

ESTUDIOS JURÍDICOS EN HOMENAJE A LOS PROFESORES

FERNANDO FUEYO LANERI
AVELINO LEÓN HURTADO
FRANCISCO MERINO SCHEIHING
FERNANDO MUJICA BEZANILLA
HUGO ROSENDE SUBIABRE

Universidad del
Desarrollo
FACULTAD DE DERECHO

Santiago de Chile
2007

bilidad contractual y extracontractual, y que ello hace imposible que se construya una teoría única que comprenda todas las características y efectos de una y otra. No se divisa ningún beneficio en confundir ambas cosas cuando sus estatutos no son circunstancialmente sino sustancialmente distintos. Lo que sí nadie puede dejar de advertir es que esta materia es cada día más importante y cubre un amplio espectro del quehacer jurídico.

Nulidad e indemnización de daños y perjuicios*

Jorge Baraona González

Profesor de Derecho Civil, P. UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE Y UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

1. Aproximación general

En este trabajo analizo una materia bastante inexplorada en Chile. Me refiero al interesante tema de la pretensión indemnizatoria que puede derivar de la declaración de nulidad de un acto o contrato. Me concentraré básicamente en tres aspectos. Primero, y brevemente, indicaré las acciones que pueden ejercerse frente a un acto o contrato que se considera nulo; en seguida presentaré un estudio de las causales de nulidad, para fijar los presupuestos generales que permiten reclamar una indemnización de daños y perjuicios frente a un acto o contrato nulo; por último, ensayaré una explicación sobre la naturaleza jurídica de la pretensión resarcitoria en sede de nulidad contractual, cuando ésta se dirige a uno de los contratantes.

La verdad es que la cuestión no ha sido suficientemente estudiada en Chile, porque los autores que han escrito sobre ella lo han hecho de una manera muy tangencial,¹ salvo el caso del profesor RODRÍGUEZ GREZ, quien se ha referido al tema de una manera más extensa.²

* Trabajo que se publica en el marco del proyecto de investigación financiado por Fondecyt Proyecto Regular N° 10 50 685: "El régimen de nulidad del Código Civil: propuesta para una rectificación dogmática", cuyo investigador responsable es el autor.

¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el derecho civil chileno*, Tomo I, segunda edición, Conosur, 1983, págs. 57-58, sólo la enuncia para calificarla como responsabilidad extracontractual. También abordó el tema, casi al final de su obra, ALESSANDRI BESA, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho chileno*, T. II, segunda edición, Ediar Editores, s/f, págs. 1125-1126, pero obviamente es mínimo su tratamiento, si se considera la monumentalidad de la obra de este autor; CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, págs. 44-45, también se refiere sólo accidentalmente al tema. Últimamente BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, § 66, aborda los problemas derivados del deber de informar e informarse en sede precontractual.

² RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno*, Teoría bimembre de la nulidad, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la primera edición, 2004, págs. 281-303, quien ensaya una teoría que es original.

Es cierto que a primera vista pudiera estimarse que el tema de este estudio es innecesario, porque si un acto o contrato es nulo, quiere decir que las obligaciones que de él derivan también lo son, por lo que mal puede existir responsabilidad contractual derivada de la celebración de un acto o contrato que adolece de nulidad. Pero el punto está en saber si puede nacer otro tipo de responsabilidad, emanada tanto de la celebración misma del acto o contrato nulo, como de la declaración judicial de nulidad y cuáles serían los presupuestos básicos para impetrarla.

Históricamente fue IHERING quien formuló la teoría de la culpa *in contrahendo*, para justificar la responsabilidad de aquel que había inducido a otro, con culpa, a celebrar un contrato que a la postre resultaba nulo, basado en la tesis de que existía una garantía tácita entre los contratantes que negocian de que el contrato era válido;³ aunque, entre otros, WINSCHIED criticó esta tesis y expuso la suya, basada en la confianza suscitada por la declaración.⁴ Los Códigos posteriores concretaron normas sobre responsabilidad en la negociación, así el BGB contiene el § 307⁵ (fundado en una responsabilidad por culpa) y el § 122 (responsabilidad por ruptura de la confianza); el Codice de 1942 en el artículo 1138⁶

³ IHERING, Rudolf, "De la culpa in contrahendo ou de dommages-intérêts dans les conventions nulles au restées imparfaites", en *Ouvres choisies* (trad. de O. de Meulenaere), T. II, Librairie A. Maesque, Paris, 1893, págs. 1 y sgtes.

⁴ WINSCHIED, Bernhard, *Pandectes*, 6ª edición, 1906 (citado por GUELFUCCI-THIBERGE, Catherine, *Nullité, Restitutions et Responsabilité*, L.G.D.J., Paris, 1992, pág. 20).

⁵ "307 (interés negativo)

1. Si una persona, al concluir un contrato cuya prestación es imposible, supiese o debiese haber sabido que era imposible, está obligada a indemnizar cualquier daño que la otra haya sufrido por confiar en la validez del contrato; no, sin embargo, más allá del valor del interés que la otra tenga en la validez del contrato. La obligación de indemnizar no surge si la otra parte conocía o debería haber conocido la imposibilidad.

2. Estas disposiciones se aplican mutatis mutandis si la prestación sólo es parcialmente imposible y si el contrato es válido respecto a la parte posible, o sólo una de varias prestaciones alternativas prometidas es imposible."

"122 (rescisión de la obligación de la parte para compensar)

1. Si una declaración de voluntad es nula conforme al § 118 o está rescindida conforme los § 119, 120, el declarante indemnizará, si se exigió que la declaración fuera hecha a otra parte, o dicha parte, o a cualquier tercero, por el daño que ésta o el tercero haya sufrido al confiar en la validez de la declaración, sin exceder, sin embargo, de la cuantía del interés que ésta o el tercero tuvieran en la validez de la declaración.

2. La obligación de compensar no surge si la parte dañada conocía el fundamento para la nulidad o la rescisión o si no lo sabía debido a negligencia (debería haberlo conocido)".

(Traducciones tomadas de EIRANOVAS ENCINA, Emilio, *Código Civil Alemán, Comentado*, Marcial Pons, Barcelona, 1998.)

⁶ "Art. 1138. La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto (1418 e seguenti), non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto" (La parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no hubiera dado noticia de ella a la otra parte será obligada a resarcir el daño sufrido por ésta por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato).

y el Código Civil de Portugal de 1966 en el artículo 227,⁷ entre otros Códigos Civiles.

Nuestro Código Civil no contempla una regla general en la materia, ni tampoco normas particulares que agrupen los casos de vicios en el consentimiento. Sin embargo, existen disposiciones aisladas que sí se refieren a la posibilidad de demandar daños y perjuicios como consecuencia de la celebración de un acto o contrato nulo o rescindible (cfr. artículos 1353, 1455, 1458, 1813, entre otros).

2. Las función de la nulidad como protectora de la eficacia de la ley

Puede afirmarse que la nulidad es una institución que tiene diversas funciones, pero que su finalidad principal es servir de protección del interés general, por la vía de resguardar el cumplimiento de la ley.⁸ En este sentido el artículo 10 del Código Civil es ilustrador, cuando dispone que "los actos que la ley prohíbe son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención".⁹ Es decir, un acto prohibitivo es un acto que no puede tener valor alguno, es nulo y la nulidad aparece como una sanción destinada a servir a la majestad (obligatoriedad) de la ley. La nulidad es una sanción que está al servicio de la eficacia de la ley de una manera general o abstracta, más allá de las consecuencias que el acto que se declara nulo pueda efectivamente causar. De aquí que el artículo 11 del mismo Código dispone que "[c]uando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley". No cabe una interpretación funcional de las leyes que declaren la nulidad de algún acto.¹⁰

⁷ "Art. 227 (Culpa en la formación de los contratos). 1. Quien negocia con otro para la conclusión de un contrato, debe, tanto en los preliminares como en la formación de él, proceder según las reglas de la buena fe, so pena de responder de los daños que culposamente causa a la otra".

⁸ Cfr. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, Restitutions...*, cit., págs. 219-228.

⁹ Sobre este tópico puede verse el extraordinario trabajo de ORTÚZAR ESCOBAR, Enrique, *De la inobservancia de la ley en relación con los actos jurídicos (la forma o naturaleza de la ley es determinante de la sanción a su inobservancia)*, Memoria, Dirección General de Prisiones Imp., Santiago, 1938, en especial las págs. 143-161.

¹⁰ Nótese que la disposición transcrita asume que la nulidad viene declarada por la ley. Cfr. RODRÍGUEZ GREZ, *Inexistencia y...*, cit., págs. 153-154.

Pero el servicio a la eficacia de la ley que deriva de la nulidad no se agota con la protección de intereses generales, pues queda nítido en el artículo 11 del CC que la nulidad puede ser establecida en la ley para proveer un fin de "conveniencia privada". Es decir, detrás de la norma legal puede existir la necesidad de cautelar intereses particulares o privados. Suele afirmarse, en este sentido, que la nulidad relativa es una institución que precisamente está dispuesta en resguardo de intereses privados,¹¹ como es la necesidad de proteger el consentimiento mal formado, por ejemplo, por la relativa incapacidad de una persona. En este sentido, mientras es la ley la que establece las causas de nulidad, es el interesado quien debe hacerlas valer en el sistema jurídico.

Por último, y en razón precisamente de que su función primordial es proteger la eficacia de la ley, las causas de nulidad no pueden ser renunciadas anticipadamente. Así lo dispone de manera categórica el artículo 1469 del CC al señalar que "[l]os actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie a la acción de nulidad". Lo anterior es sin perjuicio del derecho de la partes a ratificar (convalidar o confirmar) el acto relativamente nulo, con arreglo a los artículos 1693 a 1696 del mismo Código.

3. La tutela restitutoria y la tutela resarcitoria o indemnizatoria

Junto a la acción de nulidad, cuya finalidad es la declaración judicial de la invalidez de un acto o contrato, pueden demandarse otras acciones. Estoy pensando en la acción restitutoria y en la acción indemnizatoria, que no se derivan necesariamente de la primera.¹² Hay diferencias de naturaleza, objeto, y legitimación entre estas tres acciones.¹³

¹¹ Sobre este punto, ALESSANDRI BESA, Arturo, *La nulidad...*, cit., T II, págs. 676-677, precisa que no por ello no se ve involucrado el interés general. Ya lo había observado LUTZESCO, Geoges, *Teoría y práctica de las nulidades*, novena edición, Porrúa, México, 2000, cit, pág. 309.

¹² Para el derecho argentino, lo deja nítido LLOVERAS DE RESK, María Emilia, *Tratado Teórico-Práctico de las Nulidades*, Depalma, Buenos Aires, 1991, págs. 322-323: "está fuera de toda duda que la sanción de nulidad y la de indemnización de daños y perjuicios 'son sanciones independientes entre sí' (cita amplia de la doctrina argentina), y que la segunda no es complementaria de la primera".

¹³ Profundiza en la distinción de naturaleza, momentos en que aparece, fundamento y finalidades de ambas acciones, GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, Restitutions...*, cit., págs. 238-242.

La tutela restitutoria busca dejar a las partes en el mismo estado en que se encontraban de no haber celebrado el acto o contrato nulo. Su función básica, entonces, es obtener la restitución de lo que se ha dado o pagado en razón del contrato nulo, pero no se agota aquí su potencialidad. Las normas centrales para la nulidad son los artículos 1687 y 1689 del CC;¹⁴ por el primero, las partes tienen derecho para ser "restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo...", por el segundo, se autoriza a ejercer la acción reivindicatoria contra terceros poseedores.

Me parece importante tener presente estas normas, porque generalmente en un juicio de nulidad el interés principal del que la pide es obtener la restitución de lo que se ha dado o pagado en virtud del contrato. Hay una cuestión patrimonial involucrada. Más todavía, es importante tener presente que este derecho restitutorio, en cuanto se dirige contra el vencido en el juicio, es de naturaleza personal,¹⁵ tiene fuente legal¹⁶ y su contenido va más allá de la devolución de lo que se ha pagado. El actor tiene derecho a quedar en el mismo estado en que se hallaría si no hubiese existido el contrato. Esta dimensión personal de la acción restitutoria no hubiese conectado con la pretensión resarcitoria, en cuanto de alguna manera ésta permite conectarla con la pretensión resarcitoria, en cuanto se puede cobrar por derecho queda subordinada a aquélla. Es decir, todo lo que se puede cobrar por derecho restitutorio no podría ser exigido por la vía de la tutela indemnizatoria. Aunque ambas acciones conservan su autonomía.

Un caso particularmente interesante, en donde se aprecia la dimensión personal del derecho restitutorio, es aquel que se presenta cuando el actor, una vez que obtiene sentencia de nulidad, no puede recuperar la cosa de parte del tercero que la tenía. En este supuesto cobra fuerza la idea del derecho a ser restituido al estado anterior a la celebración del contrato, ejerciendo una acción personal en contra del propio demandado. El artículo 1057 del Código Civil argentino se pone en esta hipótesis, cuando dispone: "[e]n los casos en que no fuere posible demandar contra terceros, los efectos de la nulidad de los actos, o de tenerlos demandados, corresponde siempre el derecho a demandar la indemnizaciones de todas las pérdidas e intereses".

¹⁴ Para una revisión crítica de este efecto en contra de terceros, véase ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil, La acción y la protección de los derechos*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, págs. 114-117.

¹⁵ Cfr. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, Restitutions...*, cit., págs. 381-384.

¹⁶ Cfr. VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición actualizada, Santiago, 2003, pág. 279.

La norma parece tutelar una acción indemnizatoria,¹⁷ creo que nuestro artículo 1697 puede ser interpretado extensivamente hasta abarcar esta hipótesis, y así permitirle al actor que ha obtenido en el juicio que reclame al vencido el valor de lo que no ha podido recuperar de terceros sin su culpa. Pienso que de alguna manera el artículo 898 del Código Civil chileno está en conexión con la norma, al menos sustantivamente, cuando dispone que "[l]a acción de dominio tendrá también lugar contra el que enajenó la cosa, para la restitución de lo que haya recibido por ella, siempre que por haberla enajenado se haya hecho imposible o difícil su prosecución; y si la enajenó a sabiendas de que era ajena, para la indemnización de todo perjuicio".

La disposición ofrece al dueño un doble derecho en contra del poseedor vencido. Por un lado, la acción de restitución de lo que éste hubiera recibido por la cosa que no ha sido posible o es muy difícil de reivindicar y, por otro, el derecho a ser indemnizado en el caso de que el poseedor vencido hubiese enajenado la cosa a sabiendas de ser de otro. Como se aprecia, la norma confiere un derecho en calidad de restitutorio que coincide con lo dispuesto en el artículo 1687 y, además, ofrece el derecho a ser indemnizado, cuando se enajena a sabiendas de no ser propia la cosa.

Por último, nos queda la acción indemnizatoria, cuya función básica es dejar al actor indemne de todo perjuicio derivado de la celebración del acto o contrato nulo. En cuanto acción que pretende obtener una indemnización de daños y perjuicios, ella se funda en los elementos generales de toda acción resarcitoria, es decir la existencia de un daño causado a otro por culpa o dolo de quien lo causa.¹⁸ En este sentido no hay cambios respecto de las reglas generales, pero la cuestión es saber cuál es el factor o los factores de imputación que dan lugar al derecho a cobrar la indemnización, determinar los daños que pueden cobrarse y, en general, establecer su régimen.

¹⁷ Cfr. NOVERAS DE RESK, *Tratado...*, cit., págs. 328-333.

¹⁸ Por todos CORRAL TALCIANI, *Lecciones de...*, cit., págs. 105-223.

4. La tutela anulatoria e indemnizatoria: su compatibilidad

Entremos de lleno en lo que es la cuestión central de este trabajo. Quiero analizar la compatibilidad de la acción anulatoria y la acción indemnizatoria.

Lo primero que he de destacar es que la acción de daños y perjuicios podría ser pedida tanto por quien pretende la nulidad de un acto o contrato, como por aquel contra quien se demanda. Es decir, puede pedir la nulidad todo aquel que se ha visto injustamente arrastrado a celebrar un contrato que a la postre se declara nulo, sea que pida él mismo la nulidad o que la nulidad la solicite su contraparte.

4.1. Algunas hipótesis legales

Hay casos en que el derecho a la indemnización se concede a la persona contra quien se pide la nulidad. Veamos un par de hipótesis.

El primer caso está contenido en artículo 1455 del CC, sobre error en la persona. La norma autoriza a la persona con quien erradamente se ha contratado a recabar una indemnización, bajo el supuesto que allí se indica: que esté de buena fe quien pide la indemnización. La buena fe la entiendo como el equivalente a la ignorancia de parte de quien pide ser indemnizado, de que su contraparte había padecido un error respecto de su persona. Es decir, se trata de un supuesto de protección de la confianza en favor de quien contrató de buena fe, traducido en una indemnización en su beneficio, a fin de hacerlo compatible con la protección del consentimiento íntegro, que es lo que al final prevalece en la norma.¹⁹

Otro supuesto en donde el interés de la confianza aparece tutelado por la vía de ofrecerle una indemnización pecuniaria al que ve frustrada su expectativa, está contenido en el artículo 1814 del Código Civil, que junto con declarar en su inciso primero que la venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe no produce efecto alguno, sanciona a quien vendió a sabiendas de lo que en todo o en una parte considerable no existía, y le obliga a resarcir los perjuicios a favor del comprador de buena fe.

¹⁹ Para un análisis profundo y funcional del error en la contratación, mirado como un problema de distribución de riesgos en el contrato, véase MORALES MORENO, Antonio-Manuel, *El error en los contratos*, Ceura, Madrid, 1988, págs. 88-105.

Pero también la acción indemnizatoria podría intentar la misma parte que demanda la nulidad del acto o contrato. En estos casos el actor no queda satisfecho con sólo pedir la nulidad, incluso con obtener la restitución en los términos de los artículos 1687 y 1689 del CC, además reclama ser indemnizado de todos los perjuicios que se han derivado de la celebración del acto o contrato nulo.

La nulidad relativa causada por dolo, como vicio del consentimiento, puede calificarse en este grupo. El inciso segundo del artículo 1458 del CC confiere la acción de daños y perjuicios a quien ha sufrido el dolo, cuando éste no constituye un vicio del consentimiento, lo que me lleva a concluir que este derecho también se debe entender reconocido a la parte perjudicada en caso de que efectivamente pueda pedirse la nulidad relativa por dolo. Dispone el Código que "[e]n los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de daños y perjuicios". La palabra "solamente" es indicativa de que esta acción también está disponible en el caso del inciso primero, es decir, cuando hay derecho para pedir la rescisión del acto o contrato por haber sido inducido a celebrar un contrato por la contraparte y esta inducción ha sido determinante para la celebración del mismo.

Se trata de una sanción a un comportamiento ilícito, expresamente tipificado en la ley, prevista también explícitamente: la de nulidad relativa del contrato establecida en favor de la contraparte engañada, sus herederos o cesionarios (cfr. arts. 1458 y 1684 del CC). Del hecho de que en esta disposición no exista una explícita referencia a una acción indemnizatoria, no puede deducirse que quien tiene derecho a pedir la nulidad relativa por esa causa no pueda pedir, adicional o exclusivamente, la indemnización, si la reparación del daño causado no queda satisfecha con la pura declaración de nulidad y el cumplimiento de la restitución consiguiente. Es decir, quien puede pedir la nulidad de un acto o contrato fundado en el dolo como vicio del consentimiento está legitimado tanto para acumular a su acción de nulidad relativa la acción indemnizatoria correspondiente, como para pedir exclusivamente la indemnización.

Los presupuestos de la acción indemnizatoria descansan en que la inducción dolosa a la celebración de un acto o contrato es un hecho ilícito, que está sancionado en el artículo 1458 del CC como regla particular, y en el artículo 2314 del CC como disposición general. Esta afirmación supone admitir que la inducción dolosa es al mismo tiempo hecho ilícito y factor de atribución del daño, pues constituye la malicia o intención positiva de dañar exigida por las reglas generales. Respecto

del daño mismo, creo que es posible formular las mismas consideraciones que se han hecho para el caso de error en la persona. Con la única salvedad de que, en este caso, quien pide la indemnización es el que a su vez está beneficiado con la causal de nulidad.

4.2. Las otras causales de nulidad y el derecho a pedir la indemnización de daños y perjuicios

Abordo a continuación las otras causales de nulidad, a fin de analizar si a partir de ellas es posible pedir daños y perjuicios, sea por quien pretende la nulidad sea contra quien se pide.

El profesor RODRÍGUEZ GREZ²⁰ ofrece un esquema de causas de nulidad que darían lugar a la tutela rescindicatoria que me deja insatisfecho, aunque debe valorarse el esfuerzo que ha hecho por desbrozar una materia no trabajada por la doctrina ni menos por la jurisprudencia chilenas, por la elemental razón de que los abogados no la suelen plantear en los juicios.

En cuanto a la fuerza como vicio del consentimiento, y dado de que nuestra doctrina y jurisprudencia estiman que ella, entre otros requisitos, debe ser injusta (contraria al Derecho),²¹ creo que permite impetrar una indemnización por parte de quien la padece.²² La fuerza injusta no está amparada por el Derecho, por ello no sólo debe autorizar a pedir la nulidad relativa del contrato, cuando es ilícita, moral, grave y determinante, además es legítimo que quien la sufre pueda ser indemnizado de los perjuicios que le ha acarreado un acto como el descrito. Hay un acto ilícito que, si causa daño, califica en el artículo 2314 del Código Civil.

Respecto de los otros tipos de error, distintos del error *in personae*, pienso que en el error de tipo accidental la cuestión a elucidar es si en él están involucrados ambos contratantes o sólo uno de ellos. Pareciera que si ambos están en error las culpas debieran compensarse, porque mal podría la parte contra quien se pide la nulidad pedir ser indemnizada si no se aseguró de la ausencia de error. Puede afirmarse que existe un deber de verificar que efectivamente tal cualidad concorra

²⁰ RODRÍGUEZ GREZ, *Inexistencia y ...*, cit., págs. 286-296.

²¹ Por todos VIAL DEL RÍO, *Teoría general...*, cit., págs. 107-108.

²² RODRÍGUEZ GREZ, *Inexistencia y ...*, cit., pág. 288.

en la cosa, a riesgo de perder la expectativa de celebrar un contrato válido, bajo ciertos supuestos, naturalmente.²³

Distinto es el caso de si la contraparte hubiese sabido del error. Hay aquí una reticencia, que si no califica como dolosa, al menos podría servir para atribuir daños, pues conociendo del error de su contraparte no se lo advirtió. Por lo mismo, puede afirmarse que, en este caso, quien pide la nulidad también podría demandar una indemnización de daños y perjuicios, fundado en que se vio arrastrado a celebrar un contrato nulo, si no apoyado en el dolo, al menos fundado en una grave negligencia de la parte contraria.²⁴

En cuanto a los errores sustancial y esencial, el profesor RODRÍGUEZ GREZ ha planteado que tanto el error obstativo u obstáculo como el error sustancial no pueden dar lugar a indemnización, porque para que se dé este tipo de errores, ambas partes deben padecerlo y por ello las "culpas se compensan".²⁵ Pero no lo creo así.

Si el Código está dispuesto a proteger el consentimiento en este caso, sin límites aparentes (no existe norma expresa que exija a la excusabilidad del error, como en otros sistemas),²⁶ es válido preguntarse si la contraparte tiene derecho a ser indemnizada. Creo que respecto de este tipo de error no necesariamente ambas partes deben estar incluidas en él, porque puede surgir del hecho de que se funda la realidad por sólo una de ellas.

Pienso que quien debe sufrir la nulidad del contrato, por error esencial o sustancial de su contraparte, podría pedir una indemnización, bajo el criterio de que

²³ Estoy consciente de que existen casos de errores legítimos, cuando la información que se tiene ha costado obtenerla. Vid. DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, "Los silencios de los inocentes", en *Estudios de Derecho Civil*, que recoge las ponencias de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la Universidad Austral de Chile, LexisNexis, Santiago, 2005, págs. 127-177.

²⁴ RODRÍGUEZ GREZ, *Inexistencia y...*, cit., pág. 290.

²⁵ RODRÍGUEZ GREZ, *Inexistencia y...*, cit., pág. 290.

²⁶ En contra, DE LA MAZA GAZMURI, "Los silencios de los inocentes", cit. pág. 132, quien cree que debe aplicarse el criterio de la inexcusabilidad de error, siguiendo a CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo undécimo, edición facsimilar, Santiago, 1979, pág. 154, y a DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977, págs. 84-85. Para el derecho español puede verse MORALES MORENO, *El error...*, cit. págs. 217-242, y DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, *Error y responsabilidad en el contrato*, Tirant lo Blanch, 26, Valencia, 1999, *passim*. Para el derecho francés, GUELFIUCCI-THIBIERGE, *Nullité, Restitutions...*, cit., págs. 40-44.

no es justo que sufra la privación de la expectativa contratada, si al final no tuvo responsabilidad (culpa) en dicho error. Los extremos que habría que establecer son, por una parte, que quien yerra no haya sido inducido a contratar dolosamente por su contraparte, y que su error pueda explicarse por una negligencia inadmisiblemente.²⁷ Es necesario, además, que quien pide la indemnización esté de buena fe, es decir, que no haya sabido, ni estaba en posición de saber, del error que padeció su contraparte. De otra manera habría aquí una reticencia, o al menos un aprovechamiento del error ajeno, que no puede ser objeto de protección.

En lo que se refiere a la incapacidad como vicio de nulidad relativa, la inducción maliciosa a celebrar el contrato de parte de quien se aprovecha de una persona relativamente incapaz, supone dolo y se responde conforme con las reglas generales.

Los casos que interesan son aquellos en que es a la propia persona incapaz a quien se le puede reprochar una conducta indebida. A este respecto es iluminador el artículo 1685 del CC, que niega la acción de nulidad "si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato". Con todo, el Código entiende que no es suficiente para limitar la acción el hecho de que de parte del incapaz haya existido aserción de mayor edad o simplemente haya declarado que no existía interdicción u otra causa de incapacidad. Se supone que quien contrata debe informarse mínimamente respecto de las circunstancias de la persona con quien contrata. Me parece que esta limitación opera de una manera funcional a la protección al interés de la confianza. El hecho de que el incapaz deba atenerse al contrato celebrado significa que debe protegerse a quien lo celebró de buena fe. La ley ofrece este mecanismo de estabilidad del contrato para proteger el interés del otro contratante.²⁸ Obsérvese, por último, que la norma, en cuanto impide al incapaz instar por la nulidad del contrato, es una sanción que puede verse como una forma de resarcimiento de perjuicios *in natura*.

Si no hay dolo en el incapaz, éste podrá pedir la nulidad del contrato. El error de quien debe soportar la nulidad se justifica por el hecho de que no verificó ade-

²⁷ RODRÍGUEZ GREZ, *Inexistencia y...*, cit., pág. 289, lo afirma como planteamiento teórico, "si ha habido de parte del que sufre el error negligencia, descuido o culpa, puede hallarse en situación de tener que reparar los perjuicios que causa a su contraparte al demandar la nulidad", aunque luego niega esta posibilidad para los casos de error obstativo, substancial y accidental.

²⁸ Aunque nada obsta a que el perjudicado con la acción dolosa del incapaz pueda pedir la nulidad del contrato, si ha sido determinante para la celebración del contrato; así lo piensa ALESSANDRI BESA, *La nulidad...*, T. II, cit. pág. 746.

cuadamente las condiciones de la persona con quien contrata. Los casos posibles sólo son dos: o la persona es menor de edad, en cuyo caso basta la identificación para verificar la edad (cédula de identidad), o un pródigo interdicto, en donde la consulta a los registros públicos se hace insoslayable. Estimo que si no hay dolo en el incapaz, la falta de diligencia de quien es sorprendido por esta causa de nulidad le impide impetrar la pretensión rescimatoria. Más aún, el artículo 1688 le limita incluso la tutela restitutoria, cuanto dispone que la persona que celebró un contrato con un incapaz que luego se declara nulo, sólo podrá ser restituida en la medida que se pruebe que la persona con quien contrató se hizo "más rica".²⁹

De existir provecho en la contraparte, doloso o fundado en un acto negligente, deberá soportar la nulidad relativa del acto con la sanción general del artículo 1688 y, eventualmente, una demanda de daños y perjuicios en todo aquello que quede sin resarcimiento con la pura declaración de nulidad y las restituciones consiguientes.

Por lo que cuenta de las incapacidades habilitantes, parece obvio que ambas partes deben velar por su cumplimiento, porque la carga impuesta por la ley les impide luego reclamar el interés de la confianza. Pero si hay escamoteo doloso de las circunstancias de una persona, habrá derecho a pedir una indemnización, cuyo fundamento está en el dolo. Un ocultamiento simplemente negligente habrá de analizarse con cuidado, a fin de detectar que haya podido ser efectivamente desconocido por la contraria, sin negligencia de su parte.

En relación con las causales que dan lugar a nulidad absoluta, RODRÍGUEZ GREZ es de opinión que no puede pedirse indemnización, porque de alguna manera ambas personas serían las responsables de la nulidad, dado que se habrían vulnereado normas de "orden público".³⁰ Yo pienso que es necesario matizar esta afirmación.

Si se trata de falta de objeto, ya vimos como el artículo 1814 del CC declara sin efecto una compraventa fundada en una cosa que no existe, y da derecho al comprador a pedir la indemnización de perjuicios si está de buena fe. Creo que

²⁹ RODRÍGUEZ GREZ, *Inexistencia y...*, cit., pág. 291. "menos podría pensarse en una indemnización en favor de aquel que contrata con un incapaz, ya que ello haría ilusoria la protección que la ley dispensa a éstos".

³⁰ RODRÍGUEZ GREZ, *Inexistencia y...*, cit., págs. 286-288.

esta norma tiene un carácter general y puede ser aplicada a los casos de falta de objeto o de objeto ilícito.³¹ La falta de objeto o de causa puede ser ocultada, y el dolo implícito en este comportamiento debe ser sancionado. El objeto o la causa de un acto jurídico se prestan para ser escamoteados.

Es cierto que la ley contempla una severa sanción en contra del que incurre en ese tipo de comportamientos, desde el momento que el artículo 1468 del CC dispone que "no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas". Quien así actúa incurre en un acto sumamente riesgoso, aparte de inmorral, pues si paga, no puede repetir lo pagado. Es una sanción al contratante doloso -temerario o displicente- que se traduce en que el otro contratante se verá beneficiado con el pago, no obstante la ilicitud del objeto o de la causa del contrato. Como en el caso del artículo 1685 del CC, hay aquí una hipótesis de tutela rescimatoria por la vía de imponerle el acto a quien así lo celebró. La contraparte podría pedir la nulidad, de estar de buena fe, y obtener así una salida patrimonial a su problema por esta otra vía.

La norma también conecta con lo que dispone el artículo 1683 del CC, en cuanto inhibe del derecho a pedir la nulidad absoluta a quien celebró el acto o contrato "sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba". Es decir, quien a sabiendas o no pudiendo menos que saberlo, celebra un acto o contrato que adolece de algún vicio de nulidad absoluta, cualquiera sea su causa, no puede pedir la nulidad. Me parece que estamos frente a una severa sanción contra quien actúa dolosa o negligentemente.

A partir de esa norma es posible sostener que la contraparte que estaba de buena fe (no sabía, ni debía saber del vicio, que es el límite a la excusabilidad de su negligencia), podrá pedir no sólo la nulidad del contrato, sino, además, la indemnización de daños y perjuicios. El estudio debe concentrarse en determinar qué causas de nulidad podrían verificar estos extremos, en que una parte hubiese sabido o podido saber del vicio y la otra estar legítimamente inconsciente del mismo.

En cuanto a la incapacidad absoluta, el punto está en que los actos del incapaz absoluto, en cuanto tal, jamás pueden hacerlo responsable. Su comportamiento

³¹ Más allá del problema acerca de la inexistencia jurídica, que me parece irrelevante en este caso.

no tiene valor ante el Derecho y el ordenamiento le cuida y protege; la incapacidad está fundada precisamente en ello y la sanción de nulidad del acto es una respuesta concreta a esta circunstancia.

Distinto es el caso de que alguien se aproveche de un demente, o incurra en un acto de negligencia al no percibir la incapacidad de su contraparte. Pienso que en un caso así, podría ser demandado de los daños y perjuicios que le cause con ese comportamiento.

Si de lo que adolece el acto es de formas *ad solemnitatem*, nadie podría alegar daños y perjuicios, pues la ley se presume conocida por todos y no es posible reclamar falta de conocimiento de la misma para dejar por ello de cumplirla con la ley o para exigir ser indemnizado.

En síntesis, me parece compatible la indemnización de daños y perjuicios con una demanda de nulidad absoluta o relativa. También creo que lo es la petición reconvenzional de perjuicios de parte de quien debe sufrir la nulidad de un contrato, dependiendo naturalmente de la causal invocada y de las circunstancias en que se ha celebrado el contrato.

Los extremos mínimos exigidos son que quien pide la nulidad y quiera ser indemnizado esté de buena fe respecto del vicio que la produce y que a la contraparte pueda atribuirse culpa, sea por la inducción dolosa al contrato o al menos por una reticencia o negligencia (debía saber del vicio). Cuando el que pide la indemnización es quien debe sufrir la nulidad, debe estar de buena fe, es decir, no haber sabido ni debido saber del vicio por el que se anula el acto, y se ha de acreditar dolo o negligencia de su contraparte (mala fe), respecto del vicio que da lugar a la nulidad.³²

³² ALESSANDRI BESA, *La nulidad...*, T. II, pág. 1126, dice: "habría culpa si una de las partes, por negligencia suya, no tuvo conocimiento del vicio, pero pudo haberlo conocido con mediana inteligencia y actividad, y la otra lo ignoró, y habría dolo si, conociendo del vicio, llevó adelante el contrato, sin darlo a conocer al otro contratante (...)"
"... la ley torna en cuenta la mala fe de las partes para los efectos de las restituciones mutuas, cuyo monto varía precisamente según que el poseedor vencido esté de buena o mala fe. Siendo así, no se ve por qué esa mala fe no ha de tomarse en cuenta asimismo para determinar si el autor es responsable de los perjuicios que por la nulidad haya causado a la contraparte".

5. Naturaleza de la responsabilidad

Entro a un tema complejo y no resuelto por la doctrina.³³ Desde que IHERING hiciera su planteamiento sobre la denominada culpa *in contrahendo*, se abrió un debate doctrinal inacabado, que no pretendo resumir aquí.³⁴ Puede pensarse que es extracontractual, contractual, o también legal, como ha sido planteado entre nosotros por el profesor RODRÍGUEZ GREZ,³⁵ o incluso de tipo sui generis o peculiar.

La importancia de delimitar la naturaleza de este tipo de responsabilidad está en establecer su régimen, configurando así los elementos en que se funda la responsabilidad y algunos otros aspectos anejos, como la cuestión de la presunción de la culpa, de la graduación de la misma y su prescripción.

Si la responsabilidad contractual es la que emana de la infracción de una obligación que nace de un contrato, creo que difícilmente puede calificarse a este tipo de responsabilidad como contractual. La imputación que se hace al responsable es por hechos previos al contrato, aunque, es cierto, conectados con las circunstancias de su celebración, pero precisamente la nulidad declarada del mismo pulveriza jurídicamente la existencia del contrato. El efecto propio de la declaración de nulidad del acto es hacerlo desaparecer del sistema.

Podría pensarse en una responsabilidad extracontractual, apoyándose en las cláusulas generales de los artículos 2314 y 2329 del CC.³⁶ Si es dolosa la imputación, no tengo problema en calificar esta responsabilidad como delictual, pues

³³ Sobre el punto en la doctrina nacional véase ALONSO TRAVIESA, María Teresa, *El problema de concurrencia de responsabilidades*, LexisNexis, Santiago, 2006, págs. 185-192.

³⁴ Entre nosotros puede leerse con provecho el libro de ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita, *Teoría de la responsabilidad precontractual. Aplicaciones en la formación del consentimiento del contrato*, LexisNexis, Santiago, 2006, págs. 15-126; para el derecho comparado, GUELFUCCI-THIBIERGE, Nullité, restitutions..., cit., págs. 13-32.

³⁵ RODRÍGUEZ GREZ, *Inexistencia y...*, cit., pág. 302., "[l]a obligación de indemnizar los perjuicios, cuando se declara la nulidad de un acto o contrato, nace de la ley, aun cuando es efectivo que esta responsabilidad supone culpa o dolo de parte del que causa el daño. Pero las normas de responsabilidad extracontractual no son aplicables íntegramente en este evento, en especial atendiendo a que sólo en algunos casos es posible concebir el derecho indemnizatorio que emana de la nulidad judicialmente declarada".

³⁶ Es la tesis que esboza ALESSANDRI BESA, *La nulidad...*, T. II, cit., pág. 1126, cuando afirma "[e]s cierto que, entre los efectos de la nulidad, la ley no menciona expresamente la obligación de indemnizar estos perjuicios; pero es un principio general de derecho que todo daño imputable a culpa o dolo de otro debe ser indemnizado por éste, a virtud de los dispuesto en el artículo 2314 del Código Civil". Lo mismo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la responsabilidad...*, cit., pág. 58.

claramente comete un ilícito civil quien así actúa causando daño, con arreglo al artículo 2286 en relación con el mismo artículo 2314, ambos del CC. El dolo es en sí mismo un acto ilícito que da derecho a la reparación si causa daño.

Más problemática es la figura de la negligencia. En este caso lo que se reprocha es un comportamiento poco prolijo, que supera la actitud de quien se comporta sin cuidado en las relaciones sociales de tipo general. Hay aquí un contacto social más intenso, hay una expectativa de lealtad que se defrauda, lo que obliga a imponer un límite en el perjudicado: su buena fe. Esta especificidad es la que hace difícil incrustar sin más la responsabilidad de la que tratamos en la denominada responsabilidad extracontractual. Al menos en cuanto a la calificación de la negligencia misma: la verificación de la actitud del sujeto afectado y la configuración misma del daño.³⁷

Hay que tener presente, además, que el origen de los daños que teóricamente pueden demandarse puede encontrar su causa en las maquinaciones previas al contrato y que han llevado a su celebración, por lo que el daño se ha producido con ocasión de la celebración del contrato, que es el caso prototípico del dolo como vicio del consentimiento. Pero también la indemnización puede impetrarse como consecuencia de haberse perdido la expectativa de un contrato válido y del cual se derivan beneficios para el actor. Generalmente será el caso de aquel que se ve arrastrado a la nulidad de un contrato sin culpa de su parte, y que encuentra un supuesto típico en el error en la persona consagrado en el artículo 1455 del CC.

En el caso del error derivado de lo que tradicionalmente se ha calificado como la culpa *in contrahendo*, es grande la tentación de calificar este tipo de responsabilidad como de fuente legal,³⁸ por cuanto ella encuentra fundamento en la ley misma. Sin embargo me parece que esta solución sólo sería admisible para los casos en que efectivamente la ley contempla hipótesis de responsabilidad, como es el caso del artículo 1455 o del artículo 1814 CC, aun así quedó insatisfecho.

Entre las partes hay una relación, un contacto social, que impone ciertos deberes de lealtad, que IHERING calificó como deberes precontractuales, y que son distintos

³⁷ Véase el lúcido trabajo de DE LA MAZA, "El silencio de los inocentes", cit., págs. 137-177.

³⁸ Es la tesis que defiende RODRÍGUEZ GREZ, *Inexistencia y...*, cit., págs. 300-303.

a los deberes que nacen de un contrato ya celebrado, o los que imponen el mero contacto social general, que se limita al deber de no causar daño a la persona o propiedad de otro. Por ello, creo que podemos hablar de factores de imputación peculiares, que en general están vinculados al deber de actuar de buena fe, en la etapa de la celebración o negociación del contrato. En Chile Isabel Margarita ZULOAGA cree que se trata de un factor de imputación de tipo objetivo.³⁹

Desde el punto de vista terminológico, uno puede pensar en un factor subjetivo de atribución cuando piensa en la imputación tradicional basada en la culpa o el dolo del imputado, y objetivo cuando piensa en nuevas formas de imputación, como la mala fe precontractual. Pero también se puede hablar de una imputación subjetiva si está vinculada al comportamiento del sujeto, u objetivo, si se le asocia a otros aspectos, que no se vinculan con la persona del imputado.

Creo que efectivamente la buena fe puede y debe servir para calificar la conducta de las partes, más allá del mero juicio en términos de diligencia o negligencia. Hay que analizar el estado psicológico, su conciencia (conocimiento) o inconsciencia (ignorancia), la expectativa que ha creado a la contraparte y el grado objetivo de información que estaba en posición de dar y recibir.

El modelo de responsabilidad por los vicios redhibitorios me parece que ilustra el tema.⁴⁰ Primero, porque creo que podría sostenerse que se trata de un supuesto de nulidad y, aunque así no fuera, ellos se fundan en debilidades del comportamiento de las partes que se dan al momento de celebrar el contrato y que gatillan la responsabilidad posterior. Por otra parte, y este punto me parece particularmente importante, porque la misma ley permite en estos casos acumular una acción indemnizatoria a la acción rescisoria, conforme se lee en el artículo 1861. Es decir, es una estructura similar a la que buscamos en materia de imputación de daños

³⁹ ZULOAGA RÍOS, *La teoría...*, cit., pág. 126, "en la responsabilidad precontractual, en cambio, si bien puede existir un factor de atribución subjetivo, sea culpa o dolo, también puede darse un factor de atribución objetivo, constituido por la buena fe precontractual. Como el fundamento mediato de todo supuesto de responsabilidad precontractual es la buena fe, ésta puede actuar a su vez como fundamento inmediato y factor de atribución subjetivos de responsabilidad. Con esto no estamos negando que en la responsabilidad precontractual pueda concurrir una conducta culpable y que ello será de frecuente ocurrencia, pero si queremos destacar que ello no es indispensable, pues la responsabilidad precontractual siempre surgirá si se atenta contra la buena fe precontractual, bastando la misma como factor de atribución objetivo de responsabilidad".

⁴⁰ Es la postura metodológica que adopta BARROS BURIE, *Tratado...*, cit., § 66, cuando trata de los deberes de información de tipo precontractual.

para el caso de la declaración de un acto nulo. ¿Qué relación gnoseológica debe existir entre el vicio y la persona que lo reclama o padece?

Los artículos 1858 y 1861 del CC configuran el carácter redhibitorio u oculto de los vicios sobre la base de que obviamente el vendedor no los haya manifestado y "ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio". A su turno, la norma del artículo 1861 incrementa la responsabilidad del vendedor, para hacerle responsable de los perjuicios al comprador, cuando aquel conocía los vicios y no los declaró, que es un caso de reticencia dolosa, o bien los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio.

Hay un deber de informar y de informarse que el Código reconduce a la negligencia, como debilidad de comportamiento, pero que hace más objetivo cuando se trata de un profesional o perito, tanto respecto de quien debía informar y no informó, como respecto de quien debía recibir esa información. No es protegible el interés de aquel que por su profesión u oficio debía saber y no supo. Hay una aproximación manifiesta, me parece, a lo que puede entenderse como la mala fe, en cuanto forma de imputación de responsabilidad.

Creo que debemos admitir que se trata de una responsabilidad peculiar, por las cuestiones que he planteado, que se aproxima a la responsabilidad aquiliana, en cuanto a que el gozne de apoyo de la misma es el daño causado. Pero se aleja de ella, en cuanto supone la ruptura de una expectativa o confianza que supera el mero contacto social, del cual deriva un tratamiento específico, si se quiere ser justo a la hora de depurar la responsabilidad. Desde este punto de vista se acerca a la responsabilidad contractual.

Pero como nuestro sistema es binario, ello nos obliga a encajar la responsabilidad en uno u otro sistema,⁴¹ al menos para determinar plazo de prescripción y régimen subsidiario. En esta parte, creo, debemos aplicarle las reglas de la responsabilidad extracontractual.

⁴¹ RÍOS ZULOAGA, *La teoría...*, cit., pág. 124, plantea que se trata de una tercera especie de responsabilidad civil "en los casos de responsabilidad precontractual, en cambio, se presentan elementos de ambos ámbitos de la responsabilidad civil, pues si bien no se ha concluido un contrato que genere obligaciones contractuales o, habiéndose éste concluido, se ha declarado su nulidad, retrotrayéndose las partes a un estadio como si nunca hubiesen contratado. Ellas han entrado en contacto, surgiendo

6. Principales conclusiones

La petición judicial de nulidad de un acto o contrato es una acción que se funda en una cuestión más bien abstracta: si el acto cumplió o no cumplió con los requisitos legales para ser considerado eficaz o con valor de cara al sistema jurídico. La nulidad está al servicio de la eficacia de la ley.

De la acción de nulidad puede derivarse, aunque no necesariamente, el derecho de las partes a ser restituidas al mismo estado en que se encontrarían de no haberse celebrado el contrato nulo, como acción independiente.

Como tercera acción, autónoma aunque conectada con las anteriores, nace el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios derivados sea de la celebración de un contrato nulo o de bien la declaración misma de nulidad. Este derecho lo puede ejercer en ciertos casos la persona que pide la nulidad y en otros la persona contra quien la nulidad se demanda. Para pedir esta indemnización, como presupuesto general, aparte de que exista y se acredite el daño, el actor debe estar de buena fe respecto de la casual misma de nulidad invocada y al demandado debe acreditársele un factor de imputación.

Por último, en cuanto a la naturaleza de esta responsabilidad, ella no es de ninguna manera contractual. Pero los elementos que configuran la culpa deben ser analizados en cada caso, pues ciertos supuestos conectan con criterios de buena o mala fe o expectativa de la confianza, que han de configurarse de una manera peculiar y por lo mismo distinta a la noción general de culpa o negligencia. En lo demás debe calificarse como extracontractual.

entre las mismas una especial relación jurídica de tipo precontractual, que no corresponde a una convención o contrato, pero que tampoco se puede ignorar diciendo que no existe vínculo alguno previo a la producción de daños, como sería en materia extracontractual".