

# El error como vicio del “consentimiento” frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato

MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL\*

Sumario: 1. El “error” y su incidencia en la celebración del contrato: un problema cuya complejidad requiere una perspectiva histórica. A. La tutela del error en el derecho romano. 1. El valor relativo de la máxima “errantis nulla voluntas” (no existe voluntad de quien yerra) en el derecho romano clásico. 2. En derecho romano la valoración de las consecuencias del error no eran ajenas a la exigencia de diligencia de quien pretendía alegar en su favor el haber errado. 3. En derecho romano la valoración de los efectos del error debe realizarse a la luz de la regla de protección de la confianza: particularmente en que serán preservadas las expectativas creadas con la declaración contractual. B. La tutela del error en el derecho común. 1. Una concepción del error como problema de la voluntad y no del *consensus*. 2. La teoría tomista del error: si una de las voluntades individuales se encuentra viciada por error tal vicio se extiende al contrato, siempre que el mismo no sea causado por negligencia. 3. El acto es imputable a pesar del error cuando quien yerra ha omitido negligentemente tomar las medidas que hubieren evitado el error o cuando el error no es esencial. C. El error en derecho natural: un problema que ha de resolverse a la luz de la tensión entre autonomía privada y tutela de la confianza. D. La tutela del error en Savigny y la Escuela histórica del derecho. 1. El error como un problema que altera la voluntad unilateral de quien declara afectando con nulidad la declaración de voluntad y el perfeccionamiento del contrato vs el carácter irrelevante del error en los motivos. 2. La teoría del error de Savigny rompe con la tradición precedente al no considerar los efectos que el error provoca para el destinatario de la declaración. E. La formulación de la teoría de la culpa “in contrahendo” por parte de Jhering consolida un retorno a la doctrina del

\* Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes. Magister en Sistema Giuridico Romanistico e Unificazione del Diritto de la Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Doctora en Derecho Privado, de la misma universidad.

Fecha de recepción: 15 de enero del 2012. Fecha de aceptación 25 de marzo del 2012.

derecho intermedio y el iusnaturalismo en materia de protección de la parte que recibe la declaración errada. F. La controversia entre las teorías voluntaristas y las declaracionistas a finales del siglo XIX. II. La tutela del error en el derecho moderno. A. En el derecho moderno los efectos del error sobre el negocio jurídico dejan de ser analizados desde la perspectiva de la "voluntad", como elemento determinante de la existencia del contrato, para ser valorados a la luz de la tutela de la confianza. 1. El BGB Alemán admite la anulación del contrato con fundamento en un error pero con la obligación de resarcimiento del daño para la parte que ha confiado en la validez de la declaración. 2. El derecho italiano permite pedir la nulidad del contrato con fundamento en el error siempre que éste sea esencial y haya sido reconocible por la otra parte. 3. El derecho francés: de la plena anulabilidad del contrato con base en el error a la exigencia de excusabilidad del error como presupuesto para alegarla. 4. Los proyectos de unificación y armonización del derecho europeo de contratos: limitan los eventos de anulabilidad por error al sujetarlos a estrictos requerimientos a la vez que promueven la tutela de la confianza. 5. En el derecho colombiano resalta una orientación a la preservación de la confianza. B. La tutela de la confianza se erige en un factor determinante en la consideración del tratamiento adecuado del error a la luz de los principios que rigen el sistema jurídico de tradición romanista. C. La exigencia de la excusabilidad del error como presupuesto para tutelar la posición de quien yerra. D. La autorresponsabilidad como fundamento de que la impugnación del acto errado no prospera en los eventos de error inexcusable del emisor de la declaración. E. La tutela de la confianza exige a su vez el carácter de reconocible del error. III. Conclusiones

Resumen: El devenir de la tutela del error en el curso de la historia de nuestra tradición jurídica nos ilustra sobre las infundadas generalizaciones que se han pretendido realizar de la máxima "errantis nulla voluntas" ("no existe voluntad de quien yerra"), así como sobre el ligamen que el tratamiento de la tutela del error ha tenido desde la antigüedad con las exigencias de diligencia por parte de quien pretende desconocer la validez del contrato celebrado, amparándose en su propio error y con la tutela de los intereses de la parte que recibe dicha declaración. Después de una breve ruptura originada en las concepciones de Savigny, asistimos a un retorno a la valoración de los efectos del error sobre el contrato que vuelve sobre los pasos de la tradición, al abandonar el énfasis de la perspectiva de la "voluntad" como elemento determinante de la existencia del contrato, para valorar el error a la luz de la tutela de la confianza que la parte que recibe la declaración ha cifrado en la validez de ella. Esto sin perjuicio de la valoración de los mandatos de la buena fe que imponen la consideración contemporáneamente de los intereses de ambas partes, lo cual implica el *equo* balance entre conceptos de inexcusabilidad del error y tutela de la confianza, por un lado, frente al carácter de reconocible del error y los eventos en sea exigible informarlo, por otro. Todo lo cual confluye en la adecuada ponderación entre el pleno ejercicio de la libertad que otorga la autonomía y las exigencias de autorresponsabilidad y protección de la confianza que implica dicho ejercicio.

Palabras clave: error, excusabilidad del error, reconocibilidad del error, voluntad, declaración, tutela de la confianza, seguridad del tráfico, anulabilidad del contrato, vicios del consentimiento, autorresponsabilidad, buena fe.

*The error as vice of consent bearing in mind the protection of trust in the celebration of the contract*

The becoming of the tutelage of mistake in the course of the history of our legal tradition illustrates us about the unfounded attempts to overgeneralize the maxima "nulla errantis voluntas" (the will of a mistaken party is void) and on the linkage that the treatment of error has had since ancient times, with the requirements of diligence on the part of those who attempt to deny the validity of the contract, sheltering on the grounds of their own error, and with the protection of the interests of the party receiving such statement .

After a short breakage originated in SAVIGNY'S conceptions, we see a return to the assessment of the effects of the error on the contract that retraces the steps of tradition, leaving the emphasis on the perspective of the "will" as determining element of the existence of the contract, to assess the error in the light of the tutelage of the trust that the party receiving the statement has pinned on the validity of it. This is without damaging the value of the mandates of good faith and fair dealing which imposes contemporary consideration on the interests of both parties, which means *equo* balance between the concepts of inexcusability of error and the protection of trust on the one hand, and the nature of recognizable errors and the events in which reporting it is a must, on the other. All this comes together in the proper balancing of the full exercise of freedom granted by the autonomy and the demands of self-responsibility and protection of trust inherent in this exercise.

Keywords: error, error excludability, recognizability of error, will, declaration of trust protection, juridical traffic safety, annulment of the contract, vices of consent, self-responsibility good faith and fair dealing

El devenir del contrato resulta a todas luces ligado de manera estrecha a los principios que rigen el sistema y, con particular fuerza, al principio de buena fe que extiende sus efectos sobre todo el *iter* contractual. De manera que resulta imperativo analizar las vicisitudes del contrato bajo la perspectiva de la consideración integral de la posición de las partes intervinientes en él, y ello por supuesto comprende la conformación del consentimiento que subyace a la celebración misma del negocio. En consecuencia, es nuestro propósito examinar en estas líneas la manera en que la buena fe determina la interpretación y la aplicación del régimen de validez del negocio y en particular del error como vicio del consentimiento.

Al efecto, hemos de considerar en primer término que la divergencia entre la voluntad y la declaración puede ser consciente o no; tratándose de divergencias conscientes, estamos en el campo de la simulación o de la reserva mental<sup>1</sup>, mientras que el error inconsciente da lugar a una falsa representación de la realidad. A su vez, el error inconsciente puede ser de dos clases: aquel que da lugar a que la parte caiga en error sobre el alcance de la propia declaración o sobre la declaración de

<sup>1</sup> M. TALAMANCA. *Istituzione di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 228.

la otra parte, esto es, aquel que determina *una divergencia entre voluntad y declaración*<sup>2</sup>; en este caso la propia voluntad se ha formado correctamente pero esta se ha manifestado o transmitido inexactamente<sup>3</sup>; la segunda clase de error inconsciente tiene lugar cuando este ha influido sobre el proceso de formación de la voluntad, la cual *se ha formado con sustento en esa falsa representación (error vicio)*<sup>4</sup>, de forma tal que sin el error la parte no habría querido celebrar el contrato<sup>5</sup>. A este último tipo de error nos referimos preponderantemente en este escrito

#### I. EL "ERROR" Y SU INCIDENCIA EN LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO: UN PROBLEMA CUYA COMPLEJIDAD REQUIERE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

El tratamiento de las problemáticas que surgen en el derecho moderno en torno de los efectos del error en una declaración contractual ha llevado, en algunos ámbitos, a formular generalizaciones infundadas sobre el alcance de máximas utilizadas en el derecho antiguo, en particular sobre aquella conforme a la cual "errantis nulla voluntas" –no existe voluntad de quien yerra– y a desestimar, en consecuencia, cualquier efecto de una manifestación de voluntad que haya sido emitida bajo el influjo de un error, con notable demérito de las exigencias de diligencia en quien pretende alegar el error en su favor y de la tutela de la confianza de quien ha recibido la declaración errada.

En el derecho colombiano, pese a que los textos normativos que regulan la materia<sup>6</sup> no prevén de manera expresa la excusabilidad del error como un presupuesto de su procedencia, ni tutelan explícitamente la confianza del receptor de la declaración, no podría sostenerse que se desconoce la orientación sobre la que se funda la esencia del Código Civil en materia de error cuando se realiza una interpretación en la que se consideren los señalados aspectos.

En tal sentido, el retorno a las fuentes, como recurso válido en la construcción crítica y sistemática de las categorías del derecho moderno, podría iluminar las razones por las que la doctrina y la jurisprudencia dominante otorgan relevancia a la preservación de los intereses de ambas partes en el manejo de las consecuencias del error y permitiría establecer en qué medida dichas posturas constituyen el reflejo de toda una tradición que encuentra, por demás, pleno respaldo en nuestra cultura jurídica.

#### A. La tutela del error en el derecho romano

En el derecho antiguo la problemática relativa a la celebración de un negocio jurídico sobre la base de un erróneo conocimiento de una circunstancia de hecho

<sup>2</sup> M. TALAMANCA. *Istituzione di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 231-232.

<sup>3</sup> M. BIANCA. *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 606.

<sup>4</sup> M. TALAMANCA. *Istituzione di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 231- 232.

<sup>5</sup> M. BIANCA. *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 606.

<sup>6</sup> Artículos 1509 a 1512 del Código Civil.

solo fue tratada con frecuencia a partir de la época clásica y una formulación más completa de los efectos del error se logró únicamente en edad justiniana, sin que pueda llegar a sostenerse una plena univocidad en los principios que rigieron el desarrollo de la jurisprudencia en torno al error, la cual por largo tiempo se resolvió a través de la interpretación del negocio jurídico, antes que en el moderno ámbito del contraste entre voluntad y declaración<sup>7</sup>.

1. *El valor relativo de la máxima "errantis nulla voluntas" (no existe voluntad de quien yerra) en el derecho romano clásico*

La generalización de la máxima "errantis nulla voluntas" en algunos pasajes de las fuentes romanas<sup>8</sup> ha dado lugar a una equívoca generalización, conforme a la cual dichos juristas habrían considerado que todo evento de error anulaba la voluntad de quien caía en error y, consecuentemente, afectaba la validez del negocio. No obstante ello, pretendemos demostrar que este no ha sido el entendimiento que la doctrina romanista en general ha dado a estos fragmentos y que el derecho romano nunca formuló una regla con tales pretensiones.

Ciertamente el alcance que los juristas romanos dieron al concepto de "error", así como la relevancia que otorgaban a éste frente a la validez del negocio, resulta un tema muy discutido por la doctrina romanista, entre otras cosas por la ausencia de una teoría general y por el uso atécnico del mismo que daba lugar a ambigüedades en su comprensión, dado que por error se entendía toda falsa representación de la persona que cumplía el acto, lo que no permitía aclarar inequívocamente si el error se refería a la representación de la realidad o a la representación de una válida celebración del contrato<sup>9</sup>.

Deben considerarse al respecto los argumentos de quienes sostienen la imposibilidad de equiparar las categorías modernas en materia de error con aquellas usadas por los juristas clásicos; así por ejemplo LAURIA, quien pone de relieve la necesidad de conocer qué entendían los romanos por *consensus* (consenso o acuerdo), si lo opuesto a consentir era errar o lo era el disentir, cuál era la relación que

<sup>7</sup> M. SCOGNAMIGLIO. "Notte sulla Teoria dell'errore in diritto romano", en [http://rivista.ssef.it/site.php?page=20051124105635812&edition=2010-02-01] consultada el 20 de febrero del 2012.

<sup>8</sup> Véase D. 39,3,20. POMPONIO, *Comentarios a Sabino*, libro XXXIV. "Pero esto así, si no hubiere sido engañado por error o impericia; porque es nula la voluntad del que yerra"; D. 50,17,116.2. ULPIANO, *Comentarios al Edicto*, libro XI. "Nada hay tan contrario consentimiento, que sostiene las acciones de buena fe, como la violencia y el miedo, y admitirlo es contra las buenas costumbres. § 1. No es engañado el que se atiene al derecho público. § 2. No se considera que consienten los que yerran" (énfasis nuestro).

<sup>9</sup> M. J. SCHERMAIER. "L'errore nella storia del diritto", en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista del diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n.º 24, Modena, Mucchi, 2007, pp. 194, 218.

los antiguos juristas establecían entre *consensus* y *error*, qué cosa significaba para ellos la *voluntas* y si el sujeto del consentimiento era la *voluntas* o el *aminus*<sup>10</sup>.

A partir de tales consideraciones y de un minucioso análisis de exégesis, LAURIA encuentra que con fundamento en pasajes en los que se contraponen netamente los conceptos de disenso y error (*error non habet consensus*)<sup>11</sup> se funda la afirmación de que en derecho romano el error anula el consentimiento y en consecuencia, el negocio<sup>12</sup>. No obstante, resalta el autor que una conclusión de tal naturaleza resulta apresurada, pues los romanos distinguían el *adsensus* (que se contraponía a la ignorancia) del *consensus*, de manera que para asentir es necesario saber a qué cosa se quiere asentir, pero no es necesario que la voluntad de quien asiente no esté viciada de error<sup>13</sup> y, por demás, debe tenerse en consideración que para los juristas clásicos la antítesis del consentir es el disentir<sup>14</sup>.

De otra parte, la autenticidad de los textos romanos en los que se sostiene que el error anula el consentimiento ha sido seriamente cuestionada. Así por ejemplo, VOICI, al referirse a la fórmula "errantis nulla voluntas", presenta como conclusión que no es posible resumir en dicha fórmula todo aquello que las fuentes dicen en materia de error, ni es posible considerarla como una construcción doctrinal que exprese aquello que ha sido el régimen romano clásico o justiniano en materia de error, pues ninguno de los dos regímenes otorgaron al error tan exorbitante importancia, así como que por demás el error puede excluir la voluntad pero no lo hace necesariamente. Los textos que la contienen<sup>15</sup> son casi en su totalidad<sup>16</sup> interpolados<sup>17</sup>, por lo que la máxima no puede remontarse al derecho clásico romano y ni siquiera en derecho justiniano posee tal valor, pues las mencionadas interpolaciones traicionan de manera evidente la mentalidad romana tan lejana de consideraciones abstractas separadas de las exigencias prácticas<sup>18</sup>.

Por su parte, del análisis de tales textos<sup>19</sup> LAURIA concluye que en el derecho romano clásico lo que anula el negocio es el disenso por la imposibilidad de

<sup>10</sup> M. LAURIA. "L'errore nei negozi giuridici", en *Rivista di Diritto Civile*, n.º 3, Milano, Società editrice Libreria, 1927, pp. 21 y ss.

<sup>11</sup> D. 2.1.15.

<sup>12</sup> M. LAURIA. "L'errore nei negozi giuridici", en *Rivista di Diritto Civile*, n.º 3, Milano, Società editrice Libreria, 1927, p. 22.

<sup>13</sup> M. LAURIA. "L'errore nei negozi giuridici", cit., p. 23, quien funda su afirmación en el análisis de los siguientes fragmentos del Digesto: D. 47.2.48.3; D. 50.1.2.pr.; D. 23.3.68; D. 23.6.20.1; D. 20.1.29.3; D. 20.6.8.15; D. 33.5.8.3.

<sup>14</sup> Como se desprende de D. 41.1.18; D. 19.1.21.2; D. 22.1.7.1; D. 45.1.137.1; D. 45.1.22, según arguye M. LAURIA. "L'errore nei negozi giuridici", en *Rivista di Diritto Civile*, n.º 3, Milano, Società editrice Libreria, 1927, p. 27.

<sup>15</sup> D. 5.1.2.pr; D. 2.1.15; D. 39.3.19; D. 50.17.116.2; C. 1.18.8; C. 1.18.9; C. 4.65.23.

<sup>16</sup> Salvo el primero.

<sup>17</sup> Las interpolaciones consisten en intercalar palabras o frases en el texto de un manuscrito antiguo que conducen a la alteración del exacto sentido del texto original.

<sup>18</sup> VOICI. *L'errore nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1937, pp. 266 y ss.

<sup>19</sup> A tal efecto procede a analizar el pasaje contenido en D. 41.2.34.pr., del cual concluye que constituye un texto interpolado y lo máximo que probaría sería que para los bizantinos el error *in corpore* daba lugar a la falta de consenso, pero no que ULPIANO pensara de esta

determinar el objeto de la prestación, de manera que la equiparación del error al disenso parece ser una construcción bizantina<sup>20</sup>.

Una confirmación en tal sentido puede verse en los trabajos de SCHERMAIER, quien refiriéndose al tratado de ULPIANO sobre el error<sup>21</sup>, que en verdad considera un tratado sobre el consenso, señala que para este jurista el error en sí mismo no se encuentra en el primer plano: para él, lo más importante es el *consensus* o en su defecto el *dissensus* de las partes, pues ULPIANO en los numerosos ejemplos no discute las consecuencias del error sino cómo y por qué se llega a un *dissensus* de las partes en la medida en que cada una de ellas piensa, por ejemplo, en un diverso objeto del contrato, lo que impide la formación del *consensus*, de ahí que el mero *error nominis*, en el que las partes piensan en el mismo objeto pero se confunden sobre el nombre, no afecte la validez del contrato<sup>22</sup>; mientras que por el contrario en los negocios causales el error que versara sobre los elementos esenciales del negocio<sup>23</sup> conllevaba la nulidad del acto en cuanto faltaba el acuerdo de las partes<sup>24</sup>.

Así mismo, resalta SCHERMAIER que ULPIANO no habla de *voluntas* sino de *consensus*, quien por demás no podría tener presente una teoría de la voluntad en el sentido moderno, conforme a la cual la voluntad es valorada autónoma e independientemente del acto por el cual se decide, lo cual lleva a considerar que la voluntad constituye un estadio intermedio entre el conocimiento que conforma la base de la decisión y el acto mismo de la manifestación de la voluntad, de ahí que lo que hoy en día se percibe es la voluntad individual de las partes, que en el contrato se funden en una voluntad común. Por el contrario, para ULPIANO, el acto constituye el resultado de una decisión tomada sobre la base de un determinado conocimiento, de suerte que la decisión para el acto y el acto mismo no deben separarse. No obstante la decisión sólo puede ser tenida en cuenta cuando se ha formado de manera libre, esto es, sin una falsa representación o violencia; de ahí que para los juristas romanos la voluntad

manera. Respecto de D. 18.1.9.2 estima que el mismo obedece a una glosa escolástica (pp. 30-31), pues además en D. 13.7.1.2. ULPIANO sostiene que el *consensus* surgió en otro evento de error en la sustancia. En relación con D. 5017.116.2 señala que su ubicación en la compilación es puesta en duda por LENEL (p. 36) y que su formulación con un contenido de tal manera genérico y desprovisto de ejemplos que lo respalden resulta improbable en un fragmento auténticamente ulpiano y que su contenido resulta incluso falso para la época justiniana, por lo que más parece obra de una interpolación (p. 37). Véase al respecto la argumentación planteada por M. LAURIA. "L'errore nei negozi giuridici", en *Rivista di Diritto Civile*, n.º 3, Milano, Società editrice Libreria, 1927.

<sup>20</sup> Fundado en el análisis de D. 6.1.5; D. 45.1.32; D. 6.1.5.5; D. 45.1.115.pr. Véase M. LAURIA. "L'errore nei negozi giuridici", en *Rivista di Diritto Civile*, n.º 3, Milano, Società editrice Libreria, 1927, pp. 28, 38, 42.

<sup>21</sup> D. 18.1.9; D. 18.1.11 y D. 18.1.14.

<sup>22</sup> M. J. SCHERMAIER. "L'errore nella storia del diritto", en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista del diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n.º 24, Modena, Mucchi, 2007, pp. 205, 218 y ss.

<sup>23</sup> Sobre los sujetos (*error in persona*: D. 12.1.32), sobre el contenido (*error in corpore*) y sobre la causa que tratándose de un régimen de tipicidad negocial es error sobre el tipo de negocio que las partes quieren celebrar (*error in negotio*: D. 18.1.19.pr.).

<sup>24</sup> M. TALAMANCA. *Istituzione di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 234.

individual manifestada en un acto no juega rol alguno en la celebración del contrato, pues la voluntad individual es relevante sólo como parte de la voluntad común, es decir, del *consensus*, de manera que si la decisión para la celebración de un contrato se funda sobre el error ello no afecta la voluntad de esa parte sino el *consensus* mismo<sup>25</sup>.

En todo caso, el entendimiento preponderante en la materia es el de que de los textos sobre los que tradicionalmente se toma la regla "errantis nulla voluntas"<sup>26</sup> "no se puede en algún modo deducir que los juristas romanos hubieren considerado en general el error como vicio de la voluntad"<sup>27</sup>, pues en verdad la utilización de la regla poseía una eficacia reducida a los casos en los que se le empleaba<sup>28</sup> y, por demás, numerosos casos concretos contradecían una postura tan simplista conforme a la cual se generaliza una ausencia de consenso y el decaimiento correlativo de la obligación como consecuencia del error, casos estos que ciertamente "constituyen la herencia de un mundo clásico mayormente interesado en la equidad del caso práctico que no en las reglas abstractas"<sup>29</sup>.

2. *En derecho romano la valoración de las consecuencias del error no eran ajenas a la exigencia de diligencia de quien pretendía alegar en su favor el haber errado*

Las fuentes romanas atestiguan la preocupación de los juristas antiguos por la exigencia de diligencia en las relaciones negociales, de forma tal que bajo la égida de la buena fe<sup>30</sup> la jurisprudencia delinea una responsabilidad por culpa ligada a la transgresión de deberes de honestidad, de prudencia, de lealtad, que confluye en una exigencia de comportamiento avisado, por considerar que quien actúa negligentemente transgrede el modelo de conducta exigible a los miembros de la comunidad en los términos que la buena fe impone<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> M. J. SCHERMAIER. "L'errore nella storia del diritto", en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista del diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n.º 24, Modena, Mucchi, 2007, pp. 207-208.

<sup>26</sup> D. 39.3.19; D. 39.3.20.

<sup>27</sup> M. J. SCHERMAIER. "L'errore nella storia del diritto", en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista del diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n.º 24, Modena, Mucchi, 2007, p. 232.

<sup>28</sup> Al respecto, véase M. TALAMANCA. *Istituzione di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 236, quien sostiene que según la opinión predominante el periodo postclásico y justiniano estuvo caracterizado por una tendencia a dar mayor peso a la voluntad efectiva de las partes y en consecuencia a una mayor consideración del error, de ahí que en la compilación justiniana expresiones como *errantis nulla voluntas* (no existe voluntad de quien yerra) asumieran un alcance general como parecería desprenderse de D. 39.3.20 y D. 50.17.116.2, cuando en verdad los juristas clásicos la habían utilizado con una eficacia reducida al caso concreto en el que la misma era empleada.

<sup>29</sup> E. CORTESE. Voz: errore. *Enciclopedia del Diritto*, t. XV, Milano, Giuffrè, 1996, p. 238.

<sup>30</sup> D. 16.3.11. ULPIANO, *Comentarios a Sabino*, libro XLI. En la que se revela la existencia de un nexo directo entre lo que la buena fe no admite y la culpa.

<sup>31</sup> M. NEME VILLARREAL. *Buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Bogotá-Roma, Universidad Externado de Colombia-CNR Università di Roma Torvergata, 2010, pp. 189 y ss.

Tal deber de diligencia encuentra su proyección en los eventos de error, de manera que la ignorancia que daba lugar al error era tutelada solamente cuando quien errase no fuese negligente<sup>32</sup>.

Así por ejemplo: según las enseñanzas de SABINO<sup>33</sup> no resulta jurídicamente relevante la ignorancia cuando la ha sufrido una persona descuidada o en exceso confiada y, según PAULO, la ignorancia de hecho no perjudica a quien la padece, solamente en el caso de que no fuera posible objetarle a este una suma negligencia<sup>34</sup>, o lo que da en llamar *ignorancia supina*<sup>35</sup>, porque no se suele auxiliar a los necios, sino a los que yerran<sup>36</sup>. Ahora bien: acertadamente resalta ULPIANO que no ha de servir de excusa la supina ignorancia, la crasa negligencia o la demasiada confianza del que ignora el hecho, pero tampoco ha de exigírsele una diligencia escrupulosa tal, que más parezca una curiosidad de delator<sup>37</sup>.

De manera que se puede observar una clara tendencia de los juristas romanos a exigir un comportamiento vigilante, atento, cauto, en suma: diligente de quien alega en su favor el haber incurrido en error, de forma tal que no pueda ampararse en su propia negligencia para pretender desconocer la validez de un negocio.

<sup>32</sup> M. J. SCHERMAIER. "L'errore nella storia del diritto", en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista del diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n.º 24, Modena, Mucchi, 2007, p. 197. En el mismo sentido, véase M. RUBIO CORREA. *El concepto de error desde Roma hasta el siglo XIX. Curso de perfeccionamiento y de magíster en sistema jurídico romanista, unificación del derecho y derecho de la integración*, Roma, Università di Roma Torvergata-Unión Europea, Programa Alfa, Red Summa, Materiales de estudio II, p. 262.

<sup>33</sup> D. 22.6.3.1. POMPONIO, *Comentarios a Sabino*, libro III. "Hay mucha diferencia, si alguno no supiera respecto a causa y a hecho de otro, o si ignorase en cuanto a su propio derecho. § 1. Pero dice Cassio que Sabino opinó, que la ignorancia debe estimarse de este modo, no de un hombre abandonado y demasiado confiado".

<sup>34</sup> D. 22.6.9.2.2. PAULO, *De la ignorancia de derecho y de hecho*, libro único. "Pero la ignorancia de hecho solamente no perjudica a cada cual, si no se le objetara una suma negligencia; porque, ¿qué se dirá, si en la ciudad supieran todos lo que solo él ignora? Y acertadamente define Labeón, que no se ha de entender la ciencia, ni como de un hombre muy curioso, ni como la del muy negligente, sino como la del que pueda tener conocimiento de la cosa inquiriéndola con diligencia".

<sup>35</sup> D. 18.1.15.pr.-1. PAULO, *Comentarios a Sabino*, libro V. "Aunque se hubiere consentido sobre el objeto, pero éste hubiere dejado de existir antes de la venta, la compra es nula. § 1. Aprovecha al comprador la ignorancia que no recae en ignorante supino".

<sup>36</sup> D. 22.6.9.5. PAULO, *De la ignorancia de derecho y de hecho*, libro único. "[...] engañados por su impericia no usaron del beneficio de la ley Falcidia sepan que aprovecha la ignorancia de hecho no la de derecho y que no se suele auxiliar a los necios, sino a los que yerran".

<sup>37</sup> D. 22.6.6. ULPIANO, *Comentarios a la ley Julia y Papia*, libro XVIII. "Y ni se ha de admitir la supina ignorancia del que ignora un hecho, como tampoco se ha de exigir una investigación escrupulosa; porque la ciencia se ha de estimar de este modo, que ni sea bastante excusada una crasa negligencia, o demasiada confianza, ni se exija una curiosidad de delator".

3. *En derecho romano la valoración de los efectos del error debe realizarse a la luz de la regla de protección de la confianza: particularmente en que serán preservadas las expectativas creadas con la declaración contractual*

Conforme nos ilustran las fuentes romanas, la buena fe protege la confianza de las partes en que los acuerdos serán llevados a término<sup>38</sup>, pues el principio constituye la más primigenia garantía de que la palabra empeñada será respetada<sup>39</sup> y de que, como consecuencia, serán preservadas las expectativas creadas con la declaración contractual<sup>40</sup>; bajo estas premisas los juristas romanos aplicaron en muy variados escenarios una tutela de la confianza derivada de la apariencia jurídica generada

<sup>38</sup> D. 19.2.21. (24.) JAVOLENO, *Epístolas*, libro XI. "[...] la buena fe exige, que se haga lo que se convino [...]".

D. 50.17.34. ULPIANO, *Comentarios a Sabino*, libro XIV. "En las estipulaciones, y en los demás contratos, nos atenemos siempre a lo que se trató [...]"; C. 4.44.3. DIOCLECiano y MAXIMIANO, *Augustos y césares a Marciano*. "La buena fe no consiente que en ningún tiempo se aparte uno contra la voluntad del otro, ni aún en virtud del rescripto nuestro, de un contrato perfeccionado por el derecho de venta y de compra; cuyo derecho se dispuso en muchas constituciones que lo observara nuestro fisco. Dada a 8 de los Idus de febrero, bajo el consulado de los augustos (293-304)". Del mismo tenor C. 4.44.7.16; C. 4.10.5. "Así como en un principio tiene cada cual libertad para celebrar o no celebrar un contrato, así también nadie puede renunciar a una obligación una vez ya constituida, no consintiéndolo el adversario. Por lo cual debéis tener entendido, que una vez sujetos vosotros a una obligación voluntaria, no podéis en manera ninguna separaos de ella, no consintiéndolo la otra parte, de la que hiciste mención con las súplicas. Dada en Bizancio a las nonas de abril bajo el consulado de los Augustos" [293-304]; C. 4.38.6. El Emperador Justiniano, Augusto, a Juan, Prefecto del pretorio. Respecto a la sociedad se dudó entre los antiguos, si se puede constituir bajo condición, por ejemplo, "si aquél hubiere sido cónsul", quede constituida la sociedad. Mas para que del mismo modo no se discuta en la posteridad, como en la antigüedad semejante cuestión, mandamos, que se pueda constituir sociedad no solo puramente, sino también bajo condición. Porque de todos modos se ha de conservar la voluntad de los que legítimamente; D.2.14.1. ULPIANO, *Comentarios al Edicto*, libro IV. Es natural la equidad de este Edicto. Porque ¿qué cosa hay tan conforme a la fe humana, como cumplir los hombres lo que entre sí pactaron?

<sup>39</sup> A este respecto nos ilustran las enseñanzas de CICERÓN: *De off.* 1,7,23; *De re publ.* 4,7,21; *De off.* 1,7,23 "fundamentum est iustitiae 'fides', id est dictorum conventorumque constantia eteritas", esto es, que el fundamento de la justicia es la "fides", es decir, la escrupulosa y sincera observancia de las promesas y de los pactos; *De re publ.* 4,7,21 en donde afirma que "se cumple la auténtica etimología de 'fides' cuando se hace lo que se dice"; *De off.* 1,7,23 en donde dice: "Osemos, sin embargo, imitar a los estoicos que buscan con afán la etimología de las palabras y tengamos por bueno que 'fides' se ha llamado así porque se hace lo que se dice".

<sup>40</sup> Las fuentes nos presentan diversos ejemplos al respecto: D. 4.3.34 (35.) ULPIANO, *Comentarios a Sabino*, libro XLII. "Si habiéndome permitido tú sacar de tu heredad piedra, o cavar greda o arena, yo hubiere hecho gastos para este objeto, y no me permitieras llevármelas, no tendrá lugar ninguna otra acción más que la de dolo malo"; D. 19.5.16. 16 (17.) POMONIO, *Comentarios a Sabino*, libro XXII. "Me permitiste sacar greda de tu campo con la condición de que rellenase el sitio de donde la hubiese sacado [...] si yo terraplenare después de sacada la greda, y no consintieres que me lleve la greda, entonces ejercitaré, la acción de exhibición, porque se hizo mía, habiendo sido sacado con tu voluntad. § 1. Me permitiste que sembrara en tu fundo, y que recogiese el fruto; sembré, y no me permites recoger el fruto; dice Aristón, que no hay ninguna acción de derecho civil, y que puede deliberarse si deber darse la del hecho; pero habrá la de dolo".

por las declaraciones y los comportamientos de las partes en el desarrollo del negocio, tutela cuyo fruto más prominente, mas no el único, se plasmó en la regla *venire contra factum proprium non valet*<sup>41</sup>.

La tutela de la confianza se arraiga en premisas como la expuesta por CELSO, según la cual "sólo es lícito retractarse si ningún perjuicio resultara de la retractación"<sup>42</sup>, así como en que no nos es lícito dar a nuestra propia conducta ninguna interpretación con la que podamos lesionar injustamente a nuestra contraparte, dado que la buena fe nos impone la consideración de los intereses de ésta y a su vez nos obliga a no separarnos del valor de significación que a la propia conducta puede serle atribuido por la otra parte<sup>43</sup>. Esta concepción se encuentra reforzada en el hecho de que el receso unilateral había sido fundamentalmente excluido<sup>44</sup> y en que aún en el caso de otorgarse el mutuo consentimiento de todos los que entre sí se hubieren obligado, el separarse de un negocio sólo era permitido si de tal retractación no resultare detrimento alguno para una de las partes<sup>45</sup>.

De manera que si bien es cierto que el *consensus* del vendedor resulta esencial, pues si este falta, en principio la obligación no podría entenderse asumida<sup>46</sup>, los juristas romanos no pierden de vista la necesidad de tomar en consideración no solo la tutela de los intereses del vendedor, sino también los intereses del comprador, tutela que se veía reflejada, entre otros aspectos, en la protección de la confianza que este había depositado en la intención de obligarse del vendedor, en la validez del negocio celebrado, así como en el alcance de las obligaciones asumidas por el vendedor. Veamos:

<sup>41</sup> D. 50.17.75. Sobre el alcance de esta regla en derecho romano nos remitimos a nuestro precedente estudio: *Venire contra factum proprium non valet*, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima, tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe. En: El tomo III de los *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de Rectoría 1963-2003*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

<sup>42</sup> D. 11.1.11.12. "Escribe Celso, que es lícito retractarse de la respuesta, si ningún perjuicio resultara al actor de la retractación de la misma; lo que me parece muy verdadero, mayormente si instruido después más completamente hiciera alguien alguna cosa, enterado de su derecho por documentos, o por cartas de sus amigos".

<sup>43</sup> Sobre este particular M. L. NEME VILLARREAL. *La buena fe en el derecho romano, extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010. En particular el capítulo cuarto de la parte segunda.

<sup>44</sup> D. 19,2,4; 19,2,25,2; 19,2,60; 39,4,10.1; 19,2,54,1 y C. 4,65,3. Al respecto consúltese F. SCHULZ. *I principi del diritto romano*, trad. de V. ARANGIO RUIZ, Florencia, Sansoni, 1949, pp. 196 y 197.

<sup>45</sup> D. 2.14.58 ( 57.) NERACIO, *Pergaminos*, libro III. "No es dudoso que por el consentimiento de todos los que entre sí se hubieren obligado sea posible separarse de una compra, venta, locación, conducción, y de las demás obligaciones semejantes, con tal que todas estén integras [...]".

<sup>46</sup> Ello explica porqué las declaraciones realizadas con la única finalidad de magnificar la mercancía resultan jurídicamente irrelevantes y se tendrían por no dichas (en cuanto *laudandi causa*). D. 4.3.37; D. 18.1.43.pr., a diferencia de aquellas en las que el vendedor realiza una aseguración específica (las cuales si se consideran *praestandi*).

La tutela de la confianza de la contraparte por encima de la ausencia de verdadera intención de vincularse de quien realiza una declaración contractual se pone en evidencia en textos como el de D. 19.1.13.3, en el que ULPIANO tutela las justas expectativas del comprador al considerar vinculado al vendedor que con ligereza (*temerariam indicationem*) afirmó la existencia de cualidades de la cosa vendida, cuando en verdad no las conocía y por ende no tenía intenciones de obligarse, obligación que ULPIANO sustenta en la buena fe.

Ahora bien: aplicaciones en materia de tutela de la confianza realizadas por los juristas romanos se encuentran justamente en el campo del error, como bien pone de manifiesto un texto de MODESTINO<sup>47</sup> en el que al comprador que ha caído en error acerca de la calidad de enajenables de los bienes que compra (cuando en verdad se trata de bienes públicos o sagrados) se le otorga, no obstante la invalidez del contrato, la acción de compraventa contra el comprador a fin de que obtenga el resarcimiento de su interés positivo a no ser defraudado en sus expectativas, ya que ha confiado en la validez del contrato<sup>48</sup>.

De otra parte, autorizada doctrina romanista<sup>49</sup> ha puesto en evidencia diversas aplicaciones de la consideración que el derecho romano hacía de la confianza en materia de error, particularmente en cuanto se refiere al alcance de las prestaciones a las que se obligan las partes mediante la declaración contractual:

De ello se encuentran claras muestras en D. 19.1.6.4, fragmento en el que LABEÓN ante el silencio del vendedor otorga la tutela al comprador por la integridad de las tinajas vendidas, considerando que el vendedor permanece vinculado al menos a esta justa expectativa del comprador, con lo que se remonta implícitamente a la preservación de la confianza, regla que hace descender de la buena fe<sup>50</sup>.

Igualmente, en D. 18.1.45, en el que LABEÓN concede la acción contractual a favor del comprador que ha entendido comprar vestidos nuevos y en cambio los recibe remendados, pues en este caso el vendedor habría debido responder, aun cuando en su íntima intención no haya estado el garantizar nada y no se haya dado cuenta del error del comprador. No obstante que en el pasaje no se deja constancia de la razón de la decisión, la *ratio* que subyace en él se puede entrever en el hecho de que lo normal es que se compren vestidos nuevos, sobre todo si los

<sup>47</sup> D. 18.1.62.1. MODESTINO, *Reglas*, libro v. § 1. "El que con ignorancia compró como privados lugares sagrados, o religiosos, o públicos, aunque no sea válida la compra, ejercitará sin embargo contra el vendedor la acción de compra, para que consiga lo que importó que no fuese engañado".

<sup>48</sup> Cfr. M. J. SCHERMAIER. "L'errore nella storia del diritto", en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista del diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n.º 24, Modena, Mucchi, 2007, p. 243. Quien además recuerda que fue a partir de este texto como JHERING elaboró su teoría de la *culpa in contrabendum* en la que formula la responsabilidad contractual con sustento en la buena fe por los daños derivados de la confianza generada en la celebración de un contrato que posteriormente resulta inválido.

<sup>49</sup> G. IMPALLOMENI. "Applicazioni del principio dell'affidamento nella vendita romana", en *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, Cedam, 1996, pp. 2-5.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 6.

adquirimos de un sastre, por lo que quien los compra tiene justificadamente el derecho a esperar que le sea garantizada tal calidad, de manera que puede entenderse que es con base en tal confianza como se tutela por parte de LABEÓN, TREBACIO y MARCIANO la posición del comprador y por virtud de la cual ha de entenderse que el vendedor se encuentra obligado por un pacto tácito de garantía prescindiendo de la circunstancia de si realmente él hubiera querido o no obligarse a aquél<sup>51</sup>.

Un razonamiento semejante encontramos en D. 19.1.21.2, en el que PAULO tutela la justa expectativa del comprador que cree haber comprado una mesa de cedro cuando en verdad no lo es, por cuanto habiendo sido trabajada la mesa de manera de parecer de cedro y no habiendo el vendedor advertido que no lo era, el comprador la ha adquirido en la seguridad de contar con la garantía de que la calidad de la madera era la del cedro. En consecuencia, PAULO considera obligado al vendedor en virtud de un pacto tácito que impone la regla de la confianza a pesar de que el vendedor nada hubiera entendido o querido garantizar<sup>52</sup>.

Del análisis de todos estos textos concluye la doctrina que la regla de la confianza que se deriva de la buena fe, gobierna el régimen de la compraventa y con base en ella el vendedor asume siempre, aun no queriéndolo, garantía en relación con la calidad de la cosa, siempre que de las circunstancias objetivas el comprador sea justificadamente llevado a considerar que el vendedor haya efectivamente entendido asumirla<sup>53</sup>.

Así las cosas, resulta viable sostener que en materia de error los juristas clásicos no fueron ajenos a lo que hoy llamaríamos *tutela de la confianza*, en cuanto aplicaron la regla de la confianza como mecanismo de protección de las justas expectativas de quien ha incurrido en error como consecuencia del comportamiento activo u omisivo del vendedor o de las circunstancias objetivas que rodean la celebración del contrato, lo que los llevó, en los casos particulares a que hemos hecho referencia, a tutelar la confianza del comprador en la real intención del vendedor de vincularse en una relación obligatoria, así como en la validez del negocio celebrado y también en el alcance de las obligaciones asumidas por el vendedor.

## B. La tutela del error en el derecho común

### 1. Una concepción del error como problema de la voluntad y no del consensus

El hecho de que en el medioevo la doctrina teológica ponga el acento sobre el libre arbitrio promueve el desarrollo de una doctrina del error en la que se toma en consideración la voluntad individual y ya no el *consensus* de ambas partes. En consecuencia, "el *consensus contrahentium* ya no se entiende más como el acto común

<sup>51</sup> *Ibíd.*, pp. 8 y 9.

<sup>52</sup> *Ibíd.*, pp. 18 y 19.

<sup>53</sup> *Ibíd.*, p. 19.

de las partes contratantes puestas sobre un plano de igualdad, sino como la suma de dos o más voluntades individuales y diversas"<sup>54</sup>.

La concepción aristotélica de la imputación del acto, conforme a la cual solamente a partir de un pleno conocimiento de las circunstancias se hace posible una escogencia racional<sup>55</sup>, es desplazada en pro de una doctrina teológica de los pecados en la que el aspecto central radica no en el acto mismo y su imputación sino en la voluntad de transgredir los mandatos divinos, según la cual si se cae en error sobre las circunstancias que motivan el acto no es posible expresar un libre arbitrio y consecuentemente voluntad y acto no le son imputables al sujeto que yerra<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> M. J. SCHERMAIER. "L'errore nella storia del diritto", en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista del diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n.º 24, Modena, Mucchi, 2007, p. 229. Consúltese además M. J. SCHERMAIER. "Mistake misrepresentation and precontractual duties to inform: the civil law tradition", en RUTH SEFTON-GREEN (ed.). *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Serie: The Common Core of European Private Law, Cambridge University Press, 2005, p. 47, en donde sostiene que "es sabido que oferta y aceptación en la creación de un contrato y otras transacciones jurídicas surgieron conceptualmente en el siglo XVIII como *actus iuridicus*".

<sup>55</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, III, cap. 2. "En cuanto a los actos cometidos por ignorancia, todo se verifica, es cierto, sin que nuestra voluntad tenga parte en ello; pero contra nuestra voluntad realmente sólo se verifica aquello que nos causa dolor y arrepentimiento. El hombre que ha hecho algo sin saber lo que hacía, pero que no ha experimentado dolor como resultado del acto, sin duda no ha obrado voluntariamente, puesto que no sabía lo que era su acción; pero tampoco puede decirse que ha obrado contra su voluntad, puesto que de su acción ningún dolor le ha resultado. [...] También es posible señalar una diferencia entre hacer una cosa por ignorancia, y hacerla ignorando lo que se hace. Así, en la embriaguez, en la cólera, no puede decirse que uno obra por ignorancia; se obra sólo bajo el imperio de estas disposiciones; no se obra con conocimiento de causa; y antes por el contrario se obra ignorando lo que se hace. Así, todo ser malo ignora lo que es preciso hacer y lo que conviene evitar; porque a causa de una falta de esta especie es por lo que los hombres cometen injusticias y, hablando en general, son viciosos. Pero no debemos pretender aplicar el nombre de involuntaria a la acción de un hombre, porque desconozca su interés. La ignorancia que preside a la elección misma del agente, no es causa de que su acto sea involuntario; es causa únicamente de su perversidad [...]. También puede suceder, que, queriendo mostrar el mecanismo de una máquina, la deje disparar sin intención, como el que deje salir el tiro de una catapulta. En otros casos se puede, como Merope, tomar a su propio hijo por un enemigo mortal, creer que una lanza puntiaguda tiene el hierro enmohecido, tomar una piedra de peso por una piedra pómez, matar alguno de un tiro queriendo defenderlo, o causarle una grave herida queriendo demostrarle sólo destreza a la manera que lo hacen los luchadores al presentarse para entrar en combate. Como este género de ignorancia afecta siempre a las cosas en que consiste la acción, el que, al obrar, ignora alguna de estas circunstancias, parece por esto mismo que obra a pesar de su voluntad, sobre todo en los dos puntos más graves, que son en [60] este caso: primero, el objeto mismo de la acción; y segundo, el fin que se propone al hacerlo. Pero lo repetimos, para que la acción pueda, en el caso de semejante ignorancia, ser calificada con justicia de involuntaria, es preciso además que cause compasión y que lleve tras sí el arrepentimiento.

Por lo tanto, si el acto involuntario es el que nace de fuerza mayor o de ignorancia, es claro que el acto voluntario deberá ser aquel cuyo principio esté en el agente mismo, el cual conoce los pormenores de todas las condiciones que su acción encierra. Y así no hay razón para llamar involuntarios a los actos que nos obligan a ejecutar la cólera y el deseo" (énfasis nuestro).

<sup>56</sup> Cfr. M. J. SCHERMAIER. "L'errore nella storia del diritto", en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista del diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n.º 24, Modena, Mucchi, 2007, p. 229.

Así, la influencia de la teología sobre el derecho se hace sentir también en el ámbito del error, fundamentalmente frente a dos aspectos: (1) los glosadores, a diferencia de los juristas romanos, elaboran una teoría general del error bajo el perfil de la validez de los contratos en el que se construye un concepto unitario de vicio de la voluntad que afectan la libre decisión de celebrar el contrato, al que se llega por error, *dolus y metus*; (2) en un periodo posterior, hacia el siglo XVI y a partir de la teoría de la imputación de TOMÁS DE AQUINO<sup>57</sup>, se desarrolla un nuevo modelo de contrato ajeno a las fuentes romanas. El contrato no se funda ya sobre el *consensus* sino sobre el encuentro de dos voluntades individuales<sup>58</sup>, lo que dará luego origen al modelo de contrato basado sobre la oferta y la aceptación.

2. *La teoría tomista del error: si una de las voluntades individuales se encuentra viciada por error tal vicio se extiende al contrato, siempre que el mismo no sea causado por negligencia*

La influencia de TOMÁS DE AQUINO en materia de la teoría del error se deriva de su estudio sobre la relación entre la ignorancia (error) y la voluntad, en la que pone en evidencia la necesidad de distinguir la manera en que la ignorancia afecta a la voluntad. Al efecto señala que existen tres tipos de ignorancia: concomitante, consiguiente o afectada y antecedente.

El primer tipo de ignorancia, a la cual llama *concomitante*, no contraría la voluntad, pues aunque se supiera no dejaría de realizarse el acto; la segunda clase de ignorancia es la voluntaria, a la cual llama *consiguiente o afectada*, y se refiere a la ignorancia de lo que uno puede y debe saber, o cuando uno no tiene en cuenta lo que puede y debe tener en cuenta, o cuando uno no procura tener el conocimiento que debe tener; este tipo de ignorancia se considera voluntaria, porque se produce por negligencia. Como consecuencia de ello, sostiene TOMÁS DE AQUINO que cuando la ignorancia misma es voluntaria de alguna de estas formas, no puede decirse propiamente que el acto es involuntario, pero agrega que "no obstante, causa involuntario de algún modo, pues precede al movimiento de la voluntad a hacer algo, y este movimiento no se daría de haber conocimiento"<sup>59</sup>.

Una tercera clase de ignorancia es la que se relaciona *antecedentemente* con la voluntad, es decir, es aquella que sin ser voluntaria, es causa de querer lo que de otro modo una persona no querría. Este tipo de ignorancia tiene lugar cuando prestada la debida atención se ignora alguna circunstancia de un acto que no se

<sup>57</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*, I-II, qu. 6, art. 8 Resp; *Summa Theologica*, I-II, qu. 76, art. 3 Resp. En particular I-II, cuestión 6-21: Tratado de los actos humanos.

<sup>58</sup> Cfr. M. J. SCHERMAIER. "L'errore nella storia del diritto", en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista del diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n.º 24, Modena, Mucchi, 2007, p. 230.

<sup>59</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*, parte I-IIae, cuestión 6, artículo 8: ¿La ignorancia causa involuntario?

estaba obligado a conocer; es este último tipo de ignorancia el que causa de manera absoluta un acto involuntario<sup>60</sup>.

Así, en la teoría tomista del error, comoquiera que el contrato se conforma por dos actos de voluntad, cada uno de ellos es independiente entre sí, aquello que resulta en verdad relevante es la voluntad sobre la que se funda el contrato, de manera que si una de tales voluntades se encuentra viciada por error tal vicio se extiende al contrato mismo<sup>61</sup>. Ahora bien: el error afecta la voluntad de quien yerra sólo en los eventos de error no consciente y siempre que el mismo no fuera causado por negligencia.

3. *El acto es imputable a pesar del error cuando quien yerra ha omitido negligentemente tomar las medidas que hubieren evitado el error o cuando el error no es esencial*

Los glosadores trabajan profusamente en la construcción de un catálogo de errores que consideran relevantes, que comprenden el *error in corpore*, el *error in materia* y el

<sup>60</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*, parte I-IIae, cuestión 6, artículo 8: ¿La ignorancia causa involuntario? “[...] la ignorancia se relaciona de tres modos distintos con el acto de la voluntad: uno, concomitantemente; otro, consiguientemente; y el tercero, antecedentemente. Concomitantemente, cuando versa acerca de lo que se hace, pero, aunque se supiera, no dejaría de hacerse. En este caso la ignorancia no induce a querer hacerlo, sino que ocurre que hay a la vez algo hecho e ignorado, como en el ejemplo puesto (en obj. 3), cuando uno quiere matar a un enemigo y lo mata sin saberlo, pensando que mata un ciervo. Esta ignorancia no produce involuntario, como dice el Filósofo, porque no causa algo que sea contrario a la voluntad; sino que causa no voluntario, porque no puede ser querido en acto lo que se ignora. La ignorancia se relaciona con la voluntad consiguientemente, cuando la ignorancia misma es voluntaria. Y esto ocurre de dos formas, de acuerdo con los dos modos de voluntario antes (a.3) señalados. La primera, porque el acto de la voluntad se dirige a la ignorancia; por ejemplo, cuando uno quiere no saber, para tener excusa del pecado o para no retraerse de pecar, según Job 21,14: *No queremos saber tus caminos*. Y esta ignorancia se llama afectada. Según la otra forma, se llama voluntaria la ignorancia de lo que uno puede y debe saber, del mismo modo que se llama voluntario el no actuar y el no querer, como se dijo más arriba (a.3). Por consiguiente, tenemos una ignorancia así cuando uno no tiene en cuenta lo que puede y debe tener en cuenta. Esta ignorancia se llama de mala elección y puede provenir de la pasión o del hábito. También tenemos esta ignorancia, cuando uno no procura tener el conocimiento que debe tener; y así, la ignorancia de los principios universales del derecho, que todos deben saber, se considera voluntaria, porque se produce por negligencia. Ahora bien: cuando la ignorancia misma es voluntaria de alguna de estas formas, no puede causar involuntario propiamente. No obstante, causa involuntario de algún modo, pues precede al movimiento de la voluntad a hacer algo, y este movimiento no se daría de haber conocimiento. La ignorancia se relaciona con la voluntad antecedentemente cuando, sin ser voluntaria, es causa de querer lo que de otro modo una persona no querría. Así, cuando un hombre ignora alguna circunstancia de un acto que no estaba obligado a conocer, y por eso hace algo que no haría de saberlo; por ejemplo, cuando uno, prestada la debida atención, sin saber que alguien pasa por el camino, lanza una flecha con la que mata a un transeúnte. Esta ignorancia causa involuntario absolutamente. *A las objeciones*: Con esto se tiene la respuesta a las objeciones. Pues el primer argumento procedía de la ignorancia de lo que uno tiene que saber. El segundo, de la ignorancia de elección, que de algún modo es voluntaria, como se dijo (a.8). El tercero, de la ignorancia que se relaciona concomitantemente con la voluntad”.

<sup>61</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*, parte III, suplem., cuestión 51, artículo 1.

*error in substantiali qualitate*, por oposición a los irrelevantes que no tienen por virtud afectar el acto de la voluntad de quien pretende obligarse<sup>62</sup>.

Dentro de la concepción de la imputación en la que el acto es atribuido en cuanto resulte querido por la parte que lo realiza, esto es, en la que el acto es regido por la voluntad, TOMÁS DE AQUINO plantea no obstante la posibilidad de que el acto sea imputable a pesar del error, cuando quien yerra ha omitido negligentemente tomar las medidas que hubieren evitado el error, pues en últimas tal omisión de algún modo resulta siendo voluntaria; ahora bien: el error invencible se erige en límite a la imputación del acto, dado que no resulta viable imputar un acto a alguien cuando la causa del mismo es la ignorancia que no se puede superar por el empleo de la diligencia<sup>63</sup>.

Así las cosas, en la concepción medieval influida por las doctrinas teológicas que fueran recepcionadas por la escolástica resulta que si sólo los actos voluntarios son imputables, entonces sólo los contratos queridos son válidos, dado que el error impide la formación de la voluntad<sup>64</sup>, claro está con la excepción del error negligente, caso en el cual a quien erróneamente consiente debe entendersele imputable el acto en la medida en que la negligencia en que se incurre permite tener por voluntario tal acto.

### C. El error en derecho natural: un problema que ha de resolverse a la luz de la tensión entre autonomía privada y tutela de la confianza

Bajo el influjo de la teoría tomista del error, la Segunda escolástica—particularmente los teólogos de los siglos XVI y XVII<sup>65</sup>— trató el problema del error como vicio de

<sup>62</sup> Cfr. M. J. SCHERMAIER. "L'errore nella storia del diritto", en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista del diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n.º 24, Modena, Mucchi, 2007, p. 230.

<sup>63</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*, parte I-IIae, cuestión 76: *De las causas del pecado en especial: la ignorancia*, artículo 2: ¿Es pecado la ignorancia?, donde expresa: "Cualquiera que descuida tener o hacer lo que está obligado a tener o hacer, peca por omisión y por lo tanto, la ignorancia de aquello que uno debe saber es pecado por la negligencia en que se incurre. Mas no se le imputa a uno como negligencia el que no sepa aquello que no puede saber. De ahí que la ignorancia de esto se llame invencible: porque no se puede superar por el empeño (o diligencia). Y por eso tal ignorancia, no siendo voluntaria, ya que no está en nuestra facultad el superarla, no es pecado. Por lo cual es evidente que ninguna ignorancia invencible es pecado. Mas es pecado la ignorancia vencible si es respecto de aquellas cosas que uno está obligado a saber; pero no si es de lo que no está obligado a saber. [...] 3. Así como en el pecado de transgresión el pecado no consiste en el solo acto de la voluntad, sino en el acto querido, imperado por la voluntad; así, en el pecado de omisión, no sólo es pecado el acto de la voluntad, sino también la misma omisión, en cuanto que es voluntaria de algún modo. De esta manera es pecado la negligencia misma de saber o la inconsideración" (énfasis nuestro).

<sup>64</sup> Cfr. M. J. SCHERMAIER. "L'errore nella storia del diritto", en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista del diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n.º 24, Modena, Mucchi, 2007, p. 223.

<sup>65</sup> Principalmente deben considerarse al respecto los trabajos de DOMINICUS DE SOTO (1494-1560), DIEGO DE COVARRUVIAS Y LEYA (1512-1577), LUDOVICUS MOLINA (1535-1600) y LEONARDUS LESSIUS (1554-1623), quienes influenciaron decisivamente la escuela del derecho

la voluntad en la celebración de un contrato bajo el presupuesto de que el mismo fuese "causal" e "imputable", de manera que el contrato es inválido si la parte que yerra no habría celebrado el contrato si hubiera tenido un conocimiento completo de los hechos, hasta donde a ella concierne<sup>66</sup>.

HUGO GROCIO<sup>67</sup>, fuertemente ligado a la teoría de la imputación del acto individual formulada por los teólogos y, por ende, bajo una concepción conforme a la cual solamente del acto de voluntad nace para el sujeto una obligación, considera fundamental el determinar el modo en el cual el error viciaba el acto volitivo. Como resultado de su análisis, enseña que el error invalida el acto o una parte de él cuando este sea determinante del consentimiento<sup>68</sup>, pues si una promesa está formulada bajo un presupuesto que después se revela como inexistente, entonces la promesa no tendrá efecto<sup>69</sup>, pues nadie promete puramente, sino sólo bajo la condición de que la situación no se demuestre falsa<sup>70</sup>. Ahora bien: *quien cae en error porque ha sido negligente, es decir, porque ha indagado deficientemente las circunstancias en las cuales debía ser cumplida la promesa o ha sido negligente al expresar su voluntad, debe resarcir los daños a la otra parte*<sup>71</sup>.

Así las cosas, para GROCIO lo relevante en materia del derecho de contratos no es el contrato, ni la convención, ni el consentimiento de las partes, sino la promesa individual de cada una de las partes contratantes, promesa que eventualmente puede llegar a determinar el consentimiento, de manera que una promesa es inválida y no vincula cuando reposa sobre un error que recae sobre circunstancias importantes del contrato, dado que la persona que ha caído en error no habría hecho la promesa si hubiere conocido el real estado de las cosas, lo que hoy llamaríamos "causalidad subjetiva del error"; pero no obstante ello, el acto cumplido erróneamente será imputado a la parte que lo realiza en el evento en que esta haya sido negligente, con lo que se advierte que GROCIO establecía dentro de su teoría del error una prohibición de dañar al otro (*neminem laedere*) en la que la doctrina evidencia una

natural que se extendió entre el periodo comprendido entre los años 1550 y 1800. Cfr. M. J. SCHERMAIER. "Mistake misrepresentation and precontractual duties to inform: the civil law tradition", en RUTH SEFTON-GREEN (ed.). *Mistake, Fraud and Duties to inform in European Contract Law*, Serie: The Common Core of European Private Law, Cambridge University Press, 2005, p. 56.

<sup>66</sup> M. J. SCHERMAIER. "Mistake misrepresentation and precontractual duties to inform: the civil law tradition", en RUTH SEFTON-GREEN (ed.). *Mistake, Fraud and Duties to inform in European Contract Law*, Serie: The Common Core of European Private Law, Cambridge University Press, 2005, pp. 56 y 57.

<sup>67</sup> Quien vivió entre los años 1583 y 1645.

<sup>68</sup> H. GROCIO. *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. II, § 6 (1-3).

<sup>69</sup> "Si promissio fundata sit in praesumptione quadam facti quod non ita se habeat naturaliter nullam eius esse vim". H. GROCIO. *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XI, § 6 (1).

<sup>70</sup> "Ommino promissor non consentit in promissum, nisi sub quadam conditione quae re ipsa non existit". H. GROCIO. *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XI, § 6 (2).

<sup>71</sup> "Quod si promissor negligens fuit in re exploranda, aut in sensu suo exprimendo, et damnum inde alter passus sit, tenebitur id resarcire promissor, non ex vi promissionis, sed ex damno per culpam dato, de quo capite infra agemus". H. GROCIO. *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XI, § 6 (3).

tutela de la confianza respecto del otro contratante, tutela que no hacía derivar de la promesa sino de un ilícito extracontractual<sup>72</sup>.

Por su parte, PUFENDORF<sup>73</sup> sostenía que todo error causal debía ser relevante, pues la promesa no puede surtir algún efecto cuando el error sea tal que si se hubiere tenido una representación exacta de la realidad se habría abstenido de querer tal acto, de suerte que habrá de considerarse como si la promesa no hubiere sido hecha en absoluto, pero agrega que atendiendo a la necesidad de tutela de la confianza, la persona que erraba podía oponer el error como vicio de la voluntad si este era reconocible por la otra parte o si dicha parte era quien había inducido el error. En estos casos el errante podrá obtener la rescisión del negocio si ninguna prestación se ha realizado en desarrollo del mismo, de lo contrario podía solicitarla de acuerdo con la contraparte<sup>74</sup>.

Una posición más radical en cuanto a las consecuencias del error, que no obstante permaneció aislada, fue sostenida por THOMASIIUS<sup>75</sup>, para quien la persona que cae en error debe ser vinculada a su promesa y su error no debe ser tomado en consideración, pues el error daña al errante<sup>76</sup>; ello con base en que cada uno de los miembros de una sociedad debe poder confiar en el significado de ciertas palabras o signos, de manera que *no resulta legítimo que nadie pueda reclamar sobre la base de que su intención fue diferente a su declaración*<sup>77</sup>.

De esta manera la consideración de los intereses de ambas partes en el contrato, a cuya tutela contemporánea la buena fe ha estado siempre atenta, se abre paso en los albores de la codificación; así, en el Allgemeine Landrecht de Prusia (ALR)<sup>78</sup> la teoría del error se construye sobre la exigencia de su relevancia "objetiva", a la vez que el error en la persona de la contraparte se valora de acuerdo con su relevancia "subjetiva"<sup>79</sup>; así mismo, es en el ALR donde por primera vez en un código civil se utiliza el concepto de "declaración de voluntad" como elemento fundamental en la celebración de los contratos; con ello se retoman los estudios de la escolástica tardía y de los iusnaturalistas que se interesaron por la *relación entre voluntad interior*

<sup>72</sup> Cfr. M. J. SCHERMAIER. "L'errore nella storia del diritto", en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista del diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n.º 24, Modena, Mucchi, 2007, pp. 235-237.

<sup>73</sup> Quien viviera entre 1632 y 1694.

<sup>74</sup> S. PUFENDORF. *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 6, §§ 6-7. Véase al respecto E. CORTESE. Voz: errore. *Enciclopedia del Diritto*, t. xv, Milano, Giuffrè, 1996, p. 245.

<sup>75</sup> Filósofo y jurista alemán, quien vivió entre 1655 y 1728.

<sup>76</sup> "Errorem in dubio semper nocere debet erranti". CH. TOMASIIUS. *Institutiones iurisprudentialae divinae*, lib. II, cap. VII, § 39, Halae Magdeburgicae, 1720. Véase también en la misma obra: lib. I, cap. I, § 72.

<sup>77</sup> M. J. SCHERMAIER. "Mistake misrepresentation and precontractual duties to inform: the civil law tradition", en RUTH SEFTON-GREEN (ed.). *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Serie: The Common Core of European Private Law, Cambridge University Press, 2005, p. 57.

<sup>78</sup> El *Allgemeine Landrecht* data de 1794.

<sup>79</sup> Véase ALR I.4., § 75.

y voluntad manifestada exteriormente, producto de lo cual se extrajo la regla de que la voluntad exterior para poder producir efectos jurídicos debe ser externalizada<sup>80</sup>.

Es así como el derecho natural revalorizó el "significado objetivo de la declaración" como eje central de la interpretación de la voluntad manifestada por las partes en un contrato, por lo que el entendimiento del contenido de la declaración ha de ser determinado de conformidad con aquello que un destinatario común, prudente e informado, habría entendido; de ahí que en la interpretación adquiera valor relevante el significado usual de las palabras en cuanto el lenguaje y su poder de significación, como elemento esencial de convivencia, resultan determinantes también en el campo de la interpretación de la voluntad contractual; todo dentro del marco de la teoría del acto, conforme a la cual *todo error esencial debe ser tutelado, pero la persona que cae en error responde por su negligencia frente a la otra parte por los daños que una tal declaración errada haya podido generarle*<sup>81</sup>.

## D. la tutela del error en savigny y la escuela histórica del derecho<sup>82</sup>

1. *El error como un problema que altera la voluntad unilateral de quien declara afectando con nulidad la declaración de voluntad y el perfeccionamiento del contrato vs el carácter irrelevante del error en los motivos*

SAVIGNY, en su labor de revalorizar las fuentes romanas, encuentra en materia de error una dificultad, dado que acoge el concepto de "declaración de voluntad", pero las fuentes romanas, como hemos visto, hablan de *consenso*, de manera que SAVIGNY se ve obligado a realizar una interpretación nueva de las fuentes a fin de aplicar dicho concepto y, en virtud de ella, sostiene que cuando las fuentes hablan de error no entienden que este genere un vicio sobre el consenso de las partes, sino un vicio de la voluntad en la formación de la declaración de voluntad; para

<sup>80</sup> "*Declaratio mentis o voluntatis*" formulada por DANIEL NETTELBLADT, un alumno de CHRISTIAN WOLFF, en *Systema elementare iurisprudentiae positivae germanorum communis*, Halae Magdeburgicae, 1781, §§ 76 y 193 y en *Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis*, parte I: *Introductio in iurisprudentiam naturalem*, Halae Magdeburgicae, 1757, §§ 265 y ss., según nos refiere M. J. SCHERMAIER. "L'errore nella storia del diritto", en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista del diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n.º 24, Modena, Mucchi, 2007, p. 241 y M. J. SCHERMAIER. "Mistake misrepresentation and precontractual duties to inform: the civil law tradition", en RUTH SEFTON-GREEN (ed.). *Mistake, Fraud and Duties to inform in European Contract Law*, Serie: *The Common Core of European Private Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 53.

<sup>81</sup> H. GROCIO. *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XVI, § 1 y lib. II, cap. IV § 3; S. PUFENDORF. *De iure naturae et gentium*, lib. IV, cap. I, §§ 4-5. Cfr. M. J. SCHERMAIER. "Mistake misrepresentation and precontractual duties to inform: the civil law tradition", en RUTH SEFTON-GREEN (ed.). *Mistake, Fraud and Duties to inform in European Contract Law*, Serie: *The Common Core of European Private Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 52. Ver también: M. J. SCHERMAIER. "L'errore nella storia del diritto", en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista del diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n.º 24, Modena, Mucchi, 2007, p. 245.

<sup>82</sup> Cuyo influjo puede referirse al periodo comprendido entre los años 1800 y 1900.

SAVIGNY es necesario distinguir entre el "error sobre los motivos", esto es, aquel que se presenta cuando la voluntad misma descansa en un error, el cual es siempre irrelevante en cuanto no posee significado en relación con la declaración de validez de la voluntad y, el "error impropio" que sí es relevante porque produce una *divergencia entre declaración y voluntad, por lo que consecuentemente la declaración es nula*<sup>83</sup>, ya que "por su esencia declaración y voluntad han de ser concebidas como unidas"<sup>84</sup> de manera que la invalidez de la declaración de voluntad se produce no como consecuencia del error sino porque este afecta la voluntad<sup>85</sup>.

## 2. La teoría del error de Savigny rompe con la tradición precedente al no considerar los efectos que el error provoca para el destinatario de la declaración

Para SAVIGNY dicha divergencia entre declaración y voluntad, generada por el error, origina en verdad una declaración sin voluntad, es decir, una "falsa apariencia de la voluntad"<sup>86</sup>, por lo que termina por concebir la problemática del error por fuera de la órbita del consenso, como un fenómeno ajeno al contrato y, por ende, sin consideración de las consecuencias que dicho error genere en la contraparte que recibe la declaración errada; lo plantea como un problema que afecta "la declaración unilateral" de quien yerra, que conduce a que el contrato no se perfeccione, de manera que "en la doctrina de SAVIGNY sobre el error en la declaración no hay lugar para el destinatario de la declaración y la consideración de sus intereses, ya que contempla la problemática del error en la declaración tan sólo como divergencia de voluntad y declaración. En contra de la opinión sostenida por la doctrina del derecho natural como por la de derecho común, él entiende que en el caso del error en la declaración no importa la culpa. Si voluntad y declaración no coinciden, la declaración de voluntad es en todo caso nula según SAVIGNY, y por ser nula tampoco puede existir en su opinión ninguna obligación de indemnizar daños y perjuicios"<sup>87</sup>.

De otra parte, SAVIGNY mantiene continuidad con las corrientes precedentes en cuanto se refiere a la consideración de que el error debe ser relevante y al efecto, siguiendo las fuentes romanas, considera relevantes los errores *in negotio, in persona, in corpore e in substantia*<sup>88</sup>.

La Pandectística, en su afán de construir un sistema unitario de las fuentes, asume la teoría de SAVIGNY sobre el error, esto es, la relevancia del "error en la declaración" a la vez que considera la irrelevancia del error en los motivos; teoría

<sup>83</sup> SAVIGNY. *Sistema de derecho romano actual*, III, Comares, 1968, § 258.

<sup>84</sup> Ídem.

<sup>85</sup> M. J. SCHERMAIER. "L'errore nella storia del diritto", en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista del diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n.º 24, Modena, Mucchi, 2007, pp. 243-245.

<sup>86</sup> SAVIGNY. *Sistema de derecho romano actual*, III, Comares, 1968, § 258.

<sup>87</sup> W. FLUME. *El negocio jurídico*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 525.

<sup>88</sup> Ídem.

cuyo contenido fue desarrollado fundamentalmente por su discípulo ZITELMANN; ZITELMANN entiende la declaración de voluntad como un proceso "psicológico" que comprende la toma de la decisión de hacer una declaración de voluntad sobre la base de una propia percepción (*motivo*), la decisión que se desarrolla en una intención actual de declarar (*intención*), la cual a su vez se manifiesta en una declaración de voluntad realizada sobre la base de tal intención (*declaración*); bajo tal estructura el derecho sólo puede tomar en consideración los errores que resulten de una declaración percibida por el destinatario y divergente de la voluntad del declarante<sup>89</sup>, mientras que los errores que afecten la formación de la voluntad<sup>90</sup>, que el declarante no habría formado si hubiera sabido las verdaderas circunstancias y, en cuanto tal, afecten la intención de declarar, deben ser considerados irrelevantes en cuanto meros "errores en los motivos"<sup>91</sup>.

**E. La formulación de la teoría de la culpa "in contrahendo"**  
 por parte de Jhering consolida un retorno a la doctrina del derecho intermedio y el iusnaturalismo en materia de protección de la parte que recibe la declaración errada

Como puede observarse, la postura de SAVIGNY sobre la teoría del error, en la que no había lugar para la valoración de la culpa de quien padecía el error y en la que se excluía toda responsabilidad del errante frente a la parte que confiaba en la validez de la declaración, "interrumpió la tradición del derecho natural y de la doctrina del derecho común. Sin embargo, en contra de SAVIGNY, en la segunda mitad del siglo XIX se impone de nuevo en la doctrina la opinión de que el error culposo era irrelevante [...] ante todo se aceptó de nuevo la idea de que en caso de culpa quien padece el error está obligado a indemnizar daños si su error es tenido en cuenta"<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> Aquellos relativos a la equívoca transmisión de la voluntad, por ejemplo, cuando el vendedor quiere decir que el precio de la cosa en venta es de 1.000 pero en verdad dice 100.

<sup>90</sup> Aquellos que afectan el proceso de formación de la voluntad, la cual se ha formado con sustento en esa falsa representación, como cuando compro una mesa porque creo que está elaborada con madera de roble, pero en verdad es de pino.

<sup>91</sup> CFR. M. J. SCHERMAIER. "Mistake misrepresentation and precontractual duties to inform: the civil law tradition", en RUTH SEFTON-GREEN (ed.). *Mistake, Fraud and Duties to inform in European Contract Law*, Serie: The Common Core of European Private Law, Cambridge University Press, 2005, p. 61. Quien agrega que no obstante la tajante consideración de los errores sobre los motivos como irrelevantes en el II BCB fueron adoptadas algunas previsiones, en el § 119 (2) que contemplan como relevantes errores relativos a las cualidades de la cosa o a la base del contrato: "vale como error sobre el contenido de la declaración también el error sobre las cualidades de la persona o de la cosa que en el tráfico sean consideradas como esenciales".

<sup>92</sup> W. FLUME. *El negocio jurídico*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 529 y 530.

En oposición a esta postura, JHERING<sup>93</sup> sostuvo que la doctrina de SAVIGNY sobre el error era insatisfactoria pues no tomaba en consideración alguna la confianza generada en la contraparte como resultado de la declaración errada, y con base en un texto de MODESTINO<sup>94</sup> formuló su teoría de la *culpa in contrahendo*, conforme a la cual todo el que reclame haber sufrido un error debe resarcir los daños generados a la contraparte cuando dicho error se deba a su propia negligencia, de manera que la parte en error puede liberarse de su declaración errada siempre que indemnice a la contraparte la pérdida que haya sufrido por haber confiado en la validez del contrato, de suerte que quien declara basado en un error culposo es responsable contractualmente según los mandatos de la *bona fides*<sup>95</sup>.

#### F. La controversia entre las teorías voluntaristas y las declaracionistas a finales del siglo XIX

La validez o no del contrato en los eventos de discordancia entre la declaración y el verdadero querer del declarante continuó siendo objeto de discusión; los seguidores de la teoría de la voluntad hicieron eco de las enseñanzas de SAVIGNY acerca de que lo único realmente relevante y eficaz era la existencia de la voluntad, por lo que sostuvieron que una declaración sin voluntad era nula. Por su parte, los partidarios de la teoría de la declaración afirmaban que la declaración errónea debía ser válida en razón de la apariencia externa suscitada por la declaración y por la consecuente necesidad de proteger la buena fe de quien había confiado en ella<sup>96</sup>.

Las teorías voluntaristas partían de la consideración de que la esencia del negocio jurídico es la voluntad y por ende su eficacia se derivaba de ella, entendida esta como un fenómeno psíquico interno y real, por lo que si no hay voluntad o no coincide con lo declarado, el negocio no existe; por el contrario, las teorías declaracionistas hacen énfasis en los efectos objetivos de la externalización de tal voluntad y en la tutela del receptor de la declaración; pero, atendiendo a "la naturaleza social del negocio jurídico", lo verdaderamente digno de protección no es la voluntad sino "la confianza legítima" resultante de la apariencia generada

<sup>93</sup> Quien vivió entre 1818 y 1892.

<sup>94</sup> D. 18.1.62.1.

<sup>95</sup> M. J. SCHERMAIER. "L'errore nella storia del diritto", en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista del diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n.º 24, Modena, Mucchi, 2007, pp. 243 y 244.

<sup>96</sup> W. FLUME. *El negocio jurídico*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 83-84. Quien cita entre los exponentes más destacados de la teoría declaracionista a BÄHR respecto del cual refiere sus afirmaciones publicadas en 1875: "Quien al contratar suscite la apariencia externa de su voluntad de una manera que le pueda ser imputada, de modo que el otro contratante de buena fe crea y pueda creer haber adquirido derechos por ello, no será oído en su alegación de que en realidad le ha faltado la correspondiente voluntad. Responde por la apariencia externa de su voluntad precisamente como si efectivamente hubiera querido" (*Über Irrungen im Contrahiren*, Jherings Jahrbücher, XIV, 1875, p. 401).

por las circunstancias en que se produjo la actuación<sup>97</sup> y la necesidad de tutelar la seguridad del tráfico jurídico<sup>98</sup>.

## II. LA TUTELA DEL ERROR EN EL DERECHO MODERNO

### A. En el derecho moderno los efectos del error sobre el negocio jurídico dejan de ser analizados desde la perspectiva de la "voluntad", como elemento determinante de la existencia del contrato, para ser valorados a la luz de la tutela de la confianza

En materia de error, el dogma de la voluntad ha venido perdiendo crédito paulatinamente y en su lugar se afirman la teoría de la declaración y de la confianza<sup>99</sup>, a tal punto que se sostiene que "la discusión entre la teoría de la voluntad y la de la declaración está prácticamente superada"<sup>100</sup>.

En primer término se cuentan las objeciones al dogma de la voluntad relativas a la irrelevancia del propósito real querido con el negocio retenido en la mente del emisor de la declaración, llamado "reserva mental", pues el ánimo o voluntad mantenida en secreto en contradicción con la apariencia de la declaración no amerita tutela en cuanto se considera una conducta abiertamente dolosa, inadmisibles a la luz de la buena fe; ya SAVIGNY sostenía que el conflicto entre declaración y voluntad "no puede ser admitido cuando aquel que declara alguna cosa contra su voluntad tiene en secreto una voluntad contraria"<sup>101</sup>.

De otra parte, se aducen otros límites al reconocimiento de la eficacia del error basados en motivos de equidad que hacen inconcebible que se libere del contrato a la parte culpable del error y se castigue a quien ha adoptado un comportamiento probo, sin siquiera atemperar los daños sufridos por este último, lo que conduce

<sup>97</sup> F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, t. II, el negocio jurídico, aspecto subjetivo del negocio, pp. 3-5. Manuscrito en vía de publicación.

<sup>98</sup> GOUNOT. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution a l'étude critique de l'individualisme juridique*, París, 1912, p. 148, quien sostiene que "en la teoría del acto jurídico es menester completar y corregir el principio de la voluntad con el de las exigencias imperativas del medio social, concretamente con el principio de la seguridad necesaria para la buena marcha del comercio humano".

<sup>99</sup> SACCO. *Il contratto*, t. I, Torino, Utet, 1993, p. 342.

<sup>100</sup> W. FLUME. *El negocio jurídico*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 85-89, en la que propone incluso la aparición de una tercera teoría, la de la "vigencia", conforme a la cual en el negocio jurídico la voluntad que se expresa es una voluntad reguladora, por virtud de la cual se pone en vigencia una reglamentación que regula la creación, extinción o modificación de una relación jurídica, de manera que se supera el dualismo entre voluntad y declaración, dado que la declaración de voluntad sería un ente único, que existe a pesar del error pues por virtud de ella se instaura voluntariamente la vigencia de la declaración errónea; no obstante a juicio de FLUME "la teoría de la vigencia cuando trata de salvar la declaración de voluntad incluso en los casos de error, en realidad no es otra cosa que la teoría de la declaración".

<sup>101</sup> SAVIGNY. *Sistema de derecho romano actual*, III, Comares, 1968, § 258.

a la exigencia de excusabilidad del error que se alega para impugnar el contrato, de lo que trataremos adelante<sup>102</sup>.

*1. El BGB Alemán admite la anulación del contrato con fundamento en un error pero con la obligación de resarcimiento del daño para la parte que ha confiado en la validez de la declaración*

En general, en Alemania se observa una reacción sistemática contra la teoría de la voluntad, que lleva a que la identidad entre *negocio, consentimiento y voluntad* se sustituya por la identidad entre *negocio y declaración*<sup>103</sup>, en la que la declaración involuntaria, alterada o emitida por error sobre el contenido o sobre las cualidades esenciales de la persona o de la cosa, no conlleva la inexistencia del contrato sino que la hace apenas impugnabile y, en todo caso, sujeta dicha impugnación a la tutela de la confianza de la parte frente a la que se ha hecho la declaración y frente a terceros. Ello con fundamento en la responsabilidad que el ordenamiento jurídico atribuye al particular por el ejercicio defectuoso de su propia autodeterminación, pues si "se toma en cuenta el error y se permite que el contrato carezca de validez porque la autodeterminación de la parte que yerra ha sido defectuosa, el otro contratante, que ha confiado en la palabra dada, se verá defraudado en su confianza padeciendo por ello en determinadas circunstancias daños considerables, y privándosele en cualquier caso de la ganancia negocial"<sup>104</sup>.

Con anterioridad a la reforma del BGB la doctrina ha considerado que la responsabilidad derivada de la impugnación del negocio no exige una valoración en términos de culpa, no obstante el impugnante no responde solamente porque ha inferido daño, sino fundamentalmente porque ha empeñado su palabra al otro y por tanto su responsabilidad es de carácter negocial y obliga al impugnante a soportar los riesgos de deterioro o pérdida de la prestación obtenida con base en el negocio impugnado<sup>105</sup>. Ello con fundamento en la responsabilidad derivada de la declaración errada, que no obstante tiene vocación de validez como correlato indispensable de la autonomía privada<sup>106</sup>.

En el recientemente reformado BGB<sup>107</sup>, el texto del § 119 excluye igualmente la posibilidad de impugnar como nula la declaración de voluntad realizada con

<sup>102</sup> POTHIER. *Traité des obligations*, n.º 19, Bruselas-Ámsterdam, 1829, pp. 8 y 9; MESSINEO. *Teoría del errore ostativo*, Roma, 1915, p. 300.

<sup>103</sup> SACCO. *Il contratto*, t. 1, Torino, Utet, 1993, p. 343. Quien al efecto cita como exponentes destacados de tal postura a BÄHR. *Über Irrungen im Contrahiren*, Jherings Jahrbücher, XII, 1875, pp. 393 y ss.; HOLDER. *Istituzioni di diritto romano*, n.º 11, 1877, § 18; KOHLER, ANN. F. D. Dog. 1878, XVI, 91 y ss.

<sup>104</sup> W. FLUME. *El negocio jurídico*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 496-497.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 503.

<sup>106</sup> K. LARENZ. *Derecho Civil parte general*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 507.

<sup>107</sup> Sobre el particular, los §§ 116, 119 y 122 del BGB, según el texto de la reforma al BGB promulgada el 29 de noviembre del 2001, que entró en vigor el 1.º de enero del 2002.

“reserva mental” con base en el hecho de que el declarante en verdad no quiere aquello que ha declarado, salvo que el destinatario de la declaración esté al tanto de tal reserva<sup>108</sup>. A su vez, dicho código admite la impugnación por error en el caso en que el emisor no hubiera verdaderamente conocido el real estado de las cosas, lo cual habría impedido una razonable valoración de la conveniencia del negocio<sup>109</sup>; pero en todo caso debe resaltarse que el § 122, en consonancia con las exigencias de la buena fe, expresa que el declarante que impugna una declaración emitida en tal circunstancia es obligado al resarcimiento del daño que el destinatario o terceros hayan sufrido por haber confiado en la validez de la declaración, salvo si quien sufre el daño conocía la causa de la nulidad o de la impugnabilidad, o bien la ignoraba culposamente<sup>110</sup>.

Tales disposiciones han sido interpretadas por la doctrina en el sentido de que según lo dispuesto por § 119 (1) resulta viable pedir la nulidad con fundamento en cualquier tipo de error, siempre que éste sea a su vez causal subjetivamente (la persona caída en error no habría manifestado su consentimiento de haberlo conocido) tanto como objetivamente (cualquier persona no habría expresado su consentimiento en tal sentido de no haber caído en dicho error), lo que excluye la posibilidad de pedir la nulidad cuando se trate de un error meramente subjetivo, pero en todo caso se debe responder por los daños que sufra la contraparte por el hecho de que la manifestación de voluntad decaiga y, ello, sin sujeción a la exigencia de culpa en la persona que cae en error<sup>111</sup>.

Hoy en día una posición relevante de la doctrina alemana considera esencial encontrar un equilibrio entre la voluntad individual y la manifestación exterior de la intención, limitando el ámbito de los errores que permitirán liberarse del contrato a la vez que se protejan los intereses de quien incurrió en error, de ma-

<sup>108</sup> BGB § 116: “Una declaración de voluntad no es nula por el sólo hecho que el declarante se reserve secretamente no querer aquello que ha declarado. La declaración es no obstante nula si debe ser emitida frente a otro sujeto y este último conoce dicha reserva mental”.

<sup>109</sup> BGB § 119: “Impugnabilidad por error (1) Quien al emitir una declaración de voluntad estaba en error en mérito a su contenido, o no quería de hecho emitir una declaración de aquél contenido, puede impugnar la declaración siempre que deba considerarse que no la habría emitido de haber conocido el real estado de las cosas en cuanto hubiera consecuentemente podido realizar una razonable valoración del caso [...]”.

<sup>110</sup> BGB § 122: “Obligación de resarcimiento del daño por parte del impugnante (1) Si una declaración de voluntad es nula en los términos del § 118 o bien es impugnado a norma del § 119 y § 120, el declarante se encuentra obligado frente al destinatario de la declaración, cuando se trate de declaraciones a emitir frente a otro sujeto, o de lo contrario frente a cualquier tercero, al resarcimiento del daño que el destinatario de la declaración hayan sufrido por haber confiado en la validez de la declaración, resarcimiento cuyo monto no puede no obstante superar la medida del interés que el destinatario o el tercero tenga en la validez de la declaración (2) La obligación de resarcir el daño no surge si el dañado conocía la causa de la nulidad o de la impugnabilidad o bien si ha debido conocerla”.

<sup>111</sup> M. J. SCHERMAIER. “L'errore nella storia del diritto”, en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista del diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n.º 24, Modena, Mucchi, 2007, pp. 250 y 251. Quien además señala que se habla del resarcimiento del interés negativo, aun cuando los romanos hablaban de *interesse non esse deceptum* (D. 19.1.21.1).

nera que "en concreto un error puede ser relevante en los casos en que este haya sido causado por la otra parte y cuando la otra parte, en consecuencia, no pueda confiar razonablemente en la validez del contrato"<sup>112</sup>.

2. *El derecho italiano permite pedir la nulidad del contrato con fundamento en el error siempre que éste sea esencial y haya sido reconocible por la otra parte*

En Italia, por su parte, en contraposición al tradicional dogma de la voluntad, se afirma un principio de la conciencia del significado objetivo de la declaración, un principio de la responsabilidad y de la confianza, por lo cual se entiende que el negocio no se encuentra viciado debido a una divergencia entre lo querido y lo declarado cuandoquiera que tal divergencia es debida a culpa del declarante<sup>113</sup>.

En efecto, la doctrina italiana<sup>114</sup> reconoce que hay un desplazamiento del punto central del juicio de nulidad, de la posición del declarante a aquella del destinatario de dicha declaración, de hecho la atención del intérprete ya no se concentra más en el momento subjetivo de la formación de la voluntad sino en el objetivo de su externalización<sup>115</sup>, consideraciones que se reflejan en los textos normativos<sup>116</sup>.

A este respecto se señala que las declaraciones de las partes sirven para constituir el contrato en cuanto sean socialmente apreciables como manifestaciones de

<sup>112</sup> R. ZIMMERMANN. *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 160.

<sup>113</sup> R. SACCO. *Il contratto*, t. 1, Torino, Utet, 1993, p. 346. En el mismo sentido: SCIALOJA. *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici*, 1885; FERRARA. *Simulazione assoluta*, RDco, 1908, I, 478; FADDA y BENZA nota 1 al § 69 de las *Pandectae de Windscheid*, entre otros.

<sup>114</sup> SACCO. "Riconoscibilità e scusabilità dell'errore", en *Riv. dir. comm.*, II, 1948, pp. 179-183; CARRESI. "Introduzione ad uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico", en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 822; FEDELE. "Della annullabilità del contratto. Commentario al codice civile", en D'AMELIO y FINZI. *Libro delle Obbligazioni*, I, Firenze, 1948, p. 706; CARIOTA FERRARA. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, pp. 573 y 574; SANTORO PASSARELLI. *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985, p. 165.

<sup>115</sup> VV. AA. "Il requisito della riconoscibilità", en *Profili civilistici dell'errore. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, capítulo VI, Revista on line coordinada por ATTILIO ZIMATORE [www.rivista.ssef.it/site.php?page=20060104101723791].

<sup>116</sup> Codice Civile Italiano. Art. 1427: *Errore, violenza e dolo*. "Il contraente, il cui consenso fu dato per errore (1428 e seguenti), estorto con violenza o carpito con dolo, può chiedere l'annullamento del contratto secondo le disposizioni seguenti". Art. 1428: *Rilevanza dell'errore*. "L'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale ed è riconoscibile dall'altro contraente". Art. 1429: *Errore essenziale*. "L'errore è essenziale: 1) quando cade sulla natura o sull'oggetto del contratto; 2) quando cade sull'identità dell'oggetto della prestazione ovvero sopra una qualità dello stesso che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso; 3) quando cade sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso; 4) quando, trattandosi di errore di diritto, è stato la ragione unica o principale del contratto". Art. 1431: *Errore riconoscibile*. "L'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo".

voluntad, de ahí que "la falta de una voluntad interna que corresponda con aquella manifestada no excluye entonces la formación del contrato, pero evidencia otro problema, esto es, aquél de la tutela del declarante y el de los límites de esta. En la disciplina contractual el límite fundamental está dado por la reconocibilidad del error, es decir por la confianza de la contraparte"<sup>117</sup>; pues el destinatario de la declaración estará legitimado para confiar plenamente en ella, salvo que pueda reconocer el error que afecta la declaración, legitimidad que adquiere aún más fuerza en los eventos en que el desrnatario advierta al declarante del error en que ha incurrido y este no desista de la celebración del contrato<sup>118</sup>.

3. *El derecho francés: de la plena anulabilidad del contrato con base en el error a la exigencia de excusabilidad del error como presupuesto para alegarla*

En Francia ya sostenía Ripert que "el jurista no está llamado a medir científicamente la fuerza de la voluntad, y frente a quien invoca protección porque se equivocó o fue engañado o fue amenazado se deben considerar también elementos que trascienden el aspecto volitivo: si quien cayó en error incurrió en culpa, si la amenaza fue injusta, etc." (énfasis nuestro)<sup>119</sup>; de ahí que se haya sostenido desde antaño que "la declaración no acompañada de voluntad, si ha sido emitida culposamente, da lugar a un resarcimiento en forma específica, que se concreta en el mantenimiento de los efectos jurídicos declarados"<sup>120</sup>.

Si bien en el *code civile* no quedó plasmada una tutela específica de la confianza en caso de error, puede sostenerse que por vía de responsabilidad extracontractual quien yerra culposamente responde<sup>121</sup>; pues no obstante que según la ley todo error puede conducir a la nulidad, si quien yerra obró con culpa responde por el resarcimiento de los daños causados a la contraparte; en este mismo sentido puede observarse la orientación de la jurisprudencia, que sólo permite la nulidad del contrato si el error es inexcusable<sup>122</sup>.

<sup>117</sup> M. BIANCA. *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 608.

<sup>118</sup> P. GALLO. *Trattato del contratto. I remedi, la fiducia, la apparenza*, vol. 3, Torino, Utet, 2010, p. 1817.

<sup>119</sup> G. RIPERT. *La règle morale dans les obligations civiles*, París, LGDJ, 194, reimpresa en 1994, n.º 49.

<sup>120</sup> R. DEMOGUE. *Traité des obligations en général*, t. 1, "Sources des obligations", París, Librairie Arthur Rousseau, 1925, n.º 158, 244, 249.

<sup>121</sup> Artículo 1382.

<sup>122</sup> M. J. SCHERMAIER. "L'errore nella storia del diritto", en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista del diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n.º 24, Modena, Mucchi, 2007, p. 248. En contra la posición de C. THIBIERGE. *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, quien si bien reconoce que la ignorancia es legítima cuando la víctima al celebrar el contrato está en imposibilidad de conocer la ignorancia que ha viciado su consentimiento (p. 122), sostiene que el caso de error inexcusable no debería poder engendrar un rechazo de la anulación, claro está con la obligación del que yerra de indemnizar al cocontratante por daños y perjuicios (p. 439).

Actualmente puede sostenerse que debido a los innumerables límites y excepciones introducidos en la tradicional concepción de la inexistencia del contrato a causa del error, podemos afirmar que el problema de la relación conceptual entre contrato y voluntad se ha archivado en Francia<sup>123</sup> y se retoman concepciones que ponen de presente la necesidad de considerar los intereses de quienes han sido receptores de una declaración basada en el error.

En este sentido encontramos que el proyecto de reforma del Código Civil de la Cancillería dispone, entre las directrices generales en materia contractual, la prohibición de las partes de actuar en contradicción no solo con sus declaraciones, sino con sus comportamientos, de forma tal que no se quebrante la confianza legítimamente fundada de la contraparte, cuyos efectos sin duda habrían de irradiarse sobre la interpretación de los efectos del error<sup>124</sup>.

*4. Los proyectos de unificación y armonización del derecho europeo de contratos: limitan los eventos de anulabilidad por error al sujetarlos a estrictos requerimientos a la vez que promueven la tutela de la confianza*

En relación con las tendencias predominantes en la materia en el ámbito internacional, que se ven reflejadas en los proyectos que promueve la unificación o la armonización del derecho de contratos en Europa, pueden verse particularmente los Principios de Unidroit<sup>125</sup>, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos o Comisión Lando (PECL)<sup>126</sup>, el Código Europeo de los Contratos conocido como

<sup>123</sup> R. SACCO. *Il contratto*, t. 1, Torino, Utet, 1993, p. 333.

<sup>124</sup> Projet Chancellerie. Artículo 19: "Une partie ne peut agir en contradiction avec ses déclarations et comportements antérieurs sur la foi desquels son cocontractant s'est légitimement fondé".

<sup>125</sup> Principios de Unidroit. "Artículo 3.4 (*Definición del error*): El error consiste en una concepción equivocada sobre los hechos o sobre el derecho existente al momento en que se celebró el contrato".

Principios de Unidroit. "Artículo 3.5 (*Error determinante*):

(1) Una parte puede anular un contrato a causa de error si al momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas, y:

(a) la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o lo debió haber conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial; o

(b) en el momento de anular el contrato, la otra parte no había actuado aún razonablemente de conformidad con el contrato.

(2) No obstante, una parte no puede anular un contrato si:

(a) ha incurrido en culpa grave al cometer el error; o

(b) el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar dicho riesgo" (énfasis nuestro).

Principios de Unidroit. "Artículo 3.6 (*Error en la expresión o en la transmisión*): Un error en la expresión o en la transmisión de una declaración es imputable a la persona de quien emanó dicha declaración" (énfasis nuestro).

<sup>126</sup> Principios Lando. Artículo 4:103 "(*Error esencial de hecho o de derecho*):

"proyecto Pavía"<sup>127</sup> y últimamente el Marco Común de Referencia del Derecho Europeo de Contratos (Draft Common Frame of Reference)<sup>128</sup>, en los que se plasma

(1) Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si:

- (a) (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, o
- (iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error, y
- (b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes.

(2) No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando:

- (a) atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o
- (b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias" (énfasis nuestro).

<sup>127</sup> Código Europeo de los Contratos o proyecto Pavía. "Artículo 151. *Contrato viciado por un error*:

1. El error unilateral hace anulable el contrato cuando concurren los siguientes presupuestos: a) si afecta a un elemento o a un aspecto, económico o jurídico, fundamental del contrato y cuya presencia es determinante para el consentimiento;

b) si ha sido provocado además por una declaración engañosa o por una actitud de reticencia injustificada de la otra parte, o incluso si esta última se ha dado cuenta del error y de su importancia determinante o hubiera debido darse cuenta con una diligencia media.

2. Si la declaración engañosa procede de un tercero, y era conocida por la parte que se ha beneficiado de ella, el contrato es anulable.

3. Si no se dan los presupuestos del apartado 1, *el error que no proceda de una negligencia grave de la parte que lo sufre*, únicamente le permitirá proceder a la anulación del contrato cuando éste carezca para ella de todo interés y siempre que indemnice a la otra parte del perjuicio sufrido por haber confiado en la validez y en el cumplimiento puntual del contrato" (énfasis nuestro).

4. Si únicamente se dan los presupuestos a que se refiere la letra b del apartado 1, el error no anula el contrato, pero permite a la parte que lo invoca solicitar una modificación de la prestación que le es debida o la reparación del daño sufrido si:

a) se trata de un error de cálculo, salvo que tenga tal entidad que deba considerarse como determinante del consentimiento;

b) o si el error recae sobre un elemento secundario o no tiene un efecto determinante del consentimiento, es decir, si el contrato se hubiera celebrado igualmente pero en otras condiciones.

5. La parte que ha sufrido el error no puede pretender la anulación del contrato si resulta contrario a la buena fe; y si, no obstante, la parte persiste en su pretensión después de la contestación motivada de la otra parte, aquella puede ser condenada, teniendo en cuenta las circunstancias, a pagar a esta última una indemnización equitativa.

6. Las disposiciones contenidas en los apartados anteriores se aplican también cuando el error se produce al efectuar la declaración, o cuando ésta es transmitida de manera inexacta a la otra parte por la persona o la oficina encargadas de hacerlo.

7. El error común: a) sobre circunstancias determinantes, incluso cuando no han sido expresamente mencionadas, que en la convicción de las partes han motivado la celebración del contrato; b) o sobre la imposibilidad objetiva de ejecución del contrato; c) o la previsión errónea sobre producción de un hecho, incluso no expresamente declarado, pero que en la economía del contrato tiene una importancia determinante, anulan el contrato de que se trate a iniciativa de cualquiera de las partes.

<sup>128</sup> DRAFT. II, 7:201: Error.

Una parte puede anular un contrato por error de hecho o de derecho existente al momento de la celebración del contrato si:

- (a) Una parte no hubiera celebrado un contrato de no haber sido por el error o lo hubiera hecho en unos términos fundamentalmente diferentes y la otra parte tenía conocimiento o podría razonablemente haberse esperado que dicha parte supiera del error y

una concepción alejada totalmente del voluntarismo y en la que la anulabilidad del contrato con fundamento en el error presenta una posición unificada en materia de restricción de la posibilidad de impugnación del negocio por parte del contratante errado, pues si bien en principio se permite la nulidad del contrato fundado en un error de carácter substancial, tal posibilidad se sujeta a estrictos requerimientos que reducen enormemente su campo de aplicación y ponen en evidencia la clara tendencia de protección de la confianza generada por el negocio y de la seguridad del tráfico negocial y, en general, la sujeción al principio de buena fe.

En efecto, a la exigencia de que el error sea de trascendental importancia se añan otros requerimientos que deben presentarse concomitantemente: (1) que a su vez dicho error sea igualmente sufrido por la otra parte o causado o conocido o haya debido ser conocido por dicha parte, en tales circunstancias que dejar a su contraparte en tal error resultara contrario a lealtad *dentro de criterios comerciales razonables* o (2) que en el momento de anular el contrato la otra parte no haya actuado aún razonablemente de conformidad con el contrato, esto es que no hubieren tenido lugar actos de ejecución de éste. Pero además se dispone que (3) *no obstante la concurrencia de tales circunstancias, en ningún caso se podrá proceder a la solicitud de anular un contrato si el contratante errado que pretende la impugnación ha incurrido en culpa grave*<sup>129</sup> al cometer el error o el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o *tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar dicho riesgo*. Además, no basta la reconocibilidad del error de parte del cocontratante que no ha caído en error: se exige que haya estado obligado a informarlo<sup>130</sup>, al igual que a quien hubiere podido evitar el error viene negada la acción de nulidad<sup>131</sup>.

Todo ello en una expresa protección de la confianza que llega a concretarse en una específica responsabilidad por pérdida que se funda justamente en dicha confianza<sup>132</sup>.

(b) la otra parte:

(1) causó el error

(2) Dio origen a que el contrato se celebrara en error al dejar, contrariando a la buena fe, a la otra parte en error, cuando la otra parte sabía o pudo razonablemente esperarse que hubiera conocido del error.

(3) Causó que el contrato se celebrara en error al faltar a una obligación precontractual de informar o a una obligación a hacer disponibles los medios para corregir información errada, o por

(4) Haber cometido el mismo error.

(2) Sin embargo una parte no podrá anular un contrato por error sí:

(a) El error fue inexcusable bajo las circunstancias; o

(b) El riesgo de error fue asumido, o bajo las circunstancias debería ser asumido por esa parte.

<sup>129</sup> El DRAFT habla de *error inexcusable*.

<sup>130</sup> Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL).

<sup>131</sup> Ídem.

<sup>132</sup> DRAFT. II, 7:204: Responsabilidad por pérdida causada por la confianza creada por incorrecta información.

Una parte que ha celebrado un contrato con razonable confianza en información incorrecta suministrada por la otra parte en el curso de las negociaciones, tiene derecho a recibir indemnización por los daños sufridos como resultado, si el proveedor de la información:

5. *En el derecho colombiano resalta una orientación a la preservación de la confianza*

Frente al alcance de la voluntad en el negocio jurídico se ha sostenido que debe evitarse la magnificación excesiva que se le ha solido dar y, si bien el artículo 1502 del Código Civil exige para el surgimiento de la obligación el consentimiento libre de vicio, debe tenerse en cuenta que tal disposición no establece la voluntad como elemento conceptual del negocio jurídico sino que apenas traza un requisito genérico de validez, sometido a excepciones contenidas en el mismo código, lo que revela que el negocio jurídico no es un simple supuesto de hecho agotable en una sola formulación legal, sino "un verdadero acto social, dotado de una especial fuerza, y como si la regla citada enumerara la totalidad de los elementos componentes de la figura, en vez de ordenar, como lo hace, la conducta dispositiva [...]. Si en verdad nuestra ley adoptara la idea de que no es concebible negocio sin voluntad, la solución de ciertos casos sería muy otra: aquella que conviene a la rigidez lógica, impondría el pronunciamiento de la inexistencia cuando determina la nulidad o apenas concede la anulación (art. 900 y ss. C. Co., 1740 y ss. C. C.) o cuando rechaza toda posibilidad de impugnación art. 1744 C. C.)"<sup>133</sup>.

Al respecto la doctrina colombiana sostiene, en primer lugar, que el error en la celebración del contrato que justifique su anulabilidad debe ser relevante<sup>134</sup>, es decir, de tal forma determinante que sin él el contratante no habría consentido<sup>135</sup>, lo cual encuentra apoyo en la ley<sup>136</sup>; en segundo lugar, "ha de ser compartido, conocido o conocible por la otra parte e inculpable"<sup>137</sup>; y en tercer lugar, exige la

Creía que la información era incorrecta o no tenía argumentos razonables para creer que era correcta y

(b) Sabía o se podría esperar que hubiera sabido que la otra parte confiaría en la información dada para decidir si el contrato se celebraba o no en los términos acordados.

Este artículo aplica incluso si no hay derecho a anular el contrato.

<sup>133</sup> F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, t. II, el negocio jurídico, aspecto subjetivo del negocio, p. 13. Manuscrito en vía de publicación.

<sup>134</sup> A. PAREDES HERNÁNDEZ. "Ineficacia del acto jurídico", en *Derecho de las obligaciones*, t. 1, Bogotá, Universidad de los Andes, 2009, p. 552. Quien denomina a este tipo de error "dirimente" en cuanto de haberlo conocido el sujeto no habría prestado su consentimiento.

<sup>135</sup> F. HINESTROSA. "Validez e invalidez del contrato en el derecho latinoamericano", en *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un código latinoamericano tipo*, 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 205.

<sup>136</sup> Código Civil colombiano. Artículo 151: "El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante. El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte" (énfasis nuestro).

<sup>137</sup> F. HINESTROSA. "Validez e invalidez del contrato en el derecho latinoamericano", en *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un código latinoamericano tipo*, 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 205-206. Quien señala que han de considerarse fundamentales los errores sobre la naturaleza (esencia y función social del contrato), sobre la identidad del objeto o sustancia o sus calidades sustanciales, o sobre la persona o

tutela de la confianza del cocontratante, pues en materia de vinculación del sujeto a sus manifestaciones o actuaciones volitivas sostiene que el derecho, apelando a la autorresponsabilidad y confianza legítima, así como a los postulados de seguridad, certeza e interés general, no tutela automáticamente a quien pretende sustraerse al propio efecto de su comportamiento alegando un vicio del consentimiento, dado que "no otorga tutela de plano a quien obro sin conocimiento o sin conciencia o libertad suficientes, sino conforme a patrones de razonabilidad y equidad que imponen temperamento al automatismo de la ineficacia"<sup>138</sup> (énfasis nuestro).

Todo ello pone en evidencia un claro distanciamiento de las teorías voluntaristas<sup>139</sup>, una decidida valoración de la declaración en apego a los postulados de la buena fe, pues "lo apto y seguro proviene de lo declarado"<sup>140</sup> y que de todas maneras habrá de tutelarse la confianza del cocontratante en la validez de la declaración<sup>141</sup>, de forma tal que "quien cae en error debe indemnizar al otro contratante los perjuicios por la pérdida del negocio"<sup>142</sup>.

las calidades de ella, esto último siempre que se trate de contratos *intuitu personae* o donde la identidad o calidades de la persona tienen relevancia para la otra parte.

<sup>138</sup> HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, t. II, el negocio jurídico, aspecto subjetivo del negocio, p. 2. Manuscrito en vía de publicación.

<sup>139</sup> P. LAFONT PIANETTA. *Negocio jurídico antecedentes romanos en nuestra legislación*, Bogotá, Cosmos, 1976, p. 32, quien separándose del dogma de la voluntad sostiene que "es falso que la voluntad por sí misma produzca efectos jurídicos".

<sup>140</sup> A. ORTIZ MONSALVE. "Consentimiento", en *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Legis-Universidad del Rosario, 2009, p. 111. Quien no obstante parece sustentar dicha afirmación en la buena fe subjetiva, pues sostiene que en estos casos de error debe considerarse la posición del cocontratante que ha confiado en la declaración, pues "la buena fe simple desde el punto de vista positivo lo lleva a la creencia sobre la lealtad, rectitud y honestidad de quien emitió esa declaración". Al respecto conviene hacer una precisión, dado que a nuestro juicio el derecho del cocontratante a que le sea respetada la confianza en la validez de la declaración se fundamenta en la buena fe objetiva en su vertiente pasiva, veamos: "la buena fe objetiva es deber de comportamiento, implica la efectiva realización de una conducta, sea que el sujeto del que se predica deba ejecutarla directamente (buena fe activa) o sea que tenga el derecho a esperar de un tercero un comportamiento de tal naturaleza conforme con los postulados del principio (buena fe pasiva). Por el contrario, la buena fe subjetiva es una creencia, trátase de la buena fe simple que solamente exige una conciencia recta pero no exige una determinada conducta, o de la buena fe calificada, también llamada buena fe creadora de derechos o exenta de culpa, que además de la conciencia de obrar con lealtad requiere un elemento objetivo o externo que revista de certeza la apariencia en que se funda su creencia y que tiene como presupuesto la ausencia de culpa de quien la alega y por ende exige un comportamiento diligente". Véase M. L. NEME VILLARREAL. "Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 62.

<sup>141</sup> Un ejemplo de ello puede ser encontrado en el propio Código Civil cuando en su artículo 1512 al tratar el tema del error en la persona con quien se tiene intención de contratar, señala que no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato, pero aún en el caso en que proceda el error "la persona con quien erradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato" (énfasis nuestro).

<sup>142</sup> A. VALENCIA ZEA y A. ORTIZ MONSALVE. *Derecho Civil. Parte general y personas*, Bogotá, Temis, 2002, p. 498.

Nuestra jurisprudencia, por su parte, si bien de antaño reconoce la anulabilidad de los contratos en los que la voluntad de uno de los contratantes se ha viciado por causa de un error esencial<sup>143</sup>, en cuanto ha motivado la contratación, lo ha hecho bajo el supuesto de que la otra parte haya conocido tal motivación, siempre que no sea un error unilateral y que no sea inexcusable<sup>144</sup> y, en todo caso, "salvaguardando los principios permanentes de justicia y equidad, sin desmedro de la confianza general que exige buena fe, la seguridad y firmeza en el plano donde la contratación se sustenta y desenvuelve en beneficio público"<sup>145</sup>, por lo

<sup>143</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 1936. Magistrado ponente: Eduardo Zuleta Ángel. "Es siempre y solamente el error determinante, el que interesa un móvil determinante, el móvil animador y propulsor del acto jurídico. El criterio es de una exactitud manifiesta para los errores que implican inexistencia del contrato". En la misma sentencia la Corte realiza un estudio riguroso de la gravedad con que puede llegar a afectar el error el consentimiento: la Corte los clasifica en "un primer grupo. Errores destructivos del consentimiento o errores-obstáculos: a) Error sobre la naturaleza misma de la operación (Juan cree vender tal cosa y Pedro cree tomarla en arrendamiento); b) Error concerniente a la existencia o identidad del objeto (quiero vender determinada finca cuando el comprador quiere comprar y piensa que está comprando otra finca de mi propiedad); c) Error sobre la existencia de la causa del compromiso (una persona cree que debe pagar un legado establecido por un testamento revocado). [...] En un segundo grupo. Errores-nulidades: a) Error sobre la substancia de la cosa; b) Error sobre la persona, cuando la consideración de ésta ha obrado como móvil determinante; c) Error sobre la eficacia de la causa como cuando Pedro suscribe un pagaré a favor de una persona creyendo estar obligado para con ella civilmente y no se trata en realidad sino de una obligación natural. En un tercer grupo. Errores indiferentes: a) Error sobre las calidades que ni objetiva ni subjetivamente sean sustanciales; b) Error sobre el valor; c) Error sobre la persona cuando ese error no ha sido determinante del acto jurídico; d) Error sobre los motivos; e) Errores puramente materiales como los de cálculo. La anterior -que es la clasificación de Josserrand- coincide en sus líneas generales con las presentadas por casi todos los autores contemporáneos, aunque la mayor parte de éstos no incluye en el segundo grupo el error sobre la eficacia de la causa y algunos le agregan al primer grupo el error en la declaración de la voluntad".

<sup>144</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 1936. Magistrado ponente: Eduardo Zuleta Ángel. "Solamente Planiol, Ripert y Esmein prescindían de esa clasificación y se limitan a proponer como regla general la siguiente, que, por lo demás, coincide con la concepción en que se inspira dicha clasificación: 'Todo error, cualquiera que haya determinado el consentimiento y que sea de tal naturaleza que, sin él la parte no hubiera contratado, es susceptible de acarrear la nulidad', siempre que no sea unilateral y que no sea inexcusable".

<sup>145</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 1960. Magistrado ponente: José Hernández Arbeláez. En la que se sostiene: "En estas circunstancias no es posible amparar con arreglo a la razón, la buena fe y la equidad natural la eficacia plena del consentimiento, que alcanzó a formarse sin duda, pero solo por consecuencia inmediata de error dirimente en el campo objetivo, y de entidad tan considerable que ante la evidencia de los hechos descubre el desequilibrio básico de la negociación. Viene a ser del mismo modo anulable el contrato si el vicio incide, no ya en abstracto para la sustancia de las cosas, sino en concreto para la que es materia de cierta convención, cuando el error acerca de otra cualquiera calidad del objeto es subjetivamente para una de las partes la causa impulsiva de la contratación, 'y este motivo ha sido conocido de la otra parte.' (2º, 1511) Se trata entonces ciertamente de características extrínsecas, pero de importancia relativa tan profunda que sin ellas el acuerdo de voluntades no se habría formado, o por lo menos se habría producido en términos muy diferentes. Los dictados de la equidad en casos tales deben permitir la rescisión del contrato. [...]. Por ello, el vicio de la voluntad por error en la dinámica contractual puede asumir manifestaciones intermedias dentro de aquellos

que consecuentemente ha hecho énfasis en la autorresponsabilidad de los contratantes y en el deber de diligencia en la prevención de los errores que vicien el consentimiento so pena de las consecuencias adversas del negocio celebrado<sup>146</sup>. Lo que supone la exigencia de un juicio de excusabilidad, admitido por nuestra jurisprudencia desde antaño<sup>147</sup>, reiterado en el presente<sup>148</sup>,

## B. La tutela de la confianza se erige en un factor determinante en la consideración del tratamiento adecuado del error a la luz de los principios que rigen el sistema jurídico de tradición romanista

En términos de la doctrina, hoy en día parece justificado hablar de un "principio de la confianza", que nosotros preferimos tratar como regla que emana del principio de buena fe<sup>149</sup>, en sentido ampliamente equitativo o de justicia sustancial,

patrones generales y abstractos, y la tarea judicial puede hallarse a menudo en la necesidad de *inquirir y resolver si efectivamente el error que se invoca tiene trascendencia capaz de impedir el nacimiento de vinculaciones jurídicas o de disolverlas si llegaron a enlazarse*. Su criterio no habrá de ser distinto del que fluye de la finalidad perseguida por el legislador en *salvaguarda de los principios permanentes de justicia y equidad, sin desmedro de la confianza general que exige buena fe, seguridad y firmeza en el plano donde la contratación se sustenta y desenvuelve en beneficio público*".

<sup>146</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de noviembre del 2006. Ponente: Jaime Araújo Rentería. En la refiriéndose al error como vicio del consentimiento resalta el valor de la autonomía privada manifiesta en la facultad de celebrar negocios jurídicos y de definir las condiciones y términos de los mismos, con efecto vinculante, lo cual "exige lógicamente una mayor carga de claridad y diligencia de las partes del negocio en su celebración, para evitar las consecuencias adversas del negocio celebrado con ese tipo de vicio".

<sup>147</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil, del 23 de noviembre de 1936, con ponencia de Ricardo Hinestrosa Daza, en la que la Corte, con apoyo en el texto de Ripert "La regla moral en las obligaciones civiles", sostiene que "la moralización del contrato es la razón principal o guía en lo atañadero a los vicios del consentimiento [...] los tribunales [...] han de considerar ante todo si el mal de que se queja no es la consecuencia o de la autoridad legítima de otro o de su propia falta [...]. Este elemento, 'la propia falta' no puede descuidarse, en cuanto se requiera juzgar en forma debida, esto es tomando en consideración los distintos elementos en juego en un contrato dado. Sabido es que no puede oírse la alegación de la propia falta como algo que apoye o favorezca a quien la invoca" (énfasis nuestro); Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de febrero 28 de 1936. Magistrado ponente: Eduardo Zuleta Ángel, en la que la Corte, siguiendo a Planiol, Ripert y Esmein, señala que "todo error, cualquiera que haya determinado el consentimiento y que sea de tal naturaleza que, sin él la parte no hubiera contratado, es susceptible de acarrear la nulidad, siempre que no sea unilateral y que no sea inexcusable" (énfasis nuestro).

<sup>148</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de agosto 2 del 2001, ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, expediente 6146, en la que al denegar la solicitud de nulidad de un contrato de seguros solicitado por la aseguradora con base en reticencia del asegurado y apelando al carácter de profesional de dicha aseguradora sostuvo la Corte que "como se tiene claramente establecido, no es suficiente que se aduzca la mera gestación de estado de desconocimiento o de ignorancia fáctica acerca de unos específicos hechos, porque es menester que dicho estado o ignorancia se generen en forma legítima o se tornen excusables" (énfasis nuestro).

<sup>149</sup> Sobre las razones por las que entendemos que la protección de la confianza es una regla que emana del principio de buena fe, ver: NEME VILLARREAL. "Venire contra factum proprium,

conforme al cual el juicio sobre la validez del contrato no debe obedecer tanto a una valoración formal sobre la subsistencia o no de un cierto elemento conceptual del tipo negocial, cuanto, más bien, a una valoración de buena fe, en sentido amplio, sobre las obligaciones de las partes y sobre el modo en cual cada una ha buscado realizar sus propios intereses<sup>150</sup>.

En el tema que nos interesa esa protección de la confianza se expresa actualmente en dos sentidos: en la prevalencia de las normas de corrección en los juicios de validez del negocio y en el acogimiento de una teoría del negocio fundada sobre el concepto de autonomía privada<sup>151</sup>.

De ahí que *la disciplina de los vicios del consentimiento no debe ser explicada tanto con referencia a la voluntad viciada, sino también*, y seguramente sobre todo, dentro de los límites que resultan relevantes para el vicio en consideración de la situación de quien recibe la declaración viciada, considerando así elementos que trascienden el lado volitivo<sup>152</sup>, de manera que *la impugnación fundada en vicios del consentimiento debe ser directamente referida a la buena fe*<sup>153</sup>.

En efecto, la llamada "teoría de la declaración", según la cual la valoración del acuerdo mismo y de los términos que lo conforman han de considerar el elemento externo y objetivo de la expresión de la voluntad de ligarse al negocio, antes que el puramente volitivo, psicológico o subjetivo de la intención, promueve que los

prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe", en *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos. Libro homenaje a FERNANDO HINESTROSA 40 años de Rectoría 1963-2003*, tomo III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

<sup>150</sup> V. PIETROBON. *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Milano, Cedam, 1990, pp. 82 y 83. Quien se apoya en expresos textos F. ENDEMANN. *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 1, Allgemeiner Teil, 1903, pp. 589 y ss.; HARTMANN. *Wort und Wille im Rechtsverkehr*, Jherings Jahrbücher, xx, 1882, p. 65.

<sup>151</sup> V. PIETROBON. *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Milano, Cedam, 1990, pp. 67 y 68. Quien no obstante rechaza una posición radical en la que se conciba la irrelevancia de la voluntad, pues a su juicio "Una teoría del negocio jurídico que tenga en cuenta la unidad de los elementos internos y externos que lo configuran debe tutelar tanto la voluntad de quien emite la declaración como la buena fe de quien la recibe, en cuanto ello permite la realización de la justicia substancial frente a la posición de las dos partes del contrato": *Ibid.*, p. 3. Al respecto habría que señalar que la buena fe no sólo cobija al receptor de la declaración, sino también al emisor, a la vez que es la buena fe la que tutela la vinculación al pacto y frente a ambas partes genera exigencias de comportamiento leal y probo. De ahí que no exista una tal contradicción entre buena fe y autonomía, ni que la buena fe conduzca a una total irrelevancia de la voluntad, sino que opera como su límite en cuanto pretenda hacerse valer en violación de las reglas que de la misma emanan en términos de consideración de los intereses de la contraparte, de tutela la confianza legítima, de la lealtad entre otras reglas. Ahora bien: no debe descuidarse el hecho de que la buena fe igualmente exige al receptor de la declaración un comportamiento apegado a estrictos deberes de lealtad como condición de la tutela de la confianza generada en su favor.

<sup>152</sup> CFR. TRABUCCHI. *Il dolo nella teoria dei vizi del volere. Studi sulle teorie generali del diritto privato*, Padova, 1937, p. 5.

<sup>153</sup> V. BEDARRIDE. *Traite du dol et de la fraude en matière civile et commerciale*, 1, París, 1887, pp. 17 y ss. En el mismo sentido, PIETROBON. *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Milano, Cedam, 1990.

criterios de interpretación del negocio han de ser objetivos y por ende le otorga un papel preponderante a la legítima confianza generada en el destinatario de la declaración, cuando quiera que sea necesario valorar la pretensión de impugnación del negocio por parte del emisor con base en la inexistencia de voluntad<sup>154</sup>.

Entre los argumentos que sustentan tal posición han sido planteados: *la protección debida a las expectativas de aquel que recibe la declaración, la necesidad de certeza de las relaciones jurídicas y el deber ético de honrar la palabra dada*<sup>155</sup>, aspectos que confluyen en las exigencias propias de un comportamiento ajustado a buena fe cuyo requerimiento se predica de todas las partes en el contrato<sup>156</sup>.

Justamente en relación con la interpretación de los negocios jurídicos señala Larenz la necesidad de atender al significado normativo de la declaración, en la que resulta decisivo "el horizonte de comprensión del receptor" dado que "el orden jurídico protege la confianza del receptor de la declaración, a fin de que esta valga con el significado en que, según las circunstancias, podía y debía ser entendida"<sup>157</sup>, pues, como se ha dicho, *el efecto de una declaración de voluntad depende del sentido que debe atribuirle el destinatario si se comporta diligentemente y honestamente*<sup>158</sup>.

De ahí que de tiempo atrás se haya estimado que "quien contratando hace surgir, en manera a él imputable, la apariencia de creer, de tal manera que la contraparte cree y puede creer en buena fe que adquiere derechos, no ve escuchada su aserción acerca de que le faltaba la correspondiente voluntad"<sup>159</sup>.

Ha llegado incluso a admitir la doctrina que en determinadas circunstancias, en atención a la confianza generada en la contraparte no culpable, produzca efectos de negocio un supuesto de hecho en el que falte, de parte del sujeto, incluso la voluntad de aquel específico comportamiento al cual la ley concede efectos negociales<sup>160</sup>, pues "en general quien ha recibido una declaración puede contar con la validez de la misma no obstante cualquier error de expresión y de transmisión"<sup>161</sup>, dado que "cuando la parte que recibe oferta ha tratado en buena fe,

<sup>154</sup> Cfr. V. PIETROBON. *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Milano, Cedam, 1990, p. 64.

<sup>155</sup> BÄHR. *Über Irrungen im Contrabiren*, Jherings Jahrbücher, XII, 1875; HARTMANN. *Wort und Wille im Rechtsverkehr*, Jherings Jahrbücher, XX, 1882, pp. 20 y ss.

<sup>156</sup> Véase al respecto SIMONIUS. "Du principe de la Confiance et des derogations qu'il subit dans le droit suisse", en *Semaine judiciaire*, 71(1949), Basilea, 1949, pp. 1, 7, 9. En el mismo sentido, PIETROBON. *Ob. cit.*, p. 82, quien sostiene que "la mayor bondad del principio de la confianza se revela precisamente en esto, que permite tutelar equitativamente a ambas partes en conflicto".

<sup>157</sup> LARENZ. *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción de MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, Barcelona, Ariel, 1994, p. 295.

<sup>158</sup> SIMONIUS. "Du principe de la Confiance et des derogations qu'il subit dans le droit suisse", en *Semaine judiciaire*, 71(1949), Basilea, 1949, pp. 505-528.

<sup>159</sup> BÄHR. *Über Irrungen im Contrabiren*, Jherings Jahrbücher, XII, 1875, p. 401. En el mismo sentido, HARTMANN. *Wort und Wille im Rechtsverkehr*, Jherings Jahrbücher, XX, 1882, p. 65.

<sup>160</sup> SANTORO PASSARELLI. *Dottrine generale del diritto civile*, Napoli, 1959, pp. 146 y 147.

<sup>161</sup> SACCO. *Il contratto*, t. 1, Torino, Utet, 1993, p. 332.

en consideración de los términos, cifras y hechos enunciados de la otra, ésta no puede invocar el error que ha cometido"<sup>162</sup>.

En línea de principio se puede afirmar que el derecho ha reconocido valor exclusivo a la declaración externa, si bien valorada según un criterio de buena fe, y haya en consecuencia negado cualquier relevancia a la voluntad en cuanto tal, como hecho o facultad del mundo psicológico<sup>163</sup>.

De conformidad con lo expuesto, "el juicio de existencia de la voluntad requerida por la ley para la formación de un negocio jurídico no podrá valorarse exclusivamente con referencia al querer del emisor del mismo, sino considerando además la concreta realidad objetiva a la cual se encuentra dirigida dicha manifestación de voluntad, esto es, al reglamento de intereses previsto, de tal forma que resulte posible hacer efectiva una de las manifestaciones más significativas de la confianza, cual es la realización de una justicia sustancial y no meramente formal"<sup>164</sup>.

### C. La exigencia de la excusabilidad del error como presupuesto para tutelar la posición de quien yerra

Habida consideración de la preponderancia de la confianza dentro de nuestro sistema jurídico, en materia de vicios del consentimiento y, particularmente del error, la confianza en la formación o validez de un negocio jurídico no puede horadarse con fundamento en la tutela del error de una parte aun cuando sea esencial<sup>165</sup>, sino con el lleno de precisas exigencias:

Bien ha sostenido la doctrina de tiempo atrás, en relación con las reglas que regulan la materia en el Código de Bello, en la autorizada voz de CLARO SOLAR, que "para que el error obstativo sea jurídicamente eficaz, en cuanto a producir el disenso, es necesario que sea excusable, esto es, que no provenga de culpa del que lo alega, o de imprudencia o supina ignorancia suya"<sup>166</sup> (énfasis nuestro), lo que refleja la exigencia general de responsabilidad que aplicada a la disciplina del error confluye, como se ha dicho, en la exigencia de un juicio de excusabilidad, que ha sido avalado por nuestra jurisprudencia<sup>167</sup> e indiscutido en la moderna doctrina<sup>168</sup>.

<sup>162</sup> DEMOGUE. *Traité des obligations en général*, t. 1, "Sources des obligations", París, Libraire Arthur Rousseau, 1925, n.º 252.

<sup>163</sup> PIETROBON. *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Milano, Cedam, 1990, p. 16.

<sup>164</sup> Cfr. PIETROBON. *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Milano, Cedam, 1990, pp. 1163-1171. En el mismo sentido DEMOGUE. *Traité des obligations en général*, t. 1, "Sources des obligations", París, Libraire Arthur Rousseau, 1925, n.º 252.

<sup>165</sup> Como indiscutiblemente lo es el error sobre las cualidades de la persona con la que se quiere contratar, en cuanto resulte determinante para la celebración del contrato.

<sup>166</sup> CLARO SOLAR. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, tomo 11, vol. II De las obligaciones, Santiago de Chile, Imprenta Nascimento, 1937, p. 154.

<sup>167</sup> Recuérdense las citadas jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, del 23 de noviembre de 1936, con ponencia de Ricardo Hinestrosa Daza "favorezca a quien la invoca"; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 1936. Magistrado ponente: Eduardo Zuleta Angel; Corte Suprema de Justicia.

De ahí que "aquél que quiere hacer valer el propio error obstativo, es decir una intención contraria a la apariencia resultante de la declaración, debe demostrar la propia diligencia"<sup>169</sup>, pues "ante la ausencia de un comportamiento cuidadoso en la verificación de una verdadera correspondencia entre la situación real y la propia declaración no puede ser admitida la tutela del errante"<sup>170</sup>.

El error inexcusable o más generalmente la falta de la víctima del error ha sido entendido según dos tendencias diferentes como el proveniente de una culpa leve o por el contrario, de una culpa grave: "un error culpable, es decir una simple negligencia o imprudencia de la parte cuyo consentimiento ha sido viciado, habiendo dado prueba con ello de una ligereza culpable al no informarse con ocasión de la celebración del contrato [...]—mientras que— para otra parte de autores, el error inexcusable como lo sugiere el adjetivo, es un error grosero, imperdonable, excepcional, sin ninguna excusa, en síntesis una falta más grave que una simple negligencia o imprudencia a la que los autores están de acuerdo en decir que debe ser objeto de apreciación *in concreto*"<sup>171</sup>.

En cualquier caso, a nuestro juicio la exigencia de un comportamiento correcto y en general honesto que impone la buena fe, hace exigible de parte de quien alega el error, un comportamiento objetivamente leal que impediría alegar en su beneficio la propia culpa. Así, con independencia de que el fundamento del reproche a la conducta del errante se encuentre en: el riesgo de la generación de la confianza que grava sobre este en cuanto autor de la declaración<sup>172</sup>, en la necesidad de brindar una equitativa protección a los intereses

Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de agosto del 2001, ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

<sup>168</sup> DE VERDA Y BEAMONTE. *Error y responsabilidad en el contrato*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 43.

<sup>169</sup> PIETROBON. *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Milano, Cedam, 1990, p. 196.

<sup>170</sup> GALLO. "I vizi del consenso", en *I contratti in generale*, al cuidado de E. GABRIELLI, I, en *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1999, p. 449; ROSSELLO. "Errore nel diritto civile", en *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 518; ID. "L'errore nel contratto", en *Il Codice Civile Commen.*, fundado por SCHLESINGER y dirigido por BUSNELLI, Milano, 2004, p. 174; LIPARI. "Riconoscibilità e scusabilità dell'errore", en *Rivista diritto civile*, II, 1963, pp. 468 y ss.; AMORTH. "In tema di annullamento del contratto per errore: considerazioni sul preteso requisito della scusabilità", en *Giurisprudenza italiana*, 1962, I, 1, c. 111.

<sup>171</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE. *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse Paris I, préface de J. GHESTIN, LGDJ, 1992. Versión en español § 53. Como sostenedores de la tesis de la simple negligencia no calificada cita la autora entre otros autores a: BUFNOIR. *Propriété et contrat*, París, A. Rousseau, 1900, edición y prólogo (I-XII) de RAYMOND SALEILLES, p. 617; ENGEL. *Traité des obligations*, Suisse, 1973, n.º 69; SCHMIDT. "La sanction de la faute précontractuelle", en *RTD. Civ.*, 1974, n. 46; GHESTIN. *La reticence e le dol et l'erreur sur le qualités substantielles*, 1971, p. 156. Entre aquellos que abogan por la tesis del error grave cita a: DABIN. *Erreur inexcusable et nullité des conventions. Études de droit civil*, 1947, pp. 31 y ss.; DEREUX. *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse Paris, 1905, p. 219; MAZEAUD y CHABAS. *Leçon de droit civil*, II, n.º 175. A los que podemos agregar: VERGA. *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1941, p. 105; TRABUCCHI. Voz: errore. *Novissimo Digesto italiano*, t. VI, Torino, 1960, pp. 488 y ss.

<sup>172</sup> SANTORO PASSARELLI. *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 165; CARIOTA FERRARA. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 65; TRABUCCHI. "Errore (diritto civile)", en *Nuovo Digesto italiano*, t. V, Torino, 1938, p. 671; SACCO. "Colpa in contrahendo ed errore inexcusable", en *Nuova riv. dir. comm.*, II, 1947-1948, p. 59.

de las partes<sup>173</sup>, en la autorresponsabilidad que debió desplegarse en la celebración del negocio<sup>174</sup>, en el interés social a la rápida y segura circulación de la riqueza<sup>175</sup>, en la función económico-social de la autonomía privada ligada a la protección del contratante más débil<sup>176</sup> o en "la confianza legítima" resultante de la apariencia generada<sup>177</sup>, que en últimas constituye una manifestación del principio de buena fe<sup>178</sup>, lo cierto es que la doctrina coincide en la imposibilidad de admitir la tutela del interés de quien pretende impugnar el negocio con fundamento en un error que ha sido causado por su propia negligencia.

En cuanto se refiere a las consecuencias de la inexcusabilidad, la doctrina oscila entre el resarcimiento de los daños ocasionados con la negligencia del contratante errado y el mantenimiento de la validez del contrato viciado:

En lo que concierne a la doctrina francesa, "los autores decimonónicos habían sostenido que, en tal hipótesis, el *errans* debía reparar (ex art. 1382 del *Code*) los daños que la impugnación originara a la parte contraria de buena fe. La doctrina posterior dio un paso más, admitiendo que el resarcimiento del daño pudiera tener lugar mediante el mantenimiento de la validez del contrato y la inhibición al demandante del derecho de impugnación; solución esta que se justificaba desde la consideración de que con ella se sancionaba con mayor rigor la negligencia del *errans* y se protegía al destinatario de buena fe más eficazmente, que con el mero reconocimiento a aquél del derecho a percibir una indemnización por los daños que le sobrevinieran como consecuencia de la impugnación"<sup>179</sup>.

En Alemania, siguiendo el texto del § 122.1, conforme al cual el contratante errado que impugna el contrato debe indemnizar a la parte contraria los daños que esta experimenta por haber confiado en la validez de la declaración, la doctrina se orienta por un resarcimiento que comprenda el interés contractual negativo que incluye los gastos de celebración del contrato, los posteriores surgidos con

<sup>173</sup> PIETROBON. "Errore (dir. civ.)", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, XIII, Roma, 1989, p. 5.

<sup>174</sup> BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pp. 427 y ss.

<sup>175</sup> DE VERDA Y BEAMONTE. *Error y responsabilidad en el contrato*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 29.

<sup>176</sup> MONSALVE CABALLERO. "El comportamiento del contratante como determinante para la calificación de la ruptura injustificada de las negociaciones: visión desde el derecho europeo", en *Universitas*, n.º 119, Bogotá, julio-diciembre del 2009, pp. 251-278.

<sup>177</sup> F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, t. II, el negocio jurídico, aspecto subjetivo del negocio, pp. 3-5. Manuscrito en vía de publicación.

<sup>178</sup> En este sentido NEME VILLARREAL. "Venire contra factum proprium...", cit.; JORDANO FRAGA. *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1988, p. 35; DE VERDA Y BEAMONTE. *Error y responsabilidad en el contrato*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 30.

<sup>179</sup> DE VERDA Y BEAMONTE. *Error y responsabilidad en el contrato*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 43, quien en apoyo de la tesis del mantenimiento de la validez del contrato cita entre otros autores a: BOULANGER. Voz "Erreur", en *VV. AA. Dalloz répertoire de droit civil*, t. II, París, 1952, pp. 578 y 579; JOSSERAND. "Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé", en *Essais de téléología jurídica*, II, París, 1928, pp. 82 y 83; RIPERT y BOULANGER. *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, París, 1957, p. 74. En disidencia, DABIN. *Erreur inexcusable et nullité des conventions. Études de droit civil*, 1947, p. 38.

oportunidad de éste, el mayor costo que implique la celebración de un nuevo contrato y además la pérdida de ganancia<sup>180</sup>.

Por su parte, los instrumentos de unificación del derecho europeo de los contratos, que reflejan las posturas de consenso en el derecho europeo actual, incluso entre los sistemas del *civil law* y del *common law*, son contundentes en su orientación de mantener la validez del negocio en los eventos de error inexcusable por parte del contratante errado, al cual se le veda toda posibilidad de impugnación, pues en ningún caso se podrá proceder a la solicitud de anular un contrato si el contratante errado que pretende la impugnación ha incurrido en culpa grave al cometer el error o el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar dicho riesgo<sup>181</sup>.

En el caso colombiano un antecedente importante lo constituye la jurisprudencia que ha denegado la nulidad del contrato de seguro con base en la reticencia del tomador asegurado, por cuanto, a juicio de la Corte, para sustentar la nulidad por vicio del consentimiento "no es suficiente que se aduzca la mera gestión de estado de desconocimiento o de ignorancia fáctica acerca de unos específicos hechos, porque es menester que dicho estado o ignorancia se generen en forma legítima o se tornen excusables"<sup>182</sup>, razón por la cual la Corte, no obstante la comprobada reticencia del tomador, optó por que se mantuvieran los efectos del contrato y deslegitimó el vicio del consentimiento que entendió se había originado en una negligencia de la aseguradora, cuya relevancia se hace más patente si consideramos el carácter de profesional de ella<sup>183</sup>.

<sup>180</sup> LARENZ. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1989, p. 387; VON TUHR. *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, vol. II, parte 2, Buenos Aires, 1947, pp. 284 y 285.

<sup>181</sup> Principios de Unidroit. Artículo 3.5 (*Error determinante*): "[...] (2) No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando: (a) atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o (b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias".

Principios Lando (PECL). Artículo 4:103 (*Error esencial de hecho o de derecho*): "(2) No obstante, una parte no puede anular un contrato si: (a) ha incurrido en culpa grave al cometer el error; o (b) el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar dicho riesgo"; Código Europeo de los Contratos o proyecto Pavía. Artículo 151 (*Contrato viciado por un error*): "[...] 3. Si no se dan los presupuestos del apartado 1, el error que no proceda de una negligencia grave de la parte que lo sufre, únicamente le permitirá proceder a la anulación del contrato cuando éste carezca para ella de todo interés y siempre que indemnice a la otra parte del perjuicio sufrido por haber confiado en la validez y en el cumplimiento puntual del contrato"; DRAFT. II, 7:201 (*Error*): "[...] (2) Sin embargo una parte no podrá anular un contrato por error sí: (a) El error fue inexcusable bajo las circunstancias, o (b) El riesgo de error fue asumido, o bajo las circunstancias debería ser asumido por esa parte".

<sup>182</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto del 2001, ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, expediente 6146, citada en extenso en el acápite segundo.

<sup>183</sup> Por demás no debe olvidarse que nuestro Código de Comercio contempla una expresa disposición que inhibe alegar la nulidad por parte del asegurador, así el artículo 1058: "si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el

Sobre el mismo particular la Corte ha sostenido que "no cabe deducir ineluctablemente un comportamiento indebido del acreedor del seguro, ni tampoco acudir al instituto de la nulidad del mismo, bajo el supuesto del advenimiento de una anomalía negocial, *si fue el propio asegurador, quien a posteriori, o sea después de conocer (real o presuntivamente) el vicio, concurrió espontáneamente a emitir su declaración de voluntad, por lo demás favorable al otorgamiento del amparo respectivo.* O expresado de otra manera, la compañía aseguradora no podía después, sin comprometer su propia conducta de diligencia y cuidado, excusar el pago del seguro alegando que fue asaltada en su buena fe y que desconocía la realidad"<sup>184</sup> (énfasis nuestro).

En consecuencia, *la exigencia de la excusabilidad del error, que, como se demostró, es plenamente exigible en nuestro sistema, opera a la vez como garantía de seguridad del tráfico jurídico, comoquiera que "la otra parte debe poder tener segura confianza sobre el común significado de la declaración aceptada, que para ella es lo único normalmente reconocible, dado que su confianza no puede estar comprometida por error para ella no deducible y por tanto no controlable, que se produzca en la esfera interna de la conciencia de la contraparte"*<sup>185</sup>.

El carácter de inexcusable del error viene por lo general acompañado de la inexistencia de maniobras dolosas por parte del receptor de la declaración errada y a menudo con la violación de una obligación de informarse por parte de la víctima del error, quien de haberla cumplido no habría cometido el error que vició su consentimiento<sup>186</sup>.

contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente". En relación con la citada disposición ha sostenido la Corte Suprema que el legislador propugnando por el equilibrio contractual "pone cortapisas al asegurador a la hora de rehusar el cumplimiento de su obligación por la ausencia de sinceridad en esa información; éstas impiden al asegurador prevaleerse de toda falta de fidelidad del solicitante del seguro para beneficiarse con la nulidad del contrato [...] –y agrega que– lo del cariz profesional inherente a la actividad aseguradora es cosa que no admite discusiones. Mas, el trasunto de todo está en que al ponderar los alcances del concepto 'debido conocer' de que da cuenta la norma, es indispensable comprender que si el asegurador, teniendo a su alcance la posibilidad de hacer las averiguaciones que lo lleven a establecer el genuino estado del riesgo, omite adelantarlas, no obstante que cuenta con elementos que invitan a pensar que existen discrepancias entre la información del tomador y la realidad, *queda irremisiblemente vinculado a la relación aseguraticia sin que al efecto pueda invocar la nulidad para enervarla, pues en entredicho su diligencia y el cardinal principio de la prudencia –en últimas su profesionalismo–, es claro que en tales condiciones emerge un conocimiento presunto de 'los hechos y circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración'* [...]; porque si hay vestigios de reticencia y del asegurador estuvo en posibilidad de establecerlo, no habrá modo de sostener que la nulidad se configuró, *pues entonces es de suponer muy fundadamente que la aseguradora decidió, con todo, asumir el riesgo en esas condiciones"* (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, 26 de abril del 2007, magistrado ponente: Manuel Ardila Velásquez, expediente 04528, demandado Seguros Bolívar S. A.).

<sup>184</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de julio del 2006, magistrado ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno.

<sup>185</sup> BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 429.

<sup>186</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE. *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse Paris I, préface de J. GHESTIN, LGDJ, 1992. Versión en español § 54.

Al respecto debe destacarse que, como lo sostiene autorizada doctrina<sup>187</sup>, el requisito de la excusabilidad constituye una manifestación del deber de autoinformarse que gravita sobre cada contratante en atención a sus condiciones personales y profesionales. Ahora bien: en lo que se refiere al alcance de la obligación de informar y de informarse de las partes, lo que no puede dejarse de lado al valorar tal situación es que si bien "en virtud del principio de la buena fe, existen en el ordenamiento una serie de deberes de información, estos no transforman a cada contratante en el consejero de la contraparte"<sup>188</sup>, pues cada una de las partes tiene a su cargo sus propios deberes de autoprotección<sup>189</sup> que se reflejan en conductas diligentes en la verificación de las circunstancias que rodean la celebración del negocio, las cuales no pueden descargarse en la contraparte y que en cualquier caso jamás podrían, más allá de los deberes de información que le son propios, hacer exigible respecto de un profano a favor de un profesional, y menos aún de un consumidor, deberes de protección de la adecuada conformación del consentimiento del profesional que es su contraparte.

Tal razonamiento encuentra fundamento en palabras de Betti en el hecho de que "cuanto mayor es la obligación de conocimiento, tanto menos plausible es la ignorancia y tanto menor es en la contraparte la obligación de relevar del error en que se encuentra aquella y la correlativa obligación de aclaraciones impuesta por la buena fe"<sup>190</sup>.

En consecuencia, resultará inexcusable "el error cometido por el contratante que tenía el deber de informarse durante la celebración del contrato. Este deber de informarse cesa donde comienza la obligación de informar por la otra parte. Pero la frontera entre los dos es inestable y varía en función de la calidad de las partes. Es así como el deber de informarse, más extenso para un profesional, disminuye frente a la obligación de informar de la otra parte. Es por esto que el error del profesional será juzgado más fácilmente como inexcusable [...], la jurisprudencia estará más dispuesta para aplicar esta noción a los profesionales avisados en el dominio del contrato celebrado - lo ha creado- una especie de presunción de inexcusabilidad del error del profesional"<sup>191</sup>.

En efecto, cuando la víctima del error es un profesional conocedor de la materia sobre la que versa el contrato celebrado, "su ignorancia es *a priori* ilegítima a menos que demuestre su ausencia de culpa. La severidad de las decisiones jurisprudenciales recientes en contra de los profesionales permite considerar el posible emerger de

<sup>187</sup> GHESTIN et ál. *Traité de droit civil*, París, 1993, p. 488.

<sup>188</sup> ROSSELLO. "L'errore nel contratto", en *Commentario al Codice Civile*, fundado por PIETRO SCHLESINGER y continuado por FRANCESCO BUSNELLI, Milano, 2004, pp. 187 y 188.

<sup>189</sup> La Ley 1328 del 2009 contempla en el artículo 6.º el deber de adoptar "prácticas de protección propia" refiriéndose a los consumidores financieros, por definición parte débil en la contratación, por lo que sería impensable que no se predicara con mayor razón deberes de igual o mayor naturaleza tratándose de las entidades financieras.

<sup>190</sup> BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 415.

<sup>191</sup> GUELFUCCI-THIBERGE. *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse Paris I, préface de J. GHESTIN, LGDJ, 1992. Versión en español § 55.

una presunción irrefutable de ignorancia culpable de la causa de nulidad que vicia el consentimiento del contratante profesional<sup>192</sup>. Severidad que no es ajena a las decisiones de nuestra jurisprudencia<sup>193</sup>. Tal razonamiento determina una diferencia de tratamiento entre los dos errores: "una misma ignorancia se presumirá legítima por parte de un profano, salvo si su cocontratante aporta la prueba de una falta de diligencia normal, mientras que la ignorancia será culpable para un profesional advertido, salvo si este demuestre la imposibilidad"<sup>194</sup>.

El particular orden de cosas que plantea la necesidad de privilegiar la situación de un profano en la relación entre este y un profesional, cuando se trata de la mayor o menor exigencia de diligencia, se hace más patente cuando quiera que además dicho profano se encuentra en la calidad de "consumidor" y además el acuerdo se ha alcanzado mediante la utilización de un negocio con cláusulas generales o de un formato predispuesto por el profesional, comoquiera que en este caso las obligaciones que gravan sobre el profesional exigen "la conducta del profesional dirigida a asegurar la comprensión y la claridad de las cláusulas por parte del consumidor"<sup>195</sup>, lo que conduce hacia una solución de mayor favor para el consumidor errante y en detrimento del profesional en cuanto se refiere a la valoración de la obligación de prestar atención a fin de no caer en error en el desarrollo de tráfico comercial y de reconocer el error ajeno<sup>196</sup>. Reflexiones como estas encuentran asidero en nuestro ordenamiento jurídico si observamos las precisas exigencias de información y diligencia contempladas en diversos estatutos de protección al consumidor<sup>197</sup>.

<sup>192</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE. *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse Paris I, préface de J. GHESTIN, LGDJ, 1992. Versión en español § 66.1.

<sup>193</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto del 2001, ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, expediente 6146, en la que sostiene la Corte que "una entidad aseguradora como un indiscutido profesional que es, en tal virtud 'debidamente autorizada' por la ley para asumir riesgos, soslaya información a su alcance racional, de cuyo conducto a revelar pormenores alusivos al estado del riesgo, o renuncia a efectuar valoraciones no puede clamar, ex post, que se decrete la nulidad, como si su actitud fuera la de un asegurador acucioso y diligente, presto a ser informado, es cierto, pero igualmente a informarse [...] Como se tiene claramente establecido, no es suficiente que se aduzca la mera gestión de estado de desconocimiento o de ignorancia fáctica acerca de unos específicos hechos, porque es menester que dicho estado o ignorancia se generen en forma legítima o se tornen excusables". A título de ejemplo providencia en igual sentido: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de octubre de 1995, magistrado ponente: Pedro Lafont Pianetta, expediente 4640; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de julio del 2006, magistrado ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 26 de abril del 2007, magistrado ponente: Manuel Ardila Velásquez, expediente 04528.

<sup>194</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE. *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse Paris I, préface de J. GHESTIN, LGDJ, 1992. Versión en español § 67.

<sup>195</sup> VV. AA. "Il requisito della riconoscibilità", en *Profili civilistici dell'errore. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, capítulo VI, Revista on line coordinada por ATTILIO ZIMATORE [www.rivista.ssef.it/site.php?page=20060104101723791].

<sup>196</sup> Ídem.

<sup>197</sup> Por vía de ejemplo las previsiones contenidas al respecto en el estatuto de protección al consumidor, Ley 1480 del 2011 y, en la ley que contiene el régimen de protección al consumidor financiero, Ley 1328 del 2009.

#### D. La autorresponsabilidad como fundamento de que la impugnación del acto errado no prospera en los eventos de error inexcusable del emisor de la declaración

Bajo el entendido de que la eficacia del contrato no se deriva de la voluntad sino de la función social de éste, la cual ha sido expresamente reconocida por nuestras cortes<sup>198</sup>, en la medida en que constituye el instrumento por excelencia en la regulación de los intereses de las partes, este carácter social del contrato deberá ser tenido en cuenta a la hora de otorgarle efectos al comportamiento externo de las partes en la celebración del negocio.

Como bien señala BETTI, *"libertad y autonomía privada llevan en sí mismas el freno y la sanción de la autorresponsabilidad por el mal uso que de ellas se haga"*<sup>199</sup> (énfasis nuestro). De ahí que tenga cabal sentido el señalar a renglón seguido que dada la función propia del negocio jurídico este es un acto que compromete irrevocablemente, que no admite arrepentimientos, rectificaciones o vueltas a pensar unilaterales, por lo que agrega que "el reglamento de intereses con él dispuesto no respondería a la exigencia social de la composición de los mismos, si una vez entrado en vigor entre las partes pudiese siempre ser modificado o puesto en la nada según las reconsideraciones unilaterales o la mutada apreciación de quien en él consintió. Por ello el negocio es un instrumento peligroso, frente a los riesgos y las desilusiones de las cuales el particular no puede razonablemente pretender estar asegurado a priori por obra automática de la ley. Es un instrumento que no debe ser puesto en obra a la ligera, sino sólo después de haber sopesado sus implicaciones, después de un examen diligente de la situación de hecho. Ahora bien: desde este abstracto punto de vista al error que vicia la determinación causal no se le puede reconocer relevancia jurídica sino dentro de límites bien circunscritos. Porque incumbe al mismo interesado la obligación de comprometerse con una indagación cuidadosa de la situación concreta, el conocimiento o la previsión exacta de aquellas circunstancias de hecho que deben constituir la base de su determinación"<sup>200</sup>.

<sup>198</sup> Corte Constitucional. Sentencia del 23 de junio de 1993, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, n.º de rad.: T-240-93, en la que sostiene que "La libertad de contratación deriva de la Constitución una doble garantía: su propia condición exige que sus limitaciones generales tengan base legal y que se justifiquen socialmente en cuanto se enderecen a garantizar relaciones justa y libres [...] En últimas, no se trata de los consabidos límites externos a la libertad de contratación conocidos de antiguo, sino del nuevo sentido que a la luz de la Constitución ella ha adquirido como instrumento del particular cuyo ejercicio debe hacerse dentro de los límites del bien común y consultando el principio de la solidaridad social (CP arts. 1.º y 333). Si la propiedad, la empresa y la iniciativa económica, todas tienen una función social e implican responsabilidades (CP arts. 58 y 333), no puede la institución del contrato –trasunto de la idea de la colaboración social en el intercambio y satisfacción de las necesidades humanas– a través de las cuales ellas se expresan ser una ínsula alejada del influjo y proyecciones de los principios de la solidaridad y de utilidad social a los cuales debe subordinarse".

<sup>199</sup> BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 427.

<sup>200</sup> Ídem.

Tal exigencia de diligencia se funda en la "autorresponsabilidad" por la confianza generada en virtud de nuestro propio comportamiento, que da lugar a un juicio de culpa en aquellos que han provocado la confianza de la contraparte, lo que en términos de MESSINA<sup>201</sup> se manifiesta en una función preventiva a través de la cual se impide la violación o daños que puedan derivar de actos jurídicos y se expresa con la remoción de la situación que podría ser dañosa, lo que se obtiene privando de cualquier ventaja o derecho a aquel que ha creado la situación misma.

#### E. La tutela de la confianza exige a su vez el carácter de reconocible del error

El carácter sinalagmático de las exigencias emanadas de la buena fe, resaltado por nuestra jurisprudencia<sup>202</sup>, conduce a que la exigibilidad de diligencia en cabeza de quien recibe la declaración se corresponda con una exigencia equivalente en quien invoca el error, por lo que quien pretende impugnar el negocio alegando haber incurrido en error debe a su vez observar un comportamiento diligente que corresponda con el equitativo equilibrio en la tutela formal de las partes<sup>203</sup>.

Hemos dicho que para que el error sea relevante además de excusable debe ser esencial y reconocible de la contraparte; carácter esencial tiene el error sobre la cualidad del objeto o de la persona de la contraparte, que deban considerarse determinantes del consentimiento según una común apreciación siguiendo los dictados de la buena fe<sup>204</sup> y, de otra parte, reconocible es aquel error que atendiendo las circunstancias en que se produce, quien recibe la declaración esté en grado de deducirlo con una normal atención<sup>205</sup>.

La aplicación general del principio de buena fe debería conducir a no tutelar la posición evidentemente deshonesto de quien se da cuenta del error ajeno y de la fuerza determinante que éste tiene sobre la contraparte, pero aun sabiéndolo calla y celebra igualmente el contrato<sup>206</sup>, pues "cuando el error es reconocible por

<sup>201</sup> MESSINA. "Simulazione assoluta", en *Scritti giuridici*, v, Milano, 1948, pp. 83 y ss.

<sup>202</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 2 de agosto del 2001, en la que la Corte resalta que la buena fe "es bipolar, en razón de que ambas partes deben observarla, sin que sea predicable, a modo de *unicum*, respecto de una sola de ellas, v. gr.: el asegurado, ya que el asegurador predisponente, entre otras conductas a su cargo (positivas y negativas), debe abstenerse de introducir en el clausulado –que someterá a consideración de su cocontratante– cláusulas abusivas (Cas. Civ. del 2 de febrero del 2001; exp: 5670) y, en general, llegado el momento respectivo, honrar la palabra empeñada, cumpliendo para dicho fin la prestación asegurada, lo que supone estricto apego al postulado en referencia, en su vertiente objetiva (vid: Cas. Civ. del 19 de abril de 1999; exp: 4929, en la cual la sala preconizó que la buena fe es 'un postulado de doble vía, que se expresa –entre otros supuestos– en una información recíproca'".

<sup>203</sup> La necesidad de dicho equilibrio es reconocido por PIETROBON. *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Milano, Cedam, 1990, p. 238.

<sup>204</sup> BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 435.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 429.

<sup>206</sup> Cfr. PIETROBON. *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Milano, Cedam, 1990, p. 97.

la otra parte, se ha dicho que surge a cargo de esta una obligación de buena fe cuya inobservancia excluye el nacimiento de la legítima confianza<sup>207</sup>.

Ahora bien: la valoración del carácter de reconocible del error supone una verificación de la situación contractual dirigida a establecer la idoneidad del comportamiento contenido de la declaración para suscitar confianza, juzgada en relación con la totalidad de la relación, incluidas las relaciones preliminares y todas las comunicaciones subsiguientes, al igual que resultan relevantes para el juicio de reconocible o no del error la particular experiencia del sujeto, su profesión, así como las cualidades personales del errante<sup>208</sup> y en general las calidades de las partes, las circunstancias del contrato comunes a las mismas, como, por ejemplo, si el contrato se llevó a cabo rápidamente o luego de largos tratos preliminares, la conducta sucesiva a la celebración del contrato y la propia ejecución de éste<sup>209</sup>.

De manera que la posibilidad de reconocer el error habrá de juzgarse más allá del mero contexto verbal, para considerar en cambio la entera situación que comprende el conjunto de comportamientos de las partes no solo con ocasión de la celebración del negocio sino en el desarrollo de él<sup>210</sup>.

En este contexto es necesario apreciar si la situación de hecho en que se desarrolla el negocio es objetivamente idónea para generar una confianza en la contraparte acerca de la existencia del consentimiento de su contraparte y por ende de la eficacia de la relación jurídica, atendiendo a la naturaleza del negocio, la posición de las partes dentro de él y las circunstancias específicas en que fue celebrado y ejecutado.

Un límite objetivo al carácter relevante del error lo constituye la idoneidad de la situación dentro del entorno social para suscitar confianza en la validez de la declaración de la contraparte; por esto, si el error es de tal naturaleza grave, ello implica necesariamente el que sea irreconocible para la contraparte, la cual no puede sospechar que el autor de la declaración ignore lo que todos saben<sup>211</sup>, con mayor razón si su contraparte es un profesional experto en el tipo de contratos celebrados y quien recibe la declaración es un profano.

Cabe, no obstante, una reflexión final, que resulta ilustrativa, con el objeto de resolver un eventual conflicto entre excusabilidad del error y carácter reconocible de éste: aun en el evento en que concurriera una omisión del deber de diligencia del emisor de la declaración que pretende impugnar el contrato basado en su

<sup>207</sup> BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pp. 426 y ss.

<sup>208</sup> Cfr. V. PIETROBON. *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Milano, Cedam, 1990, pp. 220, 224 y 225.

<sup>209</sup> VV. AA. "Il requisito della riconoscibilità", en *Profili civilistici dell'errore. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, capítulo VI, Revista on line coordinada por ATTILIO ZIMATORE [[www.rivista.ssef.it/site.php?page=20060104101723791](http://www.rivista.ssef.it/site.php?page=20060104101723791)].

<sup>210</sup> MESSINEO. "Il contratto in genere", en *Trattato di diritto civile e commerciale*, dirigido por CICU y MESSINEO, XXI, Milano, 1972, pp. 324-342.

<sup>211</sup> Cfr. PIETROBON. *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Milano, Cedam, 1990, pp. 210 y 211, 214 y 215.

error y una eventual omisión del deber de diligencia del receptor que le hubiera permitido reconocer el error en que incurrió su contraparte, tratándose del ámbito de las relaciones entre un profesional y un consumidor, ha sostenido la Corte<sup>212</sup> que resulta de mayor gravedad la negligencia del profesional por la naturaleza de los deberes que le son exigibles en su calidad de tal y por ende ha de decidirse la cuestión a favor del consumidor; además, no debe olvidarse que, como lo manifestamos en acápite precedente, en materia de derecho unificado europeo *la regla de cierre la constituye la absoluta inadmisibilidad del error inexcusable como fundamento de la invalidez del contrato aún en presencia de negligencia por parte del receptor de la declaración.*

### III. CONCLUSIONES

El decurso histórico de la tutela del error dentro de nuestra tradición jurídica nos ha permitido comprender que las generalizaciones que se pretenden realizar de la máxima "errantis nulla voluntas" ("no existe voluntad de quien yerra") resultan infundadas.

En primer lugar, por la imposibilidad de equiparar las categorías modernas de "error como vicio de la voluntad" con aquellas usadas por los juristas clásicos, quienes no tenían presente una teoría de la voluntad en el sentido moderno, esto es, como acto autónomo e independiente de una de las partes por el cual se decide la celebración de un contrato, sino que los clásicos romanos hablaban en cambio de *consensus*, pues para ellos la antítesis del consentir es el disentir y no el error; dado que la voluntad individual es relevante sólo como parte de la voluntad común, es decir, del *consensus*, de manera que si la decisión para la celebración de un contrato se funda sobre el error, ello no afecta la voluntad de esa parte sino el *consensus* mismo. En segundo lugar, por la dudosa autenticidad de los textos romanos en los que se sostiene que el error anula el consentimiento. Y, en tercer lugar, por cuanto una teoría voluntarista del error en el derecho romano no resulta compatible con las claras exigencias de diligencia por parte de quien pretende desconocer la validez del contrato celebrado, amparándose en su propio error y con la tutela de los intereses de la parte que recibe dicha declaración; de manera que podemos sostener que en materia de error los juristas clásicos no fueron ajenos a lo que hoy llamaríamos *tutela de la confianza*.

En el derecho común se surtieron grandes transformaciones, en la medida en que a partir de la teoría de la imputación de TOMÁS DE AQUINO se desarrolló un nuevo modelo de contrato, en el que el contrato no se funda ya sobre el *consensus* sino sobre el encuentro de dos voluntades individuales, por lo que si una de las voluntades individuales se encuentra viciada por error, tal vicio se extiende al contrato; no obstante, en materia de error la tradición romanista persiste en la medida en

<sup>212</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto del 2001, ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, expediente 6146, citada en extenso en el acápite segundo.

que el acto es imputable a pesar del error cuando el error no es esencial o cuando quien yerra ha omitido negligentemente tomar las medidas que hubieren evitado el error. Es en esta imputabilidad del acto al errante donde vislumbramos no solo una preocupación por el equilibrio de los intereses de las partes, sino una tutela de la confianza, un signo de autorresponsabilidad que encuentra justificación en la consideración de las expectativas de la parte que recibe la declaración y a quien no podemos obligar a soportar un daño en nombre de la ausencia de voluntad cuando esta se deba a negligencia de quien emite la declaración.

El derecho natural, con GROCIO a la cabeza, revalorizó el "significado objetivo de la declaración" como eje central de la interpretación de la voluntad manifestada por las partes en un contrato, bajo el entendido de que toda promesa está formulada bajo una condición tácita de que si los presupuestos que fundan la misma después se revelan como inexistentes, entonces la promesa no tendrá efecto. De manera que todo error esencial debe ser tutelado, pero la persona que cae en error responde por su negligencia frente a la otra parte por los daños que una tal declaración errada haya podido generarle.

Posteriormente, la teoría de SAVIGNY sobre el error interrumpe la concepción precedente, al no considerar los efectos que el error provoca para el destinatario de la declaración, pero a su vez limita considerablemente el catálogo de errores relevantes, al excluir los errores que afectan la formación de la voluntad, a los cuales considera meros "errores en los motivos".

Después de esta breve ruptura en la tradición, que encuentra una línea de continuidad desde el derecho romano clásico hasta el iusnaturalismo, la formulación de la teoría de la *culpa in contrahendo* por parte de JHERING consolida un retorno a la doctrina de la irrelevancia del error culposo, teoría conforme a la cual todo el que reclame haber sufrido un error debe resarcir los daños generados a la contraparte cuando dicho error se deba a su propia negligencia.

Esta línea de pensamiento trascendió hasta el derecho moderno, particularmente presente en los recientes proyectos de armonización del derecho europeo, de manera que podemos sostener que la valoración de los efectos del error sobre el contrato ha vuelto sobre los pasos de la tradición, al abandonar el énfasis de la perspectiva de la "voluntad" como elemento determinante de la existencia del contrato, para valorar el error a la luz de la tutela de la confianza que la parte que recibe la declaración ha cifrado en la validez de la misma; lo que encuentra pleno respaldo en la doctrina y jurisprudencia nacional.

También en el campo del error el derecho civil, bajo el influjo de la buena fe, se aparta de arquetipos que valoran una concepción individualista, cuyo eje es la voluntad, para acercarse a paradigmas en los que prevalecen los valores sociales, propios de una concepción de Estado social de derecho; de manera que hoy en día no resulta tolerable una tutela del emisor de la voluntad sin atender a los intereses de la otra parte. Ello sin perjuicio de la valoración de los mandatos de la buena fe que imponen la consideración contemporáneamente de los intereses de

ambas partes, lo cual implica el *equo* balance entre conceptos de inexcusabilidad del error y tutela de la confianza, por un lado, frente al carácter de reconocible del error y los eventos en que sea exigible informarlo, de la otra. Todo ello confluye en la adecuada ponderación entre el pleno ejercicio de la libertad que otorga la autonomía y las exigencias de autorresponsabilidad y protección de la confianza que implica dicho ejercicio.

En la manera como esta ponderación de intereses de las partes se realice, al otorgar los remedios a cada una de ellas estará la plena realización de la justicia, pues la tutela de la libertad manifiesta en la autonomía contractual de quien cae en error se advierte en la posibilidad, aunque restringida a los eventos de errores esenciales, de pedir la anulación, así como en la consideración de los eventos de error inducido (dolo), de error reconocible (culpa-dolo), de exigencia de información (lealtad), de consideración de inexistencia de daño para la parte que no erró (abuso del derecho a impedir la nulidad); mientras que la tutela de quien ha confiado en la declaración se manifiesta en la restricción de los tipos de errores por considerar (sólo el sustancial: ¿referido al parámetro de ser objetivamente causal?); en la exigencia del resarcimiento de los daños causados en los casos en que se admita la anulabilidad (resarcimiento del interés positivo/ del interés negativo); en la imposibilidad absoluta para el errante de pedir la anulación ante los eventos de error inexcusable (imposibilidad de beneficiarse de su propia negligencia); en el límite al deber de informar el error reconocible sólo a los eventos en estaba obligada a informar (en atención a las circunstancias del caso, a las obligaciones de autotutela del errante y al deber de diligencia de los profesionales).

Es justamente en el carácter dúctil del principio de buena fe, en la necesidad de que el principio ilumine la aplicación de las reglas que del mismo emanan, en donde habremos de encontrar los criterios que nos permitan considerar contemporáneamente los intereses de ambas partes, a la vez que tutelar el "interés social a la rápida y segura circulación de la riqueza", la "función económico-social de la autonomía privada" ligada a la protección del contratante más débil, "la confianza legítima" resultante de la apariencia generada por la declaración del errante, la imposibilidad de admitir la tutela del interés de quien pretende impugnar el negocio con fundamento en un error que ha sido causado por su propia negligencia, la prohibición del abuso de los derechos, la lealtad que se deben mutuamente los contratantes, entre otros aspectos de gran trascendencia que la cuestión aquí planteada suscita, de ahí que en palabras de QUINTO MUCIO ESCÉVOLA<sup>213</sup> se requiera un "*magno iudice*", un juez iluminado y sapiente que determine la manera en que han de cumplirse las obligaciones que le corresponden a cada una de las partes a la luz de la buena fe.

<sup>213</sup> Referido por CICERÓN en *De off.* 3,17,70.