

Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental

LUIS DíEZ-PICAZO

1. Me propongo, en las páginas que a continuación se insertan, esbozar alguna reflexión sobre la disposición contenida en el artículo 1.270 CC en torno a la figura del llamado «dolo incidental» y al deber de indemnización de daños y perjuicios que el precepto legal citado contiene. Para calibrar si la regla objeto de nuestro comentario representa algo normal o anormal dentro de nuestro ordenamiento jurídico quizás sea prudente comenzar nuestras reflexiones abordando el problema del ejercicio de las acciones derivadas del dolo *in contrahendo*.

Es ésta una cuestión que la STS de 18 de enero de 2007 asegura que se plantea allí por primera vez en nuestra jurisprudencia. El demandante era una sociedad llamada Infoleasing, Sociedad de Arrendamiento Financiero, S.A. que había sido declarada en suspensión de pagos el 17 de enero de 1992. En el expediente se incluyó como acreedor preferente con derecho de abstención a tal sociedad por un crédito del que era titular frente a otra sociedad llamada Juguetes Feber. La sociedad de leasing cedió este crédito por su importe nominal a Comercial Roiffer, que tenía contraída una deuda con Juguetes Feber, aportó el crédito mencionado y lo compensó con su deuda en marzo de 1993. Por otra parte, Comercial Roiffer por las mismas fechas vendió a Creatividad y Diseño, S.A. una nave industrial que tenía arrendada a Juguetes Feber. Como consecuencia de ello se produjo una descapitalización de las sociedades demandadas todas ellas enlazadas entre sí y gobernadas por los mismos administradores.

La sociedad de *leasing* presentó demanda contra las tres sociedades mencionadas y contra los administradores, pidiendo que se declarara que la cesión del crédito había sido realizada en fraude de sus derechos y con dolo. De ello eran responsables las personas

jurídicas y físicas demandadas y se pedía la condena de todos los demandados a abonarle, solidariamente, la mencionada cantidad. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid consideró que, en efecto, existía un entramado urdido por los demandados para perjudicar el crédito del demandante, pero que no se había declarado nulidad alguna, por lo que revocó la sentencia del juzgado y desestimó la demanda. El recurso de casación lo propuso la sociedad de *leasing* y el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo.

En lo que nos importa dice así la sentencia:

Se plantea aquí, por primera vez en la jurisprudencia, una cuestión que se había presentado en la doctrina hace poco más de medio siglo, que es el ejercicio de acciones derivadas del dolo. Sobre si cabe, primero, la acción de anulación de contrato y reclamación de indemnización de daños y perjuicios (acumulación de las acciones), segundo, la acción de anulación, sin reclamación de indemnización (una sola acción) y, tercero, la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, sin ejercitar la acción de anulación (una sola acción, es el caso presente). La respuesta debe ser afirmativa, tanto porque no hay norma que excluya cualquiera de las tres posibilidades, como porque sí hay una norma aplicable a un caso similar de ineficacia, que es la resolución que contempla el artículo 1.124 del Código Civil, que admite como perfectamente compatibles y, al tiempo, independientes, la acción de resolución y la de resarcimiento, que pueden ser ejercitadas conjunta o independientemente, sin que la posibilidad de ineficacia excluya la indemnización, ni viceversa, ni la acumulación. En el presente caso, no se ha pedido la nulidad de negocio jurídico alguno, sino se ha ejercitado la acción de indemnización de daños y perjuicios por una actuación dolosa de los demandados y tales perjuicios son la falta de posibilidad de cobro de aquel crédito que fue cedido con sus intereses.

No es fácil saber si es verdad o no que lo anotado es la primera sentencia del Tribunal Supremo en que el tribunal afronta el problema de las acciones derivadas del dolo civil. La misma sentencia alude, sin embargo, a tratamientos doctrinales de esta materia, que en general, son bastante antiguos y se refiere, sin duda, al primero de ellos que se encuentra en el libro de Alfonso de Cossío *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, pp. 125 y 365. En el último de los lugares citados se planteaba Cossío la cuestión relativa que el código que admite el derecho de resarcimiento en el dolo incidental lo considera también procedente en los casos de anulación fundada en el dolo o, lo que es lo mismo, si una y otra acción, es decir, la de anulación y la de resarcimiento son o no compatibles. En principio, decía Cossío, siendo las maniobras y artificios dolo-

so un delito civil, la comisión del mismo ha de ser fuente de daños y perjuicios, y ello lo mismo si lo reputamos como una variante del dolo contractual, que si lo situamos en el campo extracontractual. No hay –añadía– ningún precepto del código que excluya esta acción y estamos obligados a admitirla como procedente. La glosa de la cuestión puede, sin embargo, complicarse porque si el interesado que puede ejercitar la acción de nulidad del contrato, no lo hace, puede entenderse que no considera el contrato como algo perjudicial para sus intereses, lo que excluiría toda posibilidad de indemnización. Y, a la inversa, si la nulidad se declara, puede entenderse que con esta declaración han quedado salvados los perjuicios que el impugnante podría sufrir. Este planteamiento llevaba a Cossío a hacerse como preguntas decisivas las siguientes: si la acción de resarcimiento y la de anulación son acciones independientes, de manera que cualquiera de ellas puede ejercitarse a elección del perjudicado o si son por el contrario acciones dependientes una de otra y subordinada la de resarcimiento a la de anulación de modo que sólo ejercitada ésta puede cumulativamente ejercitarse la segunda; o si, finalmente, están vinculadas en forma alternativa.

Señalaba Cossío que si no se reconociese la posibilidad de exigir el resarcimiento con independencia de la anulación, carecerían de sentido todas las complejas cuestiones suscitadas por la existencia del dolo en los contratos, ya que sería suficiente la aplicación de la doctrina del error. Tampoco es válido –decía– el argumento de que anulado el contrato, quedan superados los posibles perjuicios, porque esto que podrá ocurrir en muchas ocasiones, no ocurre en todas. Además, aunque si así fuera y no procediera la indemnización, ello sería por falta de uno de los presupuestos indemnizatorios, que es el daño.

Para Cossío hay que distinguir entre los daños producidos por el contrato celebrado por dolo y los daños causados por la anulación o ineficacia del mismo. Si se solicitan los primeros, los daños causados por el contrato, no se puede luego pretender la impugnación, aunque a la inversa si se solicitan los primeros, cabe luego la impugnación. Por ello entendía que el contenido de la responsabilidad era distinto en un caso y en el otro. En el primer caso se extiende al llamado interés contractual positivo mientras que en el segundo únicamente abarca el interés contractual negativo. En este sentido, añadía el autor citado que la persona que reclama el interés contractual positivo en un contrato viciado por dolo no puede pretender una indemnización que equivalga a todas las ganancias que le prometían las maniobras dolosas, porque si opta por la anulación

puede pedir (interés negativo) los daños y perjuicios que le cause por la ineficacia del contrato.

La línea abierta por Alfonso Cossío fue algún tiempo después seguida por L. Rojo Ajuria (*El dolo en los contratos*, Madrid, 1994, p. 118). L. Rojo distinguía entre lo que llamaba la «norma de validez» y la «norma de responsabilidad». La ilicitud de la conducta del dolo vicio, dice nuestro autor, supone que las consecuencias jurídicas del acto no tienen por qué agotarse en los efectos legales de lo que se consideran como vicios del consentimiento. En cuanto acto ilícito, el dolo genera responsabilidad y por tanto el deber de reparar el daño causado. Esta distinción entre «norma de validez» y «norma de responsabilidad» se encuentra generalizada en el Derecho comparado y no puede seriamente discutirse. Se trata de dos normas que, aunque compatibles, en su aplicación tienen finalidades distintas. Obviamente, el daño no es el mismo en el caso de anulación que en el caso de mantenimiento del contrato. No se puede negar que existan ciertas afinidades o similitudes más bien aparentes. Pero, a juicio de L. Rojo lo que no se puede decir es que la nulidad o anulación, al prometer la restitución de las prestaciones o imponerla, sea una medida de resarcimiento encajable en sentido amplio en la norma de responsabilidad.

No queda claro en el pensamiento del autor al que nos estamos refiriendo si la llamada norma de responsabilidad encaja o no en los supuestos de la llamada responsabilidad extracontractual, lo que podría presentar justificación en aquellos casos en que el contrato resultara anulado por la aplicación de la regla de validez.

2. En los últimos años han aparecido algunas sentencias en las cuales se aplica –o se utiliza– el tópico que emplea el artículo 1.270.2.º del Código Civil que habla de «dolo incidental» como algo distinto de «dolo grave» llamado también a veces «dolo causante» o «dolo determinante». Convendrá, como hemos hecho en otras ocasiones, comenzar examinando tales sentencias para saber en qué punto puede plantearse un problema de interpretación.

A) La primera de las sentencias es la de 30 de junio de 2000. En ella el litigio había surgido entre una entidad llamada Samsonite y la Dirección General del Patrimonio del Estado. Esta última entidad había transmitido a la primera de ellas la totalidad de las acciones de una tercera entidad denominada Industrias Tauro que había sido expropiada en la llamada expropiación de Rumasa. Industrias Tauro tenía unos locales en una determinada zona de Madrid, pero, al parecer, cuando se produjo la transmisión de las acciones faltaba la licencia municipal de apertura de los locales. La demanda la promovió Samsonite pidiendo que se condenara al

Estado español a resarcirle, en los términos consignados en el contrato celebrado entre ambos los gastos, daños o pérdidas sufridos como consecuencia de la inexactitud e incumplimiento de los términos, manifestaciones y garantías establecidas en el citado contrato, de las cuales había una parte correspondiente a principal, otra a gastos directos por honorarios y costos por obras de acondicionamiento y adaptación de las instalaciones a la ordenación urbanística que habían sido satisfechas por la actora, y una última que correspondía a la pérdida de valor del suelo destinado a fines no productivos.

Aunque el abogado del Estado se opuso a la demanda, el Juzgado de Primera Instancia de Madrid dictó sentencia estimando aquella parcialmente y condenando al Estado demandado a pagar a la actora el importe de los derechos municipales de otorgamiento de la licencia de apertura de la industria de marroquinería denominada Industrias Tauro, así como los gastos de acondicionamiento del edificio sobre las bases expresadas en uno de los fundamentos de la resolución y con referencia a la legalidad vigente al respecto en 1965 ó 1966. Posteriormente la Audiencia Provincial de Madrid estimó en parte el recurso de apelación de Samsonite y desestimó el recurso de apelación del Abogado del Estado. Así condenó al Estado a abonar a la actora el valor de las obras necesarias para obtener la licencia de apertura de las Industrias Tauro, incluidos los honorarios de los profesionales y el valor de las tasas municipales y administrativas correspondientes para obtener dicha licencia de apertura, referido todo ello a la fecha de 12 de abril de 1989 y sobre las bases determinadas en el fundamento de derecho tercero de esta resolución. Interpuso recurso de casación el Estado demandado y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

La sentencia del Tribunal Supremo aclara que las Industrias Tauro carecían de la licencia de apertura que el contrato había establecido como existente, pues la que en su día se había solicitado no se obtuvo y el expediente municipal tuvo que ser archivado. Ello justifica el juicio de la sentencia, en el sentido de que lo que denominó «incumplimiento» y «sus efectos económicos» determina el deber de abonar las reparaciones patrimoniales para las obras de adaptación exigidas para obtener la licencia. Y esto –se añade– es una acción «*ex contractu*» ya que –continúa diciendo la sentencia– al no contarse con la licencia discutida las sanciones activas podrían llegar a privar a la compradora de la posibilidad de ejercer y desarrollar la industria que adquirió en el inmueble afectado. Respecto

de los motivos del recurso en concreto el Tribunal Supremo dijo lo siguiente:

a) Que no era aplicable el saneamiento por vicios ocultos del artículo 1.484 CC porque este artículo se proyecta sobre la cosa enajenada y garantiza que no adolece de defectos o imperfecciones desconocidas por el comprador, mientras que en el caso concreto se trataba de una licencia administrativa.

b) Que en el caso concreto había sido además objeto de una especial estipulación lo que hacía aplicables los artículos 1.101 y 1.124 CC.

c) Tampoco se constata que existiera infracción de los artículos 7, 1.259 y 1.269 CC lo que se dedicaba a combatir la declaración de la Sala sentenciadora de que se había dado ausencia de buena fe por parte del Estado en la contratación de referencia. Para la sentencia recurrida el Estado, que ya era propietario por la vía expropiatoria de las Industrias Tauro, debía tener conocimiento de la situación urbanística o al menos contaba con todos los medios aptos para tener cabal y perfecta noticia de ello.

Para la sentencia, además, la conducta censurable del Estado no se agotaba en haber obrado sin la necesaria buena fe. La misma sentencia recordada había constatado que concurría dolo, lo que estaba apoyado en el *factum* demostrado para decretar que la transgresión se produjo voluntariamente y con plena conciencia de la antijuridicidad del acto al ocultar deliberadamente la denegación de la referida licencia y ofrecer a la parte compradora unas garantías y unas seguridades que al ser maliciosamente inexistentes resultaron sustraídas y –dice la sentencia– «autorizan» a contemplar el *dolo incidental* que obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados conforme al artículo 1.270 CC.

d) Por último la sentencia contempla el daño indemnizable y su extinción, señalando, en primer lugar, que, de acuerdo con el artículo 1.270 CC, se trata de un resarcimiento pleno de los daños y perjuicios que resulten conocidos y provengan de la falta de cumplimiento. Concuera así el 1.270 con el artículo 1.107 y obliga a indemnizar el costo de las obras precisas para conseguir la licencia, lo que obliga sólo a excluir a aquellas obras que, aunque conste su realización, no responden a dicho objetivo.

No resulta fácil formar una opinión sólida en torno a la corrección con que se utilizan los conceptos jurídicos en esta sentencia. A primera vista se puede entender que la ocultación de falta de una licencia de apertura del local determinante de una defectuosa información, puede por esta razón ser constitutivo de dolo, que no fue determinante y que, por ello, sólo fue incidental. Sin embargo, no

está bien explicada la razón por la cual la obtención de la licencia constituye una obligación contractual y, por consiguiente, la *ratio decidendi* parece haber sido la inobservancia de una obligación específicamente pactada o deducida según buena fe, pues tampoco resulta clara la razón por la cual el comprador de las acciones de Industrias Tauro adquirió, junto con las acciones que compraba, el derecho a la utilización de los locales y de los demás objetos que forman parte del patrimonio de la sociedad a menos que existiera alguna específica cláusula contractual al respecto. Finalmente, tampoco se sabe la razón por la cual la indemnización de que habla el artículo 1.270 es una indemnización integral, ni, respecto de ella, cuáles son los parámetros para la fijación del daño indemnizable.

B) La segunda de las sentencias que proporciona la base de datos que mantiene el Consejo General del Poder Judicial es una Sentencia (núm. 176/2006) de 14 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real. El pleito se había trabado entre una sociedad llamada Blue Millenium, S.L. frente a dos personas llamadas Armando e Inmaculada. Blue Millenium, S.L. era titular de períodos turísticos integrados por siete noches en el sistema flotante llamado «Club Estela Dorada» y se había reservado el dominio y posesión del derecho de uso del turno turístico hasta el total del pago convenido. Blue Millenium, S.L. cedió a los demandados el derecho de uso sobre un turno turístico en el sistema flotante en cualquiera de los complejos integrantes del «Club Estela Dorada» con la posibilidad de cambiarlo por otro dentro de una bolsa de intercambios. La sentencia de primera instancia había declarado nulo el contrato celebrado entre las partes. Parece que la nulidad se había acordado por error y frente a esa afirmación se alzó el recurso de apelación de la representación de Blue Millenium, S.L.

Como punto de partida la sentencia señala que no parecía existir inconveniente en entender que no se había transmitido ni adquirido un derecho real, sino un derecho personal de uso y disfrute dado que tampoco se había fijado un denominado turno de disfrute.

Por otra parte, la sentencia reitera que el error invalidante ha de ser esencial e invencible, criterio este último que no concurría en el caso debatido por cuanto podía haber sido desvirtuado por el uso de la diligencia normal. Sigue diciendo la sentencia que el dolo había de ser grave y no quedar presumido y que el hecho de haber utilizado premios y obsequios como métodos vinculados a la oferta o promoción no era contrario a la ley.

A todo ello se añadía que los actores en el pleito no habían hecho uso del derecho de desistimiento que la ley les reconocía.

Finalmente parece que la sentencia se decantó por la falta de una completa información que era garantía del cedente o transmitente y en este sentido se señala que el problema no era tanto de configuración jurídica como de garantizar el efectivo disfrute del derecho, debiéndose destacar en este sentido que la inconcreción del objeto era incompatible con el debido disfrute del derecho.

C) La siguiente sentencia a la que hay que aludir es la sentencia número 147/2007, de 29 de marzo, de la Audiencia Provincial de La Coruña. La demandante, María Rosario, trabajaba como relaciones públicas de una empresa de Vigo llamada Vediga, S.A. y mantenía relaciones comerciales con la entidad Banco Pastor, S.A. Estas relaciones se acabaron convirtiendo en una estrecha relación con el director y el subdirector de dicho Banco, quienes sabiendo que la mayor ilusión de María Rosario era montar una tienda de ropa y trabajar con las grandes marcas del mundo de la moda, la convencieron para que hiciese realidad su sueño, a pesar de que les repitió hasta la saciedad que no tenía dinero para ello. Parece que fueron directamente el director y el subdirector quienes trataron de iniciar el negocio que después fue de la actora. Según la sentencia, el Banco le dio a la señora demandante cheques con los que hacer determinados pagos, pagando la entidad demandada el derecho de traspaso del local de negocio con que dar comienzo a la actividad empresarial. Todo ello permitió también que la actora hiciera algunos viajes al extranjero para determinar los productos con los que quería trabajar.

Algunos meses después la entidad bancaria llamó a la actora y la asustó diciéndole que las cosas no estaban saliendo como ellos pensaban por lo que la convencieron para que firmara una escritura de préstamo con garantía hipotecaria. La garantía se constituyó sobre determinados bienes de María Rosario y otros que eran de Magdalena con la que la primera de ellas se había asociado. La actora firmó la escritura fundada en la gran confianza y profesionalidad del Banco sin haberla leído y sin que nadie se la hubiera leído.

Pasado algún tiempo el Banco procedió al ejercicio de las acciones hipotecarias y, finalmente, a la adjudicación de los bienes hipotecados. La demandada pedía una indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la utilización de un dolo incidental *in contrahendo*.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de La Coruña entendió que el comportamiento del Banco Pastor en el *iter* negocial se enmarcaba dentro de lo que la doctrina ha conocido como «dolo incidental» que se traduce en una conducta presidida por la

mala fe con el empleo de pequeños artificios o juegos de palabras para llevar al otro interviniente a otorgar un crédito en condiciones muy diferentes de las realmente queridas. En este caso, el Banco amparándose en el deseo de la actora de montar una tienda de ropa le ofreció el capital necesario y seguramente con el aval del propio negocio en marcha, aunque después obtuviera una garantía hipotecaria suficiente que le asegurase el cobro de las cantidades adelantadas y le permitiera obtener un beneficio. Para ello –decía la sentencia del Juzgado– confeccionó una minuta de escritura de préstamo hipotecario que le permitió alcanzar sus «oscuros propósitos» sin facilitar copia alguna del documento, por lo que no existió igualdad en las posiciones de las partes y por el contrario una de ellas impuso sus propias condiciones. A la sentencia le parecía evidente que los responsables del Banco no tenían otro interés que el de comprometer el patrimonio de la actora y el de su socia. Se produjo así un engaño intencionado por lo que se le había hecho creer a la actora que el Banco apoyaba su iniciativa de manera desinteresada y gratuita.

La sentencia reconoció igualmente que los daños eran los derivados de los procedimientos judiciales, los derivados de unas diligencias penales, la pérdida del negocio, la pérdida de la vivienda familiar y la pérdida de un préstamo concedido por la Junta de Galicia, el embargo de la vivienda de su madre y un trastorno siquiátrico que la actora había experimentado. La sentencia, sin embargo, no estimó plenamente la demanda y hubo de ser objeto de un recurso de apelación promovido por la propia demandante.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sin embargo, desestimó el recurso y mantuvo en su integridad la sentencia recurrida. La Sentencia dice que no había ninguna prueba que acreditara la concurrencia del dolo incidental que llevara a la actora a suscribir los contratos de garantía hipotecaria. Tampoco existía ninguna prueba, ni siquiera indiciaria, dice la sentencia, que acreditara que el Banco hubiera facilitado el dinero a la actora para abonar el derecho de traspaso, los viajes para la compra de géneros y la remodelación del local y del mobiliario. Se dice asimismo que tampoco se encuentra acreditado que la actora apelante no hubiera tenido conocimiento del contenido de las escrituras de préstamo, afirmación –dice la sentencia– que está en contradicción con las obligaciones tanto del notario como del corredor de comercio.

3. La distinción entre un dolo grave o determinante o causante (*causam dans*) y un dolo puramente incidental goza de una muy extensa tradición y se encuentra ampliamente recogida en los códigos civiles. En el nuestro, el artículo 1.270 dice que «para que el

dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave» y que «el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios». Se trata de una norma que, como hemos dicho, se halla ampliamente difundida en los códigos de corte decimonónico. Aparece, finalmente, en el artículo 1.440 del Código Civil italiano de 1942. El artículo 1.439 decía que el dolo es causa de anulación del contrato cuando las maniobras insidiosas han sido tales que, sin ellas, la otra parte no habría contratado. Por eso, el artículo 1.440 añade que si las maniobras no han sido tales que determinen el consentimiento, el contrato es válido aunque sin ellas hubiese sido concluido en forma diversa a cómo lo fue, pero el contratante de mala fe responde de los daños. Luzzatto había señalado, comentando el texto contenido en el Digesto 4, 3, 1, 2 que es dolo todo comportamiento dirigido a inducir o a mantener a otros en error, de manera que se realice una manifestación de voluntad que, si se hubiera tenido un conocimiento del verdadero estado de cosas, no se hubiera realizado o se hubiera realizado en condiciones diversas. Sobre esta base los comentaristas habían distinguido una situación relativamente distinta entre un dolo determinante (*causam dans*) y un dolo incidental (*dolus incidens*), según que el negocio no hubiera sido concluido si no hubiera intervenido el dolo o que hubiese sido concluido igualmente pero en diferentes condiciones. De manera que, en el primero de los casos se concede a la parte lesionada la posibilidad de obtener mediante los remedios procesales oportunos la anulación del negocio y de las consecuencias de éste, mientras que en el segundo caso el dañado tiene sólo una acción dirigida al resarcimiento del daño y a obtener la justa ejecución del negocio. Y Bellomo señaló que el primero de los textos conocidos que se refirió a la distinción de la que nos estamos ocupando era de Búlgaro en una *Summula de dolo*.

El dolo, señala el autor antes citado, podía *causam dare* a un contrato de derecho estricto o a un contrato de buena fe. En el primer caso, se concedía a quien se había comportado con dolo la *actio ex contractu*, pero a la parte que había sufrido los daños que provocaron el dolo se le concedía la excepción de dolo. Es verdad que con ello no se consideraba nulo el negocio pero sí se impedían sus efectos. En el segundo caso, en cambio, el contrato caía *ipso iure* y de él no nacía ninguna acción.

Junto con las ideas expuestas aparecen después otras en que se exige que el dolo que después se llamará determinante recaiga sobre un elemento del contrato que deba considerarse como esencial, mientras que el dolo incidental recae sobre elementos que no revisten aquella trascendencia. Lo dice expresamente Funaioli.

Según este autor, la distinción no se produce porque se trate de dos figuras distintas de dolo sobre el que recaen las consecuencias del engaño, que es necesario para la anulabilidad, sino que el dolo determinante de la voluntad recaiga sobre un elemento o circunstancia esencial o que en cambio el objeto del dolo sea una circunstancia no esencial o secundaria.

El problema que con este tipo de consideraciones se suscita, es que cabe una doble forma de ver las cosas, pues de acuerdo con una visión que puede llamarse objetiva lo decisivo es la estructura negocial y los elementos de la misma que han quedado viciados por el dolo, mientras que en otro caso se está aludiendo a la real o hipotética influencia de las maniobras que hayan ejercido sobre la voluntad del contratante y sobre la formación de la voluntad de ésta.

4. En términos generales, puede coincidirse con la doctrina mayoritaria en cuanto a la conceptualización del dolo incidental. Ante todo, hay que decir que el dolo incidental es dolo y que, por consiguiente, hay un conjunto de maquinaciones insidiosas tendentes a producir en el otro contratante una situación de engaño. La diferencia entre dolo eventual y dolo incidental es que el primero no presenta la gravedad suficiente para impedir la formación de una correcta voluntad negocial. De esta suerte, el contratante que ha contratado movido por una maquinación dolosa constitutiva de dolo causante tiene siempre en su mano la posibilidad de anular el contrato. En el dolo incidental tal circunstancia no se da: el contratante que ha sufrido el dolo tiene que asumir con el contrato tal como lo celebró y cumplirlo sin disponer de ninguna acción de anulación.

La doctrina entiende que en el dolo incidental el contratante movido por el dolo, que no puede decir que no haya tenido voluntad contractual, puede, sin embargo, alegar que si no hubiera surgido el dolo (dolo incidental) hubiera ciertamente celebrado el contrato, pero lo hubiera hecho en unas condiciones completamente distintas.

En este punto, aparece ya el primero de los puntos que parecen, cuando menos, sorprendentes, pues un contrato no se califica sólo por su *nomen iuris*, las cosas o servicios sobre los que se contrate, sino por todas las circunstancias que le prestan su significación y le dotan de unidad. Por ello, no resulta fácil decir que en el caso del dolo incidental el contratante movido por el dolo, que hubiera celebrado el contrato, lo hubiera celebrado en condiciones distintas, pues esto es tanto como decir que hubiera celebrado *otro contrato*.

Por otra parte, la puesta en marcha de la doctrina generalmente aceptada significa que hay una desviación entre la voluntad contractual movida por el dolo incidental y el contrato que llegó a celebrarse, lo cual significa establecer una comparación hipotética entre una realidad y un *desideratum*. Habrá, por consiguiente, que dejar establecido, ya que saberlo será probablemente imposible, de qué manera esa desviación ha supuesto para el contratante un mayor o menor costo o un mayor o menor beneficio contractual.

Esto último es lo que probablemente se encuentra en la médula del artículo 1.270 CC cuando éste habla de indemnización de los daños sufridos por el contratante que ha sufrido el dolo incidental. Tiene razón A. Morales cuando ha señalado que en el caso del artículo citado no se trata de decidir si estamos en presencia de un interés positivo o de un interés negativo, sino de compensar lo que antes hemos llamado mayor costo o menor costo o beneficio.

La norma parece fundada en reglas que *prima facie* cabe considerar como reglas de justicia. Si ha sufrido el dolo, que no sufra también el perjuicio derivado del dolo. El problema es, sin embargo, saber en qué medida los conceptos aludidos pueden calificarse «daño». Inicialmente podemos entender que experimenta un daño quien sufre un detrimento caracterizado por la desaparición de un valor patrimonial valioso o aquel a quien se le impone efectuar una salida de valores patrimoniales para cumplir. En el caso concreto, sólo puede hablarse de daño en la medida en que exista un modelo contractual equitativo en que el intercambio se realiza justamente, probablemente porque no se puede hablar de plena libertad contractual y no nos encontramos en presencia de contratos cuya justicia deriva de haber sido limpia y lisamente aceptada. Presupone en este sentido el artículo 1.269 CC un esquema abstracto de justicia contractual y un daño producido por la desviación.