

Una aportación al estudio del «error in substantia» en la compraventa

D. 18, 1, 9, 2 (Ulp. 28 ad Sab.)

JUAN MIQUEL

SUMARIO: I. Introducción: A) La doctrina del *error in substantia* en el Derecho comparado y en la moderna dogmática.—B) La doctrina del *error in substantia* en la moderna romanística.—II. Análisis de D. 18, 1, 9, 2.: a) Supuesto del hecho: Exposición y crítica.—b) La opinión de Marcelo.—c) La solución de Ulpiano.—d) La fundamentación *quia eadem prope oóβία est.*—III. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

La investigación del *error in substantia* ha dado lugar a una abundante bibliografía por la complejidad de los problemas que plantea (1). La cuestión, que tiene una importancia tanto histórica como dogmática, sirve para mostrar, una vez más, la influencia del Derecho romano sobre las legislaciones modernas. En realidad, se trata aquí de dos interpretaciones distintas de las fuentes romanas, siendo muy significativo el hecho de que el BGB alemán siga la formulación de SAVIGNY, y el Code civil francés y el Código civil español la de POTHIER. Vamos a exponer —siquiera sea muy someramente— el Derecho comparado y la dogmática moderna no sólo para seguir la génesis de las distintas legislaciones, sino también para demostrar cómo las categorías creadas por la doctrina moderna, y principalmente por la pandectística germana, han influido de modo decisivo al enjuiciar la realidad histórica romana (2).

A) El penetrante análisis llevado a cabo por SAVIGNY y la pandectística impidió, en muchas ocasiones, la recta comprensión de instituciones enteras al crear un dualismo donde los romanos habían visto una unidad. Esto sucedió, concretamente, en materia de voluntad y declaración, en el negocio jurídico. Los romanos no veían una separación

(1) La bibliografía antigua sobre el tema se encuentra muy bien seleccionada en HAUPT, *Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum seit der Reception*, Weimar, 1941. Vide además WINDSCHILD, *Pandekten*⁶, § 76, núm. 9. Sobre la moderna bibliografía romanística vide el ap. B) de esta Introducción.

(2) Sobre este problema magistralmente KUKKEL, en su conferencia pronunciada en Oxford y todavía inédita: *Der Irrtum im römischen Vertragsrecht*.

tajante entre ambas, sino que las concibieron íntimamente unidas, considerando que ésta era la expresión de aquella. En cambio, separadas y contrapuestas en el siglo XIX por la doctrina alemana era lógico que se planteara el problema de la primacía (3). En nuestro tema del error tiene importancia esta separación, pues fruto de ella son dos consecuencias muy significativas:

1) La distinción que hace la moderna doctrina alemana entre error y disenso (4). Aquí se enfoca todo desde el punto de vista de la declaración de voluntad; mientras en el error (impropio), hay una discordancia entre lo declarado y lo querido, en el disenso las dos declaraciones de voluntad no se encuentran (5). La consecuencia es que cuando hay disenso no hay contrato y, en cambio, en el error obstativo se considera que hay contrato, pero se permite su impugnación (Vide BGB § 119, I). Como se ve nos movemos aquí dentro del ámbito de la teoría de la declaración y disenso quiere decir, para la moderna doctrina alemana, no discordancia de voluntades, sino discordancia de declaraciones de voluntad (6). Es un mérito de KUNKEl el haber destacado el influjo que ha ejercido esta categoría sobre los intérpretes modernos de las fuentes romanas (7).

2) La distinción entre el error que recae sobre la formación de la voluntad (error propio), y el error que afecta a la declaración (error impropio u obstativo) (8). En el primer caso hay una concordancia entre voluntad y declaración, en el segundo una discordancia entre ambos, de modo que se declara algo que no se quiere. También los efectos que producen son diferentes: mientras el error en los motivos es, por regla general, irrelevante —ya que lo decisivo es la voluntad y no su formación—, el error impropio es relevante, pues la voluntad es el nervio del negocio jurídico y aquí es evidente que no encuentra ex-

(3) Un buen resumen de la cuestión puede encontrarse en HAUPT, oc. 47 ss. Muy significativa la polémica de BEKKER contra WINDSCHEID. BEKKER concluye que la teoría de la voluntad no puede deducirse de las fuentes romanas (*System des heutigen Pandektenrechts*, II (1889), 63 ss.).

(4) Vide por todos von TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, II, 2 (1914), 480 ss.

(5) La doctrina habla de disenso manifiesto (*offener Dissens*) cuando los contratantes saben que sus declaraciones de voluntad no coinciden (§ 154 BGB) y de disenso latente (*versteckter Dissens*) cuando los contratantes no tienen conocimiento de que sus declaraciones no coinciden y creen que han celebrado un contrato (regulación legal en § 155 BGB).

(6) Como dice muy bien KUNKEl (conf. cit.) *Dissens* no tiene el sentido de la palabra latina *dissensus* ya que *dissentire* significa, no emitir declaraciones distintas, sino "discordar en los pareceres" o "querer cosas distintas". TITZE (citado por von TUHR, oc., 480) afirma con razón que la palabra *Dissens* induce a error, pero von TUHR encuentra que es una cómoda expresión sintética en vez de la expresión "Mangel der Übereinstimmung der Willenserklärungen".

(7) KUNKEl, RPR³ (1949), 108 y la conferencia citada donde desarrolla su punto de vista.

(8) Sobre el tema ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II (1960), 1076 ss. con abundante bibliografía.

presión. SAVIGNY (9) es el primer autor que, enraizando como otras tantas veces en DONELLO (10), separa, con toda claridad, error en los motivos y error sobre el contenido de la declaración. La ciencia del siglo XIX le sigue (11) y de este modo llega la distinción al BGB alemán y a la moderna dogmática.

El *error in substantia* planteaba un problema grave, pues, no terminaba de encajar en ninguna de estas dos categorías (12). A SAVIGNY (13) corresponde el mérito de haber elaborado una doctrina que si bien se aleja de las fuentes (14), no obstante, se acerca bastante a la realidad de la vida práctica. SAVIGNY equipara el *error in substantia* a los casos en que hay una declaración sin voluntad (15). No desconoce que este modo de tratar el *error in substantia* no es el único posible, sino que destaca incluso cómo es mucho más artificial que una concepción análoga del *error in corpore*, donde sería imposible presumir que existe una verdadera voluntad. Este carácter excepcional del error sustancial permite determinar discrecionalmente los casos en que es relevante. Para ello emplea SAVIGNY el siguiente criterio: “El error sobre una cualidad de la cosa es esencial, si la cualidad presupuesta erróneamente hace que, según las concepciones dominantes en el tráfico, haya que encuadrar la cosa en otro género distinto al que pertenece. El que la materia sea distinta no es aquí condición necesaria, ni siquiera suficiente” (16).

La doctrina de SAVIGNY es seguida por el BGB alemán, que en su § 119, equipara, mediante una ficción (17), el error sustancial al error en el contenido de la declaración, diciendo: “Se considera también error sobre el contenido de la declaración el error sobre las cualidades de la persona o de la cosa que en el tráfico se reputan esenciales”. La fórmula “cualidades de la persona o cosa que en el tráfico se reputan esenciales” tiene la ventaja de dejar —con su gran amplitud— un gran margen a la interpretación y a la libre apreciación de los tribunales. Como consecuencia ha fracasado la doctrina ci-

(9) SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III (1840), 263 ss.

(10) DONELLO, *Comment. lib. IV*, cap. XVI, núm. 4.

(11) Vide por todos WINDSCHEID, *oc.*, § 76.

(12) Todavía hoy día se encuentra la doctrina colocada ante el dilema. Vide ENNECCERUS-NIEPPERDEY, *oc.*, 1042.

(13) SAVIGNY, *oc.*, 276 ss.

(14) Con razón le acusa ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft* (1879), 754, de forzar las fuentes en este punto.

(15) Una interpretación distinta del pensamiento de SAVIGNY puede verse en FLUME, *Eigenschaftsirrthum und Kauf* (1948), 12 ss. Contra este autor convincentemente WOLF, *Error im römischen Vertragsrecht* (1961), 112, n. 1.

(16) *System*, III, 283. Pueden encontrarse precedentes de esta concepción de SAVIGNY en PLATE § 13 y RICHERMANN, *Der Einfluss des Irrthums auf Verträge* (1837) § 15, que se remite a “die im allgemeinen Leben verbreiteten Ansichten”. Sobre la influencia de la doctrina de SAVIGNY en Francia y España vide las páginas siguientes.

(17) Con razón censura von TUHR (lc.) este expediente desde el punto de vista de la técnica legislativa.

vilística alemana en su intento de acotarla a priori partiendo de categorías abstractas (18).

La misma influencia que ejerció SAVIGNY en esta materia sobre el BGB alemán corresponde a POTHIER respecto a las legislaciones latinas (19).

El art. 1.110 del Code civil dice: "L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsque'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet".

Análogamente declara el Código civil español en su art. 1.206, apartado 1.º: "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo".

Es interesante comparar la formulación de ambos Códigos con la de POTHIER: "L'erreur anulle la convention, non seulement lorsqu'elle tombe sur la chose même, mais lorsqu'elle tombe sur la qualité de la chose que les contractants ont eue principalement en vue et qui fait la substance de cette chose" (20). Mientras el Código francés adopta —por lo menos a primera vista— un criterio objetivo, el Código español con su disyuntiva parece inclinarse por un criterio mixto frente a la formulación de matiz más subjetivo de POTHIER. Pero la cuestión no está, en verdad, tan clara. La doctrina francesa aparece dividida en dos grandes grupos:

1) Teoría objetiva.—Sus representantes más genuinos son AUBRY ET RAU (21). Dicen estos autores: "Par substance de la chose, on doit entendre, non seulement les éléments matériels qui la composent, mais encore les propriétés dont la réunion détermine sa nature spécifique, et la distingue, d'après les notions communes, des choses de tout autre espèce". A esta teoría —que tiene la ventaja de ceñirse al tenor literal del art. 1.100— se le ha objetado, no obstante, el que elimina toda apreciación de la voluntad de los contratantes (22).

(18) El estado de la cuestión antes de la primera guerra mundial puede encontrarse en von TUHR (oc., pág. 578 y nota 8), y la doctrina actual en ENNECCERUS-NIPPENDEY, oc., 1044 s.

(19) El Código civil italiano seguía en su artículo 1.100 la formulación del Código francés. El nuevo Código declara en su artículo 1.428: "El error es causa de anulación del contrato cuando es esencial y es reconocible por el otro contratante" y en el 1.429: "El error es esencial: 1) ... 2). Cuando recae sobre la identidad del objeto de la prestación o sobre una cualidad del mismo que, según la común apreciación o en relación a las circunstancias, debe de considerarse determinante del consentimiento". Sobre la idea de que el error ha de ser reconocible por el otro contratante, BETTI, *Istituzioni*, I^o, 140 (comp. BECHMANN, *System des Kaufs nach gemeinem Recht* (1884), 450). Sobre la frase "según la común apreciación" y en general sobre el estado de la doctrina italiana vide BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (1955), 433 ss.

(20) POTHIER, *Traité des obligations*, núm. 18.

(21) AUBRY ET RAU, *Cours de Droit civil français*, IV, 433.

(22) COLIN ET CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil* (1948), II, núm. 58. El que el resultado del sistema objetivo sea no eliminar la apreciación del

2) Teoría subjetiva.—Es la seguida por la opinión dominante y por la jurisprudencia francesa (23). Según esta doctrina la sustancia de la cosa “ce ne sera donc pas un ensemble d'éléments stables, toujours les mêmes, quels soient les contractants. Ce seront, au contraire, des éléments variables avec chaque individu. Ce sera la qualité que le contractant ou les contractants avaient principalement en vue, celle qui les a déterminés à contracter” (24).

Nuestro Código civil (25) sigue en su art. 1.266, ap. 1.º, un criterio mixto al fijarse, por una parte, en “la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato” y, por otra, en “aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo”. El Tribunal Supremo ha destacado la preponderancia del criterio subjetivo sobre el objetivo en el error sustancial. A este respecto dice la Sentencia de 14 de junio de 1943: “no obstante las grandes dificultades y largas polémicas que ha suscitado el concepto y la doctrina del *error in substantia*, que la generalidad de las legislaciones contemporáneas, las latinas sobre todo, han tomado por conducto de POTHIER, de un pasaje atribuido en el Digesto (libro XVIII, tit. I, fragmentos 9, párrafo 2.º, 11 y 14) a ULPIANO y que la crítica actual considera interpolado, pueden ser admitidas como seguras, en cuanto intereses al caso del recurso las siguientes conclusiones: 1) Que tanto en el Derecho romano como en los Derechos modernos, el reconocimiento del error sustancial, con trascendencia anulatoria del negocio, tiene un sentido excepcional muy acusado, ya que fundamentalmente lo decisivo para la existencia y eficacia del negocio jurídico es que se declare una voluntad y que lo declarado se ajuste realmente a lo querido sin que los motivos que hayan decidido a las partes a celebrar el acto puedan ejercer, por regla general, influencia alguna sobre la validez de éste. 2) Que cualquiera que sea la construcción que se acepte del error sustancial, en torno al cual se han producido tan dispares teorías objetivas, subjetivas y mixtas, y cualquiera que sea también el fundamento que se atribuya a la eficacia y efectos de tal error, ya se enlace éste directamente con la “voluntad de las partes”, ya con la “causa” o con la llamada “base del negocio”, es obligado entender que la apreciación de la esen-

juez en cada caso concreto no es, como creen estos autores, ningún inconveniente. Además, resulta paradójico acogerse entonces al sistema subjetivo donde la apreciación del juez ha de ser forzosamente mucho mayor.

(23) Vide entre los autores franceses como más representativos, COLIN ET CAPITANT, *oc.*, núm. 58 y PLANIOL-REPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, VI (1952), núm. 183. Es muy curiosa la formulación de ZACHARIAE-CROMB, *Handbuch des französischen. Civil rechts* II (1894), 421, núm. 14 a), sobre el error sustancial, ohne welche der Vertrag (mit Rücksicht auf die vernünftliche Intentionen der Parteien bzw. die Auffassung des Verkehrs) nicht geschlossen sein würde”, pues representa un notable intento de conciliación de la doctrina francesa subjetiva con las concepciones de SAVIGNY.

(24) COLIN ET CAPITANT, *loc.*

(25) Sobre el error sustancial en nuestro Derecho vide CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, III (1958), 384, con bibliografía.

cialidad del error requiere prueba y constancia del nexo que en cada caso tenga aquél con los fines y objeto que las partes hayan perseguido y tenido en cuenta al contratar, sin que baste la mera consideración de la naturaleza del objeto en sí mismo y de la especie o clase a que pertenezca, pues es indudable que aun cuando una cualidad sea en principio sustancial para una determinada cosa y objeto contractual, podrá dejar de serlo si las partes al configurar el negocio revelan estar de acuerdo en descartar dicha cualidad o no atribuirle importancia. 3) Que el Código español, más que cualquier otro, da destacado relieve al elemento subjetivo en la apreciación del error, pues al remitirse en el art. 1.266 a las condiciones de la cosa que “principalmente hubiesen dado motivo para celebrar el contrato”, bien claramente enseña que la justificación del carácter esencial del error ha de hacerse en relación con el objeto y cualidades especialmente tenidas en cuenta en el caso concreto; siendo además de notar que esta preponderancia del criterio subjetivo sobre el objetivo se acentúa más todavía en aquellos casos en los que el objeto del negocio, con respecto al cual se invoque el error, no sea una prestación de entregar cosa corporal y específica, sino cualquier prestación de otra clase. 4) Que como secuela de todo ello la determinación de lo que puede constituir la sustancia del objeto contractual requiere la investigación de los elementos que maticen cada caso particular y, sobre todo, el fin perseguido por las partes; de tal modo que se trata fundamentalmente de una cuestión de hecho reservada a la apreciación de los jueces de instancia y que sólo en límites muy reducidos puede controlar el Tribunal de casación, como así lo ha reconocido la jurisprudencia establecida en numerosos fallos, entre ellos el 25 de noviembre de 1932”.

Interesa aquí hacer un análisis de las conclusiones a que llega el Tribunal Supremo, pues éstas pertenecen a la *ratio decidendi* (“en cuanto interesen al caso del recurso”) y no a los *obiter dicta* de la sentencia. Por el modo como está construida la sentencia podemos, en general, decir que la primera de las conclusiones recoge la doctrina de SAVIGNY (sentido excepcional del error sustancial, distinción entre error obstantivo y error en los motivos, concordancia entre voluntad y declaración), la segunda la doctrina francesa (salvando, claro es, la referencia a la base del negocio), la tercera contiene una interpretación del art. 1.266, ap. 1.º, que acentúa, en la misma línea que la doctrina y jurisprudencia francesa, el elemento subjetivo, sin decidirse, no obstante, a eliminar el criterio subjetivo, y la cuarta una aplicación de las tres primeras destacando certeramente que se trata de una cuestión de hecho que depende de la apreciación del Tribunal de Instancia. Es también muy interesante tratar de contestar a la interrogante que la sentencia deja abierta, con toda intención de si la doctrina del *error in substantia* debe de enlazarse con la causa, con la base del negocio o directamente con la voluntad de las partes. Basten a este respecto las siguientes observaciones: 1) Si queremos enlazar *error in substantia* y

causa es evidente que tenemos que partir de una concepción subjetiva de ambos. Ahora bien, como nuestro Código civil mantiene una posición objetiva respecto a la causa es evidente que no nos sirve esta interpretación (26). 2) Para relacionar el error sustancial con la llamada base del negocio (27) hemos de partir también de una concepción subjetiva de aquél y, por otra parte, sólo hemos de considerar relevante el error bilateral o, por lo menos, el que sea reconocible para la otra parte contratante. 3) Como nuestro Código sigue un criterio mixto para el error sustancial, lo mejor es relacionar éste directamente con la voluntad de las partes planteando el problema desde una doble vertiente: a) Ver si el error sustancial ha impedido la identificación del objeto, de modo que, aun sin haber *error in corpore* (28) se ha vendido *aliud pro alio*. Para ello es imprescindible delimitar las cualidades que acucian la esencia de la cosa y que son necesarias para su determinación. Estimamos que es imposible fijar un criterio abstracto en este punto y, que, por tanto, debe de ser el juez quien decida en cada caso concreto. b) Examinar si ha habido error respecto a condiciones de la cosa que principalmente hayan dado motivo a celebrar el contrato. Naturalmente, se trata aquí no de completar, sino de interpretar la voluntad de las partes y el primer problema que se plantea es el de la relevancia del simple error unilateral. Como la ley en este punto no distingue tampoco estamos nosotros autorizados a hacerlo, aunque aparentemente pueda pesar la opinión contraria basada en la seguridad en el tráfico. Tampoco creemos necesario recurrir aquí a construcciones abstractas (29) o a criterios *a priori*, sino que han de ser los tribunales quienes decidan en cada caso concreto.

B) La moderna doctrina romanística sobre el *error in substantia* arranca de un artículo de IJENEL publicado primeramente en la Revista

(26) El Tribunal Supremo se ha inclinado también en algunas sentencias por la teoría objetiva de la causa, pero ha sido sólo en puntos concretos. Vide a este respecto, CASTÁN oc. I, 2 (1956), 552 ss.

(27) La teoría de la base del negocio procede de OERMANN, *Die Geschäftsgrundlage* (1921), que la define "die beim" Geschäftsschluss zutage getretene und vom etweigen Gegner in ihrer Bedeutsamkeit erkannte und nicht beanstandete Vorstellung eines Beteiligten oder die gemeinsame Vorstellung der mehreren Beteiligten vom sein oder vom Eintritt gewissen Umstände, auf deren Grundlage der Geschäftswille sich aufbaut".

(28) Como nuestro Código civil no contiene ningún precepto sobre el *error in corpore* hay que recurrir al artículo 1.261, pues el objeto es esencial para el contrato. Sobre este punto acertadamente CASTÁN, oc. III, 384.

(29) Partiendo de la relevancia del error unilateral no serviría la teoría de la base del negocio. Por ello tendríamos que acudir o a la presuposición de WINDSCHIED o a la *conditio in praesens collata*. Entre ambas doctrinas no hay una gran distancia, pues la presuposición de WINDSCHIED (I^a, 507) no es sino "una condición no desenvuelta". Un defensor de la *conditio in praesens collata* lo encontramos en BECHMANN (Kauf, I, 450) Este autor se remite a SAVIGNY (System, III, 283), pero lo cita mal, pues SAVIGNY habla de "stillschweigende Bedingung" y no simplemente de "Bedingung". De todas formas esta doctrina no puede aplicarse a Derecho español, pues choca con el tenor literal del artículo 1.113.

de Derecho privado (30) y luego en el *Archiv für die civilische Praxis* (31). LENEL hizo una crítica radical de las fuentes y partiendo de la base de que el *error in substantia* es un error en los motivos, y, por tanto, irrelevante, llegó a la conclusión de que los juristas clásicos, no tuvieron nunca en cuenta el error de una de las partes sobre la materia de la cosa, pero que, en cambio, poco a poco se fue abriendo paso la opinión de JULIANO de considerar relevante el error de ambas partes sobre cualidades esenciales de la cosa. Esta tesis tuvo una acogida muy favorable hasta el punto de que puede decirse que hasta hace poco ha sido la opinión dominante (32). Frente a la opinión de LENEL sostuvo FLUME: 1) Que el error sustancial no es error de los motivos, sino que pertenece al contenido del contrato, y 2) que lo decisivo para los juristas clásicos no fue el error bilateral, sino "la discordancia entre convenio de compraventa y realidad", de tal modo que para los juristas romanos el acuerdo de voluntades se referiría no sólo a un objeto determinado, sino también a las cualidades de la cosa que representen su esencial y no simplemente defectos o ventajas (33). Esta postura es, en el fondo, correcta y no tiene más inconveniente que acentuar excesivamente la separación entre voluntad y declaración, enfocándolo todo desde el punto de vista demasiado moderno de la declaración. WOLF ha sostenido recientemente en su magnífica monografía una postura muy curiosa. Siguiendo las huellas de FLUME afirma que el *error in substantia* se refiere al contenido del contrato, pero avanzando todavía más trata de delimitar los efectos del error distinguiendo entre *error in materia* y *error in substantia* (34). Por *substantia* entiende WOLF lo que determina la identificación de la cosa, esto es, para objetos conforma su configuración externa y para cuerpos amorfos su composición. En cambio, *materia*, dice WOLF, se refiere siempre a la composición de la cosa. El error respecto a la sustancia material de la cosa es relevante tan sólo cuando se trata de cuerpos amorfos, pues sólo aquí repercute el error en la identificación de la cosa. Para sostener su postura tiene WOLF que eliminar toda referencia de las fuentes al *error in corpore*, pues, como es natural, este no encaja en su esquema. Más adelante, al tratar de la opinión de MARCELO en D. 18, 1, 9, 2,

(30) RDP, XI (1924), 97 ss.

(31) ACP, 123 (1925), 161 ss.

(32) BESLER, SZ, 45 (1925), 215; PRINGSHEIM, *Law Quarterly Review*, 49 (1933), 50 ss.; KUNDEL, RPR, 109; VOGL, *L'errore nel diritto romano* (1937), 115; SCHULZ, *Classical Roman Law*, 529; ALVAREZ SUÁREZ, *El negocio jurídico en el Derecho romano*, 65. Comp. en cambio, KASER, RPR, I, 208 y ARANGIO RUIZ²⁴, *Istituzioni*. KUNDEL en su conferencia de Oxford (1961) ha afirmado, modificando su anterior punto de vista, que también el error unilateral es relevante.

(33) SZ 54 (1934), 328; *Bigenschaftsirrthum und Kauf* (1948), 64 y ss. y *Festschrift Schulz*, I, 249 ss.

(34) WOLF, *Error im römischen Vertragsrecht* (1961), especialmente páginas 121 y ss., 136 y ss. y 151 ss.

hemos de ver como esta postura de WOLF no tiene un gran apoyo en las fuentes.

El maestro KUNKEL ha mantenido en su conferencia de Oxford, tantas veces citada, una postura muy interesante. KUNKEL plantea el problema de si el error sobre cualidades esenciales es un puro error en los motivos o, por el contrario, se refiere al contenido del negocio jurídico. Los juristas romanos optaron, según él, por la segunda alternativa, pues los ejemplos de las fuentes muestran claramente como para que haya nulidad debe de tratarse de una cosa que por su esencia, sea distinta a la que los contratantes supusieron. El profesor de Munich se pronuncia tanto contra la postura de LENEL, según la que los juristas clásicos sólo tuvieron en cuenta el error bilateral, como contra la postura de WOLF de que el *error in substantia* sólo tuvo relevancia en la compra de objetos amorfos, y contra la de PARTSCH para quien las pretensiones de resarcimiento de daños del comprador engañado a que se refieren D. 18, 1, 45 y D. 19, 1, 21, 2, podían muy bien haber surgido pese a la nulidad del contrato. Luego expone su propia opinión en los siguientes términos: "Aunque con todo ello queden muy oscuros algunos puntos concretos del desarrollo y alcance de la doctrina del *error in substantia*, no puede casi existir duda alguna de que parte de los juristas clásicos reconocieron esta causa de nulidad. Es también bastante clara la íntima conexión con la concepción del error como disenso en la voluntad. Por lo menos, el error unilateral sobre la sustancia podía, sin más, ser considerado como disenso de voluntades: el comprador quería comprar oro y, en cambio, el vendedor enajenar cobre. Más difícil es concebir el error bilateral sobre la sustancia de la cosa como falta de consentimiento, pues en este caso concuerda la voluntad de las partes. Pero como la voluntad común no coincidía con la realidad del objeto es probable que careciera de eficacia. Con esta explicación el error bilateral sobre la sustancia se aproxima a la compraventa de una cosa que no existe. De hecho parece que los comentarios clásicos tardíos unieron ambas hipótesis: todavía podemos ver en el título justiniano del Digesto XVIII, 1, cómo el texto de ULPIANO —que se refiere especialmente al error sustancial de ambos contratantes en la compraventa— va seguido por una frase tomada del comentario *ad Sabinium*, de PAULO, y dice que la compraventa es también ineficaz, si la cosa sobre la que se pusieron de acuerdo las partes, no existía antes de la conclusión del contrato. Como los comentarios de PAULO y ULPIANO eran muy semejantes en su estructura, podemos probablemente presumir que una frase por el estilo seguía también en ULPIANO a las disquisiciones sobre el error bilateral". Esta acertada y original exposición del profesor de Munich, que se encuentra en la misma línea que RABEL (35) se acerca limpiamente a la médula del problema, ofre-

(35) RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts* (1955), 499 ss.

ciendo por otra parte, nuevos puntos de vista que apuntan ya soluciones concretas.

Dado este estado de la doctrina hemos creído oportuno hacer un examen detenido de las fuentes. Nos limitaremos aquí a D. 18, 1, 9, 2, que se encuentra en el centro mismo de toda la problemática, exponiendo al final las conclusiones sobre el *error in substantia* que se deriven de nuestra exégesis.

II. Análisis de D. 18, 1, 9, 2.

D. 18, 1, 9, 2 (ULP. 28 ad Sab.): “Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, in emptio et venditio sit. MARCELLUS scripsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensus est, etsi in materia sit erratum, ego in vino quidem consentio, quia eadem prope *οἷα* est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embaumma, aliud pro alio venisse videtur, in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur.

El texto ha sido muy discutido por la moderna romanística que ha dudado de su autenticidad sin razones suficientes. Como este texto es el centro de toda la discusión en torno al *error in substantia* en la compraventa (36), es imprescindible que hagamos un estudio detenido del mismo, descomponiéndolo para mayor comodidad en sus partes esenciales. α) Comenzaremos con una exposición del supuesto del hecho. Como toda la L. 9 forma una unidad vamos a seguir el curso del razonamiento. ULPIANO trata en L. 9, pr. del consentimiento, afirmando que debe de mediar en toda compraventa y se refiere al *error in corpore* poniendo dos ejemplos en que los contratantes no se ponen de acuerdo sobre el *corpus*. En estos casos “emptio nulla est”. En el § 1 pasa a estudiar el *error in nomine* destacando su irrelevancia: estando de acuerdo comprador y vendedor en el *corpus* el *error nominis* es irrelevante. Es interesante recalcar aquí como

(36) Hay una cierta diferencia en el modo como tratan las fuentes el *error in substantia* en la compraventa y en la *stipulatio* (comp. D. 45, 1, 22. con el texto de ULPIANO objeto de nuestro estudio). La razón de esta diversidad preocupó ya a los primeros intérpretes de las fuentes romanas, y en este punto nos encontramos con dos opiniones contrapuestas. La primera defendida por ACURIO (glosa a D. 45, 1, 22) y fundamentada por U. ZASTO (*De verborum obli.*, tomo III, L. Si id quod), sostiene que la doctrina del *error in materia* tiene sólo aplicación a los *negotia bonae fidei* y no a los *stricti iuris*. La otra, defendida por BARTOLO y aceptada por CUYACIO (*Notae ad D.* 45, 1) y DONELLO (*Comm. de iur. civ.*, libr. XII, cap. VII ss., comm. ad tit. 45, 1), afirma que si en la estipulación no se atiende al *error in materia*, esto se debe a que el propio errante se halla interesado en la validez del acuerdo. Sobre la cuestión en la doctrina moderna, vide D'ORS, *Elementos de Derecho romano* (1960), 355 y ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*³⁴, 102.

en el texto disenso y error aparecen colocados en el mismo plano (si in nomine dissentiamus nihil enim facit error nominis) (37). De modo que el jurista nos expone aquí dos casos en que la solución se presenta muy clara. Pasa luego a estudiar el caso controvertido del *error in materia*. Se trata de casos en que no hay un *error in corpore* y, sin embargo, hay un *error in substantia*. Viene luego una porción de ejemplos: el caso en que se vende vinagre en vez de vino, cobre en vez de oro, o plomo en vez de plata. (Es interesante observar aquí cómo líquidos y sólidos aparecen separados por el verbo *veneat*, pues ya veremos cómo la expresión *error in substantia* debe su nacimiento a un azar histórico). El jurista se plantea aquí el problema de la validez de la compraventa. Este es a grandes rasgos el supuesto del hecho (38). Con ello podemos pasar a la crítica del texto.

BESELER (39) y LENEL (40) fueron los primeros autores que pusieron en tela de juicio la autenticidad del supuesto del hecho. Sigamos la argumentación de LENEL: “Obsérvese, dice la repetición superflua *erratur... error sit*, el salto brusco del indicativo *erratur* al subjuntivo *error sit*, la falsa posición del *non in corpore*, lo absurdo de *vel plumbum* (suprimido, por ello por MOMMSEN) detrás del asíndeton *accum pro vino, aes pro auro*, el incoloro *vel quid aliud argento simile*, que da la impresión de una glosa que se ha metido en el texto.” El artículo de LENEL se remonta al año 1924, esto es, a una época en que la crítica de interpolación era radical y partiendo de criterios puramente formales negaba la autenticidad de un texto. Hoy día la crítica de interpolaciones ha tomado otros rumbos y ya no se da tanta importancia a los criterios puramente formales, toda vez que ahora sabemos cómo bajo el manto de formulaciones postclásicas se esconden, a menudo, pensamientos clásicos. En nuestro texto, es posible que dejando aparte algunas asperezas del lenguaje, la misma formulación, incluso proceda de ULPIANO. Quizá pudiéramos leer: “Inde iuaeritur si in ipso corpore non erratur, sed in substantia, ut

(37) Comp. WOLF *oc.*, 43 ss., que pretende contraponer disenso, entendido al modo de la moderna dogmática, y error. Muy acertado KUNKEL, RPR³, 108.

(38) Un problema se plantean algunos autores alemanes, es el de si se trata de la venta de un trozo de metal o de un objeto de metal. Mientras SAVIGNY y LENEL se inclinan por la segunda solución decídese WOLF por la primera. SAVIGNY (*System*, III, 278) había apoyado su opinión de que “de hecho el texto se refiere a utensilios de metal” con la observación de que en D. 18, 1, 14, lo mismo que primero se llama *aurum, aes* es calificado luego de *viriola y acnea*. Le sigue LENEL (ACP, 123 180), con su formulación “compraventa de un objeto de oro”. WOLF en cambio formula “venta de un trozo de cobre por un trozo de oro” (*oc.* 117). Este problema que en WOLF adquiere unas dimensiones exageradas tiene en realidad muy poca importancia, una vez que no se acepte la construcción de WOLF. Como el texto no hace en este punto distinción alguna tampoco está el intérprete autorizado a hacerla, y, por tanto, lo que allí se dice vale para ambas hipótesis.

(39) BESELER, *Byzantinische-Neugriechische Jahrbücher* 1 (1920), 343 ss.

(40) LENEL, ACP, 123 (1925), 176 ss.

puta, si acetum pro vino veneat, aes pro auro, plumbum pro argento, an emptio et venditio sit". Pero, por otra parte, no se nos oculta el escepticismo con que debe de ser recibida la reconstrucción de textos clásicos (41), ya que esta debe de limitarse a tratar de penetrar en el pensamiento del jurista clásico sin pretender utópicamente recobrar el texto tal como fue escrito.

Ningún argumento nuevo encuéntrase en los autores posteriores a BESELER y LENEL que han dudado de la clasicidad de nuestro texto. Así WOLF, tras haber pasado por alto las palabras *in ipso corpore non erratur* en su descripción del supuesto del hecho, las considera espurias y escribe; "Esta significativa interpolación ha favorecido —o incluso dado lugar— a la apreciación de que ULPIANO se refiere a error en la cualidad, una apreciación que se dió por sobreentendida y siguió en vida aún después de haberse descubierto que estas palabras eran postclásicas" (42).

No creemos que haya razón alguna para atribuir las palabras *in ipso corpore non erratur* a los compiladores. Esta frase es muy coherente con el contexto, pues el pr. de la propia lex 9 trata precisamente del *error in corpore*. De ahí que no podamos aceptar una crítica tan radical y nos pronunciemos decididamente en favor de la clasicidad del supuesto del hecho tal como aparece en la compilación Justiniana.

Se trata, por tanto, de un supuesto en que sin haber *error in corpore* hay, no obstante, *error in substantia*, es decir, que "el criterio espacial y el criterio de la denominación no coinciden al referirse a una misma cosa" (43). La discusión entre MARCELO y ULPIANO gira en torno a la identificación del objeto, afirmando el primero que el *error in substantia* no impide esta identificación y que, por tanto, hay compraventa. En cambio, ULPIANO mantiene la posición contraria y su solución muestra, como veremos, que el problema se plantea desde un punto de vista objetivo y no desde el criterio subjetivo de error en los motivos. Es de interés hacer un examen detenido de ambas opiniones.

b) Respecto a la cita de MARCELO podemos decir que ha habido una hipercrítica en la doctrina romanística que basándose en el criterio puramente formal de la *consecutio temporum* ha considerado espurias estas palabras. Para salvar el texto añadía BESELER (44), delante de *in corpus un inquit*. LENEL (45) consideraba en 1924 que el

(41) SCHULZ, *History of the roman legal Science* (1946), 144.

(42) WOLF, *oc.*, 120.

(43) VOGL, *oc.*, 114. La concepción de este autor de que los clásicos siguieran para la determinación de la sustancia un criterio económico-social y los postclásicos un criterio naturalístico no tiene el menor apoyo en las fuentes y, por eso, no podemos compartirla; otra vez vemos aquí cómo una categoría forjada por SAVIGNY ha influido decisivamente creando un prejuicio al enjuiciar las fuentes.

(44) BESELER, *loc.*

(45) LENEL, ACP, 123 (1925), 177.

indicativo *consensus est* no podía ir detrás de *scripsit* dadas las reglas de la *oratio obliqua* y basándose en ello lanzaba la siguiente hipótesis: “Vielleicht ist *quia in corpus consensus est* ein in den Text geratenes Glossem”. Pero en 1931 escribe, cambiando juiciosamente de opinión: “Verstößen gegen die *consecutio temporum* als Interpolationsmerkmal stehe ich mit einer gewissen Skepsis gegenüber” (46). Mucho más lejos aún que LENEL va WOLF al decir: “Puesto que la fundamentación *quia in corpore consensus est*, dada su posición en la frase, no puede ser una coletilla de ULPIANO, debía de encontrarse allí el subjuntivo de la *oratio obliqua*. El contenido de estas palabras corresponde al de la frase *in ipso corpore non erratur*, interpolada por los colaboradores de TRIBONIANO al comienzo del texto. Teniendo en cuenta los defectos del lenguaje, indica este parentesco que los compiladores añadieron *quia in corpore consensus est*” (47). Esta constatación significa para WOLF el punto de partida de la distinción, que ya conocemos, entre *error in substantia* y *error in materia*. Por eso hemos de insistir aquí que el indicativo de la cita de MARCELO no tiene ninguna importancia. Mas aún, en nuestra opinión la cita es gramaticalmente correcta. Para sostener esta interpretación sólo hay que pensar que ULPIANO quiso decir algo objetivo que estaba incluso por encima de la opinión de MARCELO. Por todo ello nos inclinamos decididamente por la clasicidad de la frase tal como aparece en la compilación justiniana. MARCELO al afirmar que hay compraventa pese al *error in materia* se basa en que habiendo acuerdo en el *corpus* el objeto queda ya identificado (48).

c) Tras haber referido ULPIANO esta opinión de MARCELO expone su propia doctrina. Está de acuerdo con MARCELO en un punto muy concreto: efectivamente, cuando se trate de vino vale la compraventa en el supuesto de que el vino se haya agriado. Por lo demás, si es que el vino no se agrió, sino que ya desde un principio fue vinagre artificial (*embanama*) parece que se vendió una cosa por otra. En todos los demás casos es nula la compraventa siempre que haya *error in materia*.

(46) LENEL, SZ 51 (1931), 2.

(47) WOLF, oc., 121. Según este autor los compiladores justinianos no sólo modificaron esta cita, sino que la cambiaron también de lugar. Pero en vez de demostrar esta afirmación saca consecuencias de ella. He aquí la argumentación del discípulo de WIEACKER: “Los compiladores no sólo modificaron la cita, sino que la cambiaron también de lugar. Como ahora se encuentra inmediatamente después de la cuestión de si a pesar de haber *error in substantia* surge la compraventa, da la impresión de que MARCELO haya afirmado la pregunta. Sin embargo MARCELO no puede haber decidido de otro modo que ULPIANO. Lo mismo si se vende *acetum pro vino*, *acs pro auro*, etc., falta un requisito esencial de la compraventa: la identificación del objeto vendido no ha tenido lugar. Dada esta situación no se podía discutir sobre si hay o no compraventa. Por tanto, la decisión de MARCELO debió regir para otra hipótesis. La propia cita dice lo que la caracteriza: *error in materia*”.

(48) Hipercrítico en este punto WOLF, oc., 121.

Esta decisión de ULPIANO ha sido muy discutida por la doctrina que basándose en categorías modernas y en criterios puramente formales ha negado su autenticidad. BESELER (49) y LENEL (50) atribuyen a ULPIANO únicamente la última frase: "*quia aliud pro alio venisse videtur*". Sigamos la argumentación de LENEL. Primero, encuentra ridícula desde el punto de vista de la vida práctica la distinción entre vino y vinagre, y luego, destaca las faltas de estilo impropias de un clásico: a) *Ego in vino quidem consentio*, cuando en realidad el objeto comprado era vinagre. b) *Consentio*, la misma palabra que poco antes se había empleado para designar el consentimiento de las partes. c) *Si modo vino acuit*, esto trata de expresar "supuesto que el vinagre procedía del vino", pero dice, en realidad, "supuesto que el vino se ha agriado". d) Es además muy extraño que el fundamento de la decisión se encuentre precisamente en esa coletilla. e) *Ceterum si vinum non acuit sed ab initio acetum fuit*, esto debe de querer decir, "si el vinagre no procedía del vino, sino que fue siempre vinagre", pero dice en realidad "si el vino no se tornó ácido, sino que fue siempre vinagre". f) El sujeto de *acetum fuit* debía ser *id quod venit*, pero es *vinum*. g) *Non* se encuentra fuera de sitio, esto es, detrás de *vinum* en vez de delante de *vinum*. Finalmente, LENEL considera sospechosa la frase *quia eadem prope oðsía est*. Pero sobre este punto hemos de volver para tratarlo con detenimiento.

De toda la crítica de LENEL lo único que parece algo seguro es que el texto no puede haberlo escrito ULPIANO tal como ha llegado hasta nosotros. Por eso el texto es uno de los tantos en que los corchetes son de muy poca utilidad y, por otra parte, un intento de reconstrucción sería totalmente arbitrario y no nos daría el texto clásico, sino un producto de la fantasía. Es mucho más interesante tratar de descubrir el núcleo clásico que se esconde tras las probables palabras del post-clásico. De otro lado, es necesario observar que un pensamiento de tipo abstracto y, por tanto, nominalista ha de tener, por fuerza, mucha más precisión que un pensar jurídico que no elabora categorías abstractas, sino que decide de caso a caso, y el choque de dos enfoques distintos —el del intérprete y el del propio texto— puede con facilidad conducir a una hipercrítica. Valga esta consideración para las afirmaciones de LENEL contenidas en los apartados a), c), e) y f). Respecto a la distinción ulpiana entre vinagre natural y artificial hemos de decir que no se puede enfocar con categorías demasiado modernas (51), pues ello conduce necesariamente a negar su autenticidad. El jurista lo que trata de hacer aquí es ver si el objeto se ha identificado o no, y para ello recurre a esta distinción. WOLF (52) ha destacado certera-

(49) BESELER, *Byzantinische-Neugriechische Jahrbücher*, 1 (1920), 344 ss.

(50) LENEL, *ACP*, 123 (1925), 177 ss.

(51) Comp. LENEL, loc. y VOGL, oc., 114, de una parte, y de otra la formulación de SAVIGNY (*System*, III, 283) "concepciones dominantes en el tráfico".

(52) Oc., 125.

mente el paralelismo con D. 33, 6, 9, 1. (Ulp. 23 ad Sab.): “Si acetum quis legaverit, non continebitur legato acetum quod vini numero testator habuit: embamma autem continebitur, quia aceti numero fuit”. La afirmación de que cuando se lega vinagre, el legado no contiene lo que el testador contó como vino y sí, en cambio, el vinagre artificial (*embamma*) descansa sobre la misma distinción que la decisión de ULPIANO en nuestro texto y es, por tanto, un argumento en favor de la clasicidad del mismo. WOLF (53) ha lanzado la tesis de que esta distinción ulpiana establece el límite entre *error in substantia* y responsabilidad por vicios de la cosa. Cita a este respecto tanto los formularios catonianos como D. 18, 6, 16 (GAYO 2 Cot.). Pero la verdad es que sus extensas disquisiciones sobre este punto no tienen nada que ver con el tema. En D. 18, 6, 6 trata GAYO de un caso de *periculum* ya que el vino se agrió después de la celebración del contrato (54), en cambio, en D. 18, 1, 9, 2. ULPIANO se refiere al caso en que el vino se agrie antes de la celebración del contrato (*si modo vinum acuit*), como muestra de modo palmario la contraposición con la frase siguiente *si ab initio acetum fuit ut embamma*. Por otra parte, no se acaba de comprender la razón de la delimitación entre *error in substantia* y responsabilidad por vicios materiales cuando sabemos que éste prácticamente no existió en Roma (55).

La decisión de ULPIANO permite sacar algunas conclusiones importantes. Por lo pronto, queda de manifiesto que *materia* y *substantia* son sinónimos. Un exceso de nominalismo llevó a querer ver en estos dos nombres dos conceptos diferentes. Para ello recurrió WOLF a la filosofía aristotélica, pero ya vimos como en las fuentes no tenía un gran apoyo para su teoría. En realidad, la explicación es mucho más sencilla: *materia* es una denominación general, pero cuando el jurista habla de líquidos prefiere emplear la palabra *substantia*, tal como la usamos hoy en día en las lenguas románicas. La posición del verbo *veneat*, separando el ejemplo del vino de los demás es, a este respecto, muy significativa, así como la última frase del texto *...quotiens in materia erratur*, que se refiere a todos los ejemplos menos al del vino. Parece, pues, claro que la expresión *error in substantia* debe su origen a un azar histórico, y que la denominación que emplearon los clásicos fue *error in materia*. Más importante aún es la conclusión que permite sacar el texto de que los romanos no enfocaron el problema del *error in substantia* como error en los motivos, sino como un error que determinaba la falta de identificación del objeto. Esto se desprende cla-

(53) Oc., 128 ss.

(54) Es muy interesante comparar la formulación de GAYO, *sua natura corrupta fuerint*, con la que aparece en D. 19, 2, 15, 2 *si qua tamen vitia ex ipsa re orientur*. Por lo demás hay que destacar que *natura* reproduce en el texto gayano la *φύσις* aristotélica.

(55) Sería quizá más acertado decir que esta distinción ulpiana traza la frontera entre *error in materia*, que es siempre relevante (*... quotiens in materia erratur*) y *error in qualitate*.

ramente de la distinción que hace el texto entre vino que se agrió y *embamma*, distinción que, vista desde el criterio subjetivo de error en los motivos carece de significación, y, en cambio, desde el objetivo de la identificación de la cosa está llena de sentido. Ya que en el primer caso al comprador le da lo mismo que se trate de vinagre artificial o natural, cuando lo que quiere él es comprar vino; en cambio, en el segundo caso si el vino se tornó ácido hay compraventa *quia eadem prope οὐσία est* y si se trataba de vinagre artificial no hay compraventa, pues *aliud pro alio venisse videtur*.

Con ello queda tan sólo por hacer un análisis de la frase *quia eadem prope οὐσία est*. En este punto trataremos de demostrar su clasicidad y luego cómo no hay influencia filosófica alguna, sino que la palabra *οὐσία* se emplea aquí en su sentido vulgar.

d) Esta fundamentación de ULPIANO ha dado lugar a una abundante bibliografía (56) y aquí corresponde hacer una exposición y crítica detenida de la opinión de los autores, separando los que consideran estas palabras clásicas de los que las consideran interpoladas. Todos los autores parten en este punto de una contraposición —a nuestro juicio quizá equivocada— entre la doctrina aristotélica y la estoica, pues la filosofía estoica no hizo otra cosa que adoptar las categorías aristotélicas (57). Por eso, creemos que la contraposición podría, a lo sumo, significar que la doctrina estoica influyó principalmente en la época clásica y la aristotélica en la postclásica (58). Pero ya veremos como aquí no existe esta pretendida influencia.

a') Autores que consideran clásica esta frase:

1. SOKOLOWSKI intentó explicar, siguiendo a PLATE (59), la doctrina del *error in substantia* a la luz de las filosofías aristotélicas y estoica. Con referencia a nuestro texto dice incluso que hay pocos pasajes en la codificación justiniana que iluminen con tanta claridad el método de pensar de los clásicos (60). Según este autor nos encontramos aquí con una contraposición de opiniones entre la doctrina peripatética y la estoica en cuanto a la *οὐσία*. y Escribe: "Nun ist möglicherweise schon von Sabinus oder noch vor ihm die Frage aufgeworfen worden was in solchem Falle für die Identität der Sache als massgebend geltet: die äussere Gestalt und Form oder Stoff, die Substanz welche dieser zugrunde liege" (61). Mientras que para MARCLO desde el punto de vista aristotélico, es fundamental "für die Identität des Gegenstandes seine äussere Gestalt... das εἶδος" (62), para los estoicos a los que sigue ULPIANO "Nicht die äussere Gestalt ist für

(56) Vide WOLF, *oc.*, 139 ss., con bibliografía en la nota 116.

(57) Vide POHLLENZ, *Die Stoa* (1959), 64 ss.

(58) Vide COING, SZ 69 (1952), 1 ss.

(59) PLATE, *Commentatio academica de effectu erroris in emptione venditione, legis 9 de contrah. empt. explicationem in primis sistens*, 1752, § 15.

(60) SOKOLOWSKY, *Die Philosophie im Privatrecht*, I (1902), 283 ss.

(61) *Oc.*, 239.

(62) *Oc.*, 240.

die Entstehung und das Wesen einer Sache entscheidend, sondern der Stoff, wie Ulpian sich streng technisch ausdrückt, die οὐσία” (63). Esta opinión de SOKOLOWSKI no podemos, en modo alguno, compartirla. Sus formulaciones no son precisamente afortunadas. En ellas se manifiesta un desconocimiento no sólo de la decisión de ULPIANO, sino, es general, de la filosofía estoica y peripatética. Dejando aparte la errónea contraposición entre filosofía estoica y aristotélica en este punto, anotamos, por lo pronto, la confusión extraordinariamente grave entre “äussere Gestalt”, esto es, figura, y εἶδος, y entre “Stoff” y οὐσία. Parece fuera de discusión que la forma aristotélica no puede reducirse a la mera configuración externa o figura, y que οὐσία no es materia, sino sustancia. Por otra parte, la identidad del objeto viene determinada no sólo por la materia o la forma, sino por ambas juntamente, tanto para los estoicos como para los peripatéticos. Sentadas estas premisas SACA SOKOLOWSKI algunas conclusiones. Como la materia determina la identidad de la cosa, el objeto del contrato debe contener algo de la sustancia convenida: el vinagre natural representa siempre sustancia de vino (64), puesto que la acidez es simplemente ποιότης, que se añade a la sustancia sin suprimirla (65). A este respecto hemos de hacer las siguientes observaciones: a) El que el vinagre siga siendo sustancia del vino es una afirmación sin probar; b) ποιότης no es ni cualidad esencial ni accidental, es simplemente cualidad. Tanto RABEL como PARTSCH censuraron a SOKOLOWSKI, desde otros puntos de vista, su incompreensión de la Stoa e intentaron dar una solución al problema. Séanos permitido aquí citar literalmente, por su extrema concisión, el texto correspondiente de RABEL (66).

2. “Der Versuch, den Irrtum über wesentliche Eigenschaften dem *error in corpore gleichzusetzen* formuliert schliesslich Ulpian, mehr, als dass es ihn noch unterstützen muss, mit den Unterscheidungen der stoischen Philosophie zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen Eigenschaften. Erstere (Kategorie, ποιόν, Namen ἕξεις) sind solche bei deren Vorhandensein eadem prope οὐσία vorliegt (d. 18, 1, 9, 2) z. B. Wein, Gold, männliches Geschlecht, sie gehen aus der Grundeigenschaft selbstständig hervor. Unwesentliche (Kategorie, πῶς ἔργον, Namen σχέσεις) sind z. B. Süsse des Weins—si vinum acuit 5, 2, γλυκὺ καὶ πιπρόν Simpl. 42 e—Jungfräulichkeit der Sklavin (11 § 1), “äussere”, d. h. “zufällige” zur Grundeigenschaft hinzutretende Eigenschaften sich mit ihr ebenso gut vertragend wie das Gegenteil. Diese Hilfe die Jurisprudenz bei der Erkenntniss Lehre holt ist später stets missverstanden worden, man begriff nicht warum der Kauf ungültig, ist wenn gewöhnlicher Essig statt Wein eine Sklavin statt eines Knaben, gültig, wenn Weinessig statt Weins, eine mulier statt einer virgo gekauft ist.—” Observamos en esta mara-

(63) Oc., 240.

(64) Oc., 242.

(65) SOKOLOWSKY, oc., I, 257.

(66) RABEL, *Grundzüge des römischen Rechts* (1955), 170.

villosa exposición el hecho de que se conciba *ποιόν* como cualidad esencial, mientras que SOKOLOWSKI considera *ποιότης* como cualidad accidental. Hemos de destacar que tanto *ποιόν* como *ποιότης* significan simplemente cualidades (67). Por lo demás, es muy extraña la equiparación *ποιόν* - ἔξις, πῶς ἔγυν - σχέσεις. La fuente es evidentemente SIMPLICIO, pues en Cat. 209, 10 y 214, 26 nos ofrece esta distinción. En este orden de ideas procede también de SIMPLICIO la siguiente formulación “äussere, d. h. zufällige, zur Grundeigenschaft hinzutretende Eigenschaften” como muestra de modo palmario el siguiente texto en Cat. 328, 5. “ τὰς μὲν σχέσεις ταῖς ἐπιπέτοις καταστάσει χαρακτηρίζεσθαι, τὰς δὲ ἔξις ταῖς ἐξ ἑαυτῶν ἐνεργείαις .” Pero aquí no se trata, como creyó RABEL, de esencial y accidental, sino de extrínseco e intrínseco. Por otra parte, hay que aducir también contra RABEL que vino y vinagre no se distinguen simplemente por la acidez, sino que son dos sustancias diferentes: tienen la misma materia, pero distinta forma (68).

3. En la misma línea que RABEL se encuentra la exposición de PARTSCH (69). Este autor se remite también a la filosofía estoica y escribe refiriéndose a SOKOLOWSKI: “En la Stoa se ha desconocido totalmente que esta escuela no expone una teoría química sobre las materias, sustancias en sentido moderno, sino una doctrina sobre la esencia de los cuerpos (σώματα). Según ésta en cada cuerpo penetra la misma materia, la ὄλη, y en cada cuerpo reviste ciertas propiedades esenciales a él, la ποιότης, *qualitas*. Son esenciales para el cuerpo aquellas propiedades que, como dice el comentarista griego, le son inherentes ἀπὸ τῆς γενέσεως μετρί τῆς ἀναίρεσεως estas cualidades configurarían la materia indeterminada como esencia (οὐσία) del cuerpo individual. Tal cuerpo caracterizado por sus propiedades es ἴδιον ὑποκείμενον *propria substantia*. Estas propiedades esenciales determinan la ποιότης, la *qualitas*”. Tras estas admirables formulaciones, por su precisión y claridad, llega PARTSCH a la conclusión siguiente: “Estas propiedades son esenciales, pues viven desde el principio al fin en el cuerpo individual: por tanto, el sexo pertenece a la ποιότης, pero no la virginidad; el vino transformado en vinagre es *eadem prope*, pues la acidez del vino, comprado en barriles, consiste en una propiedad no esencial, pues no estuvo presente desde un principio”. Esta interpretación no podemos compartirla. Nos encontramos aquí con una confusión —tan típica en la filosofía germana— entre orden lógico y real: no es que ciertas cualidades sean esenciales por estar del principio al

(67) En SIMPLICIO encontramos una diferencia entre *ποιόν* y *ποιότης*, pero precisamente al revés *ποιότης* como cualidad esencial y *ποιόν* como cualidad accidental. Lo cual tampoco es de extrañar, pues SIMPLICIO recoge a menudo doctrinas de epígonos.

(68) Vide a este respecto WOLF, oc., 145, que se remite acertadamente a ARISTÓTELES, *Meth*, IV, 5, 10010 b).

(69) PARTSCH, *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften* (1931), 49. núm. 122.

fin en la cosa (orden lógico), sino al revés, están del principio al fin en la cosa por ser esenciales (orden real).

b') Autores que consideran interpolada esta frase.

1. Entre los autores que consideran interpolada la fundamentación *quia eadem prope οὐσία est* hemos de exponer y criticar la postura de LENEL y la de WOLF. LENEL (70) enlaza estas palabras con la doctrina aristotélica de las categorías. "Según Aristóteles, dice este autor, un objeto no pierde su esencia (Wesenheit), o mejor, su quiddidad (Washeit) por perder una cualidad, esto es, mediante una *privatio* (στέρησις) y, por tanto, tampoco la pierde el vino por agriarse. La acidez representa sólo una *ἀλλοίωσις*, cambio accidental y no una *μεταβολή*, cambio esencial del vino". Esta explicación de LENEL suscita algunos reparos, pues el vino que se convirtió en vinagre ha experimentado una *μεταβολή* (71).

2. Comprendiendo las dificultades que se oponen a todas estas interpretaciones ha sostenido WOLF (72) que las palabras *quia eadem prope οὐσία* se explican por una incomprensión de la filosofía aristotélica. Se remite a Meth. VIII, 5⁴⁸ donde se dice que el vino no es materia del vinagre, sino un producto normal de la misma cosa de la que el vinagre es un producto anormal. Partiendo de esta incomprensión de la filosofía peripatética concluye WOLF que esta fundamentación es espuria. Evidentemente habría que darle la razón a WOLF en este punto si la palabra *οὐσία* estuviera empleada aquí en un sentido filosófico, pero creemos poder demostrar que este vocablo se emplea aquí en su acepción vulgar siquiera sea también abstractamente.

Todas estas interpretaciones de la fundamentación de ULPIANO parten de la base, como vemos, de que *οὐσία* tiene algo que ver con la filosofía estoica o aristotélica. Pero esta suposición no tiene el menor apoyo en el texto y, por otra parte, la palabra *prope* parece desmentirla. Tras la tentativa de SOKOLOWSKI ha habido un verdadero derroche de ingenio para adscribir la frase en cuestión a la filosofía peripatética o estoica. Por ese camino se ha llegado a suprimir una frase del texto que interpretada sin prejuicios contiene una explicación muy racional. Ahora bien, ULPIANO pudo muy bien haber empleado *οὐσία* no en un sentido filosófico, sino vulgar, es decir, análogamente a como solemos usar la palabra sustancia corrientemente en español. Los diccionarios griegos no se suelen fijar en esta acepción (73), pero un examen de los papiros mágicos muestra cómo tiene también el significado

(70) LENEL, ACP, 123, 175 ss.

(71) LENEL, ACP, 123, 176.

(72) WOLF, oc., 145.

(73) Por todos vide THESAURUS, *Linguae graecae* (1856) y LIDEEL-SCOTT, *A greek english Lexikon* (1951), sub voce *οὐσία*. De este último especialmente el último apartado de dicha voz.

aquí propuesto (74). Por tanto, llegamos a la conclusión de que también las palabras *quia eadem prope* οσία est proceden de ULPIANO y con ello a defender la clasicidad de todo el texto.

III. CONCLUSIONES

El estudio de D. 18, 1, 9, 2. permite sacar algunas conclusiones interesantes. Primero se tuvo que examinar la dogmática moderna no sólo para mostrar cómo cristalizaron dos interpretaciones distintas de las fuentes romanas en las diferentes legislaciones, sino para demostrar una vez más en un punto concreto cómo categorías elaboradas a partir de un estudio de las fuentes influyeron en la moderna romanística de modo decisivo, creando algunos prejuicios de los que la investigación se va librando lentamente. A este respecto, estudiando la doctrina alemana a partir de SAVIGNY queda de manifiesto cómo la tajante separación entre declaración y voluntad en el negocio jurídico ha ejercido una influencia deletérea en nuestro tema. Fruto de esta separación es la distinción entre error en los motivos y error sobre el contenido de la declaración. Toda la doctrina —tanto dogmáticos como historiadores— se moverá ya dentro de estos dos polos y el péndulo oscilará en estas dos direcciones. Mientras LEVEL defendía una interpretación del *error in substantia* como error en los motivos FLUME y WOLF trataron de encajarlo en el error sobre el contenido de la declaración, KUNKELEL vuelve la vista hacia la voluntad, pero no hacia una voluntad en formación, sino hacia una voluntad cristalizada ya. En definitiva, una constante progresión de la doctrina romanística del error que moviéndose entre categorías de la pandectística lucha por librarse de ellas. Pero el surco abierto por la doctrina del siglo XIX entre la voluntad y la declaración ha sido tan profundo que ha dividido a los autores en dos bandos, contrapuestos partidarios de la primacía de una y otra. Frente a este enfoque hay que defender la unidad entre voluntad y declaración. Esta no es más que la expresión de aquella: una declaración sin voluntad sería lo mismo que un cuerpo sin alma y viceversa. Los juristas romanos no trataron voluntad y declaración desde el punto de vista patológico de su divergencia, sino desde el caso normal de su coincidencia. Mucho menos construyeron una teoría abstracta basada en la contraposición de ambas.

Todas estas consideraciones pueden aplicarse a la doctrina del *error in substantia*. El texto objeto de nuestro estudio muestra cómo

(74) *Pap. Paris Bibl. Nat. Suppl.* gr. 574 (= *IV Preciscendans* GZPI, p. 82) página IV 1 1 301-2. *Καὶ τὴν οὐσίαν ἐπὶ τῆς κεραιῆς ἄψεις ἢ ἐπὶ τοῦ ραχίλου.*

ibid. p. 9763: *εἰὼ σὲ ἐπέλεσα, ἵνα μοι ἔσῃ οὐσία γένη χεραιῆσις.*

ib. 2575: *ἢ ἐπειὶ σοὶ ἴθει Θεά, ζωνόν τε θυλάσιμα αἰγῆς τε ποικίλης στέαρ καὶ αἶμα καὶ μύσῃ μα, ἔχοντα κεραιῆσις νεκρῆς, καὶ κεραιῆσις ἀνθρώπου καὶ οὐσίαν νεκροῦ κινῆς.*

p. 32: *καὶ λαβῶν σταλαῖον ὄμιον ἢ κηρῶν ἄπυρον πλάσαν κηρῶσις...καὶ λαβῶν βελόνην. σταλαῖον τὴν οὐσίαν.*

la distinción de ULPIANO entre vinagre artificial y natural, cómo los romanos no consideraron el *error in substantia* como error en los motivos, sino como un error que versaba sobre la identidad del objeto. Se examinó a este respecto, la opinión de MARCELO, tratando de mostrar su clasicidad frente a los autores que la consideran espuria. En cuanto a la fundamentación de ULPIANO *quia eadem prope ovisia est* nos pronunciamos contra la opinión dominante al demostrar cómo no existe aquí esa pretendida influencia de la filosofía aristotélica o de la estoica. Un estudio de los papiros mágicos corroboró nuestra afirmación de que *ovisia* puede muy bien en nuestro texto tener un significado vulgar, aunque abstracto, suministrándonos pruebas directas de ella. Por otra parte, vimos la curiosa paradoja de que la filosofía aristotélica, que no ha influido en el texto, haya influido, en cambio, en uno de sus intérpretes (WOLF), que quiso llenar los nombres *error in materia* y *error in substantia* con dos conceptos distintos, cuando, en realidad, son dos sinónimos, refiriendo el jurista *substantia* —otra vez en una acepción vulgar— a los líquidos. En resumen: es posible que este estudio de un punto concreto, ponga de manifiesto un aspecto más del fenómeno general de la influencia de las categorías mentales del intérprete al enjuiciar las fuentes romanas, pues vemos aquí el choque entre un pensamiento de tipo abstracto y, consecuentemente, inclinado hacia un cierto nominalismo, y pensar jurídico casuístico que maneja la terminología elásticamente. Conviene tener presente estas reflexiones para no caer en una hipercrítica al exigir una precisión terminológica a ultranza y llenar con ello todos los vocablos de un significado técnico en que el clásico ni siquiera pensó. Es tarea inexcusable del historiador acercarse a las fuentes, desprendiéndose de sus prejuicios, para ceñirse a ellas humildemente e interpretar su contenido.*

(*) Redactado este trabajo aparece el libro de ZILETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del Diritto romano* (1961), del que pienso ocuparme en una recensión para el Anuario de Historia del Derecho

