

LIBERTAD Y SEGURIDAD: EL TRATAMIENTO DEL ERROR EN LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI*

RESUMEN: Europa parece avanzar hacia la unificación del derecho de contratos. Uno de los esfuerzos más atractivos en esta línea son los Principios de Derecho Contractual Europeo. Y, al interior de ellos, uno de los temas a los que conviene prestarle atención es el tratamiento del error. Este trabajo comienza dando una breve noticia del proceso de unificación y aspectos generales de los Principios y, luego, va sobre el tratamiento que prodigan al error, sosteniendo que su correcta comprensión debe hacerse a la luz de los principios de libertad y seguridad.

Palabras claves: Contratos, principios del derecho contractual europeo, validez de los contratos, error, diferentes tipos de error y formas de interpretación.

ABSTRACT: Europe seems to advance towards the unification of the right of contracts. One of the most attractive efforts in this line is the Principles of European Contractual Law. Within these principles, one of the topics that are convenient to pay attention is mistake treatment. This paper begins showing briefly the main news of unification process and general Principles aspects, and finally explores its mistake treatment, sustaining that its correct comprehension must be seen under principles of freedom and security.

Key words: Contracts, principles of contractual European law, validity of contracts, mistake, different types of mistake and ways of interpretation.

INTRODUCCIÓN

En el caso chileno la disciplina del error goza, en general, de un pacífico sueño en las letras del Código. Ni la doctrina –descontando, como es frecuente en estos casos, a Claro Solar– ni los tribunales se han preocupado mayormente de ella (más allá de los manuales y algunas sentencias dispersas) y, posiblemente, lo segundo contribuya a explicar lo primero.

En esto hay algo curioso. De una parte porque bastan cinco minutos pensando en el error para que todo lo sólido comience a desvanecerse en el aire¹ y, de otra, porque la regulación del error ofrece algunas de las mejores pistas acerca de qué teoría del contrato

* Abogado. Master in the Sciences of Law. Profesor de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Investigador Fundación Fernando Fueyo Laneri. República 105; Santiago de Chile. Correo electrónico: Iñigo.delamaza@udp.cl.

¹ Así, nada más a título de ejemplo: ¿por qué el error de derecho no vicia el consentimiento?; ¿qué sucede con el error respecto del valor de la cosa?; ¿qué relevancia tiene que la otra parte haya conocido el error?; ¿existen diferencias en el hecho de que el error sea unilateral o compartido?; ¿cómo interactúan las reglas de nulidad por error, las de incumplimiento, las de evicción y las de cabida?; ¿qué papel desempeña la excusabilidad y cómo se mensura?; ¿cómo se compagina la disciplina del error y el deber de informar?

subyace a las reglas del Código. Como sea, el objeto de este trabajo no es aligerar esa incertidumbre, sino dar alguna noticia, aunque breve, sobre los perfiles del error en el caso europeo. Y al menos dos razones justifican esto, la primera es la indudable influencia del derecho europeo sobre la fisonomía y comprensión –para bien y para mal– de las instituciones de derecho privado en Chile, y la segunda es que, al optar por los Principios de Derecho Contractual Europeo (en adelante PECL) se integra parte del tratamiento que prodigan a esta figura los países europeos del *common law*.

Esta última razón fuerza otro comentario. Cuando digo derecho europeo, en verdad me refiero al derecho europeo según se recoge en los PECL. Desde luego no es posible en un trabajo de estas características examinar comparativamente el tratamiento que prodigan los diversos códigos civiles europeos a la materia². Otra posibilidad sería considerar las perspectivas de codificación del derecho de contratos en Europa, y aquí, hasta el momento, el ejemplo más conspicuo sería el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Jusprivatistas de Pavia, sin embargo, la áspera discusión sobre la posibilidad de codificar el derecho de contratos europeo aconseja desechar por el momento esta opción.

Dos prevenciones antes de comenzar. La primera es que he prescindido de un examen sistemático de la disciplina de los efectos del error –nulidad y daños–. Una primera razón que justifica esta carencia es que el error no posee un tratamiento exclusivo a este respecto, sino común con el de las otras causales de nulidad, por lo mismo, el tratamiento de las consecuencias precisa un trabajo independiente al respecto³. La segunda es que al momento de interpretar los artículos de los PECL me he servido intensamente de los comentarios que los acompañan y la razón es que estos parecen por el momento las mejores ilustraciones del alcance de las normas⁴.

I. LOS PECL Y LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS EUROPEO

1. UN DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS

Zimmermann ha sugerido que: “[L]a formación de un derecho privado europeo de contratos constituye uno de los progresos jurídicos de mayor calado en la actualidad”⁵, y en esto, como en otras cosas, parece tener razón. Varias circunstancias lo atestiguan. En primer lugar la Resolución de 26 de mayo de 1989, DOCE NÚM. C 158/401 del Parlamento Europeo que solicitó la iniciación de los trabajos preparatorios de un código de derecho europeo de derecho privado. En segundo lugar las iniciativas que a este respecto se han enderezado⁶ y, en tercer lugar, las profusas –y, a ratos,

² KÖTZ y FLESSNER (1997).

³ VATTIER (2007) pp. 13-57.

⁴ HESSELINK (2001) p. 18.

⁵ ZIMMERMANN (2000) p. 111.

⁶ Así los PECL, El Código Europeo de Contratos de la Academia de Jusprivatistas Europeos de Pavia (CEC) y los *Principles of the Existing EC Contract Law* (“*Acquis Principles*”), aún en un estado más embrionario que los anteriores.

virulentas— discusiones que se han producido al respecto⁷, lo que no es curioso si se considera que la armonización del derecho europeo no es un asunto meramente técnico, sino básicamente político y que, por lo tanto, las opciones que se presentan bajo criterios técnicos poseen una profunda resonancia política⁸ y esto resulta especialmente evidente cuando se considera, por ejemplo, la comprensión del contrato, de carácter, según han sugerido Díez-Picazo, Roca Trías y Morales Moreno, “neoliberal-intervencionista”⁹.

Los PECL tienen probablemente su origen en una proposición del profesor Ole Lando, en 1976, de crear un “*Uniform Commercial Code*” europeo¹⁰. Posteriormente, en dos congresos en Bruselas durante 1980 y 1981 se constituyó la Comisión sobre derecho contractual europeo (*Commission on European Contract Law*), más conocida como la Comisión Lando, cuyo propósito era la elaboración de principios de derecho contractual europeo. Se trató del trabajo de un grupo de académicos, procedentes de los Estados Miembros de la Comunidad¹¹, el método consistía en asignar cada uno de los temas a tratar a un ponente quien debía redactar un informe sobre el tema, que era presentado en una sesión plenaria junto al informe de un contraponente que lo rebatía, y luego se abría a discusión¹².

Los PECL se encuentran divididos en tres partes. La primera y segunda —que son las que interesan aquí— se dividen en nueve capítulos: (1) reglas generales, (2) conclusión de los contratos, (3) representación directa e indirecta, (4) validez e invalidez, (5) interpretación, (6) contenido y efectos del contrato, (7) cumplimiento del contrato, (8) incumplimiento del contrato, y (9) medios de tutela frente al incumplimiento. Respecto al enfoque de los temas, la comisión intentó extraer las reglas o normas comunes del derecho europeo de contratos que formen un “mínimo común denominador”¹³ de la disciplina del contrato en Europa, similar en este sentido a los *Restatements* estadounidenses. Sin embargo, en el caso de los PECL no se trata solamente de extraer los principios del derecho actualmente vigente, sino además de favorecer una reforma o evolución de los mismos¹⁴ hacia reglas europeas uniformes de derecho de contratos, lo

⁷ Ver, por ejemplo, LEGRAND (2004).

⁸ Sobre esto puede consultarse HESSELINK (2004) pp. 675-697.

⁹ DÍEZ-PICAZO *et al.* (2002) p. 91.

¹⁰ Ver prefacio de Ole Lando, en LANDO y BEALE (2003) p. 15.

¹¹ Los miembros no eran elegidos por los gobiernos de sus respectivos países, ni los representaban, se trataba, en general de académicos del derecho o profesionales de la abogacía, en algunos casos de ambas cosas a la vez.

¹² MARTÍN (2003) p. 195.

¹³ MARTÍN (2003) p. 195.

¹⁴ A este respecto se ha señalado una cierta tensión en los objetivos de los PECL, en este sentido Hesselink ha señalado:

There is some tension between, on the one hand, the strong assertion that unification is needed because diversity is an obstacle to trade, and, on the other, the equally strong claim that the PECL represent the common core of European contract law. Is there great diversity or overwhelming unity? To the extent that the PECL are a reliable restatement of the common core of European contract law, they actually form a strong statement against unification efforts for the simple reason that unity already exists. Conversely, if there are important differences between the European systems of contract law, how was it possible for the Lando Commission to find a common core?

que supone –y esta es una característica relevante del enfoque de los PECL– reconciliar algunas de las diferencias que, en la materia, presentan el *civil law* y el *common law*. Como sostienen Lando y Beale¹⁵:

Uno de los mayores beneficios ofrecidos por los Principios es el de disponer un puente entre el Derecho civil y el Derecho común previendo reglas destinadas a reconciliar sus diferentes filosofías jurídicas.

Finalmente, las opciones políticas. En primer lugar, los PECL constituyen un caso de *soft law*¹⁶. De una parte carecen de cualquier fuerza obligatoria, por no haberlos adoptado la Unión Europea –ni siquiera tuvo injerencia en el nombramiento de los miembros de la Comisión Lando–, por lo tanto su única autoridad es el prestigio científico de quienes los han elaborado. De otra, sin embargo, es evidente que fueron diseñados con el objetivo de tener alguna repercusión práctica¹⁷ y, de alguna forma, han sido reconocidos por los organismos europeos¹⁸.

En segundo lugar, las medidas de armonización se presentan como una necesidad “para eliminar las diferencias de los derechos nacionales que estorban al desarrollo eficaz de los negocios transfronterizos dentro de Europa”¹⁹, promoviendo de esta manera el fortalecimiento de un mercado único europeo.

En tercer lugar, existe una fuerte preferencia por la libertad contractual, entendida como el derecho de las personas a decidir “con quiénes desean celebrar sus contratos y a determinar el contenido de dichos estatutos”²⁰. Sobre esto da noticia además la redacción del artículo 2.101 (condiciones para la conclusión de un contrato) que no exige para que se entienda formado el contrato más que la intención de las partes²¹. Con todo, la libertad de las partes se encuentra limitada –y de allí la expresión (¿un oximoron?) “neoliberalismo intervencionista” de Díez-Picazo, Roca Trías y Morales Moreno– por las exigencias de la buena fe y las reglas imperativas de los PECL. Habrá tiempo de decir algo más sobre esto a propósito del tratamiento del error.

2. PECL Y VALIDEZ DEL CONTRATO

La validez del contrato se encuentra tratada en el capítulo 4 de los PECL²². El capítulo comienza dando noticia de las cuestiones no reguladas: incapacidad e ilicitud

¹⁵ LANDO y BEALE (2003) p. 30.

¹⁶ Utilizo la expresión según la definición de Snyder, esto es como “rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects”. SNYDER (1993) p. 198.

¹⁷ En su introducción se señala que su utilidad puede ser inmediata a través de la adopción expresa de las partes en sus negocios o de su aplicación por los tribunales en sus decisiones, o mediata, como una base que permita la armonización del derecho de contratos europea. LANDO y BEALE (2003) pp. 27-34.

¹⁸ Los PECL aparecen mencionados en la Comunicación de 11 julio 2001, de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo y al Parlamento Europeos.

¹⁹ LANDO y BEALE (2003) p. 27.

²⁰ LANDO y BEALE (2003) p. 128. Comentario artículo 1.102 Libertad contractual.

²¹ LANDO y BEALE (2003) p. 186. Comentario D artículo 2.101.

²² En este trabajo utilizo la traducción del articulado de los PECL de LANDO y BEALE (2000).

del contrato (artículo 4, 101). La primera de ellas por ser un tema que excede el derecho de contratos y, la segunda, por las profundas diferencias que existen en los Estados miembros. Se regula, en cambio, la imposibilidad inicial (artículo 4, 102), los vicios del consentimiento (error [artículos 4, 103, 4, 104 y 4, 105], dolo [artículo 4, 107], amenaza [artículo 4, 108] y el beneficio excesivo o ventaja injusta [4, 109]²³), la entrega de información incorrecta que no determina necesariamente error ni constituye dolo (artículo 4, 106), las cláusulas abusivas en contratos por adhesión a condiciones generales (artículo 4, 110), la situación de los contratos negociados por terceros en los casos en que estos determinan la presencia de un vicio del consentimiento o existe una ventaja excesiva (artículo 4, 111), el régimen de la nulidad, incluyendo su notificación²⁴ (artículo 4, 112), el plazo para notificarla (artículo 4, 113), la confirmación (artículo 4, 114), los efectos de la nulidad (acciones de restitución [artículo 4, 115] y daños [artículo 4, 117]), la nulidad parcial (artículo 4, 116), la restricción de la posibilidad de excluir o restringir las acciones de restitución y daños (artículo 4, 118) y la coordinación entre acciones de nulidad y acciones de incumplimiento (artículo 4, 119).

Las reglas de validez del contrato de los PECL ponen en juego dos principios. De una parte la libertad contractual entendida en el sentido de que la obligación contractual recaba su fuerza normativa de la unión de voluntades libres e informadas. De otra, la necesidad de seguridad en las transacciones jurídicas. Y seguridad significa que la otra parte —aquella que no reclama el error—, en general, puede confiar en que el negocio producirá sus efectos normales. Ambas cosas a veces resultan compatibles y otras entran en tensión. El error suele proveer de un escenario privilegiado para observar esta tensión. Así, por ejemplo ¿qué sucede si una persona ignora una cualidad esencial de la cosa? Inclinarsse hacia la libertad contractual determinaría privar de efectos al negocio, inclinarse hacia la seguridad, mantenerlo. El tratamiento del error en los PECL provee de una forma de disolver esta tensión.

II. EL ERROR

1. LIBERTAD Y SEGURIDAD

Poner al centro del problema los principios de libertad contractual y seguridad determina que la aproximación al error de los PECL sea *relacional*, es decir, que no se limite a considerar la posición de aquella parte que yerra y busca la producción de los

²³ Aquí sigo a Morales Moreno que incorpora el beneficio excesivo o ventaja injusta dentro de los vicios del consentimiento. El artículo 4, 109 que disciplina esta causa de nulidad dispone un mecanismo complejo para determinar si existió o no beneficio excesivo, que incluye factores de carácter objetivo (el beneficio excesivo) y subjetivo (por ejemplo, la ignorancia o inexperiencia de quien sufre el perjuicio y el conocimiento y aprovechamiento por su contraparte de esto), por lo mismo, aun cuando no se confunde totalmente con la disciplina del error, la fuerza o el dolo, no cabe duda de que los factores subjetivos que utiliza lo aproximan a los vicios del consentimiento, amoldándolos a los casos en que una de las partes obtiene un beneficio excesivo.

²⁴ Para comprender adecuadamente esto es necesario tener presente que en los PECL la nulidad no precisa de una resolución judicial, con todo, es necesario que quien la desee se lo comunique a la otra parte, sin dicha comunicación no surtirá efectos.

efectos del régimen de nulidad, sino que incorpore –en relación con esta posición– la posición de la contraparte, que desea que el contrato produzca sus efectos normales. Esta aproximación relacional es el lente a través del cual debe observarse la disciplina del error en los PECL.

Al hacerlo conviene tener en cuenta que para tornar operativos ambos conceptos es necesario vincularlos con otros, especialmente con la buena fe, la responsabilidad y la apariencia. En su momento me detendré sobre cada uno de ellos.

2. ERROR EN LA DECLARACIÓN Y REGLAS GENERALES DE INTERPRETACIÓN

El capítulo 4 distingue dos hipótesis de error: esencial (artículo 4, 103) y en la declaración (artículo 4, 104). Esta segunda hipótesis tiene lugar en aquellos casos en que la voluntad se ha formado sobre presuposiciones correctas, sin embargo, se declara en forma incorrecta. Así sucederá, para utilizar un ejemplo de Lando y Beale, cuando en la oferta una parte escribe £ 10.000 en lugar de £ 100.000. No existe ignorancia o falso concepto acerca de la cantidad, sino nada más un error al plasmarlo en la declaración. La regla del artículo 4, 104 dispone que a esta especie de error se aplica la disciplina de aquel regulado en el 4, 103 –el error esencial–, con todo, una mirada a los comentarios que acompañan al artículo 4, 104 muestra que, en ese caso, es necesario prestar especial atención a las reglas sobre interpretación. Conviene, entonces, comenzar por allí y luego ir sobre el régimen general del error.

Las reglas de interpretación de contratos se encuentran en el capítulo 5 de los PECL que contiene una regla general de interpretación, la del artículo 5, 101, según la cual los contratos se interpretarán conforme a la intención común de los contratantes; una regla que auxilia a lo anterior –la del artículo 5, 102– que provee de criterios para determinar la intención común, y 5 reglas especiales más (artículos 5, 103-5, 107). Para el caso del artículo 4, 104 la regla que interesa tener presente es la general del artículo 5, 101. Los comentarios A, B, C y E al artículo 4, 104 ilustran la convivencia de ambas reglas.

La principal distinción que es necesario formular para ilustrar esta convivencia es entre aquellos casos en que el destinatario conocía, o debía haber conocido el error y aquellos en que no.

2.1. *Conocía o debía conocer*

El caso más sencillo es el que trata el comentario B, allí el receptor de la oferta –para seguir con el ejemplo ya utilizado– sabe que lo que se quería declarar era £ 100.000, y está de acuerdo con la cantidad. La aplicación de la regla del 5, 101 determina que prime la intención común de las partes, el precio del contrato es £ 100.000.

El comentario C trata un caso en que existía conocimiento del error y se declara la voluntad aceptando el precio, sin intención de obligarse por el precio real (£ 100.000), el resultado es el mismo, y la razón es que si conocía el error y aceptó, la apariencia que crea es que está de acuerdo con la real intención del proponente. Aquí recibe aplicación la regla del artículo 5, 101 (2):

Si se demuestra que una parte buscó dar un sentido particular al contrato y que la otra parte no podía ignorar dicha intención en el momento de celebrarlo, el contrato deberá interpretarse en el sentido dado por la primera.

El comentario E refiere a los casos en que el destinatario de la oferta ignora el error en la declaración, pero debió saber que existía. Una vez más recibe aplicación la regla del artículo 5, 101(2) siempre y cuando se demuestre que una persona razonable no hubiera podido ignorar el error.

2.2. *No conocía ni debía conocer*

El comentario A trata el caso en que el receptor de la oferta no conocía ni debía conocer el error. Aquí recibe aplicación el artículo 5, 101 (3):

Si la intención de las partes no pudiera juzgarse conforme a los apartados (1) y (2), el contrato se interpretará en el sentido que normalmente le daría toda persona razonable de igual condición que las partes, en caso de encontrarse en idénticas circunstancias.

La aproximación al contrato es a través de un método objetivo de interpretación²⁵, lo relevante deja de ser la intención real, lo buscado es lo que hubieran entendido partes razonables. Si el destinatario hubiera podido entender razonablemente que no había error, el contrato es válido en los términos que aparece estipulado.

Pues bien, descontado los casos que pueden ser solucionados acudiendo directamente a las reglas sobre interpretación, en el resto recibe aplicación el artículo 4, 103. Conviene entonces ir allí.

3. ERROR ESENCIAL

La esencialidad del error

Bajo la disciplina de los PECL no es relevante que el error recaiga sobre los hechos o el derecho, en ambos casos pueden producirse sus consecuencias jurídicas²⁶. Lo que sí es relevante es el carácter esencial del error: “[E]l error debe dar lugar a un contrato esencialmente diferente”²⁷, debe tratarse de un desconocimiento muy grave. El artículo 4, 103 por su parte entrega alguna noticia acerca de la relevancia del error cuando refiere a la cognoscibilidad del error (un requisito sobre el que vuelvo más abajo) en los siguientes términos:

²⁵ LANDO y BEALE (2003) p. 418.

²⁶ Como resulta bien sabido, en el caso europeo el error de derecho puede producir los mismos efectos que el error de hecho, los PECL se limitan aquí a extraer una norma de común aplicación en el *acquis communautaire*. Una breve reseña de esto en LANDO y BEALE (2003) p. 342. Un breve comentario sobre la aplicación del error de derecho en materia de contratos en DíEZ-PICAZO (2007) pp. 211-212. Otro breve comentario sobre la situación del error de derecho en Alemania e Inglaterra en MARKESINIS *et al.* (2006) pp. 295-296.

²⁷ LANDO y BEALE (2003) p. 327. Se trata del título del Comentario C del artículo 4, 103.

la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o solo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes.

La esencialidad del error entonces quedaría determinada por sus efectos, de haber conocido la verdad, la parte que cometió el error no hubiera celebrado el contrato o lo hubiera hecho en términos esencialmente diferentes²⁸.

El requisito de la esencialidad es imprescindible para la nulidad del contrato. Sin embargo, puede suceder que en casos de errores no esenciales pueda solicitarse una indemnización, así se desprende del artículo 4, 106 que regula el caso en que una de las partes haya celebrado un contrato basándose en información incorrecta que le ha entregado la otra. En ese caso, dispone el artículo, puede solicitarse la indemnización “incluso cuando la información no haya provocado un error esencial en el sentido del artículo 4, 103”²⁹.

La esencialidad del error es un requisito fácilmente reconocible en la tradición del derecho continental. La regulación del error en los PECL, sin embargo, busca sincretizar la tradición continental, generalmente más atenta a la posición de quien comete el error y la del *common law*, cuyo énfasis en el tratamiento del error se encuentra en la apariencia del contrato, de manera de proteger las expectativas razonables de la otra parte³⁰. De allí entonces que sea necesario poner atención a la posición de la otra parte –aquella que no invoca el error– para examinar los otros requisitos que deben reunirse para que exista un error que permita demandar la nulidad del contrato.

La posición de la otra parte

Como ya se ha señalado, la posición de los PECL respecto del error es relacional, considera la posición de cada una de las partes en relación a la otra. La pregunta acerca de si quien invoca el error merece la protección del ordenamiento jurídico a través de la nulidad del contrato, es contestada a través de la pregunta acerca de si la otra parte merece la protección del ordenamiento jurídico a través de la pervivencia de los efectos del contrato. Esto explica el texto del artículo 4, 103(1)(a) donde se dispone que una parte podrá anular el contrato por error si en el momento de su conclusión:

- (i) el error se debe a una información de la otra parte
- (ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe
- (iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error

²⁸ DÍEZ-PICAZO *et al.* (2002) p. 226.

²⁹ Con todo, el mismo artículo dispone ciertas limitaciones a la posibilidad de solicitar la indemnización. En primer lugar, si la parte que entregó la información tenía motivos para considerar que era correcta, no existe derecho a indemnización. En segundo lugar, el Comentario C del artículo 4, 106 señala que “[I]ncluso en aquellos casos en que la parte que ha proporcionado la información no tuviera motivos para razonables para creer lo que decía, no parece adecuado indemnizar por daños si, en las circunstancias concretas, lo razonable era que la parte que ha recibido la información contraste su veracidad y que, de haberlo hecho, se hubiera visto si era o no una información exacta”. LANDO y BEALE (2003) p. 356.

³⁰ Ver BEALE *et al.* (2002) p. 346.

La relevancia del error en los PECL queda determinada porque (1) fue compartido por ambas partes, (2) fue o debió ser reconocido, y (3) fue provocado. Conviene detenerse con mayor morosidad sobre los tres casos del artículo 4, 103(1)(a) en el mismo orden en que los acabo de enunciar.

a) *El error común. Artículo 4, 103(1)(a)(iii)*

La primera consideración a la posición de la otra parte consiste en determinar si había cometido o no el mismo error alegado por su contraparte. Si es el caso –y se trata de un error esencial–, el contrato puede ser anulado. La regla del error común o compartido no es peculiar porque permita privar de efectos al contrato cuando ambas partes cometen el mismo error, su peculiaridad estriba en que, generalmente, no lo permite en los casos de error unilateral. Y la razón de esto es que la aproximación al error no queda tan determinada por lo que las partes efectivamente querían, sino por lo que las partes comunicaron durante la negociación a través de su conducta o sus palabras, es decir, las apariencias que crearon. Como ha sostenido Cartwright, respecto del caso inglés, es responsabilidad de cada una de las partes comunicar correctamente su voluntad³¹.

La regla del error compartido, entendida de esta manera, es propia del *common law*³² y debe ser entendida a la luz de una interpretación objetiva del contrato, funcional a la seguridad de las transacciones: en el caso de un error unilateral (por ejemplo, una de las partes –el comprador– creyó que la superficie era edificable y la otra –el vendedor– sabía que no lo era) anular el contrato equivaldría a privar a una de las partes de un negocio que se le había ofrecido, en apariencia, correctamente. Si, en cambio, ambas partes consideraban que el terreno era edificable, la seguridad se desvanece pues ambas partes quedarían vinculadas por un negocio en términos diversos de los que habían presupuestado³³.

El ejemplo con que el comentario F del artículo 4, 103 ilustra el error compartido refiere a un caso de imposibilidad inicial (una casa que iba a ser arrendada y se incendia la noche antes de la celebración del contrato). Se ha señalado, sin embargo, que el error común no se limitaría a estos casos, sino a cualquier tipo de circunstancias incorporadas al contrato “como presuposición y exigencia del mismo”³⁴.

Finalmente, el comentario F del artículo 4, 103 aclara que un error compartido impide la indemnización de perjuicios según lo dispuesto en el artículo 4, 117. Con todo, aquí es necesario advertir que un caso de error compartido puede dar lugar a indemnización en la medida que compartiendo el error una de las partes (aquella contra quien se intenta la acción de perjuicios) hubiera debido saber que existía el error³⁵ y esto lleva al segundo caso, el error que fue o debió ser reconocido.

³¹ CARTWRIGHT (1991) p. 224.

³² Ver TREITEL (2005) pp. 286 y sgtes., y BEALE *et al.* (2002) p. 389.

³³ Se ha señalado además un argumento económico para justificar la diferencia en el tratamiento del error común y unilateral. Asumiendo que el riesgo del contrato debe asignarse a quien pudiera evitarlo a menor costo, en el caso de que ambas cometan error no será fácil determinar quién podía evitarlo con menores costos, en el caso de que una sola lo cometa parece razonable asumir que resultaba menos costoso evitar su propio error a la parte que lo sufrió que a la otra. Ver KRONMAN (1978) p. 5.

³⁴ MORALES (1988) p. 375.

³⁵ LANDO y BEALE (2003) p. 330.

b) El error reconocido. Artículo 4, 103(1)(a)(ii)

Hasta el momento se ha señalado que la fisonomía del tratamiento del error en los PECL queda determinada por dos principios: la libertad y la seguridad. Y esto es correcto; sin embargo, es necesario –particularmente para comprender el caso del error reconocido– añadir la buena fe para dar su correcto alcance a ambos principios.

Zimmerman y Whittaker –de quienes me voy a servir para ilustrar el caso europeo– han sugerido que en el caso europeo occidental existen tres grandes sistemas jurídicos alemán, francés e inglés, que, a su vez, son los principales exponentes de las tres “familias jurídicas” del derecho europeo³⁶ en torno a los cuales gravitan los demás países. De estos tres sistemas solo el último no contiene un deber general de negociar de buena fe, así el caso de Inglaterra, Escocia e Irlanda. En el caso alemán desde luego existe en el célebre párrafo 242, del BGB, así sucede también en el artículo 1.337 del *Codice* de 1942, y en el artículo 288 del Código Civil griego (que transcribe el precepto alemán). En el caso austriaco, aunque no existe un precepto equivalente al § 242, la Corte Suprema ha considerado que el principio de la buena fe es inherente al Código Civil. En el caso suizo el Código Civil (ZGB) en el artículo 2 I contiene una regla general sobre la buena fe en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes. En el caso francés, aunque el artículo 1.134 se refiere a la ejecución de los contratos, no parece existir demasiada duda de que la buena fe también recibe aplicación durante las negociaciones del contrato³⁷. En el caso portugués el deber de comportarse de buena fe durante las tratativas se encuentra capturado en el artículo 227 del Código Civil. Finalmente, en el caso de los países nórdicos la *Uniform Nordic Contract Act* contiene en sus §§ 33 y 36 un deber general de lealtad mutua y honestidad.

En el caso de los PECL el artículo 1, 201 dispone:

- (1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe
- (2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo

El comentario B del mismo artículo señala que el objetivo de la regla es “reforzar los niveles generales de honradez, lealtad y razonabilidad en las transacciones comerciales”³⁸. Pues bien, la pregunta de la cual es menester hacerse cargo aquí es qué sucede cuando una parte conoce o debía conocer el error que estaba cometiendo la otra. Y la respuesta es que, tratándose de un caso de error unilateral, la respuesta pasa por determinar dos cosas: la primera es si tenía o no un deber de informarle el error y la segunda –en el caso que no conociera el error, pero debiera haberlo conocido–, si tenía un deber de informarse para informar.

En otras palabras, en los casos de error reconocido o reconocible de lo que se trata es de saber si la otra parte debía informar a la primera sobre el error, si debía hacerlo y no lo hizo, el error unilateral produce todos sus efectos. Ahora bien, presentadas así las cosas surgen dos problemas distintos. El primero de ellos es –utilizando el lenguaje del

³⁶ ZIMMERMAN y WHITTAKER (2000) p. 48.

³⁷ MESTRE (1989) pp. 736-737.

³⁸ LANDO y BEALE (2003) p. 148.

artículo 4, 103— cuándo “hubiera debido conocer que existía el error”. El segundo es la licitud del silencio, es decir, los casos en que la persona que conoce el error puede aprovecharse de la ignorancia de quien lo comete.

Respecto al primer problema, los PECL aparentemente se refieren aquellos casos en que no se pueda acreditar que la otra parte conocía el error, pero este para ella era obvio³⁹. Por lo tanto, Morales Moreno parece estar en lo correcto cuando señala que no se trata de la imposición de un deber de informar⁴⁰, sino de una consecuencia del carácter manifiesto del error.

Sobre el segundo problema —aprovechamiento del error— los PECL se detienen con mayor latitud en el comentario E del artículo 4, 103. Se señala en primer lugar que: “[L]os principios (sic) reconocen como principio general que la parte no debería poder aprovecharse de los errores graves de la otra en torno a hechos o Derecho relevante⁴¹”. No obstante esta declaración, las cosas deben considerarse con cautela. En una primera lectura parece que el principio de seguridad cede en aquellos casos donde una de las partes había reconocido el error de la otra, y en esos casos, el principio de la buena fe determinaría el surgimiento de un deber de comunicar el error, en términos tales que la falta de comunicación determinaría la posibilidad de alegar la nulidad del contrato y la indemnización de perjuicios correspondiente.

Con todo, existen casos en que los PECL autorizan a aprovecharse del error, y aquí conviene citar generosamente el comentario E del artículo 4, 103⁴²:

existen situaciones en las que cabe admitir que una parte se aproveche del desconocimiento o de la ignorancia de la otra. Una de esas situaciones es la de los contratos especulativos y los contratos de riesgo, en los que no cabe esperar que ninguna de las partes apoye a la otra en modo alguno: tendríamos un ejemplo en las inversiones de alto riesgo. Otro ejemplo lo tenemos cuando una parte ha hecho un esfuerzo considerable para obtener una información que no posee la otra parte. Si la parte no tuviera derecho para utilizar esa información que obtenida gracias a su esfuerzo, no se verá motivada para conseguir dicha información en primer lugar y ambas partes se verán perjudicadas.

Pues bien, la lectura de este comentario muestra que el verdadero problema en el caso del error reconocido se encuentra en determinar la *licitud del silencio*⁴³ y que al considerar la buena fe como fundamento del deber de informar no debe olvidarse que

³⁹ Ver Comentario E artículo 4, 103 LANDO y BEALE (2003) p. 329.

⁴⁰ Sobre el deber de informarse para informar puede consultarse FABRE-MAGNAN (1992) pp. 192 y ss., y GHESTIN (1993) pp. 617 y ss.

⁴¹ LANDO y BEALE (2003) p. 329.

⁴² LANDO y BEALE (2003) p. 329.

⁴³ Lo cual resulta coherente con el tratamiento que recibe el dolo por omisión en el artículo 4, 107 de los PECL donde se dispone, en lo pertinente, que: “Para determinar si la buena fe y la lealtad exigen que una parte revele una información concreta deben tomarse en cuenta todas las circunstancias, incluyendo entre ellas: (a) Si la parte poseía una pericia especial; (b) El costo de adquisición de la información relevante; (c) Si la otra parte hubiera podido razonablemente adquirir la información por sí misma; y (d) La aparente importancia que la información tenía para la otra parte”.

pese a que esta tenga como objetivo “reforzar los niveles generales de honradez, lealtad y razonabilidad en las transacciones comerciales”⁴⁴, permite mantener silencio en ciertas ocasiones.

Advertido lo anterior, es momento de reconsiderar el principio de la seguridad, porque de lo que va dicho aparece que, en ciertos casos, aun cuando haya existido error reconocido el silencio será lícito. Es decir, en ciertos casos la persona que mantuvo silencio puede confiar en que el contrato producirá sus efectos tal y como fue acordado, aunque una de las parte, hubiera cometido un error. ¿Cuáles son esos casos? El comentario E del artículo 4, 103 refiere a dos y si bien se encuentran solo a título ejemplar me limitaré a ellos. El primero de ellos son los contratos especulativos y los de riesgo, el segundo es el caso de la información que ha sido costosa de adquirir.

En el caso de los primeros se trata de negociaciones donde, según se lee en el párrafo transcrito: “no cabe esperar que ninguna de las partes apoye a la otra en modo alguno. Y esta consideración es especialmente importante, porque parece mostrar que en el tratamiento de los PECL la buena fe no protege cualquier confianza, sino únicamente aquella que es razonable. Desde luego el problema será determinar cuándo es razonable confiar, pero eso no es algo que me interese hacer aquí⁴⁵, mi punto es más general y es que las exigencias de la buena fe deben ser consideradas con cautela y parte de la cautela consiste en advertir que allí donde ninguna de las parte debiera razonablemente esperar la colaboración de la otra, la regla es que cada parte debe procurarse su propia información: *caveat emptor*. Y por lo mismo, cada una soporta los riesgos de su propia ignorancia.

En el segundo caso –información cuya adquisición ha supuesto un esfuerzo– el comentario E del artículo 4, 103 respecto a los desincentivos que produciría una regla que obligara a entregar la información parece mostrar que la inspiración de esta regla es el célebre artículo de Anthony Kronman donde distingue entre información deliberadamente adquirida e información casualmente adquirida⁴⁶ que resultará útil presentar en la forma más esquemática posible. Basta definir qué entiende Kronman por información deliberada, pues la excluida será casual. Cito textualmente⁴⁷:

As it used here, the term “deliberately acquired information” means information whose acquisition entails costs which would not have been incurred but for the likelihood, however great, that the information in question would actually be produced.

Si se trata de información deliberadamente adquirida entonces existe el derecho a no revelarla en las negociaciones, si fue casualmente adquirida, existe el deber de revelar-

⁴⁴ LANDO y BEALE (2003) p. 148.

⁴⁵ Sobre esto puede consultarse GHESTIN (1993) pp. 635 y ss., sugiriendo que la confianza legítima puede fundarse en la naturaleza del contrato, la cualidad de las partes, o la información que una parte le ha entregado a otra. También puede revisarse TREITEL (2005) p. 399, refiriéndose a uno de los casos en que el derecho inglés –reticente a la imposición de un deber general de informar– establece una excepción: las relaciones fiduciarias.

⁴⁶ KRONMAN (1978).

⁴⁷ KRONMAN (1978) p.13.

la. Lo que explica la distinción son los incentivos para adquirir información. Si a una persona que invirtió en conseguir información no se le permite capturar los beneficios de su inversión, simplemente reducirá o sencillamente dejará de invertir en producir información. Si, en cambio, la adquisición de la información fue casual, no existe este desincentivo pues la adquisición no fue el resultado de su esfuerzo.

Pues bien, explicados los dos ejemplos ¿cómo entender el principio de seguridad? La respuesta es que una parte puede confiar en que el contrato será exigible en los términos acordados aun cuando su contraparte haya cometido un error y hubiera sido reconocido –y no informado– en al menos dos casos: cuando la otra parte no pudiera confiar razonablemente en que se le advertiría su error, y cuando quien disponía de la información hubiera hecho un esfuerzo significativo para conseguirla.

Ahora bien, un último punto que me interesa destacar respecto del tratamiento del error reconocido refiere a qué quiero decir cuando afirmo que en ciertas ocasiones una parte se puede aprovechar del desconocimiento de la otra y la respuesta más coherente, en mi opinión, con el artículo 4, 103, es que en esos casos la otra parte –aquella que sufrió el error– no podrá alegar ni la nulidad del contrato ni el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

c) El error provocado. Artículo 4, 103(1)(a)(i)

Existe error provocado cuando el error que comete una parte se debe a una información entregada por la otra. El punto es entonces la información incorrecta. Y sobre esto conviene tener presente que los PECL la consideran a propósito del error esencial y también desvinculada de este en el artículo 4, 106 (información incorrecta). Si la información incorrecta determina un error esencial, la parte que sufrió el error tendrá derecho a solicitar la nulidad del contrato y la indemnización de perjuicios, si no determinó un error esencial, solo indemnización de perjuicios, salvo –señala el artículo 4, 106– “que la parte que dio la información tuviera motivo para creer que la información era correcta”.

Conviene entonces distinguir según si la información incorrecta ha determinado o no un error esencial. Si así ha sido, el contrato puede ser anulado, pues como sostiene el comentario B del artículo 4, 106, lo que habría allí es un error compartido⁴⁸. En conjunto con la nulidad, la posibilidad de utilizar la acción de daños del artículo 4, 117 dependerá de si quien entregó la información tenía o no motivos para creerla cierta. Si los tenía no hay acción, si carecía de ellos, hay⁴⁹.

Si la información incorrecta no ha determinado un error esencial, solo existe acción de perjuicios, y esta depende de la misma distinción que se ha formulado recién: si la parte que dio la información tenía o no motivos para creer que la información era correcta.

⁴⁸ LANDO y BEALE (2003) p. 355. Ver también Comentario D artículo 4, 106, p. 328.

⁴⁹ La posibilidad de reclamar daños no se menciona en el artículo 4, 103, sin embargo una interpretación coherente de este con el 4, 106 (“podrá exigir una indemnización por daños y perjuicios...*incluso* cuando la información no haya provocado un error esencial”) lleva directamente a concluir que se dispone de la acción.

4. INEXCUSABILIDAD Y ASUNCIÓN DE RIESGO

Si el error es esencial y común o esencial y unilateral es reconocido o provocado en los términos ya expuestos, el contrato puede ser anulado. Salvo que se trate de un error inexcusable o que la parte que cometió el error haya asumido el riesgo de su propia ignorancia. Conviene distinguir ambos casos.

La inexcusabilidad

La inexcusabilidad del error puede ser explicada a la luz de los principios de libertad y seguridad. En el caso del principio de libertad, en general, se entiende que un error es inexcusable cuando obedece a la falta de cuidado de quien lo padece, es decir, podría haber sido evitado a través de una conducta diligente. Pues bien, parece más o menos evidente que como corolario de la libertad que el ordenamiento jurídico concede a las personas de vincularse a través del ejercicio de su autonomía, también los hace responsables de los efectos de sus actos⁵⁰ y cuando debido a su falta de cuidado crean una apariencia en la cual la otra parte puede confiar, lo razonable es que queden vinculados por esa apariencia. Y la idea de confianza lleva al principio de seguridad. El problema se plantea como uno de distribución de riesgos: ¿a quién debe asignársele el riesgo de la defectuosa información?⁵¹ Y las opciones más evidentes son: a quien confió en la apariencia creada o a quien, debido a su falta de cuidado, creó la apariencia. Y la respuesta parece ser bastante obvia.

Ahora bien, el caso de la inexcusabilidad planteado de esa manera es sencillo en la medida que una de las conductas –la de quien cometió el error– se encuentra sujeta a un juicio de reproche por su falta de cuidado. Pero el problema puede complicarse cuando se considera la conducta de la otra parte, específicamente en aquellos casos en que se trata de error reconocido y error provocado.

Con respecto al error reconocido, el comentario I del artículo 4, 103 señala⁵²:

si la segunda parte es consciente de que la primera ha cometido un error y no le supusiera gran esfuerzo destacarlo, el hecho de que la primera parte no haya tenido cuidado no impedirá que esta tenga derecho a algún tipo de protección y su error no debería tratarse como un error inexcusable.

Pues bien, lo que pareciera derivarse de este comentario es que en los casos de error reconocido la inexcusabilidad no desempeña ningún papel. Pero, como de costumbre, es necesario ir con cautela y recordar que lo determinante en el caso del error reconocido es la licitud de silencio. Como ya se ha señalado, los PECL permiten, en ciertos casos, aprovecharse del error, y por esa razón *a fortiori* en esos casos deberían permitir aprovecharse del error inexcusable. Por lo mismo, en el caso de error reconoci-

⁵⁰ Sobre esta idea puede consultarse BETTI (1959) p. 125, quien ha sugerido que “Toda la dialéctica del negocio jurídico se apoya sobre esta antinomia entre libertad, que es antes, y autorresponsabilidad, que viene después”; y CARIOTA (1959) p. 53.

⁵¹ Tomo estos términos de MORALES (1988) pp. 88 y ss.

⁵² LANDO y BEALE (2003) p. 332.

do, la inexcusabilidad solo pierde su relevancia para excluir la posibilidad de alegar el error en aquellos casos en que el silencio sea ilícito. Esa es la única interpretación coherente. Por lo demás, si se mira con atención el comentario, se advertirá que no basta que una parte sea consciente del error de la otra, sino que además es necesario informar que el error “no le supusiera gran esfuerzo”.

Con respecto al error provocado, conviene tener presente que en este caso el error funciona como regla de validez y de responsabilidad, es decir, permite demandar la nulidad del contrato y la indemnización de perjuicios en los casos pertinentes. Conviene comenzar por la responsabilidad, sobre la cual los comentarios son más explícitos.

El comentario C del artículo 4, 106 señala⁵³:

Incluso en los casos en que la parte que ha proporcionado la información no tuviera motivos razonables para creer lo que decía, no parece adecuado indemnizar por daños si, en las circunstancias concretas, lo razonable era que la parte que ha recibido la información contraste su veracidad y que, de haberlo hecho, se hubiera visto si era o no una información exacta.

El comentario hace sentido cuando se considera en relación al comentario E del artículo 4, 117⁵⁴:

En algunas ocasiones, la víctima de un dolo o de un error no se ocupa correctamente de sus propios intereses y contribuye de este modo a que las pérdidas sean mayores o más graves. En ese caso, el importe de la indemnización puede verse reducido.

Entonces, cuando existe un error provocado que a la vez es inexcusable, la regla de los PECL distribuye los perjuicios según la reprochabilidad de cada una de las conductas.

¿Qué sucede con la nulidad, puede alegarse en caso de errores provocados cuando son inexcusables? Como ya he advertido, los PECL son más parcos a este respecto en comparación con la acción de daños. Sin embargo, el comentario I del artículo 4, 103 puede arrojar alguna luz al respecto: “[N]o parece adecuado permitir que cuando un contratante sea culpable del error en su mayor parte, pueda anular el contrato, salvo que la otra parte tenga al menos igual parte de culpa”⁵⁵.

Lo determinante entonces será comparar la situación de las partes respecto a la incidencia de su conducta en el resultado y el juicio de reproche de que resultan susceptibles dichas conductas. De esta manera, parece razonable distinguir aquellos casos en que quien entregó la información tenía motivos para considerarla correcta de aquellos casos en que no. Si tenía motivos y, sin embargo, la información era incorrecta y la otra parte –quien recibió la información– debió haber investigado su veracidad, entonces parece evidente que debe preferirse la posición de quien entregó la información y no dar

⁵³ LANDO y BEALE (2003) p. 356.

⁵⁴ LANDO y BEALE (2003) p. 409.

⁵⁵ LANDO y BEALE (2003) p. 331.

lugar a la nulidad. Si, en cambio, no tenía motivos, el reproche a la conducta de ambas partes es similar, ambas partes tienen igual parte de culpa y según el comentario I ya transcrito debería darse lugar a la nulidad.

Asunción del riesgo

Existen múltiples formas de asumir el riesgo del error. La primera y más evidente es expresamente a través del contrato y los PECL refieren a ella en su artículo 4, 118 sobre exclusión o restricción de las acciones en los siguientes términos:

(2) Si pueden excluirse o limitarse las acciones previstas en caso de error o información incorrecta, salvo que dicha exclusión sea contraria a la buena fe.

La relación entre la limitación y la exclusión de las acciones y la asunción del riesgo es suficientemente clara como para detenerse sobre ella. Más desafiante, en cambio, resulta la limitación que fijan las exigencias de la buena fe y sobre esta disposición particular los comentarios no arrojan demasiada luz, salvo que el error y la entrega de información incorrecta –cuando no es dolosa– no implican mala fe y que existe alguna conexión entre las exigencias de la buena fe y la forma en que se presenta la cláusula de exclusión o restricción (así, por ejemplo, letra pequeña). ¿Qué sucede, sin embargo, respecto, del error provocado y del error reconocido? La respuesta, según la letra del precepto, es que habrá que determinar si la cláusula era contraria a la buena fe y teniendo en cuenta el contenido de la cláusula (limitación o restricción), lo que en definitiva habrá que determinar es si era lícito que una parte se aprovechara del error de la otra. Una vez más el problema de la licitud del silencio.

Junto a la asunción del riesgo en forma expresa, existen otros casos donde la asunción puede derivarse, entre otras cosas, de la ley, de los usos, del comportamiento de las partes o de la naturaleza del contrato, y todos estos factores deberían caer dentro de la expresión “circunstancias” utilizada por el artículo 4, 103(2)(b). Así, por ejemplo, respecto de los usos comerciales, el caso Sorolla en España trata sobre la venta de un cuadro cuya autoría se atribuía erróneamente a Francisco Sorolla, donde parte de la decisión de negar lugar a la nulidad del contrato de compraventa reposó sobre la existencia de un uso de comercio generalmente admitido y observado según el cual, entre comerciantes, el vendedor de una obra de arte “se limita a expresar de buena fe, que la obra vendida es propia de un artista determinado y ejecutada de su mano, según los elementos de juicio de dichos comerciantes o vendedores han podido reunir o tener a su alcance”⁵⁶. En el caso del comportamiento de las partes un ejemplo especialmente conspicuo es lo que en el caso estadounidense se denomina “*conscious ignorance*”⁵⁷. Un caso contribuirá a explicar el uso de esta doctrina. En *Nelson v. Rice*⁵⁸ un tribunal de apelaciones conoció de la venta en pública subasta de los bienes de una mujer muerta por sus albaceas. Entre los bienes había dos cuadros, los albaceas contrataron un tasador para que avaluara los bienes que confor-

⁵⁶ Ver STS de 9 de octubre de 1981 (RJ 1981, 3595).

⁵⁷ Sobre la idea de riesgo asumido puede consultarse FARNSWORTH (2004) pp. 37 y ss.

⁵⁸ 12 P.3d 238 Ariz. Ct. App. 2000.

maban el patrimonio de la mujer, este les advirtió que no era experto en arte y que no podía valorar adecuadamente los cuadros. No obstante esto, sin contratar un nuevo tasador, los bienes fueron subastados. Los dos cuadros eran de autoría de Martin Jonson Heade, un famoso pintor del siglo XIX, y fueron adquiridos en 60 dólares por una persona que detectó la similitud de la firma de ellos con la firma del pintor y luego los revendió por 1.072.000 dólares. La Corte de Apelaciones de Arizona no dio lugar al error invocado por los vendedores toda vez que consideró que ellos habían asumido el riesgo de su ignorancia al no contratar otro tasador experto en arte. Finalmente, respecto de la naturaleza del contrato, como ya se ha advertido, los PECL utilizan el ejemplo más conspicuo: el contrato especulativo. Con todo, es interesante considerar qué contratos pueden calificarse como especulativos. Este es un tema que excede el alcance de estas páginas, pero al menos puede ilustrarse, se trata del caso de la venta de cuadros cuando lo que está en juego es la autoría, ¿es de carácter especulativo? Cuando se trata de un cuadro antiguo, se ha sugerido que la autoría es un asunto relativo y volátil⁵⁹. Si esto es correcto, entonces, como ha sugerido Chatelain una obra de arte es naturalmente un bien aleatorio cuya venta supone riesgos para el comprador y el vendedor⁶⁰, por lo tanto, salvo en los casos donde la cualidad se ha incorporado al contrato a través de un deber de garantía o de otra forma, cualquier duda que mantengan las partes al momento de la celebración del contrato –y este será el caso salvo en aquellas raras ocasiones que se disponga información indubitada respecto a la paternidad o el carácter apócrifo de la obra– determina que ambas están asumiendo el riesgo de falsedad o autenticidad y que luego no puedan alegar el error. En las palabras de Lequette-de Kervenoaël: “*Elles ont joué: l'une gagné, l'autre a perdu*”⁶¹.

5. ADAPTACIÓN DEL CONTRATO

Expuesto en términos gruesos, el problema del error para quien lo comete y alega es que quedará obligado en términos distintos a los que realmente pretendía. De allí que la regla del artículo 4, 105 que establece la posibilidad de adaptar el contrato para evitar su nulidad haga pleno sentido, especialmente si se tiene en cuenta el principio de conservación del negocio jurídico⁶². Conviene entonces explorar cómo funciona la adaptación.

En primer lugar el artículo 4, 105 distingue según se trate de error compartido o no. En el caso de error compartido no hay problema porque bajo la regla del artículo 4, 103(1)(a)(iii) puede determinar la nulidad; si el error es unilateral, en cambio, la regla es más restrictiva y se limita al error conocido y provocado en los términos ya expuestos. Por lo mismo, la aplicación de esta regla en casos de error unilateral se limita a aquellos casos en que el reconocimiento del error ajeno o su provocación a través de la entrega de información permiten, en los términos que ya se ha explicado, demandar la nulidad. El Ejemplo 1 del comentario A es particularmente ilustrador a este respecto⁶³:

⁵⁹ LEQUETTE-DE KERVENOAËL (2006) p. 252.

⁶⁰ Citada en LEQUETTE-DE KERVENOAËL (2006) p. 333.

⁶¹ LEQUETTE-DE KERVENOAËL (2006) p. 622.

⁶² Díez-PICAZO *et al.* (2002) p. 227.

⁶³ LANDO y BEALE (2003) p. 352.

Un planchista que se contrata para poner los suelos en un gran edificio comete un error esencial al calcular el trabajo necesario. La otra parte hubiera debido darse cuenta del error, por lo que el planchista tendrá derecho a anular el contrato. El que lo había contratado le propone no tener que hacer el trabajo extra [con el que no se había contado] sin proceder a reducción alguna en el precio. El contratista no podrá anular el contrato.

¿Qué sucede, sin embargo, si el error fue provocado o efectivamente reconocido y no comunicado? Los comentarios de la regla nada dicen al respecto. Y la solución debería moverse entre dos coordenadas. Si la adaptación deja a la parte equivocada en la misma posición que se hubiera encontrado no se ve qué sentido tiene la nulidad. Salvo –y he aquí la segunda coordenada– que en los casos de error reconocido o provocado con grave negligencia el juicio de reproche de la conducta suponga que una parte no debería poder aprovecharse de una conducta jurídicamente disvaliosa⁶⁴. Las consideraciones anteriores refieren a la nulidad. Sobre la indemnización de perjuicios, el comentario C del artículo 4, 105 dispone que la adaptación del contrato no excluye la indemnización de daños y perjuicios conforme al artículo 4, 117⁶⁵.

En segundo lugar, respecto de la forma de operar de la adaptación. En el caso del error unilateral se considera que los términos del contrato son los que había entendido la víctima. Una vez que esta los haga saber a la contraparte de cualquier manera, esta última –sin dilación– debe manifestarle su voluntad de cumplir en dichos términos. La posibilidad de evitar la nulidad caduca una vez que se satisfacen dos requisitos copulativamente: (1) la otra parte solicita que se declare la nulidad, y (2) actúa en función de ella. Morales Moreno ejemplifica esta situación con el caso del contratante que sufre error, solicita que se declare la nulidad y ya ha adquirido el bien de otro contratante o ha celebrado contratos incompatibles con aquel cuya declaración de nulidad solicita⁶⁶. El efecto de la indicación de la voluntad de adaptar el contrato, o su cumplimiento en los términos que lo entendió quien sufrió el error, es la pérdida del derecho a solicitar la nulidad y la pérdida de efectos de toda acción anterior al respecto⁶⁷.

En el caso de error común se trata del derecho de cada una de las partes a solicitar al juez la adaptación del contrato. En general, la existencia de un error –compartido o no– produce una alteración en la organización de los intereses del contrato⁶⁸ produciendo un menoscabo para alguna de las partes y lesionando la equivalencia de las prestaciones en los términos que la consideraron las partes. Frente a este problema, una solución es la nulidad, que en este caso puede ser solicitada por cualquiera de las partes. La otra es la adaptación que, igualmente, puede ser solicitada por cualquiera de las partes, ya sea

⁶⁴ En particular, en el caso del error reconocido, se ha señalado, correctamente en mi opinión, que no es fácil distinguirlo del dolo por omisión y los PECL (ver MORALES (1988) p. 386.) no aportan mayores datos al respecto.

⁶⁵ LANDO y BEALE (2003) p. 353.

⁶⁶ MORALES (1988) p. 393.

⁶⁷ Este podría ser el caso en que se haya intentado una acción de nulidad, pero no se haya realizado ninguna actuación en función de ella.

⁶⁸ Sobre esto puede consultarse MORALES (1988) pp. 79 y ss.

para evitar la lesión o para evitar la nulidad, según de quien se trate. Los principales problemas que plantea esta adaptación judicial son dos, que se encuentran cercanamente relacionados. El primero es la métrica para determinar qué es lo que habrían determinado las partes en caso de no haberse producido el error. El segundo es si al momento en que se pretende adaptar el contrato todavía tiene sentido hacerlo. Respecto del primer problema, en el ejemplo del planchista utilizado anteriormente, suponiendo que las partes hubieran fijado un tarifa determinada expresamente por la superficie, no se sigue de allí que si erraron en la superficie baste una simple modificación de los términos de la ecuación, porque podría ser que siendo el doble de metros, la tarifa por metro cuadrado se redujera, por ejemplo, en un 25%. El segundo problema es más amplio, nada más a título de ejemplo, es posible que al momento de la adecuación ya no sea posible para una de las partes ejecutar el contrato adaptado, así, para utilizar los ejemplos del comentario B⁶⁹, si se requiere más tiempo de trabajo, pero el contratista ya había comprometido ese tiempo con un tercero, o bien se trata de un cuadro que se ignoraba su verdadera autoría, y una vez descubierta su precio se multiplica por 100 veces.

Estos problemas llevan a considerar la convivencia de la acción de nulidad y la de adaptación judicial. Y en esa convivencia parece ser el caso que la adaptación judicial tiene sentido cuando se logre acreditar, al menos, que las partes hubieran celebrado igualmente el contrato en su versión adaptada, y que atendida la actual situación de las partes, la ejecución del contrato adaptado es todavía posible para ambas.

6. EL TRATAMIENTO DEL ERROR EN LOS PECL, ESQUEMÁTICAMENTE

En primer lugar el error en los PECL es una regla de validez, pero también de responsabilidad. En segundo, tanto el error de hecho como el de derecho pueden determinar la invalidez y la responsabilidad. En tercero, los PECL consideran el error esencial y el error en la declaración. Este último se rige por las reglas del primero, sin embargo, en su tratamiento cobran especial importancia las reglas sobre interpretación.

Para viciar el consentimiento, el error debe ser (1) esencial y (2) común. Si es unilateral debe ser (1) reconocido o (2) provocado.

En los casos en que se reúnen estos requisitos todavía es necesario que (1) el error sea excusable, y (2) que el riesgo del error no haya sido asumido por la parte que la alega.

En los casos de error unilateral que permite anular el contrato es posible evitar la nulidad aceptando los términos que entendió la otra parte, o ejecutando el contrato de esa manera. En los casos de error común procede la adaptación judicial.

A MANERA DE CONSIDERACIÓN FINAL

El tratamiento del error por los PECL muestra dos cosas que son extremadamente valiosas para considerar el problema en el caso chileno. La primera de ellas es que es un problema complejo que involucra múltiples intereses y que considerarlo nada más como un problema de formación del consentimiento –y en definitiva de tutela de la voluntad–

⁶⁹ LANDO y BEALE (2003) pp. 352-353.

es, a estas alturas, un anacronismo. La segunda es una propuesta para armonizar los diferentes intereses en juego. Y en esa propuesta son especialmente significativos los principios de libertad contractual y seguridad y la forma en que ambos han sido explicados. Porque de una parte la correcta comprensión de la libertad implica añadir la responsabilidad y la correcta comprensión de la seguridad implica poner el énfasis en la apariencia creada, advirtiendo que a veces la seguridad que se protege es la de obtener los beneficios en cuya producción se ha invertido.

En el caso europeo estas conclusiones son el resultado de extensas discusiones que aún se encuentran en marcha. Discusiones que en el caso chileno han brillado por su ausencia, lo que en ciertos casos las torna algo peregrinas. Peregrinas, sin embargo, si la discusión se limita al desarrollo del error en Chile. Si se pone en el contexto de la discusión de derecho comparado –al menos europeo continental y *common law*–, lo que probablemente resultaría peregrino es el caso chileno. Esto no necesariamente es una buena razón para modificar el tratamiento del error en el Código Civil, sí lo es para interesarse en lo que está sucediendo en países que presentan niveles significativamente mayores de reflexividad sobre el fenómeno jurídico.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BEALE, Hugh, HARTKAMP, Arthur, KÖTZ, Hein y TALLON, Dennis (2002): *Ius Commune Casebooks on the Common Law of Europe: Case, Materials and Text on Contract Law* (Portland, Hart Publishing) 993 pp.
- BETTI, Emilio (1959): *Teoría general del negocio jurídico* (Traducc. A. MARTÍN PÉREZ, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado) 465 pp.
- CARIOTA FERRARA, Luigi (1959): *El negocio jurídico* (Traducc. M. ALBALADEJO, Madrid, Aguilar) 616 pp.
- CARTWRIGHT, John (1991): *Unequal Bargaining* (Oxford, Clarendon Press) 252 pp.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2007): *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (Navarra, Thomson Aranzadi) 246 pp.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2007): *Fundamentos de derecho civil patrimonial* (Madrid, Thomson Civitas) vol. I, 657 pp.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, ROCA TRÍAS, Encarna y MORALES MORENO, Antonio Manuel (2002): *Los principios de Derecho Europeo de Contratos* (Madrid, Civitas) 529 pp.
- FABRE-MAGNAN, Muriel (1992): *De l'obligation d'information dans les contrats* (Paris, L.G.D.J.) 573 pp.
- FARNSWORTH, Allan (2004): *Alleviating Mistakes. Reversal and Forgiveness for Flawed Perceptions* (Oxford University Press).
- GHESTIN, Jacques (1993): *Traité de droit civil* (Paris, L.G.D.J.) 976 pp.
- HESSELINK, Martijn (2001): “The Principles Of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission”, *Global Jurist Frontiers*, vol. I.
- HESSELINK, Martijn (2004): “The Politics of a European Civil Code”, *European Law Journal*, vol. 10 N° 6: pp. 675-697.

- KÖTZ, Hein y FLESSNER, Axel (1997): *European Contract Law* (Oxford, Clarendon Press) vol. I, 286 pp.
- KRONMAN, Anthony (1978): “Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contract”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 7 N° 1.
- LANDO, Ole y BEALE, Hugh (2000): *Los Principios de Derecho Contractual Europeo Partes I y II*. Disponible en: <http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/Skabelon/pecl_spansk.htm> [fecha de consulta: 23 de julio de 2007].
- LANDO, Ole y BEALE, Hugh (2003): *Los Principios de Derecho Contractual Europeo Partes I y II* (edición española a cargo de Pilar BARRÉS BENLLOCH, José Miguel EMBID IRUJO y Fernando MARTÍNEZ SANZ, Madrid, Colegios Notariales de España) 767 pp.
- LEGRAND, Pierre (2004): “A Diabolical Idea”, en: HARTKAMP, Arthur S., HESSELINK, Martijn W., HONDIUS, Ewond H., JOUSTRA, Carla A. y VELDMAN, Muriel (edit.), *Towards a European Civil Code* (La Haya, Kluwer Law International 3ª ed.).
- LEQUETTE-DE KERVENOËL, Stéphanie (2006): *L'authenticité des œuvres d'article* (Paris, L.G.D.J.) 665 pp.
- MARKESINIS, Basil, UNBERATH, Hannes y JOHNSTON, Angus (2006): *The German Law of Contract. A Comparative Treatise* (Londres, Hart Publishing) 2ª ed., pp. 295-296.
- MARTÍNEZ SANZ, Fernando (2003): “Principios de Derecho Europeo de los Contratos (Comisión Lando)”, en: CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coord.), *Derecho privado europeo* (Madrid, Colex).
- MESTRE, J. (1989): “L'exigence de bonne foi dans la conclusion du contrat”, *RTDC*, pp. 736-737
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (1988): *El error en los contratos* (Madrid, Editorial Ceura) 383 pp.
- SNYDER, Francis (1993): “Soft law and Institutional Practice in the European Community”, en: MARTIN, Stephen (edit.), *The Construction of Europe - Essays in honour of Emile Noel* (Kluwer Academic Publishers).
- TREITEL, Guenter (2005): *The Law of Contract* (Londres, Thomson Sweet & Maxwell 11ª ed.).
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos (2007): “Invalidéz e ineficacia en los proyectos europeos de derecho de contratos”, en: DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (Navarra, Thomson Aranzadi) pp. 13-57.
- ZIMMERMAN, Reinhard y WHITTAKER, Simon (2000): “Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape”, en: ZIMMERMAN, Reinhard y WHITTAKER, Simon (edit.), *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge University Press).
- ZIMMERMANN, Reinhard (2000): *Estudios de derecho europeo* (Traducc. Antonni VAQUER ALOY, Madrid, Editorial Civitas) 325 pp.

