

Tendencias francesas en materia de dolo*

AUDE DENIZOT-LIBREROS**

RESUMEN: Numerosos fallos recientes de la Corte de Casación francesa en materia de dolo han suscitado nuevas investigaciones en la materia. El dolo siempre ha sido una noción ambigua, objeto de un sinnúmero de discusiones. El propósito que se persigue consiste en ofrecer un panorama muy general de las tendencias francesas en esta materia. Estudiar estas tendencias, doctrinales y jurisprudenciales, implica confrontarse con varios temas espinosos, especialmente los de la reticencia, el dolo incidente y el dolo por parte del tercero. También se analiza el dolo con relación a otros conceptos: el error sobre el valor, el error inexcusable, y, en materia de sanción, tanto la pérdida de oportunidad como la noción de refacción del contrato. Entre debates doctrinales y vacilaciones jurisprudenciales, en este tema el derecho francés se caracteriza más por sus aproximaciones que por su rigor, delineando por contraste los impases a evitar.

PALABRAS CLAVE: contrato, dolo, error, nulidad, obligación de información, pérdida de oportunidad, refacción, reticencia, silencio, vicio del consentimiento.

French law approaches on fraud

ABSTRACT: Recent decisions of the French Court of Cassation upraised new inquiries on the topic known as Fraud. Fraud has always been an ambiguous notion, plenty of

* Fecha de recepción: 12 de enero de 2014. Fecha de aceptación: 31 de marzo de 2014. Ver Abreviaturas al final del artículo.

Para citar el artículo: A. DENIZOT-LIBREROS. "Tendencias francesas en materia de dolo", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 26, enero-junio de 2014, pp. 159-184.

** Máster y doctora en Derecho por la *Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne*. Docente de la *Université de Cergy-Pontoise*, Francia. Contacto: aude.denizot@u-cergy.fr

controversies. The purpose of this paper is to provide a general overview of French law approaches in the area of fraud. The discussion on these doctrinal and jurisprudential approaches involves confronting several thorny issues, especially the reticence, the *dolus incidens*, and fraudulent misrepresentation from a non-contracting party. This paper also approaches the fraud in relationship to mistake of value, and to inexcusable mistake. Finally, considering the application of law, the paper focus on the loss of chance, and the duty to renegotiate contract (*réfaction*). Between doctrinal and jurisprudential debate, in French law this topic is characterized more by their approaches than for its consistency, outlining by contrast the obstacles to avoid on the research.

KEYWORDS: Contract, fraud, mistake, avoidance, duty to inform, loss of chance, reliance, silence, misrepresentation, *réfaction du contrat*.

El dolo es una noción evasiva, híbrida y fluctuante. BAUDRY-LACANTINERIE¹ lo comparaba con Proteo, dios del mar que cambiaba de forma constantemente. El dolo puede presentarse tanto durante la fase de formación del contrato como durante la fase de ejecución del mismo. Las dos figuras del dolo, el vicio del consentimiento y la culpa dolosa, nos muestran que los comportamientos deshonestos pueden presentarse desde el inicio hasta el fin del proceso contractual.

Enfocaremos nuestro análisis en la fase de formación del contrato. Aquí también, el dolo se caracteriza por una dualidad de naturaleza. Los autores del Código francés de 1804 decidieron que el dolo debía analizarse como un vicio del consentimiento, lo cual no era evidente: hasta ese entonces, y desde los tiempos del derecho romano, el dolo se concebía esencialmente como un delito². Esta última característica no ha desaparecido, y observamos aún numerosos indicios de la naturaleza delictual del dolo en su régimen actual. El dolo presenta entonces dos caras: la de la culpa, que implica un resarcimiento, y la del vicio del consentimiento, que puede justificar la nulidad del contrato. Claramente la coexistencia de estas dos facetas genera algunas ambigüedades en materia de dolo. Hoy en día, estas ambigüedades parecen hacerse más agudas. Hay ámbitos en los cuales el derecho parecía menos tormentoso ayer que hoy, aunque el dolo siempre ha traído consigo interrogantes y vacilaciones.

En su obra *De officiis* CICERÓN presenta una serie de ejemplos de estos comportamientos deshonestos: el del hombre de bien que conduce a Rodas grandes cargamentos de trigo en tiempo de escasez al conocer la inminente llegada a la ciudad de un gran número de mercaderes de Alejandría³; el del hombre que vende una casa sabiendo que es insalubre, que está mal edificada y que se halla infestada

1 G. BAUDRY-LACANTINERIE. *Précis de droit civil*, t. II, Larosse et Forcel, 1883, § 776.

2 D. DEROUSSIN. *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2012², p. 516. Aunque hay esbozos de la idea en las obras de los canonistas: J.P. LÉVY, A. CASTALDO. *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010², § 562.

3 Cic. *off.* 3.12.

de serpientes⁴; el de PICIO el banquero, que organiza un pesca imaginaria para engañar al caballero CANIO, a quien quiere venderle su casa⁵; el de CLAUDIO, que vende su casa a CALPURNIO sin avisarle que ha sido ordenada la demolición de una de sus torres.

Pero más allá de estos ejemplos amenos, la obra de CICERÓN evoca los debates entre DIÓGENES y su discípulo ANTÍPATRO. Mientras DIÓGENES se acomoda con algunas formas de engaño, ANTÍPATRO, más ortodoxo, condena toda forma de dolo y de violación de la buena fe. Esta divergencia de opinión es sintomática de los problemas de moral y encuentra un eco contemporáneo en el derecho positivo, que busca un equilibrio entre la estabilidad contractual y la protección de la víctima del dolo. Y como todo equilibrio, este es susceptible de ser criticado.

En cualquier caso, y cualquiera que fuere el equilibrio elegido, el derecho debe ofrecer herramientas rigurosas para analizar y sancionar las conductas dolosas. Infortunadamente, el derecho francés no se presenta hoy en día como un edificio sólido, sino como un conjunto de reglas quebradizas que suscitan más preguntas que soluciones. Nos proponemos presentar y analizar el concepto de dolo, tal como se vislumbra a través de la jurisprudencia y la doctrina francesas de los últimos años, a la luz de principios más antiguos. Esta perspectiva permite dar cuenta de las dificultades que hace surgir la noción de dolo y de las confusiones que suscita.

Dos problemáticas se destacan particularmente de entre la multitud de dificultades jurídicas que surgen: la de la reticencia y la de la indemnización. Ambas permiten esbozar una reflexión sobre la naturaleza compleja del dolo y su régimen. A través de estas dos facetas estudiaremos entonces la consistencia del dolo en el caso particular del silencio (I), y los efectos del dolo, concentrándonos en su sanción (II).

I. AMBIGÜIDADES EN MATERIA DE RETICENCIA DOLOSA

A pesar de numerosas reflexiones sobre el tema de la reticencia, parece que la doctrina francesa aún no ha conseguido serenarse. La reticencia –o silencio doloso⁶– sigue siendo la fuente de reflexiones doctrinales y debates apasionados, tanto desde el punto de vista de su reconocimiento como dolo (A), como desde el punto de vista de sus efectos (B).

4 Cic. *off.* 3.13.

5 Cic. *off.* 3.14.

6 Un autor propuso distinguir claramente el simple silencio de la reticencia dolosa, que es equivalente a una maniobra: B. BOCCARA. "Dol, silence et réticence", en *Gaz. Pal.* 1953, 1, doct. 24.

A. EL RECONOCIMIENTO VACILANTE DE LA RETICENCIA

La primera dificultad proviene de la redacción del artículo 1116 CC francés: como es el caso en otros códigos, el enunciado del artículo parece referirse a comportamientos positivos: "El dolo será causa de nulidad del contrato cuando *las maniobras practicadas* por una de las partes sean tales, que resulte evidente que, sin esas *maniobras*, la otra parte no habría contratado". El texto del Código se refiere firmemente a comportamientos positivos. ¿Puede entonces el silencio ser calificado de 'maniobra'? Después de trazar la historia del reconocimiento de la reticencia dolosa (1) analizaremos los problemas probatorios que conlleva (2).

1. La historia del reconocimiento de la reticencia

Es preciso observar cómo, por efecto de una ilusión retrospectiva, lo que parecía evidente —la asimilación de la reticencia al dolo— se fue volviendo problemático. Desde 1804 y durante un siglo y medio⁷, el principio era el siguiente: el silencio es en sí insuficiente para caracterizar un dolo. Pero los límites de aplicación del principio aparecen cuando las circunstancias demuestran que el silencio se relaciona con un comportamiento más complejo que traduce la voluntad de engañar.

La distinción entre la reticencia 'simple' y la reticencia acompañada de ciertas circunstancias es casi unánime: la encontramos en las obras de los maestros del siglo XIX, como LAROMBIÈRE⁸, DEMOLOMBE⁹, BÉDARRIDE¹⁰, AUBRY y RAU¹¹ o PLANIOL¹². Todos admiten sin reparos que en algunos casos el silencio puede ser doloso. En

- 7 El derecho romano reconocía el carácter doloso del silencio: D. DEROUSSIN. *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2012², p. 516. POTHIER tenía el mismo punto de vista, aunque reconocía que no era fácil quejarse ante los tribunales por casos de reticencia: R.J. POTHIER. *Œuvres*, t. II, *Traité du contrat de vente*, Chasseriau, 1823, p. 105, § 234 y ss.
- 8 M. L. LAROMBIÈRE. *Traité pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, livre III du Code Napoléon*, t. I, Durand, 1857, p. 79.
- 9 CH. DEMOLOMBE. *Cours de code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, Durand, 1877, n. 172: "Qu'il consiste dans des affirmations mensongères ou dans des dissimulations ou des réticences fallacieuses, il n'importe!".
- 10 J. BÉDARRIDE. *Traité du dol et de la fraude*, t. I, 1875³, Durand Makaire, n. 94 y ss.
- 11 CH. AUBRY y CH. RAU. *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, proseguido por CH. RAU, CH. FALCIMAIGNE y M. GAULT, t. IV, 1902⁵, p. 503, § 343 bis, nota 20: "Bien que le silence ne soit pas, en principe, constitutif du dol, il peut en être autrement dans certaines circonstances, si la réticence est accompagnée d'artifices coupables, ou si elle dissimule des faits connus de la partie et que celle-ci avait le devoir de révéler".
- 12 M. PLANIOL. "Dol civil et dol criminel", en *Rev. Crit. Lég. Jurispr.*, 1893, p. 545, esp. p. 570: "Je crois qu'en général la simple réticence ne peut pas être considérée comme un dol. Celui qui ne dit rien ne trompe pas. (...) Cependant il y a des cas où l'une des parties est mieux à même que l'autre, où, pour mieux dire, elle est seule à même de connaître certaines choses ou certains faits que l'autre partie ne peut ni deviner ni vérifier. L'honnêteté lui fait alors un devoir de révéler ce qu'elle sait, et son silence équivaut à un dol. C'est alors qu'à proprement parler le silence mérite le nom de réticence. Commettre une réticence est quelque chose de plus que garder le silence: c'est se taire dans un moment où on aurait dû parler".

el siglo XX, SALEILLES¹³, DEMOGUE¹⁴ y RIPERT se pronuncian también a favor del reconocimiento de la reticencia cuando existen circunstancias que obligan al contratante a revelar el error a la otra parte.

RIPERT, en su obra *La règle morale*, subraya muy bien este punto¹⁵: la aparición del dolo depende de la naturaleza del contrato, de las relaciones entre las partes y de la confianza recíproca que puede existir entre ellas. Si nos basamos en esta idea —que implica un análisis casuístico— podemos admitir la reticencia dolosa. En efecto, explica RIPERT, excluir sistemáticamente la reticencia sería inmoral. JOSSEMAND¹⁶ también considera, por la combinación de un principio y de sus límites, que el silencio no siempre es suficiente para establecer la existencia del dolo, pero puede serlo cuando quien guarda silencio tiene la obligación de informar a la contraparte —en los casos de obligación de informar— o cuando existen circunstancias en la causa o la naturaleza del contrato que implican una relación especial de confianza entre las partes. Otros autores menos conocidos se pronunciaron igualmente a favor de la extensión del dolo al silencio¹⁷.

En conclusión, podemos constatar que la doctrina parece unánime en reconocer el carácter a veces doloso de la reticencia. La noción de reticencia se construye, de manera muy común, como la combinación de un principio y de excepciones. El principio es que el silencio es en sí insuficiente; las excepciones pueden ser legales (en algunas ocasiones la ley prohíbe el silencio) y de hecho. Esta posición encuentra un eco en la jurisprudencia de la época. Los fallos de la Corte de Casación repiten que el silencio por sí solo no puede constituer un dolo, pero admiten la reticencia cuando hay circunstancias especiales¹⁸. El profesor BONASSIES, que consagró su

13 R. SALEILLES. *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Pichon, 1901, p. 54.

14 R. DEMOGUE. *Des obligations en général, les sources*, t. I, ROUSSEAU, 1923, p. 561, § 358: "une simple réticence serait par elle-même insuffisante pour constituer un dol (...). La jurisprudence admet des exceptions assez volontiers dès que les circonstances faisaient au contractant un devoir plus strict de parler ou (...) qu'il y avait des circonstances tellement graves qu'elles équivalent à des manœuvres actives". p. 563: "Si, en général, le silence ne produit pas des conséquences juridiques spéciales à l'égard de celui qui se tait, il en est autrement dans certains cas, notamment lorsque celui qui n'a rien dit avait un devoir caractérisé de parler".

15 G. RIPERT. *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949⁴, § 48; M. PLANIOL, G. RIPERT y P. ESMEIN. *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, LGDJ, 1930, § 200: "La réticence, consistant à garder volontairement le silence sur un fait que l'autre partie aurait intérêt à connaître est un cas de dol. Elle n'est d'ailleurs une cause de nullité que suivant les circonstances, et aux conditions indiquées ci-dessus. Mais il n'est pas douteux que dans certains cas elle constitue une tromperie équivalant un mensonge".

16 L. JOSSEMAND. *Cours de droit civil positif français*, t. II, Sirey, 1939³, § 98.

17 N. IVANUS. *De la réticence dans les contrats*, Paris, 1924; P. BONASSIES. *Le dol dans la conclusion des contrats*, Thèse Lille, 1955, p. 127; P. GUYOT. "Dol et réticence", en *Études de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, Topos Verlag AG, Duchemin, 1977, p. 287.

18 Cass. Req., 5 février 1812, S. 1812, I, 21; Cass. Civ., 5 décembre 1838, S. 1838, I, 951: "La Cour royale a pu dire que ce silence d'Hippolyte Bourronnay constituait un dol au moins par réticence"; Cass. Civ. 17 février 1874, S. 1874, I, 249, D. 1874, I, 193; Cass. Civ., 30 mai 1927, *Gaz. Pal.* 1927, 2, 338; S. 1928, I, 105, nota de A. BRETON; Cass. Req., 23 mai 1933, D. 1933, I, 143; Cass. Com. 1^{er} avril 1952, D. 1952, 685, nota de J. COPPER-ROYER.

tesis de doctorado al tema, realizó un examen muy denso de la jurisprudencia y observó que los tribunales admitían con relativa facilidad la reticencia dolosa¹⁹.

No obstante, los autores contemporáneos generalmente afirman que la asimilación de la reticencia dolosa al dolo solo ha sido reconocida por la Corte de Casación francesa desde el año 1958^[20]. La doctrina considera que hubo entonces una evolución: de una concepción muy ligada a la letra del artículo 1116, nuestra jurisprudencia habría adoptado una concepción más moderna y menos liberal. El profesor GHESTIN, por ejemplo, explica claramente que la jurisprudencia de la Corte de Casación se volvió más protectora a partir de 1958^[21]. Y los demás autores siguen este punto de vista, vislumbrando una oposición fuerte entre la jurisprudencia clásica y la jurisprudencia contemporánea²². Sin embargo, si se analiza la jurisprudencia, esta oposición no tiene existencia real. Hoy como ayer, la jurisprudencia excluye la reticencia exclusiva –es decir el silencio *per se*, sin circunstancias adicionales– y admite que en algunas ocasiones la reticencia sea dolosa. Los fallos de 1958 y posteriores no se destacan realmente de la jurisprudencia anterior.

Al parecer presenciamos una ilusión retrospectiva. La doctrina contemporánea presenta la jurisprudencia antigua como una serie de fallos apegados al texto del Código Civil, venerado como un texto santo, y exageradamente respetuosos de la palabra ‘maniobras’, interpretada de manera restrictiva.

Por el contrario, la lectura de los fallos del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX revela jueces liberados de la letra del Código, y dispuestos a sacrificar la fuerza obligatoria del contrato por motivos de moral social y de protección de la parte débil. La doctrina de la época también era muy consciente de los problemas de buena fe²³, y se mostraba comprometida a defender la lealtad contractual por

- 19 BONASSIES, *Le dol dans la conclusion des contrats*, cit., p. 127.
- 20 Cass. Civ. 1^{ère}, 19 mai 1958, *Bull. Civ. I*, n. 251, p. 198; Cass. Civ., 3^{ème} 15 janvier 1971, *Bull. Civ. III*, n. 38; *RTDCiv.* 1971, p. 839, obs. Y. LOUSSOUARN; Cass. Civ. 3^{ème}, 2 octobre 1974, *Bull. Civ. III*, n. 330; Cass. Civ., 3^{ème}, 20 décembre 1995, *Bull. Civ. III*, n. 268; Cass. Civ. 1^{ère}, 13 mai 2003, *Bull. Civ. I*, n. 114; *D.* 2004, p. 262, nota de E. MAZUYER; *JCP G*, 2003, II, 10144, nota de R. DESGORCES, y I, 170, obs. G. LOISEAU; *Defrénois*, 2003, 1568, nota de R. LIBCHABER; *RTDCiv.* 2003, p. 700, obs. J. MESTRES, B. FAGES.
- 21 J. GHESTIN. *La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles*. *D.* 1971, p. 247; J. GHESTIN. *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 1993³, § 566.
- 22 P. GUYOT. *Dol et réticence*, cit., p. 287; J. FLOUR, J.-L. AUBERT y E. SAVAUX. *Droit civil, les obligations*, 1. *L'acte juridique*, Sirey, 2010¹⁴, § 213; A. BÉNABENT. *Droit des Obligations*, Montchrestien, 2012¹³, § 86; M. FABRE-MAGNAN. *Droit des obligations, I- contrat et engagement unilatéral*, Puf, 2010², p. 324; PH. MALINVAUD y D. FENOUILLET. *Droit des obligations*, Litec, 2010¹¹, § 195; F. TERRÉ, PH. SIMLER e Y. LEQUETTE. *Les obligations*, Dalloz, 2013¹¹, § 233; PH. MALAURIE, L. AYNÈS y PH. STOFFEL-MUNCK. *Les obligations*, Defrénois, 2011⁵, § 510; DEROUSSIN. *Histoire du droit des obligations*, cit., p. 549; J. MOULY. *La réticence dolosive suppose, mais ne rend pas excusable l'erreur de l'autre partie*, en *JCP G*, 2012, p. 981; ver igualmente G. LYON-CAEN, *De l'évolution de la notion de bonne foi*, en *RTDCiv.* 1946, p. 81.
- 23 Por ejemplo, J. BÉDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude*, cit., § 1 y § 20: “L'équité et la morale exigent que les parties contractantes agissent, l'une envers l'autre, avec la plus entière bonne foi. De là cette

encima de la fuerza obligatoria del contrato. Los autores del siglo XIX no veneraban el Código ni la palabra 'maniobras' utilizada por el legislador, que igualmente concebía el dolo de manera muy amplia y seguramente consideraba que el concepto abarcaba algunas formas de silencio, como lo muestran las obras preparatorias del Código de 1804^[24].

Esta ilusión retrospectiva se combina con otra –prospectiva esta vez– que consiste en considerar que cada vez la jurisprudencia admite la reticencia con mayor facilidad, hasta la 'reticencia exclusiva'²⁵. La doctrina considera que la jurisprudencia es cada vez más liberal con el tema de la reticencia. La lectura de los fallos de 2012 y 2013 nos enseña lo contrario²⁶. Todos los fallos que reconocen o rechazan la reticencia son fallos muy circunstanciados: la Corte de Casación se toma el tiempo para relatar, con bastantes detalles, las consideraciones de hecho que la llevan a la solución, lo cual es destacable en derecho francés. Cada fallo presenta una descripción detallada de la situación alrededor del silencio. Aparentemente la Corte de Casación tiene muy claro que es el acontecimiento de circunstancias especiales lo que permite concluir en la existencia del dolo en el caso del silencio²⁷. Los jueces nunca afirman de punto en blanco que la reticencia es dolosa en sí, sino que, considerando y apoyándose sobre los hechos, descubren que la reticencia presenta aspectos dolosos.

Hoy algunos autores, refiriéndose al pensamiento de RIPERT²⁸, rebaten esta asimilación de la reticencia al dolo 'clásico'²⁹. Aducen que en el caso del dolo positivo el error debe ser provocado por maniobras. En el caso de la reticencia, el error es preexistente al silencio y el silencio se limita a consolidar este error. En otras palabras, el dolo positivo sanciona los comportamientos que conducen al engaño, mientras que la reticencia se refiere a aquellos que consisten en abs-

conséquence, que les traités faits au mépris de cette prescription devraient être considérés comme incapables de produire un lien légal".

24 P. A. FENET. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcoq, 1836, t. XIII, p. 144 "Dol est le mot générique, et comprend toute espèce de ruse et d'artifice"; p. 224 "Le dol se compose de toutes les espèces d'artifices qui sont employées pour tromper"; J. BÉDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude*, cit., § 95.

25 El fallo del 15 de enero de 1971 se ha presentado como el primero en este sentido. No obstante, los hechos del fallo nos muestran que hubo mentiras por parte del contratante. Además, la Corte de Casación se refiere a circunstancias específicas del caso: Cass. Civ., 3^{ème}, 15 janvier 1971, *Bull. Civ.* III, n. 58; *RTDCiv.* 1971, p. 839, obs. Y. LOUSSOUARN.

26 Cass. Civ., 3^{ème}, 11 juin 2013, n. 12-20534; Cass. Com., 22 mai 2013, n. 11-20398; Cass. Civ., 3^{ème}, 3 avril 2013, n. 12-16405; Cass. Civ., 3^{ème}, 11 septembre 2012, n. 11-22389; Cass. Com., 10 juillet 2012, n. 11-12966; Cass. Com., 31 janvier 2012, n. 10-27232; Cass. Civ. 3^{ème}, 7 novembre 2012, *RLDC* 2013, n. 100, p. 13, obs. E. POULIQUEN.

27 Y. LOUSSOUARN, nota a Cass. Civ. 3^{ème}, 15 janvier 1971, *RTDCiv.* 1971, p. 839.

28 RIPERT, *La règle morale*, cit., n. 44.

29 G. LARDEUX. *La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres*, en *D.* 2012, p. 2986; J. MOULY. *Une règle de nature à induire en erreur: la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée*, en *D.* 2012, p. 1346.

tenerse deliberadamente de desengañar a la otra parte, y por los cuales se deja subsistir el error.

No obstante, el estudio de los fallos relativos a la reticencia nos indica que no siempre es el caso. En algunas circunstancias, el silencio juega el mismo papel que las maniobras positivas. Tomemos el ejemplo famoso del fallo de 1874^[30]: se trataba de la compraventa de una yegua, que presentaba un vicio. Sucedió que el vendedor conocía muy bien la yegua porque ya la había vendido tres veces, y no informó al nuevo adquiriente de los defectos del animal. Ahora, si hubieran existido maniobras insidiosas para esconder los defectos del animal –una mentira por ejemplo–, el error se habría presentado igualmente.

La opinión que distingue error provocado y error mantenido nos parece discutible. Se fundamenta en una apreciación abstracta y cronológica del consentimiento. Las maniobras, necesariamente anteriores al consentimiento, engañarían al contratante al considerar que su consentimiento emerge necesariamente con posterioridad a las maniobras engañosas. Pero puede ocurrir asimismo que el error preexista, y que la maniobra consista en no desengañar a la víctima. Así, RIPERT y sus discípulos contemporáneos consideran que en la hipótesis del silencio el error debe preexistir. Pero sucede a veces que la reticencia engendre el error³¹.

Por último, parece particularmente difícil distinguir el error inducido del error preexistente. El error es una apreciación falsa de la realidad, pero esa apreciación se construye gradualmente, de manera subjetiva e imperceptible: no es posible representarse instantáneamente –de manera correcta o incorrecta– la realidad. El silencio o las maniobras intervienen de manera difusa para alterar poco a poco el consentimiento. En la mayoría de los casos no es posible distinguir claramente una fase en la cual el error no existe, y un evento que hace nacer el error. En la compraventa de un caballo enfermo³², ¿cuándo ‘nace’ el error? ¿Al momento de ver el animal? ¿Después de haberlo examinado durante diez minutos? ¿O es una consecuencia del silencio del vendedor?

La jurisprudencia no ha adoptado esta distinción defendida por la doctrina, y asimila plenamente dolo positivo y reticencia. Así la Corte de Casación ha decidido en un fallo de 2008 que el silencio era constitutivo de maniobras³³, admitiendo una equivalencia completa entre silencio y maniobras. La detección del dolo es una consideración de hecho. Los jueces deben examinar caso por caso si hubo vicio del consentimiento. Son tan variados los casos de dolo que no podemos ni

30 Cass. Civ. 17 février 1874, S. 1874, 1, 249, D. 1874, 1, 193.

31 Por ejemplo Cass. Req., 20 octobre 1902, S. 1904, I, 325.

32 Caso de los fallos siguientes: Cass. Civ., 17 février 1874, S. 1874, 1, 249, D. 1874, 1, 193; CA Paris, 27 décembre 1893, *Gaz. Pal.*, 1894, I, 158; CA Lorient, 5 juin 1895, D. 1897, 2, 52; Cass. Soc., 30 mai 1947, S. 1949, I, 24.

33 Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, *Bull. Civ.* I, n. 154; *RDC* 2008, p. 1118, obs. D. MAZEAUD; *JCP G* 2008, I, p. 218, n. 9, obs. F. LABARTHE; *JCP* 2008, II, 10179, nota de I. BEYNEIX; *Dr et patrimoine*, 2009, n. 178, p. 127, P. STOFFEL-MUNCK.

debemos encerrarlos en categorías demasiado determinadas. No queremos decir que la reticencia es una maniobra como cualquier otra, pero tampoco podemos negar su carácter doloso en algunos casos.

En conclusión, parece que la jurisprudencia siempre ha reconocido que la reticencia puede ser constitutiva de dolo. Vamos a ver ahora que su posición es menos convincente en materia de prueba.

2. La prueba de la reticencia dolosa

Admitir la reticencia supone igualmente, desde el punto de vista técnico, interesarse en sus medios probatorios. Obviamente, es más fácil probar actos positivos que probar el silencio. Pero paradójicamente puede suceder que la víctima del silencio no se encuentre en una posición tan complicada, porque la reticencia tiende a confundirse con la vulneración de la obligación de informar. En otras palabras, la noción positiva de obligación de informar es muy cercana de la noción negativa de reticencia dolosa. Algunos fallos nos muestran que es muy útil para la víctima desplazarse del ámbito del dolo hacia el ámbito de la obligación de informar en lo que se refiere a la carga de la prueba³⁴. En efecto, la víctima del dolo debe no solo probar el silencio sino también su carácter intencional y determinante. Al contrario, la prueba del cumplimiento de la obligación de informar incumbe a la otra parte –la que debe informar–. Este cambio de perspectiva puede ser salvador para la víctima. Pero de manera general, la Corte de Casación hace una distinción clara entre vulneración de la obligación de informar y reticencia dolosa³⁵, exigiendo para esta última la prueba de una intención –el *animus decipiendi*³⁶– y la prueba del carácter determinante del silencio.

No obstante, cuando la víctima prefiere mantener el contrato ya no es necesario probar la intención de engañar, porque el caso se limita entonces a un resarcimiento fundado en los principios de la responsabilidad civil³⁷. Las exigencias especiales del dolo se desvanecen ante las exigencias menos rigurosas de los artículos 1382 y 1383 CC.

34 Cass. Civ. 1^{ère}, 15 mai 2002, n. 99-21.521, *Bull. civ.* I, n. 132, *RTDCiv.* 2003, p. 84, obs. J. MESTRE y B. FAGES; Cass. Civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, n. 03-17.682, *RTDCiv.* 2005, p. 590, obs. J. MESTRE y B. FAGES.

35 Cass. Com. 28 juin 2005, n. 03-16.794, *RTDCiv.* 2005, p. 591, obs. J. MESTRE y B. FAGES.

36 A. CARRASCO PERERA *Derecho de contratos*, Aranzadi, 2010, p. 350.

37 Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, *RDC* 2008, p. 1118, obs. D. MAZEAUD; *RTDCiv.* 2008, p. 476, obs. B. FAGES; *JCP G*, 2008, I, 218, n. 6, obs. F. LABARTHE. Sobre este fallo del 2008: M. FABRE-MAGNAN. *Droit des obligations, I- Contrat et engagement unilatéral*, cit., p. 328: "si les demandeurs ne requièrent pas l'annulation du contrat mais se contentent de dommages et intérêts, il suffit qu'ils démontrent une faute au sens de l'art. 1382, donc une faute objective, et non pas à proprement parler une tromperie".

¡Infortunadamente, algunos fallos extendieron la solución anterior a casos en los cuales la víctima reclamaba la nulidad del contrato³⁸! Como los litigios respectivos involucraban a contratantes profesionales, la doctrina vislumbra una presunción de mala fe de estos últimos³⁹. Es cierto que en los fallos más recientes la Corte de Casación reafirma que la sola reticencia es de por sí insuficiente, y que además del silencio debe probarse su carácter intencional y determinante⁴⁰. Pero simultáneamente se observa que los jueces admiten con relativa facilidad la existencia del carácter intencional: en repetidas ocasiones, la Corte parece deducir el carácter intencional del carácter determinante, lo cual es discutible. Los jueces consideran que cuando la información omitida es determinante, el contratante tiene necesariamente la intención de engañar.

Un fallo de la cámara comercial de la Corte de Casación del 22 de mayo de 2013 da un ejemplo de este tipo de dificultades⁴¹. Unos fiadores reclaman la nulidad de un contrato de fianza invocando un dolo por parte de un banco, porque este había disimulado informaciones importantes sobre el riesgo del proyecto conducido por el deudor principal. En su defensa, el banco pretende que los fiadores conocían la complejidad del montaje financiero del deudor principal, y conocían también los riesgos de la operación. Pero la Corte de Casación no sigue los argumentos del banco. Había reticencia de informaciones importantes, y, de haberlas conocido, los fiadores no habrían celebrado el contrato. En otras palabras, del hecho de que se trataba de informaciones determinantes la Corte deduce el carácter intencional de la reticencia, aunque el banco podía pensar que los fiadores tenían consciencia de los riesgos del proyecto.

Otro fallo del 2013^[42] ilustra también esta tendencia. En una cesión de la totalidad de las acciones de una sociedad el cesionario había sido imprudente: el valor de la empresa dependía en gran parte de la personalidad y participación del dirigente-cedente. Estaba previsto un contrato de trabajo con este mismo, pero a plazo indefinido. De tal manera que siete meses después de la cesión de las participaciones sociales el ex-dirigente renunció. El adquirente de la empresa consideraba

38 Cass. Civ. 1^{ère}, 13 mai 2003, *Bull. Civ. I*, n. 114, p. 89; *JCP G*, 2003, II, 10144, nota de R. DESGORCES; *JCP G* 2003, I, 170, n. 1-5, obs. G. LOISEAU; en el mismo sentido: Cass. Civ. 1^{ère}, 15 mai 2002; *Bull. civ. I*, n. 132; *JCP G* 2002, IV, 2087.

39 F. TERRÉ, PH. SIMLER e Y. LEQUETTE, *Les obligations*, cit., § 234.

40 Cass. Com., 28 juin 2005, *Bull. Civ. IV*, n. 140, p. 151; Cass. Com., 7 juin 2011, *RDC* 2011, p. 1148, obs. Y. M. LAITHIER; *CCC* 2011, comm. n. 208, nota de L. LEVENEUR; *RTD Civ.* 2011, p. 533, obs. B. FAGES; *Dr et Patrimoine*, 2012, n. 211, p. 64, obs. P. STOFFEL-MUNCK; *Gaz. Pal.*, 2011, n. 303-307, p. 17, obs. D. HOUTCIEFF; *D.* 2011, p. 2579, nota de M. CARTIER-FRÉMOIS; Cass. Com. 10 juillet 2012, n. 11-14313; Cass. Civ. 3^{ème}, 20 novembre 2012, n. 11-24774 et 11-25129; Cass. Civ., 3^{ème}, 20 janvier 2013, n. 11-25325; Cass. Com., 30 mai 2012, n. 11-19594; Cass. Civ., 3^{ème}, 13 mars 2012, n. 11-10584.

41 Cass. Com., 22 mai 2013, *RLDC* 2013, n. 106, p. 30, obs. G. MARRAUD DES GROTTES.

42 Cass. Com., 12 février 2013, *Rev. Soc.*, 2013, p. 547, nota de T. MASSART; *RTD Civ.* 2013, p. 368, obs. B. FAGES.

que había dolo por parte del cedente: no había mencionado su voluntad de dejar la empresa al momento de la celebración del contrato, argumento que prosperó tanto en la Corte de apelación como en la Corte de Casación.

La doctrina criticó esta solución, particularmente severa con el cedente, y complaciente con el adquirente, que había sido negligente en la organización de su plan de compra. En la práctica existen distintos mecanismos para asegurarse de que el hombre clave de la empresa siga trabajando en esta. Obviamente es necesario añadir que el dolo es un delito civil que implica la intencionalidad del autor. La reticencia no basta por sí misma. No es necesaria la voluntad de provocar el perjuicio, pero el carácter intencional del dolo supone que el silencio ha sido guardado conscientemente, con la intención de engañar. En este fallo no aparecía claramente esta intención. Como lo subraya el profesor FAGES comentando el fallo⁴³, no podemos saber si al momento de la celebración del contrato el hombre clave ya había decidido renunciar siete meses después. Los jueces suponen un escenario que tal vez nunca sucedió.

De esta tendencia jurisprudencial particularmente marcada llegamos a un punto en el cual cada parte debe defender los intereses de la otra, y esta obligación es más crítica que la obligación correlativa de informarse para defender sus propios intereses. La Corte de Casación exige de los contratantes que se vuelvan santos, sin exigirles a cambio que velen por sus intereses. El juego de la reticencia dolosa lleva a imponer al contratante una obligación de informar intensa, tal como la encontramos en los contratos con consumidores.

En el ámbito de la prueba, parece que la reticencia lleva la jurisprudencia a la deriva. La proximidad de las nociones de obligación de informar y de reticencia incita a una mezcla poco rigurosa de regímenes. Encontramos ambigüedades similares al examinar los efectos de la reticencia dolosa.

B. Los efectos variables de la reticencia

En teoría, la admisión de la reticencia dolosa debería implicar que sus efectos sean idénticos a los de un dolo positivo. En efecto, 'admitir' la reticencia es considerar que es constitutiva de un dolo, e implica asimilar completamente ambas nociones. Sin embargo, según la doctrina, el derecho francés se caracteriza actualmente por una posición poco satisfactoria, en la cual la asimilación de la reticencia al dolo es parcial, válida para invocar el error inexcusable (1), pero no cuando se trata de error sobre el valor (2).

43 B. FAGES, nota a Cass. Com., 12 février 2013, *RTDciv.* 2013, p. 368.

1. Efectos de la reticencia en materia de error inexcusable

La excepción del error inexcusable es una excepción clásica, que deriva de la aplicación de la máxima *De non vigilantibus non curat praetor*. Normalmente, el derecho no protege a la víctima de un error cuando este procede de una negligencia excesiva⁴⁴. Cada parte de un contrato tiene la obligación de informarse⁴⁵. Sin embargo, cuando el error es provocado por un dolo, la excepción no aplica⁴⁶: la víctima del dolo puede pedir la protección del derecho, a pesar del carácter inexcusable de su error. Siguiendo su obra de asimilación de la reticencia al dolo, la sala tercera civil de la Corte de Casación decidió, en un fallo de 2001, que "la reticencia disculpa siempre el error que induce"⁴⁷. Otras salas siguieron los mismos pasos, repitiendo la misma formulación⁴⁸, aunque se presentaron variaciones en la Corte misma⁴⁹. En la doctrina hubo muchas reacciones y un intercambio de réplicas entre los profesores GHESTIN y MOULY, cada uno tratando de justificar su posición⁵⁰. GHESTIN hace parte del grupo de autores que aprueban la solución, y MOULY rebate la formulación enunciada por la Corte de Casación.

Parece, en efecto, que una contradicción prevalece. Si el error es inexcusable, esto significa que la víctima habría debido informarse —y tenía la facultad de hacerlo⁵¹. Y si la víctima debía informarse, el reconocimiento de un silencio doloso se vuelve problemático. Desde el punto de vista de los vicios del consentimiento, y dejando de lado el aspecto delictual del dolo, el hecho de que el error haya sido

44 J. DABIN. "Erreur inexcusable et nullité des conventions", en *Études de droit civil*, Bruxelles, 1947; FLOUR, AUBERT, SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, 1. *L'acte juridique*, cit., § 206.

45 P. JOURDAIN. *Le devoir de se renseigner (Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement)*, en D. 1983, chr. 139.

46 CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 346.

47 Cass. Civ. 3^{ème}, 21 février 2001, *Bull. Civ.* III, n. 20; D. 2001, p. 2702, obs. D. MAZEAUD; D. 2001, p. 3236, obs. L. AYNÈS; D. 2002, p. 927, obs. C. CARON y O. TOURNAFOND; D. 2003, Chr., J. Mouly, p. 2023; *Defrénois* 2001, p. 703, nota de R. LIBCHABER, *JCP G* 2001, I, 330, n. 10, obs. A. CONSTANTIN; *JCP G* 2002, II, 100027, nota de C. JAMIN; *RTD Civ.* 2011, p. 353, obs. J. MESTRE y B. FAGES; *AJDI* 2002, p. 70, obs. F. COHET-CORDEY. La solución era opuesta en los años 50-60: Cass. Soc., 1er avril 1954, *Bull. Civ.* IV, n. 223, p. 171; *JCP G* 1954, II, 8384, nota de J. LACOSTE: la reticencia supone un silencio guardado por el contratante sobre una circunstancia o un hecho cuya ignorancia por parte de la contraparte era excusable. Pero a partir de Cass. Civ. 1^{ère}, 13 février 1967, D. 1967, somm. 74, la Corte de Casación nos dice que no importa que el error no haya sido determinante.

48 Cass. Civ., 1^{ère}, 18 janvier 2005, n. 03-15115; Cass. Com., 13 février 2007, n. 04-16520.

49 J. MOULY. *Une règle de nature à induire en erreur: la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée*, en D. 2012, p. 1346.

50 J. GHESTIN. *La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée*, en *JCP G* 2011, doct. 703; J. MOULY, *Une règle de nature à induire en erreur*, cit., p. 1346; J. Ghestin "La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée. Une règle de nature à induire en erreur?", *JCP G* 2012, p. 812; J. MOULY, *La réticence dolosive suppose, mais ne rend pas excusable l'erreur de l'autre partie*, en *JCP G* 2012, p. 981.

51 J. MOULY. *Une règle de nature à induire en erreur*, cit., p. 1346; J. CARBONNIER. *Droit civil*, vol. II, Puf Quadrige, 2004, § 966, considera que hay reticencia solo cuando la víctima es excusable de no conocer la información.

provocado por un dolo no debería tener incidencia. En otras palabras, si consideramos únicamente el consentimiento, el origen del error no debería importar: si el error es inexcusable, no debería poder anular el contrato; no debería influir el hecho de que la víctima no fue desengañada por su contratante.

No obstante, los proyectos de reforma parecen encaminarse en la misma dirección. Tanto el anteproyecto Catala⁵² como el anteproyecto del Ministerio de la Justicia⁵³ coinciden en afirmar que el error inducido por el dolo siempre es excusable. El proyecto Terré es más matizado, pues no invoca la expresión 'siempre excusable': en su artículo 33 dice que "la parte que conoce o que habría debido conocer una información, y que conoce el carácter determinante de esta información para la otra parte, tiene el deber de transmitirla, cuando la ignorancia de esta última es legítima. La ignorancia de una parte es legítima cuando le es imposible informarse, o cuando otorga confianza a la contraparte, según la naturaleza del contrato o las cualidades de las partes". El proyecto Terré no considera entonces que *toda* ignorancia se vuelve excusable por el efecto de la reticencia dolosa, lo cual parece ser más equilibrado que la solución tajante del fallo de 2001.

Esta última solución solo puede justificarse con el apoyo de la responsabilidad civil. Los hechos que generaron el fallo de 2001 giraron alrededor de una compraventa de un fondo de comercio para la explotación de un hotel y de un restaurante. Después de la compraventa, el adquirente se dio cuenta de que las licencias administrativas de operación no habían sido expedidas porque el edificio no cumplía con las normas de seguridad. Pidió entonces la nulidad del contrato por reticencia dolosa. Si consideramos, como lo hizo la Corte de apelación, que el adquirente tenía que haberse informado sobre la existencia de las licencias de operación antes de la compraventa, no podemos reprocharle su silencio al vendedor.

Pero la Corte de Casación compara los comportamientos de cada parte⁵⁴: de un lado, hay una culpa intencional, del otro, una negligencia. La buena fe conduce a sancionar al autor del dolo, cuyo comportamiento es más reprochable que la indolencia de la víctima. GHESTIN explica que la gravedad del comportamiento del autor del dolo hace desaparecer el deber de informarse de la víctima. Pero con la reticencia, este balanceo entre dos culpas se hace más difícil. En efecto, la solución lleva a la jurisprudencia a admitir que la obligación de informar a la otra parte es más importante que la obligación de informarse. La máxima *caveat emptor* pierde de su fuerza... pero conserva su pertinencia en materia de valor pecuniario, como lo analizamos a continuación.

52 P. CATALA. *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*. La documentation française, 2006; art. 1113-3.

53 Disponible en: http://www.lexinter.net/ACTUALITE/projet_de_reforme_du_droit_des_contrats.htm, art. 59

54 J. BETOUILLE. *L'aspect 'délictuel' du dol dans la formation du contrat. Illustration récente de la Cour de cassation en matière de vente d'immeuble*, en *Rapport de la Cour de cassation*, 2001, Études et documents, p. 259.

2. Efectos de la reticencia dolosa en materia de error sobre el valor

Generalmente, los errores sobre el valor no implican la nulidad del contrato. Esta regla es la consecuencia de la no aceptación de la lesión, que sigue siendo un principio fuerte del derecho francés. Pero cuando el error sobre el valor tiene su origen en un dolo, la doctrina considera que la validez del contrato puede ser rebatida⁵⁵: el dolo ejerce su poder también en el ámbito del error sobre el valor. Sin embargo la Corte de Casación se ha opuesto a la extensión de dicha solución al caso de la reticencia dolosa en dos sentencias famosas de 2000 y 2007^[56], decidiendo que el adquirente profesional no tiene la obligación de informar al vendedor, aun no profesional. En un conocido fallo del 3 de mayo de 2000, la Sala Primera Civil de la Corte de Casación decidió que el adquirente de una colección de fotografías de BALDUS no tenía la obligación de informar al vendedor sobre el valor de la cosa vendida⁵⁷. Así los magistrados se negaron a declarar la nulidad del contrato. Posteriormente, el 15 de noviembre de 2000^[58], la Sala Tercera Civil de la Corte de Casación falló en sentido contrario, anulando el contrato de compraventa de un terreno en que el adquirente, que conocía la riqueza del subsuelo y por ende el mayor valor del terreno, había omitido decírselo al vendedor en el momento de la cesión⁵⁹. No obstante, posteriormente, el 17 de enero de 2007, la Sala Tercera Civil optó por la misma solución de la sentencia de la Sala Primera, en un litigio sobre un contrato de compraventa inmobiliaria: aun siendo profesional, el adquirente no tiene la obligación de informar al vendedor del valor de la cosa

55 PLANIOL, RIPERT y ESMEIN. *Traité pratique de droit civil français*, cit., p. 272, § 204 bis; Y. LEQUETTE, F. TERRÉ y H. CAPITANT. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, Dalloz, 2008¹², p. 68; MALAURIE, AYNÈS y STOFFEL-MUNCK. *Les obligations*, cit., § 511; J. GHESTIN. *Traité de droit civil, La formation du contrat*, cit., § 558; TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE. *Les obligations*, cit., § 237.

56 Cass. Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, *Bull. Civ.*, I, n. 131; *JCP G* 2000, I, 272, n. 1, obs. G. LOISEAU; *JCP G* 2001, II, 10510, nota de C. JAMIN; *D.* 2000, somm. 928, obs. O. TOURNAFOND; CCC 2000, n. 140, obs. L. LEVENEUR; *Defrénois* 2000, p. 1110, nota de D. MAZEAUD y PH. DELEBECQUE; *RTDciv.* 2000, p. 566, obs. J. MESTRE y B. FAGES; Cass. Civ. 3^{ème}, 17 janvier 2007, *Bull. Civ.* III, n. 5; *D.* 2007, p. 1051, nota de D. MAZEAUD, p. 1054, nota de PH. STOFFEL-MUNCK, p. 2969, obs. S. AMRANI-MEKKI; *AJDI*, 2007, p. 416, obs. S. BIGOT DE LA TOUANNE; *JCP G* 2007, II, 10042, nota de C. JAMIN; *Defrénois* 2007, p. 443, nota de E. SAVAUX, p. 959, nota de Y. DAGORNE-LABBÉ; CCC 2007, n. 117, obs. L. LEVENEUR; *RDC* 2007, p. 703, nota de Y.-M. LAITHIER; *RTDciv.* 2007, p. 335, obs. J. MESTRE y B. FAGES.

57 En el mismo sentido: Cass. Com., 24 septembre 2003, *RTDciv.* 2004, p. 86, obs. J. MESTRE y B. FAGES; *RDC* 2004, p. 260, obs. D. MAZEAUD.

58 Cass. Civ. 3^{ème}, 15 novembre 2000, *JCP* 2001, I, 301, obs. SERINET; *Defrénois* 2001, art. 37309, obs. E. SAVAUX; *RTDciv.* 2001, p. 355, obs. J. MESTRE y B. FAGES; Cass. Civ. 3^{ème}, 22 juin 2005, *Bull. Civ.* III, n. 137; CCC 2005, comm. 186, obs. L. LEVENEUR; *RDC* 2005, p. 1025, obs. PH. STOFFEL-MUNCK. *Add. Cass. Com.*, 12 mai 2004, *D.* 2004, p. 1599, obs. A. LIENHARD, et p. 2923, obs. MALAZEROLLES; *RTDciv.* 2004, p. 500, obs. J. MESTRE y B. FAGES; *JCP* 2004, I, 173, obs. A. CONSTANTIN; *RDC* 2004, p. 923, obs. D. MAZEAUD.

59 En aquel entonces algunos autores demostraron que en realidad estas divergencias de jurisprudencia se explicaban por que los hechos eran muy distintos: LEQUETTE, TERRÉ y CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, cit., p. 71.

venta. La asimilación de la reticencia dolosa al dolo no vale para el error sobre el valor como para el error inexcusable. El error sobre el valor no es admisible si es provocado por una reticencia, pero lo es cuando se trata de una maniobra⁶⁰.

Esta diferencia no es lógica. Es posible que sea sintomática de un estado de transición. El derecho francés aún no ha aceptado una concepción moderna de la lesión, pero simultáneamente parece indispensable castigar los comportamientos desleales. Los trajes estrechos del Código Civil se desgarran en unos costados pero resisten en otros. Esto podría explicar la asimilación parcial entre el dolo y la reticencia. Si la Corte se niega a imponer al adquirente la obligación de informar al vendedor del valor de la cosa, es quizás porque no quiere abrir las puertas de par en par al reconocimiento de la lesión. En efecto, admitir la nulidad del contrato cuando hay error sobre el valor, provocado o favorecido por el silencio, conduce a introducir la rescisión del contrato por lesión, cuando el contratante conoce el valor real de la cosa.

Sin embargo, aquí también es probable que tengamos una ilusión doctrinal⁶¹. En efecto, los fallos citados para apoyar la doctrina según la cual el error sobre el valor provocado por el dolo es admisible no afirman claramente la solución⁶². Sí dicen que no es necesario que el error sea substancial, pero no dicen más. Es cierto que un fallo del año 2008^[63] admite claramente un error sobre el valor provocado por un dolo, pero los hechos nos revelan que se trataba de una reticencia, lo que contradice las tesis doctrinales, y nos deja perplejos...

Resolver esta confusión supone distinguir dos tipos de error sobre el valor⁶⁴: el error que procede de una apreciación económica equivocada a partir de datos correctos, y el error que proviene de una apreciación económica correcta, a partir de datos equivocados. La lesión está relacionada con el primer tipo de error. En este caso, y tomando en cuenta el estado del derecho positivo, no debería importar el hecho de que haya habido dolo positivo o negativo. Es la solución del fallo BALDUS: el vendedor no ignoraba que se trataba de fotos de BALDUS, pero se equivocó sobre su valor. Al contrario, si hubo engaño que condujo a una representación falsa de la realidad, eso lleva generalmente a un error sobre el valor, pero solo como consecuencia inevitable de un error sustancial: por ende es necesario admitir el vicio de voluntad. Es la solución del fallo del 15 de noviembre de 2000 de la Tercera Cámara Civil⁶⁵: el vendedor no conocía la riqueza del subsuelo de

60 TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, *Les obligations*, cit., § 237.

61 Podemos observar, por ejemplo, que la profesora LARDEUX, quien destacó esta diferencia, se refiere al fallo de 2005 para afirmar que el error sobre el valor es admisible cuando es provocado por un dolo positivo, aunque este fallo de 2005 trata de un caso de reticencia: G. LARDEUX, *La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres*, en D. 2012, p. 2986.

62 Cass. Civ., 1^{ère} 13 février 1967, *Bull. Civ. I*, n. 58; Cass. Com., 19 décembre 1961, *Bull. Civ. III*, n.492.

63 Cass. Com., 17 juin 2008, n. 07-15398; *RTDCiv.* 2008, p. 671, obs. B. FAGES.

64 GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, cit., § 512.

65 En el mismo sentido: CA Paris, 22 janvier 1953, *Gaz. Pal.*, 1953, 1, 137.

su terreno, y por eso se equivocó sobre su valor. Como lo sugiere el fallo de 2008, más que el origen del error –dolo positivo o reticencia–, se debe observar con atención el contenido del error. En conclusión, no nos parece correcto afirmar que la jurisprudencia haga una diferencia entre dolo positivo y reticencia dolosa en materia de error sobre el valor.

Así, el examen de la reticencia nos conduce a varios terrenos deleznales. Por el lado de las fuentes del derecho, sugiere reflexiones sobre las variaciones doctrinales y sobre la motivación tradicionalmente elíptica de los fallos de la Corte de Casación francesa, que no permite hacerse una idea precisa del estado de la jurisprudencia. Por un lado más técnico, observamos que prevalecen aún muchas ambigüedades. Hoy en día, frente a un caso de reticencia, no se sabe con certeza qué solución será adoptada por el juez, lo cual no es propicio para la seguridad jurídica. Este tipo de problema se presenta igualmente en materia de sanción del dolo.

II. DUDAS EN MATERIA DE SANCIÓN DEL DOLO

Una vez reconocido el dolo se hace necesario saber cómo sancionarlo. Aquí también surgen una serie de interrogantes, y aquí también la doble naturaleza del dolo conlleva debates y confusiones. El dolo es simultáneamente la causa de un vicio del consentimiento y una culpa que justifica la acción de perjuicios. ¿Cómo combinar estos dos aspectos? Una primera serie de interrogantes tiene que ver con la nulidad del contrato, y especialmente para determinar los casos en los cuales se puede reclamar esta nulidad (A). Como vamos a observarlo, existe una tendencia global a extender el alcance de la nulidad. Una segunda serie de interrogantes se relaciona con la indemnización del dolo y las herramientas conceptuales que deben utilizarse al momento de resarcir el perjuicio (B).

A. El alcance incierto de la nulidad

Generalmente, la víctima del dolo puede reclamar la anulación del contrato y la indemnización del perjuicio originado en el dolo. También se le ofrece la posibilidad de confirmar el contrato litigioso y solicitar únicamente la indemnización de su perjuicio.

Pero en dos casos, el dolo incidente y el del dolo por parte del tercero, se le niega a la víctima la posibilidad de reclamar la nulidad: solamente puede obtener la indemnización de su perjuicio, porque se considera que no hubo vicio del consentimiento. Sin embargo, la doctrina recusa estas reglas y propone una extensión del alcance de la nulidad, tanto en el caso del dolo incidental (1) como en el del dolo por parte del tercero (2).

1. El problema del dolo incidental

Tradicionalmente, y desde los glosadores⁶⁶, el derecho distingue el dolo principal o determinante y el dolo incidental. Según BÉDARRIDE⁶⁷, el dolo es sustancial cuando tiene por objeto engañar sobre las condiciones esenciales del contrato: el consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa. De manera general, se dice que el dolo es determinante cuando es causante, es decir que la víctima del dolo emite su consentimiento sobre la base del engaño⁶⁸, y no habría celebrado el contrato sin el dolo. El dolo incidental, en cambio, se presenta cuando se induce a un error para que el contrato se celebre en condiciones distintas a las que se habría pactado. En teoría solo el dolo determinante permite reclamar la nulidad del contrato, porque solo él ha sido determinante en la celebración del contrato. El dolo incidental permite únicamente reclamar una indemnización. Vemos aquí surgir la ambigüedad del dolo incidental, cuyas consecuencias son menos drásticas que las del dolo determinante, y que divide a la doctrina contemporánea. Por un lado hay autores que rebaten la utilidad de la noción y buscan en la jurisprudencia actual los indicios de su abandono por los jueces. Por el otro, autores que subrayan la utilidad de la noción de dolo incidente y que consideran, al contrario, que la jurisprudencia sigue atada a la distinción entre dolo determinante y dolo incidente.

Primero es necesario subrayar un punto. No se debe confundir el carácter incidental del dolo con la sola indemnización. Aun cuando el dolo es principal, la víctima tiene la facultad de limitarse a reclamar solamente una indemnización⁶⁹. Es cierto que, de manera clásica, el dolo incidental permite únicamente el resarcimiento y no conlleva la nulidad del contrato⁷⁰. Pero en el caso del dolo determinante, la víctima puede también pedir solamente una indemnización.

Parte de la doctrina es partidaria del abandono de esta distinción clásica entre dolo causante y dolo incidental⁷¹, explicando que el vicio del consentimiento existe desde el momento en que el contrato se celebra en términos distintos a los que habría tenido si no se hubiera presentado el engaño. RIPERT, por ejemplo, considera que la distinción entre ambos tipos de dolo es imposible e injusta⁷², y

66 LÉVY y CASTALDO. *Histoire du droit civil*, cit., § 563.

67 BÉDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude*, cit., § 50.

68 CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 342.

69 Cass. Com., 27 janvier 1998, n. 96-13253, *RTDCiv.* 1998, p. 904, obs. J. MESTRE.

70 R. DEMOGUE, *Des obligations en général, les sources*, cit., p. 590, § 377; J. CARBONNIER, *Droit civil, les biens, les obligations*, Puf, 2004, § 957; C. M. BIANCA, *Derecho civil*, 3, *El contrato*, F. HINESTROSA y E. CORTES, trad., Universidad Externado de Colombia, 2007, § 358.

71 C. BUFNOIR. *Propriété et contrat*, LGDJ-Université de Poitiers, reimpr., 2005, p. 611; M. PLANIOL, G. RIPERT y P. ESMEIN. *Traité pratique de droit civil français*, cit., § 207; J. GHESTIN. *Contre l'absorption du dol par la responsabilité civile*, en *RDC* 2013, p. 1162; J. FLOUR, J.L. AUBERT y E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, 1. *Lacte juridique*, cit., § 214 (diciendo que la jurisprudencia es poco clara); A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, cit., § 89; A. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 342.

72 G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, cit., § 47.

observa que la jurisprudencia no la aplica. Hoy muchos autores siguen este punto de vista, apoyándose igualmente en algunos fallos⁷³ que, no obstante, no renuncian claramente a la distinción. Teniendo en cuenta esta posición ambigua de la jurisprudencia, otros autores⁷⁴ consideran que la Corte de Casación establece la noción de dolo incidental⁷⁵. Finalmente, parte de la doctrina se refiere a la noción de dolo incidental⁷⁶ o de dolo determinante⁷⁷, sin debatir, como si fuera evidente su distinción.

Aunque nos parece compleja su implementación, consideramos útil la noción de dolo incidental⁷⁸. El argumento de RIPERT no nos convence: existen muchas otras distinciones espinosas en el derecho, y no podemos renunciar a la diferenciación entre dolo determinante y dolo incidente con el pretexto de la sinuosidad de su delimitación. La relación de causalidad entre el engaño y la celebración del contrato no nos parece más difícil de demostrar que aquellas que deben demostrarse en casos complejos de responsabilidad civil. Debemos confiar en la apreciación de los jueces para determinar los casos en los cuales el dolo es determinante, y los casos en que la víctima del dolo habría celebrado el contrato de todas formas y solo puede pedir una indemnización. Además, si se toman en cuenta las facilidades probatorias importantes que se le conceden al dolo incidental descritas anteriormente, admitir la nulidad del contrato como consecuencia del dolo incidental llevaría a una gran fragilidad de las relaciones contractuales, pues se podría fácilmente reclamar la nulidad inclusive invocando elementos no fundamentales del negocio. Desde el punto de vista de la buena fe, esto puede parecer satisfactorio, pero no debemos olvidar que contratantes poco escrupulosos podrían abusar de estas facilidades para denunciar *ad libitum* contratos válidos. Otros tipos de problemáticas surgen al momento de interesarse en el dolo del tercero.

73 Cass. Civ., 3^{ème}, 22 juin 2005, *Bull. Civ.* III, n. 137, p. 126; *RDC* 2005, p. 1025, obs. PH. STOFFEL-MUNCK; *CCC* 2005, comm. 186, nota de L. LEVENEUR; Cass. Civ. 1^{ère} 28 mai 2008, *Bull. Civ.* I, n. 154; *RDC* 2008, p. 1118, obs. D. MAZEAUD; *JCP G* 2008, I, p. 218, n. 9, obs. F. LABARTHE; *JCP G* 2008, II, 10179, nota de I. BEYNEIX; *Dr et patrimoine*, 2009, n. 178, p. 127, PH. STOFFEL-MUNCK; *JCP N* 2006, 1143, nota de H. KENFACK, *LPA*, 24 janvier 2006, p. 9, nota de J. THÉRON.

74 B. MARTINEZ-CARDENAS. *La responsabilité précontractuelle, étude comparative des régimes colombien et français*, Thèse Paris II, 2013, § 99; D. BAKOUICHE. *La prétendue inconsistance de la distinction du dol principal et du dol incident*, en *JCP G* 2012, n. 29, p. 851; PH. MALAURIE, L. AYNÈS, PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, cit., § 512; PH. MALINVAUD, D. FENOUILLET, cit., § 197.

75 Cass. Civ. 3^{ème}, 5 avril 1968, *D.* 1968, somm. 89; Cass. Com., 11 juillet 1977, *D.* 1978, 155, nota de CH. LARROUMET; *Defrénois*, 1978, art. 31738, p. 762, obs. J.L. AUBERT; Cass. Com., 2 mai 1984, *JCP* 1984, IV, 218. Add., Cass. Civ. 1^{ère}, 22 décembre 1954, *D.* 1955, 254; Cass. Civ. 3^{ème}, 1^{er} mars 1977, *D.* 1978, 91, nota de CHR. LARROUMET.

76 Por ej., O. DESHAYES, nota a Cass. Com., 10 juillet 2012, *RDC* 2013, p. 91.

77 Por ej., A.-S. BARTHEZ. *Contre l'autonomisation de la responsabilité délictuelle en matière de dol*, en *RDC* 2013, p. 1155.

78 M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, I- Contrat et engagement unilatéral*, cit., p. 352.

2. El problema del dolo del tercero

Siguiendo la tradición romana⁷⁹, el Código Civil francés, en el artículo 1116, considera que el dolo debe ser obra de una de las partes, de la misma manera que el artículo 1515 del Código Civil colombiano. En otras palabras, si el autor de las maniobras no es ni parte del contrato, ni representante de una de las partes, la víctima no podrá pedir la nulidad del contrato, sino únicamente una indemnización. Desde este punto de vista, el dolo se distingue de la fuerza: para esta última, el artículo 1111 prevé que "la violencia ejercida contra aquel que hubiera contraído la obligación será causa de nulidad, aunque hubiera sido ejercida por un tercero distinto de aquel en cuyo provecho hubiera sido hecho el convenio".

La doctrina del siglo XIX parece globalmente favorable a la distinción entre dolo y fuerza del tercero. BÉDARRIDE⁸⁰ considera que la distinción prevista en el Código se justifica integralmente. Explica que la buena fe del contratante que ignora el dolo del tercero hace que el contrato sea inatacable. De la misma manera, BAUDRY-LACANTINERIE⁸¹ expone que la nulidad se pronunciaría de manera injusta contra la otra parte inocente. Además, quien es víctima de una violencia no tiene escapatoria, mientras que la víctima del dolo por parte del tercero tiene la posibilidad de pedir informaciones al otro contratante. Finalmente, explica BAUDRY, el autor de la violencia es generalmente insolvente. Por esta razón es necesario ofrecerle a la víctima la posibilidad de pedir la nulidad porque la indemnización podría ser ilusoria.

En cambio, la doctrina del siglo XX critica, de manera general, la diferenciación entre fuerza y dolo en cuanto a las actuaciones del tercero. JOSSEAND⁸², por ejemplo, rebate el artículo 1116 del Código francés, explicando que la diferenciación no se justifica puesto que el consentimiento ha sido de todas formas alterado por el dolo. Por ende, no debería importar de quién provenga. DEMOGUE también dice que la distinción es obsoleta⁸³. Si el dolo vicia el contrato, el consentimiento ha sido viciado, y lógicamente, la nulidad podría ser requerida.

Hoy en día, algunos autores critican la norma de la misma manera⁸⁴. CARRASCO⁸⁵ desarrolla argumentos consistentes para criticar el artículo 1269 del Código

79 J.P. LÉVY y A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, cit., § 560.

80 J. BÉDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude*, cit., § 33.

81 G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, cit., § 779.

82 L. JOSSEAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, cit., § 96.

83 R. DEMOGUE, *Des obligations en général, les sources*, cit., p. 557. Adicionalmente A. COLIN y H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, Paris, 1921, p. 288.

84 Especialmente en el caso de la fianza: PH. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, cit., § 198; PH. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 2000³, n. 147, p. 142. Pero la mayoría de la doctrina acepta la regla: PH. MALAURIE, L. AYNÈS y PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, cit., § 513; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, I- Contrat et engagement unilatéral*, cit., p. 348; J. FLOUR, J.-L. AUBERT y E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations, t. L'acte juridique*, cit., § 215.

85 A. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit.

español, equivalente al 1116 francés. Subraya que sería muy extraño que un tercero engañe al contratante víctima sin obtener ningún provecho de la celebración del contrato, de manera que el otro contratante, de una manera u otra, es partícipe de las maniobras. En otras palabras, el 'dolo del tercero' sería un caso puramente teórico. La jurisprudencia francesa parece confirmar esta idea de CARRASCO. Las hipótesis de dolo del tercero son en su mayoría contratos de fianza, en los cuales el deudor principal ha provocado las maniobras ¡Se puede observar cómo, en estos casos, tanto el "tercero" –deudor principal– como el contratante –el acreedor– tienen un interés relevante en el contrato de fianza!

No es sorprendente entonces que el derecho italiano haya previsto una regla opuesta⁸⁶: el dolo del tercero es causa de nulidad si era conocido por el contratante que ha obtenido algún provecho. De la misma manera, el anteproyecto Catala⁸⁷ y el proyecto Terré de reforma del derecho de obligaciones⁸⁸ adoptan la regla según la cual el dolo del tercero puede justificar la nulidad del contrato cuando el contratante es conocido del tercero y obtuvo provecho de sus acciones⁸⁹.

Mientras esperamos la modificación del Código, podemos observar que la Corte de Casación francesa considera que el error provocado por el dolo del tercero es causa de nulidad si recae sobre la sustancia del contrato⁹⁰, de tal manera que la regla del artículo 1116 tiene un alcance restringido⁹¹. A partir del momento en que el error es excusable y esencial, la víctima del dolo del tercero puede pedir la nulidad por la vía del error, e indemnizaciones por la vía de la responsabilidad civil. Por eso, el debate sobre el dolo del tercero es más bien teórico (o procesal, pues deben evitarse las equivocaciones al momento de la asignación). Pero conserva su interés porque a su manera revela el bicefalismo del dolo, cuya apreciación oscila entre su aspecto delictuoso y sus efectos corruptores sobre la voluntad de las partes. La exclusión del dolo del tercero demuestra la naturaleza delictuosa del dolo, y su atracción por la responsabilidad⁹². Semejantes atracciones se observan en el ámbito de la indemnización, que ilustra igualmente las problemáticas particulares que hace surgir el dolo.

86 Art. 1439 inc. 2 Código Civil italiano.

87 P. CATALA. *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, cit., art. 1113-2.

88 F. TERRÉ (ed.). *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz Thèmes et commentaires, 2008, art. 45.

89 Es también la solución adoptada por los Principios UNIDROIT (art. 3.11.2) y los Principios del derecho europeo de los contratos (art. 4.111).

90 Cass. Civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996, *D.* 1996, somm. 323, obs. PH. DELEBECQUE; *RTD Civ.* 1996, p. 895, obs. J. MESTRE; *JCP* 1997, I, 4033, obs. PH. SIMLER.

91 PH. SIMLER, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996, *JCP* 1997, I, 4033.

92 A.S. BARTHEZ. *Contre l'autonomisation de la responsabilité civile délictuelle en matière de dol*, en *RDC* 2013, p. 1155.

B. Las vías confusas de la indemnización

Dejando de lado los casos del dolo incidente o del dolo por parte del tercero descritos anteriormente, la indemnización puede ser un complemento de la nulidad del contrato (cuando la nulidad resulta insuficiente para restablecer los derechos de la víctima), o un sustituto de esta nulidad cuando la víctima del dolo prefiere a pesar de todo proseguir el contrato⁹³. En este último caso, la decisión de la víctima del dolo se analiza como la renuncia a la acción de nulidad y la confirmación del acto celebrado⁹⁴. La acción de la víctima se trata entonces más o menos como una acción en responsabilidad clásica. ¿Cómo evaluar el perjuicio en este caso? El problema de la valoración de la indemnización ha suscitado el interés de la doctrina en los últimos años, especialmente en lo que se refiere a los temas de la pérdida de oportunidad (1) y de la refacción del contrato (2).

1. El problema de la pérdida de oportunidad

Cuando el contratante opta por continuar el contrato se plantea la primera dificultad: ¿cómo podemos asegurarnos entonces que el perjuicio existe? Surge en estos casos una incertidumbre sobre la realidad del perjuicio: si el contratante prefiere continuar el contrato es probablemente porque tiene un interés en esta continuación⁹⁵. La operación contractual sigue siendo interesante para él. ¿En qué consiste entonces el perjuicio? Hay una cierta forma de paradoja en permitir la indemnización a través del dolo, sin reclamar simultáneamente la nulidad del contrato. En efecto, para obtener la indemnización se debe demostrar el dolo, pero si el dolo se demuestra esto implica que el consentimiento fue viciado, por un vicio determinante sin el cual el contrato no habría sido celebrado. Reclamar únicamente una indemnización porque el contrato no fue celebrado en las condiciones que hubieran debido ser implica admitir que el dolo no fue determinante en la conclusión del contrato⁹⁶—problema que nos lleva de nuevo al tema del dolo incidental. Además, requerir una indemnización sin reclamar la nulidad conduciría

93 J. BÉDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude*, cit., § 300.

94 Art. 1338 *Code civil*. "El acto de confirmación o ratificación de una obligación contra la cual la ley admita la acción de nulidad o de rescisión, sólo será válido cuando se encuentre en ella el contenido sustancial de esta obligación, la mención del motivo de la acción de rescisión, y la intención de reparar el vicio en el cual se fundamenta esta acción.

"A falta de acto de confirmación o ratificación, será suficiente que la obligación sea cumplida voluntariamente desde el momento en que la obligación pueda ser válidamente confirmada o ratificada. La confirmación, ratificación, o ejecución voluntaria en las formas y en el momento determinados por la ley, comportará la renuncia a los motivos y excepciones que se puedan oponer contra esta acto, sin perjuicio no obstante de los derechos de los terceros".

95 Y. LEQUETTE. *Responsabilité civile versus vices du consentement*, en *Mél. Payet*, Dalloz, 2011, p. 363; BARTHEZ, *Contre l'autonomisation de la responsabilité civile délictuelle en matière de dol*, cit., p. 1155.

96 BARTHEZ, *Contre l'autonomisation de la responsabilité civile délictuelle en matière de dol*, cit., p. 1155.

a soluciones muy cercanas a la admisión de una lesión, apartándose de los casos previstos por la ley⁹⁷.

Para superar esta dificultad, la jurisprudencia considera que el perjuicio consiste en la celebración del contrato en formas menos ventajosas. Así, dos fallos de la Corte de Casación, el primero de 2010^[98], el otro de 2012^[99], sobre el mismo asunto, han considerado que el perjuicio de la víctima que decide continuar el contrato corresponde a una pérdida de oportunidad de haber podido contratar en condiciones más ventajosas. En otras palabras, si la víctima del dolo hubiera conocido toda la información disponible habría celebrado el contrato en mejores condiciones. Se debe por eso indemnizar a la víctima, lo que conduce al rebalanceo del contrato.

No obstante, el concepto de 'pérdida de oportunidad' no parece plenamente apropiado al contexto del dolo y de la información precontractual. En efecto, la noción de pérdida de oportunidad fue edificada por la jurisprudencia para casos en los cuales el vínculo de causalidad entre la culpa y el daño es incierto, en que falta una relación indiscutible entre el comportamiento de una persona y los daños sufridos por otra. El ejemplo clásico es el del estudiante que no puede presentarse a un examen por culpa de un transportador. No se puede garantizar que el estudiante habría aprobado el examen si hubiera llegado a tiempo: el vínculo de causalidad es eventual. Pero la jurisprudencia acepta indemnizar la pérdida de oportunidad de presentar el examen, un perjuicio cuya valoración es necesariamente inferior a la valoración del perjuicio tradicional. La noción apareció entonces en el ámbito de la responsabilidad civil para resolver problemas de causalidad cuando no se puede estar seguro de que el perjuicio no se habría producido sin el comportamiento generador de responsabilidad.

Sin embargo, en el caso del dolo no hay necesariamente 'pérdida de oportunidad', porque el vínculo de causalidad no es incierto. El dolo ha permitido la celebración del contrato, que definitivamente no habría sido celebrado en tales condiciones si la víctima hubiera conocido las informaciones litigiosas. Si la prueba del dolo está establecida no hay incertidumbre: se sabe que el dolo es la causa de que el contrato no se hubiera celebrado en tales condiciones.

Por eso la utilización de la noción de pérdida de oportunidad es aquí rebatible. Solo podríamos invocar esta noción si no estuviéramos seguros de que el dolo hubiera sido la causa de la celebración del contrato desequilibrado. En lugar de hablar de "pérdida de oportunidad de haber podido celebrar el contrato en unas condiciones más ventajosas", los jueces deberían decir que existe un perjuicio nacido de la celebración de un contrato desventajoso, y resarcirle como tal. Al

97 J. CARBONNIER. *Droit civil*, vol. II, cit., § 966.

98 Cass. Civ. 1^{ère}, 25 mars 2010, *RTDCiv.* 2010, p. 322, obs. B. FAGES.

99 Cass. Com., 10 juillet 2012, *D.* 2012, p. 2772, nota de M. CAFFIN-MOI; *Rev. Soc.* 2012, p. 686, nota de B. FAGES; *Bull. Joly* 2012, p. 767, nota de PH. STOFFEL-MUNCK.

contrario, se podría hablar de pérdida de oportunidad de haber podido contratar con un tercero. Porque en este caso sí hay una incertidumbre: no se sabe si el tercero hubiera firmado un contrato con la víctima del dolo.

Pero cuando la víctima decide continuar el contrato, el derecho no le permite pedir la indemnización del perjuicio de la pérdida de oportunidad de haber podido contratar con un tercero. En efecto, doctrina y jurisprudencia¹⁰⁰ concuerdan en afirmar que no se puede reclamar el resarcimiento. En apariencia es evidente que no se puede optar por continuar un contrato y al mismo solicitar indemnizaciones porque no se pudo celebrarlo con un tercero. La posición parece incoherente, pues la víctima estaría reclamando una cosa y su contrario.

No obstante, recientemente, algunos autores han rebatido¹⁰¹ esta posición demostrando que no habría obstáculos teóricos para admitir, en algunas ocasiones, indemnización de tal perjuicio. Explican que a menudo la víctima no "opta" por continuar el contrato, sino que el paso del tiempo hace que ella no tenga ningún interés en pedir la nulidad, y que en realidad a la víctima del dolo no le queda más alternativa. Por ejemplo, pueden haberse realizado inversiones en la cosa objeto del contrato: en un lote, objeto del litigio, pueden haberse edificado inmuebles desde la celebración del contrato, o en una empresa, en la cual la cesión de participaciones se revela litigiosa, la víctima puede haber ya realizado inversiones de otro tipo (financieras, personales, etc.) al momento de la sentencia. En otras palabras, el hecho de que finalmente la víctima opte por la continuación del contrato no quiere decir que hubiera celebrado el contrato en los mismos términos a la fecha del dolo. No se puede decir entonces que exista una incoherencia en reclamar al mismo tiempo una indemnización del perjuicio de no haber podido firmar otro contrato y la continuación del contrato viciado.

Ahora bien, el derecho de la responsabilidad civil ofrece procedimientos precisos para indemnizar a la víctima, sin llegar a un enriquecimiento injustificado. En efecto, podríamos temer que la víctima sea indemnizada doblemente. Si opta por continuar el contrato se supone que este le genera beneficios. Si la misma víctima recibe una indemnización por el hecho de no haber podido celebrar otro contrato con un tercero, esta indemnización se acumulará con los beneficios del contrato, lo que lleva a algunos autores a identificar una 'doble indemnización'¹⁰². No obstante, la doctora TRAUILLÉ¹⁰³ explica cómo el derecho de la responsabilidad

100 Cass. Com., 10 juillet 2012, D. 2012, p. 2772, nota de M. CAFFIN-MOI.

101 PH. STOFFEL-MUNCK, nota a Cass. Civ. 1^{ère}, 10 juillet 2012, Bull. Joly. Soc., p. 767; J. TRAUILLÉ. *L'indemnisation du préjudice né de l'impossibilité de contracter avec un tiers après la conclusion d'un contrat vicié*, en D. 2013, p. 2651; O. DESHAYES, nota a Cass. Com., 10 juillet 2012, RDC 2013, p. 91; J. GHESTIN, nota a Cass. Civ. 1^{ère}, 10 juillet 2012, JCP G 2012, 1, 1151, n. 9.

102 Y. LEQUETTE. *Responsabilité civile versus vices du consentement*, cit., p. 363; C. LE GALLOU, nota a Cass. Com., 10 juillet 2012, RLDC 2012, n. 97, p. 12.

103 J. TRAUILLÉ, *L'indemnisation du préjudice né de l'impossibilité de contracter*, cit., p. 2651.

civil toma en cuenta tanto las pérdidas generadas por el hecho ilícito como las ganancias obtenidas por la víctima en sus condiciones actuales, al momento de la valoración del perjuicio. Como es obvio, para calcular el monto de la indemnización los jueces deben descontar las ganancias percibidas por el efecto del evento perjudicable. Los principios de derecho europeo de responsabilidad civil proponen exactamente la misma regla¹⁰⁴. Así, en cada caso, debe analizarse la situación para indemnizar o no este perjuicio.

Estas consideraciones nos llevan a otro tema complejo: el de saber en qué consiste exactamente esta indemnización. Al parecer subsisten numerosas ambigüedades al momento de determinar su naturaleza y de saber si, apoyándose sobre la existencia de un dolo, se puede reclamar al juez una refacción del contrato.

2. *El problema de la refacción del contrato*

Si de manera general la jurisprudencia hace referencia al resarcimiento, también admite que el adquirente pueda invocar el dolo para pedir una reducción del precio¹⁰⁵. Por su parte, la doctrina parece considerar indiferentemente ambas acciones: para la doctrina, reclamar la reparación del perjuicio o reclamar la refacción del contrato por una reducción de precio sería equivalente.

Recientemente, el profesor GENICON criticó esta equivalencia¹⁰⁶. Explicó que son acciones distintas que pueden, en algunas ocasiones, llevar a un resultado económico similar. Para la acción de responsabilidad, el objetivo consiste en la indemnización del perjuicio. Para la refacción, el objetivo consiste en definir de nuevo el valor de una prestación. Estamos entonces en dos ámbitos claramente distintos. Ejemplos contables permiten al autor demostrar que la indemnización del perjuicio no es equivalente a una reducción del precio. Desde el punto de vista de GENICON, la referencia a la reducción del precio o la refacción del contrato sería probablemente una torpeza. Critica en efecto esta posibilidad de refacción del contrato, que en su concepto otorga al juez un poder excesivo. Cuando un tribunal pronuncia una reducción del precio, impone a las partes la ejecución del contrato en condiciones distintas de las que acordaron al momento de la celebración. El juez crea un acuerdo que nunca existió. Para convencernos de lo inadecuado de la refacción, GENICON estudia la hipótesis inversa: ¿podría el juez imponer un precio más alto si el vendedor fuera la víctima del dolo por parte del adquirente? Más rigurosa parece ser la idea según la cual el juez no puede imponer su propia

104 Art. 10 :103: O. MORÉTEAU (ed.). *Principes du droit européen de la responsabilité civile*, M. SÉJEAN trad., Société de législation comparée, 2007, p. 218.

105 Cass. Com., 27 janvier 1998, n. 96-13253, *RTDCiv.* 1998, p. 904, obs. J. MESTRE; Cass. Civ., 3^{ème}, 6 juin 2012, n. 11-15973; Cass. Com., 14 mars 1972, n. 70-12659, D. 1972, nota de J. GHESTIN; Defrénois 1973, p. 446, obs. J.L. AUBERT.

106 T. GENICON, nota a Cass. Civ., 3^{ème}, 6 juin 2012, *RDC* 2012, p. 1180.

voluntad cuando hubo vicios del consentimiento. O pronuncia la nulidad, o las partes confirman el contrato. Pero no puede emerger otro contrato, construido por el juez. La Corte de Casación lo afirmó en un fallo de 2002^[107]: si el juez puede rescindir el contrato por dolo, no tiene el poder de modificar sus términos.

En resumen, se debería alejar la idea de reducción del precio, para referirse únicamente a la indemnización del perjuicio, siguiendo las reglas del derecho de la responsabilidad civil. Por razones de rigor, se debería excluir la expresión de 'reducción del precio' en los casos de indemnización de dolo, aun si, desde el punto de vista de la víctima, esta indemnización pudiera jugar el mismo papel que una reducción del precio.

El 27 de noviembre de 2013, la ministra de Justicia, CHRISTINE TAUBIRA, presentó al consejo de ministros un proyecto de ley para habilitar al gobierno con miras a reformar el derecho de obligaciones, por medio de decretos legislativos. Es probable que el dolo salga modificado de esta reforma. Hagamos votos por que el legislador—representado por el gobierno en esta ocasión— se tome el tiempo de una reflexión profunda sobre la noción de dolo y las reglas precisas que requiere su aplicación. De no cumplir estos deseos, el juez y la doctrina deberán obrar para ofrecer un concepto y un régimen menos oscuro e imprevisible.

ABREVIATURAS

<i>AJDI</i>	Actualité juridique Droit immobilier (<i>Dalloz</i>)
<i>Al.</i>	Alinea
<i>Bull. Civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
<i>Bull. Joly. (Soc)</i>	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés (<i>Lextenso</i>)
<i>CA</i>	Cour d'appel
<i>Cass. Civ.</i>	Chambre civile (1, 2 o 3) de la Cour de cassation ¹⁰⁸
<i>Cass. Com</i>	Chambre commerciale de la Cour de cassation
<i>CCC</i>	Contrats concurrence consommation (<i>Lexisnexis</i>)
<i>Chr.</i>	Chronique
<i>D.</i>	Recueil Dalloz (<i>Dalloz</i>)
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois (<i>Lextenso</i>)
<i>Dr et patrimoine</i>	Droit et patrimoine (<i>Lamy</i>)
<i>Ed.</i>	Edition
<i>Gaz. Pal.,</i>	Gazette du Palais (<i>Lextenso</i>)
<i>JCP (G)</i>	La Semaine Juridique – édition générale (<i>Lexisnexis</i>)
<i>JCP N</i>	La Semaine Juridique – édition notariale (<i>Lexisnexis</i>)

107 Cass. Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2002, n. 00-17333.

108 El número (ej.: n. 96-13253) se refiere a la identificación del fallo. Los fallos se encuentran en el enlace: <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriJudi.do>

LPA	Les Petites Affiches (<i>Lextenso</i>)
Mél.	Mélanges (recueil d'articles en l'honneur/à la mémoire de ...)
Obs.	Observations
RDC	Revue des contrats (<i>Lextenso</i>)
<i>Rev. Crit. Lég. Jurispr.</i> ,	Revue critique de législation et de jurisprudence
<i>Rev. Soc.</i>	Revue des sociétés (<i>Dalloz</i>)
RLDC	Revue Lamy Droit civil (<i>Lamy</i>)
RTDciv.	Revue trimestrielle de droit civil (<i>Dalloz</i>)
RTDcom.	Revue trimestrielle de droit commerciale (<i>Dalloz</i>)
S.	Recueil Sirey