la utilidad del artículo 1138.II CCF, que establece un «falso caso» de dolo de tercero (es el contratante quien comete dolo por acción, con el tercero, o por omisión)*. [«Artículo 1138 CCF» (2018), p. 241].

<sup>371</sup> Para CHANTEPE/LATINA, si se cree en el diccionario de la Academia francesa, la *connivencia* es un *entendimiento secreto o tácito* («entente secrète ou tacite»). ¿Basta el simple conocimiento de la conducta del tercero para cumplir con la exigencia de la connivencia? *Consideran preciso esperarlo*, por la manifiesta *deslealtad* del que contrata con la víctima del dolo en dicha situación: podría haberla desengañado y deliberadamente se abstiene de hacerlo. ¿No es culpable de una disimulación intencional? Admiten que la coincidencia con la reticencia dolosa *no será perfecta, salvo* que la disimulación, de acuerdo con el artículo 1137.II CCF, verse sobre una «información de la que sepa su carácter determinante para la otra parte». Y para argumentar que el artículo 1138.II CCF incluye al contratante que sabía del dolo de tercero y guardó silencio, afirman que solo queda entender que *la mala fe de dicho contrante le hace candidato a la sanción de la nulidad*. [«Artículos 1137, 1138, 1139» (2016) 325, p. 265].

<sup>372</sup> MAUGER-VIELPEAU, «Artículo 1138» (2016), p. 91; CABRILLAC (2020) 68, p. 74.

el artículo 1138 CCF se inspira en parte en los PECL, además de consagrar la jurisprudencia anterior<sup>373</sup>.

[63] Finalmente he de apuntar, que Deshayes/Genicon/Laithier se muestran críticos con el artículo 1138 CCF. Entienden que el listado de los sujetos, en él contemplados, es insuficiente, que ha de ampliarse, siendo necesario extraer los verdaderos criterios que permitan identificar cuándo el dolo de tercero es causa de nulidad<sup>374</sup>. Para Deshayes/Genicon/Laithier, el artículo 1138 CCF no recoge todos los supuestos identificados por la jurisprudencia y no conciben que tales supuestos se excluyan para el futuro; en concreto, no se excluirá que el dolo de tercero sea siempre causa de nulidad en el acto a título gratuito (al respecto *supra* nota 202), la intervención de algunos intermediarios sin poder representativo como el comisionista («*commissionnaire*») o el mediador («*courtier*»), y el dolo cometido dentro de un grupo de contratos interdependientes (al respecto *supra* [33])<sup>375</sup>. Deshayes/Genicon/Laithier consideran la lista de sujetos del artículo 1138.I CCF meramente ilustrativa y por ello abierta (otros posibles supuestos son admisibles)<sup>376</sup>. A su entender, quien contrata con el errans (con la víctima del dolo) habrá de sufrir la nulidad del contrato, si tuvo culpa (en su opción de que interviniera el tercero, en haberle elegido mal, en vigilarle mal, etc.); si no puede, legítimamente, obtener los beneficios esperables del contrato; o si, comparando los respectivos méritos de las partes, aparece más imperiosa la protección de la voluntad de la víctima del dolo, que las expectativas de su contratante<sup>377</sup>. En definitiva, ha de razonarse, principalmente, en términos de una justa distribución del riesgo de la mala actuación del tercero, empleándose al respecto diversos criterios<sup>378</sup>.

<sup>373</sup> MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 210, p. 192.

<sup>374</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER «Artículo 1138» (2018), p. 242; indican, que desgraciadamente la identificación de tales criterios se ha rehusado hacer en el artículo 1138 CCF, a diferencia de otros textos extranjeros.

<sup>375</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 242. Recuerdan que la figura del grupo de contratos interdependientes se ha codificado en el artículo 1186.II CCF (que dispone: «Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie»).

Por su parte, CABRILLAC señala: «[e]n fin, el dolo que emana de un tercero se sanciona en materia de donación: la nulidad supone un menor perjuicio al donatario, que en el acto a título oneroso, dado que el donatario adquiere sin contrapartida» [(2020) 68, p. 74].

<sup>376</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 242. Plantean, y lo rechazan por entender que es un procedimiento artificial con sus propios límites, que pudiera jugarse, para incluir nuevos supuestos, con el término «representante» del artículo 1138.I CCF.

<sup>377</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 243.

<sup>378</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 243; entre otros criterios: «¿quien ha tomado la iniciativa de hacer intervenir al tercero? ¿En beneficio de

[A] *El dolo de tercero y la violencia de tercero: ¿una misma, o una diferente regulación?*

[A.1] *Los Derechos francés y argentino.*—Deshayes/Genicon/Laithier *contrastan los efectos del dolo de tercero, con los de la violencia de tercero*<sup>379</sup>. Y al respecto recuerdan que, *ya desde 1928, Josserant se rebeló contra el diferente trato jurídico dado al dolo de tercero* —que no permitía la impugnación del contrato, de conformidad con el derogado art. 1116 CCF (sobre ello *supra* [30] y [31])— *y el dado a la violencia de tercero* —que sí permitía la impugnación contractual en virtud del derogado art. 1111 CCF<sup>380</sup>— *y pese a la crítica, la Ordonnance n.º 2016-131 mantiene una regulación diferente para el dolo de tercero* —al que se aplica el analizado art.

quién actúa? ¿Quién lo ha elegido? ¿Quién debe “vigilarlo”? ¿Quién ha sugerido o impuesto la estructura contractual —tal como una estipulación por otro o una cesión de crédito— implicando la entrada de un tercero?, etc.».

<sup>379</sup> Más allá de las consideraciones de DESHAYES/GENICON/LAITHIER sobre el Derecho francés las cuales desenvuelvo en el cuerpo del texto, desde una visión comparada, LHOSSÉ señala que *la mayoría de los sistemas jurídicos continentales prevén diferentes reglas para el dolo de tercero y para la amenaza de tercero, en relación con la anulación del contrato*. En esos mayoritarios sistemas, *la amenaza permite anular el contrato, independientemente de que provenga de la otra parte o de un tercero*. En cambio, *el dolo de tercero permite la anulación contractual solo si se cumplen ciertos requisitos, e incluso hay sistemas que no lo permiten*.

La distinta regulación *suele explicarse* con el argumento de que la amenaza es más seria y más difícil de probar, además de que la parte que sufrió dolo también podrá recurrir a la anulación por error, al margen de que el dolo haya procedido del tercero, algo que no sucede con la amenaza. LHOSSÉ *considera* que este último argumento puede convencer, *solo* si el dolo de tercero da lugar a un error considerado relevante, siendo más débiles los otros argumentos. En el moderno mundo de los negocios, muchas amenazas tienen más una naturaleza económica, que física, y de modo creciente son más similares al dolo, en lo que se refiere a la seriedad del vicio del consentimiento. Por ello no sorprende que el distinto trato jurídico entre el dolo y la amenaza *permanezca inexplicable*. Se ha argumentado que la anulación por el dolo de tercero se somete a *requisitos adicionales* para no imponer una carga indebida a la otra parte. Pero, entonces, se deja abierto por qué la anulación del contrato por la amenaza de un tercero y sin las restricciones del dolo no es igualmente oneroso. LHOSSÉ *afirma* que, de hecho, la distinta regulación no es más que una reminiscencia del Derecho romano, que el Derecho moderno preserva por razón de tradición, más que por razón sustantiva. A diferencia del *dolus*, *solo* disponible frente a la parte que actuó dolosamente, la acción por *mentus* procedía contra *toda* persona que hubiera adquirido algo como resultado del *mentus*. En el Derecho romano, el diferente trato tenía una buena razón. Inicialmente, el *mentus* se agrupaba junto a la violencia y era percibido, correctamente, como mucho más serio que el *dolus*. La acción concedida por la amenaza tenía carácter penal (el demandado respondía por el cuádruple de valor). [«Artículo 4:111» (2018), pp. 709-710].

<sup>380</sup> Derogado artículo 1111 CCF: «La violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de nullité, *encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite*» (cursiva mía).

Sobre el (derogado) artículo 1111 CCF, FLOUR/AUBERT/SAVAUX indican que la norma encuentra justificación desde el punto de vista de la víctima, pues, quienquiera que haya sido el autor de la amenaza, se ejerce la misma presión y afecta, igualmente, a la libertad de consentimiento. Sin embargo, *es una norma injusta para con el otro contratante*, quien, en caso de haber sufrido la violencia de tercero, tiene, menospreciándose el principio de la individualidad en las penas, las consecuencias de una culpa que no cometió. *El (derogado) artículo 1111 CCF destaca la preeminencia de los aspectos psicológicos sobre los éticos, mientras que para el dolo es lo contrario*. *Se constata la ausencia de armonía en las soluciones legales*. [(2014) 223, p. 229].

1138 CCF– y para la violencia de tercero –sobre la cual y según el art. 1142 CCF, la violencia es causa de nulidad, la ejerza una de las partes o un tercero<sup>381-382</sup>.

Deshayes/Genicon/Laithier informan, además, que el nuevo y vigente artículo 274 del Código civil [y comercial de la nación] Argentina de 2014 (CCCA) –código al que sitúan entre las codificaciones modernas– no diferencia el dolo de tercero y la violencia de tercero<sup>383</sup>. Y efectivamente, para el dolo, el citado artículo 274 CCCA dispone: «Sujetos. El autor del dolo esencial y del dolo incidental puede ser una de las partes del acto o un tercero» (cursiva mía). Y para la fuerza y la amenaza, según el artículo 277 CCCA: «Sujetos. El autor de la fuerza irresistible y de las amenazas puede ser una de las partes o un tercero» (cursiva mía).

Por mi parte y completando ese apunte que sobre el dolo en el Derecho argentino hacen Deshayes/Genicon/Laithier, advierto que el derogado Código civil de Argentina de 1869 (CCA) aplicaba ya la misma regla para el dolo de tercero (art. 935) y para la fuerza o intimidación de tercero (art. 941 CCA), regla consistente en permitir la anulación del acto jurídico<sup>384</sup>.

<sup>381</sup> Transcribí el artículo 1142 CCF, *supra* nota 246. Recuerdo que dicho artículo 1142 CCF no se aplica a la violencia del abuso del estado de dependencia del artículo 1143 CCF (su explicación *supra* nota 247).

<sup>382</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2016), p. 242. *Vid.* además «Artículo 1144» (2018), p. 251.

<sup>383</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2016), p. 242 y nota 325.

<sup>384</sup> No solo el Derecho argentino derogado y vigente, de los que a continuación doy más datos, aplican la misma norma para el dolo y la violencia de tercero, sino que el Derecho paraguayo también lo hace, Derecho del que igualmente informo a continuación:

a) *El derogado Derecho argentino.* Los artículos 931 a 935 CCA regulaban el dolo y, según el artículo 935 CCA: «El dolo afectará la validez de los actos entre vivos, bien sea obra de una de las partes, o bien provenga de tercera persona. Si proviene de tercera persona, regirán los artículos 941, 942 y 943».

Los referidos artículos 941, 942 y 943 CCA regulaban la fuerza y el temor y disponían:

a.1) Artículo 941 CCA: «La fuerza o la intimidación hacen anulable el acto, aunque se haya empleado por un tercero que no intervenga en él» (cursiva mía).

a.2.) Artículo 942 CCA: «Si la fuerza hecha por un tercero, fuese sabida por una de las partes, el tercero y la parte sabedora de la fuerza impuesta, son responsables solidariamente para con la parte violentada, de la indemnización de todas las pérdidas e intereses» (cursiva mía).

a.3) Artículo 943 CCA: «Si la fuerza hecha por un tercero, fue ignorada por la parte que se perjudica con la nulidad del acto, el tercero será el único responsable de todas las pérdidas e intereses» (cursiva mía).

*Vid.* DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012), pp. 62-63

b) *El vigente Derecho argentino.* Para el dolo, además del artículo 274 CCCA que he reproducido en el cuerpo del texto en esta [A.1] de [63], el artículo 275 CCCA dispone: «Responsabilidad por los daños causados. El autor del dolo esencial o incidental debe reparar el daño causado. Responde solidariamente la parte que al tiempo de la celebración del acto tuvo conocimiento del dolo del tercero» (para el resto de los vigentes artículos que regulan el dolo, *infra* nota 392).

Para la violencia, además del artículo 277 CCCA que he reproducido en el cuerpo del texto en esta [A.1] de [63], el artículo 278 CCCA ordena: «Responsabilidad por los daños causados El autor debe reparar los daños. Responde solidariamente la parte que al tiempo de la celebración del acto tuvo conocimiento de la fuerza irresistible o de las amenazas del tercero».

Refiriéndose al *derogado* Derecho argentino, vigente en el momento en el cual escribe (que es en 1973), Carranza comienza explicando que:

«Conviene precisar la evolución histórica de un tal precepto [del art. 935 CCA], habida cuenta de las particularidades que alcanza la solución por él impostada en la Ley argentina. En el derecho romano el dolo cometido por un tercero no aparejaba, en principio, la nulidad del acto. Y ello era así porque la acción de dolo tenía carácter infamante y era eminentemente personal, por lo que no afectaba –se entendía– la validez del negocio, sino personalmente a su autor.

El sistema era diferente, siempre en el Derecho romano, si se trataba de la *violencia* ejercida por un tercero. En este último caso sí correspondía la nulidad del acto, porque se entendía que la violencia turba el orden social más gravemente que el dolo.

Esta doctrina fue receptada por los artículos 1111 y 1116 del Código civil francés, en una solución legislativa que ha sido objeto de críticas, porque distingue –sin razón suficiente– dos hipótesis substancialmente idénticas: la añagaza de tercero y la violencia del extraño, siendo que, como explica agudamente Larombiere, “allí donde se presenta la misma necesidad debe haber el mismo remedio”».

Pese a tales objeciones, el precepto francés, servilmente seguidor de la tradición romana, fue acogido por el Código civil chileno (arts. 1457 y 1458)<sup>385</sup>; el italiano de 1865 (arts. 1111

---

c) *El Derecho paraguayo*. Según SANTOS MELGAREJO/ANGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, «[e] art. 291 [del Código civil paraguayo (CCP)] dispone de forma expresa que el dolo afectará la validez de los actos, sea que provenga de las partes, *sea que provenga de terceros*. Se mantiene así la solución del *Código* argentino [la del CCA de 1869], que en su momento se apartó de la legislación mayoritaria del derecho comparado» [(2012) p. 425]. El tenor literal del aludido artículo 291 CCP es: «*El dolo afectará la validez de los actos, sea que provenga de las partes o de un tercero*» (cursiva mía). En cuanto a la fuerza o temor, el artículo 295 CCP dispone: «*La fuerza o la intimidación vicia el acto, aunque se la haya empleado por un tercero*. Cuando una de las partes hubiere tenido conocimiento de ello, ésta responderá solidariamente con el autor por los daños. En los demás casos, el resarcimiento será por cuenta exclusiva del causante» (cursiva mía).

<sup>385</sup> Por lo que respecta al Derecho chileno y al Derecho colombiano:

a) *El Derecho chileno*. En relación con la fuerza, el artículo 1457 del Código civil chileno (CCCh) dispone: «Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; *basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento*» (cursiva mía). Y para el dolo, según artículo 1458 CCCh: «El dolo no vicia el consentimiento *sino cuando es obra de una de las partes*, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado./ En los demás casos» [...] (cursiva mía). Según ALESSANDRI RODRÍGUEZ, «[a]quí radica la gran diferencia entre el dolo y la fuerza, porque ésta [la fuerza] vicia el consentimiento quien quiera que sea el que la emplea, ya se trata de una de las partes, ya de un extraño al contrato» [(2010) 830, p. 66].

En la doctrina chilena también se encuentran críticas al distinto tratamiento jurídico dado a la fuerza de tercero y el dolo de tercero. Así, tras reproducir las palabras de Planiol y Ripert de que «[l]a diferencia tradicional [del dolo] con la violencia es difícil de justificar hoy día. Pero la solución se encuentra de acuerdo con la concepción defendida por ciertos autores modernos, según la cual, para evitar toda sorpresa a la otra parte, debe estarse al



sentido aparente de las palabras pronunciadas o escritas por cada contratante y no al sentido diferente que se les da realmente», el antes mentado ALESSANDRI RODRÍGUEZ considera que, «[e]n realidad, no existe razón aparente que justifique la diferencia que establece el Código Civil entre los efectos de la fuerza y del dolo proveniente de un tercero, porque no cabe duda de que en ambos casos el consentimiento está viciado» (cursiva mía). ALESSANDRI RODRÍGUEZ informa, además, que Planiol, «que reconoce el origen histórico de la diferencia entre la fuerza y el dolo, expresa que el fundamento que se da, según el cual la fuerza es socialmente más grave que el dolo, no es rigurosamente exacto en nuestra época en que la violencia se ejerce con mayor frecuencia sobre el espíritu que sobre el cuerpo. Pero esta solución tiene la ventaja de asegurar mejor la protección de las víctimas de la violencia, que, por otra parte, el beneficiario del compromiso ignorará rara vez; permite, pues, sancionar en ciertos casos el abuso de la debilidad ajena para obtener un compromiso ilegal». Sin embargo, para ALESSANDRI RODRÍGUEZ, «[a] nuestro juicio, esas mismas razones son aplicables al caso de dolo cometido por un tercero extraño al contrato» (pp. 66-67).

En su exposición del dolo, VÍAL DEL RÍO destaca que el dolo ha de provenir de la otra parte: «De la disposición transcrita [del art. 1458 primera regla CCCh] se desprende que para que el dolo vicie el consentimiento debe reunir dos requisitos copulativos: ser determinante y ser obra de una de las partes./ La exigencia que formula el Código [civil] en el sentido de que el dolo debe ser obra de una de las partes revela que el legislador se refiere en el artículo 1458 a los actos jurídicos bilaterales y, más concretamente, a los contratos» [(2011) 82, p. 120; *vid. además* 80, p. 119]. Según BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES, «el dolo de terceros no vicia el consentimiento, sin embargo, da derecho a indemnización de perjuicios» [(2012), p. 312].

b) *El Derecho colombiano*. En el Código civil de Colombia se recogen las mismas normas de los artículos 1457 y 1458 CCCh en los artículos 1514 («Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento»; cursiva mía) y 1515 («El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado./ En los demás casos [...]»; cursiva mía). En relación con el artículo 1515 CC colombiano, ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS señalan que «[d]iferencia el dolo conforme sea endógeno o exógeno al contrato, y sienta la regla de que sólo aquél [el dolo endógeno] sirve para configurar el vicio de la voluntad./ Para dar razón de esta diferencia de efectos entre el dolo que proviene de la contraparte y el que se origina en un tercero, la doctrina colombiana no ha llegado al extremo de negar que sea un vicio del consentimiento autónomo. En cambio, haciéndose eco de las opiniones de autores franceses de la escuela de la exégesis y de principios del siglo XX, ha optado por la naturaleza del dolo *in contrahendo* como genuino vicio de la voluntad, y a la vez, o ha criticado el mantenimiento de la regla *dolus tertii non nocet*, o lo ha justificado mediante una serie de argumentos, que van desde una supuesta facilidad de defensa frente al dolo, hasta la falta en que usualmente incurre quien se deja engañar, el menor carácter antisocial del dolo (comparado con el de la fuerza), la injusticia de anular un negocio en razón de una treta en la no tuvo arte ni parte el cocontratante, y la función reparadora de un perjuicio inherente a la anulación originada en el dolo./ En fin, también se ha buscado justificar la ineficacia anulatoria del engaño de tercero, argumentando que se trata de un vestigio de la intransmisibilidad pasiva que caracterizaba la *actio de dolo* romana. De lo que se seguiría que el régimen jurídico del dolo sería, por así decirlo, un híbrido, que miraría tanto a la tutela de la integridad del consentimiento del engañado como a la punición del autor de una conducta reprochable, contraria a los postulados emanados del principio de la buena fe» [cursiva mía; (2012), pp. 240-241]. En cuanto a la violencia, ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS señalan que «doctrina y jurisprudencia suelen coincidir en los siguientes [requisitos]:/ 1. Puede provenir de cualquier persona, no se exige que provenga necesariamente de una de las partes en el contrato, como ocurre con el dolo./ 2. [...]» (p. 244).

Explicado lo anterior para el vigente Derecho colombiano, conviene que informe de la existencia de un *Proyecto de Código civil de Colombia (primera versión)* de la Facultad De Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (Universidad Nacional De Colombia) y de junio



y 1115)<sup>386</sup>; el Código español (arts. 1268 y 1269 [que transcribí *supra* nota 71]) y el Código Federal Suizo de las obligaciones (artículos 24 y 26 [*sic*, arts. 28 y 29]<sup>387</sup>, entre otros» (cursiva del original)<sup>388</sup>.

Afirmado lo anterior, Carranza advierte:

«[Sin embargo,] [a]partose Freitas de una tal solución en su *Esboço* (art. 475), adónde fue a informarse Vélez Sarsfield, de suerte que el art. 935 [CCA] se separó también de la corriente legislativa romano-francesa y sentó el principio de la indiferencia del origen de las maniobras dolosas: el engaño afecta la invalidez del acto, provenga de la parte o de tercera persona; e igual solución se adopta en el caso de la violencia» (cursiva mía)<sup>389</sup>.

de 2020, inspirado en el texto que el profesor Arturo Valencia Zea hizo en 1983. En dicho Proyecto se opta por unificar el dolo de tercero y la fuerza de tercero, permitiéndose en ambos casos la anulación del contrato. Según el artículo 107 del Proyecto de Código civil de Colombia, «[l]a fuerza o el dolo vician la voluntad cuando provienen de las partes o de terceros» (cursiva mía). Para el dolo, además, se propone la siguiente regulación en el artículo 105 del Proyecto de Código civil de Colombia: «El dolo vicia la voluntad cuando se induce a una de las partes, mediante maniobras engañosas de la otra, a la celebración del negocio, que con ellas no se hubiera negociado, o por la omisión de información necesaria para alcanzar criterios de lealtad negocial./ Si el dolo es empleado por las dos partes, no se constituye en motivo de anulación./ En ningún caso valdrá la condonación anticipada del dolo» (cursiva mía).

<sup>386</sup> Artículo 1111 CCI 1865: «La violencia empleada contra el que haya contraído la obligación, será causa de nulidad, aun cuando se hubiese usado por una persona distinta de aquella en cuyo favor se haya hecho el contrato» [ROMERO GIRÓN/GARCÍA MORENO (1885), p. 242; transcribí el artículo 1115 CCI 1865 *supra* [13] [B] b).

<sup>387</sup> Transcribí el artículo 28.2 CO (que regula el dolo) *supra* nota 369; por su parte, el artículo 29 CO dispone: «Crainte fondée/ 1. Si l'une des parties a contracté sous l'empire d'une crainte fondée que lui aurait inspirée sans droit l'autre partie ou un tiers, elle n'est point obligée./ 2. Lorsque les menaces sont le fait d'un tiers et que l'autre partie ne les a ni connues, ni dû connaître, celui des contractans qui en est victime et qui veut se départir du contrat est tenu d'indemniser l'autre si l'équité l'exige» (cursiva mía). Comparando con la regulación del BGB, DE COSSÍO Y CORRAL considera que la regulación del artículo 29.2 CO «atenúa más sensiblemente que el Código alemán [BGB] la distinción clásica entre el dolo y la violencia, poniendo a cargo de la víctima de la violencia producida por un tercero, la obligación de indemnizar a la contraparte, todas las veces que la equidad lo exija» [(1955) p. 338].

<sup>388</sup> CARRANZA, ADC (1973), p. 603.

<sup>389</sup> CARRANZA, ADC (1973), p. 603; continúa: «De allí en más la brecha quedó abierta: El Código civil brasileño (art. 95) y el Proyecto de Reformas al Código civil francés, acogieron el sistema de Freitas y de la ley común argentina, que ha sido encomiado "como el que mejor responde a los principios que deben regir esta materia"./ Cabe agregar, sin embargo, que el Código civil alemán –respecto de las declaraciones recepticias (art. 123) –, el Código civil italiano de 1942 (art. 1439) y el Código civil suizo (art. 28, núm. 2), consideran irrelevante el dolo de tercero, salvo que al co-contratante le fuera conocido (o debería haber conocido) en [*sic*; el] engaño doloso. Es decir que la norma de las legislaciones modernas tiene en cuenta el dolo del tercero solamente en los casos en que promedia complicidad del contratante beneficiario del engaño (no otra cosa significa exigir su conocimiento), lo que aparece una hipótesis de dolo por omisión, ya que no una coautoría activa junto al tercero» (pp. 603-604).

Sobre los mencionados Derechos alemán, italiano de 1942 y suizo, *supra* [62] [C], [E] y [G], respectivamente.

*Y en opinión de Carranza:*

«La solución del Código argentino [...] acierta al no distinguir entre los efectos de la violencia y el dolo de tercero: ambos son vicios que coartan la voluntad que, en nuestro tiempo, como con lucidez se ha afirmado, “a menudo es más fácil resistir a la violencia manifestada que defenderse de un error causado por maniobras insidiosas”» (cursiva mía)<sup>390</sup>.

[A.2] *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos* de 2017 (PLDC 2017)<sup>391</sup>.—El vigente artículo 274 CCCA (que transcribí *supra* [A.1] en [63] y que mentaban Deshayes/Genicon/Laithier) *ha influido* en la regulación que del dolo adoptan los PLDC 2017, lo que de inmediato paso a exponer.

Desde el plano de la valoración *global* de la regulación del dolo, De La Maza Gazmuri/Vidal Olivares, que han participado en la elaboración de los PLDC 2017, destacan que «[l]a inspiración de estos preceptos [de los arts. 32 y 33 PLDC que regulan el dolo] ya no se encuentra ni en los PECL ni en los PICC [Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales], sino en los [vigentes] artículos 271 a 275 del CC argentino»<sup>392</sup>. En cuanto al dolo de tercero, el artículo 32 (1) PLDC dispone que «[e]l dolo es la inducción fraudulenta a la celebración del contrato, por acción u omisión de una de las partes o un tercero» (cursiva mía)<sup>393</sup>. Los citados De La Maza Gazmuri/Vidal Olivares destacan

<sup>390</sup> CARRANZA, *ADC* (1973), p. 604.

<sup>391</sup> Sobre las sucesivas versiones de los PLDC, hasta la de 2017, y cómo y para qué se concibieron los PLDC, FENOY PICÓN (2017) [103]-[116], pp. 568-580.

<sup>392</sup> DE LA MAZA GAZMURI/VIDAL OLIVARES (2017), p. 40.

En cuanto al tenor literal de los vigentes artículos 271 a 275 CCCA es el siguiente:

a) Artículo 271 CCCA: «Acción y omisión dolosa. Acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia u ocultación».

b) Artículo 272 CCCA: «Dolo esencial. El dolo es esencial y causa la nulidad del acto si es grave, es determinante de la voluntad, causa un daño importante y no ha habido dolo por ambas partes».

c) Artículo 273 CCCA: «Dolo incidental. El dolo incidental no es determinante de la voluntad; en consecuencia, no afecta la validez del acto».

d) El artículo 274 CCCA lo transcribí *supra* en [A.1] de este mismo [63].

e) El artículo 275 CCCA lo transcribí *supra* nota 384 b).

<sup>393</sup> En el cuerpo del texto indico que De La Maza Gazmuri/Vidal Olivares señalan que la inspiración de los artículos 32 y 33 PLDC ya no se encuentra en los PECL, ni en los Principios UNIDROIT, sino en el *vigente* Código civil y Comercial de la Nación argentina. Añado por mi parte, que en esta materia hubo la siguiente evolución:

a) En la *versión 2013* de los PLDC se disponía en el Artículo \* PLDC 2013: «[El dolo]/ El dolo es la inducción fraudulenta a la celebración del contrato, por acción u omisión», y en el artículo \* PLDC 2013: «[Terceros]/ También puede anular el contrato la parte que ha sufrido el error, el dolo, la intimidación o el perjuicio a que se refieren los artículos anteriores, *cuando hayan sido provocados por un tercero de cuyos actos responde o tenga conocimiento el otro contratante*» [cursiva mía; en esta versión de los PLDC, los artículos no se numeraban, tenían solo un asterisco y pueden encontrarse en MORALES MORENO, *ADC* (2014), pp. 245-246].

b) En la *versión 2015* de los PLDC, su artículo 32 *ya no dispone lo prescrito en los PLDC 2013 y ordena lo mismo que el actual artículo 32 PLDC 2017* [el artículo puede

la relevancia que al dolo de tercero se da en los PLDC 2017 y afirman que «[s]e trata de una regla recogida del artículo 274 del nuevo CC argentino»<sup>394</sup>, siendo novedad «respecto de la regulación más clásica del dolo en los códigos civiles de la región [latinoamericana]» (cursiva mía)<sup>395</sup>.

encontrarse en SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016), p. 1019]; además, en los PLDC 2015 no existe una norma paralela a la que acabo de transcribir para los terceros en esta misma nota y para los PLDC 2013.

<sup>394</sup> DE LA MAZA GAZMURI/VIDAL OLIVARES (2017), p. 41; «[...] se establece que el dolo no solo vicia el consentimiento cuando es obra de las partes, sino también cuando es obra de un tercero» (cursiva mía).

<sup>395</sup> DE LA MAZA GAZMURI/VIDAL OLIVARES (2017), p. 41.

La aludida visión clásica del dolo de tercero, frente a la violencia de tercero, es acogida por los *Derechos chileno y colombiano* como expuse *supra* nota 385, a lo que añadido que también se encuentra en los *Derechos uruguayo, venezolano y peruano* (en estos dos últimos, se especifica legislativamente que el contratante no ha de conocer el dolo de tercero). En concreto:

a) *El Derecho uruguayo*. Sobre este Derecho, DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA informan «[e]l dolo, para funcionar como vicio del consentimiento y causa de nulidad relativa (arts. 1269 y 1568 del CC [uruguayo], es necesario que cumpla los siguientes requisitos: / i) *Que una de las partes (se excluye al tercero ajeno a la relación contractual como causante del dolo)*, realice «maquinaciones insidiosas (art. 1275 inc. 2 del CC [uruguayo]. [...]» [cursiva mía; (2012), p. 509)]. En cuanto a la violencia moral, DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA apuntan que «[a] diferencia del dolo, como vicio del consentimiento, [la violencia moral] puede provenir de un tercero ajeno a la relación contractual (art. 1274 del CC [uruguayo])» (p. 511).

Por lo que respecta al Derecho positivo, según el artículo 1275 CC uruguayo (CCU), «[p]ara que el dolo pueda ser un medio de nulidad, es preciso que haya dado causa al contrato. / Tendrá ese carácter cuando con palabras, o maquinaciones insidiosas *de parte de uno de los contrayentes*, fuese inducido el otro a celebrar un contrato, que en otro caso no hubiera otorgado», y de conformidad con el artículo 1274 CCU, «[l]a violencia física o moral invalidará el contrato, aunque se haya empleado por un tercero que no intervenga en él» (cursiva mía).

b) *El Derecho venezolano*. Explicando los requisitos del dolo, ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ indican que «la conducta dolosa puede emanar de una parte del contrato o de un tercero, siempre que la parte esté en conocimiento. Si es imputable a un tercero sin conocimiento de la parte, la víctima no podrá solicitar la nulidad del contrato por dolo, lo cual no obsta para que se solicite la nulidad del contrato por error» (cursiva mía). Para la violencia, los citados autores señalan que, «[d]e conformidad con el artículo 1150 del *Código civil* [venezolano], la violencia es causa de nulidad del contrato, *aun cuando haya sido ejercida por una persona distinta de aquélla en cuyo provecho se ha celebrado la convención*» (cursiva mía, salvo la de *Código civil*; p. 590). Vid. además, DOMÍNGUEZ GUILLÉN (2017), pp. 504-505 y 508.

Según el artículo 1150 CC venezolano (CCV), «[l]a violencia empleada contra el que ha contraído la obligación es causa de anulabilidad, *aun cuando haya sido ejercida por una persona distinta de aquélla en cuyo provecho se ha celebrado la convención*», y en virtud del artículo 1154 CCV, «[e]l dolo es causa de anulabilidad del contrato, cuando las maquinaciones practicadas por uno de los contratantes o por un tercero, con su conocimiento, han sido tales que sin ellas el otro no hubiera contratado» (cursiva mía).

c) *El Derecho peruano*. Según el artículo 210 del Código civil peruano de 1984 (CCP), «[a]nulabilidad por dolo. El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto. / Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo el beneficio» (cursiva mía), y de conformidad con el artículo 214 CCP, «[a]nulabilidad por violencia o intimidación. La violencia o la intimidación son causas de anulación del acto jurídico, aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervenga en él» (cursiva mía).

Por otro lado, el artículo 33 (2) PLDC 2017 ordena, «[1]a parte que al tiempo de la celebración del contrato tuvo *conocimiento* del dolo de un tercero responde solidariamente» (cursiva mía). Sobre esta regla del artículo 33 (2) PLDC 2017, De La Maza Gazmuri/Vidal Olivares apuntan, que «resulta interesante pues es una de aquellas [reglas] que desarrolla los deberes precontractuales de información. En realidad, lo que sucede es que quien conoce el dolo de un tercero, debe informárselo a la otra parte, de otra manera, existe un incumplimiento doloso del deber de informar por el cual se responde»<sup>396</sup>.

### 3.2.7 LA PRUEBA DEL DOLO

[64] La *Ordonnance n.º 2016-131 renuncia al establecimiento de particulares reglas sobre la prueba del dolo*<sup>397</sup>. La citada *Ordon-*

*Ahora bien*, frente a la anterior visión clásica que, a efectos de la posible anulación del contrato, soluciona de modo distinto el dolo de tercero y la violencia de tercero, *otra visión es la que aplica a ambos la misma solución consistente en que la víctima del dolo de tercero y de la violencia de tercero pueden anular el contrato*, como, por ejemplo, sucede con el analizado Derecho argentino (tanto el derogado como el vigente; al respecto *supra* [A.1] en el cuerpo del texto, y en nota 384) y se propone para el Derecho colombiano en el *Proyecto de Código civil de Colombia* de 2020 (al respecto *supra* nota 385). Y en el ámbito Latinoamericano existe *otra tercera solución, consistente en que, aplicando la misma regla para el dolo de tercero y la violencia de tercero, esta consiste en que la víctima podrá anular el contrato si conoció o debía conocer de ese dolo o violencia de tercero*. En este sentido, en el Derecho brasileño y para el dolo, el artículo 148 CC brasileño dispone: «*Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento*; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou», y para la coacción, el artículo 154 CC brasileño ordena: «*Vicia o negócio jurídico a coação exercida por terceiro, se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a que aproveite, e esta responderá solidariamente com aquele por perdas e danos*», y según el artículo 155 CC brasileño: «*Subsistirá o negócio jurídico, se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento*; mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos que houver causado ao coacto» (cursiva mía). Para el Derecho brasileño, DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA explican que «el régimen del dolo de tercero se diferencia según la buena o mala fe del contratante que se beneficia del dolo. Si este tenía o debería tener conocimiento del artificio malicioso utilizado por el tercero, el negocio es anulable y ambos (parte beneficiada y tercero) responden solidariamente por las pérdidas y daños. Sin embargo, si el contratante fue de buena fe, el dolo de tercero no permite la anulación del negocio y el tercero que realizó el dolo deberá indemnizar» [(2012), pp. 152-153]. En cuando a la coacción, DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA señalan que «[e]l Código civil brasileño también prevé, en sus artículos 154 y 155, la coacción ejercida por tercero. En estos casos, la solución coincide con la impuesta para la hipótesis del dolo realizado por tercero» (p. 155).

<sup>396</sup> DE LA MAZA GAZMURI/VIDAL OLIVARES (2017), p. 41.

a) *En la versión 2013 de los PLDC* se disponía: Artículo \*: «[...] / La parte que al tiempo de la celebración del contrato tuvo conocimiento del dolo de un tercero, responde solidariamente» [puede encontrarse en MORALES MORENO, *ADC* (2014), p. 245].

b) *En la versión de los PLDC 2015*, su artículo 33 ordenaba: «Efectos indemnizatorios del dolo/ [...] / (2) La parte que al tiempo de la celebración del contrato tuvo conocimiento del dolo de un tercero responde solidariamente» [puede encontrarse en SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016), p. 1019].

<sup>397</sup> MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 211, p. 192.

nace no recoge la norma de que el dolo no se presume y debe probarse, del derogado artículo 1116.II CCF (que transcribí *supra* [13] [A]; al respecto *supra* [35]).

Si bien la *Ordonnance n.º 2016-131* separa el deber de informar del artículo 1112-1 CCF de la reticencia dolosa del artículo 1137 CCCF (y también del art. 1139 CCF; al respecto *supra* [45]), es oportuno que destaque que en el artículo 1112-1.IV CCF (que transcribí *supra* [42]) se dispone que, quien pretenda que una información debía serle suministrada por la otra parte, tiene la carga de probarlo, y quien debía suministrar tal información, tiene la carga de probar que lo hizo<sup>398</sup>.

### 3.2.8 LOS EFECTOS DEL DOLO: LA NULIDAD RELATIVA (O ANULABILIDAD) Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. LA REDUCCIÓN DEL PRECIO COMO EFECTO NO INDEPENDIENTE

[65] Según el artículo 1131 CCF (que transcribí *supra* [41]), el dolo es causa de *nulidad relativa* del contrato<sup>399</sup>. De acuerdo con el artículo 2224 CCF, el plazo para ejercitar la acción de nulidad es de *cinco años*<sup>400</sup>, y de conformidad con el artículo 1144 CCF (que transcribí *supra* [41]), dicho plazo comienza a correr *desde que se descubre el dolo*. Además, en virtud del artículo 2232.I CCF (que transcribí *supra* [36]), la acción de nulidad relativa no podrá ejercitarse *«más allá de los veinte años a contar desde el nacimiento del*

<sup>398</sup> FENOY PICÓN (2017), p. 760 y oportunas notas.

<sup>399</sup> Según DESHAYES/GENICON/LAITHIER, el artículo 1131 CCF recoge una solución jurisprudencial antigua y bien establecida, que se corresponde con la *teoría moderna de las nulidades*, teoría que aplica el criterio del *interés protegido* y que la *Ordonnance n.º 2016-131* consagra en los artículos 1178 y ss CCF. Según el artículo 1179.II CCF, «[e]lle [la nulidad] est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé». Dado que «la regla violada» *aquí* es la que exige de un consentimiento libre y fundado y la misma «tiene solo por objeto la salvaguarda de un interés privado», el de la víctima del vicio del consentimiento, es natural que la nulidad sea «relativa». [«Artículo 1131» (2018), p. 211]. CHANTEPIE/LATINA también señalan que la nulidad relativa del artículo 1131 CCF es conforme con las anteriores soluciones jurisprudenciales y con la adopción de la teoría moderna de la nulidades por parte de la *Ordonnance n.º 2016-131* [«Artículo 1131» (2016) 298, p. 244]. Sobre la teoría moderna de las nulidades, su acogimiento por la *Ordonnance n.º 2016-131*, y críticas, FENOY PICÓN, *ADC* (2017) nota 967 en pp. 730-731.

El efecto restitutorio de la nulidad relativa del contrato se rige por los artículos 1352 a 1352-9 CCF, que se ocupan de «Les restitutions». Así lo dispone el artículo 1178.III CCF: «Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9». *Por la nulidad, los actos anteriores devienen pagos indebidos, justificando las restituciones* [DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1178 CCF» (2018), p. 366].

<sup>400</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1144» (2018), p. 264 (en ausencia de toda indicación se está obligado a aplicar la duración, de derecho común, de cinco años que prevé el artículo 2224 CCF); CHANTEPIE/LATINA, «Artículo 1144» (2016) 346, pp. 283-284; MAUGER-VIELPEAU, «Artículo 1144» (2016), p. 83.

derecho» (*délai-butoir*), plazo que para el dolo es la fecha de la celebración del contrato<sup>401</sup>.

[A] El «§ 2 Les vices du consentement» se compone de los artículos 1130 a 1144 CCF y los antes citados, en [65], artículos 1131 y 1144 CCF ocupan, el primero, *un segundo lugar*, y el segundo, *un último lugar* en aquel «§ 2 Les vices du consentement», y esta separación numérica *sorprende* a Deshayes/Genicon/Laithier, dado que, reunidas las normas de los artículos 1131 y 1144 CCF, equivalen al antiguo artículo 1304 CCF (que transcribí *supra* [36]). En opinión de Deshayes/Genicon/Laithier, *hubiera sido mejor fusionar los textos de los artículos 1131 y 1144 CCF, o situar uno inmediatamente después del otro*.<sup>402</sup> En cambio, para Mauger-Vielpeau, *la ventaja del artículo 1144 CCF es su emplazamiento*: se encuentra a continuación de la regulación de los diferentes vicios del consentimiento y cerrando ese § 2, en donde se les regula<sup>403</sup>.

[B] Deshayes/Genicon/Laithier también apuntan que *la fecha del descubrimiento del dolo*, como fecha de inicio para el cómputo de la acción de nulidad en virtud del artículo 1144 CCF, coincide (hay coordinación) con lo dispuesto en el artículo 2224 CCF (derecho común de la prescripción)<sup>404</sup>. Según el artículo 2224 CCF (redacción de la *Loi n.º 2008-561, 17 juin 2008*): «Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer» (cursiva mía).

[C] Por último, para el artículo 2232 CCF –*derecho común* de la prescripción, que ordena el tiempo límite para ejercitar la acción (*délai-butoir*)– Deshayes/Genicon/Laithier recuerdan que el artículo 1143.II *P Ordonnance 2015* (que transcribí *supra* nota 237) disponía que la acción de nulidad *no podía ejercitarse más allá de los veinte años a contar desde el día de la conclusión del contrato*. Dicho párrafo II del artículo 1143 *P Ordonnance 2015* se suprimió –*no existe en el vigente art. 1144 CCF*, que transcribí *supra* [41] –. Para los autores, la supresión *no* debe entenderse en el sentido de que quiera *descartarse* la aplicación del *plazo límite del artículo 2232 CCF*, sino que simplemente respondió a la justa crítica, hecha por varios comentaristas, de que, al *reformularse sustancialmente la norma del artículo 2232 CCF en el seno del artículo 1143 P Ordonnance 2015*, en lugar de procederse al puro y simple reen-

<sup>401</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1144» (2018), p. 264; CHANTEPIE/LATINA, «Artículo 1144» (2016) 344, p. 283, y 346, p. 284; MAUGER-VIELPEAU, «Artículo 1144» (2016), p. 83.

<sup>402</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1131» (2018), p. 211; *vid. además* «Artículo 1144» (2018), p. 264.

<sup>403</sup> MAUGER-VIELPEAU, «Artículo 1144» (2016), p. 83.

<sup>404</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1144» (2018), p. 264. CHANTEPIE/LATINA apuntan que la fecha para el inicio del cómputo, dispuesta por el artículo 1144 CCF, es la del derogado artículo 1304.II CCF, y afirman que no cambia, pues, el derecho positivo [«Artículo 1144» (2016) 345, p. 283].



vío, se corría el riesgo de que se interpretase como voluntad de descartar las excepciones especialmente previstas en el párrafo II del artículo 2232 CCF. El vigente artículo 1144 CCF soluciona dicho riesgo y se abstiene de toda disposición sobre la duración del plazo límite, permitiendo la plena aplicación del derecho común de la prescripción<sup>405</sup>.

El vigente (y nuevo) artículo 1185 CCF dispone que la *excepción de nulidad* –por tanto, la de dolo– no prescribe, si no hay ejecución alguna del contrato<sup>406</sup>.

Artículo 1185 CCF:

«La exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution».

[66] Junto con la anulación del contrato, la víctima del dolo puede exigir la indemnización de daños y perjuicios, y también podría optar por no anular el contrato y solo exigir la indemnización de daños y perjuicios (art. 1178.IV CCF)<sup>407</sup>. El artículo 1178.IV CCF especifica que la responsabilidad posee naturaleza *extracontractual*, por lo que se aplican los artículos 1240 y ss. CCF<sup>408</sup>. Deshayes/Genicon/Laithier indican, que desde hace bastante tiempo nadie defiende la aplicación de la responsabilidad contractual, cuya fuente sería la de un contrato preparatorio siempre tácitamente convenido, y que la idea de una tercera vía –la de un régimen de responsabilidad autónomo– habría podido jugar por la influencia

<sup>405</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1144» (2018), pp. 264-265.

<sup>406</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1144» (2018), p. 265.

<sup>407</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1131» (2018), p. 212, «Artículo 1137» (2018), p. 233, y «Artículo 1178» (2018), p. 369; CHANTEPIE/LATINA, «Artículo 1131» (2016) 301, pp. 245-246; MAUGER-VIELPEAU, «Artículo 1131 CCF» (2016), p. 83 y «Artículo 1178» (2016), pp. 149-150.

<sup>408</sup> En el *Rapport* solo se indica sobre el artículo 1178.IV CCF: «La nulidad evidentemente no obstaculiza el compromiso de la responsabilidad de una de las partes, en las condiciones del derecho común de la responsabilidad extracontractual».

La *Ordonnance n.º 2016-131* y la *Loi n.º 2018-287* no modifican las reglas aplicables a la responsabilidad extracontractual, en espera de su futura reforma, y reenumeran los anteriores artículos 1382 y ss. CCF a los actuales artículos 1240 a 1245-17 CCF [DESHAYES/GENICON/LAITHIER (2018), p. 601]. Según el *Rapport*: «El subtítulo II titulado “La responsabilidad extracontractual” reproduce *en extenso* los artículos 1382 a 1386-18 del Código civil, con las adaptaciones legislativas a la nueva estructura del subtítulo, escindido en dos capítulos, uno relativo a la responsabilidad extracontractual en general, y el otro a la responsabilidad por el hecho de productos defectuosos./ La reforma de la responsabilidad civil contractual y extracontractual será objeto de un ulterior proyecto de ley que se debatirá en el Parlamento, en la lógica de los retos políticos y sociales ligados a este campo del derecho». FAGES informa de que el 29.04.2016, el Ministerio de Justicia hizo público y sometió a consulta un anteproyecto de reforma de la responsabilidad civil, y tras la consulta, el texto fue ligeramente retocado, y el 13.03.2017 se presentó un proyecto de reforma [(2017) 15, p. 36]

del Derecho comparado, pero, claramente, el artículo 1178.IV CCF la condena<sup>409</sup>.

Artículo 1178.IV CCF:

«Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander la réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle».

Pero si el artículo 1178.IV CCF especifica la naturaleza extracontractual de la responsabilidad, en cambio *no concreta cuáles son los daños indemnizables*. Deshayes/Genicon/Laithier lamentan que la *Ordonnance n.º 2016-131* no haya codificado algunas líneas directrices para la identificación de los *específicos perjuicios*, líneas que doctrina y jurisprudencia habían llevado a cabo (avances decisivos y muy útiles para la práctica; al respecto *supra* [37]-[38])<sup>410</sup>. En tal sentido, la *doctrina* había esclarecido que la *finalidad* de los daños y perjuicios era reparar el *interés negativo* –el que tendría un contratante en no haber concluido el contrato– ya que lo que se tiene en cuenta es la confianza del acreedor en la eficacia del contrato, confianza traicionada<sup>411</sup>. *En particular*, a la víctima ha de indemnizársele los *gastos de celebración del contrato* y la *pérdida de la oportunidad de celebrar un contrato similar, pero válido* («l'occasion manquée»)<sup>412</sup>. La *jurisprudencia* había consagrado el anterior análisis<sup>413</sup>. Para Deshayes/Genicon/Laithier, aunque el artículo 1178.IV CCF no precise lo anterior, *puede considerarse que esa solución de fondo se mantiene*<sup>414</sup>.

Algo más complejo, en cambio, puede ser la identificación de las partidas indemnizables, *cuando la víctima del dolo opta por*

<sup>409</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1178» (2018), p. 368.

<sup>410</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1178» (2018), p. 369. Ciertamente, los autores consideran *mínimo* el aporte del artículo 1178.IV CCF, que se contenta con indicar que, aquel de los contratantes que se queje de un perjuicio, podrá demandar su reparación y *para saber eso, basta el derecho común de la responsabilidad* (art. 1240 CCF); el artículo 1178.IV CCF es redundante y elude la dificultad esencial de la determinación de las partidas indemnizables; el otro *modesto y esperable* aporte del artículo 1178.IV CCF, según los autores, es su norma de que la indemnización de daños y perjuicios podrá solicitarse *sin reclamar la nulidad del contrato o conjuntamente con esta* (pp. 368-369).

<sup>411</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1178» (2018), p. 369. También indica que se trata del interés negativo, EPSTEIN, «Artículo 1179» (2016), p. 150.

<sup>412</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1178» (2018), p. 369.

<sup>413</sup> En la sentencia *Fiori* («Cass. ch. mixte, 9 jull. 2004»): «la parte de buena fe en el contrato de venta anulado solo puede demandar que se condene a la parte culpable a que repare el perjuicio que ella ha sufrido por razón de la conclusión del contrato anulado» [cursiva, negrita en el original; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1178» (2018), p. 369 y nota 121].

<sup>414</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1178» (2018), p. 369.

*mantener el contrato y solo demanda la indemnización de los daños y perjuicios*<sup>415</sup>. Deshayes/Genicon/Laithier señalan que la doctrina y la jurisprudencia *también* lo habían esclarecido y en lo esencial, se trata de «una indemnización que compensa las condiciones desventajosas en las cuales [la víctima] ha consentido [...] Se trata de eliminar la culpa precontractual, buscando cómo habría sido el contrato sin dicha culpa»<sup>416</sup>. La misma idea apuntan Chan-tepie/Latina<sup>417</sup>.

[67] Finalmente, Deshayes/Genicon/Laithier consideran *muy dudoso* que la *Ordonnance n.º 2016-131* autorice, paralelamente a la demanda de indemnización de daños y perjuicios, una acción de reducción del precio («action en réfaction») por dolo, por la que se reconozca al juez el poder de decidir la reducción del precio<sup>418</sup>.

### III. EL DOLO EN EL DERECHO BELGA

[68] *Primero* analizo la regulación del dolo en el Código civil belga, y *después*, su regulación en la *Proposition de Loi portant insertion du livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code civil*.

#### 1. EL DOLO EN EL *CODE CIVIL* BELGA

##### 1.1 La presentación de la regulación del dolo

[69] Como es sabido, Bélgica adoptó el *Code civil* francés de 1804 (sobre ello *supra* [5] y nota 11). El dolo se regula en los artículos 1109 y 1116 del Código civil belga (CCB) y su tenor literal es el mismo que el de los *originarios* y ahora derogados artículos 1109 y 1116 CCF (que transcribí *supra* [13] [A]). Recuerdo, *pero ahora refiriéndolo al Derecho belga*, que el artículo 1109 CCB ordena que no hay consentimiento válido, si se dio por error, se arrancó por violencia, o *se sorprendió por dolo*. Y según el artícu-

<sup>415</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1178» (2018), p. 369; apuntan que se crea una tensión entre la voluntad de mantener el acuerdo y la de reivindicar una indemnización.

<sup>416</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1178» (2018), pp. 369-370.

<sup>417</sup> Según CHANTEPIE/LATINA, demandándose solo la indemnización de daños y perjuicios, esta lo que compensa es la pérdida de la oportunidad de no haber podido concluir el contrato en condiciones más beneficiosas [«Artículo 1131» (2016) 301, p. 245].

<sup>418</sup> DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1131» (2018), pp. 211-212; *vid. además* «Artículo 1137» (2018), p. 233.

lo 1116 CCB, *el dolo es causa de nulidad de la convención*<sup>419</sup>, *si las maniobras realizadas por una de las partes son tales que, sin ellas, la otra parte no habría contratado; además, el dolo no se presume y debe probarse.*

De Page apunta que la teoría de los vicios de la voluntad, en particular, la del consentimiento en general (art. 901 CCB) y la del dolo (captación), se rige *en las liberalidades*<sup>420</sup> *por principios propios, diferentes a los de los actos a título oneroso*<sup>421</sup>. *Con carácter general, el vicio de la voluntad se admite más ampliamente, a cómo se admite en los actos a título oneroso, en los que la seguridad de los negocios y la protección de los intereses del contratante de buena fe imponen mayor severidad en la admisión de los vicios del consentimiento*<sup>422</sup>. Esto es, *se justifica más una teoría amplia de los vicios del consentimiento para los actos a título gratuito, porque se impone proteger especialmente más al donante o al testador contra todas las maniobras de las que puedan haber sido objeto, y porque el acto gratuito no tiene una contrapartida para su beneficiario, por lo que ningún auténtico perjuicio se le inflinge si tiene lugar la invalidez*<sup>423</sup>.

Similares consideraciones a las expuestas las hacía ya Dekkers<sup>424</sup>.

[70] Para analizar el Derecho belga, consulto dos *relevantes y actuales* autores belgas. Uno, Wéry (con obras de 2011, y 2016) del que recuerdo su condición de copresidente de la *Comisión de reforma del Derecho de obligaciones* (al respecto *supra* [5] [B]), y el otro, Van Ommeslaghe (con obra de 2013). Asimismo consulto otros dos relevantes juristas belgas ya fallecidos. Uno el gran y clásico jurista belga De Page (con obra de 1962) y el otro, el también importante Dekkers (con obra de 1955). De este modo se percibe mejor *en qué medida ha evolucionado el Derecho belga.*

<sup>419</sup> DEKKERS habla de *contrato o convención* y los define así: «El contrato o la convención (C. civ., art. 1101, 1108) es un acuerdo de voluntades, con la finalidad de producir efectos jurídicos». Es *acuerdo de voluntades*, porque se requieren dos o más personas para tomar el acuerdo, y es para producir *efectos jurídicos*, pues, crea, modifica o extingue obligaciones [(1955) 11, p. 12].

Según el artículo 1101 CCB: «Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose».

Y según el artículo 1108 CCB: «Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention:/ Le consentement de la partie qui s'oblige;/ Sa capacité de contracter;/ Un objet certain qui forme la matière de l'engagement;/ Une cause licite dans l'obligation».

<sup>420</sup> Artículo 901 CCB: «Pour faire une donation entre vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit». Cfr. con el artículo 901 CCF *supra* en nota 202.

<sup>421</sup> DE PAGE (1962) 36 *bis*, p. 48.

<sup>422</sup> DE PAGE (1962) 36 *bis*, p. 48; también 56 *ter*, p. 72.

<sup>423</sup> DE PAGE (1962) 36 *bis*, p. 48; *vid. además infra* nota 511.

<sup>424</sup> DEKKERS (1955) 44, p. 29.

## 1.2 El análisis del dolo

[71] Sigo en lo posible el esquema que he empleado en mi exposición del dolo para el Derecho francés. Adelanto que el tratamiento del dolo, en el Derecho belga, es muy similar al del Derecho francés *antes* de su reforma por la *Ordonnance n.º 131-2016*.

### 1.2.1 EL ERROR PROVOCADO. LA TEORÍA DE LA *LÉSION QUALIFIÉE*. EL ESTADO DE NECESIDAD. LA VOLUNTAD DE ENGAÑAR (ELEMENTO INTENCIONAL)

[72] De Page define el dolo como todo *engaño* cometido en la conclusión de los actos jurídicos<sup>425</sup>. Para su víctima, el dolo consiste en hacerle creer algo que no existe, u ocultarle un hecho que sí existe, y esto vicia su voluntad<sup>426</sup> (hay un *error provocado*). En el Derecho belga, al *error provocado* por dolo se le contraponen el *error espontáneo*, regulado este último en el artículo 1110 CCB (del mismo tenor literal que el derogado art. 1110 CCF, que transcribí *supra* nota 89). La contraposición entre el error provocado por dolo y el error espontáneo encajable en el error vicio la recogen Wéry<sup>427</sup>, Wekkers<sup>428</sup>, y De Page<sup>429</sup>; está también presente en las explicaciones de Van Ommeslaghe<sup>430</sup>.

<sup>425</sup> DE PAGE (1962) 48, p. 64; se apoya en Planiol y reproduce la definición de dolo de Domat que califica de *completa* y *evocadora* [en nota (1) p. 64; para la definición de Domat, *supra* [16] [A] y nota 106].

<sup>426</sup> DE PAGE (1962) 48, p. 64.

<sup>427</sup> WÉRY titula el apartado que dedica al análisis del dolo como «[l]’erreur consécutive au dol» [(2011), p. 242] y el que dedica al error vicio como «[l]’erreur spontanée» [(2011), p. 230; en pp. 230-240, analiza el error espontáneo]. Según WÉRY, «[e]l vicio del consentimiento es el error al que es inducido la víctima del dolo. El dolo, que provoca esta representación inexacta de la realidad, es un delito civil, una culpa precontractual, que, por razón de su carácter intencional, se sanciona severamente» [(2011) 242, p. 242].

<sup>428</sup> Según DEKKERS, el dolo tiene por finalidad *crear o mantener un error* y la ley no exige que ese error recaiga sobre la sustancia –no importa el tipo de error sufrido, si hubiere determinado a la víctima del dolo a contratar como lo hizo–; *en la teoría del error, la víctima es ella misma la que se equivoca, y en el dolo, la víctima fue equivocada por otro, algo mucho más grave*. [(1955) 49, p. 32].

<sup>429</sup> DE PAGE explica que «[e]l dolo crea, en realidad, un *error* en el pensamiento de su víctima. He aquí por qué la voluntad se encuentra alterada. La voluntad recae sobre un error y la causa de este error es el engaño, el dolo. Sin embargo, el dolo constituye un *vicio distinto*, porque resulta de una *voluntad maliciosa*. La víctima tiene un error a consecuencia de maniobras reprobables. Por eso mismo, creando en todo caso, psicológicamente, los mismos efectos que el error, el dolo aparece como mucho más grave. Esto explica que la protección de la ley respecto de quien sea víctima es mucho más amplia, que en materia de error: el dolo es causa de nulidad, incluso si recae sobre los motivos del acto, sobre el valor de la cosa, o sobre la solvencia del cocontratante, con la sola condición de que haya sido la causa determinante del contrato. [...] En este sentido, la teoría del dolo sobrepasa la del error. Es un error causado por la voluntad maliciosa de un tercero, y es por lo que la víctima de este error está mejor protegida» [cursiva del original; (1962) 49, pp. 64-65].

<sup>430</sup> Según VAN OMMESLAGHE, el dolo consiste en una discordancia entre la voluntad real y la declarada *provocada por las maniobras fraudulentas*, y esto último permite distin-

[73] Wéry informa, además, que para la *Cour de Cassation*, el dolo puede resultar del hecho de que una parte se haya aprovechado de la avanzada edad y las vulnerabilidades de su contratante y en tal caso, su distinción con la teoría de la *lésion qualifiée* deviene algo extremadamente tenue<sup>431</sup>. Van Ommeslaghe apunta que la *Cour de Cassation* («Cass., 5 octubre 1967») admite que aprovecharse de la elevada edad y de la vulnerabilidad intelectual del otro puede constituir dolo<sup>432</sup>.

[A] *La teoría de la lésion qualifiée*.—Esta teoría ofrece un remedio para aquellas convenciones, manifiestamente desequilibradas, si el desequilibrio responde al abuso, por una de las partes, de la posición de inferioridad de la otra por su ignorancia, sus pasiones, sus necesidades, o su vulnerabilidad<sup>433</sup>.

a) *Su reconocimiento*.—Es teoría acogida por los autores, sobre todo por la influencia de los escritos de A. de Bersaques, y su teoría general la propuso, en Bélgica, la sobresaliente tesis del profesor W. De Bont<sup>434</sup>.

Por lo que respecta a los Tribunales, en 2011, Wéry señalaba que ha sido bien acogida por los jueces de *fond* y que la *Cour de Cassation* aún no había tenido ocasión de acogerla claramente, aunque a veces se mencionan las *SS 09.07.1936* y *21.09.1961*, ambas de dicha *Cour de Cassation*, en el sentido de que, al menos implícitamente, la consagran, lo que, en opinión de Wéry, debe someterse a cautela<sup>435</sup>. Asimismo se cita la *S 29.04.1993* de la *Cour de cassation*, para la cual Wéry indica que, si bien es temera-

---

guir el dolo del error y explica el diferente régimen del vicio del consentimiento del dolo [(2013) 149, p. 269; *vid.* 151, p. 270, en donde el autor se refiere a maniobras que *provocan o mantienen* el error del que se queja; y *vid.* antes 135 en p. 251].

<sup>431</sup> WÉRY (2011) 243, p. 243.

<sup>432</sup> VAN OMMESLAGHE (2013) 152, p. 272.

<sup>433</sup> WÉRY (2011) 264, pp. 256-257. *Vid.* además VAN OMMESLAGHE, 170, p. 291.

<sup>434</sup> VAN OMMESLAGHE (2013) 171, pp. 292-293. WÉRY indica que la teoría de la *lésion qualifiée* es ampliamente admitida en la doctrina [(2011)] 264, p. 257].

<sup>435</sup> WÉRY (2011) 264, p. 257.

Para los jueces de *fond*, VAN OMMESLAGHE también señala que estos muestran una clara tendencia a acoger la teoría de la *lésion qualifiée*, y para la jurisprudencia de la *Cour de Cassation*, apunta que es particularmente sibilina, ya que, por un lado, nunca ha acogido dicha teoría por una sentencia de principio, y por otro, nunca la ha rechazado formalmente, tratándose no de una cuestión de hecho, sino evidentemente de derecho. VAN OMMESLAGHE apunta que las sentencias de la *Cour de Cassation* son interesantes, ya que no rechazan la teoría como podrían hacerlo, pero no excluyen que los jueces de *fond* la puedan aplicar, ello sin claramente aceptar la teoría de la *lésion qualifiée* con la autoridad asociada a sus decisiones. Tras ello, VAN OMMESLAGHE recuerda y extracta, al respecto, una serie de sentencias de la *Cour de Cassation*, entre ellas las dos citadas por Wéry en el cuerpo del texto. [(2013) 172, p. 293]. Así:

a) *Sobre la S 09.07.1936*, VAN OMMESLAGHE explica que era sobre una cláusula penal, juzgada excesiva por los demandantes y que el juez de *fond* había rehusado anular. La sentencia de la *Cour d'appel* es casada porque no se había investigado en qué medida esa situación era fruto del abuso de la ignorancia o de la capacidad de olvido del deudor, aprovechado por el acreedor para imponer la cláusula abusiva. De ese modo, se reconocía implícitamente que si las constataciones hubieran sido hechas por el juez de *fond*, la anulación habría estado justificada. En la sentencia se habla de una «acusación de especulación ilícita» formulada por los demandantes, que no había sido respondida.



rio considerarla como decisión de principio, puede considerársela, siguiendo a J.-F. Romain, como un «momento significativo en la evolución jurisprudencial de la *lésion qualifiée* en el Derecho belga»<sup>436</sup>. Y ya en 2015, Wéry apunta que la *S 09.11.2012* de la *Cour de Cassation* consagra expresamente, por vez primera, la teoría de la *lésion qualifiée*, evitando el obstáculo del artículo 1118 CCB<sup>437</sup>. Señalan también que en dicha *S 09.11.2012* de la *Cour de Cassation* se reconoce la *lésion qualifiée*, Van Ommeslaghe<sup>438</sup> y Peeraer/Samoy<sup>439</sup>.

b) *Sus requisitos*.—En cuanto a estos<sup>440</sup>, debe haber una *desproporción manifiesta (no leve) entre las recíprocas prestaciones en el momento de la celebración del contrato*<sup>441</sup>. La desproporción

---

b) *Sobre la S 21.09.1961*, en esta también se conoce de una cláusula penal, si bien, señala VAN OMMESLAGHE, en verdad se encuentra bastante lejos de la teoría de la *lésion qualifiée* y parece fundarse en una apreciación insuficiente por el juez del carácter excesivo de la cláusula en el supuesto, reduciéndola a las ventajas que podría aportar al beneficiario. [(2013) 172, p. 294].

<sup>436</sup> WÉRY (2011) 264, p. 257.

Sobre la *S 29.04.1993* de la *Cour de Cassation*, VAN OMMESLAGHE indica que es curiosa pues, según la misma, «a los ojos de la corte de apelación, la *lésion qualifiée* supone [...]», ello sin pronunciarse expresamente sobre la legitimidad de la teoría aplicada por la *Cour d'appel*, ni por otro lado rechazarla. Tras enumerar las condiciones exigidas, según la *Cour d'appel*, la *Cour de Cassation* constata que dichas condiciones no se habían cumplido en el caso de conformidad con lo constatado por la *Cour d'appel*, lo que justifica el rechazo del recurso de nulidad solicitado. Según VAN OMMESLAGHE, esta sentencia marca una etapa en la dirección a la teoría de la *lésion qualifiée*, incluso no siendo sentencia de principio, a falta de que la *Cour de cassation* acoja el razonamiento jurídico de la *Cour d'appel* por su propia cuenta. [(2013) 172, pp. 294-295].

<sup>437</sup> WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 216.

En virtud del artículo 1118 CCB: «La *lésion* ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section».

<sup>438</sup> Sobre la *S 09.11.2012* de la *Cour de Cassation*, VAN OMMESLAGHE explica que es relativa al régimen jurídico de los pactos previos al divorcio por consentimiento mutuo. Rechazando el recurso interpuesto, la *Cour de Cassation* decide que «un acuerdo previo al divorcio por consentimiento mutuo está sometido a las reglas del Derecho común de las obligaciones, como toda convención de derecho patrimonial», añadiendo que «puede atacarse sobre la base de la *lésion qualifiée*, es decir, del perjuicio consistente en una desproporción manifiesta entre las prestaciones estipuladas entre las partes y que resulta del hecho de que una abusa de la posición de debilidad de la otra». VAN OMMESLAGHE afirma, que se ha reconocido incidentalmente la teoría de la *lésion qualifiée* como institución de nuestro derecho positivo, incluso si la cuestión no fue objeto de la decisión de la *Cour* como tal. [(2013) 172, p. 295].

<sup>439</sup> Para PEERAER/SAMOY el reconocimiento de la prohibición de la *undue influence* se hace en el Derecho belga por la *Cour de Cassation* en una, de algún modo, ambigua sentencia de 1993 («Cass. 29 Apr. 1993»), clarificando su posición en la sentencia «Cass. 9 Nov. 2012» [ERPL (2016), p. 611 y nota 46]. Para la primera citada sentencia, la de 1993, *supra* nota 436, y para la segunda sentencia, la de 2012, la nota inmediatamente anterior a esta.

<sup>440</sup> Advierte VAN OMMESLAGHE que, si bien *no existe unanimidad* sobre la formulación de sus requisitos y contenido, *hay gran convergencia* en la jurisprudencia y en la doctrina mayoritaria [(2013) 174, p. 297].

<sup>441</sup> WÉRY (2011) 265, p. 257.

VAN OMMESLAGHE también señala que debe haber «una *desproporción económica importante*, segura, manifiesta, evidente, caracterizada (estas diferentes adjetivaciones se encuentran en la jurisprudencia y en la doctrina) entre las prestaciones de la partes» (cursiva del original), y añade que «la seguridad jurídica lo demanda» y que la «desproporción debe apreciarla el juez, puesto que aquí no hay un *quantum* fijado por el legislador, contrariamente a lo que se prevé para el Derecho italiano por ejemplo» [(2013) 174, p. 297]. En

debe proceder del *abuso por una de las partes, de la posición de debilidad de su contratante*<sup>442</sup>. El abuso no supone necesariamente intención de perjudicar, *ni necesariamente se acompaña de manio-*

el aludido *Derecho italiano*, de conformidad con el artículo 1448 CCI: «Azione generale di rescissione per lesione. Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dalla stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto. / *L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto.* / La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta. / Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori. / Sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione» (cursiva mía). Por otro lado, según el artículo 1447 CCI: «Contratto concluso in istato di pericolo. Il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla contraparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, può essere rescisso sulla domanda della parte che si è obbligata. / Il giudice nel pronunciare la rescissione può, secondo le circostanze, assegnare un equo compenso all'altra parte per l'opera prestata». *Vid.* además el artículo 1450 CCI (*offerta di modificazione del contratto*). Sobre los artículos 1447 y 1448 CCI, CATAUDELLA (2019) 19, pp. 122-128; GAZZONI (2019) pp. 1011-1021, en particular hasta p. 1017; GÓMEZ CALLE (2018), pp. 56-59.

Con anterioridad, VAN OMMESLAGHE realiza un *breve apunte de Derecho comparado*, señalando que la teoría de la *lésion qualifiée* se consagra en distintos códigos civiles modernos en términos comparables a la definición de dicha lesión, y cita y reproduce el § 138 (2) BGB y los artículos 21 CO y 1448 CCI, además de apuntar que el nuevo Código civil de los Países Bajos sanciona con la nulidad la conclusión de un acto jurídico cuando tiene lugar bajo circunstancias análogas a las de la *lésion qualifiée*, si bien la institución de los Países Bajos es muy diferente, ya que no se funda en constatar que hubo una desproporción entre las prestaciones recíprocas de las partes «(art. 44 NBW– anc. Art. 3.2.10 du projet Meyers» (171, pp. 291-292). Los citados preceptos por VAN OMMESLAGHE, a salvo el artículo 1448 CCI que he reproducido en el anterior párrafo, cuentan con el siguiente tenor literal:

a) § 138 BGB: «Negocio jurídico contra las buenas costumbres; usura/ [...] / (2) Es en especial nulo el negocio jurídico mediante el cual alguien, aprovechándose de una situación de necesidad, la inexperiencia, la falta de juicio o un vicio de la voluntad notable del otro, se hace prometer o se procura para sí o para un tercero unos beneficios patrimoniales en relación con una prestación que están en desproporción evidente respecto de dicha prestación» [trad. ARROYO AMAYUELAS, rev. BECKMANN (2008), p. 59]; para el Derecho alemán, GÓMEZ CALLE (2018), pp. 52-56].

b) Artículo 21 CO: «1. En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience. / 2. Le délai d'un an court dès la conclusion du contrat».

c) Artículo 3:44 BW (trad. española): «1. Un acto jurídico es anulable, cuando se haya llevado a cabo por amenaza, por dolo o por abuso de circunstancias. / [...] / 4. Abuso de circunstancias existe, cuando alguien que sepa o deba comprender que otro por circunstancias especiales, como estado de necesidad, dependencia, ligereza mental, estado de juicio anormal o inexperiencia, sea movido a realizar un acto jurídico, aunque sepa o deba comprender que debería impedirselo. / [...]» [VAN REIGERSBERG VERSLUYS (1996)].

Artículo 3:44 BW (trad. inglesa): «1. A juridical act may be annulled when it has been entered into as a result of duress, fraud or undue influence. / [...] / 4. Undue influence occurs where a person knows or ought to understand that another is being induced to perform a juridical act a result of special circumstances –such as a state of emergency, dependency, wantonness, abnormal mental condition or inexperience– and promotes the realization of that juridical act, although what he knows or ought to understand should cause him to refrain from so doing. / [...]» [WARENDORF/THOMAS/CURRY-SUMNER (2013) p. 452].

<sup>442</sup> WÉRY (2011) 265, p. 257.

bras<sup>443</sup>. La situación de inferioridad, explotada abusivamente por la otra parte, puede originarse por las *propias características de la víctima de la lesión*, sea por su vulnerabilidad, necesidades, ignorancia, inexperiencia o pasiones<sup>444</sup>. Y esa situación de inferioridad *también* puede deberse a *circunstancias externas*<sup>445</sup>. Debe haber un *nexo de causalidad* entre el abuso y la manifiesta desproporción (esto es, que, sin el abuso, la víctima no hubiera concluido la convención, o lo hubiera hecho en condiciones menos desventajosas para ella)<sup>446</sup>.

c) *Fundamento y consecuencias.*—Se discute el *fundamento* de la presente teoría. *Para unos*, la convención adolece de una *causa ilícita*, pues es *contraria* a las *buenas costumbres* o *moral*: es *inmoral* abusar de una posición de superioridad para concluir una convención manifiestamente desequilibrada. *Y respondiendo a esa lógica*, el contrato se encuentra afectado por la *nulidad absoluta*.<sup>447</sup> Sin

<sup>443</sup> WÉRY (2011) 265, p. 257.

VAN OMMESLAGHE plantea si el beneficiario de la lesión debe cumplir un acto positivo, incluso una maniobra, para aplicar la teoría de la lesión calificada, o bien basta con aprovecharse de la situación de inferioridad del otro, de la que ha de tenerse conocimiento y ser consciente. Es una cuestión controvertida y en opinión de VAN OMMESLAGHE, la solución es que, si el beneficiario de la lesión realizó las maniobras para beneficiarse indebidamente de la situación de inferioridad del otro, hay lesión, sin perjuicio de que, por otro lado, se cumplan las condiciones del dolo; pero la sanción por lesión igualmente tiene aplicación, sin la realización del acto positivo, si el beneficiario de la lesión se limita a aprovecharse de la situación de inferioridad que conocía. Esto es lo que decidió la *Cour de Liège* en sus SS 17.10.1996 y 28.10.2005. De Bont (sobre él, *supra* en esta misma [A] de [73] a)) considera que la sanción no habría de aplicarse si la iniciativa de la operación proviene del lesionado y la otra parte se limitó a aceptar la proposición. VAN OMMESLAGHE se pregunta si tal distinción no es demasiado conceptual e indica que, en realidad, el juez apreciará la situación globalmente, a la luz del conjunto de las circunstancias del caso. [(2013) 174, p. 298].

<sup>444</sup> WÉRY (2011) 265, p. 257; apunta la comparación con el artículo 1907ter CCB. Según el artículo 1907ter CCB: «Sans préjudice de l'application des dispositions protectrices des incapables ou relatives à la validité des conventions, si, abusant des besoins, des faiblesses, des passions ou de l'ignorance de l'emprunteur, le prêteur s'est fait promettre, pour lui-même ou pour autrui, un intérêt ou d'autres avantages excédant manifestement l'intérêt normal et la couverture des risques du prêt, le juge, sur la demande de l'emprunteur, réduit ses obligations au remboursement du capital prêté et au paiement de l'intérêt légal./ La réduction s'applique aux paiements effectués par l'emprunteur, à condition que la demande soit intentée dans les trois ans à dater du jour de paiement» (cursiva mía).

En relación con la teoría de la *lésion qualifiée*, VAN OMMESLAGHE indica que las circunstancias de las que puede resultar la situación de inferioridad son diversas y algunas se enumeran en el artículo 1907ter CCB; y en la doctrina y la jurisprudencia se encuentran las siguientes: *características personales de la parte lesionada* como pasiones, vulnerabilidades, ignorancia, ligereza, debilidad; *particularidades propias de la relación entre los contratantes*, que dan lugar a una ventaja a favor del otro contratante y este la aprovecha; *circunstancias socio-económicas*, como la situación de monopolio de una las partes que sitúa a la otra en posición de inferioridad; y *el estado de necesidad*, si bien esta última idea no parece tener aplicación en la jurisprudencia. [(2011) 174, pp. 297-298].

<sup>445</sup> WÉRY (2011) 265, p. 257.

<sup>446</sup> WÉRY (2011) 265, p. 257; *vid.* además VAN OMMESLAGHE (2013) 174, p. 299.

<sup>447</sup> WÉRY (2011) 266, p. 258; *vid.* también 310, p. 302, y sobre las *bonnes moeurs*, 311, pp. 302-303, y las consecuencias de su infracción, la *nullité absolue* de la convención, 314, p. 307. VAN OMMESLAGHE no admite el fundamento de la causa ilícita, de la violación del orden público o de las buenas costumbres o moral, y entre otras consideraciones, señala que ello conduce a la nulidad absoluta, con lo que el propio autor de la lesión podría alegarla, mientras que la sanción a la lesión consiste, evidentemente, en una nulidad de

embargo, *la opinión mayoritaria*, en la que se incluye Wéry, prefiere considerar que en la *lésion qualifiée se falta al imperativo de la buena fe en la fase precontractual*, o más ampliamente, *que hay una culpa in contrahendo*. El abuso de la posición de inferioridad del otro contratante supone, entonces, *una culpa aquiliana sancionable por el artículo 1382 CCB* (que transcribí *supra* [37] para el derogado Derecho francés y que es el tenor literal del art. 1382 CCB) y la *reparación*, a asumir por el culpable con base en dicho artículo 1382 CCB, puede adoptar distintas formas, en particular la *reparación in natura*<sup>448</sup>. Y al respecto, y según el caso, la doctrina reconoce a la víctima *el derecho de reclamar el reequilibrio de la convención, o su desaparición retroactiva, la cual «se asemejará [...] a los efectos de una nulidad relativa»* (cursiva mía)<sup>449</sup>. Van Ommeslaghe apunta que el fundamento que propone W. De Bont para la teoría de la *lésion qualifiée*, en su antes citada tesis [en la anterior letra a)], es que el abuso de la libertad de contratar entraña la aplicación de las sanciones asociadas al abuso de derecho, en particular la de la nulidad relativa<sup>450</sup>. Van Ommeslaghe es partidario de justificar la teoría de la *lésion qualifiée* en el principio de la buena fe<sup>451</sup>.

d) *El vicio de la violencia y el abuso de influencia*.—Por último, *en contraposición a la actual y antes expuesta situación del Derecho belga*, he de recordar que Dekkers reconducía el abuso de influencia *al vicio de la violencia*. Tras explicar que el temor reverencial no permite anular el contrato (art. 1114 CCB), decía que si uno utiliza su superioridad económica, profesional o social, como medio de presión para obtener ventajas que, sin ellas, no se habrían obtenido, se comete el llamado *abuso de influencia* que justifica la anulación del contrato (por ejemplo, el confesor abusa del miedo del penitente para obtener un legado o una donación «caritativa»;

protección, esto es, la nulidad relativa, en favor solo de la víctima de la lesión [(2013) 173, pp. 295-296].

<sup>448</sup> WÉRY (2011) 266, p. 258.

En otro plano, WÉRY informa, para la responsabilidad extracontractual (art. 1382 CCB), que, según constante doctrina y jurisprudencia, el legislador no limita la reparación a los daños y perjuicios, dado que también se admite la reparación *in natura*. Para esto último, doctrina y jurisprudencia se apoyan *en los propios términos del artículo 1382 CCB*, ya que al emplear el verbo *réparer*, sin ninguna otra precisión, los redactores del Código civil quisieron indicar, que en el ámbito aquiliano no excluían ningún modo de reparación del perjuicio. En la antigua *S 06.12.1869* de la *Cour de Cassation francesa* se declaró que, «si lo más frecuente es que la reparación del daño se valore en dinero, los términos del artículo 1382 no excluyen, sin embargo, de manera absoluta todo otro modo de reparación». La *Cour de Cassation belga* también ha tenido ocasión de recordar, en repetidas ocasiones, la admisión de la reparación *in natura* en el ámbito extracontractual. [(2016) 69, pp. 78-79]. Además, según WÉRY, «la reparación *in natura* de un daño [en sentido estricto] tiene por fin conceder, a la víctima de un daño causado por el hecho de otro, un equivalente no pecuniario del derecho o del interés lesionado» [(2016) 93, p. 97; *vid.* además 96, pp. 100-101].

<sup>449</sup> WÉRY (2011) 266, p. 258; *vid.* también del mismo (2016) 85, p. 90, y *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 216, pero desde p. 215. Para el fundamento de la *lésion qualifiée* de la *culpa in contrahendo* y la aplicación de la responsabilidad aquiliana, VAN OMMESLAGHE apunta que la sanción sería la reparación *in natura* bajo la forma de la nulidad relativa, si bien el juez puede adoptar una solución menos radical, en particular mediante la indemnización de los daños y perjuicios que reparen la desproporción, lo que se produce en el dolo incidental [(2013) 173, p. 296].

<sup>450</sup> VAN OMMESLAGHE (2013) 173, p. 296.

<sup>451</sup> VAN OMMESLAGHE (2013) 173, p. 296, pero *vid.* hasta p. 297.

el patrón, sin abiertas amenazas, abusa del miedo del empleado a perder su puesto de trabajo, haciéndole consentir que le adelante fondos)»<sup>452</sup>. Similares ideas para el *abuso de influencia* se leen en De Page<sup>453</sup>.

[B] *La violencia y el estado de necesidad*.—El antes aludido vicio de la violencia también sirve a De Page para encauzar y solucionar el *estado de necesidad*, en donde la violencia proviene de *eventos exteriores*, con un considerable campo de aplicación. Así, el contrato de asistencia marítima celebrado por la influencia del peligro y en condiciones no equitativas; si, quien fue atracado, contrata a un tercero para que le dé seguridad, habiendo coacción si la remuneración es excesiva; el médico o cirujano que contrata inmediatamente antes de la intervención una remuneración anormal, o usan con el mismo fin su monopolio sobre cierto suero o tratamiento; etc. Ahora bien, el *estado de necesidad* no ha de extenderse más allá de ciertos límites. *En cuanto a su sanción*, De Page señala que el texto legal para la asistencia marítima dispone la nulidad del contrato o la modificación de sus condiciones y, para los otros casos, la nulidad es la única sanción legal. Sin embargo, la nulidad del contrato permite al otro contratante actuar con base en la gestión de negocios, o incluso en el enriquecimiento sin causa. Por ello, la jurisprudencia encuentra más oportuno reducir directamente el montante de la remuneración, procedimiento útil y práctico que De Page aprueba<sup>454</sup>.

*En la actualidad*, Van Ommeslaghe señala que un caso particular de violencia resulta del *estado de necesidad*, en donde el temor del mal considerable resulta de las circunstancias (incendio, tempestad marítima) y el contratante lo aprovecha para imponer un contrato que le es ventajoso<sup>455</sup>. Y para Wéry, la jurisprudencia ha tenido en cuenta la violencia derivada de las circunstancias, si el otro contratante aprovechó el temor provocado por los eventos para obtener ventajas excesivas o indebidas, si bien sus aplicaciones apenas son numerosas y esa «escasez puede deberse a la interpretación extensiva de la que son objeto el dolo y la *lésion qualifiée*»<sup>456</sup>.

[74] El dolo es un ilícito civil y un vicio del consentimiento<sup>457</sup>. Requisito del dolo es la *intención de engañar* por parte de su autor

<sup>452</sup> DEKKERS (1955) 57, p. 36.

Según el artículo 1114 CCB: «La seule crainte révérentielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat».

<sup>453</sup> DE PAGE (1962) 60, p. 76, pero *vid.* desde p. 75.

<sup>454</sup> DE PAGE (1962) 62, pp. 77-78.

<sup>455</sup> VAN OMMESLAGHE (2013) 164, p. 287; continúa: «así para los bomberos, que aprovechando el incendio, exigen del propietario del inmueble en llamas un pago indebido por el desplazamiento./ También, cuando los socorristas aprovechan el salvamento marítimo para negociar un precio por la intervención demasiado elevado (arts. 275 a 265 de la ley marítima en caso de asistencia en el mar)».

<sup>456</sup> WÉRY (2011) 255, pp. 250-251.

<sup>457</sup> De delito civil hablan WÉRY (*supra* nota 427) y DE PAGE (*infra* notas 491 y 498); de cuasi delito, DEKKERS (*infra* nota 513); y que es vicio del consentimiento, por ejemplo, DE PAGE (1962) 36, p. 48, y 54, p. 71, VAN OMMESLAGHE (2013) 135, p. 251. DE PAGE



–la intención de animar al otro a la celebración del contrato–<sup>458</sup>. Este *elemento subjetivo (intencional)* es una condición *sine qua non* del dolo<sup>459</sup>. Para que exista dolo, no se exige de su autor que hubiera querido causar daño a su víctima<sup>460</sup>.

### 1.2.2 LAS MANIOBRAS Y LAS MENTIRAS (ELEMENTO MATERIAL). EL *DOLUS BONUS*

[75] Sobre las *maniobras* que el artículo 1116 CCB requiere, Wéry apunta que deben entenderse *en sentido amplio*<sup>461</sup>. El dolo se refiere «a todo tipo de artificio», engaños, deslealtades que una parte emplea para inducir a error a la persona con la que contrata<sup>462</sup> y de ahí lo vano de intentar un listado de procedimientos insidiosos, ya que el dolo puede revestir las formas más diversas<sup>463</sup>. Sobre la *mentira*, incluso la verbal, Wéry señala que no merece la indulgencia de los tribunales<sup>464</sup>. Ahora bien, se reprime el *malus dolus*, escapando del Código civil el *bonus dolus*<sup>465</sup>. Por su parte, De Page

decía, «el dolo no es solo un vicio del consentimiento en su víctima, sino también un cuasi delito de su autor» (54, p. 71).

<sup>458</sup> WÉRY (2011) 245, p. 245. VAN OMMESLAGHE señala, igualmente, que el dolo supone necesariamente un elemento intencional, y que, según la *S 17.02.2012*, «el dolo previsto en el artículo 1116 del Código civil implica, no obstante, que un contratante utiliza intencionalmente artificios en vista a incitar a la otra parte a concluir el contrato en las condiciones convenidas» [(2013) 149, p. 269].

<sup>459</sup> WÉRY (2011) 245, p. 245.

<sup>460</sup> WÉRY (2011) 245, p. 245.

<sup>461</sup> WÉRY (2011) 243, p. 242; señala que en el plano etimológico, «manœuvres» significa «de la main de l'homme».

<sup>462</sup> WÉRY (2011) 243, p. 242; reproduce la definición de dolo dada por Domat (al respecto *supra* [16] [A] y nota 106).

<sup>463</sup> WÉRY (2011) 243, p. 242; explica: «La puesta a punto de una estratagema, de una maquinación es, sin ninguna duda, el artificio más destacable. Una parte puede recurrir a cómplices para hacer creer que existen cualidades imaginarias. También puede crear falsos documentos, falsos balances, etc. El propietario de un coche puede, antes de venderlo, estar tentado de falsear su cuentakilómetros o disimular los impactos ocasionados al vehículo en un accidente. El dolo también puede inferirse de indicaciones que figuran en los documentos publicitarios del vendedor» [(2011) 243, pp. 242-243]. *Vid.* VAN OMMESLAGHE (2013) 152, p. 271, en donde expone distintos casos de la realidad.

<sup>464</sup> WÉRY (2011) 243, p. 243. Según VAN OMMESLAGHE, «incluso una mentira puramente verbal puede constituir dolo, según las circunstancias» [(2013) 152, p. 272].

<sup>465</sup> WÉRY (2011) 245, p. 245; señala que la *línea divisoria* entre las exageraciones *tolerables* en los negocios y las *prohibidas* es a veces difícil de trazar y debe abandonarse a la prudencia y apreciación soberana del juez *de fond*; además, el campo del *bonus dolus* tiende a retraerse en los contratos de consumo. DE PAGE exceptuaba del dolo todos los artificios inofensivos, relacionados con la clientela y el reclamo comercial, tolerados por los usos (mercaderías particularmente ensalzadas, a condición de que no haya engaño sobre su origen, «productos infalibles», «precios sin concurrencia», etc.; «Bruxelles, 9 novembre 1903»); DE PAGE apunta que tal solución (*dolus bonus*) ya se admitía en Roma y que va de suyo que no es preciso ir demasiado lejos por esta vía; en el ámbito de las *emisiones financieras*, ha de mostrarse más severo, por dirigirse al gran público, el cual, de ordinario, no tiene medios para verificar lo indicado en los prospectos [(1962) 50, pp. 65-66, y nota 1 en p. 66; para el Derecho romano, *supra* nota 116]. Según DEKKERS, los antiguos oponían el *dolus malus* al *dolus bonus*, comprendiendo este último los artificios



también *señaló* el entendimiento *amplio* de las *maniobras* del artículo 1116 CCB<sup>466</sup>. Refiere las mismas a todo *acto* tramado para el engaño, a la simple *mentira*, incluso verbal, y a la *reticencia* (de esta última trato específicamente a continuación)<sup>467</sup>.

### 1.2.3 LA RETICENCIA DOLOSA (ELEMENTO MATERIAL). SU RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR AL CONTRATANTE

[76] Wéry apunta que debe distinguirse el *simple silencio* y la *reticencia dolosa*, y en esta última, una parte *calla lo que sabe y debía haber hecho saber a su contratante (hay dolo negativo)*<sup>468</sup>. Sobre la jurisprudencia, en ella se observa una importante evolución<sup>469</sup>. Inicialmente, por conectarse el dolo con las *maniobras* que el artículo 1116 CCB exige, el dolo *se confinaba al positivo*<sup>470</sup>. Pero, la *S 28.04.1961* de la *Cour de Cassation* abrió una *primera brecha*, calificando de dolo la reticencia acompañada de declaraciones falsas<sup>471</sup>. La posterior *S 08.06.1978* *continuó la evolución*, considerando que «la reticencia por una de las partes, al celebrar el contrato, puede constituir *en ciertas circunstancias* el dolo del artículo 1116 CCB, si aquélla recae sobre un hecho que, si lo hubiera conocido la otra parte, le habría animado a contratar en condiciones menos onerosas» (cursiva mía)<sup>472</sup>. Lo anterior –verdadero para el dolo *incidental*, señala Wéry– ha también de serlo para el dolo

inofensivos de reclamo comercial («productos infalibles», «precio sin competencia»); en cierto sentido, el comercio es un juego y las dos partes deben conocer las reglas: la ley no se apiada del ingenuo; dolo «malo» solo son las maniobras de tal naturaleza que engañen a una persona normalmente atenta [(1955) 49, p. 32].

<sup>466</sup> DE PAGE (1962) 50, p. 65.

<sup>467</sup> DE PAGE (1962) 50, p. 65.

<sup>468</sup> WÉRY (2011) 244, p. 243; apunta que, en sí mismo, *el silencio es neutro*: un negociador puede callarse *porque no sabe nada*, o no revela informaciones que conoce *porque estima, de buena fe o de modo imprudente, que carecen de interés para la otra parte, o conscientemente omite comunicar informaciones para inducir a error a su contratante y animarle a negociar con él*. Para DE PAGE, «[l]a reticencia es la disimulación *querida*, insidiosa. Es el silencio cualificado por las circunstancias en las que interviene, y por razón de dichas circunstancias. Se trata del caso en el que el silencio no es una simple actitud de neutralidad o de indiferencia, sino que adquiere un significado tal, que deviene directamente contrario a la honestidad, a la lealtad. Nosotros sabemos que toda discriminación *precisa* es difícil. Ello no impide que haya silencios legítimos y otros que no lo sean. Todo es cuestión de hecho y del caso («voy. cass. fr., 23 mai 1933» [...]). El mejor criterio parece ser, si el silencio ha sido, o ha podido ser, en relación con las circunstancias, objeto de un *cálculo*, cuyo resultado se espera que haya sido el error del cocontrante. Se calla “dolosamente” cuando se sabe, o debe saberse, que si se habla, el contrato no se concluirá; *a fortiori*, cuando se afirma, o se deja de afirmar, en una convención, un hecho contrario a la situación real y perfectamente conocido por la parte a la que se le reprocha el dolo («cass. fr., 23 mai 1933 [...]»)» [cursiva del original; (1962) nota 4 en p. 65].

<sup>469</sup> WÉRY (2011) 244, p. 243.

<sup>470</sup> WÉRY (2011) 244, p. 243.

<sup>471</sup> WÉRY (2011) 244, p. 243.

<sup>472</sup> WÉRY (2011) 244, pp. 243-244.

*principal* y la *Cour* lo ha afirmado en posteriores sentencias, sin sorpresa<sup>473</sup>.

Van Ommeslaghe alude, asimismo, a la *antes citada* S 08.06.1978 de la *Cour de Cassation*, según la cual la reticencia puede constituir dolo «*en ciertas circunstancias*»<sup>474</sup>. Según el mencionado autor, si bien dicha sentencia disipa las incertidumbres que podían resultar de su jurisprudencia anterior, la *Cour se guarda de indicar cuáles son esas circunstancias; todo depende, pues, del supuesto*<sup>475</sup>. Van Ommeslaghe menciona también la posterior S 17.02.2012, para la que «la reticencia de una parte, cuando se concluyó la convención, puede, en ciertas circunstancias, constituir dolo en el sentido del artículo 1116 del Código civil si recae sobre un hecho que, si hubiera sido conocido por la otra parte, le habría animado a no concluir el contrato o a concluirlo en condiciones menos onerosas»<sup>476</sup>.

[77] Wéry destaca la *conexión existente entre la reticencia dolosa y la obligación de información*, pues, *para que el silencio pueda transformarse en reticencia*, se requiere que la parte infrinja un deber de información<sup>477</sup>. Ahora bien, *según la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria no existe una obligación general que imponga a toda persona revelar toda la información que posea y que estime que pueda ser útil a la otra parte, cuando se concluye el contrato*<sup>478</sup>. *Si se reconociese una tan amplia definición de la obligación de información, ello constituiría un riesgo que minaría la indispensable seguridad jurídica*<sup>479</sup>. En cambio, *en ciertos casos sí hay obligaciones (deberes) especiales de hablar*, cuyo origen puede encontrarse en particulares disposiciones legales, o en los usos, o derivar de la situación profesional o particular posición de quien detenta la información, o de las circunstancias<sup>480</sup>. *El deber de información encuentra su límite en el deber, de la otra parte, de informarse*<sup>481</sup>. La violación *imprudente* de la obligación de infor-

<sup>473</sup> WÉRY (2011) 244, p. 244; *vid.* además nota 122 en p. 244. DEKKERS afirmaba que la palabra *maniobra* cubría «no solo actos, sino también mentiras y omisiones. La reticencia, por ejemplo, la reserva mental pueden constituir dolo, cuando intervienen en circunstancias decisivas para la conclusión del contrato; cuando bastaría con hablar para que el contrato no se concluyese» [(1955) 49, p. 32]. También DE PAGE admitía la reticencia dolosa como supuesto de dolo del artículo 1116 CCB (sobre ello *supra* [75]).

<sup>474</sup> VAN OMMESLAGHE (2013) 153, p. 272.

<sup>475</sup> VAN OMMESLAGHE (2013) 153, p. 272.

<sup>476</sup> VAN OMMESLAGHE (2013) 153, p. 272.

<sup>477</sup> WÉRY (2011) 244, p. 244; añade «[n]o se puede reprochar dolo a la parte que no revela lo que no sabe, y esto incluso si la ignorancia fuera culposa».

<sup>478</sup> WÉRY (2011) 244, p. 244.

<sup>479</sup> WÉRY (2011) 244, p. 244.

<sup>480</sup> WÉRY (2011) 244, p. 244.

<sup>481</sup> WÉRY (2011) 244, p. 244; añade, que para apreciar el carácter doloso de una mentira o de un silencio, el juez *tendrá en cuenta los derechos fundamentales*, en particular, el derecho a la vida privada, y los derechos fundamentales que *puedan legitimar* la

mación *no* constituye una maniobra dolosa, incluso si fuera por culpa grave (pues, *culpa lata dolo non aequiparatur*)<sup>482</sup>.

Van Ommeslaghe ofrece, en términos generales, similar información a la que Wéry proporciona. Aquel señala que la reticencia dolosa supone la retención voluntaria de información<sup>483</sup>. Ahora bien, no toda retención voluntaria de información constituye necesariamente una reticencia dolosa, ya que es preciso, *según las circunstancias*, que, quien calla, tenga la obligación de hablar («*une obligation de parler*», cursiva del original), de revelar a la otra parte informaciones que conoce<sup>484</sup>. La obligación de hablar puede resultar de *diversas circunstancias*<sup>485</sup>. Puede resultar de la ley, de la situación profesional o de la particular posición de una de las partes, de las circunstancias en las que se desarrollaron los tratos preliminares para la conclusión de la convención y de la buena fe que debe presidirlas, y de la obligación de responder correctamente a cuestiones planteadas en la fase precontractual (obligación de lealtad)<sup>486</sup>. Van Ommeslaghe precisa, además, que para apreciar las circunstancias constitutivas de la reticencia dolosa han de tenerse en cuenta, igualmente, el comportamiento de quien pretenda ser víctima, sus competencias, sus medidas de precaución e información que las normas del buen comportamiento le impongan; no hay obligación de hablar para confirmar a la otra parte la existencia de informaciones que ella posea, o que debería poseer<sup>487</sup>.

Por su parte, De Page aclaraba que, si «en virtud de la ley o de las circunstancias, no hay obligación de hablar, el silencio no equivale a la reticencia y no constituye dolo» (cursiva del original)<sup>488</sup>. Y consideraba que «había obligación de hablar en virtud de las circunstancias –y por tanto reticencia y dolo si no se habla– cuando un vendedor omite señalar a su comprador, que lo ignora, una circunstancia que sabe que es de tal naturaleza que impide al comprador dar su acuerdo (en el caso, la adquisición de un terreno, sabiendo el vendedor que el comprador, extranjero en la región, lo

---

mentira o el silencio; el clásico ejemplo es el de la candidata a un empleo, que no informa de su embarazo a su futuro empleador. VAN OMMESLAGHE informa que, en ciertos casos, existe controversia sobre la obligación de hablar, como si la mujer encinta tiene obligación de informar a su futuro empleador de su estado, antes de ser contratada, sobre lo cual algunas jurisdicciones responden afirmativamente y otras no; o, si las personas que son contratadas como trabajadores manuales tienen obligación de informar a su empleador de su titulación universitaria, sobre lo que la *Cour du travail de Anvers* dijo que sí en su *S 04.06.1981*, y la misma *Cour* dijo que no en su *S 14.01.1981* [(2013) 153, pp. 274-275]. Para el derecho a mentir y el Derecho alemán, *supra* nota 141. Vid. además *supra* nota 124.

<sup>482</sup> WÉRY (2011) 245, p. 245; pero, si la culpa lata no da lugar a la nulidad del contrato, por tratarse de una *culpa in contrahendo*, si hubiera lugar a la indemnización, la responsabilidad sería aquiliana.

<sup>483</sup> VAN OMMESLAGHE (2013) 153, p. 272; advierte que no es el caso de la negligencia, en particular si corresponde a la otra parte informarse de conformidad con las normas del comportamiento prudente.

<sup>484</sup> VAN OMMESLAGHE (2013) 153, p. 273.

<sup>485</sup> VAN OMMESLAGHE (2013) 153, p. 273.

<sup>486</sup> VAN OMMESLAGHE (2013) 153, p. 273; *vid.* hasta p. 274, en donde menciona diversos casos de la realidad.

<sup>487</sup> VAN OMMESLAGHE (2013) 153, p. 274.

<sup>488</sup> DE PAGE (1962) 50, p. 65.

adquiere con la finalidad de construir y el terreno se encuentra gravado administrativamente con una prohibición de construir de duración indeterminada» («Bruxelles, 22 avril 1955»)<sup>489</sup>.

#### 1.2.4 EL DOLO PRINCIPAL Y EL INCIDENTAL. LA IRRELEVANCIA DEL ERROR INEXCUSABLE

[78] La doctrina y la jurisprudencia –esta última desde las *SS 24.01.1924 y 23.12.1926* de la *Cour de Cassation*– distinguen entre el dolo principal y el incidental<sup>490</sup>. El dolo principal determina el consentimiento de la víctima, en cuanto que, sin él, no habría concluido el contrato y se sanciona con la anulación de la convención y además con la posible indemnización de daños y perjuicios. El dolo incidental supone que, sin él, la víctima hubiera concluido el contrato en otras (mejores) condiciones y solo se sanciona con la indemnización de daños y perjuicios, lo que se traduce frecuentemente en la reducción del precio<sup>491</sup>.

[A] *La valoración sobre la distinción entre el dolo principal y el incidental.*–Van Ommeslaghe informa de que parte de la doctrina ha criticado dicha distinción, dado que, psicológicamente, es difícil de justificar y es delicado determinar en qué hipótesis la víctima del dolo habría rehusado contratar, o habría concluido la operación en otras condiciones<sup>492</sup>. Sin embargo, en el plano de lo pragmático ha de reconocerse que la distinción entre dolos permite consagrar soluciones de buen sentido, pues es posible corregir las consecuencias de engaños groseros sin llegar a la extinción de la convención<sup>493</sup>. En

<sup>489</sup> DE PAGE (1962) 50, nota 5 en p. 65.

<sup>490</sup> VAN OMMESLAGHE cita las sentencias que menciono en el cuerpo del texto y añade, «de acuerdo, por otro lado, con una tradición ya antigua en la interpretación del Código civil»; afirma que, desde entonces, la jurisprudencia permanece muy fiel a esa distinción entre dolos, de la que ha hecho numerosas aplicaciones [(2013) 155, p. 276; *vid.* hasta p. 277].

<sup>491</sup> VAN OMMESLAGHE (2013) 155, p. 276; WÉRY (2011) 246, p. 245.

DE PAGE explicaba, que «[e]n los términos del artículo 1116 del Código civil, el dolo no es causa de *nulidad* sino cuando las maniobras practicadas son tales que, sin ellas, es evidente que la parte no habría contratado. En otras palabras, las maniobras dolosas (o más exactamente, el engaño que de ello resulta y que ha provocado el error) deben haber sido la *causa determinante* del acto. A esto se le denomina *dolo principal*, *dolus dans causam contractui*, que tradicionalmente se opone al *dolo incidental*, *dolus incidens in contractu*, el cual, sin ser la causa determinante del contrato, ha, sin embargo, tenido por efecto modificar las condiciones normales, animando por ejemplo a una de las partes a contratar en condiciones más onerosas»; ni el dolo causal, ni el incidental «son indiferentes en Derecho. Pues el dolo, de suyo, es un delito civil, que siempre debe reprimirse. Pero se distinguen, esencialmente, desde el punto de vista de su *sanción*: el dolo principal entraña la *nulidad* del contrato, en tanto que el dolo incidental no da lugar más que a los *daños y perjuicios*» [cursivas del original; (1962) 51 pp. 66-67; también 54, p. 71].

*Vid.* también DEKKERS (1955) 49, p. 32; este autor apunta que, en verdad, el artículo 1116 CCB no prevé más que el dolo principal y la jurisprudencia deduce que el dolo incidental no entraña la nulidad del contrato, sino que solo da lugar a la indemnización de los daños y perjuicios (DEKKERS cita «cass., 23 décembre 1926») [(1955) nota 1 en p. 32].

<sup>492</sup> VAN OMMESLAGHE (2013) 155, p. 276.

<sup>493</sup> VAN OMMESLAGHE (2013) 155, p. 276.

realidad, la práctica demuestra que, en general, apenas existe dificultad para determinar, de hecho, cuál habría sido la actitud de la víctima de las maniobras si estas no se hubieran cometido<sup>494</sup>. Van Ommeslaghe señala que *la mayoría de la doctrina* aprueba la distinción entre dolos, en su opinión con justo título<sup>495</sup>.

[B] *El dolo incidental que recae sobre la cuantía del precio.*—Sobre dicho dolo, De Page señalaba que la indemnización de los daños y perjuicios *puede conducir al resultado final de la disminución del precio* y lo explicaba a través de la compraventa (ejemplo)<sup>496</sup>. Apuntaba que el comprador sigue debiendo el precio, pero al mismo se le deben indemnizar los daños y perjuicios, extinguiéndose ambas deudas en la cantidad concurrente (compensación)<sup>497</sup>. Tal articulación jurídica supone que *no ha lugar a la modificación de las cláusulas contractuales* —solución en principio prohibida al juez— y simplemente es el resultado de un cálculo que proviene de la concesión de la indemnización de los daños y perjuicios<sup>498</sup>.

[C] *El dolo incidental y la anulación del contrato.*—Wéry se ocupa de la tesis según la cual *la anulación del contrato por dolo incidental podría ampararse en la reparación in natura del artículo 1382 CCB, lo que no comparte*.

Wéry explica que el Juez no puede arbitrariamente determinar la indemnización *in natura*, ya que, imperativamente, debe existir *cierta equivalencia entre el derecho o el interés lesionado y la ventaja de la reparación in natura*. La equivalencia tiene que ser cuantitativa y cualitativa. Sobre la cuantitativa, advierte que la misma se pierde frecuentemente de vista cuando se trata de la reparación *in natura*. Por ejemplo, se pierde en la tesis de que la víctima del dolo incidental podría reclamar, no solo la condena a que su contratante le pague daños y perjuicios, sino la anulación del contrato como reparación *in natura*. Wéry recuerda que, *por hipótesis*, la víctima del dolo incidental habría *en todo caso concluido el contrato con el autor de las maniobras dolosas*, si bien en condiciones menos desventajosas. El comprador habría, por ejemplo, adquirido a un menor precio y *la diferencia* entre el precio al cual habría consentido comprar (hipótesis) y el precio al que efectivamente se vinculó *constituye el perjuicio a reparar*. La posibilidad de anular el contrato, al amparo de la reparación *in natura*, *supondría conceder a la víctima del dolo incidental una ventaja superior del perjuicio sufrido*<sup>499</sup>.

<sup>494</sup> VAN OMMESLAGHE (2013) 155, p. 276.

<sup>495</sup> VAN OMMESLAGHE (2013) 155, p. 276.

<sup>496</sup> DE PAGE (1962) nota 2 en p. 67.

<sup>497</sup> DE PAGE (1962) nota 2 en p. 67.

<sup>498</sup> DE PAGE (1962) nota 2 en p. 67; cita la *S 24.01.1924* de la *Cassation*, sobre la que indica, que decidió que la demanda de nulidad por dolo contiene siempre implícitamente una demanda subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios para el caso de que se establezca el dolo incidental; el motivo jurídico de ello parece ser que las dos demandas tienen una causa jurídica única: el dolo, cualquiera que sea su resultado, es un hecho único en su naturaleza: un delito civil.

<sup>499</sup> WÉRY (2016) 94, pp. 97-98; *vid.* también (2011) 246, pp. 245-246.

[79] Wéry advierte que la deslealtad, de la que es culpable el autor del dolo, justifica cierta indulgencia respecto de su víctima<sup>500</sup>. Y así, habiendo dolo, *la inexcusabilidad del error de la víctima no impide la nulidad del contrato*<sup>501</sup>. En la importante *S 23.09.1977*, la *Cour* declaró que «si, según las constataciones soberanas del *juge du fond*, el dolo determinó el consentimiento, el cocontratante no puede invocar la imprudencia, ni incluso la negligencia grave e inexcusable de la víctima del dolo; la mentada imprudencia o negligencia no tiene por consecuencia hacer excusable, a su vez, al dolo, ni evitar la anulación de la convención o la concesión de daños y perjuicios»<sup>502</sup>. La víctima del dolo merece más indulgencia que el autor de las maniobras (*Fraus omnia corrumpit*)<sup>503</sup>. Si el error sobre el precio lo provocó el dolo, se sanciona con la nulidad del acto<sup>504</sup>. En la misma línea de lo expuesto por Wéry, se manifiesta Van Ommeslaghe<sup>505</sup>.

Según De Page, el dolo debe apreciarse de modo más amplio si la víctima es inexperta o ignorante en los negocios, solución opuesta a la admitida para el error y ello porque el dolo deriva de una voluntad maliciosa<sup>506</sup>. *Sin embargo advertía*, que debía tenerse en

<sup>500</sup> WÉRY (2011) 249, p. 247.

<sup>501</sup> WÉRY (2011) 249, p. 247.

<sup>502</sup> WÉRY (2011) 249, p. 247; en nota 151 en p. 247, señala también «Cass., 29 mai 1980 [...]; Cass., 21 avril 1988 [...]; Cass., 18 mars 2010 [...]»; al respecto *infra* [84] en caja más pequeña.

<sup>503</sup> WÉRY (2011) 249, p. 247.

<sup>504</sup> WÉRY (2011) 249, p. 247; precisa, además, que el error provocado por dolo *no debe necesariamente recaer sobre la sustancia de la cosa*.

<sup>505</sup> VAN OMMESLAGHE (2013) 156, pp. 278-279. Alude también a la *S 23.09.1977*, doctrina confirmada por «Cass., 6 octobre 1977 [...], Cass., 29 mai 1980, [...] 18 mars 2010 [...]» (nota 752 en p. 278; cfr. con lo apuntado *supra* nota 502) y seguida generalmente por los *juges du fond*. Según VAN OMMESLAGHE, si se considera que el dolo esencialmente es un vicio del consentimiento distinto del error del artículo 1110 CCB (de igual tenor que el art. 1110 CCF, que transcribí *supra* nota 89), se puede decidir que deba solo considerarse el comportamiento del autor de las maniobras, sin que la negligencia, incluso grave, de la víctima pueda evitar la sanción, particularmente por la aplicación del adagio *Fraus omni corrumpit*. La *S 18.03.2010* de la *Cour de Cassation* confirma que ese adagio es el fundamento de la regla que obstaculiza que el dolo procure una ventaja a su autor. Por consiguiente, tal adagio prohíbe, al que se le demanda la nulidad, invocar la negligencia, la culpa grave o incluso el error inexcusable del otro, para limitar su obligación de indemnizar los daños consecuencia del dolo. Sin embargo, otros autores, informa además VAN OMMESLAGHE, insisten en el parentesco entre el dolo y la responsabilidad civil; el dolo es una *culpa in contrahendo* y entonces habrá de tenerse en cuenta el eventual reparto de responsabilidad entre el autor y la víctima del dolo que actuó con culpa y dio lugar a los daños (es decir, a la conclusión de la convención desventajosa). VAN OMMESLAGHE opina que no debe retenerse el anterior argumento, incluso si se asigna a la teoría del dolo un fundamento ligado a la responsabilidad extracontractual. Según la *S 06.11.2002* de la *Cour de Cassation*, el autor de un fraude no puede prevalerse de una culpa por negligencia cometida por la víctima del fraude para pretender un reparto de responsabilidades; la teoría de la equivalencia de las condiciones que, en principio, justificaría ese reparto, es precisamente descartada por el adagio *Fraus omnia corrumpit*.

<sup>506</sup> DE PAGE (1962) 50, p. 66.



cuenta cierta medida: maniobras que no habrían de tener efecto alguno sobre una persona *normalmente razonable e informada* no podrían considerarse constitutivas de dolo; si en la venta, el comprador puede fácilmente verificar las alegaciones incriminatorias, no hay dolo<sup>507</sup>. Reconoce que, sin duda, es preciso apreciar la receptividad de la víctima *pro subjecta materia*, pero sin llegar tan lejos como para proteger la ignorancia imperdonable o la negligencia grosera, ya que cada uno debe conducirse en sus negocios con un mínimo de discernimiento y atención<sup>508</sup>.

#### 1.2.5 EL DOLO DE PARTE. EL DOLO DE TERCERO: LA REGLA Y SU ALCANCE

[80] Del tenor literal del artículo 1116 CCB («por una de las partes», luego, de ella debe proceder el dolo), *se deduce con claridad que el engaño procedente de un tercero no causa la nulidad de la convención*<sup>509</sup>. Debido a sus maniobras, el tercero asume una responsabilidad aquiliana frente a su víctima<sup>510</sup>.

[81] La exclusión de la anulabilidad de la convención, si hubo dolo de tercero, exige determinar *cuándo existe este y cuándo no*. *En los contratos onerosos*, el ámbito que me interesa<sup>511</sup>, el contrato podrá anularse por dolo, si el contratante, que no lo sufrió, fue *cómplice* del tercero; también si dicho contratante *supo* de la actuación del tercero y guardó silencio<sup>512</sup>. El dolo cometido por el *representante* de la parte vicia la convención y permite a la otra, que sufrió el dolo, la anulación de la convención<sup>513</sup>.

<sup>507</sup> DE PAGE (1962) 50, p. 66.

<sup>508</sup> DE PAGE (1962) 50, p. 66.

<sup>509</sup> WÉRY (2011) 247, p. 246. Lo mismo, VAN OMMESLAGHE (2013) 157, p. 279; DE PAGE (1962) 52, p. 67, y en nota 6 en p. 67 añade que la solución para el dolo de tercero es anómala y ha sido mantenida, igualmente, por el artículo 28 CO (para el Derecho suizo, *supra* [62] [G]); DEKKERS (1955) 50, p. 32.

<sup>510</sup> WÉRY (2011) 247, p. 246. Lo mismo, VAN OMMESLAGHE (2013) 157, p. 280; DE PAGE (1962) 52, p. 68, y 54, p. 71; DEKKERS (1955) 50, p. 33.

<sup>511</sup> WÉRY advierte que, *de lege lata*, se admite la  *nulidad de las liberalidades*, incluso si el engaño procede de tercero, y lo mismo para los *actos unilaterales* (ya que solo hay una parte) [(2011) 247, p. 246 y nota 142 en p. 246]. Lo mismo, VAN OMMESLAGHE (2013) 157, p. 280; DE PAGE (1962) 52, pp. 69-70 y *vid. supra* [69] en caja más pequeña.

<sup>512</sup> WÉRY (2011) 247, p. 246; VAN OMMESLAGHE (2013) 157, p. 280; DE PAGE (1962) 52, p. 70 (de nuevo de refiere al art. 28 CO, señalando que es la solución expresamente admitida por el Código suizo de las obligaciones, y añade, por el Código polaco de las obligaciones de 1934, art. 40; nota 2 en p. 70; *vid. además* 57, pp. 72-73).

<sup>513</sup> WÉRY (2011) 247, p. 246; VAN OMMESLAGHE (2013) 157, p. 279 (también se refiere a la teoría orgánica para las sociedades).

DEKKERS explica que se había *entendido*, que el dolo cometido por el representante se solucionaba mediante la indemnización de daños y perjuicios, dado que el dolo es un cuasi-delito y la representación no funciona en el cuasi-delito cometido por el mandatario, *pero hoy se entiende*, que se soluciona con la anulabilidad del contrato celebrado con el representado, pues, por haber este confiado en un representante poco escrupuloso, asume todos los riesgos, si bien tiene derecho de regreso contra el representante [(1955) 51, p. 33]. DE PAGE *opinaba*

*El dolo de tercero y la violencia de tercero.*—En el Derecho belga *se critica* que el dolo de tercero *no* anule el contrato, *comparando* con la regla aplicable a la violencia de tercero, que *sí* lo permite (art. 1111 CCB, del mismo tenor literal que el derogado art. 1111 CCF que transcribí *supra* nota 380). De Page explica la razón de la regla aplicable al dolo de tercero, que critica, y considera que *es el régimen del Código civil belga el que está defectuoso*.

Con sus palabras:

«Esta solución procede del Derecho romano. El dolo se consideraba siempre como delito y no como vicio del consentimiento. Y como toda pena, incluso la civil, es personal, la acción no se da más que contra el culpable y no contra la parte que se aprovecha».

Esta forma de ver las cosas se conserva en nuestro Derecho por costumbre, más que por haberse adoptado deliberadamente. Desde el momento en que el dolo no es más que un *vicio del consentimiento*, la anterior regla no se justifica más. La voluntad se encuentra viciada, tanto si el dolo procede de tercero como de una de las partes. Todos los autores están de acuerdo en este punto<sup>514</sup>.

La incoherencia del Código destaca más, cuando por otro lado, en la violencia [...], el contrato se anula, incluso si proviene de un tercero.

Todos los autores se esfuerzan en dar razones plausibles de esta diferencia de régimen<sup>515</sup>. Todas son incorrectas. Es el propio régimen del Código civil el que es defectuoso» (cursiva del original)<sup>516</sup>.

Se muestran contrarios a la irrelevancia del dolo de tercero a efectos de la impugnación contractual y ofrecen similares consideraciones a las expuestas por De Page, Dekkers<sup>517</sup> y Wéry<sup>518</sup>.

Por último, si, existiendo dolo de tercero, el error causado en su víctima pudiera encajar en el error vicio del artículo 1110 CCB (del mismo tenor literal que el derogado artículo 1110 CCF que

---

que había de decidirse, sin duda, en favor de que el representado debía sufrir todas las consecuencias del dolo de su representante, lo que incluye a la nulidad contractual; imperiosos motivos de seguridad —la protección de los terceros de buena fe— exigen esa solución, que, por otro lado, se funda en otra teoría de Derecho, la de la *culpa in eligendo*; esto es, el mandatario adoptó una mala elección al elegir a cierta persona como mandatario o agente y las consecuencias de su mala elección son de su cargo, no pudiendo recaer, en modo alguno, ni indirectamente —esto es, mediante la sustitución de la acción de nulidad del contrato, por la de daños y perjuicios— sobre los terceros de buena fe; por haber confiado en un representante poco escrupuloso, el representado asume todos los riesgos y habrá de retornar contra dicho representante, pues sería injusto que ese papel lo asumiera la víctima del dolo [(1962) 52, pp. 68-69; se refiere además a la teoría orgánica para las personas jurídicas, en 52, p. 69].

<sup>514</sup> Por todos los autores, DE PAGE cita a Colin y Capitant, y a Josserand [(1962) nota 1, en p. 68]. Sobre Josserand, *supra* [63] [A].

<sup>515</sup> Por todos los autores, DE PAGE cita en particular a Colin y Capitant [(1962) nota 2, en p. 68].

<sup>516</sup> DE PAGE (1962) 52, p. 68.

<sup>517</sup> DEKKERS (1955) 50, p. 33, y notas 1 y 2 en p. 33; para la violencia, (1955) 55, p. 35.

<sup>518</sup> WÉRY (2011) 247, p. 246.

transcribí *supra* nota 89; el conocido como *error espontáneo*), la convención *podrá anularse con fundamento en dicho artículo y vicio de error*<sup>519</sup>.

#### 1.2.6 LA PRUEBA DEL DOLO

[82] Quien pretenda ser considerado como víctima de dolo, tendrá que probarlo (art. 1116.II CCB)<sup>520</sup>. Por ser *un hecho jurídico*, el dolo puede probarse por *todo medio* admitido en Derecho (así, mediante testigos, presunciones; la prueba por indicios puede fundarse en hechos anteriores y posteriores a la conclusión del contrato)<sup>521</sup>.

Sin embargo, el artículo 1116.II CCB indica que el dolo no se presume y debe probarse. *¿Cómo ha de entenderse esto?* Dekkers y De Page advierten que la razón de que se disponga expresamente que el dolo no se presume es porque quiso *descartarse* la regla del *ancien droit*, según la cual el dolo puede resultar del mismo acto (*dolus re ipsa*), en particular, en el caso de la lesión *enorme* (en más de la mitad)<sup>522</sup>. De modo similar lo apunta Wéry<sup>523</sup>. Y según Van Ommeslaghe, la indicación del artículo 1116.II CCB de que el dolo no se presume no significa que no pueda probarse por presunciones, sino que ha de entenderse en el sentido de que la prueba del dolo no puede inferirse de la conclusión del acto en sí mismo (*dolus ex re ipsa*) y ha de aportarse específicamente<sup>524</sup>.

<sup>519</sup> WÉRY (2011) 247, p. 246; VAN OMMESLAGHE (2013) 157, p. 280; DE PAGE (1962) 52, p. 70.

<sup>520</sup> WÉRY (2011) 248, p. 246; VAN OMMESLAGHE (2013) 158, p. 280 (cita los arts. 1315 CCB, y 870 del *Code judiciaire*); DE PAGE (1962) 53, p. 70.

Según el artículo 1315 CCB: «Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver./ Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation». Y en virtud del artículo 870 del *Code judiciaire* de 1967: «Chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue».

<sup>521</sup> WÉRY (2011) 248, p. 246; VAN OMMESLAGHE (2013) 158, p. 280; DE PAGE (1962) 53, pp. 70-71; WEKKERS (1955) 52, p. 34.

De conformidad con el artículo 1353 CCB: «Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans le cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol».

<sup>522</sup> DEKKERS (1955) 52, p. 33; DE PAGE (1962) 53, p. 70.

<sup>523</sup> WÉRY (2011) 248, p. 246.

<sup>524</sup> VAN OMMESLAGHE (2013) 158, p. 280. DE PAGE ya indicaba que «hay una cierta *contradicción aparente* en los textos del Código [civil], en cuanto al modo de administrar la prueba. El artículo 1116 [CCB] dice que el dolo no se presume, en tanto que el artículo 1353 [que transcribí *supra* en nota 521] admite formalmente la prueba por presunción, e incluso la refuerza en lo que al dolo concierne» (cursiva del original) [(1962) 53, en p. 70; contradicción que DE PAGE explica como antes he indicado en el cuerpo del texto, en este mismo [82]].

### 1.2.7 LOS EFECTOS DEL DOLO: LA NULIDAD RELATIVA (O ANULABILIDAD) Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

[83] El dolo *principal* no es causa de nulidad de pleno derecho, sino de *nulidad relativa* de la convención (art. 1117 CCB; del mismo tenor que el derogado art. 1117 CCF que transcribí *supra* [36])<sup>525</sup> y su plazo de ejercicio es de *diez años*, plazo de *prescripción* y a contar *desde el descubrimiento del dolo* (art. 1304 CCB)<sup>526</sup>.

Artículo 1304 CCB: «Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans.

Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé et dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts [Loi 14 juillet 1976]./ [...]».

Además, según Wéry, la máxima *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* forma parte del Derecho positivo belga, lo que se basa en la equidad, en evitar que el acreedor espere a la prescripción de la acción de nulidad para accionar contra el contratante<sup>527</sup>.

<sup>525</sup> WÉRY (2011) 250, p. 248; solo la víctima del dolo puede postular la anulación del contrato, o renunciarlo, y la confirmación del acto puede ser expresa o tácita. DEKKERS apunta que la nulidad relativa no sanciona más que intereses privados y se presta a la confirmación [(1955) 194, p. 108; *vid.* hasta 197, p. 110]. DE PAGE (1962) 54, p. 71, y 98, pp. 146-147; VAN OMMESLAGHE (2013) 159, p. 281.

<sup>526</sup> WÉRY (2011) 250, p. 248; DEKKERS (1955) 198, p. 110, y 200, pp. 111-112.

<sup>527</sup> WÉRY (2011) 329, p. 324; la *Cour de Cassation* declaró en su *S 22.10.1987*, que «la prescripción de una acción de nulidad o de caducidad no extingue la regla de derecho de poder oponer dicha nulidad o caducidad como excepción, en defensa frente a una acción principal».

DEKKERS explicaba *en 1955*, que de un acto nulo nacen dos acciones, una de nulidad y otra de cumplimiento (ejecución) y dichas acciones tienen, a veces, prescripciones diferentes; así, la acción de cumplimiento prescribe generalmente en el plazo de *treinta años* –art. 2262 CCB, *entonces vigente*– y la acción de nulidad relativa prescribe en el de diez años (art. 1304 CCB, que he transcrito en este mismo [83]). Por consiguiente, la acción de cumplimiento sobrevive a algunas acciones de nulidad. DEKKERS apunta que lo anterior parece chocante y *ha querido evitarse que un demandante astuto deje que la acción de nulidad prescriba, envolviendo a su adversario en una seguridad engañosa; que no exija el cumplimiento, hasta que la acción de nulidad no pueda interponerse. Para evitar tal cálculo, se admite que la nulidad pueda aún invocarse vía excepción, si no puede invocarse por acción, y la excepción de nulidad durará el tiempo que sea necesario; esto es, durará mientras dure la acción de cumplimiento*. Ello se encierra en el adagio *Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*.

Advierto, para lo que explica DEKKERS *en 1955*, que el artículo 2262 CCB, referido a la prescripción de las acciones reales, se reformó por *Loi 10 juin 1998* y *ahora dispone*: «Toutes les actions réelles sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre, ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi». En cuanto a las acciones personales, según el artículo 2262 *bis* CCB (*Loi 10 juin 1998*): «§ 1er. Toutes les actions personnelles sont prescrites par dix ans./ Par dérogation de l'alinéa 1er, toute action en réparation d'un dommage fondée sur une responsabilité extracontractuelle se prescrit par cinq ans à partir du jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de la personne responsable./ Les actions visées à l'alinéa 2 se prescrivent en tout cas par

[84] Las maniobras dolosas, *determinantes o incidentales*, suponen una *culpa precontractual (culpa in contrahendo)* y su autor ha de *reparar* los daños que de ella resulten con fundamento en el artículo 1382 CCB (del mismo tenor literal que el antiguo art. 1382 CCF que transcribí *supra* [37]; *responsabilidad extracontractual*)<sup>528</sup>. Wéry advierte que el juez condenará a la *reparación total, incluso si la víctima del dolo cometió una imprudencia, pues el Fraus omnia corrumpit*<sup>529</sup>. El plazo de ejercicio de esta acción indemnizatoria es de *cinco años* y es de *prescripción* (art. 2262 *bis* CCB)<sup>530</sup>.

En 2011, Wéry informa que en la *S 29.05.1980*, la *Cour* declaró que «cuando el dolo ha determinado el consentimiento, la parte que lo cometió no puede invocar la imprudencia o negligencia de su cocontratante», y «dicha imprudencia o negligencia no dispensa al autor del dolo de que repare totalmente las consecuencias dañosas sufridas por la víctima»<sup>531</sup>. La expuesta clemencia, en beneficio de la víctima del dolo, se mantiene, *incluso si su imprudencia fue grosera o inexcusable, y se aplica al dolo principal y al incidental*<sup>532</sup>. Ahora bien, Wéry advierte que algunos reprochan esa solución, que supone desconocer la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues la imprudencia de la víctima es, al igual que el dolo, una condición *sine qua non* del daño, por lo que habría de ordenarse el reparto de responsabilidades —esto es, parte del daño habría de quedar a cargo de la víctima—<sup>533</sup>. *Wéry no comparte ese reproche*. Considera que el principio general *Fraus omnia corrumpit* hace fracasar tal reparto de responsabilidades y así se entiende en la importante *S 06.11.2002* de la *Cour de Cassation*, para la que el principio general de derecho *Fraus omnia corrumpit* excluye que el autor de una culpa intencional pueda invocar una negligencia de su víctima para obtener el reparto de responsabilidades<sup>534</sup>.

Posteriormente, en 2016, junto con referirse a la antes citada *S 06.11.2002* de la *Cour de Cassation*, Wéry señala que la *S 18.03.2010*, de la misma *Cour*, confirma la anterior solución. En concreto, según esta otra sentencia: «El principio general de derecho “*fraus omnia corrumpit*” impide que el dolo procure una ven-

---

vingt ans à partir du jour qui suit celui où s’est produit le fait qui a provoqué le dommage./ § 2. [...]».

<sup>528</sup> WÉRY (2011) 251, p. 248.

<sup>529</sup> WÉRY (2011) 251, p. 248.

<sup>530</sup> Transcribí el artículo 2262 *bis* CCB, *supra* nota 527, último párrafo. Sobre la descoordinación de que la acción por anulación prescriba a los diez años y la de indemnización por daños y perjuicios a los cinco años, *infra* [96].

<sup>531</sup> WÉRY (2011) 251, p. 248; *vid. supra* nota 502 y [79].

<sup>532</sup> WÉRY (2011) 251, p. 248.

<sup>533</sup> WÉRY (2011) 251, p. 248.

<sup>534</sup> WÉRY (2011) 251, p. 248; más adelante reitera, para el dolo principal, que la negligencia de la víctima del dolo, incluso la grosera, no evita el pronunciamiento de la nulidad contractual, ni incide en el montante de los daños [(2011) 370, pp. 358-359].

taja a su autor. Cuando el dolo da lugar a la anulación de la conven-  
ción, su autor no puede invocar la imprudencia o la negligencia,  
incluso grave e inexcusable, del otro contratante, estando obligado  
a indemnizar totalmente el daño, incluso si la víctima del dolo  
cometió una parecida culpa». Wéry también cita la *S 30.09.2015* de  
la *Cour de Cassation*, en la que, igualmente, se aplica el principio  
del *fraus omnia corrumpit*<sup>535</sup>.

[85] Hay distintas posibilidades a la hora de *coordinar* la anu-  
lación del contrato por dolo principal y la indemnización de los  
daños y perjuicios. Afirmándolo con un alcance general, Wéry  
advierte que las *restituciones* que puedan derivarse de la anula-  
ción contractual por un vicio del consentimiento –por dolo, en lo  
que me interesa– pueden no ser sanción suficiente a los ojos del  
beneficiado por la anulabilidad, dado que este puede haber deja-  
do otras oportunidades de contratar, haber hecho en vano gastos  
de negociación y de conclusión del contrato, etc.<sup>536</sup>. Por ello, a la  
acción de nulidad puede *acompañársele* una demanda de repara-  
ción de los daños y perjuicios *complementarios*<sup>537</sup>. Ahora bien,  
quien puede anular el contrato –la víctima del dolo– puede consi-  
derar no hacerlo y *contentarse* con exigir la reparación de los  
daños y perjuicios producidos por la culpa precontractual de la  
que fue víctima<sup>538</sup>.

En cuanto al dolo incidental, el que lo sufrió podrá obtener la  
reparación de los daños y perjuicios que le permitan el *reajuste* de  
las condiciones del contrato<sup>539</sup>.

<sup>535</sup> WÉRY (2016) 83, p. 87, *vid.* desde p. 86. Cfr. con lo que DE PAGE afirmaba en 1962, *supra* [79] en caja más pequeña.

<sup>536</sup> WÉRY (2011) 369, p. 358.

<sup>537</sup> WÉRY (2011) 369, p. 358. También VAN OMMESLAGHE (2013) 159, p. 281; DE PAGE (1962) 54, p. 71.

<sup>538</sup> WÉRY (2011) 371, p. 359; advierte que la confirmación del contrato solo supone la renuncia a la anulación del contrato y no afecta a la acción por responsabilidad extracontractual que podría ejercitarse por la *culpa in contrahendo*; de este modo, la víctima del dolo principal, que confirmó el contrato, conserva el derecho de exigir la reparación del daño subsecuente a dicho delito civil [(2011) 328, p. 322]. DE PAGE indica que se admite «la acción de daños y perjuicios en el lugar y puesto de la acción de nulidad» por dolo [(1962) 54, p. 71].

<sup>539</sup> WÉRY (2011) 372, p. 359; *vid. supra* [78] [B] y [C]. Según VAN OMMESLAGHE, la indemnización de daños y perjuicios por dolo incidental se traduce, lo más frecuente, en una reevaluación de la prestación que incumbe a la víctima del dolo (particularmente el precio, por ejemplo). Y DE PAGE señala que la sanción por dolo incidental es la indemnización de daños y perjuicios, y cuando el dolo recae, en una venta, sobre el precio, recuerda que la reducción del precio no es más que una forma de indemnización de daños y perjuicios [(1962) 54, p. 71, y sus explicaciones *supra* [78] [B]].



## 2. EL DOLO EN LA PROPOSITION DE LOI PORTANT INSERTION DU LIVRE 5 «LES OBLIGATIONS» DANS LE NOUVEAU CODE CIVIL

[86] Como hasta ahora he venido haciendo, *primero* presento la regulación del dolo, y además la del deber de información, y *luego* procedo al análisis de la regulación del dolo.

### 2.1 La presentación de la regulación del dolo y del deber de información

[87] Los artículos 5.32 a 5.43 de la *Proposition de Loi portant insertion du livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code civil* (PLNCCB, o *Proposition de Loi*) regulan *el consentimiento y sus vicios*<sup>540</sup>. Dentro de la regulación de los vicios del consentimiento, *algunos artículos* poseen un *carácter común* por cuanto que se aplican a varios de aquellos. Así sucede con el artículo 5.37 PLNCCB, si bien advierto que, mientras en sus párrafos I y II se disponen normas comunes para el error, el *dolo*, la violencia y el abuso de circunstancias<sup>541</sup>, en su párrafo III, la norma común se ordena para el *dolo*, la violencia y el abuso de circunstancias (esto es, no se incluye al error). *Otros artículos*, en cambio, se ocupan *específicamente* de la regulación de un concreto vicio del consentimiento. El artículo 5.39 PLNCCB trata *específicamente* del dolo.

Artículo 5.37 PLNCCB: «Vices de consentement

Il n'y a pas de consentement valable lorsqu'il est la conséquence d'une erreur, d'un dol, d'une violence ou d'un abus de circonstances, pour autant que le vice de consentement soit déterminant.

À moins que la loi n'en dispose autrement, un contrat entaché par un vice de consentement est frappé de nullité relative, sans préjudice de la responsabilité précontractuelle telle que visée à l'article 5.21.

<sup>540</sup> Artículos ubicados en § 2 *Le consentement et ses vices*, de la *Sous-section 2 Les conditions de validité*, de la *Section 2 La formation du contrat*, del *Chapitre 1<sup>er</sup> Le contrat*, del *Sous-titre 1<sup>er</sup> Les actes juridiques*, del *Titre 2 Les sources d'obligations*, del *Livre 5 Les obligations*. Sobre la *Proposition de Loi*, *supra* [5] [B].

<sup>541</sup> Para el párrafo I del artículo 5.37 PLNCCB, en el *Comentario* del artículo se indica que el mismo *confirma* los vicios del consentimiento existentes en el artículo 1109 CCB (del mismo tenor literal que el derogado art. 1109 CCF, al respecto *supra* [69] y [13] [A]); también se cita el art. 1130 CCF, que transcribí *supra* [41]), *habiéndose incorporado* el abuso de circunstancias como vicio del consentimiento de carácter general. Este último vicio del consentimiento ya lo admitía la jurisprudencia y la doctrina con la denominación de *lésion qualifiée* (al respecto *supra* [73] [A]). Se añade, que las reglas de los vicios del consentimiento protegen la integridad del consentimiento (voluntad libre y consciente), y que la *lésion simple* no se ha integrado en la enumeración de los vicios del consentimiento, pues no es un vicio del consentimiento general. *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 37.

Le dol, la violence et l'abus de circonstances émanant du complice du cocontractant ou d'une personne dont ce dernier doit répondre sont assimilés à ceux du cocontractant».

Artículo 5.39 PLNCCB: «Dol

Le dol n'est une cause de nullité que lorsqu'une partie a été trompée par les manœuvres que son cocontractant a pratiquées intentionnellement.

Une manœuvre peut consister en une rétention intentionnelle d'informations dont on dispose et que l'on devait communiquer en vertu de l'article 5.20.

Le dol est une cause de nullité indépendamment du caractère excusable de l'erreur qui en résulte.

Le dol ne se présume pas mais doit être prouvé».

[88] El artículo 5.20 PLNCCB regula el deber general de información<sup>542</sup>.

Artículo 5.20 PLNCCB: «Devoirs d'information

Les parties se fournissent pendant les négociations précontractuelles les informations que la loi, la bonne foi et les usages leur imposent de donner, eu égard à la qualité des parties, à leurs attentes raisonnables et à l'objet du contrat».

## 2.2 El análisis del dolo

### 2.2.1 EL ERROR PROVOCADO. LA VOLUNTAD DE ENGAÑAR (ELEMENTO INTENCIONAL). EL ABUSO DE CIRCUNSTANCIAS

[89] El artículo 5.39.I PLNCCB define al vicio dolo, disponiendo que es causa de nulidad, *si una parte fue engañada por las maniobras que su contratante realizó intencionalmente*.

En el *Comentario* del artículo se recuerda que el dolo es *un error provocado intencionalmente por el contratante, cualquiera que sea la naturaleza y el objeto del error, y debe provocarlo el contratante, lo que no sucede con el error vicio*<sup>543</sup>. *Se añade* que el

<sup>542</sup> Artículo ubicado en § 1<sup>er</sup> *Les négociations*, de la *Sous-section 1<sup>ère</sup>. La conclusion dynamique du contrat*, de la *Section 2 La formation du contrat*, del *Chapitre 1<sup>er</sup> Le contrat*, del *Sous-titre 1<sup>er</sup> Les actes juridiques*, del *Titre 2 Les sources d'obligations*, del *Livre 5 Les obligations*. Sobre la *Proposition de Loi*, *supra* [5] [B].

<sup>543</sup> *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 42.

Para el error, el artículo 5.38 PLNCCB dispone: «Erreur/ L'erreur n'est une cause de nullité que lorsqu'une partie a, de manière excusable, une représentation erronée d'un élément qui l'a déterminée à conclure le contrat, alors que l'autre partie connaissait ou devait connaître ce caractère déterminant./ L'erreur peut porter sur des faits ou sur le droit./ L'erreur n'est pas une cause de nullité lorsqu'elle ne concerne que la personne avec laquelle on voulait traiter, à moins que le contrat n'ait été conclu principalement en considéra-

artículo 5.39.I PLNCCB enuncia los requisitos del dolo desarrollados por la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* («Cass., 21 mai 1953 [...], Cass., 1<sup>er</sup> décembre 1997, [...]») <sup>544</sup> y por la doctrina: que el error necesariamente fue provocado por las *maniobras* (elemento material), realizadas *intencionalmente por el contratante* (elemento intencional o moral), lo que *determinó* el consentimiento del engañado <sup>545</sup>. Por último, respondiendo a la opinión del *Conseil d'État*, se subraya que la noción de dolo puede variar en función de los requisitos que para su aplicación se exijan, habiendo numerosas controversias sobre su noción y *por esas razones se ha considerado útil definir el vicio de dolo y precisar sus requisitos de aplicación: así, este «vicio del consentimiento reside en el hecho de que una parte ha sido engañada por las maniobras intencionales por parte de su contratante»* <sup>546</sup>. El peligro de la inseguridad jurídica es particularmente frágil y de ahí que la necesidad de clarificación *prime* sobre los riesgos de los problemas de interpretación <sup>547</sup>. Dicho lo anterior, añado por mi parte, que el artículo 5.41 PLNCCB regula el *abuso de circunstancias*, confirmando la teoría de la *lésion qualifiée* desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina (y de la que di cuenta *supra* [73] [A]) <sup>548</sup>. Y en el *Comentario* de ese artículo 5.41 PLNCCB se reconoce *que a veces se pueden combatir las situaciones de abuso de circunstancias mediante los vicios del consentimiento clásicos, como en otros tiempos, pues la distinción con el dolo y la violencia no es clara en todas las constelaciones de hechos* <sup>549</sup>.

*El abuso de circunstancias.*—El artículo 5.41 PLNCCB ordena:

«Abus de circonstances

Il y a abus de circonstances lorsque, lors de la conclusion du contrat, il existe un déséquilibre manifeste entre les prestations par suite de l'abus par l'une des parties de circonstances liées à la position de faiblesse de l'autre partie.

---

tion de cette personne./ N'est pas davantage une cause de nullité l'erreur qui concerne exclusivement la valeur d'une chose ou d'une prestation ou le prix, à moins qu'elle résulte d'une erreur concernant une caractéristique déterminante de l'objet du contrat»; para el comentario del artículo 5.38 PLNCCB, *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 39-42.

<sup>544</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 42.

<sup>545</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 42-43; se citan el artículo 1116 CCB (del mismo tenor literal que el derogado art. 1116 CCF que transcribí *supra* [13] [A]) y se remite a los artículos 3:44 (3) BW, 4:107 (1) PECL (que transcribí *supra* nota 68), II.-7:205, (1) y (2), DCFR, y 3.2.5 Principios UNIDROIT (que transcribí *supra* nota 151).

<sup>546</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 44.

<sup>547</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 44-45.

<sup>548</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 46-48.

<sup>549</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 48.

En ce cas, la victime peut prétendre à l'adaptation de ses obligations par le juge et, si l'abus est déterminant, à la nullité relative».

Sobre el abuso de circunstancias:

a) *Finalidad y antecedentes.*—En el *Comentario* del artículo 5.41 PLNCCB se indica, a propósito de su *finalidad*, que el número de casos de lesión reconocidos por la ley se ha considerado insuficiente, creándose una figura jurídica, *de carácter general*, para las situaciones en las que el contrato, *ab initio*, presenta un desequilibrio manifiesto por el abuso de una de las partes de la inferioridad de la otra, o por el abuso de su posición de fuerza<sup>550</sup>. *En cuanto a los antecedentes*, se apunta *que* la jurisprudencia de *fond* aplica esta figura con gran circunspección y solo para situaciones fácticas claras<sup>551</sup>; *que* normalmente se ha rehusado aplicar esta figura por no haberse probado sus condiciones de aplicación<sup>552</sup>; y *que* en la *S 09.11.2012*, la *Cour de Cassation* reconoció el abuso de circunstancias —igualmente llamada *lésion qualifiée*— y definió sus requisitos de aplicación *que han inspirado el propuesto artículo 5.41 PLNCCB*<sup>553</sup>.

b) *Requisitos de aplicación.*—En el *Comentario* se indican estos tres: *uno*, ha de resultar una desproporción manifiesta entre las prestaciones estipuladas por las partes; *dos*, las concretas circunstancias de inferioridad, en que la víctima se encuentre, deben existir cuándo la conclusión del contrato, permitiendo que el otro se arroge una ventaja, y esas circunstancias de inferioridad pueden derivarse tanto de las características personales de la víctima, así su estado de necesidad física, psíquica o financiera, su vulnerabilidad,

<sup>550</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 46.

Por otro lado, según el artículo 5.42 PLNCCB: «Lésion/ La disproportion entre les prestations des parties n'est une cause de nullité que dans le cas prévus par la loi». En el *Comentario* del artículo se afirma que en el vigente Código civil, la lesión no se concibe como vicio del consentimiento general, que ofrece un motivo para anular todos los contratos cada vez que se establezca que hay un desequilibrio entre las prestaciones de las partes. El artículo 5.42 PLNCCB se apoya en el artículo 1118 CCB (que transcribí *supra* nota 437) y confirma ese punto de partida: en principio, el juez no interviene en la apreciación del valor económico de las prestaciones de los contratantes salvo cuando el legislador expresamente le autoriza.

<sup>551</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 47; se explica, como ejemplo («Anvers, 5 septembre 2011»), el de una madre de dos hijos pequeños que acaba de escaparse del incendio de su casa totalmente destruida y firma un seguro con un experto, a media mañana y en la calle, abusando este último de la vulnerabilidad de la mujer en estado de shock, ya que se produce un desequilibrio manifiesto entre las recíprocas prestaciones, pues el experto pacta, en su beneficio, que sus honorarios se calculan sobre la totalidad de la indemnización que pagará el asegurador, y él no ha de peritar los muebles, dado que en caso de pérdida total, el asegurador indemnizará la pérdida de esos últimos mediante el pago de un *forfait*.

<sup>552</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 47; se explican como ejemplos de no estimación, por no haberse probado que se reunían las condiciones de aplicación, las sentencias de «Mons, 14 février 2000» y «Civ. Anvers, 29 mai 2000».

<sup>553</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 48; se apunta que otros sistemas jurídicos y el *soft law* prevén igualmente una figura comparable a la presente; por ejemplo, el artículo 3:44 (4) BW, § 138 (2) BGB, artículos II.-7:207 (1) DCFR, 3.2.7 Principios UNIDROIT, y 4:109 PECL.

Para la citada *S 09.11.2012* de la *Cour de Cassation*, *supra* [73] [A] a) y nota 438.

ignorancia o inexperiencia (*vid.* art. 1907ter CCB, que transcribí *supra* nota 444), como de las circunstancias de superioridad económica o funcional de la parte que comete el abuso, que, por ejemplo, se encuentra en una posición de monopolio o de fuerza; y *tres*, ha de haber un lazo de causalidad entre el abuso y el desequilibrio manifiesto<sup>554</sup>.

Según el *Comentario*, de ahora en adelante la violencia derivada de «circunstancias exteriores o estado de necesidad» («Bruxelles, 7 février 1964») puede tener relevancia en el vicio del consentimiento del «abuso de circunstancias»<sup>555</sup>.

c) *Consecuencias*.—Sobre las *sanciones* del abuso de circunstancias (art. 5.41.II PLNCCB), en el *Comentario* se recuerda que, si bien, por regla general, la sanción de un vicio del consentimiento es la nulidad relativa, está demostrado que frecuentemente a la víctima le es ventajoso mantener el contrato adaptando su prestación (*vid.* art. 1903ter CCB, que transcribí *supra* nota 444) y la doctrina, desde hace tiempo, defiende que la vinculación excesiva puede reducirse<sup>556</sup>. La opción acogida por el artículo 5.41 PLNCCB es permitir la nulidad relativa si el abuso de circunstancias fue determinante y, si no fue determinante del consentimiento contractual de la víctima, la adaptación del contrato se fundamentará en la responsabilidad precontractual<sup>557</sup>. Efectivamente, la sanción a un vicio del consentimiento accesorio puede consistir en que el Juez proceda, a título de reparación de daños y perjuicios, a la adaptación de la prestación que la víctima prometió ejecutar<sup>558</sup>.

<sup>554</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 48.

<sup>555</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 48.

<sup>556</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 48-49; se indica que el *soft law* conoce una sanción de este tipo para el abuso de circunstancias; por ejemplo, artículos II.-7:207 (1) DCFR y 3.2.7 Principios UNIDROIT.

<sup>557</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 49.

<sup>558</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 49.

He de recordar que un objetivo de la *Proposition de Loi* consiste en «modernizar el equilibrio entre la autonomía de las partes y el rol del juez en tanto que guardián de los intereses de la parte vulnerable y del interés general» (al respecto *supra* [5] [B] último párrafo). Sobre ese equilibrio, en la *Introducción general de la Proposition de Loi* se indica: «Sobre algunos puntos, la autonomía de la voluntad es reforzada (por ejemplo, para la anulación y la resolución del contrato que podrán operar mediante notificación). Sobre otros puntos, el juez se verá investido de poderes que le permitan corregir situaciones de desequilibrio contractual (por ejemplo, si la economía del contrato se altera profundamente a consecuencia de nuevas e imprevisibles circunstancias —teoría de la imprevisión— o si las prestaciones se encuentran, desde el principio, afectadas por un desequilibrio manifiesto debido al abuso de una parte de la posición de debilidad de la otra parte —abuso de circunstancias—» (cursiva mía; *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 7-8).

El artículo 5.77 PLNCCB ordena: «Changement de circonstances/ Chaque partie doit exécuter ses obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué./ Toutefois, le débiteur peut demander au créancier de renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque les conditions suivantes sont réunies:/ 1° un changement de circonstances rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat de sorte qu'on ne puisse raisonnablement l'exiger;/ 2° ce changement était imprévisible lors de la conclusion du contrat;/ 3° ce changement n'est pas imputable au débiteur;/ 4° le débiteur n'a pas assumé ce risque; et/ 5° la loi ou le contrat n'exclut pas cette possibilité./ Les parties continuent à exécuter leurs obligations pendant la durée des renégociations./ En cas de refus ou d'échec des renégociations dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande de l'une

### 2.2.2 LA MANIOBRA: ACTOS Y MENTIRAS (ELEMENTO MATERIAL)

[90] El artículo 5.39.I PLNCCB se refiere a las *maniobras* y en su *Comentario* se especifica que las maniobras pueden consistir en un *acto*, o en una *declaración engañosa o falaz* (como comunicar intencionalmente informaciones incorrectas)<sup>559</sup>.

### 2.2.3 LA MANIOBRA: LA RETICENCIA DOLOSA (OTRO ELEMENTO MATERIAL). SU RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR AL CONTRATANTE

[91] El artículo 5.39.II PLNCCB *aclara* que la *manipulación* del dolo *puede consistir en la retención intencional de información de la que se dispone y que habría debido comunicarse en virtud del artículo 5.20 PLNCBB*. Este último artículo 5.20 PLNCCB se inspira en el artículo 1112-1 CCF<sup>560</sup> que, recuerdo, regula un deber general de información (y que transcribí *supra* [42]; *vid.* además [45]). De conformidad con el artículo 5.20 PLNCCB, las partes deben suministrarse durante las negociaciones precontractuales la información que la ley, la buena fe y los usos les impongan dar, teniendo en cuenta las condiciones de aquéllas, en relación con sus expectativas razonables y el objeto del contrato. Sobre este deber de información, en el *Comentario* del artículo 5.20 PLNCCB se indica que no existe en el derecho común ningún deber general de información y las partes no están obligadas a suministrarse todas las informaciones de las que dispongan; solo han de comunicárselo en los casos previstos por el artículo 5.20 PLNCCB, en particular cuando la buena fe lo impone y lo anterior no excluye que, durante las negociaciones, las partes acuerden qué informaciones se comunican<sup>561</sup>. Por otro lado, existen concretos deberes legales de información<sup>562</sup>.

Determinado el alcance del deber de información del artículo 5.20 PLNCCB, en cuanto al dolo vicio, según el *Comentario* del artículo 5.39 PLNCCB, constituye una *manipulación retener o callar intencionalmente informaciones* (como no comunicarla, comuni-

*ou l'autre des parties, adapter le contrat a fin de mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances, ou mettre fin au contrat en tout en partie à une date qui ne peut être antérieure au changement de circonstances et selon modalités fixées par le juge. L'action est formée et instruite selon les formes du référé»* (cursiva mía; para su *Comentario*, *Chambré des représentants de Belgique* DOC 55 0174/001, p. 49, y en especial pp. 79-80).

<sup>559</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 43.

<sup>560</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 28.

<sup>561</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 28.

<sup>562</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 28.



carla de modo incompleto) *si al contratante le incumbe la obligación de informar o de hablar y efectivamente conoce la información*, y ello se deducía de la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* («Cass., 8 juin 1978 [...]; Cass., 21 avril 1988 [...]; Cass., 16 septembre 1999 [...]; Cass., 30 juin 2005 [...]; Cass. 17 février 2012 [...]») <sup>563</sup>. Finalmente, aunque no hubiera sido necesario indicarlo, se aclara que si el contratante, que tiene la obligación de hablar, se calló *por negligencia* (por ejemplo, olvidó comunicar), no hay dolo, pues falta la intención de engañar, pero la víctima podrá probar que existió una culpa precontractual y exigir la reparación de su eventual perjuicio apoyándose en la responsabilidad extracontractual <sup>564</sup>.

#### 2.3.4 EL DOLO PRINCIPAL Y EL INCIDENTAL. LA APRECIACIÓN IN CONCRETO. LA IRRELEVANCIA DEL ERROR INEXCUSABLE

[92] Según el artículo 5.37.I PLNCCB, el consentimiento no es válido si es la consecuencia del dolo y este fue *determinante*. La exigencia de que el dolo deba ser determinante implica que, sin él, la persona engañada no habría dado su consentimiento; esto es, se trata del *dolo principal*. <sup>565</sup> El carácter determinante del dolo se aprecia *en concreto*, en la persona de la víctima del dolo <sup>566</sup>. En cambio, si las maniobras, llevadas a cabo intencionalmente, solo tienen por consecuencia que la parte engañada haya contratado *en condiciones más onerosas*, lo que hay es un *dolo incidental* que no menoscaba la validez del contrato y su víctima solo puede exigir la reparación de los daños y perjuicios que la culpa precontractual del autor del dolo le hubiere causado <sup>567</sup>.

[93] Además, de conformidad con el artículo 5.39.III PLNCCB, el dolo (principal) es causa de nulidad, *con independencia del carácter excusable del error que de aquel resulte*. En el *Comentario* del artículo se indica, que en dicho párrafo III se prevé que el error de la persona engañada *no tiene que ser excusable* (cursiva del original) <sup>568</sup>. Así lo ha declarado la *Cour de Cassation* en diversas ocasiones, invocando el principio general de derecho *Fraus*

<sup>563</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 43; se citan los artículos 1137 CCF (que transcribí *supra* [41]), 3:44 (3) BW, 4:107, (1) y (3), PECL (que transcribí *supra* nota 68), II.-7:205 (1) DCFR, y 3.2.5 Principios UNIDROIT (que transcribí *supra* nota 151).

<sup>564</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 43-44.

<sup>565</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 43.

<sup>566</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 43.

<sup>567</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 43; en apoyo de lo expuesto se citan las sentencias «Cass., 21 avril 1988 [...]; Cass., 10 février 1983 [...]; Cass., 1<sup>er</sup> décembre 1997 [...]»; también el artículo 3.2.5 Principios UNIDROIT.

<sup>568</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 44.

*omnia corrumpit*, que evita que el dolo procure una ventaja a su autor<sup>569</sup>. Se recuerda que el nuevo (y vigente) artículo 1139 CCF (que transcribí *supra* [41]) y una importante parte de la doctrina aprueban igualmente la expuesta solución<sup>570</sup>. Cuando el dolo conduce a la anulación de la convención, el autor del dolo no puede invocar la imprudencia, ni incluso la negligencia grave e inexcusable de su víctima y está obligado a la reparación integral del daño<sup>571</sup>. Desde 2002, la *Cour de Cassation* estima que el principio general *Fraus omnia corrumpit* excluye que el autor de una culpa intencional puede hacer valer una responsabilidad compartida con la víctima negligente<sup>572</sup>.

### 2.3.5 EL DOLO DE PARTE. EL DOLO DE TERCERO: LA REGLA Y SU ALCANCE

[94] Según el artículo 5.37.III PLNCCB, el *dolo* (la violencia y el abuso de circunstancias) que proceda(n) del *cómplice del contratante*, o de una persona de la que dicho contratante deba responder, se asimila al dolo (violencia y abuso de circunstancias) de dicho contratante.

En el *Comentario* del artículo se advierte que la norma del tercer párrafo del artículo 5.37 PLNCCB responde a la cuestión de si el vicio del consentimiento, *causado por un tercero*, puede ser motivo para que su víctima pueda anular el contrato<sup>573</sup>. Se recuerda que en el *Derecho vigente* solo la *violencia* causada por un tercero permite la anulación contractual (art. 1111 CCB; sobre esta cuestión *supra* [81] en caja más pequeña) y por ello su víctima se encuentra ampliamente protegida, mientras que para el *dolo* se requiere que las maniobras procedan del contratante, de modo que el contrato no puede anularse si el dolo procedió de tercero<sup>574</sup>. No obstante lo anterior, la *jurisprudencia* admite una serie de *excepciones* a fin de lograr una mejor protección para la víctima del dolo<sup>575</sup>. Por ejemplo, si el tercero es *representante* del contratante

<sup>569</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 44; se citan las sentencias «Cass., 18 mars 2010, [...] Cass., 23 septembre 1977, [...] Cass., 6 octobre 1977 [...], Cass., 29 mai 1980 [...]». Sobre la cuestión indicada en el cuerpo del texto y las sentencias aludidas en esta nota, *supra* [79] y notas 502 y 505.

<sup>570</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 44.

<sup>571</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 44; se cita la sentencia «Cass., 18 mars 2010» (sobre esta sentencia *supra* notas 502 y 505) y el artículo 3.2.5 Principios UNIDROIT (que transcribí *supra* nota 151).

<sup>572</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 44; se cita la sentencia «Cass. 6 novembre 2002».

<sup>573</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 38.

<sup>574</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 38.

<sup>575</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 38-39.

(«Cass., 9 novembre 1987») o *cómplice* suyo<sup>576</sup>. Por lo que respecta al *soft law* y al Derecho comparado, en el *Comentario* se indica que estos regulan la presente cuestión y bajo estrictas condiciones admiten que pueda anularse el contrato por dolo, por violencia y por abuso de circunstancias, incluso si el vicio del consentimiento lo causó un tercero [se citan los arts. II.-7:208 DCFR, 4:111 PECL, 3.2.8 Principios UNIDROIT; art. 3:44 (5) BW; al respecto *supra* [33] [B] y [62] [D]]<sup>577</sup>. Sin embargo, otros *Derechos nacionales* solo prevén reglas para el dolo de tercero y la violencia de tercero (vigentes arts. 1138 y 1142 CCF, que transcribí *supra* [41] y al respecto *supra* [59], [61], [62], [63] [A]; y arts. 28.2 y 29 CO, que transcribí *supra* notas 369 y 387, respectivamente)<sup>578</sup>. Y tras lo anterior se indica *que no hay razón para ofrecer mayor protección a las víctimas de violencia, que a las de dolo, y por extensión a las de abuso de circunstancias*.<sup>579</sup> En comparación con el vigente Derecho belga, la opción acogida en la *Proposition de Loi*, en su artículo 5.37.III, consiste en someter la violencia de tercero a condiciones más estrictas, y extender estas al dolo y al abuso de confianza<sup>580</sup>.

### 2.3.6 LA PRUEBA DEL DOLO

[95] El artículo 5.39.IV PLNCCB dispone que el dolo no se presume y debe probarse. En el *Comentario* del artículo tan solo se indica que el párrafo IV del citado precepto recoge al artículo 1116 CCB (al respecto *supra* [82]) y que *la mala fe debe probarla la parte engañada*<sup>581</sup>.

### 2.3.7 LOS EFECTOS DEL DOLO: LA NULIDAD RELATIVA (O ANULABILIDAD) Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

[96] De acuerdo con el artículo 5.37.II PLNCCB, a menos que la ley disponga otra cosa, *el contrato afectado por un vicio del consentimiento (por dolo, pues) es un contrato anulable (nulidad relativa)*, ello sin perjuicio de la responsabilidad precontractual previs-

<sup>576</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 39.

<sup>577</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 39.

<sup>578</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 39. En el DOC 55 0174/001 no se cita el artículo 28.2 CO como indico en el cuerpo del texto, sino el artículo 28.1 CO, el cual dispone: «Dol/ 1. La partie induite à contracter par le dol de l'autre n'est pas obligée, même si son erreur n'est pas essentielle./ 2. [...]». Es cierto que en ese apartado 1 se apunta la inducción a contratar por el dolo *del otro* (de la otra parte).

<sup>579</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 39.

<sup>580</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 39.

<sup>581</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 44.

ta en el artículo 5.21 PLNCCB. En el *Comentario* del artículo 5.37 PLNCCB se afirma que la expuesta norma *confirma la regla de la nulidad relativa del contrato como sanción a los vicios del consentimiento*, sustituyendo al artículo 1117 CCB (del mismo tenor literal que el derogado art. 1117 CCF; al respecto *supra* [83]) y nulidad relativa que igualmente ordena el vigente artículo 1131 CCF (que transcribí *supra* [41])<sup>582</sup>. Sobre la expresión inicial del «[a] menos que la ley disponga otra cosa» del artículo 5.37.II PLNCCB, se explica que ello se debe a que en el *abuso de circunstancias* la sanción *puede* consistir en la *adaptación* de la prestación [ello en virtud del art. 5.41.II PLNCCB; al respecto *supra* [89] en caja más pequeña y c)] y a que la ley puede *excluir en ciertos supuestos* la nulidad relativa como en la transacción (arts. 2052.II a 2054 CCB; pero advierto que si la transacción se hizo bajo dolo, podrá anularse) o a que la ley puede *limitar* la nulidad relativa como en el testimonio (arts. 1356.IV CCB y 31.I del nuevo Libro 8 del CCB)<sup>583</sup>.

<sup>582</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 37. En el *Comentario* también se recuerda que, por tratarse de la nulidad relativa, la sanción no puede invocarla más que la *parte protegida* (en el dolo, que es el vicio del consentimiento que me interesa, es la parte engañada) y parte protegida que asimismo puede confirmar el contrato.

Es oportuno que me refiera al artículo 5.61 PLNCCB, en virtud del cual: «Classification des nullités/ La nullité est absolue lorsque la règle violée est d'ordre public, ayant ainsi pour objet *principal* la sauvegarde de l'intérêt général. Toute personne justifiant d'un intérêt peut s'en prévaloir./ La nullité est relative lorsque la règle violée est impérative, ayant ainsi pour objet *principal* la sauvegarde d'un intérêt privé. Seule la *personne protégée* peut s'en prévaloir» (cursiva mía). En el *Comentario* se apunta, que el artículo 5.61 PLNCCB no tiene equivalente en el vigente Código civil y que como fuentes de su inspiración puede citarse al artículo 1179 CCF (sobre el párrafo II de este último artículo, *supra* nota 399). El artículo 5.61 PLNCCB codifica el derecho constante sobre la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa. En cuanto a la mención de la «persona protegida» del artículo 5.61.II PLNCCB, aunque sea dicho en singular, ello no impide que una disposición legal pueda tener por objeto la protección de varias personas, o que la nulidad pueda ser invocada por un tercero habilitado por la ley para defender los intereses de la persona protegida. Y en relación al término «principalmente», el mismo se ha utilizado para subrayar que una regla de orden público puede indirectamente perseguir la protección de personas privadas, y a la inversa, que protegiéndose a partes débiles, el legislador puede indirectamente perseguir una política económica de interés general. En el *Comentario* también se señala que, en respuesta a las observaciones del Consejo de Estado, la precisión de que la regla de orden público apunta principalmente a la salvaguarda del interés general y, a la inversa, que la regla imperativa apunta principalmente a la salvaguarda del interés privado, se ha conservado porque da una indicación valiosa sobre el criterio aplicable a la distinción. *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 60-61, 62.

<sup>583</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 38.

En cuanto a la transacción:

a) Artículo 2052 CCB: «Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort./ Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion» (cursiva mía).

b) Artículo 2053 CCB: «Néanmoins une transaction peut être rescindée, lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation./ Elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol ou violence» (cursiva mía).

c) Artículo 2054 CCB: «Il y a également lieu à l'action en rescision contre une transaction, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité su la nullité».

El plazo para ejercitar la nulidad del contrato es de *cinco años*, plazo de *prescripción*, a contar *desde el día siguiente al que su titular conoce la causa de nulidad y, en el caso de la nulidad relativa, dicho titular pueda válidamente renunciar a invocarla, por lo cual es necesario que el vicio del consentimiento haya cesado* (art. 5.63.I, reglas primera y segunda, PLNCCB). Además, *en todo caso* la nulidad prescribe en el plazo de *veinte años*, a contar este otro plazo *desde el día siguiente al de la conclusión del contrato* (art. 5.63.I *in fine* PLNCCB).

En el oportuno *Comentario*, se citan como fuentes de inspiración del artículo 5.63.I PLNCCB a los artículos 3:52 BW, II.-7:210 DCFR, y 3.2.12 (1) Principios UNIDROIT<sup>584</sup>. Asimismo se recuerda, que en el *vigente* Derecho belga, la nulidad prescribe, como regla, en el plazo de diez años, de conformidad con el artículo 2262bis § 1.I CCB para las nulidades absolutas (que transcribí *supra* nota 527 último párrafo) y de conformidad con el artículo 1304 CCB para las nulidades relativas (que transcribí *supra* [83])<sup>585</sup>. *Pero*, el plazo de diez años parece *excesivo si* se tienen en cuenta las exigencias de la seguridad jurídica y *además*, no se corresponde con el doble plazo de cinco y veinte años que para la responsabilidad extracontractual dispone el vigente artículo 2262bis § 1, II y III, CCB (que transcribí *supra* nota 527 último párrafo), lo cual conduce a la infeliz consecuencia de someter a diferentes plazos de prescripción, *por un lado*, a la anulación por dolo principal (diez años) y *por otro*, a la reparación de los daños y perjuicios debidos al dolo principal y como complemento de la anulación, o debidos al dolo incidental (cinco años; «Cass., 2 octubre 2009»; al respecto *supra* [83] y [84])<sup>586</sup>. *Las anteriores dificultades las solventa el artículo 5.63.I PLNCCB, dado que alinea el plazo de prescripción de la nulidad (absoluta y relativa; cinco años) con el de la acción por responsabilidad extracontractual (cinco años)*<sup>587</sup>.

*Explicada la razón de la adopción de esos cinco años, sobre la regla de inicio de su cómputo del artículo 5.63 PLNCCB consistente en que comienza al día siguiente en que el titular de la nulidad conoce efectivamente la causa de nulidad y está en condiciones de renunciar válidamente a invocarla, según el Comentario, ello supone generali-*

---

Por lo que respecta al artículo 1356 CCB, según este: «L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial./ Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait./ Il ne peut être divisé contre lui./ Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit».

<sup>584</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 65.

<sup>585</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 65.

<sup>586</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 65-66.

<sup>587</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 66.

zar las hipótesis previstas en el actual artículo 1304 CCB (que transcribí *supra* [83]) y de ahí que la nulidad por vicio del consentimiento comience a prescribir desde el momento en que su víctima ya no se encuentre bajo el imperio del vicio del consentimiento<sup>588</sup>. Ahora bien, a fin de que haya seguridad jurídica, la nulidad por acción o por notificación, prescribe, como muy tarde, a los veinte años, contados desde el día siguiente al de la conclusión del contrato<sup>589</sup>.

Artículo 5.63 PLNCCB: «Prescription de la nullité

La nullité par voie d'action ou de notification se prescrit par cinq ans à partir du jour qui suit celui où son titulaire a connaissance de la cause de nullité et, dans le cas d'une nullité relative, peut valablement renoncer à l'invoquer. Ainsi, il faut, selon le cas, que l'incapacité, le vice de consentement ou la raison d'être de la protection prévue par la règle impérative violée ait cessé. La nullité se prescrit en tout cas par vingt ans à partir du jour qui suit celui où le contrat a été conclu./ [...].»

Por otro lado, consagrando la regla *quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excepiendum*, reconocida por la jurisprudencia («Cass., 22 octubre 1987»), el artículo 5.63.II PLNCCB ordena que la excepción de nulidad, lo que incluye al dolo, *no prescribe*<sup>590</sup>. En el *Comentario* se explica que, si una parte exige el cumplimiento del contrato, expirado el plazo de la acción de nulidad, el demandado, y lo mismo el juez, podrán todavía, en principio, oponer la excepción de nulidad sin límite de tiempo<sup>591</sup>. Se citan como fuentes de inspiración del artículo 5.63.II PLNCCB los artículos 1185 CCF (que transcribí *supra* [65]) y 3:51 (3) BW<sup>592</sup>.

Artículo 5.63 CCB: «[...]»

L'exception de nullité ne se prescrit pas».

[97] Como adelanté *supra* [96], la posible nulidad relativa del contrato por dolo lo es *sin perjuicio de la responsabilidad precontractual que el artículo 5.21 PLNCCB prevé* (art. 5.37.II PLNCCB). En el *Comentario* del artículo 5.37.II PLNCCB se apunta que se trata de la *eventual interacción entre la nulidad relativa del contrato y el derecho a exigir la reparación del per-*

<sup>588</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 66.

<sup>589</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 66.

<sup>590</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 66.

<sup>591</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 66. *Vid.* las consideraciones que en su día hizo DEKKERS para las acciones de nulidad y de cumplimiento, *supra* nota 527.

<sup>592</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 65.



juicio causado con base en la responsabilidad extracontractual (art. 1382 CCB)<sup>593</sup>. La víctima de un vicio del consentimiento puede anular el contrato y exigir la indemnización de los daños y perjuicios, u optar por la indemnización de los daños y perjuicios en lugar de la anulación, y, para ambas posibilidades se requiere que el vicio del consentimiento haya sido causado por la culpa precontractual del otro<sup>594</sup>. Por lo que respecta al dolo, su autor tendrá una culpa *in contrahendo*<sup>595</sup>.

Por otro lado, el artículo 5.21 PLNCCB, al cual remite el artículo 5.37 PLNCCB, dispone que, durante las negociaciones precontractuales, las partes pueden, la una respecto de la otra, tener que responder extracontractualmente (párrafo I) y junto con la responsabilidad precontractual, la violación de un deber de información puede conducir a la nulidad del contrato, cumpliéndose las exigencias del artículo 5.37 PLNCCB. En el *Comentario* del artículo 5.21 PLNCCB se afirma que, en dicho artículo, *se confirma y precisa el derecho existente en materia de responsabilidad precontractual, y en relación con su párrafo I, que se confirma que al principio de la responsabilidad precontractual se le aplican las reglas de la responsabilidad extracontractual, particularmente para la ruptura culposa de negociaciones o la violación de un deber de información, y por ello la responsabilidad precontractual supone la obligación de reparar el daño sufrido por el otro*<sup>596</sup>.

Artículo 5.21 PLNCCB: «Responsabilité précontractuelle

Les parties peuvent engager leur responsabilité extracontractuelle l'une envers l'autre pendant les négociations précontractuelles.

[...]»<sup>597</sup>.

Outre la responsabilité précontractuelle, la violation d'un devoir d'information peut conduire à la nullité du contrat s'il est satisfait aux exigences établies à l'article 5.37».

<sup>593</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 38; se indica que como en el artículo II.-7:214 DCFR.

<sup>594</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 38.

<sup>595</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 38.

<sup>596</sup> *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 28-29.

<sup>597</sup> Los puntos suspensivos del cuerpo del texto corresponden al párrafo II del artículo 5.21 PLNCCB, solo aplicable a la ruptura culposa de negociaciones: «En cas de rupture fautive des négociations, cette responsabilité implique que la personne lésée soit remise dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée s'il n'y avait pas eu de négociations. Lorsque la confiance légitime que le contrat serait sans aucun doute conclu a été suscitée, elle implique au maximum la réparation de la perte des avantages nets attendus du contrat non conclu».

#### IV. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN PERSONAL

[98] Antes exponer mis conclusiones, he de advertir que la primera de ellas la centro en la relación del dolo con los otros vicios del consentimiento y con la figura de la lesión. En el resto de conclusiones, trato ya específicamente de los requisitos y efectos del dolo. En cada una de las conclusiones diferencio entre el Derecho francés y el Derecho belga. Tras lo anterior, procedo a mi valoración personal.

[99] Mis conclusiones son:

*Primera.* a) El Derecho francés *anterior* a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131* recoge como vicios del consentimiento el error, la violencia y el dolo (art. 1109 CCF)<sup>598</sup>. Cada uno de esos vicios tiene sus propios requisitos de aplicación, a través de los cuales se acota un grupo de casos de la realidad jurídica a los cuales aplicar (se procede, pues, a la *parcelación* de la realidad jurídica). El dolo se concibe como un error provocado (intencionalmente) a su víctima, que se contrapone al error vicio referido al error espontáneo (*primera parcelación*)<sup>599</sup>. Sin embargo, resta hacer *la otra parcelación*, la del dolo frente a la violencia. Si el dolo es, como acabo de indicar, un error provocado en el otro contratante, la violencia contempla la celebración de un contrato debido a la amenaza que genera el inmediato temor de sufrir un mal importante y futuro en la persona o en el patrimonio del contratante inocente (art. 1112 CCF)<sup>600</sup>. El error y el dolo comparten que, quien los

<sup>598</sup> *Supra* [13]; en [13] [A] transcribí el derogado artículo 1109 CCF.

<sup>599</sup> *Supra* [14]. Sin perjuicio de que en el dolo de tercero, que no permite la anulación del contrato, su víctima pueda alegar el error del (derogado) artículo 1110 CCF, reuniendo sus requisitos (*supra* [33] último párrafo).

<sup>600</sup> a) *La regulación de la violencia*. Los (derogados) artículos 1111 a 1115 CCF se ocupan del vicio de violencia:

a.1) El artículo 1111 CCF admite la relevancia de la violencia de tercero para la anulación del contrato (lo transcribí *supra* en nota 380 y sobre él [63] [A.1]).

a.2) El artículo 1112 CCF define cuándo hay violencia (lo transcribí *supra* en nota 321).

a.3) Artículo 1113 CCF: «La violence est une cause de nullité du contrat, non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants».

a.4) Artículo 1114 CCF: «La seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat».

a.5) Artículo 1115 CCF: «Un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence, si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé, soit expressément, soit tacitement, soit en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi».

b) *La explicación de la violencia*. FLOUR/AUBERT/SAVAUX señalan que, en virtud del (derogado) artículo 1112.I CCF, el mal *ha de afectar* a la persona o al patrimonio y *generalizando*, se dice que el mal puede ser de orden *físico* (amenazas de muerte, de lesiones, de secuestro, etc.), de orden *moral* (amenaza contra el honor como una amenaza de

sufrió, tuvo una representación inexacta de las ventajas e inconvenientes del contrato celebrado, siendo afectado su consentimiento en su faceta *intelectual* (la deliberación se encuentra deformada)<sup>601</sup>. En la violencia, el consentimiento asimismo se ve afectado, pero en la faceta de su *libertad*; intelectualmente, su víctima percibe con claridad que concluyó un «mal contrato», pero decidió realizarlo para escapar del mayor mal con el que fue amenazada si rehusaba contratar<sup>602</sup>. *El descrito diseño de los vicios del consentimiento del Derecho francés anterior a la Ordonnance n.º 2016-131 ¿puede considerársele pleno? Analizado en la actualidad, parece que no.*

A veces sucede que una persona celebró un contrato oneroso y con los datos fácticos del caso, no puede formalmente considerarse que hubiera sufrido una violencia, o un dolo, pues, lo que realmente sufrió fue una indebida influencia del otro contratante que se aprovechó de una vulnerabilidad suya, o aquélla se encontraba en un estado de necesidad de la que se aprovechó el otro contratante, y si lo anterior no hubiera tenido lugar, aquélla no habría celebrado el contrato con el contenido pactado. En esos contratos es frecuente, además, que exista un desequilibrio económico entre las prestaciones, en perjuicio del que sufrió la indebida influencia o del que se encontraba en el estado de necesidad. Si un sistema jurídico, como el Derecho francés anterior a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131*, no ofrece una específica regulación para los casos que acabo apuntar, la doctrina y la jurisprudencia pueden forzar los moldes legales de los (regulados) vicios del dolo (art. 1116 CCF, que transcribí *supra* [13] [A]) y de la violencia (arts. 1111 a 1115 CCF; al respecto *supra* nota 600) para ofrecer a la víctima

---

difamación, etc.) o de orden *pecuniario* (amenaza de hacer perder a un individuo una suma de dinero, o su situación profesional, etc.). Por otro lado, la fórmula empleada en el (derogado) artículo 1112 CCF de que el *mal* sea *presente* es errónea, ya que este, necesariamente, ha de ser *futuro*, dado que, por hipótesis, el mal se producirá *si se rehusa contratar*. *Es el temor lo que ha de ser presente*. Además, según el (derogado) artículo 1112 CCF, el *mal* tiene que ser *considerable*, calificativo que también se aplica al temor, que ha de ser lo bastante grave como para determinar el consentimiento. [(2014) 218, p. 226].

No solo existe violencia cuando se amenaza con un mal al otro contratante, sino que el (derogado) artículo 1113 CCF lo extiende a otros sujetos y FLOUR/AUBERT/SAVAUX comentan que esa extensión procede de una psicología correcta. Uno pierde su libertad si se le amenaza de muerte (o de todo otro mal «considerable») y *también si la amenaza (física, moral, o pecuniaria) es a su mujer, a sus hijos o a su padre*. Sin embargo, hay que considerar que el (derogado) artículo 1113 CCF da unos ejemplos, no limitativos. *Esto es, la violencia permitirá la anulación del contrato si se dirige contra otra persona, habiendo sido determinante* (por ejemplo, contra un amigo muy querido, contra un/a prometido/a, contra un/a amante. (220, p. 227).

Sobre la regulación de la violencia del *Código civil* francés con anterioridad a la *Ordonnance n.º 2016-131*, también BOSCH CAPDEVILA, *RCDI* (2009), pp. 78-80.

<sup>601</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 216, p. 224.

<sup>602</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 216, p. 224.

una solución que le permita anular el contrato o/y exigir una indemnización de daños y perjuicios. En el Derecho francés *anterior* a la reforma de la *Ordonnance n.º 2016-131* no se forzó, final y jurisprudencialmente, el molde del dolo, pues *no* se estimó la posibilidad del dolo sin error<sup>603</sup>. Lo que se forzó fue el molde de la violencia, identificándose una llamada violencia económica. Además, en el Derecho francés *anterior* a la reforma de la *Ordonnance n.º 2016-131* no se aplicó una teoría de la *lésion qualifiée*.

[A] *Violencia y estado de necesidad*.—Flour/Aubert/Savaux explican cómo *el estado de necesidad* llegó a encajar en el vicio de la violencia, *antes* de la reforma de la *Ordonnance n.º 2016-131*.

Al respecto, indican que *si bien* el artículo 1111 CCF (que transcribí *supra* nota 380) *solo* se refiere a las actuaciones *del otro contratante o de un tercero*, con lo que *parece exigirse que la violencia sea obra del hombre, algunos defienden que el estado de necesidad se asimile a la violencia*<sup>604</sup>. Informan de que la *Cour de Cassation* («Soc. 5 juill. 1965») estimó la anulación *por violencia moral* para un contrato de trabajo desventajoso, que el trabajador concluyó presionado por su necesidad de dinero, lo que se debía en particular a la enfermedad de un hijo<sup>605</sup>. Tal solución no es contraria al artículo 1109 CCF (que transcribí *supra* [13] [A]) y que hace referencia al consentimiento «arrancado» por violencia, ya que, en el caso, *se arrancó por la presión de las circunstancias* y no, por supuesto, por el otro contratante, *que se aprovechó*<sup>606</sup>. En la S «Civ. 1<sup>er</sup>, 24 mai 1989» se subraya que se excluye toda sanción al estado de necesidad si el otro contratante no abusa de la situación<sup>607</sup>. Y en la S 30.05.2000 de la *Cour de Cassation*, a propósito de una transacción celebrada entre el asegurado y la aseguradora tras el incendio del inmueble, se afirma que «la amenaza/coacción económica se asocia a la violencia (causa de nulidad) y no a la lesión (que no hay)»<sup>608</sup>.

Expuesto lo anterior, queda por definir los requisitos en los que una presión de orden económico puede constituir el vicio de la violencia, pues, evidentemente, toda circunstancia de ese orden que pese sobre el contratante no basta para entrañar la nulidad y *parece que el criterio se encuentra en la explotación deliberada de la circunstancia por el otro contratante*<sup>609</sup>.

<sup>603</sup> Si inicialmente la S 30.01.1970 de la *Cour de Colmat* amplió la noción de dolo (para sus hechos, *supra* nota 99, según la descripción de LLOBET I AGUADO), posteriormente la *Cour de Cassation* lo rechazó. Entre otros, MALINVAUD/FENOULLAT/MEKKI y FABRE-MAGNAN (*supra* [15]) y FLOUR/AUBERT/SAVAUX (*supra* [14]) apuntan que el dolo es un error provocado; *vid.* también la nota 90.

<sup>604</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 224, p. 229.

<sup>605</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 224, p. 229, y nota 5 en p. 229.

<sup>606</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 224, p. 229.

<sup>607</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 224, p. 229.

<sup>608</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 224, p. 230. Por otro lado, cfr. con el Derecho belga, *supra* nota 551.

<sup>609</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 224, p. 230; añaden que la jurisprudencia social parece dispuesta a admitir más ampliamente la violencia moral sobre los trabajadores.

En suma, concluyen Flour/Aubert/Savaux, la asimilación del estado de necesidad a la violencia debe considerarse la regla general, pero solo si el otro contratante se aprovechó de esas circunstancias para pactar condiciones abusivamente favorables a él<sup>610</sup>.

[B] ¿Qué papel podría desempeñar la lesión?—En otro orden de consideraciones y también para el Derecho francés anterior a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131*, Flour/Aubert/Savaux apuntan que, teniendo presente las actuales tendencias del Derecho y la filosofía social contemporánea, en donde la aspiración de la igualdad prima sobre el ideal de la libertad, se podría esperar la promulgación de un texto general que permita al juez anular o modificar todo contrato lesivo y, si no ha sido así, una de las razones es la siguiente<sup>611</sup>. Que se duda, si fundar ese texto general en la concepción objetiva o en la subjetiva de la lesión y la duda crea la abstención<sup>612</sup>. Con la concepción objetiva, el solo defecto de la equivalencia entre la ventaja recibida y el sacrificio consentido por uno de los contratantes bastaría para anular o modificar el contrato<sup>613</sup>. Su problema reside en la incertidumbre de la noción de valor<sup>614</sup>, pronunciándose la doctrina dominante a favor de la concepción subjetiva, que exige una doble condición: que una de las partes se encuentre en una situación de inferioridad y que la otra se haya aprovechado con el fin de obtener demasiadas ventajas, explotando el género, la ligereza o la inexperiencia de la primera (lo que se ha llamado la *lésion qualifiée*)<sup>615</sup>.

<sup>610</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 224, p. 230. Los autores apuntan como ejemplo el del cirujano que reclama unos honorarios excesivos por una intervención urgente (cfr. este ejemplo con el Derecho belga, *supra* [73] [B]). En cambio, si las cláusulas del contrato son normales, habría una violencia legítima. Dicho de otro modo, si la amenaza es fruto de los eventos, es el carácter excesivo de las obligaciones aceptadas por una parte lo que se traduce, para la otra, en un acto represible. No basta solo el problema psicológico, pues se requiere además una culpa del otro contratante y de este modo, los elementos psicológicos y los morales, por una vez, coinciden. Psicológicamente, la amenaza que procede de eventos altera la libertad de consentimiento, como sucede con la amenaza que procede de la iniciativa humana, y moralmente hay culpa, no en el hecho de contratar con alguien que no puede evitar hacerlo, sino en explotar el estado de necesidad en que el interesado se encuentra. (224, p. 231).

<sup>611</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014), p. 257.

<sup>612</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 250, p. 257.

<sup>613</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 250, p. 258.

<sup>614</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 250, p. 258. Sin embargo, explican que la dificultad de la noción de valor no es insuperable, ya que en muchas prestaciones será posible referirse a un precio corriente. Pero, incluso así, puede no satisfacerse la justicia. Esto porque, por un lado, el respeto del precio corriente no prueba siempre que el contrato fuera justo (lo demuestra los salarios que se pagaban en la industria del siglo XIX, en una economía liberal; lo que se hacía, no era lo que forzosamente debía hacerse). Y por otro lado, el contrato puede ser justo, no habiendo sido concluido al precio corriente. Por ejemplo, es legítimo pagar caro lo que intensamente se desea por gusto personal, como una pieza de colección o un recuerdo de familia; el valor tiene un irreductible elemento de subjetividad.

<sup>615</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 250, p. 258. Es la fórmula, señalan FLOUR/AUBERT/SAVAUX, de los códigos alemán y suizo, y del *projet de réforme du droit des contrats de l'Académie des sciences morales et politiques* (según su art. 64: «[...] lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif, la

*Para Flour/Aubert/Savaux, la prueba de que hubo una explotación del género, de la ligereza o de la inexperiencia del otro, malamente se distingue de la prueba positiva del vicio del consentimiento y por ello, la nulidad por la lésion qualifiée no añadiría gran cosa a la que, ya mismo, se arriesga con el dolo o con la violencia<sup>616</sup>. Añaden (en 2014) que el avant-projet de réforme du droit des obligations, el projet gouvernemental de réforme du droit des contrats y el avant-projet gouvernemental de réforme du droit des obligations tratan las mismas situaciones (o casi las mismas) como supuestos de violencia<sup>617</sup>. En su opinión, si la concepción objetiva de la lesión es injusta, la subjetiva está vacía y el legislador, sin duda, sería sabio en no optar por ellas<sup>618</sup>, que es, añadido yo, lo que ha hecho la reforma de la Ordonnance n.º 2016-131.*

En cuanto al vigente Derecho francés, en este se sigue disponiendo que los vicios del consentimiento son el error, el dolo y la violencia (art. 1130 CCF, que transcribí *supra* [41]). Y como expuse *supra* [47], el legislador francés de la *Ordonnance n.º 2016-131* optó por insertar el abuso del estado de dependencia en el vicio de la violencia *con sus propias exigencias y efectos* (art. 1143 CCF, que transcribí *supra* nota 247), recogiendo la jurisprudencia de la *Cour de Cassation*, y figura que la doctrina y los prácticos habían calificado de «violencia económica» (en el *Rapport* se apunta que se trata de una innovación esencial)<sup>619</sup>. Con este nuevo diseño normativo, en el vigente Derecho francés ¿ya no hay riesgo de que pueda llegar a admitirse el dolo sin error?

Deshayes/Genicon/Laithier consideran que, ahora, la necesidad será menor, pero no descartan que ese riesgo se materialice dados los requisitos que para el abuso del estado de dependencia se exigen en el artículo 1143 CCF (que, como ya he apuntado, transcribí *supra* nota 247)<sup>620</sup>. En cambio, Chantepie/Latina, Mauger-Vielpeau, y Fages se limitan a indicar, para la vigente regulación, que el dolo genera un error en su víctima<sup>621</sup> (de lo que podría inducirse que consideran que no cabe el dolo sin error).

b) Al compartir el vigente Derecho belga la regulación originaria de los vicios del consentimiento del *Code civil* francés de 1804<sup>622</sup>, en dicho Derecho también ha aparecido el problema de

victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel. Si le rétablissement s'avère impossible, le juge prononce la nullité du contrat»; nota 4 en p. 258).

<sup>616</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 250, p. 258.

<sup>617</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 250, p. 258.

<sup>618</sup> FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 250, p. 258.

<sup>619</sup> *Supra* nota 248 para el *Rapport*; por otro lado, los artículos 1140 a 1142 CCF (que transcribí *supra* en nota 246) se ocupan vicio de la violencia.

<sup>620</sup> *Supra* [47].

<sup>621</sup> *Supra* [47].

<sup>622</sup> *Supra* [69]; *vid.* también *supra* [5] y nota 11.



cómo solucionar los casos de indebida influencia y de estado de necesidad. Y la solución ha venido a través de la teoría de la *lésion qualifiée*, sin perjuicio de la posible aplicación del dolo y de la inserción del estado de necesidad en el vicio de la violencia<sup>623</sup>. Por lo que respecta a la regulación de la *Proposition de Loi*, en esta, a los tradicionales vicios del consentimiento del error, del dolo y de la violencia, *se añade un cuarto vicio del consentimiento, el del abuso de circunstancias* (art. 5.37 PLNCCB)<sup>624</sup>. El artículo 5.41 PLNCCB regula específicamente ese vicio del abuso de circunstancias (sus requisitos y efectos)<sup>625</sup>. Es oportuno que llame la atención sobre el hecho de que en la *Proposition de Loi* se haya girado de la solución de la lesión, en concreto de la teoría de la *lésion qualifiée*, a la solución del vicio del consentimiento del abuso de circunstancias, manteniéndose en dicho vicio del consentimiento los requisitos y efectos de la teoría de la *lésion qualifiée*.

*Segunda.* a) En el Derecho francés *anterior* y *posterior* a la reforma de la *Ordonnance n.º 2016-131* se destaca la doble naturaleza del dolo. Esto es, que haciendo el enfoque a partir de la víctima del dolo, existe un *vicio del consentimiento*, y haciéndolo a partir del autor del dolo, hay un *delito (ilícito) civil*<sup>626</sup>. La doble naturaleza del dolo se manifestará, oportunamente, en los posibles *efectos* del dolo, en los de la anulación del contrato o/e indemnización de los daños y perjuicios (al respecto *infra* conclusión *décima*).

b) En el vigente Derecho belga, el dolo también es un ilícito civil y un vicio del consentimiento<sup>627</sup>.

*Tercera.* a) En cuanto a los elementos que conforman dolo, en el Derecho francés *anterior* a la reforma de la *Ordonnance n.º 2016-131* se encuentra asentada la idea de que su autor debe haber tenido la intención de engañar a su víctima (el llamado elemento intencional)<sup>628</sup>. Tras la reforma de la *Ordonnance n.º 2016-131*, se sigue entendiendo que el elemento intencional es exigible en el dolo. El problema es *en qué artículo o artículos de la vigente regulación del Code civil francés asentarlo*. Ello se debe a la redacción adoptada en el artículo 1137.I CCF (que transcribí *supra* [41]) de que «[e]l dolo es el hecho de que un contratante obtenga el consen-

<sup>623</sup> *Supra* [73] y [A] y [B].

<sup>624</sup> *Supra* [87].

<sup>625</sup> *Supra* [89] en caja más pequeña.

<sup>626</sup> Para el Derecho francés *anterior* a la *Ordonnance n.º 2016-131*, *supra* [16], y para el *posterior* a la *Ordonnance n.º 2016-131*, *supra* [41] y [66].

<sup>627</sup> *Supra* [74].

<sup>628</sup> *Supra* [16]. Sobre el *dolus eventualis* en el Derecho alemán y en los PECL, *supra* nota 184, último párrafo.

timiento del otro mediante maniobras o mentiras»<sup>629</sup>. Y al respecto se han hecho distintas propuestas. Deshayes/Genicon/Laithier señalan *que* se trata de un requisito tradicional del dolo, que está implícito en el artículo 1137.I CCF, y *que* el artículo 1137.II CCF menciona expresamente el carácter intencional del dolo, aunque lo refiera a la reticencia dolosa<sup>630</sup>. Chantepie/Latina consideran *que* el reconocimiento del elemento intencional se le sobreentiende en el artículo 1137.I CCF, *que* aparece claro en el artículo 1137.II CCF para la reticencia dolosa, y entienden que en el artículo 1139 CCF es en donde se encuentra el fundamento general de la exigencia de la intención de engañar<sup>631</sup>. Para Mauger-Vilpeau, aunque de modo tenue, el artículo 1137.I CCF se refiere al elemento intencional del dolo<sup>632</sup>.

b) En el vigente Derecho belga, también es requisito del dolo la intención de su autor de engañar al otro para que celebre el contrato<sup>633</sup>. Y en el artículo 5.39.I PLNCCB, se expresa la idea de que el dolo implica que una parte ha engañado a su cocontratante intencionalmente<sup>634</sup>.

*Cuarta.* a) Sobre el otro elemento del dolo, el llamado elemento material, en el Derecho francés *anterior* a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131*, el artículo 1116 CCF (que transcribí *supra* 13 [A]) solo utiliza el término «maniobra», que, considerado estrictamente, significa acto del hombre (se trata del *dolo activo*)<sup>635</sup>. Pero el engaño de la víctima del dolo puede llevarse a cabo mediante otra conducta, también *activa*, consistente en mentir al otro, y así lo admite la jurisprudencia francesa que afirma que basta la simple mentira para que pueda haber dolo, no precisándose de un acto exterior<sup>636</sup>. Asimismo, la jurisprudencia francesa señala que el dolo puede realizarse a través de la reticencia dolosa (el llamado *dolo pasivo, u omisivo*), algo que aquélla inicialmente no había admitido<sup>637</sup>. Sin embargo, para que pueda haber lugar a la reticencia dolosa es preciso que, quien la cometa, tenga a su cargo una obligación de informar al otro contratante. El problema es que en el *derecho común* francés *anterior* a la reforma de la *Ordonnance n.º 2016-131* no se disponía de una general obligación de informar al otro y la doctrina francesa se ocupó de su estudio, esto es, de

<sup>629</sup> Al respecto *vid. supra* notas 260 y 264.

<sup>630</sup> *Supra* [48].

<sup>631</sup> *Supra* [48].

<sup>632</sup> *Supra* [48].

<sup>633</sup> *Supra* [74].

<sup>634</sup> *Supra* [89].

<sup>635</sup> *Supra* [17].

<sup>636</sup> *Supra* [18].

<sup>637</sup> *Supra* [20].

cuándo existía el deber de informar al otro y cuándo no (y entonces, en este último supuesto, uno ha de encargarse de su autoinformación)<sup>638</sup>. Además, en el Derecho francés anterior a la *Ordonnance n.º 2016-131* se ha prestado particular atención a la cuestión de si uno ha de informar al otro *sobre el valor de la prestación del otro*, siendo al respecto decisiva la conocida *S 03.05.2000* (asunto *Baldus*) en virtud de la cual el comprador *no* tiene que informar al vendedor del valor real del objeto<sup>639</sup>. En otros casos, la jurisprudencia ha admitido que existía una obligación de informar al otro (*S 27.02.1996*, asunto *Vilgrain*), lo que puede entenderse justificado en la exigencia de lealtad<sup>640</sup>.

En el vigente Derecho francés se hace *expresa* mención de que el dolo puede tener lugar mediante maniobras, mentiras, o reticencia dolosa (art. 1137, I y II CCF, que transcribí *supra* [41]). La explícita alusión a la *reticencia dolosa* en el artículo 1137.II CCF, según el cual «constituye igualmente dolo la disimulación intencional por uno de los contratantes de una información que sabe de su carácter determinante para la otra parte», es para Deshayes/Genicon/Laithier la principal actualización del artículo 1137 CCF<sup>641</sup>. Además, la *Ordonnance n.º 2016-131* codifica un deber general de información en el artículo 1112-1 CCF (que transcribí *supra* [42]), dando unas pautas sobre cuándo existe, y que, según el *Rapport*, se consagra de modo autónomo e independiente al deber de buena fe<sup>642</sup>. En el párrafo II de dicho artículo 1112-1 CCF se especifica que el deber de información regulado *no recae sobre el valor de la prestación*, lo supone recoger la doctrina *Baldus* de la *S 03.05.2000* de la *Cour de Cassation*<sup>643</sup>. Por otro lado y para el dolo, el artículo 1139 CCF (que transcribí *supra* [41]) ordena que el error que resulta del dolo y que recae sobre el valor de la prestación es siempre causa de nulidad, y el dolo, en virtud del artículo 1137.II CCF (que transcribí *supra* [41]), incluye a la reticencia dolosa. Surge la cuestión de cómo se coordinan los artículos 1137 y 1139 CCF, referidos al dolo, con el artículo 1112-1 CCF, referido al deber de informar, y sobre ello hay disparidad de opiniones. Por ejemplo, Deshayes/Genicon/Laithier consideran que, solo con los anteriores datos, predomina la norma del dolo de los artículos 1137.II y 1139 CCF, sobre la del artículo 1112-1.II CCF, y por tanto, no se aplica la doctrina *Baldus* y ha de informarse siempre al

<sup>638</sup> *Supra* [21].

<sup>639</sup> *Supra* [22]; jurisprudencia confirmada por la posterior *S 17.01.2007*.

<sup>640</sup> *Supra* [23].

<sup>641</sup> *Supra* [50]. En el *Rapport* se indica que se ha consagrado la reticencia dolosa en el artículo 1137.II CCF (*supra* [44]).

<sup>642</sup> *Supra* [45].

<sup>643</sup> Sobre la doctrina *Baldus supra* [22].

otro contratante sobre el valor de su prestación en cuanto sea determinante de su consentimiento<sup>644</sup>. Sin embargo, proponen interpretar el artículo 1137.II CCF a la luz de la buena fe, considerando que la lealtad no siempre impone, más bien raramente lo hace, que haya de informarse al otro del valor de su prestación<sup>645</sup>. Según Savaux, quien en su trabajo no considera a los artículos 1139 y 1137.II CCF, la doctrina *Baldus* sigue vigente en el Derecho francés con el artículo 1112-1 CCF<sup>646</sup>. Y para Chantepie/Latina, la reticencia dolosa se encuentra desconectada de la obligación de información del artículo 1112-1 CCF, lo cual se traduce en que hay dolo si su autor sabía de la importancia decisiva de una información para el otro, no importando si esa información recaía sobre el valor de la prestación<sup>647</sup>. Las expuestas explicaciones son *anteriores* a la *Loi n.º 2018-287* y la citada *Loi* añade un párrafo III al artículo 1137 CCF (que transcribí *supra* [41]), según el cual, «[...] no constituye dolo el hecho de que una parte no revele a su cocontratante su estimación sobre el valor de la prestación», procediéndose, con ello, a la coordinación entre los artículos 1137 CCF y 1112-1 CCF, en beneficio del último (esto es, de la doctrina *Baldus*). El artículo 1137.III CCF se aplica a los contratos perfeccionados entre el 01.10.2018 y en adelante<sup>648</sup>. En opinión de Deshayes/Genicon/Laithier, la norma del artículo 1137.III CCF es *demasiado rígida*, pues, no solo antes de la reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131* existía la doctrina *Baldus*, sino que también existía la doctrina *Vilgrain* (*S 27.02.1996*)<sup>649</sup>, según la cual en las relaciones marcadas por una relación de lealtad particularmente reforzada puede haber una reticencia dolosa sobre el valor de la prestación. Por ello, *proponen* que, para la interpretación del artículo 1137.III CCF, se tenga en cuenta el equilibrio que mantienen la doctrina *Baldus* y la doctrina *Vilgrain*, lo que supone que haya de atenderse a diversos factores, así a la facilidad y el mérito (el esfuerzo) en el acceso a la información sobre el valor de la prestación y a la relación de confianza entre las personas implicadas<sup>650</sup>.

b) En el vigente Derecho belga, el término «maniobras» del artículo 1116 CCB (al respecto *supra* [69]) se interpreta de modo amplio; esto es, el dolo puede realizarse mediante maniobras, mentiras, o reticencia dolosa<sup>651</sup>. Ahora bien, en el Derecho belga, su

<sup>644</sup> *Supra* [52].

<sup>645</sup> *Supra* [52].

<sup>646</sup> *Supra* [52].

<sup>647</sup> *Supra* [52].

<sup>648</sup> *Supra* [10] y [11].

<sup>649</sup> *Supra* [23]; doctrina que reafirma la posterior *S 25.03.2010*.

<sup>650</sup> *Supra* [53].

<sup>651</sup> *Supra* [75].

jurisprudencia evolucionó, pues, de inicialmente limitar el dolo, al activo, admite que la reticencia dolosa pueda constituir dolo<sup>652</sup>. La admisión, de que la reticencia dolosa pueda constituir dolo, presupone la infracción de una obligación de informar al otro, y aquí, dado que en el Derecho belga su Código civil es, en la materia que analizo, el *Code civil* francés en su redacción originaria, en aquel no existe una obligación *legal y general* de informar al otro. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia admiten que en ciertos casos existe una obligación de informar al otro, determinable *según las circunstancias*, por lo que en otros casos no existe obligación de informar (es uno el que ha de informarse)<sup>653</sup>.

En la *Proposition de Loi*, por un lado, el artículo 5.39 PLNCCB (que transcribí *supra* [87]), sigue empleando el término «maniobras» del vigente artículo 1116 CCB. Dicho término incluye al acto y a la mentira<sup>654</sup>. Además, el párrafo II del citado artículo 5.39 PLNCCB se encarga de aclarar que la maniobra incluye a la reticencia dolosa, conectando la misma con el incumplimiento del deber de informar ordenado por el artículo 5.20 PLNCCB (que transcribí *supra* [88]). Según este último artículo, durante las negociaciones precontractuales, las partes han de informarse cuando se lo imponga la ley, la buena fe y los usos, teniendo en cuenta la condición de las personas, sus expectativas razonables y el objeto del contrato<sup>655</sup>.

*Quinta.* a) En el Derecho francés *anterior* a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131* se conoce la noción de *dolus bonus*, que no cuenta con una definición legal y *es dolo no sancionable*<sup>656</sup>. En el *vigente* Derecho francés se sigue sin hacer mención del *dolus bonus* en el Código civil, y Mauger-Vielpeau apunta que el artículo 1137.I CCF (que transcribí *supra* [41]) no distingue entre un *dolus bonus* y otro *dolus malus*<sup>657</sup>.

b) En el vigente Derecho belga también se conoce la noción de *dolus bonus*, no codificada<sup>658</sup>, y en la *Proposition de Loi* no se hace mención alguna a dicha noción al regular el dolo.

<sup>652</sup> *Supra* [76]; *S 28.04.1961, S 08.06.1978 y S 17.02.2012* de la *Cour de Cassation*.

<sup>653</sup> *Supra* [77].

<sup>654</sup> *Supra* [90].

<sup>655</sup> *Supra* [91].

<sup>656</sup> *Supra* [19]. Igualmente, en el Derecho italiano, el *dolus bonus* no se codifica y es distinción conocida [según CATAUDELLA, es distinción tradicional; *supra* [19] [B]]. En cambio, otros Código civiles han optado por contemplar expresa y legalmente al *dolus bonus*, como el Código civil de los Países Bajos [art. 3:44 (3) BW; al respecto *supra* [19] [B] y nota 125] y el Código civil portugués [vigente art. 253.2 CCP; el derogado Código civil de 1867 también lo contemplaba en su art. 667; al respecto *supra* [19] [B] y nota 126].

<sup>657</sup> *Supra* [49].

<sup>658</sup> *Supra* [75] y nota 465.

*Sexta.* a) En el Derecho francés *anterior* a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131*, el artículo 1116 CCF.I (que transcribí *supra* [13] [A]) contempla el *dolo principal*, esto es, aquél en que, sin la conducta dolosa del otro contratante, la víctima del dolo no habría consentido y este dolo permite que el contrato pueda *anularse* (el dolo fue determinante)<sup>659</sup>. Aunque el artículo 1116.I CCF no lo menciona expresamente, en el Derecho francés *anterior* a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131* se conoce al *dolo incidental*, en el que la víctima del dolo, aún sin él, habría igualmente concluido el contrato, pero, lo habría hecho en condiciones más ventajosas para ella (menos onerosas); este dolo incidental *solo* permite a su víctima exigir la oportuna *indemnización de daños y perjuicios*<sup>660</sup>. *Ahora bien*, algunos autores denuncian (rechazan) que se diferencie entre el dolo principal y el incidental, al considerar que se trata de una distinción artificial, por ser irreal pretender distinguir entre la voluntad de contratar, considerada en abstracto, y la voluntad de contratar en determinadas condiciones<sup>661</sup>. Y a propósito de que el *dolo incidental* permita la *nulidad* del contrato, si ello se demanda, suele citarse la *S 22.06.2005* de la tercera *chambre civile* de la *Cour de Cassation*, en la que así se entendió<sup>662</sup>. En cuanto a la apreciación de que el dolo determinó el consentimiento, se considera que ha de apreciarse *in concreto*<sup>663</sup>. Por último, *el dolo permite* que el contrato pueda anularse si su víctima sufrió un error sobre el valor de la cosa, o un error sobre los motivos extraños a las cualidades de la cosa o de la persona, o un error no sustancial, lo que no se admite en relación con el error vicio del artículo 1110 CCF (que transcribí *supra* nota 89)<sup>664</sup>.

En el *vigente* Derecho francés, el artículo 1130.I CCF (que transcribí *supra* [41]) dispone que *el dolo vicia el consentimiento si es de tal naturaleza que, sin él, la otra parte no habría contratado*

<sup>659</sup> *Supra* [25].

<sup>660</sup> *Supra* [25]. Sobre el origen de la distinción entre el dolo principal y el incidental, ZIMMERMANN, *supra* [25] [A].

<sup>661</sup> *Supra* [26]; así lo denuncian FLOUR/AUBERT/SAVAUX y citan como autores que tenían esa opinión a Planiol y Ripert, Esmein, y Ghestin (*supra* nota 188), y en esa misma dirección MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI citan a Marty y Raynaud, además de a otros autores (*supra* nota 188); añádase a lo anterior a BÉNABENT (también *supra* nota 188). Sin embargo, tanto MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI y MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK señalan que *sí* se distingue entre el dolo principal y el incidental (*supra* nota 189).

<sup>662</sup> *Supra* [26] [A]; pero *vid.* la advertencia que al respecto hacen MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI, *supra* [26] [B].

Por otro lado, otros Derechos no distinguen entre el dolo principal (causal) y el dolo incidental. Por ejemplo, el Derecho alemán (*supra* notas 184 y 183), y parece que el Derecho suizo (*supra* nota 183). Tampoco se distingue en los PECL (*supra* nota 184).

<sup>663</sup> *Supra* [27].

<sup>664</sup> *Supra* [28].



*o habría contratado en condiciones sustancialmente diferentes.* Esto es, para que exista el vicio del consentimiento, el dolo debe haber determinado el consentimiento de su víctima *en el sentido descrito por el artículo 1130.I CCF*<sup>665</sup>. Se entiende que una de las novedades del artículo 1130 CCF es su alusión al dolo incidental, apuntándose que no se distingue entre el dolo principal y el incidental y este último permite la anulación del contrato (Chantepie/Latina, Mauger-Vielpeau)<sup>666</sup>. Ahora bien, Deshayes/Genicon/Laithier destacan que lo que el artículo 1130.I CCF contempla es el supuesto en el que la víctima del dolo hubiera contratado en condiciones sustancialmente diferentes, que se asimila a aquel otro en que aquélla no hubiera contratado, y en ambos se podrá anular el contrato, y, *enfrente, se encuentra* el supuesto en el que el dolo da lugar a que, sin él, su víctima hubiera contratado en condiciones *no sustancialmente diferentes*<sup>667</sup>. Así pues, Deshayes/Genicon/Laithier *diferencian el dolo principal*, que incluye los dos supuestos (las dos variables) contemplados(as) en el artículo 1130.I (no se hubiera contratado; se hubiera contratado en condiciones sustancialmente diferentes) que permiten la anulación del contrato, y *el dolo incidental*, que da lugar a una modificación secundaria del contrato, que no permite la anulación total del contrato, y cuya sanción es la indemnización de daños y perjuicios<sup>668</sup>. En cambio, para Chantepie/Latina, *no se precisa* de la noción de dolo incidental para el supuesto en el que el dolo hubiere causado a su víctima una diferencia no sustancial en el contrato, ya que a esta le basta probar la culpa del otro contratante cuando concluyó el contrato y exigir la reparación de los daños y perjuicios fundamentándolo en el artículo 1240 CCF que versa sobre la responsabilidad extracontractual<sup>669</sup>.

Para apreciar si el dolo tuvo un carácter determinante sobre su víctima, el artículo 1130.II CCF (que transcribí *supra* [41]) ordena que se tengan en cuenta a las personas y las circunstancias en las que estas dieron su consentimiento, recogándose así el tradicional apego del Derecho francés a la voluntad interna de la víctima del dolo<sup>670</sup>. El error fruto del dolo es siempre excusable, y da lugar a la anulación del contrato incluso si recayó sobre el valor de la presta-

<sup>665</sup> *Supra* [54].

<sup>666</sup> *Supra* [55].

<sup>667</sup> *Supra* [55].

<sup>668</sup> *Supra* [55].

<sup>669</sup> *Supra* [55] en caja más pequeña; para el artículo 1240 CCF, *supra* nota 408, segundo párrafo.

<sup>670</sup> *Supra* [56].

ción o sobre un simple motivo del contrato (art. 1139 CCF que transcribí *supra* [41])<sup>671</sup>.

b) En el vigente Derecho belga, la doctrina y la jurisprudencia diferencian entre el *dolo principal*, sin el cual la víctima del dolo no hubiera consentido el contrato y dolo que le permite la *anulación* del contrato, y el *dolo incidental*, sin el cual la víctima del dolo hubiera consentido al contrato en otras (mejores) condiciones y que *solo* le permite exigir la oportuna *indemnización de daños y perjuicios*<sup>672</sup>. La mayoría de la doctrina aprueba esa distinción entre dolos, aunque otra parte la discute<sup>673</sup>. Por otro lado, Wéry critica la tesis que propugna la anulación del contrato por dolo incidental a través de la vía de la indemnización *in natura*, incardinándola en la responsabilidad extracontractual del artículo 1382 CCF (pues, señala, no hay una equivalencia cuantitativa)<sup>674</sup>. En el vigente Derecho belga, la inexcusabilidad del error de la víctima del dolo no impide la anulación del contrato, lo que se justifica en que *Fraus omnia corrumpit*<sup>675</sup>.

En la *Proposition de Loi*, su artículo 5.37.I (que transcribí *supra* [87]) prescribe que no hay consentimiento válido si fue consecuencia de un dolo determinante del vicio del consentimiento; esto es, que sin el dolo, su víctima no hubiera consentido (*dolo principal*). Según el artículo 5.37.II PLNCCB (que transcribí *supra* [87]) y a salvo las oportunas excepciones que haya, lo cual apunta el citado artículo 5.37.II PLNCCB, el vicio del consentimiento permite la *anulación* del contrato. En su regulación del dolo, la *Proposition de Loi* no menciona al *dolo incidental*, pero sí se le menciona en el *Comentario* que acompaña a dicha *Proposition de Loi*, sobre el que se indica que solo tiene por consecuencia que el engañado ha contratado en condiciones más onerosas y no afecta a la validez del contrato, y *solo* se puede exigir la *indemnización de daños y perjuicios* por la culpa precontractual del autor del dolo<sup>676</sup>. El carácter determinante del dolo se aprecia en la víctima del dolo<sup>677</sup>. Por último, según el artículo 5.39.III PLNCCB (que transcribí *supra* [87]),

<sup>671</sup> *Supra* [57]; recuérdese que el vigente artículo 1137.III CCF dispone que no es dolo el hecho de que un contratante no informe al otro de su estimación sobre el valor de la prestación (al respecto, *supra* [53]).

<sup>672</sup> *Supra* [78].

<sup>673</sup> Según informa VAN OMMESLAHGE, *supra* [78] [A].

<sup>674</sup> *Supra* [78] [C]; el artículo 1382 CCB tiene el mismo tenor literal que el derogado artículo 1382 CCF, que transcribí *supra* [37].

<sup>675</sup> *Supra* [79]; sin embargo, en 1962, DE PAGE (en ese mismo [79] y en caja más pequeña) consideraba que no había que proteger la ignorancia imperdonable o la negligencia grosera. En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, habiendo culpa en la víctima del dolo, *supra* [84].

<sup>676</sup> *Supra* [92].

<sup>677</sup> *Supra* [92].

el dolo es causa de nulidad (relativa) con independencia del carácter excusable del error (ya que *Fraus omnia corrumpit*)<sup>678</sup>.

*Séptima.* a) En el Derecho francés *anterior* a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131*, el dolo principal que permite anular el contrato es el *dolo de parte*. Esto es, de acuerdo con el artículo 1116 CCF (que transcribí *supra* [13] [A]), *en los contratos onerosos, el dolo debe provenir del otro contratante, y si provino de tercero, se entiende que no cabrá la anulación contractual, aunque el contratante que sufrió el dolo de tercero puede exigir de este último la oportuna indemnización de daños y perjuicios*<sup>679</sup>. Obra de los autores es la identificación de *quién es tercero*; esto es, *cuándo hay, ciertamente, dolo de tercero*. En este sentido, por ejemplo, se entiende que sí cabe la anulación del contrato si medió *complicidad* entre el tercero y el otro contratante que se beneficia de la celebración del contrato; también, si el tercero es *representante* del otro contratante; y lo mismo, si el tercero tiene un *interés directo* en el contrato celebrado *dentro de un grupo de contratos*<sup>680</sup>. Se advierte, *además*, que si hubo dolo de tercero y su víctima reúne los requisitos que para el error vicio se exigen en el artículo 1110 CCF (que transcribí *supra* nota 89), dicha víctima podrá anular el contrato apoyándose en este otro vicio del consentimiento del error<sup>681</sup>.

En cuanto a las *liberalidades* (dentro de ellas se encuentra la donación), en el Derecho francés *anterior* a la *Ordonnance n.º 2016-131*, el *dolo de tercero* permite considerar nulo al acto (art. 901 CCF que transcribí *supra* nota 202).

En el *vigente* Derecho francés, de conformidad con el artículo 1137.I CCF (que transcribí *supra* [41]), el dolo principal de parte permite a su víctima la anulación del contrato. Pero además, el artículo 1138.I CCF (que transcribí *supra* [41]) precisa que hay dolo (se entiende que de parte) si el dolo procede del representante, del gestor de negocios, del encargado (auxiliar), o del «*porte-fort*»<sup>682</sup>. El artículo 1138.II CCF (que también transcribí *supra* [41]) *añade* que hay dolo si procede del tercero en «*connivencia*» (no emplea el tradicional término de «*complicidad*»), surgiendo la cuestión de identificar los supuestos de hecho en él incluidos<sup>683</sup>. Para Desha-

<sup>678</sup> *Supra* [93].

<sup>679</sup> *Supra* [30] y [31].

<sup>680</sup> *Supra* [33]; además, en los contratos de garantía se plantea, si el garante puede anular su garantía, cuando sufrió dolo por parte del deudor principal.

<sup>681</sup> *Supra* [33].

<sup>682</sup> *Supra* [59]. Sobre el concepto del «*porte-fort*», *supra* nota 330, y sobre la razón de cada uno de los supuestos contemplados en el artículo 1138.I CCF, *supra* [61].

<sup>683</sup> *Supra* [59] y [62].

yes/Genicon/Laithier, la «connivencia» llega a incluir cuándo el otro contratante conoce del dolo de tercero y guarda silencio, si bien asimismo apuntan que se trataría de una reticencia dolosa encuadrable en el artículo 1137.II CCF<sup>684</sup>. En la misma línea se manifiestan Chantepie/Latina<sup>685</sup>. Mauger-Vielpeau y Cabrillac se limitan a hacer equivalente la «connivencia» con la «complicidad», y Malinvaud/Fenouillet/Mekki apuntan la inspiración del artículo 1138.II CCF en los PECL y en la jurisprudencia anterior<sup>686</sup>. Valorando lo dispuesto en el artículo 1138 CCF, Deshayes/Genicon/Laithier se muestran *críticos* con él, por su limitado listado de supuestos de hecho, y de ahí que interpreten ese artículo 1138 CCF en el sentido de que su listado es *meramente ilustrativo*, apuntando una serie de criterios que permiten incluir más supuestos de los expresamente previstos en el artículo 1138 CCF (inducción, deducción) a fin de conseguir la justa distribución del riesgo de la mala actuación del tercero<sup>687</sup>. Deshayes/Genicon/Laithier, y Cabrillac, señalan además, que en el acto *a título gratuito el dolo de tercero es causa de nulidad*<sup>688</sup>.

En cuanto al (estricto, auténtico) dolo de tercero, este no permite a su víctima que pueda anular el contrato, aunque esta podrá exigir del tercero la oportuna indemnización de los daños y perjuicios. Ciertamente, la anterior norma no se encuentra directamente expresada en la *vigente* regulación del dolo, si bien Deshayes/Genicon/Laithier la extraen de la interpretación *a sensu contrario* del artículo 1138.II CCF, mientras que Chantepie/Latina lo hacen de la interpretación *a sensu contrario* del artículo 1137.I CCF<sup>689</sup>. Además, se sigue admitiendo que la víctima del dolo de tercero, que no puede por él anular el contrato, pueda hacerlo amparándose en el vicio de error de los artículos 1132 a 1136 CCF, si reúne sus requisitos de aplicación<sup>690</sup>.

Por último, Deshayes/Genicon/Laithier recuerdan las *distintas reglas* que el Derecho francés *anterior* a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131* hacía del *dolo de tercero (no permitiéndose a su víctima la anulación del contrato)*; derogado art. 1116 CCF) y de

<sup>684</sup> *Supra* [62].

<sup>685</sup> *Supra* [62].

<sup>686</sup> *Supra* [62]; en cuanto al artículo 4:111 PECL, *supra* [33] [B], en donde también me refiero a la regulación del dolo de tercero en los Principios UNIDROIT (art. 3.2.8; versión de 2016). Por otro lado, sobre el tratamiento que del dolo de tercero hacen el Derecho alemán, *supra* [62] [C], el Derecho de los Países Bajos, *supra* [62] [D], el Derecho italiano, *supra* [62] [E], el Derecho portugués, *supra* [62] [F] y el Derecho suizo, *supra* [62] [G].

<sup>687</sup> *Supra* [63].

<sup>688</sup> Para DESHAYES/GENICON/LAITHIER, *supra* [63]; para CABRILLAC, *supra* nota 375, segundo párrafo.

<sup>689</sup> *Supra* [60].

<sup>690</sup> *Supra* [59].

la intimidación de tercero (permitiéndose a su víctima la anulación; derogado art. 1111 CCF, que transcribí *supra* nota 380) y son reglas que continúan en el vigente Derecho francés (para el dolo, arts. 1137 y 1138 CCF, y para la violencia, art. 1142 CCF, que transcribí *supra* nota 246)<sup>691</sup>.

b) En el vigente Derecho belga, teniendo en cuenta el tenor literal del artículo 1116 CCB (al respecto *supra* [69]), el dolo de parte es el que permite a su víctima la anulación del contrato, admitiéndose además que dicha víctima pueda proceder a la anulación del contrato si hubo *complicidad* entre el tercero y la otra parte; si esta última (la otra parte) *supo* de la actuación del tercero y *guardó silencio*; y si el tercero era *representante* de la otra parte<sup>692</sup>. En cambio, el (estricto, auténtico) dolo de tercero no permite a su víctima que pueda anular el contrato por el dolo sufrido, aunque la víctima podrá exigir del tercero la oportuna indemnización de los daños y perjuicios<sup>693</sup>. Habiendo dolo de tercero, se admite que si su víctima reúne los requisitos del error vicio del

<sup>691</sup> *Supra* [63] [A.1].

a) En su análisis comparado de las vigentes normas aplicables en el Derecho francés al dolo de tercero y a la violencia de tercero, DESHAYES/GENICON/LAITHIER mientan, para el Derecho argentino y el dolo de tercero, al (vigente) artículo 274 CCCA. En dicho Derecho, no se da un diferente tratamiento jurídico al dolo de tercero y a la violencia de tercero (para esta última, el art. 277 CCCA), permitiéndose para ambos, que su víctima pueda anular el contrato. Sobre el vigente Derecho argentino, *supra* [63] [A.1] y nota 384; *vid.* también nota 392 para toda la vigente regulación del dolo. Ahora bien, en el derogado Código civil de Argentina ya se ordenaba la misma regla de que el dolo de tercero (art. 935 CCA) y la violencia de tercero (art. 941 CCA) permitían a su víctima la anulación del contrato, y CARRANZA explica cómo se llegó a esa norma, solución del igual trato jurídico (que la víctima puede anular el contrato) con la que CARRANZA se manifiesta de acuerdo (*supra* [63] [A.1]). En sus explicaciones, CARRANZA se refiere al (derogado y vigente cuando escribía en 1973) Derecho francés, que no permitía, en el dolo de tercero, la anulación del contrato, y sí lo permitía para la violencia de tercero, indicando que dicha solución la acogió el Derecho chileno (*supra* nota 385), el italiano de 1865 (*supra* nota 386), el español, y el suizo (*supra* nota 387).

Más allá de lo apuntado por CARRANZA, y ubicándome en el ámbito de algunos Derechos latinoamericanos, en unos se acoge la solución clásica de dar un tratamiento jurídico distinto al dolo de tercero (no cabe la anulación) y a la violencia de tercero (sí cabe la anulación) como en el antes citado Derecho chileno y en los Derechos colombiano (*supra* nota 385), uruguayo (*supra* nota 395), venezolano (*supra* nota 395) y peruano (*supra* nota 395). En cambio, acogen la solución del Derecho argentino (que el dolo y la violencia de tercero permiten la anulación del contrato), el Derecho paraguayo (*supra* nota 384) y el Proyecto de Código civil de Colombia (primera versión) de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (Universidad Nacional de Colombia) (*supra* nota 385, último párrafo). Por último, otra solución se recoge en el Derecho brasileño y así, aplicando una misma regla para el dolo de tercero y la violencia de tercero, esta consiste en que la víctima podrá anular el contrato si la parte a la que aprovecha conoció o debía conocer de ese dolo o violencia de tercero (*supra* nota 395).

b) En cuanto a la regulación de los PLDC 2017 sobre el dolo de tercero, su artículo 32 (1) admite que el dolo puede provenir de un tercero, indicando DE LA MAZA GAZMURI/VIDAL OLIVARES que se trata de la regla que se recoge en el vigente artículo 274 CCCA (*supra* [63] [A.2]; y para las versiones anteriores de los PLDC, *supra* nota 393).

<sup>692</sup> *Supra* [80] y [81].

<sup>693</sup> *Supra* [80].

artículo 1110 CCB (del mismo tenor literal que el derogado art. 1110 CCF, que transcribí *supra* nota 89), pueda anular el contrato alegando dicho error vicio<sup>694</sup>. De Page critica duramente la incoherencia de que el dolo de tercero no permita a su víctima anular el contrato, y sí se le permita la anulación por la intimidación de tercero (art. 1111 CCB), llegando a afirmar que la regulación del Código civil (belga) es la defectuosa y no las justificaciones que los autores suelen apuntar para las distintas normas del dolo de tercero y la violencia de tercero<sup>695</sup>. Wéry y Dekkers aportan similares consideraciones a las de Page<sup>696</sup>. Más allá de lo anterior, en las *liberalidades*, el dolo de tercero permite su nulidad<sup>697</sup>.

En la *Proposition de Loi*, el artículo 5.37.III (que transcribí *supra* [87]) dispone que el *dolo que proviene del cómplice del otro contratante*, así como el que *procede de otra persona de la que el otro contratante deba responder, se asimilan al dolo de parte*. En consecuencia, *en tales casos*, la víctima del dolo *podrá anular* el contrato. Ahora bien, dicho artículo 5.37.III PLNCCB dispone la anterior norma no solo para el dolo, sino *también* para los vicios de la violencia y del abuso de circunstancias. Es decir y comparando con la *vigente* regulación del Derecho belga, *por un lado*, la norma de que *la violencia de tercero* (de cualquier tercero) permite a su víctima la anulación del contrato del artículo 1111 CCB, se ve *reducida* a lo ordenado por el artículo 5.37.III PLNCCB, y *por otro lado*, en lo que respecta al *dolo*, la norma del artículo 1116 CCB de que el dolo debe proceder de parte, se *amplia*, en cuanto que *expresa y legalmente* se admite, en el artículo 5.37.III PLNCCB, que el dolo de ciertos terceros permite a su víctima anular el contrato<sup>698</sup>.

*Octava.* a) En el Derecho francés *anterior* a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131*, legislativamente nada se dispone para el *dolo recíproco*, y para él, Fabre-Magnan recuerda que la *Cour de Cassation* admite que el contratante, víctima de maniobras doloosas, *puede anular el contrato, no importando que el mismo haya tratado creyendo que obtenía una ventaja sustancial no justificada*<sup>699</sup>. En el *vigente* Derecho francés, *nada se indica para el dolo*

<sup>694</sup> *Supra* [81].

<sup>695</sup> *Supra* [81] en caja más pequeña.

<sup>696</sup> *Supra* [81] en caja más pequeña.

<sup>697</sup> *Supra* nota 511, y [69] en caja más pequeña.

<sup>698</sup> *Supra* [94]. Cfr. con la solución dada para el dolo de tercero y la violencia (amenaza) de tercero en los Principios UNIDROIT y en los PECL (*supra* [33] [B]), y en el Derecho brasileño (*supra* nota 395 último párrafo). Por otro lado y en otro plano, cfr. también con lo que el Derecho francés dispone para la violencia y para la violencia del abuso del estado de dependencia [*supra* nota 246 y, en particular, nota 247 a)].

<sup>699</sup> *Supra* [34]. En el Derecho portugués, el artículo 254.1 *in fine* CCP se refiere expresamente al dolo recíproco, disponiendo que la anulabilidad *no se excluye* por el hecho



*recíproco* en la específica regulación que del mismo se hace en los artículos 1137 a 1139 CCF (que transcribí *supra* [41]).

b) *Ni* el vigente Derecho belga, *ni* la *Proposition de Loi* contienen una específica norma para el dolo recíproco.

*Novena.* a) En el Derecho francés anterior a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131*, el artículo 1116.II CCF (que transcribí *supra* [13] [A]) ordena que el dolo *no se presume* y *debe probarse*. La norma *debe interpretarse*, señalan Malinvaud/Fenouillet/Mekki, en el sentido de que, quien pretenda ser considerado como engañado, habrá de probarlo y por tratarse de un hecho, el dolo puede probarse por todo medio, incluido el de las presunciones<sup>700</sup>. En cuanto a la reticencia dolosa, los anteriores autores se hacen eco de la *S 15.05.2002* de la *Cour de Cassation* en la que, para la reticencia dolosa y la anulación del contrato, se entiende que no se requiere probar la intención de engañar del otro contratante (un profesional), sino que lo que ha de probarse (por parte del particular) es el incumplimiento de la obligación de informar de aquél<sup>701</sup>.

En el vigente Derecho francés, *no se recoge* la regla del (derogado) artículo 1116.II CCF de que *el dolo no se presume* y *debe ser probado*, *ni se dispone*, en la específica regulación del dolo, particulares reglas para su prueba<sup>702</sup>.

b) En el vigente Derecho belga, el artículo 1116 CCB (al respecto *supra* [69]) ordena que *el dolo no se presume* y *debe probarse*. Los autores apuntan que el dolo es un hecho jurídico y *puede probarse por todo medio admitido en Derecho* (incluidas las presunciones) y además, suelen aclarar que lo que *se pretende con la norma del artículo 1116.II CCB* es indicar la no admisión del dolo *in re ipsa*<sup>703</sup>.

El artículo 5.39.IV PLNCCB (que transcribí *supra* [87]) *sigue disponiendo* que el dolo no se presume, sino que debe probarse (ha de probare la mala fe del otro)<sup>704</sup>.

*Décima.* a) En el Derecho francés anterior a la reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131*, el dolo principal permite, al que lo sufrió, ejercitar la anulación del contrato en el plazo de cinco años, contados estos desde que aquél descubrió el dolo (art. 1304 CCF, que transcribí *supra* [36]) y ello, siempre que ejercite la anulación

de que el dolo sea bilateral (*supra* [34] en caja más pequeña, en donde aludo además al Derecho italiano).

<sup>700</sup> *Supra* [35].

<sup>701</sup> *Supra* [35]; pero *vid.* la crítica que a esa jurisprudencia hacen FLOUR/AUBERT/SAVAUX en nota 216.

<sup>702</sup> *Supra* [64].

<sup>703</sup> *Supra* [82].

<sup>704</sup> *Supra* [95].

en el plazo de veinte años, contados estos otros desde el nacimiento del derecho (art. 2232 CCF que transcribí *supra* [36]; es decir, desde la celebración del contrato)<sup>705</sup>.

Junto con la anulación del contrato, la víctima del dolo puede exigir la indemnización de los daños y perjuicios, siendo su fundamento la *responsabilidad extracontractual* (art. 1382 CCF que transcribí *supra* [37])<sup>706</sup>. En el Derecho francés anterior a la reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131* es algo asentado que dicha indemnización posee naturaleza *extracontractual*, y no *contractual*<sup>707</sup>. En cuanto a los *daños indemnizables*, se entiende que la indemnización debe situar a la víctima en la situación en que se encontraría si no hubiera tenido lugar el acto dañoso, siendo indemnizables los gastos habidos por la celebración del contrato, así como la pérdida de la oportunidad del beneficio de un contrato válido que la víctima del dolo hubiera celebrado, si no se hubiera vinculado al contrato que anula<sup>708</sup>.

Igualmente se admite, que la víctima del dolo no anule el contrato y exija solo la indemnización de los daños y perjuicios, y aquí, si esta solo se fundamenta en la responsabilidad extracontractual del artículo 1382 CCF, basta con la prueba de la culpa (esto es, que no ha de probarse la intención de engañar del otro)<sup>709</sup>. En cuanto a los *daños indemnizables en este supuesto*, en la *S 10.07.2012* de la *chambre commerciale* se entendió que el daño consiste en la pérdida de la oportunidad de haber podido contratar en condiciones más ventajosas con el otro contratante<sup>710</sup>.

Finalmente, la jurisprudencia admite que la víctima del dolo pueda exigir solo la restitución del exceso del precio pagado<sup>711</sup>.

En el vigente Derecho francés, el dolo también permite a su víctima ejercitar la *anulación* del contrato (el dolo es causa de nulidad relativa según el art. 1131 CCF, que transcribí *supra* [41]), con un plazo de ejercicio de cinco años (art. 2224 CCF, que transcribí *supra* [65] [B]) desde que la víctima descubrió el dolo (art. 1144 CCF, que transcribí *supra* [41]) y siempre que ello tenga lugar en los veinte años desde el nacimiento del derecho (art. 2232.I CCF que transcribí *supra* [36]; desde la celebración del contrato)<sup>712</sup>.

<sup>705</sup> *Supra* [36].

<sup>706</sup> *Supra* [37].

<sup>707</sup> Así, FLOUR/AUBERT/SAVAUX, MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI, MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, FABRE-MAGNAN, BÉNABENT, *supra* nota 218.

<sup>708</sup> *Supra* [37].

<sup>709</sup> *Supra* [38]; además nota 216.

<sup>710</sup> *Supra* [38].

<sup>711</sup> *Supra* [39].

<sup>712</sup> *Supra* [65].

Además, la víctima del dolo puede *acumular a la anulación del contrato la indemnización de los daños y perjuicios*, especificando el artículo 1178.IV CCF (que transcribí *supra* [66]) que se trata de una *responsabilidad extracontractual*, ahora regulada en los artículos 1240 ss CCF<sup>713</sup>. Sin embargo, dicho artículo 1178.IV CCF *no* indica cuáles son los *daños indemnizables*, algo que lamentan Deshayes/Genicon/Laithier, teniendo en cuenta la existencia, al respecto, de directrices por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, como que la finalidad de la indemnización de los daños y perjuicios es la reparación del interés negativo, indemnizándose los gastos de celebración del contrato así como la pérdida de la oportunidad de celebrar un contrato similar y válido<sup>714</sup>. Pese a no haberse codificado lo anterior, Deshayes/Genicon/Laithier consideran *que las anteriores directrices continúan*<sup>715</sup>. *E igualmente se sigue admitiendo* que la víctima del dolo pueda decidir *no anular el contrato y exigir solo la oportuna indemnización de daños y perjuicios*, siendo esto ahora específicamente contemplado en el artículo 1178.IV CCF (que transcribí *supra* [66]) al señalar, «*[i]ndependientemente de la anulación del contrato [...]*» (cursiva mía). Sobre los *daños indemnizables*, *si no se anula el contrato*, se trata de indemnizar a la víctima las condiciones *desventajosas* en las cuales consintió<sup>716</sup>. Por último, Deshayes/Genicon/Laithier consideran *muy dudoso* que se haya reconocido en la *Ordonnance n.º 2016-131 una acción de reducción del precio* («*action en réfaction*») que permita al juez decidir reducir el precio<sup>717</sup>.

b) En el vigente Derecho belga, el *dolo principal* permite a su víctima ejercitar la anulación del contrato (nulidad relativa; art. 1117 CCB del mismo tenor literal que el derogado artículo 1117 CCF, que transcribí *supra* [36]), en un plazo de *diez años* a contar desde el *descubrimiento* del dolo (art. 1304 CCB, que transcribí *supra* [83])<sup>718</sup>.

A la *anulación* del contrato, la víctima del dolo puede *acumular la indemnización de daños y perjuicios* por la culpa precontractual del otro y con fundamento en el artículo 1382 CCB (del mismo tenor literal del derogado art. 1382 CCF, que transcribí *supra* [37]) y artículo referido a la *responsabilidad extracontractual* (se indemnizarán los gastos de negociación y de conclusión del contrato, la pérdida de otras oportunidades de contratar) y responsabilidad

<sup>713</sup> *Supra* [66] y nota 408. DESHAYES/GENICON/LAITHIER indican que, desde hace bastante tiempo, nadie defiende la aplicación de la responsabilidad contractual.

<sup>714</sup> *Supra* [66].

<sup>715</sup> *Supra* [66].

<sup>716</sup> *Supra* [66].

<sup>717</sup> *Supra* [67].

<sup>718</sup> *Supra* [83].

extracontractual que cuenta con un plazo de ejercicio de *cinco años* (art. 2262 *bis* CCB, que transcribí *supra* nota 527)<sup>719</sup>. Además, la víctima del dolo *puede no anular el contrato y exigir solo la indemnización de los daños y perjuicios*, contentándose, en tal caso, con la reparación de los daños y perjuicios producidos por la culpa precontractual<sup>720</sup>. Por lo que respecta al *dolo incidental*, su víctima puede obtener la *indemnización de daños y perjuicios que le permita el reajuste de las condiciones del contrato*<sup>721</sup>.

En la *Proposition de Loi*, de acuerdo con su artículo 5.37.II (que transcribí *supra* [87]) el *dolo* es causa de *nulidad relativa* del contrato. Dicha nulidad tiene un plazo de ejercicio de *cinco años*, a contar desde el día siguiente al que su titular *conoce* la causa de nulidad y, tratándose de la nulidad relativa, el mismo pueda renunciar a invocarla (por ello, es necesario que el vicio del consentimiento haya cesado) y además, en todo caso, la nulidad prescribe en el plazo *de veinte años a contar desde el día siguiente a la conclusión del contrato* (art. 5.63.I PLNCCB que transcribí *supra* [96])<sup>722</sup>. *La víctima del dolo, bien puede anular el contrato y exigir la indemnización de los daños y perjuicios* por la responsabilidad precontractual que prevé el artículo 5.21 PLNCCB (art. 5.37.II PLNCCB que transcribí *supra* [87]) de naturaleza *extracontractual* (art. 5.21.I PLNCCB que transcribí *supra* [97]), o bien puede *no anular el contrato y exigir la oportuna indemnización de daños y perjuicios*<sup>723</sup>.

[100] Finalmente, procederé a mi *valoración personal*.

El Derecho francés *anterior* a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131* y el vigente Derecho belga, incluyendo la doctrina de sus autores y su jurisprudencia, son unos *muy interesantes modelos de regulación del dolo* dentro del Derecho comparado, que, ade-

<sup>719</sup> *Supra* [84] y [85]; además, aunque la víctima del dolo hubiera cometido una imprudencia o negligencia, la misma no se tiene en cuenta a efectos del cálculo de la indemnización de daños y perjuicios, que será total, pues *Fraus omnia corrumpit*.

<sup>720</sup> *Supra* [85].

<sup>721</sup> *Supra* [85].

<sup>722</sup> El artículo 5.63.I PLNCCB, que dispone un plazo de *cinco años* para el ejercicio de la *nulidad relativa* del contrato, vendría a *reducir* el plazo de los *diez años* que para dicha nulidad relativa prevé el vigente artículo 1304 CCB (que transcribí *supra* [83]). Que se haya pensado en pasar de un plazo de diez años (vigente Derecho belga) a otro de cinco años (*Proposition de Loi*), se debe a que esos *diez años* parecen un plazo de *duración excesiva*, teniendo en cuenta las exigencias de la seguridad jurídica, además de que, con la reducción temporal, se produciría la *alineación del plazo para la nulidad relativa (cinco años) con el plazo de cinco años de la responsabilidad extracontractual*, y también se alienarían los dos plazos de veinte años máximo para el ejercicio de la *nulidad relativa del contrato y de la indemnización extracontractual* (art. 5.63.I PLNCCB para la nulidad relativa; vigente art. 2262*bis* § 1, II y III, CCB para la indemnización extracontractual; este art. 2262*bis* § 1, II y III, CCB lo transcribí *supra* en nota 527). *Supra* [96].

<sup>723</sup> *Supra* [97].

más, nos son *muy cercanos* en cuanto a cultura y pensamiento jurídico<sup>724</sup>, y nos permiten reflexionar sobre la corrección o incorrección de la regulación del dolo del Código civil español (arts. 1265, 1269 y 1270 CC). Esto es, *en qué medida y cómo habría de reformarse el dolo del Código civil español*. Pues, el Derecho francés anterior a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131* y el vigente Derecho belga se han enfrentado a un conjunto de cuestiones, a las que también se enfrenta el Derecho español, y aquellos Derechos las han solucionado de modo similar en algunas ocasiones, y de modo divergente en otras. En *supra* [2], apunté una serie de cuestiones que el dolo puede suscitar e intenté centrar, sintéticamente, la esencia de su problemática, pudiendo comprobarse en los anteriores [98] y [99], también sintéticamente, las soluciones adoptadas en los Derechos francés y belga. *En el Derecho español también se plantean las expuestas cuestiones a propósito del dolo*.

Por lo que respecta al vigente Derecho francés, fruto de su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131* y por la *Loi n.º 2018-287*, este nos permite ver, no solo cómo algunas de las cuestiones que presentaba su anterior regulación del dolo *se han solucionado legislativamente*, sino también cómo una nueva regulación *puede suscitar la aparición de nuevos problemas jurídicos*. La redacción de un nuevo artículo sobre el dolo, el nuevo *diseño global* del dolo, y su *engranaje* con el resto del sistema jurídico (por ejemplo, con el vicio de la «violencia económica»; con un genérico deber de información), siendo el dolo, además, una figura perteneciente a la teoría general del contrato (al derecho común), han de pensarse con detenimiento. En términos generales, entiendo que la reforma francesa del dolo es una positivación de su jurisprudencia y de algunas de sus tesis doctrinales, y responde a su concepción de los vicios del consentimiento<sup>725</sup>.

En cuanto a la *Proposition de Loi* del Derecho belga, su regulación del dolo también supone una positivación de su jurisprudencia y de algunas de sus tesis doctrinales, y se plantea su coordinación con una obligación general de información y con la responsabilidad precontractual. Ahora bien, en la *Proposition de Loi* puede percibirse cierta influencia de los habituales textos de *soft law* de Derecho privado europeo (así de los PECL, del *Draft Common Frame of Reference*). En este sentido, resaltaría la influencia en el acogimiento, como nuevo vicio del consentimiento, del abuso de circunstancias, apartando las posibles soluciones de encajarlo en el

<sup>724</sup> *Supra* [4] [A]; pero *vid.* también [4] [B].

<sup>725</sup> En relación con la regulación del dolo, *vid. supra* [44] lo indicado en el *Rapport*. Para la obligación de información del artículo 1112-1 CCF y el *Rapport, supra* [45].

vicio de la violencia o de considerarlo como uno de los excepcionales supuestos de lesión. Por otro lado, también destacaría la unificación que se propone para el dolo de tercero y la violencia de tercero a efectos de la posible anulación del contrato. Finalmente, la *Proposition de Loi* tiene en cuenta otros Derechos nacionales, como el vigente Derecho francés, el Derecho alemán y el Derecho de los Países Bajos, habituales modelos de referencia legislativa<sup>726</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMANN, T./FRANCK, J.-U.: *European Contract Law and German Law*, ed. Stefan Leible/Matthias Lehmann, 2014:
- «Artículos 4:107 PECL y II.-7:205 DCFR, y § 123 (1) BGB», pp. 199-205.
  - «Artículos 4:111 PECL y II.-7:208 DCFR, y § 123 (2) BGB», pp. 239-244.
- ALARCÓN ROJAS, Fernando/CORTÉS MONCAYO, Édgar/KOTEICH KHATIB, Milagros/M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia/LÓPEZ CASTRO, Yira/MANTILLA ESPINOSA, Fabricio/MARTÍNEZ CÁRDENAS, Betty/MONTOYA MATEUS, Fernando/NAVIA ARROYO, Felipe/NAVIA REVOLLO, Juan Felipe/NEME VILLAREAL, Martha Lucía/TERNERA BARRIOS, Francisco: «Informe Colombia», *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los contratos)*, coord. Carlos Pizarro Wilson, 2012, pp. 207-295.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: *La nulidad y la rescisión en el Derecho chileno*, tomo II, 2010.
- ANNICCHIARICO VILLAGRÁN, José/MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Informe Venezuela», *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los contratos)*, coord. Carlos Pizarro Wilson, 2012, pp. 561-639.
- ARROYO Y AMAYUELAS, Esther (trad.)/BECKMANN, Jochen (rev.): «§§ 122, 123, 138 BGB», *Código civil alemán, Bürgerliches Gesetzbuch*, dir. Albert Lamarca Marquès (2008) pp. 55-56, 59.
- BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia/DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo/PIZZARRO WILSON, Carlos/VIDAL OLIVARES, Álvaro: «Informe Chile», *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los contratos)*, coord. Carlos Pizarro Wilson, 2012, pp. 297-378.
- BARCELÓ COMPTE, Rosa: *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, 2019.
- BEALE, Hugh/FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte/RUTGERS, Jacobien/VOGENAUER, Stefan: *Cases, Materials and Text on Contract Law*, third edition, 2019.
- BÉNABENT, Alain: *Droit des obligations*, 17<sup>e</sup> éd., 2018.
- *Droit civil, Les obligations*, 12<sup>e</sup> éd., 2010.
- BOILLOT, Christine: «La reforma del derecho común del contrato en el Código Civil francés, Ordenanza del 10 de febrero de 2016 y Ley de ratificación del 20 de abril de 2018», *RdPat*, núm. 47, 2018, pp. 61-82.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve: «Estado de necesidad y consentimiento contractual. ¿Una reinterpretación de los conceptos de violencia e intimidación como

<sup>726</sup> *Supra* [5] [B], y las oportunas indicaciones que he ido haciendo al exponer el dolo según la *Proposition de Loi*, *supra* [89] y ss.



vicios del consentimiento a la luz del Derecho contractual europeo y comparado?», *RCDI*, 2009, pp. 57-96.

CABRILLAC, Rémy: *Droit des obligations*, 14<sup>e</sup> ed., 2020.

CARRANZA, Jorge A.: «El dolo- vicio de la voluntad en el Derecho civil argentino (Estudio doctrinario y jurisprudencial)», *ADC*, 1973, pp. 585-614.

CARTWRIGHT, John: *Introducción al Derecho inglés de los contratos*, traducción de la tercera edición por Juan Pablo Murga Fernández, 2019.

CATAUDELLA, Antonino: *I contratti, Parte generale*, quinta edizione, 2019.

CHANTEPIE, Gaël/LATINA, Mathias: *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2016:

- «Introduction», pp. 3-53.
- «Artículo 1130», pp. 240-243.
- «Artículo 1131», pp. 243-246.
- «Artículos 1137, 1138, 1139», pp. 262-269.
- «Artículo 1144», pp. 283-284.

— *La nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2<sup>e</sup> édition, 2018:

- «Artículos 1137, 1138, 1139» pp. 275-284.

DE ALMEIDA PRADO, Mauricio/BIRMAN, Pedro/ESPÍRITU SANTO, Gustavo/GABBAY, Daniela/KONDER, Carlos/PÓVOA, Marcos Fabricio: «Informe Brasil», *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los contratos)*, coord. Carlos Pizarro Wilson, 2012, pp. 117-206.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil de España, Parte general*, tomo I, *Libro preliminar. Introducción al Derecho Civil*, 2.<sup>a</sup> ed., 1949, reproducción facsimilar 1984.

— *El negocio jurídico*, 1971, reproducción facsimilar 1985.

DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso: *El dolo en el Derecho civil*, 1955.

DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo/VIDAL OLIVARES, Álvaro: «El contenido: una primera aproximación», *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, coord. y ed. Í. De la Maza/C. Pizarro/A. Vidal, 2017, pp. 27-75.

DE LORENZO, Miguel Federico/KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída/MOLINA DE JUAN, Mariel F./PICASSO, Sebastián/SANTARELLI, Fulvio Germán/SÁENZ, Luis R. J.: «Informe Argentina», *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los contratos)*, coord. Carlos Pizarro Wilson, 2012, pp. 19-116.

DE PAGE, Henri: *Traité élémentaire de Droit civil belge*, tome premier, 3<sup>e</sup> éd., 1962.

DEKKERS, René: *Précis de Droit civil belge*, tome deuxième, *Les obligations – Les preuves, Les contrats – Les sûretés*, Bruxelles, 1955.

DEL OLMO GARCÍA, Pedro: «Dependencia, ventaja excesiva y violencia en la reforma del Código civil francés de 2016», *Estudios jurídicos, Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, dirs. J. M. Embid Irujo/J. M. Miquel González/A. M. Morales Moreno, coord. C. Arija Soutullo/M. J. Santos Morón, Fundación registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2017, pp. 613-636.

DESHAYES, Olivier/GENICON, Thomas/LAITHIER, Yves-Marie: «Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Loi n.º 2018-287 du 20 avril 2018», *SJ*, édition générale, núm. 18, 30.04.2018, pp. 884-896.

— *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 2<sup>e</sup> édition, 2018:

- «Artículo 9», pp. 20-30.
  - «Artículo 16», pp. 31-39.
  - «Artículo 1130», pp. 206-210.
  - «Artículo 1131», pp. 211-212.
  - «Artículo 1137», pp. 231-239.
  - «Artículo 1138», pp. 240-243.
  - «Artículo 1139», pp. 244-247.
  - «Artículo 1143», pp. 252-263.
  - «Artículo 1144», pp. 264-265.
  - «Artículo 1178», pp. 364-371.
  - «Artículo 1204» (2018) pp. 491-492.
- *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 1 édition, 2016:
- «Artículo 1139», pp. 209-213.
- DÍAZ, Hugo S./MARIÑO LÓPEZ, Andrés/MIRANDE, Santiago/NICOLA, José Luis: «Informe Uruguay», *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los contratos)*, coord. Carlos Pizarro Wilson, 2012, pp. 485-559.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.<sup>a</sup> Candelaria: *Curso de Derecho Civil, III, Obligaciones*, 2017.
- DOS SANTOS MELGAREJO, José Dos/ANGULO SARUBBI, Jorge Emilio/BREUER PLANAS, José María/GODOY DURIA, Luis Armando/MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Aldo Javier: «Informe Paraguay», *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los contratos)*, coord. Carlos Pizarro Wilson, 2012, pp. 379-483.
- EPSTEIN, Aude-Solveig: «Artículo 1179», *La réforme du Droit des contrats, Commentaire article par article Odonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, sous la direction de Thibault Douville, 2016, pp. 147-150.
- FABRE-MAGNAN, Muriel: *Droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral*, 3<sup>e</sup> édition, 2012.
- FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES (UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA): *Proyecto de Código civil de Colombia-Primera versión: Reforma del código civil y su unificación en obligaciones y contratos con el código de comercio*, coordinadores y corevisores José Alejandro Bonivento Fernández/Pedro Lafont Pianetta/Fredy Andrei Herrera Osorio; versión digital.
- FAGES, Bertrand: *Droit des obligations*, 7<sup>e</sup> éd., 2017.
- FENOY PICÓN, Nieves: «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *ADC*, 2017, pp. 473-785.
- FLOUR, Jacques/AUBERT, Jean-Luc/SAVAUX, Éric: *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, 16<sup>e</sup> édition, 2014.
- FLUME, Werner: *El negocio jurídico, Parte general del Derecho civil*, tomo II, 4.<sup>a</sup> ed. no modificada, traducción de José María Miquel González/Esther Gómez Calle, 1998.
- FUENTESECA (DEGENEFTE), Cristina: *El dolo recíproco*, 2002.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L. (traducción): *Cuerpo del Derecho civil romano a doble texto*, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrügen con las variantes de las principales edi-

- ciones antiguas y modernas y con notas de referencias, tomo 1.º, Primera Parte, Instituta- Digesto 1.ª, 2.ª y 3.ª Parte, 1889.
- GAZZONI, Francesco: *Manuale di diritto privato*, XIX ed., 2019.
- GHESTIN, Jacques: *Traité de Droit civil. La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., 1993.
- GÓMEZ CALLE, Esther: *Desequilibrio Contractual y Tutela del Contratante Débil*, 2018.
- HARTKAMP, Arthur: *Contract Law in the Netherlands*, 2<sup>cond</sup> ed. en colaboración con Annemarie E. B. ter Heide, 2015.
- HJMA, J.: «Artículos 4:111 PECL y 3:44 BW», *The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A Commentary*, ed. Danny Busch/Ewoud Hondius/Hugo van Kooten/Harriët Schelhaas (general editor)/Wendy Schrama, 2002, pp. 218-220.
- IAMICELI, P.: *Principles of European Contract Law and Italian Law, A Commentary*, ed. Luisa Antonioli/Anna Veneziano, 2005:
- «Artículos 4:107 PECL y 1439 CCI», pp. 206-209.
  - «Artículos 4:111 PECL y 1390, 1434 y 1439 CCI», pp. 226-229.
- LAMARCA MARQUÈS, Albert (trad.)/ BECKMANN, Jochen (rev.): «§ 344 BGB», *Código civil alemán, Bürgerliches Gesetzbuch*, dir. Albert Lamarca Marquès, 2008, p. 107.
- LEQUETTE, Yves/LOISEAU, Grégoire/SERINET, Yves-Marie: «Validité du contrat-Consentement (art. 1108 à 1115-1)», *Avant-Projet de réforme du Droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la prescription (Articles 2234 à 2281)*, 2005, pp. 18-22.
- LHOSSE, Sebastian: *Commentaries on European Contracts Law*, edited by Nils Jansen/Reinhard Zimmermann, 2018:
- «Artículo 4:107», pp. 689-694.
  - «Artículo 4:111», pp. 708-713.
- LLOBET I AGUADO, Josep: *El deber de información en la formación de los contratos*, 1996.
- JÖRS, Paul/KUNKEL, Wolfgang: *Derecho privado romano*, traducción de la 2.ª edición alemana por L. Prieto Castro, primera edición 1937, reimpresión 1965.
- KÖTZ, Hein: *European Contract Law*, second edition, translated from the German by Gill Mertens/Tony Weir, 2017.
- MALAURIE, Philippe/AYNÈS, Laurent/STOFFEL-MUNCK, Philippe: *Droit des obligations*, 9<sup>e</sup> éd., 2017.
- *Droit des obligations*, 7.ª éd., 2015.
- MALINVAUD, Philippe/FENOUILLET, Dominique/MEKKI, Mustapha: *Droit des obligations*, 14<sup>e</sup> éd., 2017.
- MARKESINIS, Basil/UNBERATH, Hannes/JOHNSTON, Angus: *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, second edition, 2006.
- MAUGER-VIELPEAU, Laurance: *La réforme du Droit des contrats, Commentaire article par article Odonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, sous la direction de Thibault Douville, 2016:
- «Artículo 1130», pp. 81-82.
  - «Artículo 1131», pp. 82-83.
  - «Artículo 1137», pp. 89-91.
  - «Artículo 1138», p. 91.
  - «Artículo 1139», p. 91.
  - «Artículo 1144», p. 83.

- PALAZÓN GARRIDO, María Luisa: «El dolo como vicio del consentimiento», *Derecho contractual comparado, una perspectiva europea y transnacional*, editor Sixto Sánchez Lorenzo, tomo I, 3.ª ed., 2016, pp. 1221-1268.
- PEERAER, Frederik/SAMOY, Ilse: «The Belgian Civil Code: How to Restore its Central Position in Modern Private Law?», *ERPL*, 2016, 3 y 4, pp. 601-617.
- PROBST, Thomas: «Deception», *International Encyclopedia of Comparative Law*, volume VII, *Contracts in General*, Chief Editor Arthur T. Von Mehren, Part 2, 2008, pp. 66-172.
- RIPERT, Georges: *La règle morale dans les obligations civiles*, quatrième éd., 1949.
- ROJO AJURIA, Luis: *El dolo en los contratos*, 1994.
- ROMERO Y GIRÓN, Vicente/GARCÍA MORENO, Alejo (dirs.): *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos modernos*, tomo tercero, *Instituciones del Reino de Italia*, Madrid, 1885.
- *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos modernos*, tomo sexto, *Instituciones y Códigos de Holanda*, Madrid, 1890.
- *Colección de las Instituciones Jurídicas y Políticas de los Pueblos modernos*, tomo séptimo, *Leyes y Códigos portugueses*, Madrid, 1891.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis: «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», *ADC*, 2016, pp. 991-1038.
- SAVAUX, Eric: «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos», *ADC*, 2016, pp. 715-741.
- SMITS, Jan M.: *Contract Law, a comparative introduction*, second edition, 2017.
- THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW: «Artículo 4:111», *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, ed. Ole Lando/Hugh Beale, 2000, pp. 271-274.
- TRABUCCHI, Alberto: *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, 1937.
- UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*): «Artículo 3.2.8», *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, 2016.
- VAN OMMESLAGHE, Pierre: *Traité de Droit civil belge*, tome II, *Les obligations*, volumen 1, *Introduction, Sources des obligations (première partie)*, Bruylant, 2013, 10<sup>e</sup> tirage 2019.
- VAN REIGERSBERG VERSLUYS, Juan Guillermo: *Derecho patrimonial neerlandés, traducción de los libros 1, 3, 5, 6 y 7 del nuevo Código civil*, 1996.
- VAN ROSSUM, M. M.: «Artículos 4:107 PECL y 3:44 BW», *The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A Commentary*, ed. Danny Busch/Ewoud Hondius/Hugo van Kooten/Harriët Schelhaas (general editor)/Wendy Schrama, 2002, pp. 206-208.
- VIAL DEL RÍO, Víctor: *Teoría general del acto jurídico*, 2011.
- WARENDORF, Hans/THOMAS, Richard/CURRY-SUMNER, Ian: *The Civil Code of the Netherlands*, 2<sup>nd</sup> ed., 2013.
- WÉRY, Patrick: *Droit des Obligations*, volume 2, *Les sources des obligations extracontractuelles, Le régime general des obligations*, 2016.
- «Mutations et défis du droit belge des obligations», *Revue de la Faculté de droit d l'Université de Liège*, 2015, pp. 203-230.
- *Droit des Obligations*, volume 1, *Théorie générale du contract*, 2<sup>e</sup> edition, 2011.
- YÁÑEZ VIVERO, Fátima: *Asimetrías contractuales por abuso de circunstancias. Un estudio en el marco de la renovación del Derecho Contractual*, 2019.

ZIMMERMANN, Reinhard: *The law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1996.

ZWEIGERT, Konrad/KÖTZ, Hein: *Introduction to comparative law*, third revised edition, translated from the German by Tony Weir, 1998.

#### **DOCUMENTACIÓN**

CHAMBRE DES REPRÉSENTATS DE BELGIQUE (Session extraordinaire 2019, 16 juillet 2019): *Proposition de Loi portant insertion du livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code civil (déposée par M. Servais Verherstraeten, Chambre, 1<sup>e</sup> Session de la 55<sup>e</sup> Législature, DOC 55 0174/001.*