

Error, falsa representación y deberes precontractuales de información: la tradición del *civil law*^{*}

MARTIN JOSEF SCHERMAIER^{**}

Sumario: Introducción. I. Derecho romano: A. Error. B. Falsa representación (*misrepresentation*). C. Deber de informar. II. Recepción e *ius commune* (derecho común) (1200-1800). A. Error. B. Declaración de voluntad y error en la declaración. C. Justo precio y *laesio enormis*. III. Segunda escolástica e iusnaturalismo (1550-1800). A. Error. B. Cláusula *rebus sic stantibus* y *conditio tacita*. IV. Pandectística (1800-1900). A. Error. B. *Culpa in contrahendo*.

Resumen: El presente aporte tiene por objeto ofrecer una introducción, desde el ángulo de la tradición del *civil law*, al problema de los puntos de contacto y las diferencias de dos materias cercanas entre sí, el error vicio del consentimiento y los deberes de información. Pretende brindar al jurista de la tradición de derecho continental elementos de análisis a partir de los cuales comprender el estado de cosas actual.

Palabras clave: error, falsa representación, deber precontractual de información, justo precio, lesión enorme, *laesio enormis*, cláusula *rebus sic stantibus*, *conditio tacita*, *culpa in contrahendo*.

* La presente es una traducción del capítulo correspondiente publicado en *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, RUTH SEFTON-GREEN (a cargo de), Cambridge: Cambridge University Press, 2005. (The Common Core of European Private Law). Solo ha sido modificado en cuanto a la numeración y el estilo de notas al pie. El autor agradece a Catalina Salgado Ramírez de la Universidad Externado de Colombia su traducción al castellano, y a la Cambridge University Press por el permiso de publicación.

** MARTIN JOSEF SCHERMAIER es catedrático de Derecho Romano y Derecho Civil, así como director del Instituto de Derecho Romano e Historia Comparada del Derecho de la *Friedrich-Wilhelms-Universität* de Bonn. Contacto: martin.schermaier@uni-bonn.de Fecha de recepción: 30 de julio de 2012. Fecha de aceptación: 11 de septiembre de 2012.

Mistake, misrepresentation and precontractual duties to inform: the civil law tradition

This contribution is intended to provide an introduction (from the point of view of the civil law tradition) to the problem of contact points and differences between two subjects close to each other: the mistake nullifying consent and the information duties. This paper seeks to offer analysis points of view from which the lawyer of the civil law tradition can understand the current status of this matter.

Keywords: mistake, misrepresentation, precontractual duty to inform, *laesio enormis*.

INTRODUCCIÓN

Si se compara el régimen del error en los sistemas legales modernos, no se hace evidente de manera inmediata que sus prescripciones, aunque muy diferentes en algunos aspectos, en sustancia son muy similares. Lo mismo puede decirse de los deberes de información sobre los que se discute hoy en diferentes contextos. Ambos campos del derecho, por lo demás, hunden sus raíces en la misma fuente: el derecho romano y la teoría aristotélico-escolástica de los actos contractuales.

Sin embargo, existe una diferencia fundamental entre aquellos: mientras el régimen del error se desarrolló en modo uniforme y sin interrupciones significativas, los así llamados deberes de información fueron apareciendo desde muchos puntos de partida, e incluso hoy no cuentan con una sistemática clara, prestándose a discusión en muchos campos del derecho.

Por lo menos en lo que respecta a los sistemas legales de Europa continental, las dos instituciones jurídicas del error y de los deberes de información tienen que ser diferenciadas en cierto modo. Un error sufrido en la celebración del contrato permite a la parte en error apartarse de la declaración de voluntad, la promesa o el contrato, bajo el presupuesto de ciertos requisitos. La violación de deberes de información, sin embargo, da lugar a la anulación o la reforma del contrato ya celebrado, o bien impone un deber de indemnizar a cargo de la parte obligada a informar. Pese a esta gran diferencia, ambos aspectos del derecho están conectados de manera particular. Todos los sistemas jurídicos requieren que la parte agraviada no esté en conocimiento de los defectos de la cosa vendida (es decir, que ella haya errado) antes de que pueda ser concedida una demanda por garantía. Al mismo tiempo, la definición legal atiende a la "naturaleza contractual" de los bienes, es decir, a la clase y naturaleza de los bienes tal y como fueron acordados por las partes.

En este sentido es decisivo, por una parte, el cómo describió el vendedor (arrendador, productor o fabricante) los bienes, y por otra, si guardó silencio sobre características importantes para la parte en error. Algunas veces el régimen del error toma en cuenta el hecho de si la otra parte dio información defectuosa o incorrecta: el § 871 ABGB, el artículo 1302 C.C. español y el artículo 6:228 (a)

del Dutch BW reconocen el error cuando ha sido inducido por la contraparte¹. Estos ejemplos muestran precisamente que "error" y "deber de información" señalan el alcance de los dos polos entre los que todo orden civil de valores reposa para establecer validez contractual y deber: la consideración de la intención (subjetiva) de las partes y la valoración de la declaración de voluntad (objetiva) de las partes, o para ponerlo en términos más simples, la intención y la confianza.

I. DERECHO ROMANO

También desde un punto de vista histórico, no es siempre posible separar estas dos instituciones jurídicas; más bien, se observa la manera como rivalizan entre sí en otras áreas. No obstante, el debate relativo al significado del error y de los deberes de información durante la historia del derecho privado se encuentra gobernado en su gran magnitud por los límites fijados por el derecho romano: la importancia de la intención para la validez de los actos jurídicos está distribuida en el derecho entre el error y la interpretación de las declaraciones de voluntad; un poco descuidados, los deberes de información juegan un rol importante en el establecimiento y determinación de la responsabilidad contractual.

A. Error

La descripción del derecho romano en materia de error, que llegó a nosotros en el Digesto de Justiniano bajo el nombre de *Dominitius Ulpianus* (D. 18.1.9.11.14), continúa ejerciendo una profunda influencia en la actual discusión europea². Usando la compraventa como ejemplo, la cuestión acerca de si un error concerniente al objeto de la venta y a sus cualidades impide que el contrato sea válidamente celebrado se decide en el Digesto³ de acuerdo con la valoración dada a varias

¹ Un comentario extenso desde una perspectiva de derecho comparado puede encontrarse en E.A. KRAMER. *Der Irrtum beim Vertragsabschluß. Eine weltweit rechtsvergleichende Bestandsaufnahme*. Zurich: 1998, pp. 52 y ss.

² Sobre la importancia de los textos para la historia jurídica ver R. ZIMMERMANN. *Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford, 1996, pp. 587 y ss. Menos propio es P. HAUPT. *Die Entwicklung der Lebre vom Irrtum beim Rechtsgeschäft seit der Rezeption*. Weimar: 1941. Véase también J.A.C. THOMAS. "Error in persona" and "error in substantia". En *La formazione storica del diritto moderno in Europa III*. (3 vols.). Florencia: 1977, vol. III, pp. 1203 y ss.; B. SCHMIDLIN. En *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. IV. Obligationenrecht*, 1. Abt., *Allgemeine Bestimmungen*, 2. Tbd. 1 b: *Mängel des Vertragsabschlusses*, art. 23-31 OR. *Lieferung 1: Kommentar zu art. 23-7 OR (Vorbemerkungen und Kommentar)*. Berna: 1993; de reciente M.J. SCHERMAIER. *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB*. Viena, Colonia, Weimar: 2000.

³ Para el contexto romano de D. 18.1.9 y ss. cfr. P. VOCI. *L'errore nel diritto romano*. Milán: 1937, p. 109 y ss.; J.G. WOLF, «Error» im römischen Vertragsrecht. Colonia, Graz: 1961; U. ZILLETTI. *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*. Milán, 1961; T. MAYER-MALY. *Bemerkungen zum Aspekt der Konsensstörung in der klassischen Irrtumslebre*. En: *Mélanges Philippe Meylan*. Vol. 1. Lausana: 1963, p. 241 y ss.; F. WIEACKER, *Irrtum, Dissens oder gegenstandslose Leistungsbestimmung?* En: *Mélanges Philippe Meylan*. Vol. 1, p. 383 y ss. J. MIGUEL. *Una aportación al estudio del «error*

categorías⁴. *Error in corpore* y *error in substantia* o *in materia* vician el consenso de las partes y son por lo tanto sustanciales, mientras que el *error in qualitate* no afecta el consenso contractual.

A pesar de que Ulpiano refiere la antigua opinión de Marcelo en su decisión, debe procederse bajo el entendido de que un error que recaiga sobre aspectos circunstanciales, en este sentido, solo se situó tardíamente en el centro de las opiniones de los juristas. Esto significa que, en los textos antiguos un "error" del comprador solo está referido a la ignorancia de un defecto material⁵ o a la imposibilidad de cumplimiento⁶; por consiguiente, conduciendo solo a la pregunta de si estarían disponibles los remedios por garantía o de si serían aplicables las normas que gobiernan la imposibilidad. Con Ulpiano, sin embargo, la pregunta de si el consenso contractual es inválido debido a un error sustancial pasó al centro de la atención. Viejos debates se refieren a la validez de una transferencia de propiedad en la que las partes no concuerdan sobre su base legal (*causa traditionis*)⁷, y a la pregunta de si las partes contratantes llegan a un contrato válido en caso de que las dos hayan entendido un precio de compra diferente⁸. Sin embargo, algunos casos no tienen que ver con errores sobre situaciones de hecho, como por ejemplo el descrito en Ulp. D. 18.1.9, sino solamente con errores de las partes en lo acordado⁹. No obstante, tanto en el pasado como en la actualidad, la cuestión sobre el consenso efectivo es fundamental.

La aplicación de la *condicio indebiti* requiere un error sobre la existencia de la obligación a cumplir (*causa solutionis*)¹⁰, aunque este requisito –a pesar de que quizás fue el objeto de una antigua discusión– nunca se ha comparado con un error en la celebración del contrato. De hecho, incluso en el título *De iuris vel facti ignorantia*¹¹, creado por Justiniano, no se encuentra nada en el texto que analice los errores

in *substabia*» en la compraventa. En: *Anuario de derecho civil* (1963) pp. 79 y ss.; P. CORNIOLEY, «*Error in substantia, in materia, in qualitate*». En: *Studi in onore di Giuseppe Grosso*. Vol. II. Turín: 1968-1974, pp. 249 y ss.; P. APATHY. *Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung von Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf im Klassischen römischen Recht*. En: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung* (en adelante ZSS RA.). 111 (1994), pp. 95-154, esp. pp. 137 y ss.; para más comentarios ver M. SCHERMAIER. *Auslegung und Konsensbestimmung. Sachmängelhaftung, Irrtum und anfängliche Unmöglichkeit nach römischem Kaufrecht*. En: ZSS RA. 115 (1998), pp. 234 y ss., esp. 244 y ss.

⁴ Valoradas de conformidad con los conceptos filosóficos de la época. Cfr. M.J. SCHERMARIE. „*Materia*“ Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht. Viena, Colonia, Weimar: 1992, pp. 109 y ss.

⁵ Por ejemplo, en: Ulp. D. 21.1.1.6; Pomp. D. 21.1.48.4; Marciano D. 18.1.45; también quizás en Paul. D. 19.1.21.1.

⁶ Por ejemplo en: Mod. D. 18.1.62.1; Pomp. D. 18.1.6 pr.; Lic. Ruf. D. 18.1.70; Paul. D. 18.1.34.3; Paul. D. 18.1.57.

⁷ Jul. D. 41.1.36 (en el medioevo: *error in causa*).

⁸ Pomp. D. 19.2.52 (en el medioevo: *error in pretio*).

⁹ Al respecto ver SCHERMAIER. *Auslegung und Konsensbestimmung*. op. cit. (nt. 3), pp. 253 y ss.

¹⁰ Ulp. D. 12.6.1.1; Pomp. D. 12.6.7; Pomp. D. 12.6.16; Pomp. D. 12.6.19.2, 3; Ulp. D. 12.6.26.2; D. 12.6.26.12; Paul. D. 12.6.27; Ulp. 12.6.31; Marc. D. 12.6.40 pr.; Cels. D. 12.6.47; Pap. D. 12.6.59, y especialmente Pomp. D. 12.6.50.

¹¹ D. 22.6; C. 1.18.

padecidos en la celebración del contrato. Pero el concepto jurídico de error que impide el consenso y los casos que Ulpiano logró encerrar conceptualmente (*error in corpore, error in substantia, error in qualitate*) tuvieron una influencia asombrosa en la historia europea y son responsables del hecho de que todos los ordenamientos legales de Europa estén familiarizados y tomen en cuenta, sujeto a requerimientos varios, el error contractual.

B. Falsa representación ("misrepresentation")

"Naturaliter concessum est [...] *invicem se circumvenire*" (a los individuos está naturalmente permitido "engañosamente"¹² mutuamente). Así argumenta Julio Paulo, jurista del período tardo clásico y contemporáneo de Ulpiano, al responder la pregunta de si es posible negociar sobre una cosa por un precio menor o mayor respecto de lo que verdaderamente vale¹³. Solo si una de las partes ha actuado dolosamente, esto es, si quiso perjudicar a su contraparte proporcionándole información incorrecta, puede ser obligado a resarcir el daño. En consecuencia, únicamente el *dolus malus* puede ser un límite al ánimo liberal de persecución de lucro pregonado por Paulo¹⁴. Fuera de los actos maliciosos, el vendedor y el arrendador son también responsables por la presencia de ciertas características, si así lo declararon expresamente (*dictum*) o si estaban obligados en razón de una promesa formal (*promissum*)¹⁵.

En el caso en que el vendedor simplemente elogie la cosa, o donde haga referencia a cualidades presuntas, tales declaraciones no se consideran como vinculantes. Determinar los límites de un *dictum*, informal pero vinculante, era por consiguiente más importante y difícil para la práctica jurídica de lo que es ahora: "Ea quae commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam appareant, venditorem non obligant", de acuerdo con Florentino¹⁶. La aplicación de esta regla, que sigue siendo válida actualmente, estuvo lejos de ser simplemente el meollo en un caso concreto¹⁷: si el vendedor dijo, por ejemplo, que el esclavo en venta era hermoso,

¹² N. del T. La traducción al castellano de I. García del Corral, a la que está habituado el jurista de habla hispana, entiende el *invicem se circumvenire* en el sentido de "engañosamente mutuamente". Sin embargo, el verbo inglés que seleccionó SCHERMAIER, *to overcharge* (sobrecargar, cobrar de más, pagar de más), tal vez evoca mejor el significado del *circumvenire* latino, más allá del 'engaño' positivo. La idea del *circumvenire* en esta expresión sería la de "sacar provecho". Se lo traduce en castellano como rodear, cercar, circundar, engañar, sorprender (cfr. VALBUENA).

¹³ Paul. D. 19.2.22.3, en modo similar Ulp. D. 4.4.16.1, citando a POMPONIO. Para un análisis al respecto ver A. WACKE. «*Circumscribere*, *gerechter Preis und die Arten der List*». En: zss 94 (1977), pp. 184 y ss.

¹⁴ Cfr. Ulp. D. 4.3.1.2: «*Dolum malum Servius quidem ita definit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur*».

¹⁵ Al respecto ver A. L. OLDE KALTER, «*Dicta et promissa*». *De ansprakelijkheid van de verkooper wegens gedane toezeggigingen betreffende de hoedanigheid van de verkochte zaak in het klassieke romeinse recht*. Utrecht, 1963.

¹⁶ Flor. D. 18.1.43 pr. (Lo que se dice en las ventas por vía de recomendación, si apareciera manifiesto, no obliga al vendedor...).

¹⁷ Cfr. también Ped./Ulp. D. 21.1.19 pr.

entonces no está obligado, pero si dijo en cambio que estaba bien educado, que era saludable o que no era dado a la fuga, entonces respondía por tales afirmaciones¹⁸. Sin embargo, esta distinción solo tiene sentido si el objeto de la venta se encuentra presente al momento de la celebración del contrato¹⁹. Si son vendidas cosas que el comprador mismo no puede ver, entonces probablemente el vendedor responderá de cada afirmación relativa a sus cualidades y que sea relevante en la celebración del contrato. Solo esto puede explicar por qué, de acuerdo con Labeón y Marciano, quien vende ropa usada como nueva responde²⁰.

C. Deber de informar

Un paso importante que va más allá del deber de ser garante fue tomado de la esfera de responsabilidad por vicios ocultos impuesta por los *aediles curules*. Uno de los poderes de esta magistratura, que era responsable de supervisar los mercados en Roma, incluía el control judicial de las disputas que se generaban durante el curso del comercio en los mercados. Se determinó que se daba protección al comprador que hubiera comprado esclavos o ganado que luego revelaran algunos defectos. El Edicto contenía una lista de vicios típicos o recurrentes por los que el vendedor tenía que responder independientemente de su conocimiento sobre ellos²¹.

La lista de vicios presumiblemente solo hacía referencia a cualidades que no habrían podido escapar a la atención del vendedor como previo propietario del esclavo²². Sin embargo, la cuestión de si el vendedor sabía o habría debido conocer los vicios no era consideraba como decisiva.

¹⁸ Numerosos ejemplos sobre la obligación de ser garante de cualidades afirmadas en la compraventa de esclavos pueden encontrarse en el título D. 21.1 (en particular Ulp. D. 21.1.17.20; Gai. D. 21.1.18.1-2; Ulp. D. 21.1.19).

¹⁹ Cfr. Flor. D. 18.1.43.1.

²⁰ Lab./Mar. D. 18.1.45; se debate si LABEÓN o MARCIANO proceden sobre la base de una garantía expresa o tácita del vendedor o sobre la base de un *dolus* del mismo. Cfr. por ejemplo G. IMPALLOMENI, *Applicazioni del principio dell'affidamento nella vendita romana*. En: SDHI 21 (1995), pp. 166 y ss.; H. HONSELL, «*Quod interest* im «*bonae fidei iudicium*». München: 1969, p. 94; OLDE KALTER, «*Dicta et Promissa*», pp. 64 y ss.

²¹ La visión de que originariamente esta responsabilidad dependía también de una promesa del vendedor (la que ciertamente podía ser exigible por la fuerza), al efecto de que el esclavo o el semoviente se encuentre libre de defectos fue puesta en entredicho en E. JAKAB. «*Stipulationes aediliciae*». Szeged: 1993, e Id. «*Praedicere und cavere beim Marktkauf – Sachmängel im griechischen und römischen Recht*». Munich: 1997.

²² Sobre la base de diversas fuentes, por ejemplo, Ulp. D. 21.2.31 pr., la lista de los posibles defectos del esclavo podría ser reconstruida de la siguiente manera: «*ut sanus est, erro, fur, noxius, fugitivus, vispellio non est*» (Que está sano de cuerpo y mente, que no es vagabundo, ladrón, que está exento de noxa, que no es fugitivo, que no es deshonroso/vergonzoso*) (* N. del T.: *vispellio* es traducido al inglés por el autor como *deceitful*. Normalmente García del Corral, a quien está habituado el jurista de habla castellana, lo traduce como "enterrador de muertos"/sepulturero. Sin embargo, el sentido de García parece ser bastante restringido pues tanto el FORCELLINI LTL (1940⁴) (IV, s.v. "vispellio", p. 1015, y s.v. "bispellio", "vispillo", "vispillo"; I, 453) como el OLD (1968) (s.v. "vispellio", p. 2077) dan un sentido más amplio que concuerda con la traducción de Schermaier. Así, por ejemplo, aparece entre otros como *versatus, fraudulentus, versipellis*, o como persona de oficio deshonroso, vergonzoso).

Este modelo de responsabilidad por garantía fue adoptado como un punto de partida para otros contratos fuera del de venta e incluso, en cierta medida, para otras operaciones de intercambio. Siempre que la acción del vendedor (arrendatario, cliente) se valorara de conformidad con la *bona fides*, se podía establecer su responsabilidad solamente sobre la base de una violación a la buena fe. Originariamente, una violación de esta naturaleza se percibía tan solo en presencia de vicios que hubieran sido ocultados en forma dolosa. Si por ejemplo el vendedor sabía que la casa habría tenido que ser demolida por una orden oficial²³, que el terreno se encontraba gravado por una servidumbre²⁴ o sujeto al pago de impuestos²⁵, entonces se encontraba en el deber de comunicar tal circunstancia al adquirente. Si guardaba silencio a pesar de tener conocimiento del defecto, entonces quedaba obligado, con base en la *actio empti* (que competía al comprador), a compensar la expectativa del adquirente en el cumplimiento de la obligación contractual (interés positivo). La pregunta sobre qué hechos tenía que comunicar el vendedor y sobre cuáles podía callar fue escasamente discutida. Hasta donde los casos decididos muestran, los juristas romanos tenían un criterio de decisión sutil para trazar la tenue línea decisoria entre el *circumvenire* permisible y el ilegal²⁶.

El ojo crítico de Cicerón revela, por su parte, que la comprensión de la *bona fides* en aquel entonces estaba influida por valores conceptuales con los cuales sería difícil estar de acuerdo hoy día. Un ejemplo conocido es el del comerciante de grano que quiere vender su producto a los hambrientos ciudadanos de Rodas, sabiendo con seguridad que más barcos vienen en camino para proporcionar grano a los hambrientos, pero que en orden a obtener el mayor precio posible por su grano no comunica tal hecho²⁷. Reporta Cicerón que de este ejemplo se dio una discusión entre Diógenes de Babilonia y su pupilo Antípatro de Tarso, sobre si el aprovechamiento de una ventaja de conocimiento hecha por una de las partes es o no éticamente aceptable en operaciones de intercambio.

Aunque Antípatro creía que el vendedor en tal caso no debía ocultar al comprador ninguna de las informaciones que poseyera²⁸, Diógenes argumentaba que el vendedor no se encontraba obligado a entregar todo el conocimiento que pudiera serle útil al comprador²⁹. De este modo Diógenes –como él mismo enfatizaba– se ubicó en el campo del derecho civil de la época, mientras que Antípatro representó el ideal del *vir bonus*, orientado hacia bien común. La argumentación entre los dos filósofos puede no haber tenido importancia directa en la práctica del derecho³⁰.

²³ Cic. de off. 3.66; Val. Max. 8.2.1.

²⁴ Ulp. D. 19.1.1.1.

²⁵ Paul. D.19.1.21.1.

²⁶ Cfr. de nuevo WACKE, «Circumscribere», *gerechter Preis und die Arten der List*, op. cit., pp. 185 y ss.

²⁷ Cic. de off. 3.50.

²⁸ Cic. de off. 3.51: "... ut ne quid omnino, quod vendorit norit, emptor ignoret" (... que el comprador no ignore en lo más mínimo lo que sabe el vendedor).

²⁹ Cic. de off. 3.52: «Se non, quicquid tibi audire utile est, idem mibi dicere necesse est» (No debo decirte todo lo que podría ser útil saber).

³⁰ La fórmula defendida por Cic. de off. 3.57, no obstante, brinda un pretexto práctico: el silencio por causa de provecho es reprochable y contraviene la buena fe: «neque enim id est

No obstante, puede deducirse de la descripción de Cicerón que básicamente no se hacía distinción alguna entre la inducción en error dolosa o fraudulenta y la no revelación de los verdaderos hechos.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia expandieron la responsabilidad del vendedor de otro modo: como parte de la responsabilidad impuesta por los *aediles curules*, era requerido al vendedor revelar los vicios del objeto en venta que normalmente eran de interés para el comprador. Si no los revelaba, entonces era responsable sobre la base de la *actio empti* incluso si no podía serle reprochado *dolus* o negligencia. Pero el vendedor, dentro de los límites del Edicto de los ediles curules, solo estaba obligado a reducir o reembolsar el precio de venta. Aquí la distinción de Salvio Juliano, jurista de la edad de Adriano, ganó adeptos: exigía la misma que el vendedor que hubiera estado al tanto de los vicios tuviera que compensar adicionalmente la pérdida que se presentara como consecuencia de ellos. Si por ejemplo fue vendida una viga defectuosa con la que se construyó una casa que luego se derrumba, el vendedor, quien pasó por alto el vicio, estaba obligado solamente por la depreciación en el valor de la viga defectuosa. Si por el contrario vendió una viga defectuosa de manera intencional, entonces quedaba obligado a indemnizar la entera pérdida sufrida por el comprador³¹. Entendible como es esta diferenciación, es sorprendente cómo hace responsable al vendedor que no se percata del vicio con base en una acción (*actio empti*) basada en la buena fe (*bona fides*). La única explicación para ello es que tal desconocimiento fuera equiparado al rompimiento de un deber de diligencia: él, en cuanto propietario, habría debido ser el primero en darse cuenta de la presencia del defecto y habría podido señalarlo al comprador³².

Las decisiones en los conocidísimos casos concernientes al arrendamiento y venta de vasijas de vino probablemente llevan ínsito el mismo concepto: si una persona arrendaba o vendía vasijas de vino resquebrajadas siempre era responsable por los daños ocasionados al arrendatario o comprador. Por consiguiente, aunque no se hubiera percatado de la presencia del defecto, en todo caso habría estado obligada, aparte de a la terminación del contrato o a la reducción del precio, a indemnizar al comprador o arrendatario los daños ocasionados como consecuencia de las filtraciones³³. No se estipuló prestación alguna de garantía, pero se tomó en cuenta una violación "típica", por parte del vendedor, del deber de diligencia. Tal vez era una práctica normal que el vendedor garantizara que las jarras precisamente se encontraban selladas de antemano³⁴.

celare, quicquid reticeas, sed cum, quod tu scias, id ignorare emolumenti tua causa velis eos, quorum intersit id scire».

³¹ Jul/Ulp. D. 19.1.13 pr. La distinción de Juliano obviamente convence a sus contemporáneos y sucesores. Cfr. también Ulp. D. 19.1.11.15; Marc. D. 18.1.45; Ulp. D. 19.2.19.1.

³² En este sentido también ZIMMERMANN. *Law of Obligations*, pp. 366 y ss.

³³ Pomp. D. 19.1.6.4; Ulp. D. 19.2.19.1.

³⁴ Sin embargo, *dolia* eran vasijas hechas de barro que se enterraban en el piso para su uso; por lo menos, en el alquiler de tales vasijas, constatar su impermeabilidad era un proceso

Por lo tanto, deberes de información en el sentido moderno solo existían en el derecho romano cuando era evidente que el silencio equivalía a una violación de la buena fe. Solamente en el campo del régimen de garantías se procedió sobre la base de una definición de responsabilidad tipificada que *se aproximaba al dolo*.

II. RECEPCIÓN E "IUS COMMUNE" (DERECHO COMÚN) (1200-1800)

La concepción del derecho romano sobre el error y la prestación de garantía no experimentó modificaciones drásticas en el pensamiento jurídico del medioevo y de la temprana era moderna. Un cambio, sin embargo, concierne argumentos relativos a la invalidez de un contrato viciado por error y la concesión de remedios en caso de incumplimiento. El error, junto con las declaraciones de voluntad defectuosas bajo la construcción de la doctrina escolástica de la voluntad y la responsabilidad por garantía, fueron en ese entonces valoradas bajo la óptica del justo intercambio (*iustitia commutativa*)³⁵.

Es más, la construcción que fue desarrollada a partir de algunos rudimentos del derecho romano consideraba reprochable el aprovechamiento de un particular estado de necesidad con el objetivo de obtener provecho, lo que daba lugar a la nulidad de la transacción. Características típicas de esta nueva ética social pueden encontrarse por ejemplo en los límites espirituales y temporales a los intereses³⁶ o en la teoría del justo precio desarrollada con base en la *iustitia commutativa*³⁷.

A. Error

Fue probablemente el régimen del error el que experimentó la innovación más representativa desde su creación. Los juristas medievales no siguieron viendo en el error de una o ambas partes un problema de mero *consensus* –como en cambio sí

laborioso para el arrendador y por ello no era algo esperado. Para diferentes explicaciones cfr. T. MAYER-MALY, «*Locatio conductio*» (Viena, 1956); M. KASER, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht*. En: *ZSS r.A* 74 (1957); HONSELL, «*Quod interest*» in «*bonae fidei iudicium*», p. 134; K. LUIG, *Zur Vorgeschichte der verschuldensunabhängigen Haftung des Vermieters für anfängliche Mängel nach § 538 BGB*. En: *Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag*. Berlín: 1984. G. BAUMGÄRTEL (al cuidado), pp. 129, 132.

³⁵ Al respecto cfr. principalmente J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford: 1991, pp. 30 y ss.

³⁶ Para un análisis sobre el particular cfr. H. SIEMS, *Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen*. Hanover: 1992, pp. 551 y ss. y 591 y ss.; M. GIACCHERO, *L'atteggiamento dei concili in materia d'usura dal IV al IX secolo*. Perugia: 1981, pp. 305 y ss.

³⁷ Cfr., por ejemplo, J.W. BALDWIN, *The Medieval Theories of the Just Price. Romanists, Canonists and Theologians in the Twelfth and Thirteenth Centuries* (1959); K.S. CAHN, *The Roman and Frankish Roots of the Just Price of Medieval Canon Law*. En: *Studies in Medieval and Renaissance History* 6 (1996), p. 6 y ss.; R. DE ROOVER, *La pensée économique des Scolastiques. Doctrines et méthodes*. París: 1971; GORDLEY, *Philosophical Origins*, op. cit., pp. 65 y ss.; comentarios adicionales en ZIMMERMANN, *Law of Obligations*, op. cit., pp. 259 y ss., y C. BECKER, *Die Lehre von der «laesio enormis» in der Sicht der heutigen Wucherproblematik: Ausgewogenheit als Vertragsinhalt und § 138 BGB*. Colonia/Berlín/Bonn/Munich: 1992, p. 27 y ss., y SIEMS, *Handel und Wucher*, op. cit., pp. 764 y ss.

se evidencia en las fuentes romanas– sino que, siguiendo la doctrina aristotélico-escolástica de la imputación, lo comprendieron como un problema de autonomía de la voluntad³⁸. Un error causa una percepción errada y estropea la formación de la intención; un acto –que se rige por la intención– que sea realizado bajo tal supuesto, no es por ello atribuible al autor³⁹. Es sabido que oferta y aceptación en la creación de un contrato y otras transacciones jurídicas surgieron conceptualmente en el siglo XVIII como *actus iuridicus*⁴⁰, pero la concepción de que solo la intención de las partes formada sin deterioro tiene la virtualidad de producir el consentimiento contractual puede ser percibida en tempranas construcciones doctrinales desarrolladas por los juristas medievales. De este modo, se empiezan a concebir las diferentes formas de "error" relativas a circunstancias de hecho que rodean la formación del contrato, como un problema de error en la celebración del mismo.

Por ejemplo, casos de imposibilidad inicial son descritos como *error in existentia rei*⁴¹; problemas comunes de garantía como *error in materia*, *error in corpore* o *error in qualitate*⁴². Aunque los juristas se ocupan inicialmente de compendiar y sistematizar, y quieren medir el significado del error según concierne a los *essentialia* o simplemente a los *accidentalia contractus*⁴³, emerge en la teoría de la imputación de Santo Tomás de Aquino un catalizador importante para el desarrollo posterior.

La importancia de Santo Tomás (1225-1274) para la teoría moderna sobre la formación del contrato y de la declaración de voluntad radica en dos aspectos. De una parte, Santo Tomás propuso, sobre la base de los textos de Aristóteles que en el momento estaban disponibles en Europa, difundidos gracias a los estudiosos árabes⁴⁴, una doctrina sistemática relativa a los actos y a su atribución⁴⁵, y de hecho aplicó estas construcciones al caso de error en la formación del contrato de matrimonio⁴⁶. Por otra parte, su doctrina de la imputación, que pasó a la segunda

³⁸ Sobre la distinción, recientemente, M. SCHERMAIER. *Europäische Geistgeschichte am Beispiel des Irrtumsrechts*. En: *ZEuP* 60 (1998), pp. 68 y ss.; ulteriores comentarios en A. DIHLE. *The Theory of Will in Classical Antiquity*. Berkeley/Los Angeles/Londres: 1982, pp. 54 y ss.

³⁹ Especialmente ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, III, 1109 b 30 ss.

⁴⁰ Por C. WOLFF y en su escuela, probablemente primero en D. Nettelbladt, *Systema clementare universae iurisprudentiae naturalis, Halae Maddeburgicae, pars I: Introductio in iurisprudentiam naturalem*. 1957, §§ 256 y ss.

⁴¹ Sobre el caso de D. 18.1.57, cfr. ODOFREDUS, *Praedictiones in secundam Digesti veteris partem (Lectura super Digestum vetus)* (Lugdini 1552: *Opera iuridica rariora* II 2. Boloña 1968, reimpr.) ad D. 18.1.9 (fol. 95 v.); en AZO, *Gl. in quo alio ad D. 18.1.9 ya «error in essentia»*.

⁴² Y viceversa, los casos descritos de error son presentados y tratados también como problemas de garantía.

⁴³ Por ejemplo, en BALDO DE UBALDIS, *In secundam digesti veteris partem Commentaria* (Venezia, 1615) ad. D.18.1.34 pr. (fol. 105 r.).

⁴⁴ El periodo clásico de la escolástica (AQUINO, DUNS SCOTO, OCKHAM) debió su crecimiento al hecho de que los escritos de ARISTÓTELES, que habían sido solo parcialmente proporcionados, estaban disponibles en Europa desde inicios del siglo XIII (y más importante aún, en latín); entre los escritos a los que era posible acceder se encontraban precisamente las dos Éticas (la *Ética a Nicómaco* y la *Ética Eudemia*), que fueron de crucial importancia para el desarrollo de la teoría escolástica de la imputación.

⁴⁵ En primer lugar s. TOMÁS, *Summa Th. I-II*, qu. 6-7.

⁴⁶ Cfr. s. TOMÁS, *Summa Th.*, suppl. III, qu. 51.

escolástica española, se convirtió en la base de la teoría de la voluntad del derecho natural. El principal enunciado de su teoría de la atribución (o imputación) es la regla según la cual solamente los actos que hayan sido realizados sin la intervención de un error que hubiera afectado la percepción del autor (error o dolo)⁴⁷ pueden ser calificados como actos voluntarios y, por consiguiente, imputables. En un contexto jurídico esto significa que el proceder contractual solo es efectivo y por ello conduce a un contrato válido si las partes saben cómo, con quién y para qué fin están contratando. Esto puede deducirse de la decisión de Santo Tomás en el caso del error en el matrimonio.

En consecuencia, si alguien está en un error sobre a la *essentia matrimonii*, la celebración del contrato de matrimonio es inválida si la parte que celebró el contrato, de haber sabido de su error, no lo habría celebrado. Incluso juristas de la época ya habían hecho una distinción entre si el error afectaba la *substantia* de un contrato o no⁴⁸. Ahora, en contraste con quienes delinearon, desde un punto de vista objetivo, criterios formales con los cuales determinar la *substantia contractus* (precio, bienes, tipo de contrato), Santo Tomás evaluó la "naturaleza" del matrimonio, y de hecho de los contratos en general, de acuerdo con la intención y el propósito del contrato. El principio *error qualitatis in personam redundans*⁴⁹ fue desarrollado de acuerdo con ello y aún puede verse en el *Codex Iuris Canonici*⁵⁰.

En el derecho romano común (*ius commune*) este concepto se recogió inicialmente de manera provisional, o bien no del todo. Franciscus Connarus (1508-1551), jurista francés de la escuela de Bourges, fue el primero en afirmar que la valoración de un error dependía no de la *substantia rei*, es decir, del significado de los hechos acerca de los cuales se ha errado, sino más bien la *substantia contractus*, es decir, de la naturaleza del contrato que se entendía celebrar⁵¹. No obstante, este estudioso quedó inicialmente aislado con su punto de vista.

A pesar de haber sido en parte influenciada por las innovaciones del *iusnaturalismo*⁵², la doctrina del derecho romano común –tanto en la *elegantia iuris* como en el *usus modernus* o en el posterior *mos italicus*– no pudo liberarse de las categorías romanas del error. Los juristas discutían, entrado el siglo XIX, los casos conocidos de las fuentes y solo simplificaban la casuística (como era habitual hacer desde el

⁴⁷ S. TOMÁS, *Summa Th.*, I-II, qu.6, art. 3.

⁴⁸ Por ejemplo, ROGERIUS, *Summa Codicis*, ad C. 2.3, n. 18 ss. Vol. I. Boloña: Scripta Anecdota Glossatorum, 1913; PLACENTINUS, *Summa Institutionum sive Elementarum D. Iustiniani*, ad. C. 2.3. Moguntiae [Mainz]: 1535, p. 43; AZO, *Summa Codicis*, ad. C. 4.38.3 y C. 4.54, n. 1. Papiae [Pavía]: 1506. En general, cfr. GORDLEY, *Philosophical Origis*, op. cit., pp. 61 y ss.

⁴⁹ S. TOMÁS, *Summa*, supp. III, qu. 51, art. 2-5.

⁵⁰ CIC 1983, Can. 1097, § 2: "Error in qualitate personae, etsi det causam contractui, matrimonium irritum non reddit, nisi haec qualitas directe et principaliter intendatur".

⁵¹ F. CONNARUS, *Commentaria iuris civilis*, lib. VII, cap. VI, n. 4 (704 C de la edición). Basileae [Basilea]: 1562.

⁵² Al respecto, cfr. *infra* n. 4 y 5. De hecho muchos autores de los siglos XVII y XVIII solo pueden ser atribuidos con alguna dificultad a uno de los dos movimientos principales. Esto se aplica, por ejemplo, a W.A. LAUTERBACH, HEINRICH y SAMUEL COCCEJI o JEAN DOMAT.

medioevo) distinguiendo entre los casos en que el error había afectado los *substantialia* del contrato y aquellos en que había afectado meramente los *accesoria* del mismo. De ahí que la discusión se desplazara a la cuestión sobre qué elementos del contrato pertenecían a las categorías de *substantialia* o *accidentalia*⁵³.

También continuó en el derecho común posterior la tendencia a tratar como problemas de error problemas que en cambio tenían que ver con el incumplimiento contractual, como por ejemplo los casos de imposibilidad inicial o de entrega defectuosa. En el *usus modernus* holandés y alemán esta tendencia llegó incluso al extremo de garantizar a la parte en error una acción por daños en contra de la parte que no estaba en error: los juristas romanos consideraban al vendedor que hubiera sabido del vicio de la cosa vendida responsable de indemnizar el daño que resultara para la propiedad del comprador como consecuencia del vicio. Puesto que el comprador era considerado como la "parte en error" y el vendedor como la "parte no en error", la regla que se desarrolló trajo como resultado que la parte en error pudiera demandar perjuicios de la parte que no había errado⁵⁴. Este deber de indemnización no tiene nada que ver con la moderna responsabilidad por inducción negligente en error⁵⁵, sino que es el resultado de una mezcla entre los régímenes del incumplimiento y del error.

B. Declaración de voluntad y error en la declaración

Desde una perspectiva actual, la curiosa regla que garantiza a la parte en error la reclamación de perjuicios a la contraparte que no sabía de él puede remontarse a dos fallas en la doctrina del error del *ius commune*. En primer lugar, no se consideró que tal pretensión podría solo darse si la parte que no padeció el error se encontraba obligada a señalar a la contraparte el error en el que se encontraba incursa. En segundo lugar (y aquí radica el segundo problema fundamental de la doctrina del error del siglo XIX) no se distinguió entre casos de error y casos de incumplimiento contractual. Si el vendedor dio al comprador cosas peores de las que este se esperaba, se plantea la cuestión de si el vendedor cumplió con su obligación contractual o si el vendedor asumió incorrectamente lo que constituía el objeto de la venta.

⁵³ Cfr. por ejemplo B. ALTIMARUS. *Tractatus de nullitatibus contractuum*, rubr. I. qu. IX pr., n. 19 y ss. T. 3. Colonia: 1720; J. HOPPIUS. *Commentatio succincta ad Institutiones Justinianeas*. lib. III. cap. xxiv, § 2. Francofurti ad M. [Frankfurt am Main]: 1698; G. NOODT. *Commentarius in D. Justiniani sacr. princ. libros xvii Digestorum seu Pandectarum*. ad. D. 18.1. Lugduni Batavorum [Leiden]: 1724, pp. 386 y ss. (de la edición); F.G. STRUVE. *Dissertatio inauguralis juridica de effectu erroris in contractu empti vendit. thes.*, pp. 13 y ss., resp. J. A. HANKOPH. Kiloni [Kiel]: 1749. Incluso J. DOMAT, W.A. LAUTERBACH y S. PUFENDORF usan esta distinción.

⁵⁴ G. FRANTZIUS. *Commentarius in xxii libros Pandectarum*. ad. D. 18.1, pp. 55 y ss. Argentorati [Estrasburgo]: 1644; H. ZOESIUS. *Commentaria ad Digestorum seu Pandectarum juris civilis libros* L. ad. D. 18.1, n. 9. Coloniae Agrippinae [Colonia]: 1736; H. HAHN. *Observata theoreto-practica, ad M. Wesenbecii*. En: *L. libros Digestorum Commentaria*. Vol. I. ad. 18.1, n. 6. Helmstadii [Helmstedt]: 1659.

⁵⁵ Para una visión panorámica de la situación jurídica en Austria, Italia, Francia e Inglaterra, cfr. KRAMER, *Der Irrtum beim Vertragsabschluß*, op. cit., pp. 134 y ss.

En el primer caso, el comprador puede solicitar la resolución del contrato o la reducción del precio y, bajo ciertos supuestos, pedir la indemnización de daños sobre la base de un incumplimiento. En el segundo caso, puede solicitar que se declare inválido el contrato y rehusarse a pagar el precio de la venta. Esta alternativa existe en casi todos los textos romanos que fueron adoptados en el medioevo en relación con el error: por ejemplo, en el caso del comprador que en cambio de un brazalete de oro recibe uno de bronce chapado en oro⁵⁶, ¿puede demandarse del vendedor la entrega de un brazalete de oro o el contrato es inválido debido al error relativo a la sustancia del brazalete?

La pregunta solo puede ser respondida examinando si de hecho fue celebrado un contrato que tuviera como objeto la entrega de un brazalete de oro. Si la celebración del contrato depende más del *consenso* interior de voluntades (como entre los juristas romanos)⁵⁷, entonces todo error significativo tendría que ser capaz de frustrar la celebración del contrato (*cum non consentiant qui errent*)⁵⁸. Solo en el caso de promesas formales (*stipulationes*) o de testamentos era usual deducir la "verdadera" intención de la intención expresada (fuera oral o escrita)⁵⁹. En las doctrinas del *ius commune* romano y canónico se daba mucho más valor al significado objetivo de las declaraciones. Adecuándose a la idea de que *interni actus per se spectabilis non sunt*⁶⁰, el derecho medieval sobre la evidencia de la praxis estudió cómo los procesos internos (como el *dolo* de una de las partes) o la corrección de un hecho respaldado por juramento se volvían creíbles de acuerdo con señales exteriores.

A finales del siglo XVI fue generalmente aceptado que donde se presentaran divergencias en el contenido del contrato los criterios más importantes para deducir la intención de las partes eran las palabras y los signos intercambiados: "*in pacto verba ad aliud non requiritur, praeterquam ad probandum voluntatem contrahentium*"⁶¹. Una doctrina de

⁵⁶ Ulp. D. 18.1.14; recientemente al respecto SCHERMAIER, *Materia*, op. cit., pp. 121 y ss., con ulteriores comentarios.

⁵⁷ Pap. D. 50.16.219: «*In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*».

⁵⁸ Cfr. Ulp. D. 21.1.15; sobre esta regla A. WACKE, «*Errantis nulla voluntas*», *Grenzen der Konkludentz stillschweigender Willenserklärungen*. En: *Index* 22 (1994), pp. 267 y ss. Sobre la intersección entre error y consentimiento ver APATHY, *Sachgerechtigkeit und Systemdenken*, op. cit., pp. 95 y ss., y SCHERMAIER, *Auslegung und Konsensbestimmung*, op. cit., pp. 235 y ss.

⁵⁹ Sobre la dicotomía *verba-voluntas* cfr., por ejemplo, G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*. Milán: 1966, pp. 288 y ss.; R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*. Vol. II. Palermo: 1969, pp. 163 y ss.; M. KASER, *Römisches Privatrecht*. Secc. I: *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*. Munich: 1971², p. 234 y ss.; P. PESCANI, «*Potentior est quam vox mens dicentis*». En: *Iura* 22 (1971), pp. 121 y ss.; B. ALBANESE, «*Vox* e «*mens dicentis*». En: *AUPA* 34 (1973), p. 79 y ss.; P. CERAMI, «*Verba* e «*voluntas*» in Celso figlio. En: *Studi in onore di A. Arena*. Palermo: 1981, pp. 477 y ss.; ZIMMERMANN, *Law of Obligations*, op. cit., pp. 622 y ss.

⁶⁰ HUGO GROTIUS, *De iure belli ac pacis*. lib. II, cap. XVI, § 1. *Traiecti ad Rhenum* [Utrecht]: 1773. Para más detalles en lo sucesivo ver SCHERMAIER, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums*, op. cit., pp. 173 y ss.

⁶¹ ANDREA AB EXEA, *Tractatus de pactis*. En: *Trias receptarum paelectionum et discussionum de pactis*. Basileae [Basilea]: 1624, p. 24. La desconfianza respecto del significado de las palabras intercambiadas es especialmente visible en esta exposición. Las razones para ello radican probablemente en la limitada interpretación de las fuentes romanas, en el sentido de que

la interpretación en el sentido moderno de la palabra no se conocía; los juristas ciertamente desarrollaron un canon de reglas de interpretación⁶² a partir del ejemplo romano, pero el contenido de una declaración de voluntad no dependía de su significado objetivo. A pesar de que las palabras se miraban como la puerta por donde salía la intención de quien las decía, su voluntad no se valoraba de acuerdo con el significado objetivo de tal declaración sino que la declaración solo brindaba la evidencia de lo que había sido entendido por quien la hacía.

Solo el derecho natural en los siglos XVII y XVIII puso el significado objetivo de la declaración en el centro de la interpretación. El contenido de la declaración se determina de acuerdo a como un común destinatario de la declaración, prudente e informado, lo habría entendido. Grocio ya exigía una interpretación que girara en torno al significado usual de las palabras⁶³. Gracias principalmente a Pufendorf⁶⁴ este concepto llegó a ser establecido en la base del contrato social de Hobbes⁶⁵: puesto que los miembros de una sociedad tienen que comunicarse en un único lenguaje para poder vivir juntos, entonces cada miembro debe poder confiar en el significado de ciertas palabras o signos.

En el régimen del error⁶⁶ este principio sirve básicamente para suprimir la afirmación de que ha habido un error, de que se ha querido una cosa distinta a la declarada. En la teoría general del contrato se permite que se haga una distinción entre intención y declaración de la voluntad, y esta última constituye el núcleo del acto contractual⁶⁷. Savigny, con posterioridad, hará uso de ella para representar la

solo se requiere consenso en la intención de las partes para la validez de un contrato consensual (o *pacto*); cfr. por ejemplo Ulp. D. 2.14.1.2 y ss.; 1. 3.22.1.

⁶² El más conocido es tal vez la regla *in dubio contra proferentem/creditorem*. Sobre la historia de esta regla cfr. C. KRAMPE. *Die ambiguitas-Regel. «Interpretatio contra stipulatorem, venditorem, locatorem»*. En: ZSS 1a. 100 (1983), pp. 185 y ss.; Id. *Die Unklarheitenregel*. Berlín: 1983, pp. 14 y ss.; ZIMMERMANN, *Law of Obligations*, op. cit., pp. 639 y ss. En general ver también H. COING. *Europäisches Privatrecht*. vol. 1: *Älteres Gemeines Recht (1500-1800)*. Munich: 1985, pp. 410 y ss.

⁶³ GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. XVI, § I y lib. II, cap. IV, § III. Sobre esto ver por ejemplo M. DISSELHORST. *Des Hugo Grotius Lebte vom Versprechen*. Colonia: 1959, p. 55 y ss.; H. HÜBNER. *Subjektivismus in der Entwicklung des Privatrechts*. En: *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*. D. MEDICUS/H.H. SEILER (al cuidado). Munich: 1976, p. 720 y ss.; K. LUIG. *Franz Zeiller und die Irrtumsregelung des ABGB*. En: *Forschungsband Franz Zeiller*. W. SELB/H. HOFMEISTER (al cuidado). Viena: 1983, pp. 158 y ss.; E.A. KRAMER, *Der Pflichtgedanke bei der Vertragsschließung: Zur vernunftfrechlichen Grundlage der Vertrauensdoktrin*. En: *Österreichische Juristenzeitung* (1971), pp. 121-125; F. WIEACKER. *Privatenrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Gotinga: 1967², p. 293; H. E. TROJE, «*Ambiguitas contra stipulatorem*». En: SDHI 27 (1961), p. 106.

⁶⁴ S. PUFENDORF. *De jure naturae et gentium*, lib. IV, cap. I, §§ 4-5. Francofurti/Lipsiae [Frankfurt/Lipsia]: 1759; Id. *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem*, lib. I, cap. X, § 2. Cantabrigiae [Cambridge]: 1862, reimpr., New York, 1937.

⁶⁵ Para más detalles al respecto cfr. SCHERMAIER, *Europäische Geistesgeschichte*, op. cit., pp. 78 y ss.

⁶⁶ Al respecto cfr. *infra* III.A.

⁶⁷ Este avance sistemático fue realizado plenamente por la escuela de CHRISTIAN WOLFF. La propuesta de WOLFF fue en sí misma decisiva, pero fue solo NETTELBLADT quien formuló el nuevo concepto. Cfr. D. NETTELBLADT. *Systema elementare iurisprudentiae positivae germanorum communis*. §§ 76 y 193. Halae [Halle]: 1781; Id. *Systema elementare universae iurisprudentiae*

declaración de voluntad como el producto de la formación interna del querer. Sin embargo, debido al hecho de que el acto (declaración de voluntad) –según la teoría escolástica de los actos– solamente es imputable si se encuentra respaldado por una intención correspondiente (intención de declarar), Savigny pudo transferir el problema del error dentro del dualismo intención-declaración: un error relevante solo ocurre cuando alguien declara lo que no tenía la intención de declarar⁶⁸.

C. Justo precio y "laesio enormis"

En el *ius commune* romano y canónico se desarrolló un instrumento objetivo que sancionaba la violación de deberes precontractuales de información a partir de la casuística romana y de la teoría moral-teológica del justo precio: si una de las partes promete una prestación cuyo valor excede en el ciento por ciento el valor de la contraprestación, la promesa (el contrato) es inválida⁶⁹. Las decisiones de los emperadores Diocleciano y Maximiniano⁷⁰ de 285 y 293 d.C. que permitían invalidar los contratos de compraventa sobre inmuebles si el precio de la compra no llegaba a la mitad del valor del inmueble fueron emanadas por particulares motivos socioeconómicos⁷¹.

Desde el medioevo⁷² los juristas han reconocido la *laesio enormis* basándose en la teoría del justo precio como un desarrollo teológico-moral de la *iustitia commutativa* de Aristóteles⁷³.

naturalis, Pars I: Introductio in iurisprudentiam naturalem, §§ 265 y ss. Halae Magdeburgicae [Halle an der Saale]: 1757.

⁶⁸ Sobre las consecuencias de este punto de partida en el derecho de pandectas sobre el error ver *infra* IV.

⁶⁹ En general sobre la historia de la *laesio enormis* cfr., por ejemplo, E. BUSSI. *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*. Vol. II. Pádua: 1937, pp. 37 y ss.; R. DEKKERS. *La lésion énorme*. París: 1937; ZIMMERMANN, *Law of Obligations*, op. cit., pp. 259 y ss.; C. BECKER. *Die Lehre von der «laesio enormis»*, op. cit.; SIEMS, *Handel und Wucher*, op. cit., pp. 764 y ss.

⁷⁰ C. 4.42.2 y 8.

⁷¹ Éxodo rural, fallecimiento de campesinos y una alta inflación pueden haber motivado las decisiones. Sobre los aspectos de fondo y la discusión concerniente a la autenticidad de las fuentes, cfr. ZIMMERMANN, *Law of Obligations*, op. cit., p. 259 y ss. Adicionalmente, véase K. VÍSKY, *Die Proportionalität von Wert und Preis in den römischen Rechtsquellen des III. Jahrhunderts*. En: RIDA 16 (1969) pp. 374 y ss.; K. HACKL. *Zu den Wurzeln der Anfechtung wegen «laesio enormis»*. En: ZSS RA. 98 (1981) pp. 147 y ss.; A. J. B. SIRKS. *La «laesio enormis» en droit Romain et Byzantin*. En: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 53 (1985) pp. 291 y ss.; H. T. KRAMI, «*Laesio enormis* in Roman Law». En: *Labeo* 33 (1987), pp. 48 y ss.; M. PENNITZ. *Zur Anfechtung wegen «laesio enormis» im römischen Recht*. En: *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly*. M. SCHERMAIER/M. RAINER/L. WINKEL (al cuidado). Viena: 2002, pp. 575 y ss.

⁷² Al respecto cfr. GORDLEY, *Philosophical Origins*, op. cit., pp. 65 y ss. con comentarios de AZO, ACCURSIUS, HUGOLINUS y BALDUS; ya en *Brachylogus iuris civilis* 13.8, desde la segunda mitad del siglo XII las decisiones de C. 4.44 se extendieron a todas las cosas capaces de integrar el objeto de una transacción. SIEMS, *Handel und Wucher*, op. cit., pp. 764 y ss., logra establecer una tradición ininterrumpida de la *laesio enormis* desde la última edad romana hasta el medioevo.

⁷³ ARISTÓTELES. *Eth. Nic.* 5.3 (1131 a-1132 b); S. TOMÁS. *Summa Th.* II-II. qu. 61. Al respecto ver GORDLEY, *Philosophical Origins*, op. cit., pp. 13 y ss.; T. MAYER-MALY. *Der gerechte Preis*. En: *Festschrift Heinrich Demelius zum 80. Geburtstag*. G. FROTH (al cuidado). Viena: 1973, pp. 139 y ss.

Ya Hobbes opinaba que el precio estaba formado por el grado de demanda⁷⁴ y que por consiguiente variaba caso por caso. Así el § 935 BGB restringe entonces la posibilidad de resolver el contrato por *laesio enormis* (§ 934 ABGB) cuando alguien adquiera una cosa por un precio extraordinario debido a una predilección particular⁷⁵.

Se encuentra detrás de la aplicación de la *laesio enormis*, además del debate alrededor de la cuestión sobre si el justo precio (*pretium verum/iustum*) puede ser inferido y en qué modo, la preocupación justificada de prevenir o por lo menos impedir la explotación usuraria. No sin razón reconocen las fuentes medievales⁷⁶ un *dolus ex ipsa re* (dolo en la cosa misma) en los casos en que alguien permita la promesa de una contraprestación extremadamente desproporcionada en comparación con la suya.

A pesar de que no fue codificado, la jurisprudencia moderna alemana engancha el concepto de *laesio enormis* a los elementos de la usura y por tanto invalida la transacción, argumentando que una gran disparidad entre valor y precio indica que la parte aventajada se ha aprovechado de la debilidad de la contraparte⁷⁷. Con frecuencia se trata de una ventaja de información, desaprobada por el derecho, que permite a la parte obtener un negocio particularmente bueno.

Hoy día, como en aquel entonces, no es la deducción del "verdadero valor" de la cosa vendida lo que plantea al juez un obstáculo a superar, sino más bien la cuestión sobre la información que debe ser brindada⁷⁸. Su renacimiento en la jurisprudencia alemana⁷⁹ muestra especialmente que los valores que están en la base de la *laesio enormis* no pueden ser reducidos a la relación valor-precio. La explotación de la inexperience de la contraparte o de su estado de necesidad, es decir, la intención de explotar su debilidad con el propósito de sacar provecho es, sin embargo, difícil de probar. Ello muestra que el control del contenido de los contratos no puede culminar con la mera observación de determinadas relaciones

⁷⁴ T. HOBBS. *Leviathan*, ch. xv. En: *English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*. Vol. III. Londres: 1839, p. 137.

⁷⁵ El concepto de *pretium affectionis* era ya familiar para los juristas romanos (Paul. D. 32.2.63 pr.). Sin embargo, en esta forma se remonta a C. A. VON MARTINI, *De lege naturali positiones in usum auditorii vindobonensis*. § 515 y § 521. Viena: 1772, y posiblemente fue seguido por HOBBS por vía de THOMASIUS y PUFENDORF.

⁷⁶ AZO. *Summa Codicis*, ad C. 2.20, n. 9. ROGERIUS, *Summa Codicis*. ad C. 4.44. GORDLEY, *Philosophical Origins*, op. cit., p. 66, al respecto cita como la fuente más antigua: VACARIUS. *Liber pauperum*, lib. IV, cap. LI, ad D. 18.2.23.3.

⁷⁷ Cfr., recientemente, el fallo del BGH del 2 de febrero de 2000, VIII ZR 12/99, reportado en EBE 2000.

⁷⁸ Cfr. por ejemplo, por una parte, Cic. de off. 3.50. (*supra* nota 26), y por otra AG (Amtsgericht) Coburg, NJW 1992, 938: en este caso, alguien había vendido cuadernos viejos en un mercado de las pulgas. El adquirente, obviamente experto, adquirió por unas cuantas monedas algunas páginas, entre ellas, un autógrafo de W. A. MOZART. La corte no permitió al vendedor rescindir el contrato. Sin embargo, la decisión no redujo la *ratio decidendi* a la cuestión crucial de si el comprador estaba en la obligación de hacer caer en la cuenta al vendedor sobre el alto valor del autógrafo, sino que procedió –en frases formales derivadas de la jurisprudencia de las altas cortes– a los requerimientos para una rescisión por error.

⁷⁹ Cfr. también T. MAYER-MALY. *Renaissance der «laesio enormis»?* En: *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23 April 1983*. C. W. CANARIS (al cuidado), pp. 395 y ss.

precio-valor. La codificación de la *laesio enormis*⁸⁰ y la codificación de los elementos constitutivos de la mera usura⁸¹ requieren de una reducción o extensión judicial.

III. SEGUNDA ESCOLÁSTICA E IUSNATURALISMO (1550-1800)

La segunda escolástica, principalmente los teólogos españoles que comentaron la *Summa theologiae* de Santo Tomás de Aquino (con particular énfasis en las *questiones "De iustitia et iure"* de la *Secunda secundae*), desarrollaron a partir de la teoría aquiniana de la imputación y del derecho romano⁸² una teoría general del consenso y del contrato quizás al mismo tiempo que Connarus.

Persistentemente juzgan la relevancia que puedan tener los vicios de la voluntad en la celebración válida de un contrato de conformidad con el principio de causalidad subjetiva. Por ello, si la parte que yerra o que es engañada no habría celebrado el contrato si hubiera tenido un conocimiento completo de los hechos, hasta donde a ella concierne, el contrato es inválido. Fundamentalmente, las proposiciones de Dominicus de Soto (1494-1560), Diego de Covarruvias y Leya (1512-1577), Ludovicus Molina (1535-1600) y Leonardus Lessius (1554-1623) influenciaron en modo decisivo la escuela del derecho natural en los siglos XVII y XVIII⁸³. El holandés Hugo Grocio (1583-1645) es considerado como el fundador de esta escuela: su trabajo *De iure belli ac pacis* (1625) hizo también popular la nueva teoría contractual en la discusión jurídica.

A. Error

También en la óptica de Grocio es relevante todo vicio en la voluntad que tenga una relación causal con la producción de la promesa⁸⁴. Samuel Pufendorf (1632-94), Jean Barbeyrac (1674-1744) y Christian Wolff (1679-1754) adoptan este principio, pero bajo la inmensa influencia que todavía ejercían las fuentes romanas lo remodelaron en varios aspectos. Sobre todo trataron de mantener bajo control el criterio puramente subjetivo de la causalidad natural del error acudiendo a criterios objetivos, con miras a fijar reglas generales sobre la relevancia de ciertos errores. Titius (y siguiéndolo Barbeyrac) opina por ejemplo que solo errores relativos a *res necessaria contractus* –cosa necesaria para el contrato– son relevantes; cosa que puede consistir en circunstancias de hecho que son típicamente significativas en el caso de uno u otro contrato, o en aquello que las partes hayan tenido como

⁸⁰ § 934 ABGB; art. 1674 *Code Civil*.

⁸¹ Por ejemplo, § 138 II BGB; art. 1448 *codice civile*.

⁸² En este punto principalmente contaron con los trabajos de los glosadores y comentadores italianos (*mos italicus*). No parece que conocieran la escuela francesa, en particular, el humanismo contemporáneo de ellos. En contraste con esto, JACOBUS CUIACIUS, por ejemplo, hace referencia a *theologi*, como él los llama (J. CUIACIUS, *Commentarii in lib. XLIV Pauli ad edictum*, ad. D. 22.6.1. En: *Opera omnia*, vol. v. 617 B. Mutinae [Módena]: 1778-1782.).

⁸³ Para más detalles al respecto, cfr. GORDLEY, *Philosophical Origins*, op. cit., pp. 85 y ss. y de reciente, SCHERMAIER, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums*, op. cit., pp. 124 y ss.

⁸⁴ GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XI, § vi.

fundamental para la celebración del mismo⁸⁵ como parte de una condición⁸⁶. Solo en el caso de error en la identidad del contratante (*error in persona*) se encuentran Titius y Barbeyrac entre quienes se guían por la cuestión de si la parte en error en un dado caso habría celebrado la transacción si no hubiera errado.

Esto sirve para explicar, por un lado, la teoría del error contenida en el *Allgemeine Landrecht prusiano* (ALR 1794)⁸⁷; por el otro, la de Pothier y el *Code civil* (1804)⁸⁸, que construyen lo concerniente a un error en la materia del contrato sobre la base de su relevancia "objetiva", mientras que juzgan el error en la persona de la contraparte de acuerdo con su relevancia "subjetiva".

Quizás al mismo tiempo –de nuevo a través de Pufendorf⁸⁹– surgió de la teoría hobbesiana del contrato social⁹⁰ una novedosa y fundamental propuesta de la teoría general del contrato (y de contera de la teoría del error): Christian Thomasius concluyó, con base en la concepción de que cada uno de los miembros de una sociedad debe poder confiar en el significado de ciertas palabras o signos, que nadie puede reclamar sobre la base de que su intención fue diferente a su declaración. Así las cosas, también sostuvo lógicamente que todo error debe perjudicar a la parte misma que yerra⁹¹. El principio que de allí se genera –*error nocet erranti*– se hizo rápidamente popular en la discusión sobre la disciplina del error, pero fue refinado por los juristas del iusnaturalismo temprano según la teoría de la confianza: solo si el destinatario de la declaración pudo confiar en la intención que de ella se infería, quedaba el declarante vinculado a su declaración. Pero, si el destinatario sabía de la divergencia o si hubiera debido saber de ella, entonces no podía confiar en su *iusta expectatio*, es decir, en su confianza en la declaración⁹².

⁸⁵ Cfr. G. G. TITIUS. *Observationes ratiocinantes in compendium juris Lauterbachianum*. Lipsiae [Lipsia]: 1703, observatio 511: "... ea, quae vel negotii natura vel paciscentium destinatio tempistica ac declarata requirit"; en modo similar J. BARBEYRAC, *Trad. de Pufendorf: Le droit de nature et des gens, ou système général des principes les plus importans de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*. ad. lib I, cap. III, § 10, n. 2. Amsterdam: 1706.

⁸⁶ Sobre el importante rol de la condición, en particular de las *conditions tacitae*, en la teoría del contrato, cfr. *infra* III.B.

⁸⁷ ALR, Parte I, título IV, § 75. Un error relativo a elementos significativos de la transacción o al objeto fundamental de la declaración de voluntad las hace inválidas. § 76. De igual modo se aplica a un error en la identidad de la persona para quien derivaría un derecho de la declaración de voluntad, en la medida en que resulte claro de las circunstancias que sin tal error la declaración no hubiera sido hecha en su forma existente.

⁸⁸ Art. 1110 *Code civil*: "L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principal de la convention".

⁸⁹ PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, lib. IV, cap. I, §§ 4-5, op. cit.; *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem*, lib I, cap. X, § 2, op. cit.

⁹⁰ Más detalles en SCHERMAIER, *Europäische Geistesgeschichte*, op. cit., pp. 78 y ss.

⁹¹ C. THOMASIUS. *Institutiones jurisprudentiae divinae*, lib. I, cap. I, § 72. Halae Magdeburgicae [Halle an der Saale]: 1720.

⁹² Así, por ejemplo, J. A. H. ULRICH, *Initia philosophiae iusti seu iuris naturae socialis et gentium*. §§ 215 y ss. Ienae [Jena]: 1790; G. HUFLAND, *Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundenen Wissenschaften*. §§ 255 y ss. Ienae [Jena]: 1790.

Este principio de la teoría de la confianza fue elevado a norma por primera vez en el régimen del error del ABCB en 1811⁹³. La pandectística de fines del siglo XIX se apoderó de dicho principio y lo desarrolló. Su esencia, sin embargo, tiene su origen en la discusión iusnaturalista de la teoría hobbes-pufendorfiana del lenguaje. Actualmente, tomando en cuenta las disposiciones correspondientes de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos y los Principios UNIDROIT, tal principio constituye la máxima en la regulación moderna de la disciplina jurídica del error⁹⁴.

B. Cláusula "rebus sic stantibus" y "conditio tacita"

Muchos juristas del derecho natural cayeron en la tentación de tratar errores sobre circunstancias presentes o expectativas incorrectas relativas a circunstancias futuras acudiendo al concepto de *conditio tacita* (condición tácita o implícita). Al referirse al error, Grotio ya consideraba que quien ha prometido promete bajo la condición de que todas las circunstancias resulten como las ha imaginado⁹⁵. Como apoyo contó con la doctrina clásica y medieval de la *clausula*⁹⁶. De acuerdo con esto, una obligación asumida en un contrato cesa si se produce un cambio en las circunstancias externas que fueron la base sobre la cual fue celebrado. El problema fue objeto incluso de una discusión en la filosofía clásica: Cicerón cita el caso en el que a alguien es entregada una espada en depósito y el depositante, quien en el entretanto ha enloquecido, pide la restitución. El depositante no incumplía su obligación de restituir el objeto en custodia si se rehusaba a entregar la espada⁹⁷. Al respecto los juristas medievales se han referido incluso a una condición que se encuentra implícita en la celebración de todo contrato⁹⁸.

⁹³ §§ 871, 872, 876 ABGB (1811). Tales previsiones volvieron a ser promulgadas en 1916. Por ejemplo, el § 876 en la edición de 1811 decía: "Si el promitente mismo se encuentra en culpa en relación a su error, cualquiera que sea su tipo, el contrato es válido; a menos que las circunstancias fueran tales que la contraparte hubiera podido reconocer el error regente".

⁹⁴ Art. 4.103 PECL; art. 3.5 Principios UNIDROIT; cfr. también art. 6:228 BW Holandés.

⁹⁵ GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XI, § VI 2: «*Similiter ergo dicemus, si promissio fundata sit in praesumtione quadam facti quod non ita se habeat, naturaliter nullam ejus esse vim: quia omnino promissor non consensit in promissum, nisi sub quadam conditione quae re ipsa non existit*».

⁹⁶ Esta conexión fue disputada hasta el momento. Cfr. por ejemplo DISSELHORST, *Des Hugo Grotius Lehre vom Versprechen*, op. cit., p. 92; R. FEENSTRA, *De oorsprong van Hugo De Groot's leer over de dwaling*. En: *Met eerbiedigende werking. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. L.J. Huijmans van der Bergh*. Deventer: 1971, pp. 96 y ss.

⁹⁷ CIC. *de off. 3.94 y ss.* Para esta y otras fuentes de la doctrina de la *clausula* ver R. FEENSTRA. «*Impossibilitas*» and «*clausula rebus sic stantibus*». En: *Daube noster. Essays in Legal History for David Daube*. A. WATSON (al cuidado). Edimburgo/Londres: 1974, pp. 77 y ss.; M. BECK-MANNAGETTA, *Die «clausula rebus sic stantibus» und die Geschäftsgrundlage in der Dogmengeschichte*. En: *La formazione storica del Diritto moderno in Europa*. Vol. III. Florencia: 1977, pp. 1263 y ss.; G. GIEG. «*Clausula rebus sic stantibus» und *Geschäftsgrundlage*. Ein Beitrag zur Dogmengeschichte*. Aachen (Aquisgrán): 1994.

⁹⁸ Joh. Teutonicus, *Gl. furens*, ad. C. 22, q. 2, c. 14; para ulteriores comentarios cfr. R. ZIMMERMANN. *Heard melodies are sweet but those unheard are sweeter. «Condicio tacita», implied condition*

Grocio llegó a la doctrina de la *clausula* a través de la escolástica⁹⁹ y del *ius commune* romano¹⁰⁰. Su innovación radica en la conexión entre el régimen del error y la doctrina de la *clausula*, que creó con la ayuda del concepto jurídico de *conditio tacita*.

De acuerdo con ello, el error del promitente tiene que ser relevante debido a la circunstancia de que ha hecho su promesa bajo la condición (implícita) de que sus expectativas se cumplan. Si el significado de una promesa (*promissio*) se juzga de acuerdo con la intención del promitente¹⁰¹, la construcción de una "condición implícita" resulta fácil y no presenta problemas. Esto tiene que ser examinado en la teoría de la *promissio* de Grocio, la cual está basada en la teoría moral de la escolástica sobre la imputación de los actos humanos: en la doctrina de Grocio una promesa es el núcleo del actuar jurídico, y la mayor tarea del derecho de contratos es elaborar reglas que determinen la "imputación" de este tipo de actos: por consiguiente las preguntas sobre el tipo de promesa de que se trata, a quién se dirige, cuál su contenido, solamente pueden ser respondidas por la intención y querer del promitente. La asunción de una *conditio tacita* deviene problemática si se tienen en consideración las expectativas del destinatario de la promesa, especialmente si el error se examina en la celebración de un contrato. De hecho, Pufendorf reconoció que un error relativo a *promissiones* puede ser tomado en consideración solamente si la parte en error "expresó" sus expectativas (incorrectas) en modo reconocible¹⁰².

En caso de error en la formación de un contrato (el intercambio de dos o más promesas), Pufendorf consideraba que solo podían tenerse como base del contrato aquellas circunstancias que la parte en error hubiera comunicado a la otra en forma de condición¹⁰³.

A pesar de estas restricciones, el modelo de la *conditio tacita* no perdió su popularidad; jugó un rol importante en mayor o menor grado, en la concepción jurídica europeo-continental del error de fines del siglo XIX. Puede encontrarse en la *Voraussetzungsléhre* de Windscheid como una condición no revelada¹⁰⁴, y en la doctrina del

und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts. En: *AcP* 193 (1993), pp. 134 y ss.; FEENSTRA, «*Impossibilitas*» and «*clausula rebus sic stantibus*», op. cit., pp. 80 y ss.

⁹⁹ Sobre el particular, GROTIUS debió haber tomado directamente de LESSIUS, *De iustitia et iure ceterisque virtibus cardinalibus* (...) ad secundam secundae D. Thomae, lib. II, cap. XVII, dub. V, n. 33. Venecia [Venecia], 1608.

¹⁰⁰ M. RUMMEL reporta numerosas fuentes de teoría jurídica del medioevo y de la edad moderna: *Die «clausula rebus sic stantibus»*. Baden-Baden: 1991.

¹⁰¹ También PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, lib. III, cap. VI, § 6; C. WOLFF, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, pars. IV, § 569. Halaen Magdeburgicae [Halle an der Saale]: 1744, reimpr., Hildesheim y New York, 1972; así mismo cfr. ZIMMERMANN, *Heard melodies are sweet but those unheard are sweeter*, op. cit., 146 y ss.

¹⁰² PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, lib. III, cap. VI, § 6: «*Verum si promissio praesentiam aut absentiam alicuius qualitatis tanquam conditionem prae se non tulerit, licet fortasse ea facta non fuisset, ubi de illa promissori constitisset; promissio nibilominus valida erit*».

¹⁰³ PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, lib. III, cap. VI, § 7; para un análisis reciente sobre la materia cfr. SCHERMAIER, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums*, 4.2.2.3.

¹⁰⁴ B. WINDSCHEID. *Die Lehre des römischen Rechts von den Voraussetzung*. Dusseldorf: 1850, pp. 80 y ss.

error de Leonhard¹⁰⁵. La doctrina de la condición implícita ha asumido un papel especial en la concepción jurídica inglesa del error desde *Couturier v. Hastie*¹⁰⁶.

IV. PANDECTÍSTICA (1800-1900)

La escuela histórica del derecho, más conocida como el movimiento pandectista, por ser las pandectas (Digesto) de Justiniano su mayor objeto de observación, es fundamentalmente un fenómeno alemán. No obstante, debido a la influencia de la escuela particularmente en Francia, Austria, Suiza e Italia amerita ser tratado como un fenómeno europeo. También trajo consigo la segunda ola de codificaciones¹⁰⁷ –del mismo modo en que el iusnaturalismo del siglo XVIII condujo a la primera–, debido a lo cual sus resultados más importantes están contenidos en reglas que se aplican actualmente.

A. Error

La concepción jurídica del error en la pandectística está dominada por el concepto jurídico savigniano de "error en la declaración". Este concepto describe la situación en la cual una persona se encuentra en error frente al contenido de su declaración (juzgado de acuerdo con un estándar objetivo), y fue calificado por Savigny como "error irreal"¹⁰⁸; se vuelve el centro de la doctrina del error del siglo XIX. Savigny, pero más aún sus pupilos y seguidores –sobre todo Brinz y Zitelmann– situaron el error relevante en la declaración en antítesis conceptual con un error irrelevante en los motivos¹⁰⁹. Tal distinción hunde sus raíces en la doctrina escolástica de los actos contractuales. Zitelmann divide el proceso "psicológico" de elaboración la declaración de voluntad en tres estadios: en primer lugar, alguien toma la decisión de hacer una declaración de voluntad sobre la base de su percepción (lo que equivale a motivo); esta decisión se desarrolla en una intención actual de declarar (lo que equivale a intención) y esta es a su vez manifestada en una declaración

¹⁰⁵ R. LEONHARD. *Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach römischem Rechte. Ein Beitrag zur Vereinfachung der Vertragslehre*. Berlín: 1882/1883, p. 512: "Los errores de una parte contratante relativos a circunstancias, son significativos cuando su consideración fue expuesta en modo reconocible por la otra parte, como pre-condición necesaria para la validez del contrato".

¹⁰⁶ *Couturier v. Hastie* (1856) 5 Clark's Reports, HL 673; ulteriores comentarios en ZIMMERMANN, *Heard melodies are sweet but those unheard are sweeter*, op. cit., pp. 149 y ss.; P.S. ATIYAH. *Couturier v. Hastie and the Sale of Non-Existente Goods*. En: LQR 73 (1957), pp. 340 y ss.

¹⁰⁷ OR (1881) y ZGB (1907) suizos; BGB alemán (1900); tercera re-promulgación parcial del ABCB austriaco (1916); ZGB soviético (1922); Código Civil y ley de las obligaciones turcos (1926); codice civile italiano (1942); ZGB griego (1946).

¹⁰⁸ F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*. Vol. III. Berlín: 1840, p. 99 y ss. Para un análisis comprensivo y ulteriores comentarios ver SCHERMAIER, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums*, 9.2.2

¹⁰⁹ A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*. Vol. IV. §§ 315 y ss. Erlangen/Lipsia: 1892²; E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*. Lipsia: 1879, pp. 329 y ss., p. 373.

de voluntad realizada sobre tal base (lo que equivale a declaración). El derecho, en la visión de Zitelmann, puede tomar en cuenta solamente errores que resulten de una declaración percibida por el destinatario y divergente de la voluntad del declarante; por ejemplo, cuando alguien quiere decir 10.000 euros pero en realidad solamente dice 1.000. Errores en la formación de la voluntad –errores que por consiguiente influencian la intención de declarar y que el declarante no habría formado si hubiera sabido las verdaderas circunstancias– tenían que ser irrelevantes como meros “errores en los motivos”. Por consiguiente, quien crea que un brazalete está hecho de oro y desee comprarlo por tal razón, está cometiendo solamente un “error en los motivos” porque su intención de comprar se formó sobre la base de una percepción defectuosa¹¹⁰. Se deduce lógicamente de la teoría de Zitelmann que todos los errores relativos a las circunstancias de hecho fundamentales, esto es, concernientes a los fundamentos del contrato, son insignificantes siendo errores en los motivos. Los viejos casos de *error in corpore, in substantia, in materia o in qualitate*, siempre que no hayan causado un error en la declaración, no pueden por ello ser tomados en consideración¹¹¹.

Pese a que el mismo Zitelmann consideró posteriormente que su doctrina “psicológica” del error no podía ser una base apropiada para una regulación legal¹¹², y no obstante las varias críticas al respecto¹¹³, la teoría legal alemana actual todavía sigue aferrada firmemente a la distinción entre error en la declaración y error en los motivos¹¹⁴. Debido a la inseguridad relativa a la evidencia aparentemente conclusiva de que los errores relativos a los hechos del caso concreto son siempre insignificantes, fueron adoptadas algunas previsiones que categorizan errores relativos a las cualidades o a la base del contrato como errores relevantes en el § 119 II BGB y en el artículo 24 I 4 del Código de las Obligaciones suizo.

B. “Culpa in contrahendo”

Entre los varios elementos que sirven para sancionar la violación de los deberes de información en los sistemas de derecho privado modernos, la permanente obligación de pagar daños es la más interesante desde el punto de vista dogmático.

¹¹⁰ ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, op. cit., pp. 328 y ss., pp. 441 y ss. Por tal razón, se toma en consideración el caso de la *viriola aurea* en D. 18.1.14.

¹¹¹ Así, en efecto, ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, op. cit., pp. 461 y ss., 490 y ss., 549 y ss. Un análisis concreto en SCHERMAIER, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums*, op. cit., pp. 521 y ss.

¹¹² E. ZITELMANN, de discusiones durante la segunda sesión de la primera sesión, septiembre 12 de 1889, *Verhandlungen des Zwanzigsten Deutschen Juristentages*, Vol. IV. p. publicados por el Schriftführer-Amt der ständigen Deputation. Berlín: 1889, pp. 101 y ss.

¹¹³ Llevó la delantera en el criticismo de la época E. PFERSCHE, *Zur Lehre vom error in substantia*. Graz: 1880.

¹¹⁴ Cfr. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Vol. II. *Das Rechtsgeschäft*. Berlín/Heidelberg/Nueva York: 1993⁴, pp. 449 y ss., 472 y ss. Un análisis resumido en ZIMMERMANN, *Law of Obligations*, cit., pp. 614 y ss.; KRAMER, *Der Irrtum beim Vertragsabschluß*, cit., pp. 34 y ss.

Esta institución puede comprender tanto una obligación de pagar los daños en cabeza de la parte en error como una obligación de compensar la pérdida sufrida por la contraparte que debía ser informada de ciertas circunstancias. Su historia comienza en el derecho romano como una forma de responsabilidad precontractual por *dolus in contrahendo*: en algunas decisiones se genera una responsabilidad de tipo contractual aunque el contrato nunca haya tenido existencia (en particular los casos de imposibilidad inicial)¹¹⁵. En tales casos, los juristas romanos concedían la acción contractual sin necesidad de acudir a ficciones o argumentos particulares¹¹⁶, y procediendo de este modo extendían el estándar de la *bona fides* contractual a la relación precontractual de las partes. Rudolf von Jhering hizo la abstracción de estas fuentes en el principio según el cual la parte por cuya culpa se frustra la celebración del contrato o se anula está obligada a compensar a la contraparte las pérdidas sufridas por la confianza depositada en una promesa fútil (interés negativo)¹¹⁷.

En particular, la solución no satisfactoria que ofrecía la doctrina de Savigny, debido al hecho de que consideraba todo error en la declaración como significativo, independientemente de si el destinatario de la declaración podía confiar en la validez de la declaración, llevó a Jhering a la siguiente generalización: la parte en error debe poder liberarse de su propia declaración siempre que indemnice a la contraparte la pérdida que haya sufrido por haber confiado en la validez del contrato¹¹⁸. Pero esta solución no era nueva. Ya Grotius había considerado responsable a la parte en error, debiendo esta compensar los perjuicios cuando hubiera sido negligente *in re exploranda vel in sensu suo exprimendo*, esto es, al momento de investigar las circunstancias del contrato o de comunicar información a la contraparte¹¹⁹. Aquí, como en el caso de Jhering, la responsabilidad de la parte en error, debida a su *culpa in contrahendo*, es entonces el precio por haber generado una confianza fundada en la contraparte y por anular el contrato. Los ordenamientos que tan solo toman en cuenta errores inevitables o excusables¹²⁰, o los que conceden a la parte en error la posibilidad de anular el contrato dependiendo de si el destinatario

¹¹⁵ Por ejemplo, Ulp. D. 11.7.8.1 (venta de *locus religiosus*); Mod. D. 18.1.62.1 (venta de *loca sacra/religiosa/publica*); Ulp. D. 18.4.4 (pago de lo no debido); Paul. D. 19.1.21 pr. (venta de un *partus ancillae* inexistente).

¹¹⁶ V. ARANCIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*. Vol. I, p. 209 n. 1 (210) Nápoles: 1961, 2.^a. reimpr., 1976, hace referencia a *validità del contratto* (como putativo); cfr. también P. STEIN, *Fault in the Formation of Contract in Roman and Scots Law*. Edimburgo/Londres: 1958, Y. BEN-DROR, *The Perennial Ambiguity of «culpa in contrahendo»* En: *American Journal of Legal History* 27 (1983), pp. 142 y ss.

¹¹⁷ R. VON JHERING. «*Culpa in contrahendo*» oder *Schadenersatz bei nichtigem oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*. En: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. 4, 1861, pp. 1-112.

¹¹⁸ Como es el caso actualmente: § 122 BGB.

¹¹⁹ GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XI, § VI 3.

¹²⁰ Como es el caso de la praxis francesa, belga y española; cfr. los comentarios en KRAMER, *Der Irrtum beim Vertragsabschluß*, op. cit., pp. 61 y ss.

de la declaración experimentó pérdidas derivadas de su interés negativo¹²¹, no reconocen tal conexión.

En Alemania, Austria y Suiza¹²², pero también en Italia y Francia¹²³, la *culpa in contrahendo* ha conquistado un nuevo y extenso campo de acción desviándose de la problemática del error hacia la de violación de los deberes de información. Debido a que el derecho alemán en materia de responsabilidad extracontractual usualmente solo admite los daños sobre bienes jurídicos que según la descripción legal son merecedores de tutela, y dentro de los cuales no se encuentra tal "propiedad"¹²⁴, la responsabilidad por *culpa in contrahendo* se ha establecido incluso como una tercera vía en materia de responsabilidad al lado de la responsabilidad contractual y la extracontractual. La atracción de una institución jurídica que no había sido regulada legalmente sino hasta el año 2002 y que por ello dio suficiente libertad a la doctrina y a la práctica para ampliar su campo de actuación, ha dado lugar a que reglas contractuales que gobiernan la responsabilidad por deberes de información (p. ej., el régimen del error, del dolo, de las transacciones desproporcionadas, de la usura o la responsabilidad por vicios en la cosa) hayan pasado a un segundo plano. La incursión de la *culpa in contrahendo* en el campo del error nos lleva a interrogarnos sobre si es posible encuadrarla dentro del conjunto de valores establecidos en los países del *civil law*, o si va a sobrepasar los viejos conceptos legales¹²⁵.

¹²¹ Cfr., por ejemplo, § 871 ABCB, que solo permite la anulación por error si la contraparte que no se encuentra en error no sufre pérdidas por haber confiado en la validez de la declaración de voluntad (*res integra*).

¹²² Sin embargo, también en Estados Unidos: cfr. F. KESSLER, *Der Schutz des Vertrauens bei Vertragsverhandlungen in der neueren amerikanischen Rechtsprechung*. En: *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, H.C. FICKER (al cuidado). Tubinga: 1978, pp. 873 y ss.; F. KESSLER/E. FINE, «*Culpa in Contrahendo*» *Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study*. En: *Harvard Law Review* 77 (1964), pp. 401 y ss.

¹²³ Cfr. de nuevo los comentarios en KRAMER, *Der Irrtum beim Vertragsabschluß*, pp. 134 y ss.

¹²⁴ La negativa se da fundamentalmente en razón del § 823 I, la regla central de la responsabilidad extracontractual alemana. La cuestión es diferente en los derechos frances y austriaco, que reconocen una cláusula general de responsabilidad. Cfr. art. 1382 *Code civil* y § 1295 ABCB.

¹²⁵ Para la discusión alemana cfr. W. KRÜGER, *Eine Linoleumrolle und die Folgen*. En: *Festschrift für Horst Hagen*, G. BRAMBRING (al cuidado). Colonia: 1999, pp. 409 y ss.; H.C. GRIGOLEIT, *Vorvertragliche Informationshaftung. Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*. Munich: 1997.