

El dolo-vicio de la voluntad en el Derecho civil argentino

(Estudio doctrinario y jurisprudencial)

JORGE A. CARRANZA

Profesor de la Universidad Católica
de Córdoba (Argentina)

SUMARIO: I. Noticia histórica.—II. Concepto del dolo como vicio de la voluntad y del acto jurídico.—III. Fundamento de la ineficacia jurídica del acto obrado por dolo.—IV. Condiciones para que el dolo determine la ineficacia del acto: 1. Que haya sido grave. 2. Que haya sido determinante del acto. 3. Que ocasione un daño importante. 4. Que no haya habido dolo por ambas partes. 5. Particularidades del dolo en el régimen matrimonial.—V. El dolo negativo u omisión dolosa.—VI. El dolo incidental.—VII. El dolo del tercero.—VIII. El dolo del representante.—IX. Efectos del dolo.—X. Aspectos procesales vinculados al dolo.—XI. Prescripción.—XII. Política legislativa.—XIII. Conclusión.

I. NOTICIA HISTORICA

1. Este medio de impugnación del acto jurídico encuentra, como otras instituciones, sus raíces remotas en el Derecho Romano desde donde débese partir para conocer su evolución a través del antiguo Derecho francés, luego, hasta su recepción por el Derecho codificado.

Lo primero a mostrar en este aspecto histórico es que los textos romanos que versan sobre el dolo han sido utilizados en dos sentidos principales (1). Algunos parecen aludir a su condición de *vicio de la voluntad*, en el que se apareja a la violencia y el error. En este cauce debe ubicarse el texto básico de Ulpiano (Dig. 4, 3, 1 § 2), sobre el que hacen pie quienes ubican al dolo como un engaño que causa el error de quien declara bajo su influjo. De otro costado cabe señalar que también arranca de los estudios romanistas la mostración del dolo, no tanto como captación de la voluntad ajena, sino *como maniobra enderezada a ejer-*

(1) Conf.: FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, «El negocio jurídico», ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 147.

cer indebita influencia sobre otro. A ella se refería la definición de Labeon (L. 1, Digesto, § 2, De dolo malo), quien lo concibió como «*omnem calliditatem fallaciam, machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitan*», que no se limitaba —sin más— al error causado sino que trataba de sancionar la mala fe (Paulo, D. 17, 2, 3, § 3).

Vale la pena recordar (2) que el dolo, concebido como los manejos engañosos no constituían, originariamente en Roma, causa de invalidez de acto. Esa ineficacia advino recién hacia fines de los tiempos de la República, por creación del Derecho honorario, y se llegaba a ella por vía de excepción («*exceptio doli*»), contenida en el principio de la «*bona fides*» ínsita en toda fórmula procesal. Es decir, que si en la época clásica la excepción hallaba su fundamento en el error desencadenado al sujeto pasivo por el autor del dolo, en los tiempos post-clásicos se amplió el concepto de *dolus* y la «*actio de dolo*» y la «*restitutio in integrum ob dolum*» procedían en todos los casos de perjuicios causados por cualquier clase de actos desleales y contrarios a derecho (3), por lo que puede concluirse que, en la materia, el Derecho Romano evolucionó de una concepción subjetiva. (error provocado) a otra más objetiva (protección de la buena fe).

2. En el antiguo Derecho francés reaparece la consideración psicologista del dolo, bajo la influencia del creciente consensualismo, que lo convierte en uno de los vicios de la voluntad (4). El arranque del nuevo punto de vista ha sido ubicado en Domat (5) y sobre sus aguas se desplazan las enseñanzas de Pothier (6) quien, sin embargo, abre paso ya a la solución objetivista al recordar que «sólo lo que hieres abiertamente la buena fe, ante el fuero externo e interno, es considerado como un verdadero dolo».

No obstante esa apertura, cabe señalar que a comienzos del siglo XIX, en los umbrales de la codificación, era manifiesto el predominio de la tesis subjetiva, que no hallaba otro lugar para el dolo que no fuese entre los vicios de la voluntad. Así llegó al Código civil francés (art. 1.116), al Proyecto Español de 1851 (art. 992), y aun, casi un siglo después, al Código civil alemán (§ 123) (7).

(2) Como lo hacen JÖRS-KUNKEL («Derecho Privado Romano», ed. Labor, 1937, pág. 155).

(3) Conf. JÖRS-KUNKEL, op. cit., p. 369 y nota 5.

(4) Así lo afirma ALFRED RIEG («Le Rôle de la volonté dans l'acte juridique», París, 1961, p. 14).

(5) «Les Lois», t. XVIII, sección III, tomo I, p. 120, ed. París, 1771.

(6) «Tratado de las Obligaciones», ed. «Bibliográfica Omeba», Bs. As., 1969, pág. 28.

(7) Aunque para este último hay que computar que se produjeron serias resistencias, al tiempo de la redacción del BGB, ante la recepción del dolo como vicio subjetivo y psicológico. Véase, sobre el particular, REIG, op. cit., p. 147.

II. CONCEPTO DE DOLO COMO VICIO DE LA VOLUNTAD Y DEL ACTO JURIDICO

La palabra dolo es una voz equívoca, que tiene más de una acepción.

1. Como vicio de los actos jurídicos (rectius: de la voluntad, en el acto voluntario) se designan con ella las maniobras empleadas por una de las partes con destino a captar la voluntad de la otra en la celebración del acto jurídico. En este sentido, se entiende por tal cualquier forma de engaño que sea utilizado para determinar a una persona a celebrar un acto jurídico (8).

Desde este ángulo conviene recordar que el C. c. argentino dice en el artículo 931 que «acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin». En otro lugar analizaremos sus requisitos y efectos. Aquí solamente corresponde puntualizar que, de acuerdo a las más modernas reglas de técnica legislativa, no se justifica que la ley proceda a una definición que debe ser deferida a la labor de la doctrina (9). En ese defecto —cabe acotar— incurrieron el Anteproyecto Bibiloni (art. 283) y el Proyecto de 1936 (art. 146), habiéndose salvado el error en el Anteproyecto de 1954. La correcta técnica ha sido observada, también, por los más modernos plexos normativos (10).

Esta acepción de la voz dolo ha sido sistematizada, en el Código civil argentino, dentro de la teoría general de los hechos y actos jurídicos, en seguimiento del método del Esboço de Freitas.

2. Otra significación del vocablo es la que apunta a caracterizar el dolo como presupuesto subjetivo del hecho ilícito civil delicto. En esa materia, que aquí deberemos limitarnos a mencionar por contraste, el dolo designa la *intención* de provocar el daño que es consecuencia del obrar antijurídico del agente, por oposición a la culpa o negligencia, que tipifica el acto ilícito cuasidelictual. De allí que el art. 1.072 del Código civil defina a aquél como el acto ejecutado «a sabiendas y con intención de dañar la persona a los derechos de otro».

Es decir, que, como enseña Cossío (10 bis), se impone separar perfectamente de un concepto genérico de dolo, relativo a cualquier maquinación, engaño, artificio o fraude, *otro concepto más específico*, que se limita a cualquier actuación conscientemente encaminada a producir antijurídicamente un daño a otro, que es la que caracteriza, precisamente, al hecho delictivo.

Por ello, como enseña Orgaz (11), ambos términos —delito y dolo—

(8) Como enseña LLAMBIAS («Tratado de Der. Civil», P. Gral., II, p. 506).

(9) Conf. DE GASPERI-MORELLO, «Obligaciones», t. I, p. 442.

(10) V. gr., Código civil alemán, Código Federal suizo de las Obligaciones, Código brasileño y Código de la República de China, que sólo legislan sobre los efectos del dolo, omitiendo su definición.

(10 bis) «El dolo en el Derecho civil», Madrid, 1955, pp. 10-11.

(11) «La Culpa (actos ilícitos)», ed. Lerner, Bs. As., 1970, págs. 62 y 65.

se corresponden mutuamente en el área de los hechos ilícitos, en un todo de acuerdo con la fuente romana. Con lo que va dicho que para que se configure el delito civil debe darse, inexcusablemente, la *intención*, el *propósito* o *voluntad de dañar*, siendo insuficiente la mera representación psicoológica del resultado perjudicial por el agente (12).

Agreguemos que, en el Derecho civil argentino, la distinción entre delitos y cuasidelitos continúa conservando su importancia, ya que, según promedie dolo o culpa, serán diversas las consecuencias de la solidaridad (arts. 1.081/2 y 1.109, 2.^a parte), la que se exceptúa en los casos de los arts. 1.121 y 1.135; la facultad judicial de morigerar la indemnización, en ciertas circunstancias (art. 1.069) y el alcance de las consecuencias a reparar (arts. 905/6) (13).

3. La tercera acepción de la voz dolo es la que apunta a caracterizar una especie típica de incumplimiento por el deudor de las obligaciones a su cargo, bien sea por incurrir en mora o por liso y llano incumplimiento.

Tradicionalmente se ha distinguido el dolo obligacional, del delictual y del configurador de vicio de la voluntad. Respecto de los dos primeros, más proclives a ser objeto de confusión, se ha marcado generalmente por la doctrina de los autores el siguiente contraluz: mientras el dolo que es presupuesto del acto ilícito importa la intención de causar daño (art. 1.072 C. c.), el dolo en el incumplimiento de las obligaciones se limita a puntos menos: es suficiente la mera conciencia de que se está incurrido en inejecución, de suerte que quien pudiendo cumplir no lo hace, incurre en dolo (14). Es decir, que se configura con la simple violación consciente de la obligación, como enseñaba Ihering (15), con la inejecución ocurrida «ex-profeso», adrede o de propósito, y en cuya virtud el deudor no cumple lo que debía o podía cumplir (16).

Dentro de este marco se distinguía en el Derecho civil argentino una diferente responsabilidad del deudor, según que éste hubiera obrado con culpa (negligencia) o con dolo (incumplimiento intencional) en la inejecución de la obligación. Era el sistema subjetivo, recibido de Pothier, y acuñado por el Código Napoleón (arts. 1.150/1), el Código italiano de 1865 (art. 1.228) y el actual (art. 1.225), el español (artículo 1.107), el peruano (art. 1.328), el colombiano (art. 1.616), etc., que se traducían en un encarecimiento de la responsabilidad por dolo,

(12) Conf. ENNECERUS-NIPPERDEY, «Tratado», t. I, § 196.

(13) Sobre las diferencias del régimen legal de delitos y cuasidelitos, después de la reforma de la Ley 17.711, v. CASEAUX-TRIGO REPRESAS, «Derecho de las obligaciones», III, editora Platense, La Plata, 1970, p. 191. Excluyendo la indemnización del daño moral en los cuasidelitos, LLAMBIAS, «Reforma del Código civil», ed. Jurisp. Argentina, Bs. As., 1968, pág. 139.

(14) Tesis mayoritaria. Conf.: LAFAILLE, «Obligaciones», t. 1, p. 167; COLMO, «Obligaciones», núm. 103; REZZONICO, «Obligaciones», t. 1, p. 146; y BUSSO, C. C. Anotado, t. 3, com. art. 506. Contra: exigiendo la intención de perjudicar: SALVAT, «Obligaciones», t. 1, p. 126.

(15) «La faute en droit privé», p. 58.

(16) Conf. LLAMBIAS, «Estudio de la Reforma del Código civil», J. A., Bs. As., 1969, p. 132.

ya que el deudor culpable sólo respondía de los daños intrínsecos o «circa rem» (art. 520 C. c.), mientras que el autor de dolo respondía no sólo de aquellos daños sino también de los extrínsecos o «extra rem» (art. 521 del C. c.) (17). Esta diferente aprehensión del dolo y la culpa en materia obligacional se patentiza, asimismo, en el tratamiento legislativo por separado de la mora culposa e intencional y del liso y llano incumplimiento por culpa o por dolo (arts. 506, 507, 511, 512, etc.).

Este era el cuadro que ofrecía la legislación argentina hasta la Ley 17.711. Porque es del caso que la reforma de 1968 resolvió borrar la palabra dolo del art. 521 y usó en su lugar la expresión «si la inejecución de la obligación fuere *maliciosa...*», a la que insertó como presupuesto subjetivo de la responsabilidad agravada que se describe en el precepto citado.

Algunos autores no encuentran diferencia alguna entre el dolo y la inejecución maliciosa, a la que adosan idénticas consecuencias que las que antes se adjudicaban al dolo en el incumplimiento de las obligaciones (18). Pero esa interpretación —que, en rigor, mantiene el mismo sistema del Código— no es pacífica. Porque el mentor más ostensible de la reforma ha sostenido que al introducirse la voz «malicia» se ha querido encarecer un dolo calificado por la intención de causar daño (19), con lo que se parifica el concepto de dolo en materia de obligaciones con el de dolo delictual (art. 1.072 C. c.).

Además, de esta nueva interpretación resulta que habría dos especies de dolo obligacional. Uno, configurado como la mera conciencia de estar incurso en inejecución, que es apareado al incumplimiento culposo, rigiéndose ambos por el art. 520; y otro, el dolo calificado o malicioso, que quedaría aprehendido por el art. 521, con el agravante de la responsabilidad para el deudor.

Esta tesitura había sido ya sostenida por su autor antes de la reforma (20), manifestando que «no hay razones para agravar la responsabilidad del deudor doloso, porque —dice Borda— en materia de responsabilidad contractual *el Código no ha distinguido entre dolo y culpa*». En esa oportunidad agregó que considera lícito el incumplimiento doloso de la obligación en especie, que se convierte legalmente en el deber de prestar daños y perjuicios. Por lo que sólo el incumplimiento malicioso, sería ilícito.

Tal postura interpretativa, ahora llevada a la ley por la reforma de 1968, si bien tiene un aspecto positivo cual es el de tender un puente propicio a la unificación de las responsabilidades contractual y extracontractual, puede ser objeto de serias objeciones. Contiene, por lo

(17) Ve la lúcida exposición que sobre el tema hace ORGAZ en «Nuevos Estudios de Derecho civil», p. 150 y ss.

(18) LLAMBIAS, op. cit., p. 132 y SPOTA, «Sobre las reformas al Código civil», ed. Depalma, Bs. As., 1969, p. 15.

(19) BORDA, «La reforma del Código civil. Responsabilidad contractual», en «El Derecho», t. 29, núm. 2327.

(20) BORDA, «Manual de Obligaciones», págs. 82/83.

pronto, un flanco débil: el de aplicar igual rasero al incumplimiento doloso de la obligación que al simplemente culposo, vulnerando los principios básicos que vertebran la teoría de la obligación, a la que se la concibe, generalizadamente, como una restricción de la libertad del deudor, para zafar de la cual debe éste proceder de acuerdo al interés del acreedor (21) y también conforme a la regla moral (ínsita en el esquema subjetivo aceptado por nuestro Código civil), que no mira con indiferencia que el deudor incurra o no en falta y que ésta sea más o menos grave, tal como lo puntualizara Galli (22), quien afirma que no puede desconocerse que existe «una evidente diferencia de orden ético entre las dos formas de retardo o incumplimiento» (23). Esa solución preconizada por la reforma es más propia del sistema objetivo «de la reparación integral», que sigue el Código alemán (arts. 249, 252 y 276), pero que no fue receptada por nuestro Derecho, el que acepta en cambio, y según se vio supra, la distinción de la responsabilidad según la gravedad de la falta imputada (24).

Agréguese a lo dicho que, en la mentada interpretación, se sostiene que el incumplimiento simplemente doloso (es decir, no malicioso), es lícito. Afirmación que no se compadece con el concepto de dolo, que siempre importa «una conducta deliberada contra derecho» (25) o «una infracción de un deber jurídico» (26), por lo que, consecuentemente, no puede nunca ser lícito.

Finalmente cabe acotar, en detrimento del esquema elaborado por el conductor de la reforma, al insertar esta anómala solución dentro de un marco legislativo que ha quedado ahora falto de equilibrio sistemático y conceptual, que, para él, la expresión malicia sería comprensible tanto de la intención de causar un daño cuanto de la indiferencia del incumplidor ante las consecuencias dañosas que previsiblemente advendrán al acreedor por el incumplimiento (27), con lo que se incluye en el art. 521 tanto el dolo directo como el dolo eventual, traídos de la doctrina del Derecho penal al plexo del Derecho civil. Tal solución es

(21) Conf. MICHELE GIORGANI, «La Obligación», ed. Bosch, Barcelona, 1958, p. 216.

(22) En SALVAT, «Obligaciones», t. I, p. 194.

(23) Conformes con esta concepción de la obligación: BETTI, «Cours de D. Civil Comparé des Obligations», ed. Giuffré, Milano, 1958, p. 88; PEDRO LEÓN, «Obligaciones», Clases magistrales, Cba., ed. T.A.P.A.S., p. 128 y «Rasgos esenciales de la obligación», en Cuadernos del Instituto de Derecho civil, Boletín III, 1957, p. 45 y ss.; LLAMBIAS, op. cit., p. 133 y ss.; MORELLO, «Indemnización del daño contractual», t. I, p. 167 y ss.; Cam. Nac. Civ., Sala E, en J. A. 1963-III, p. 549; etc.

(24) Como lo hizo notar, ya antes de la reforma, PEDRO NÉSTOR CAZEAUX («El texto auténtico del art. 521 C. c.», en «La Ley», t. 112, p. 886), refutando la concepción de BORDA y recordando la opinión de COLMO (op. cit., p. 115, número 145).

(25) VON TUHR, «D. Civil», III, 168.

(26) LARENZ, «Obligaciones», I, p. 284.

(27) BORDA, en «El Derecho», t. 29, núm. 2327.

excesiva, aun dentro de la economía de la interpretación que comentamos, porque —en todo caso— el dolo eventual debería quedar adscrito al régimen de art. 520, junto a la culpa y al dolo no calificado (28).

III. FUNDAMENTO DE LA INEFICACIA JURÍDICA DEL ACTO OBRADO POR DOLO

Ya anticipamos (Cap. I) que el dolo ha sido considerado, desde sus comienzos, a partir de distintos puntos de vista: en unos casos, como vicio de la voluntad y, por tanto, a la luz de una concepción subjetiva o sicologista, que lo visualiza como obstativo del consentimiento («dolo causan dans»); y, en otra vertiente, como un obstáculo objetivo que se patentiza en la violación de la buena fe constitutiva de la atmósfera del acto jurídico.

Aquí corresponde precisar cuál es la instancia actual del problema y, a esos fines, nos parece adecuado enfocar el asunto en dos momentos: *a)* Como tendencia de la doctrina moderna, es decir, «de lege ferenda», con prescindencia del Derecho positivo, y *b)* Como solución de «lege lata», en el seno del Código civil argentino.

a) Parece claro que un estudio del dolo, en profundidad y sin limitaciones legales, debe llevar a la conclusión de que su definición como vicio de la voluntad está en trance de ser superada, si es que no fue rebasada ya. Así resulta de la circunstancia de que, si el dolo es concebido como desencadenante de una declaración por un error provocado, la causa de la anulabilidad del acto por déficit de la voluntariedad no se halla en la maniobra dolosa sino en el error en que incurre el sujeto pasivo de aquélla (29).

Es decir, que, en ese cauce, es forzoso buscar otra explicación diferente y ella se encuentra en la ilicitud patente de la maniobra engañosa, en el carácter reprobable del actual insidioso de quien induce a la declaración. Esa violación de la buena fe, objetivamente exigida por la ley para el acto jurídico, es la causa de la anulación y también de la indemnización de los daños y perjuicios a que tiene derecho la víctima, por el acto ilícito que constituye la maniobra dolosa.

Esta es la dirección actual del tema, que permite una protección más amplia y flexible de quienes padecen los artificios engañosos de los contratantes. Así se explica la cuestión en la doctrina española (30), en

(28) Como piensa, acertadamente a nuestro ver, JORGE MOSSET ITURRASPE («Responsabilidad por daños», ed. Ediar, Bs. As., 1971, t. I, p. 101). Sobre dolo eventual v., CUELLO CALON, «D. Penal», Barcelona, 1951, I, p. 400; VON HIPPEL, «Manuale di Diritto Penale», p. 188 y ss. y LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, «Tratado de Derecho penal», Bs. As., 1962, ed. Losada, t. V, p. 585.

(29) Así lo precisa RENE SAVATIER, «La theorie des obligations», ed. Dalloz, París, 1969, pág. 151, quien agrega expresivamente que «el lenguaje clásico, asimilando el dolo a un vicio del consentimiento, toma la causa por el efecto».

(30) V., DE CASTRO Y BRAVO, op. cit., p. 150 y JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, «El principio de buena fe», ed. Bosch, 1965, p. 61 y s.

francesa (31), en la alemana (32) y aun en la argentina, después de la tesis de Guillermo Borda sobre el «Error de hecho y de derecho».

Según este autor la sanción de la nulidad por dolo no se funda en el error provocado en el otro contratante, como lo sostiene la teoría de los vicios del consentimiento, sino en el hecho ilícito (33). Y, para probarlo, ejemplifica con el caso del dolo recíproco que no da lugar a la nulidad, pese a que habría error provocado (art. 932, inc. 4, del Código civil), porque no es esto lo que funda la ineficacia sino la violación de la buena fe, y el Derecho queda indiferente cuando las dos partes se han conducido torpemente enderezando sus pasos a la vulneración del orden jurídico.

Téngase en cuenta que la discusión sobre los fundamentos del dolo trasciende el ámbito de lo puramente académico para contener implicancias prácticas evidentes: si la anulación obedece al vicio del consentimiento, sólo se deben los perjuicios inmediatos y los mediatos previsibles, que es la regla en materia de responsabilidad contractual (artículos 520 y 521); mientras que si la nulidad se funda en el hecho ilícito del autor del dolo, la reparación debe ser integral (arts. 1.078, 90, etc.) (34).

b) De «lege lata», en cambio, no es posible hesitar acerca del carácter de vicio de consentimiento que revista el dolo en el Código civil argentino. El afecta el presupuesto psicológico intencional de la voluntad jurídica como un error provocado por un comportamiento engañoso. Es la opinión de la doctrina mayoritaria (35) y también la de la jurisprudencia nacional, que tiene declarado con uniformidad que «el dolo consiste en inducir deliberadamente en error a la otra parte con el objeto de hacerle celebrar un acto jurídico» (36).

En esta tesitura subjetivista se distingue con precisión el dolo del error-vicio, no sólo por su forma de presentarse (uno provocado; el otro espontáneo), sino porque, fundamentalmente, el error provocado puede no ser *esencial* (sino meramente accidental) y aparejar, sin embargo, la anulabilidad del acto, si ha sido vehiculizado por un dolo grave, dañoso y determinante, lo que permite comprobar la autonomía del vicio dentro de la economía del plexo normativo vigente (37). Sería el caso de

(31) V., REIG, op. cit., p. 166/67; P. BONNASSIES, «Le dol dans la conclusion des contrats», Lille, 1955, p. 437 y art. 16 del Avant-projet, que ha suprimido la regla del art. 1.116 del C. Napoleón, haciendo un giro copernicano hacia la concepción objetiva.

(32) Ve, LEHMANN, § 34-IV-3b; ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 176.

(33) «Tratado», P. Gral., t. II, 5.^a ed., p. 311.

(34) Aunque cabe acotar que, para BORDA, después de la reforma de la Ley 17.711, el caso del art. 521 —conducta maliciosa— tiene igual tratamiento que el del acto ilícito delictivo.

(35) Conf. LLAMBIAS, op. cit., núm. 1752; BUSSO, t. III, com. art. 506, número 30; DE GASPERI-MORELLO, op. cit., t. I, p. 438, nota 1 y SPOTA, Tratado, t. I, vol. 36, pág. 584; Contra: BOR, op. cit., loc. cit.

(36) J. A. 1956-IV-383; «La Ley», 89, 94; J. A. 1959-III-455; «La Ley», 94, 26; «La Ley», 104, 313; J. A. 1964-IV-649; J. A. 1969-4, 375; «El Derecho», 5, p. 850; «La Ley», 109, 642; «La Ley», 126, 388; etc.

(37) Como lo señala SPOTA, op. cit., p. 585.

un error (por dolo) que recayera sobre los *motivos*, o el *valor*, que suelen ser aspectos insuficientes para configurar el error esencial y, sin embargo, pueden desencadenar la anulación por dolo.

También se ha marcado el contraluz entre el error, «sensu stricto», y las maniobras engañosas que lo provocan, al hacerse notar que para que pueda articularse el error como vicio de la voluntad, además de ser esencial debe ser *excusable*, es decir, no obedecer a una negligencia culpable del «errans». Spota considera que este tópico acentúa las diferencias de ambos vicios de la intención porque en el caso de dolo puede invocarse la nulidad no obstante la conducta negligente de la víctima, es decir, aunque hubiere sufrido los efectos de una maquinación que pudo llegar a descubrir con el debido cuidado (38). Nos permitimos discrepar con esa opinión de autoridad, con base en las conclusiones divergentes a que arriba la jurisprudencia, receptando los casos que provee la cantera vital del mundo de los negocios. Así se tiene resuelto, por ejemplo, que «los hechos constitutivos del dolo deben ser bastante graves para que *un hombre sagaz y prudente* haya podido ser engañado» (39) y que es necesario que «la víctima no haya podido evitar ser inducida a error, a pesar de haber actuado *con la diligencia y prudencia* que es dable exigir en toda contratación» (40). Lo que demuestra que la praxis del tema se inclina, también, por la exigencia de la excusabilidad de la conducta de la víctima de dolo.

IV. CONDICIONES PARA QUE EL DOLO DETERMINE LA INEFICACIA DEL ACTO

Pero, además de la definición de dolo, el Código civil enuncia las *circunstancias* que deben concurrir, a la manera de elementos, *condictio-juris* o presupuestos, para que el dolo configure un vicio de la voluntad y apareje la anulabilidad del acto.

En este cauce, expresa el art. 932 que el dolo es jurídicamente relevante a condición de que sea *grave, perjudicial y determinante* —tres recaudos positivos—, al tiempo que *no pueda imputarse* —condición negativa— *dolo a ambas partes*. Analizaremos, de seguido, tales requisitos.

1. *Que haya sido grave*. Esta inicial exigencia apunta a señalar la necesidad de que la maniobra o maquinación dolosa sea *idónea* para captar la voluntad ajena e inducir a error. Es decir, que posea una *aptitud* o *entidad* tal que sea suficiente para crear una falsa representa-

(38) Aut. cit., op. cit., pág. 587.

(39) «La Ley», t. 101, p. 24.

(40) J. A. 1969-4, 375. También se tiene dicho que el dolo no es causa de la nulidad del acto cuando la víctima «ha podido comprobar, sin mayores dificultades, la veracidad de las afirmaciones de la otra parte» (Cám. Civ. Cap., F, en J. A., t. 4, 1969, p. 129) y cuando la maniobra «no era apta para engañar a una persona que hubiera puesto el cuidado corriente en el manejo de sus asuntos», Cám. N. Civ. E., en «La Ley», 132-113.

ción de las cosas. El artificio empleado debe ser capaz de engañar (41).

Este requisito debe ser juzgado en cada caso concreto y particular, sin que sea permitido, al respecto, elaborar fórmulas generales y abstractas. Todo dependerá de los hechos, personas, tiempo y lugar en que se produzca la acción u omisión dolosa. Pero sobre algo hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia: la *gravedad* del dolo debe ser apreciada en concreta relación con la condición personal y subjetiva de la víctima, ya que no es igual elegir como destinatario de un aparato comercial doloso a un analfabeto o a un inexperto, que a una persona culta y de experiencia (42). También la edad, el sexo y el estado de salud pueden ser elementos de la mayor importancia para juzgar la gravedad del dolo (43).

Según puede verse de lo hasta aquí explicado, tanto la doctrina como la jurisprudencia tienden a considerar el vicio de dolo desde un punto de vista eminentemente subjetivo, computando las circunstancias personales de la víctima para juzgar acerca de la captación de su voluntad a través de la maniobra engañosa, con lo que se hace excepción al principio contenido en el art. 909 del Código civil, donde se establece que «para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada...», criterio objetivo e impersonal que es dejado de lado en la materia en análisis por imperativo de una aspiración de justicia concreta y realista.

2. Que haya sido la *causa determinante del acto*. Para que se produzca el efecto principal del dolo, es decir, la anulabilidad del acto, se hace necesario que el artificio, maniobra o maquinación dolosa (por acción u omisión), hayan sido la causa determinante de la declaración de voluntad: «*dolus causam dans*». Es decir, en menos palabras, que debe tratarse de un *dolo principal*, sin el cual el acto no se hubiera realizado. Este carácter, consecuentemente, permite distinguir el referido dolo *principal* (que es causa del negocio) del dolo *incidental*, «que

(41) Enseñaba desde antiguo SEGOVIA (t. 1, p. 246, núm. 30). Así lo explica también COSSÍO Y CORRAL («El dolo en el Derecho civil», p. 328). Y lo encarece la jurisprudencia: «... la maniobra debe ser *apta* para que la víctima entre en engaño» (Cám. Nac. Civ. F, en J. A., t. 4-1964, p. 129); no revistiendo el carácter de grave «cuando el medio empleado es absolutamente carente de *idoneidad*... como para que un hombre sagaz y prudente haya podido ser engañado» (Cám. Civ. Cap. E, en J. A. 1961-I, p. 6 (núm. 40)).

(42) Así lo ha resuelto la jurisprudencia en múltiples casos: J. A. 1959-III-455; J. A. 1963-II-605; «La Ley», 82, 596; «La Ley», 94, 26; «La Ley», t. 110, p. 498; J. A. 67, 500; etc. En igual sentido: BORDA (op. cit., p. 313) y SPOTA (op. cit., p. 595). En la sentencia obrante en J. A. 1967-V-303 se resume este principio de la siguiente manera: «La gravedad del dolo debe juzgarse con arreglo a la condición intelectual y de cultura del sujeto que lo padece».

(43) Conf. COSSÍO Y CORRAL (op. cit., p. 330). Los Tribunales también han receptado el principio explicado en el texto. La Cám. Civ. Cap. Sala A, tiene declarado que «la gravedad del dolo debe apreciarse con relación a la condición de la víctima» (J. A. 1963-II, p. 606) y a igual conclusión ha arribado la Cámara Comercial de la Capital, Sala B, en sentencia obrante en J. A. 1959-I, p. 368 (nota 12).

no es causa eficiente del negocio», en los términos del art 934 (44).

Pensamos que, también en esta área, será fundamental el arbitrio del juzgador para establecer la vinculación causal entre la maniobra dolosa y la captación de la voluntad de la víctima. Al respecto sólo cabe apuntar que, de acuerdo al criterio receptado en nuestra ley civil desde la reforma de 1968 (v. art. 908 del C. c.), debe mediar un nexo de causalidad *adecuada* entre el engaño doloso y la declaración (45).

También deberá computarse acerca de este recaudo que los arbitrios dolosos deberán ser empleados antes de la convención o contemporáneamente con ella, para que puedan considerarse causa principal del acto, corriendo por cuenta de la víctima la prueba de esa decisiva circunstancia (46).

La jurisprudencia vernácula tiene hecha reiterada aplicación de estos principios. Así, la Cámara Civil de la Capital, Sala D, tiene sentenciado que «... el dolo debe ser también *la causa determinante* del acto, es decir, que sin él, el acto no se habría realizado» (J. A., T. 4-1969, p. 375); en tanto que la Cámara Civil 1.^a de Mar del Plata ha declarado que «el dolo no vicia por sí solo el consentimiento de la otra parte, sino en la medida en que *determina* el error de ésta» (J. A. -1964-IV, p. 649).

Es por ello que se ha podido concluir judicialmente que «existe dolo cuando se exageran las utilidades del fondo de comercio vendido», porque ello ha determinado la voluntad del comprador (Cám. Com. Cap., Sala B, en J. A. 1959-I p. 363); y que si bien «es normal que el vendedor exagere las virtudes del producto que pretende vender y esta actitud no conforma dolo, no es menos cierto que lo habrá si la exageración alcanza tal grado *que sea la causa determinante* de la adquisición» (Cám. Civil La Plata, Sala III, en J. A. 1966-V, 537). También se ha considerado determinante el dolo operado «mediante la publicación de balances falsos de una sociedad anónima, con cuyo ardíd se obtuvo la suscripción por terceros de una emisión de acciones» (en J. A. 22, p. 1034).

3. Que ocasione un *daño importante*. El art. 932, en su inciso 3.º, exige también para la anulación del acto jurídico en razón de dolo, que las maniobras hayan irrogado a la víctima «un daño importante».

Al pronto se advierte aquí la inconsecuencia del legislador. Porque, para que quede configurado el vicio del consentimiento que el dolo importa no es indispensable, en rigor, la producción del perjuicio, ya

(44) COSSÍO Y CORRAL (op. cit., p. 350) ejemplifica así el texto: «tiene el concepto de causante (determinante) cuando sirve de ocasión para el contrato, que de no mediar la astucia no se habría celebrado; y se llama incidental si sólo facilitó la celebración».

(45) Así lo aconsejaba ya SPOTA (op. cit., p. 596), antes de la sanción de la Ley 17.711. Sobre el nexo causal en el acto ilícito, v. mi trabajo «Notas para un estudio de la relación causal en el acto ilícito civil», publicado en la Rev. Jurídica «La Ley», del 28 de febrero de 1972, p. 1 y s.

(46) Conf. DE GASPARI-MORELLO, t. I, p. 448; PLANIOL Y RIPERT, op. cit., t. II, p. 805, 366 y 364; DEMOGUE, op. cit., t. I, p. 572.

que basta con que haya engaño grave y que él haya movido a la víctima a contratar. El otro requisito exigido ahora por la ley —el daño— será presupuesto esencial del otro efecto del dolo: el que resulta de su carácter de acto ilícito, aspecto que aparece aquí promiscuamente incluido entre las condiciones del dolo-vicio cuando solamente hace a la concepción del dolo-acto ilícito (47).

Mas, como la ley positiva exige este requisito, es necesario concluir que, dogmáticamente, es indispensable la presencia del «daño importante», para obtener la anulación del acto (48). Por ello, si no hay daño alguno o éste es insignificante no se pondrá en movimiento el aparato judicial para aplicar la máxima sanción civil: la nulidad del acto. Ello es así porque, como recuerda el aforismo romano: «de minimis non curat Praetor» (49).

El daño que la ley exige como consecuencia de la acción u omisión dolosa puede ser patrimonial o extra-patrimonial, incluyendo el daño moral. La importancia del daño económico es cuestión de prueba reservada a la prudente apreciación de los jueces, ya que la ley carece de parámetros preelaborados al respecto (50). La posibilidad de accionar cuando el daño es extra-patrimonial asegura la visibilidad de la demanda de anulación por dolo, también en los casos de los «negocios jurídicos familiares» (v. gr., arts. 91 y 109 de la Ley de Matrimonio Civil). Y en cuanto al caso de daño moral, su procedencia es inexcusable por tratarse el dolo de un típico delito civil (conf.: arts. 1.072 y 1.078 Código civil).

De otro costado debe tenerse presente que la ley no exige que el daño se haya producido en el momento de otorgarse la declaración de voluntad. El puede ser posterior y es suficiente que exista al deducirse la demanda, aun como daño futuro (51).

4. *Que no haya habido dolo por ambas partes.*—He aquí otro requisito exigido por el art. 932, inc. 4, del Código civil, que no parece fundarse en la concepción del dolo como vicio de la voluntad, sino en la ilicitud esencial de la maniobra de mala fe que el dolo también importa. Porque, en verdad, aunque haya promediado la bilateralidad del dolo, él habría existido como vicio para ambas partes (52). Pero es lo

(47) Conf. COSSÍO Y CORRAL (op. cit., pág. 325) y, entre nosotros, SPOTA (op. cit., pág. 598).

(48) Así lo considera, sin fisuras, nuestra doctrina: LLAMBIAS (op. cit., página 509); DE GASPERI-MORELLO (op. cit., p. 449) y BORDA (op. cit., p. 314). Y también la jurisprudencia: «La Ley», t. 62, p. 441, donde se sentenció que «por censurable que sea ante la moral el dolo empleado para inducir a una persona a realizar un acto, no es jurídicamente atacable *si no causa perjuicio*».

(49) Como ocurre, análogamente, en materia de infortunios laborales, donde la Ley 9.688 (art. 3.º), exige que la lesión padecida produzca una incapacidad de por lo menos seis días hábiles para que funcione la mecánica resarcitoria.

(50) Conf. DE GASPERI-MORELLO (op. cit., p. 449).

(51) Así lo explica SPOTA (op. cit., p. 103), en seguimiento de TRABUCCHI, «El dolo», pp. 230 y 231.

(52) Como agudamente lo hace notar DÍEZ-PICAZO («Fundamentos del Derecho civil patrimonial», ed. Tecnos, 1971, Madrid, núm. 108, p. 119).

cierto que aquí la ley hace aplicación de la regla moral inordinada en el principio «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*» (53), que veda escuchar en justicia a quien ha obrado con dolo aunque, a su turno, lo haya padecido simultáneamente.

Esta solución del plexo normativo argentino se funda en un precepto de Marciano (54), receptado por el Derecho Común, después de pasar por la glosa. De allí la tomó Chardon, citado por Vélez Sarsfield en la nota al art. 932. Cabe tener en cuenta que el Proyecto español de 1851 —que fue fuente del Código civil argentino— no contenía este inciso, el que recién aparece en el Código español de 1888, que lo califica de «nuevo», y menciona en su apoyo al Código civil de Vélez Sarsfield (55).

Cabe tener en cuenta que, pese a que el tema es objeto de disputas en la doctrina, no se trata aquí de un caso de «compensación» de dolos. como lo entendieron los autores del derecho intermedio: «*dolus cum dolo compensatur*». Así como en la culpa concurrente, en materia de hechos ilícitos, no es legítimo hablar de «compensación» de culpas, sino de distribución de responsabilidad, así aquí se produce la veda legal de la «*actio doli*» por mala fe recíproca, ofensiva duplemente del orden jurídico y moral. El amparo judicial se niega no porque los dolos se anulen recíprocamente, sino porque las dos partes carecen del derecho a la justicia, porque cada uno de ellos, individualmente considerados, «no tienen las manos limpias» (56).

5. *Particularidades del dolo en el régimen matrimonial.*—La ley argentina de Matrimonio admite expresamente la invocación del dolo como vicio de la voluntad respecto del acto jurídico familiar o extramatrimonial del matrimonio (v. art. 16, Ley 2393). El legislador se ha apartado así de la regla imperante en el Derecho europeo y, en especial, de la doctrina francesa que acuñó la máxima «*en mariage trompe qui peut*», la que, sin embargo, ha sido cuestionada sosteniéndose —aun en Francia (57)— que los textos legales conceden argumentos decisivos para considerar anulable el matrimonio por dolo. Mas, repetimos, la cuestión es ajena al Derecho argentino, donde se insertaba de manera expresa en la ley la causal de dolo como vicio de la voluntad en el acto matrimonial.

Interesa, eso sí, establecer los requisitos que el engaño debe llenar para aparejar el grave efecto disolutorio del vínculo conyugal, tema de

(53) Sobre ese principio, ve PEDRO LEÓN, «La regla «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*» en el proyecto de Reforma», en «Boletín del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba», núm. 8, pág. 3 y s.

(54) Digesto, 4, 3, 36: «*si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent*».

(55) Conf. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO («El negocio jurídico», Madrid, 1967, p. 155 y n. 23). El requisito es exigido, asimismo, por el art. 28 del Cód. Fed. Suizo de las Obligaciones y el art. 123 del BGB, entre otros Códigos.

(56) Como gráficamente decide la Equity, en el Derecho anglosajón: «*he who comes to equity must come with clen hands*» (HANBURY, 1, 2, 6, p. 47), cit. por DE CASTRO Y BRAVO (op. cit., p. 155, n. 25).

(57) JOSSE RAND, «Cours», I, núm. 833.

suyo significativo habida cuenta que el art. 16 de la Ley de Matrimonio, no califica de manera alguna al dolo, limitándose a enumerarlo como causal de anulabilidad. Sobre el particular cabe puntualizar que, pese a las diferencias que median entre los actos patrimoniales y los no patrimoniales, hay criterio uniforme en exigir que el dolo en el matrimonio debe ajustarse a los requisitos generales impuestos por el art. 932 del Código civil y, en especial, cabe exigirle el de *gravedad* y el de ser *determinante* de la acción, que encarece aquella prescripción legal para los actos jurídicos patrimoniales (58).

Al respecto conviene recordar solamente que la *gravedad* de la maniobra sugiere que ella haya sido idónea para inducir en engaño a la víctima, no obstante el obrar prudente de ésta, por lo que ha podido concluirse que el requisito de la *gravedad* del dolo es paralelo al de la excusabilidad del error (59). Y, en cuanto a la condición de *determinante*, ya tenemos dicho que debe ser entendido por este elemento el de la causación del acto, es decir, el de haber revistado el engaño como razón por la cual la víctima celebró el matrimonio.

Apenas cabe recordar, adosando las conclusiones jurisprudenciales a las doctrinarias, que los Tribunales tienen declarado que resolver si el dolo es *grave* y *determinante* constituye una situación de hecho y que, en orden a las particularidades del acto jurídico matrimonial, es dable aceptar como causa de nulidad al dolo múltiple, que recae sobre plurales aspectos de la personalidad del cónyuge, correspondiendo en tal caso —se declaró por la Cámara Nacional Civil, Sala E (60)— apreciar la gravedad y el carácter determinante del vicio *en su conjunto*.

Si se cotejan los alcances del dolo como causa de anulabilidad del matrimonio, con los que produce el error como vicio de la voluntad matrimonial, se advierte al punto que este último está limitado por el artículo 16 de la L. M. a los casos en que recaiga «sobre la identidad del individuo físico o de la persona civil», por lo que ha podido concluirse que no es pertinente la anulación del vínculo cuando se trata de un mero error cualitativo (61).

En cambio cuando promedia dolo, es decir un error maliciosamente provocado para desencadenar el acto jurídico matrimonial, se admite la anulabilidad por dolo, aunque el engaño no recaiga sobre la identidad del individuo físico o de la persona civil, siendo suficiente para los Tribunales *que el engaño verse sobre un motivo legítimo del con-*

(58) Conf. GUASTAVINO, Elías, «Aspectos del dolo en el régimen de la nulidad matrimonial», en «La Ley», t. 132, p. 593 y s.; BUSO, Eduardo, «Código civil comentado», t. II, p. 89, núm. 107; BORDA, Guillermo, «Trat. de Derecho civil», Familia, I, núm. 125; Cám. Nac. de Apelaciones, en «La Ley», t. 79, p. 711 y t. 108, 798.

(59) Conf. LÓPEZ OLACIREGUI, José María, en SALVAT, ad. 2361 A.

(60) En «La Ley», t. 132, p. 593, con nota aprobatoria de Elías GUASTAVINO.

(61) Conf. FASSI, «Estudios de D. de Familia», 1962, pág. 148; BELLUSCIO, t. II, p. 55; SPOTA, «Tratado», vol. 11, núm. 65 y MAFFIA, en «La Ley», t. 108, p. 1125, núm. 12.

sentimiento, fórmula de suyo más elástica que la limitativa de la anulación por error (62).

De allí que el cotejo error-dolo, en materia matrimonial, muestre que el dolo posee una *función ampliatoria* respecto de las posibilidades de articular la ineficacia del acto jurídico familiar de que se trata, configuración extensiva que se justifica habida cuenta de la naturaleza esencialmente diferente del dolo, fundado en una maniobra engañosa que suma a su condición de vicio de la voluntad la operatividad simultánea de un hecho ilícito, que obliga a reparar —también— el daño material y el moral por él causado.

V. EL DOLO NEGATIVO U OMISION DOLOSA

Pero la maniobra dolosa no solamente puede consistir en hechos positivos de aserción de lo que es falso sino que puede, también, asumir la forma de omisión o reticencia dolosa.

En tal sentido dice el art. 933 del Código civil que

«La *omisión dolosa* causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia u ocultación dolosa.»

Ya la definición del art. 931 contiene la posibilidad de considerar el llamado «dolo negativo», al hacer referencia expresa a la «disimulación de lo verdadero», por el agente. Es la «*calliditas*» de la ley romana (63) y el «*callase engañosamente*», de la ley de Partidas (64), donde también se usa la expresión «por palabras... encubiertas o coloradas que dicen con intención de engañar».

Es que no cabe dudar acerca de que la voluntad del contratante puede ser determinada y captada por el silencio de quien calla hechos o circunstancias cuyo conocimiento hubiera podido cambiar el parecer de la parte y hubiera podido hacerla desistir de la celebración del contrato. En tal caso, el engaño se produce por omisión y es legítimo hablar de dolo negativo (65).

La arista más significativa de este tema se halla en la determinación de cuándo puede considerarse condenable el insidioso y oscuro disimulo. Sobre el particular, y aunque en principio se tiene dicho que la represión del dolo negativo se reduce a una cuestión de hecho que cae bajo la prudente apreciación del juez (66), puede establecerse que la

(62) Conf. LAFAILLE, «Familia», núm. 61; BUSO, t. II, p. 90; ORGAZ, «Nuevos Estudios de D. Civil», p. 379 y ZANNONI, en «La Ley», t. 119, p. 127.

(63) Dig., De dolo, L. 1, § 2.

(64) L. 1, t. 16, part. 7.^a

(65) Conf. Díez-PICAZO (op. cit., p. 118) y FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (op. cit., pág. 152, núm. 202). Así lo diseña, asimismo, nuestra jurisprudencia: «... los artificios o maquinaciones no sólo pueden ser hechos positivos sino también consistir en el silencio o la ocultación del verdadero estado de cosas» (Cám. Civ. Cap. Sala D, en J. A., t. 4-1969, p. 375).

(66) Conf. DE GASPERI-MORELLO (op. cit., p. 446).

omisión dolosa es causa de la anulación del acto, en todos aquellos casos en que la buena fe imponga el deber de informar al otro contratante sobre los hechos relevantes en punto a las circunstancias que rodean al contrato. Es el deber de *noticiar*, de que habla Spota (67), impuesto por las reglas del tráfico, los usos y costumbres y el principio de buena fe (68).

En ciertos actos jurídicos, que presuponen una fiducia o una actitud franca, el deber de informar se acentúa. Es lo que acaece, v. gr., en los contratos signados por la especulación (la compraventa, p. ejemplo), si bien la obligación de anoticiar existe (arts. 2.169 y 2.176 Código civil), no tiene el alcance decisivo que reviste en los casos supra dichos.

En tal cauce, y haciendo aplicación de un tal distinguo, se tiene judicialmente resuelto que «existe *reticencia dolosa* apta para hacer presumir que el hijo no hubiera realizado la cesión de la herencia sin ella, si la madre *no le hizo conocer* el dato que duplicaba el monto del acervo sucesorio, puesto que no es dable exigirle que entre en averiguaciones sobre la fecha de adquisición de un inmueble, para apreciar si pertenece o nó a la sucesión de su padre, por la *confianza* que debía tener en las manifestaciones de aquélla» (Cám. Civil Capital, Sala A, en J. A. 1962-V-365).

Además de la ocultación insidiosa, que debe ser contemporánea a la celebración del acto impugnado, se exige por la jurisprudencia que el autor de la omisión dolosa haya sabido o estado en condiciones de saber aquello cuyo conocimiento no se trasmite al co-contratante. Al respecto es ilustrativa la sentencia dictada por la Cámara Civil 1.^a de La Plata, Sala III (en J. A. 1966-V-537), donde se declaró que «cuando se trata de la venta de un motor que no se lo adquiere por razón de la cosa misma sino por causa de su destino o resultado, *la ocultación de defectos o vicios que lo hagan inapropiado conforma el dolo*, cuando esa circunstancia es conocida o debe serlo por el vendedor».

En todo caso, conviene concluir, la omisión dolosa aparejará el mismo efecto anulador del negocio jurídico, que el dolo positivo o por acción (70).

(67) Aut. cit., op. cit., p. 606.

(68) Conf. VON TUHR, «Derecho civil», vol. II, pp. 295 y 296. La jurisprudencia francesa tiene construida igual doctrina. V. MANUEL ORUS, en J. A., «Reseñas», 1970, p. 52.

(69) V. el caso de la reticencia dolosa en el art. 498 del C. de Com. y en la Ley de Seguros (art. 5, Ley 17.418). En el ámbito del Derecho de Seguros es numerosa y concordante la jurisprudencia elaborada acerca de la omisión dolosa. Valga esta muestra como ejemplo: «La reticencia (en el seguro) consiste en un propósito deliberado de ocultar o falsear la verdad, para obtener mediante engaño la contratación del seguro» (Cám. Com. Cap., Sala A, en J. A. 1964-III-284). Para tener un panorama del criterio seguido por los Tribunales en esta materia, v. «Ley de Seguros núm. 17.418», ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968, anotada por Fernando Payá (h) y Jorge M. Santillán, pág. 66 y s. Asimismo consúltese HALPERIN, Isaac, «El Juez y la aplicación del contrato de seguro», en «Revista del D. Com. y de las Obligaciones», año 3, núm. 13, febrero de 1970, pág. 1 y s.

(70) Así se tiene resuelto que «debe declararse la nulidad del convenio de

Agreguemos, finalmente, que el dolo por omisión puede configurarse también a través de una reserva mental practicada al tiempo de una declaración de voluntad de signo contrario a la que íntimamente se adhiere, y en cuya virtud se dice querer algo que en verdad no es deseado. El campo propicio para la ocurrencia de esta hipótesis es el de la reserva mental dolosa en caso de matrimonio, cuya plena demostración con prueba idónea y concordante, autoriza la anulación del acto jurídico familiar de que se trata, por imperio de lo dispuesto por los arts. 16 y 85, inc. 3.º, de la Ley de Matrimonio Civil (71).

VI. EL DOLO INCIDENTAL

El art. 934 del Código civil establece que

«El dolo incidente no afectará la validez del acto; pero el que lo comete debe satisfacer cualquier daño que haya causado. Es dolo incidente el que no fue causa eficiente del acto.»

Este precepto da base para el distingo clasificatorio entre «dolo principal» y «dolo incidental». El primero es el engaño determinante de la voluntad ajena («*dolus causam dans*»), que anula la declaración; al tiempo que el segundo no impide que la voluntad se declare, aunque si no hubiese ocurrido el «dolo incidente», el interesado la habría exteriorizado en otras condiciones (v. gr., adquiriendo a menor precio la cosa comprada, o exigiendo garantías para asegurar el cumplimiento de la obligación, etc.) (72).

El origen de esta modalidad del dolo no es hallable en el derecho romano clásico, pero sí en el derecho justinianeo y en el de los glosadores. De allí la tomó Freitas cuyo Esboço establecía, en el art. 474: «Sin embargo, en los casos del artículo anterior, aunque el acto no resulte viciado, el autor del dolo podrá ser demandado por la indemnización de cualquier daño que haya causado». Esta es la fuente del art. 934 del Código civil argentino.

En las legislaciones modernas el distingo no se ha conservado sino excepcionalmente. Tal es el caso del art. 1.440 del Código civil italiano, donde se dice que: «...si las maniobras no han sido determinantes del

liquidación de la sociedad conyugal, si el consentimiento de la mujer no fue producto de una voluntad sana, sino de la *acción y omisión dolosa* del marido que la indujeron en error» (Cám. Civil Cap. Sala D, en «La Ley», t. 137, p. 601).

(71) Al respecto cabe consultar la sentencia de la Cámara Nacional Civil, Sala D, obrante en «La Ley», t. 140, p. 713 y s., donde se demostró que el cónyuge había declarado su voluntad matrimonial derechamente y sin reticencia, por lo que no cabía la anulación por dolo, pero donde se dejó establecido que, en otras circunstancias fácticas, la demanda hubiere sido viable. Con nota aprobatoria de Jorge Adolfo MAZZINGHI, «La reserva mental como supuesto de dolo».

(72) Los ejemplos son de SPOTA (op. cit., p. 614 y 615).

consentimiento, el contrato es válido, aun cuando sin ellas se hubiera concluido en condiciones diversas; pero el contratante de mala fe responde de los daños».

Esta tendencia a la erradicación legislativa del dolo incidental obedece a las dificultades prácticas de su aplicación. Porque si el engaño es ingrediente de él —como en el dolo principal—, la diferencia entrambos es muy sutil y depende de considerar que, en el hecho, la maniobra no ha sido determinante de la declaración —no ha revistado como causa eficiente de ella—, traduciéndose solamente en condiciones más onerosas que, de otro modo, no se hubieran aceptado por la víctima (73); todo lo que es fácil establecer desde el punto de vista lógico pero de engorrosa aplicación práctica, por lo que se lo ha tildado de «especioso, habiendo contribuido a oscurecer la materia» (74).

Esa es, también, la opinión de la doctrina extranjera. Así, para Laurent (75), la distinción tradicional entre dolo principal e incidental «sólo sirve para inducir a error, porque ella es *falsa*», y en parecidos términos se expresan Huc, Demogue (76) y Messineo (77).

Tal vez la ventaja de la conservación de una tal regla, como la que instituye el art. 934, resulte de la posibilidad legal que se otorga a la víctima del dolo, para que, aun en casos en que no sea posible demostrar que el engaño fue la causa determinante del acto (78), se le permita accionar no por la anulación del negocio, sino por los daños y perjuicios que esa actitud del contratante doloso le irrogó, aún cuando el engaño hubiese recaído en un elemento accidental del acto, lo que no es poco beneficio ya que se adecua la solución a la conservación del contrato, sin mengua del principio de justicia (79).

VII. EL DOLO DEL TERCERO

Un caso especial es el tratado por el art. 935 del Código civil, que, textualmente, establece:

«El dolo afectará la validez de los actos entre vivos, bien sea obra de una de las partes, o bien provenga de tercera

(73) Conf. Cám. Civil 2.^a, en J. A. 1955-I-498 y Sup. Corte de Bs. As., en «La Ley», 57, 9. A su turno la Cám. Civ. Cap., Sala A, en J. A. 1959-III, p. 455; declaró que «el engaño es requisito indispensable a fin de que se configure el llamado dolo incidental».

(74) Conf. SPOTA (op. cit., pág. 613).

(75) T. XV, pág. 599, núm. 523.

(76) Citados por DE GASPERI-MORELLO, op. cit., p. 453.

(77) «Doctrina general del contrato», t. I, pág. 285.

(78) Así lo tiene declarado la jurisprudencia argentina: «El dolo incidental también debe ser grave» (en «Gaceta del Foro», t. 15, pág. 311), pero «es indiferente que haya sido o no determinante para la realización del acto» (Cám. Civil Capital, Sala D, en «La Ley», t. 82, p. 596).

(79) Por eso, RIPERT y BOULANGER (t. II, p. 83, núm. 228) defienden la manutención del *distingo* entre dolo principal e incidental.

persona. Si proviene de tercera persona, regirán los artículos 941, 942 y 943.»

Todo lo hasta aquí explicado se refiere a los casos de dolo cometido por una de las partes. Ahora examinaremos las hipótesis en que el engaño proviene de un tercero, es decir, de quien no es parte en el acto jurídico (80).

Conviene precisar la evolución histórica de un tal precepto, habida cuenta de las particularidades que alcanza la solución por él impostada en la Ley argentina. En el derecho romano el dolo cometido por un tercero no aparejaba, en principio, la nulidad del acto. Y ello era así porque la acción de dolo tenía carácter infamante y era eminentemente personal, por lo que no afectaba —se entendía— la validez del negocio, sino personalmente a su autor (81).

El sistema era diferente, siempre en el Derecho romano, si se trataba de la *violencia* ejercida por un tercero. En este último caso sí correspondía la nulidad del acto, porque se entendía que la violencia turba el orden social más gravemente que el dolo (82).

Esta doctrina fue receptada por los artículos 1.111 y 1.116 del Código civil francés, en una solución legislativa que ha sido objeto de críticas, porque distingue —sin razón suficiente— dos hipótesis substancialmente idénticas: la añagaza del tercero y la violencia del extraño, siendo que, como explica agudamente Larombière (83), «allí donde se presenta la misma necesidad debe haber el mismo remedio».

Pese a tales objeciones, el precepto francés, servilmente seguidor de la tradición romana, fue acogido por el Código civil chileno (arts. 1.457 y 1.458); el italiano de 1865 (arts. 1.111 y 1.115); el Código español (arts. 1.268 y 1.269) y el Código Federal Suizo de las obligaciones (artículos 24 y 26), entre otros.

Apartóse Freitas de una tal solución en su Esbozo (art. 475), adonde fue a informarse Vélez Sarsfield, de suerte que el art. 935 se separó también de la corriente legislativa romano-francesa y sentó el principio de la indiferencia del origen de las maniobras dolosas: el engaño afecta la invalidez del acto, provenga de la parte o de tercera persona; e igual solución se adopta en el caso de violencia.

De allí en más la brecha quedó abierta: El Código civil brasileño (art. 95) y el Proyecto de Reformas al Código civil francés (84), acogieron el sistema de Freitas y de la ley común argentina, que ha sido

(80) Sobre el concepto de *tercero*, ve, Alfredo ORGAZ, «Hechos y actos o negocios jurídicos» (ed. de Zavalía, Bs. As., 1963, pág. 108). Coincidentemente, COSSÍO y CORRAL (op. cit., pág. 339).

(81) Dig., Libro 4, t. 3, Leyes 15 y 16.

(82) Conf. MAYNZ (t. II, p. 177) y MOLITOR (t. I, p. 156).

(83) Aut. cit., t. I, p. 85; núm. 8, com. art. 1.116.

(84) Ve, TRAVEAUX, 1947-1948, p. 211 y MAZEAUD («Lecciones de Derecho civil», t. II, 1, p. 211, núm. 192).

encomiado «como el que mejor responde a los principios que deben regir esta materia» (85).

Cabe agregar, sin embargo, que el Código civil alemán —respecto de las declaraciones recepticias (art. 123)—, el Código civil italiano de 1942 (art. 1.439) y el Código civil suizo (art. 28, núm. 2), consideran irrelevante el dolo del tercero, salvo que al co-contratante le fuera conocido (o debiera haber conocido) en engaño doloso (86). Es decir que la norma de las legislaciones modernas tiene en cuenta el dolo del tercero solamente en los casos en que promedia complicidad del contratante beneficiario del engaño (no otra cosa significa exigir su conocimiento), lo que apareja una hipótesis de dolo por omisión, ya que no una coautoría activa junto al tercero.

La solución del Código argentino, donde no hay inconveniente alguno en desprender igual regla a tenor de lo legislado en materia de dolo por omisión, acierta al no distinguir entre los efectos de la violencia y el dolo del tercero: ambos son vicios que coartan la voluntad que, en nuestro tiempo, como con lucidez se ha afirmado (87), «a menudo es más fácil resistir a la violencia manifestada que defenderse de un error causado por maniobras insidiosas».

Veamos ahora las distintas hipótesis que pueden presentarse. Por que puede ocurrir, en efecto, que el destinatario de la declaración de voluntad de la víctima (del dolo del tercero) haya conocido la existencia del dolo. En tal caso esa parte deberá ser considerada como cómplice de la maniobra del autor del engaño, respondiendo solidariamente —en tal caso— con el tercero por las consecuencias dañosas irrogadas a la víctima (88).

También puede suceder que el co-contratante (receptor de la declaración de la víctima) no haya tenido ninguna participación en el engaño doloso. En esa hipótesis, el tercero será el único responsable de todas las pérdidas e intereses», en los términos del art. 935 y sus correlativos: arts. 942 y 943 del Código civil.

Aún es posible considerar un tercer caso. Aquel en que concurrirían el dolo del tercero y la negligencia culpable del destinatario de la declaración de voluntad, que no alcanza a ser co-autor ni cómplice del autor del engaño, pero cuya imprudencia posibilita el dolo del tercero sobre la víctima, al darle la ocasión propicia para que la maniobra se

(85) Conf. LLAMBIAS (op. cit., núm. 1773); BORDA (op. cit., núm. 1157); SPOTA (op. cit., núm. 1934) y DE GASPERI-MORELLO (op. cit., p. 451, n. 35).

(86) Esta solución se repite en el Código civil portugués de 1966 (artículo 254, 2.º).

(87) Conf. COLIN, CAPITANT y DE LA MORANDIERE, «Cours», 8.ª edición, t. II, p. 42 y 43, núm. 45.

(88) Es el caso jurisprudencialmente sentenciado en Francia ante la conclusión de un hombre y una mujer que simularon ser esposos para obtener la conclusión de un contrato de locación, engañando al locador (cit. por REIG, «Le rôle de la volonté dans l'acte juridique», París, 1961, p. 149, n. 14).

produzca. En tal evento funcionaría, también, la responsabilidad solidaria del co-contratante culpable (89).

Finalmente, si el dolo cometido por el tercero fue ignorado por ambos contratantes —con lo que concluye así la densa casuística de hipótesis posibles—, la responsabilidad recaerá, exclusivamente, sobre el autor del engaño (90).

VIII. EL DOLO DEL REPRESENTANTE

Párrafo aparte merece la consideración de los casos en que el dolo provenga del representante de uno de los contratantes.

Por de pronto, cabe asentar como principio en esta materia que el dolo del representante no configura una hipótesis de «dolo del tercero». ni es tampoco dolo del representado, porque se entiende que no hay mandato para delinquir, por todo lo que debe considerarse un caso autónomo susceptible de reglas especiales.

Al respecto conviene distinguir la hipótesis de que promediase dolo del representante e ignorancia del representado, quien —suponemos en este caso— no intervino en el engaño ni observó una conducta negligente. En tal evento el acto es válido, no se anula, y el representado sólo queda obligado a responder de los daños y perjuicios en la medida en que se hubiera enriquecido. Es la solución que inscribió Freitas en el Esboço al disponer que «... el dolo cometido por cualquier representante voluntario o necesario de una de las partes se reputará cometido por sus representados, *solamente para el efecto de la responsabilidad civil de éstos hasta la suma que alcance el provecho que hayan tenido*, pero sólo será procedente la acción criminal por este delito contra los propios representantes, autores del dolo».

Mas, para que la solución del caso no riña con el principio de justicia, cabe reconocer al representado la acción en reparación de daños y perjuicios, emergentes del dolo del representante y en contra de éste, por haber obrado fuera de los límites del mandato, el que nunca puede haberle facultado para operar el engaño doloso (91).

Puede ocurrir, sin embargo, que el mandatario haya obrado ilícitamente en virtud de instrucciones recibidas de su instituyente. A este respecto cabe resolver que el autor del dolo no será sino el representado, que es parte del acto jurídico como persona en cabeza de quien han de producirse sus efectos, por lo que a él habrá que reclamar la anulación del acto y la restitución de lo percibido, más los daños y perjuicios (92).

Es pertinente indagar si tales principios, válidamente invocables

(89) Conf. SPOTA (op. cit., p. 617). En igual sentido: COSSÍO Y CORRAL (op. cit., pág. 338).

(90) Conf. DE GASPERI-MORELLO (op. cit., pág. 452).

(91) Conf. COSSÍO Y CORRAL (op. cit., p. 340).

(92) Es la solución preconizada por la doctrina francesa: BAUDRY-LACANTINERIE (t. XII, p. 154); AUDRY ET RAÜ (t. IV, p. 303); LAURENT (t. XV, p. 607); etc.

para casos de representación voluntaria, son también aplicables a las hipótesis de representación necesaria o legal. Al respecto conviene tener en cuenta que, en este linaje de intermediación, la persona representada no ha tenido parte en la elección del representante, por lo que —se concluye— no debe responsabilizárseles del dolo de éstos, quienes serán sometidos a la regla del «dolo del tercero», cargando con la subsecuente responsabilidad por daños y perjuicios (93).

En todo caso deberá recordarse que, en materia de contratos, el Código civil argentino contiene previsiones expresas acerca de la hipótesis de dolo del incapaz: los arts. 1.165 y 1.166, el segundo de los cuales dispone que: «Si el incapaz hubiese procedido con dolo para inducir a la otra parte a contratar, ni él, ni sus representantes o sucesores tendrán derecho para anular el contrato, a no ser que el incapaz fuere menor, o el dolo consistiere en la ocultación de la incapacidad» (94).

En cuanto al caso del dolo cometido por el representante de una persona jurídica, conviene hacer remisión al texto expreso de los artículos 36 y 43 del Código civil. El primero de ellos fija la irresponsabilidad del ente colectivo en lo que excede de los límites del mandato y, como «per procuratorem son delinquentur», sólo queda responsable el agente. Mas, respecto del tercero co-contratante con el representante que incurrió en dolo, debe atenderse también el régimen del art. 43 aplicable a toda hipótesis de acto ilícito ejecutado por los órganos de las personas jurídicas, y que hace responder al ente representado si el daño causado por los administradores —y todo ello desde la reforma de la Ley 17.711— lo fue «en el ejercicio o con ocasión de las funciones», de acuerdo a la fórmula de *incumbencia* que reemplazó en la ley la reiterada doctrina correctora impuesta desde antiguo en la jurisprudencia (95).

IX. EFECTOS DEL DOLO

La doble condición de vicio de la voluntad —que luce prevalentemente en la responsabilidad contractual «in contrahendo»— y de hecho ilícito, contrario a la ley y los derechos de la víctima —que se avizora desde la buena fe violada—, pone en la pista de que los efectos del dolo han de ser por lo menos dos: la anulación del acto jurídico que ha hecho eje en la voluntad viciada del autor de la declaración, por una parte; y la indemnización resarcitoria que genera toda infracción al orden jurídico que aparece resultados dañosos para la víctima. Examinaremos, de seguidito, los casos que pueden presentarse:

1. Si la maniobra dolosa reúne los requisitos exigidos por el artículo 932 del Código civil da lugar a los efectos relacionados supra.

(93) Conf. DE GASPERI-MORELLO (op. cit., p. 455).

(94) Sobre el particular, v. MOSSET ITURRASPE, Jorge («Teoría General del Contrato», ed. Orbir, 1970, pág. 209 y s.) y FERNANDO J. LÓPEZ DE ZAVALLA («Teoría de los Contratos», ed. de Zavalla, 1971, p. 133 y ss.).

(95) V. sobre el particular, SPOTA (op. cit., p. 618).

De un lado, el perjudicado podrá deducir la acción de nulidad (Rectius: anulabilidad), en los términos del art. 954 de la Ley común (96). Redunda recordar que estamos en presencia de un acto jurídico anulable (aunque el art. 1.045 no menciona al dolo), de nulidad relativa (artículo 1.048), en razón de tratarse de un vicio no manifiesto y sujeto a prueba, al tiempo que no compromete sino el interés particular del perjudicado. Apenas cabe insistir, asimismo, que en caso de que la parte beneficiada por su propio dolo o el del tercero pretenda exigir el cumplimiento de los efectos del acto, la víctima podrá valerse de la excepción de nulidad que estatuye el art. 1.058 bis del Código civil (97).

De otro costado, y en esa misma hipótesis, la víctima del engaño está autorizada a demandar la indemnización de daños y perjuicios que, en el caso de que el acto se hubiese ejecutado, consistirá en el «interés negativo» de la parte perjudicada, para usar la expresión de Ihering; es decir que el autor del dolo vendrá obligado a responder por las erogaciones efectuadas por la víctima con motivo del acto anulado (98). La indemnización deberá ser plena e integral, a tenor del régimen vigente para los casos de responsabilidad extracontractual —recuérdese que el dolo es un acto ilícito, también—, la que tendrá extensión que corresponde a la indemnización causada por delito (arts. 1.083, 905, 906 y concordantes del Código civil).

2. La parte perjudicada es dueña de declinar a acción de anulación —ya se vió que la nulidad por dolo es relativa— y poner en juego, solamente, la indemnización resarcitoria, nacida de la fractura del orden jurídico por el hecho ilícito del autor del dolo, que es acción autónoma y concurrente con la de anulación (99). Aquí conviene tener en cuenta que la ley civil no concede esta acción, expresamente, al tratar del dolo sino para el caso de «dolo incidental», pero hay dos órdenes de razones para considerar que el sistema creado para esa especie de dolo no puede ser negado cuando ocurre el «dolo principal», frente al cual la víctima declina la demanda de anulación. Una de ellas reside en la circunstancia de que la recta interpretación del íntegro plexo legal exige, lógicamente, aplicar al caso del dolo-delito civil las mismas normas que rigen el caso de la responsabilidad extracontractual en general. La otra es la que se desprende de una interpretación racional de la solución arbitrada por la ley: si ésta autoriza la reparación de daños en los casos de «dolo incidental» (art. 934 Código civil), con mayor motivo debe con-

(96) En «El vicio de lesión en la reforma del Código civil» hemos explicado la inconsecuencia legislativa que significaba hablar de actos nulos, en el art. 954, cuando todas sus hipótesis son de actos anulables (v. CARRANZA JORGE A., op. cit. ed. Abeledo-Perrot, 1969, pág. 41).

(97) Sobre el particular, v. JORGE A. CARRANZA, «La nulidad como excepción», en J. A., Sección Doctrina, 1971, p. 609.

(98) Conf. LLAMBIAS (op. cit., p. 510). En el mismo sentido y considerando el caso como una hipótesis de «culpa in contrahendo», se expresa LABBE (Nota en «Recueil Sirey», 1882, 2, p. 249), cit. por COSSIO Y CORRAL (op. cit., p. 271).

(99) Conf. COSSIO Y CORRAL (op. cit., pp. 302 y 366 y ss.).

cederse ese recurso a la víctima en casos de dolo «*causa dans*» (principal o determinante, en los términos del art. 934, inc. 2.º, del Código civil) (100).

3. Si el engaño operado no se nutre de los requisitos exigidos por el art. 932 del Código civil, va sin decirlo que no dará lugar a la acción de nulidad, pero la víctima de la acción u omisión dolosa podrá reclamar la indemnización de daños, a condición de que —a su turno— no haya (él también) incurrido en dolo, hipótesis que se excluye en virtud de la aplicación de la regla «*nemo auditur...*».

4. Si el dolo es *incidental* no corresponde la anulación del acto, porque no ha sido *determinante* de la declaración de voluntad, es decir, porque no ha operado sus efectos el vicio del consentimiento, induciendo a error a la víctima (arts. 934 y 932, inc. 2.º). No obstante lo cual cabe la indemnización de perjuicios en razón de haberse obrado un acto ilícito (art. 934) (101).

5. Finalmente, si las maniobras engañosas provienen de *tercero* los efectos serán ambos a dos: la anulación del acto (art. 935) y la indemnización de perjuicios (art. 935, 941, 942 y 943 del Código civil) (102).

X. ASPECTOS PROCESALES VINCULADOS AL DOLO

Por su elevado interés práctico se recomienda un sumario análisis de los diversos aspectos procedimentales atañedores al dolo civil. Los examinaremos refiriéndonos a la carga de la prueba; contra quién debe establecerse la demanda; la excepción de nulidad fundada en dolo; etc.

1. Es claro que no cabe hesitar acerca de que, como principio rector en la materia, luce el de que la prueba del dolo corresponde a la parte que lo invoca. Ello es así porque, según se vio, el acto jurídico en que promedió dolo es *anulable*, es decir de aquellos cuyo vicio o anomalía debe ser objeto de demostración. El «*onus probandi*», obviamente, recae sobre quien pretende anular el acto claudicante, porque el dolo no se presume (103).

(100) Conf. MARCADE («*Exposition du C. Civil*», IV, art. 1.116); LLAMBIAS (op. cit., p. 510); COSSÍO Y CORRAL (op. cit., p. 363); etc. BORDA (op. cit., p. 314) agrega otra razón: si los arts. 935 y 942 obligan a indemnizar el dolo del tercero, con más razón cabrá exigirlo de la parte.

(101) Igual solución en el Derecho español (art. 1.270, párr. 2.º).

(102) Contra, sosteniendo que el dolo del tercero no vicia el consentimiento por no provenir del co-contratante, LUIS DÍEZ-PICAZO (op. cit., p. 119), quien llega a esa conclusión por un excesivo apego a la literalidad de la ley española que define al dolo como las maniobras engañosas «*de uno de los contratantes*», y el tercero no lo es. La objeción no es válida para el derecho argentino ya que el art. 931 no incluye esa expresión limitativa.

(103) Conf. BORDA (op. cit., p. 316, núm. 1160) y COSSÍO (op. cit., p. 352); en igual sentido: sentencia del Trib. Supr. de España, del 26 de diciembre de 1944; fallo de la S. Corte de Bs. As., en J. A., t. 7-1970, Secc. Prov., p. 644 y Cám. 3.ª en lo Penal de La Plata, en J. A., «*Reseñas*», 1970, p. 344, núm. 22.

2. El actor, impugnante de la validez del negocio por dolo, puede valerse de toda clase de pruebas, incluso la de presunciones (104). La conclusión se recomienda por sí sola en razón de que quien acude al dolo para decidir a su co-contratante cuidará de no dejar huellas de sus añagazas. Por ello no nos parece atinada la enseñanza de Cossio y Corral (105), para quien, como el dolo se traduce en una conducta exterior que se vehiculiza en hechos materiales, «es susceptible de prueba directa». Creemos que el aparato procesal no debe limitar la actividad probatoria, en un tema en el que está en juego la actitud aviesa de uno de los contratantes, por lo que nos decidimos por la tesis amplia acogida por nuestra jurisprudencia.

Desde luego, si la acción ensayada es la de indemnización resarcitoria, será también a cargo del actor la prueba de los daños padecidos. Y, en caso de duda sobre la existencia del dolo, debe estarse por la negativa (106).

3. Ya quedó visto, supra, además, que la víctima no sólo tiene a su alcance la acción de nulidad fundada en el dolo, sino que, en el caso de que el autor de las maniobras engañosas fuese quien tomase la iniciativa, puede obrar con la *excepción* de nulidad para oponerse a la pretensión del contratante doloso que procura culminar su «*iter criminis*» (art. 1.058 bis del Código civil).

4. El demandado por dolo, a su turno, puede argüir que promedia una causa obstativa de la acción de nulidad. Tal ocurre si el engaño no reuniese los requisitos del art. 932.

Al efecto, el reclamado puede aducir, por ejemplo, que el dolo no fue *determinante* del contrato y proceder a acreditar, v. gr., que el contratante que se supone víctima, a pesar de las maquinaciones, tenía conocimiento de la realidad de los hechos, e igual hubiese actuado sin aquéllas.

Asimismo puede ocurrir, en este cauce, que el demandado por nulidad aduzca que el actor también incurrió en dolo («*dolo reciproco*»). En cuya hipótesis, y por aplicación del principio procesal según el cual «*reus in exceptione fit actor*», estará a cargo del excepcionante la demostración del dolo del demandante (107).

5. La demanda de nulidad debe dirigirse en contra del autor del dolo, sea el co-contratante o un tercero. Es que se trata de obtener la declaración judicial de ineficacia del acto y, al mismo tiempo —acumulación objetiva de acciones— la de responsabilidad por daños y perjuicios, a que da lugar el hecho ilícito que el dolo comporta.

Para el caso de que el co-contratante, autor del dolo, hubiese a su vez enajenado a un tercero lo obtenido de la víctima del engaño, es

(104) Conf. Cám. Civ. Cap., Sala A, en «La Ley», 108, 669; «El Derecho», t. 5, p. 521; CSN, en fallo citado por PARRY, en J. A., 24, 390; SALVAT, P. Gral., 6.ª ed., núm. 2385; Cám. Civ. Cap., Sala D, en J. A., t. 4-1969-375; etcétera.

(105) Aut. cit. (op. cit., p. 354).

(106) Conf. Cám. Civ., 2.ª Capital, en «La Ley», 62, 441.

(107) Conf. LLAMBIAS (op. cit., p. 514, núm. 1.774).

recomendable que la demanda se enderece también en contra del tercero adquirente, como aconseja Salvat (108), a fin de que los efectos de la sentencia alcancen también a quien detenta actualmente la cosa. En esta hipótesis deberá tenerse en cuenta que el actor deberá acreditar la mala fe del tercero o que el negocio jurídico obrado lo fue a título gratuito, en los términos del art. 1.051 del Código civil (reformado por la ley 17.711), si el acto jurídico versó sobre inmuebles.

XI. PRESCRIPCION

En lo que atañe a la prescripción de las acciones emergentes del dolo —ya se vió que da lugar a una acción de anulación y a otra por indemnización de daños y perjuicios—, el régimen legal del Código civil argentino fija, para ambas, un plazo de *dos años* (109). Así resulta del juego armónico de los arts. 4.030 y 4.037, que se refieren a las acciones de nulidad por dolo y a la de responsabilidad extracontractual, respectivamente.

Solamente cabe agregar que el plazo de prescripción de la primera comienza a contarse *desde que la maniobra dolosa fuese conocida por la víctima*, en los términos expresos del art. 4.030 del Código civil. Ese momento para comenzar a computar el término de acción es uniformemente establecido por el D. Comparado.

XII. POLITICA LEGISLATIVA (110)

Una visión de conjunto de las soluciones provistas por el dolo en el actual Derecho Comparado (y no sólo en el llamado «derecho continental», sino también en el anglo-sajón), así propio como la doctrina sentada por los Tribunales (con todas las ventajas e inconvenientes que fluyen de ese «derecho vivo»), y la que emerge de la literatura jurídica,

(108) Aut. cit. (op. cit., núm. 2.663).

(109) Cabe acotar que en el Derecho español la prescripción de la acción de nulidad por dolo tiene un plazo de vigencia de 4 años (art. 1.301), en tanto que la de responsabilidad extracontractual prescribe a los dos años. En el Derecho francés la prescripción de la acción de nulidad por dolo se produce a los cinco años (art. 1.304, reformado en 1968). El BGB, a su vez, le fija un plazo de un año, a contar del momento en que se descubrió el vicio (§ 124), para accionar por la anulación del acto. En cambio, el plazo es mucho más extenso si se trata de la acción de indemnización de perjuicios (Conf. RIEG, op. cit., p. 167).

(110) Nos decidimos a introducir este capítulo acerca de la «política legislativa» en materia de dolo, a fin de aglutinar en él los lineamientos del Derecho Comparado y los que brinda la Sociología Jurídica junto con las posibles directrices de futuro en el tema, en seguimiento de la buena técnica inaugurada en Francia por el profesor JEAN CARBONIER («Derecho civil», ed. Bosch, Barcelona, 1960, traducción de Manuel María Zorrilla Ruiz), la que ha sido encomiada por la mejor doctrina (v. ANTONIO HERNÁNDEZ GIL en el prólogo a la referida obra, p. 5).

nos pone al pronto sobre la pista de una tendencia evolutiva suficientemente afianzada respecto del dolo.

Ella ha consistido, históricamente considerada —lo hemos visto antes—, en un ir desde la concepción romana del dolo-delito, que puede ser calificada de *objetiva*, en cuanto se consideraba al dolo como una actitud condenable contraria a la ley, hacia la estructura normativa que lo configura como un vicio de la voluntad, concepción que puede ser aprehendida como *subjetiva*, habida cuenta de que se atiende más a la víctima del engaño que a la entidad delictual de las maniobras. Este estadio queda patentizado en las enseñanzas de Domat, que inspiran a los autores del siglo XIX y se reflejan en los códigos tradicionales y aun en producciones científicas que llegan a nuestros días, como es la antes analizada tesis de Borda (111).

Pero al elaborarse el Código civil alemán, en 1900, se tornó a poner el acento en la concepción objetivista del dolo, receptándose lo como una conducta contraria a la buena fe, que es el fundamento —se dijo (112)— de «una teoría positiva del dolo». De esta guisa se prescinde de la exigencia de que la maquinación o maniobra engañosa provenga del co-contratante (que era propia del esquema subjetivista, v. gr., del Código civil francés) y se acepta el caso concreto de que el dolo provenga de un tercero.

Igual tendencia renovadora se advierte en el propio derecho francés, donde, por una parte, la jurisprudencia ha tratado de limitar todo lo posible la interpretación del art. 1.116, que exige, para configurar el dolo-vicio, que el engaño provenga del otro contratante (113); y, por otra parte, la «Comission de Réforme du Code civil», ha proyectado suprimir la regla del art. 1.116, recomendando la fórmula siguiente: «La voluntad es viciada cualquiera sea el autor del dolo...».

Otro dato corroborante de esa tendencia en la apreciación del dolo resulta de la apertura que las sentencias de los Tribunales hacen acerca del reconocimiento, cada vez más amplio, del silencio o reticencia dolosa, que devienen condenables cuando se endereza en contra de la buena fe y con mengua de la costumbre generalmente aceptada en el mundo de los negocios, parámetros claramente *objetivos*, que sirven ahora de pautas para calibrar la maniobra engañosa.

Es decir que, aun en el Derecho continental (y sea en el Derecho francés, en el español o en el alemán), puede hoy comprobarse que se consideran viciados por dolo negocios jurídicos en que no hubo error sino indebida influencia de quien declara, generalizándose al respecto la utilización del principio de buena fe, con lo que se pone en armonía —como se ha dicho con acierto (114)— la etapa de perfección del contrato con la de su ejecución y cumplimiento, en la última de las

(111) En la que, según se vio supra, el dolo es considerado sólo como una variante del error-vicio de la voluntad.

(112) Conf. BONASSIES (cit. por Rieg, p. 167, n. 93).

(113) Conf. RIEG (op. cit., p. 161 y jurisprudencia que cita).

(114) Conf. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO («El negocio jurídico», Madrid, 1967, p. 150).

cuales se exige, expresamente, la observancia de la buena fe (art. 1.198 Código civil argentino).

En el «common law», a su turno, se ha marchado también en una dirección similar, desde el caso «Pasley vs. Freeman», en que se condenó la ocultación maliciosa de un intermediario (Freeman) que conociendo la insolvencia del comprador (Falch), convenció al vendedor (Pasley) que el adquirente era digno de crédito, haciéndole enajenar a su favor la cosa, cuyo precio nunca pudo cobrar éste.

En esa ocasión se declaró que «si bien la transgresión de deberes morales y sociales no pueden servir de fundamento a una acción... *hay ciertos deberes sociales cuya transgresión es objeto de una acción civil*. Si no se ha causado ningún perjuicio con la mentira no será posible conceder una acción; *pero si aquélla causa un daño*, entonces constituye la fuente de una acción» (115). Es la teoría de la «misrepresentation», equiparada al dolo del derecho continental, la que se describe como toda falsa representación a otra persona, con la intención de hacer que ésta se obligue en un contrato, concluya una operación jurídica o modifique su situación de una manera perjudicial. En cuyo caso hay lugar a la rescisión del contrato. Acción a la que se suma la de indemnización de daños y perjuicios, si la falsa representación ha sido *fraudulenta*.

Con tales herramientas jurídicas se ha construido en el derecho anglosajón una doctrina de singular flexibilidad en materia de dolo, que permite englobar un número de casos mucho más amplio que el que cabe dentro de la estructura normativa del derecho continental, con lo que se consigue combatir mejor la malicia, que aguza el ingenio en sus maniobras engañosas a medida que se afinan los procedimientos de la mecánica contractual, como nota característica de una realidad social que —también en ese campo— se halla en evolución constante (116).

XIII. CONCLUSION

Dos posiciones antitéticas juegan frente al dolo, como vicio del acto jurídico. Una, haciendo eje en el dogma de la voluntad, le juzga como un vicio psicológico y, a nivel específicamente *subjetivo*, exige que la víctima haya sido diligente en la captación de la maniobra engañosa, ya que —en caso contrario— no le concede la acción de anulación o le frustra sus efectos aniquilantes. Otra, en cambio, haciendo

(115) Conf. COSSÍO Y CORRAL (op. cit., p. 354 y s.).

(116) A ello debe agregarse que el plexo jurisprudencial del «common law» incluye la posibilidad de anular el negocio jurídico obrado en base a *una inducción en error que no sea dolosa*, lo que ocurre en el caso de la llamada «innocent misrepresentation», que consiste en el aprovechamiento de las consecuencias de un error ajeno ocasionado por la conducta del co-contratante, que pretende beneficiarse con su actitud equívoca desencadenante del desajuste del «errans». Conf. GINO GORLA («El contrato», I, ed. Bosch, Barcelona, 1959, pág. 459), quien cita en su apoyo a POLLOCK («Contracts», p. 426 y s.).

arista en el principio de la buena fe y de la confianza, de angulación eminentemente *objetiva*, se limita a comprobar la añagaza dolosa para anular el acto, sin descender a los meandros psicológicos del engaño.

Nos parece que en este tema es menester abandonar el método exegético y también las influencias dogmáticas para hacer pie, más bien, en el aspecto *funcional y estructural* del negocio, procurando armonizar el reconocimiento de la voluntad con la protección de la confianza (117), de suerte de arribar a una solución menos formalista y logicista que la hasta hace algunos años vigente, la que sería reemplazada por un sistema ecléctico que se vertebraría sobre la teoría de la confianza, que obliga a responder de la declaración de voluntad siempre que ella no haya sido objeto de captación por el agente del dolo —dogma de la voluntad—, y a condición de que la víctima de la maniobra haya podido ser engañada en razón de la *gravedad* del dolo —nota objetiva de la doctrina de la confianza—.

Se llegaría así a una solución capaz de materializar la justicia substancial que apeetece buscar en este asunto, de una manera parecida y simétrica a la que se viene elaborando desde hace ya treinta años —fue acuñada por el Código italiano de 1942—, para el vicio de error, en punto a la exigencia de la *recognoscibilidad* —aspecto objetivo— al que se hace predominar antes que el principio de culpabilidad del «errans» —aspecto subjetivo— en una elaboración legislativa de la que se ha dicho que tiene un «significado casi revolucionario» (118).

Se exige, entonces, un cambio de actitud en el intérprete del acto, con vistas a captar la real función y estructura del negocio: No mirar exclusivamente a la víctima, como sujeto psicológicamente afectado, sino atender prevalentemente a la entidad del dolo, con prescindencia de la conducta de la víctima y, si él es *grave* —elemento objetivo paralelo a la *recognoscibilidad* del error— dar carácter nulificante al vicio.

Esta nueva posición del intérprete debe advertir, sobre todo, en la jurisprudencia argentina, donde se sigue encareciendo un recaudo que no es exigido expresamente por la ley: la diligencia de la víctima, a la que se pide un comportamiento «no culpable» que, al no darse en el hecho, parece tener la virtualidad de borrar el efecto maléfico del dolo (119). Se distorsiona así el sistema de la ley respecto del dolo, el hecho, parece tener la virtualidad de borrar el efecto maléfico del Código civil) y cuya suplantación tiene pedida la doctrina (120), por-

(117) Como hace renovadoramente VITTORINO PIETROBON, en su reciente «El error en la doctrina del negocio jurídico», ed. «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1971.

(118) Conf. PIETROBON, op. cit., p. 10.

(119) Así ocurre en los fallos que rolan en J. A., t. 4-1969, p. 375; J. A. t. 4, 1969, p. 129; J. A. 1961-I, p. 6 (núm. 40); «La Ley», t. 132, p. 113, etc., en todos los cuales se rechaza la pretensión anulatoria en razón —se dice— de que el sujeto pasivo no obró con la diligencia, la prudencia o los cuidados corrientes para superar el engaño.

(120) V. ORGAZ, en «La Ley», t. 71, p. 5; «Primeras Jornadas de Derecho

que se entiende que es suficiente que promedie el error esencial, con prescindencia de su excusabilidad o inexcusabilidad, que constituye un aspecto —la culpabilidad de la víctima— del todo ajeno al vicio de que se trata.

En conclusión: Así como en el error se ha encontrado un límite *objetivo* al principio dogmático de la voluntad, por vía de la reconocibilidad, así debe marcharse con igual tendencia en materia de dolo, haciendo eje en la condición —también objetiva— de la *gravedad* de la maniobra, lo que permitirá armonizar mejor los valores en juego y dar cima al principio de la buena fe, que debe presidir la celebración y ejecución de los negocios jurídicos.